

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXVIII  
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE  
MCMLXXXV

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

## Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

## Dirección

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

## Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN  
Catedrático de Derecho civil

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

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

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

LUIS LOPEZ ORTIZ  
Magistrado del Tribunal Supremo

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

RAFAEL NUNEZ LAGOS  
Notario de Madrid

RODRIGO URIA GONZALEZ  
Catedrático de D. mercantil y Abogado  
del I. C. de Madrid

## Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

## SUMARIO

Páginas

### Estudios monográficos

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ: <i>La contratación entre cónyuges</i> ... ..	505
FRANCISCO DE A. GARCÍA SERRANO: <i>Notas sobre el trabajo doméstico</i> ... ..	585
MIGUEL CERDÁ OLMEDO: <i>Responsabilidad civil por daños futuros</i> ... ..	623

### Estudios de derecho extranjero

JEAN-LUC AUBERT: <i>Crónica de Derecho privado francés</i> ... ..	649
---	-----

### Información Legislativa

A cargo de Pedro de Elizalde y Aymerich ... ..	673
--	-----

### Dictámenes

Dictamen ... ..	705
-----------------	-----

## Bibliografía

Libros ... .. 719

AZNAR GIL, Federico R.: *La administración de los bienes temporales de la Iglesia. Legislación universal y particular española*, por José Bonet Correa.—AZNAR GIL, Federico R.: *El nuevo Derecho matrimonial canónico*, por José Bonet Correa.—CARDONA TORRES, Juan: *Régimen jurídico laboral de los extranjeros en España*, por José Bonet Correa. CASTÁN TOBEÑAS, José: *Los derechos del hombre*, por Gabriel García Cantero.—CRISTÓBAL MONTES, Angel: *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, por José Bonet Correa. FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan: *Los créditos documentarios irrevocables, en las reglas y usos uniformes*, por Fernando Oleo Banet.—FOSAR BENLLOCH, Enrique: *Estudios de Derecho de familia*, por José Bonet Correa.—IBAN, Ivan C.: *Factor religioso y sociedad civil en España*, por Eduardo Molano.—LUCARELLI, Francesco: *Diritto e istituti privatistici*, por Antonio Cabanillas Sánchez.—PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, por José Bonet Correa.—ROMERO COLOMA, Aurelia María: *Derecho a la información y libertad de expresión. Especial consideración al proceso penal*, por José Bonet Correa.—RÖGEL VIDE, Carlos: *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, por Carlos Vattier.

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

### I. SENTENCIAS COMENTADAS:

*Constitución española, Compilación catalana y Derecho supletorio*, por Pablo Salvador Coderch ... .. 745

*La aplicación de la revisión de la renta al finalizar cada periodo de tiempo pactado en cláusula de estabilización*, por José Bonet Correa ... .. 771

II. SENTENCIAS ... .. 777

# 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 XXXVIII  
FASCICULO III



OCTUBRE-DICIEMBRE  
MCMLXXXV



**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE  
ESTUDIOS JURIDICOS**

**SERIE 1.ª**

**PUBLICACIONES PERIODICAS**

**NUMERO 2**

# **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**

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



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

## «La contratación entre cónyuges»

Por ANTONIO CABANILLAS SANCHEZ

Profesor Titular de Derecho civil de la Universidad de Alicante

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Antecedentes históricos y legislativos.*—III. *Derechos civiles especiales o forales:* 1. Derecho civil especial de Aragón. 2. Derecho civil especial de Cataluña. 3. Derecho civil especial de Baleares. 4. Derecho civil especial de Navarra.—IV. *Derecho comparado:* 1. Derecho francés. 2. Derecho portugués. 3. Derecho italiano. 4. Derecho alemán. 5. Derecho suizo. 6. Derecho inglés.—V. *Criterio acogido en el Código civil tras la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1981.*—VI. *Fundamento.*—VII. *Notas características.*—VIII. *Límites.*—IX. *Compraventa entre cónyuges.*—X. *Donación entre cónyuges.*—XI. *Sociedades entre cónyuges:* 1. Sociedades civiles. 2. Sociedades mercantiles.—XII. *Mandato entre cónyuges.*—XIII. *Fianza entre cónyuges.*—XIV. *Contrato de trabajo entre cónyuges.*—XV. *Restantes contratos entre cónyuges.*

### I. INTRODUCCION

Dentro del marco de la importante reforma del Código civil operada por la Ley de 13 de mayo de 1981, una de las normas que más controversia ha suscitado en la doctrina ha sido la contenida en el artículo 1323, que establece un criterio totalmente permisivo de la contratación entre cónyuges y de la transmisión de bienes y derechos por cualquier título. En este estudio tratamos de precisar el significado de este precepto, que ha cambiado la óptica con un giro al que, como dice Díez-Picazo (1), cabe denominar sin exageración copernicano. Partiendo de este precepto hemos considerado necesario analizar los principales contratos que pueden celebrar los cónyuges entre sí, ya que sólo así puede apreciarse en toda su dimensión el cambio trascendental que en nuestro ordenamiento jurídico representa lo que dispone el citado precepto, y los concretos problemas que surgen de la absoluta libertad de contratación entre marido y mujer. Esta tarea va precedida de una exposición de los aspectos básicos de la evolución histórica del controvertido problema de los contratos entre cónyuges, pues es imprescindible su conocimiento para comprender adecuadamente el significado de

(1) Díez-PICAZO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 1512.

la reforma operada en esta materia por la citada Ley, y enfocar, con la necesaria perspectiva histórica, diversos problemas que surgen en torno a la misma. Históricamente la cuestión fundamental ha consistido en saber si existía o no un criterio general de validez de los contratos entre cónyuges, ya que sólo se establecían prohibiciones concretas. Este problema desaparece al haberse establecido un criterio totalmente permisivo en el artículo 1.323, por lo que los problemas surgen ahora a consecuencia de ello, pues es evidente que el contrato entre cónyuges, por estar afectado por la presencia del vínculo matrimonial, como precisa Carbonnier (2), no puede ser un medio para eludir el conjunto de derechos y deberes que surgen del matrimonio o para que los cónyuges modifiquen a su antojo las reglas por que han de regirse los bienes del matrimonio.

La trascendencia del tema viene señalada en la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 14 de noviembre de 1979, al considerarse como aspecto social y económico de relieve en la regulación que se adopte la nueva libertad de los cónyuges para celebrar entre sí cualesquiera contratos.

Queda al margen de este estudio el análisis de las capitulaciones matrimoniales, pues si bien parece que tienen naturaleza contractual (art. 1.335 del Código civil), no creemos que sea oportuno tratarlas en este lugar por las profundas diferencias que existen entre los contratos a que se refiere el citado artículo 1.323 y las capitulaciones matrimoniales, que son un negocio de Derecho de familia (3) cuyo objeto no es otro que el establecimiento de las reglas relativas al régimen económico matrimonial.

Además del análisis de la problemática que surge en relación con la contratación entre cónyuges en el Código civil y en otros textos legales, se ha considerado imprescindible dar una información adecuada de la regulación existente sobre esta materia en nuestras Compilaciones de Derecho civil especial, máxime cuando la Compilación catalana ha sido profundamente reformada por la Ley de 20 de marzo de 1984. También se ha considerado conveniente dar noticia del Derecho comparado en la medida en que reporta elementos de gran utilidad para comprender mejor el criterio acogido por la Ley de 13 de mayo de 1981, y para evidenciar que el «polémico» artículo 1.323 establece una solución que no difiere esencialmente de la que ha sido adoptada en buena parte de los ordenamientos jurídicos, pues el mismo es un reflejo de la autonomía personal y patrimonial de los cónyuges dentro de la familia.

---

(2) CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 2.º, *La famille, les incapacités*, París, 1977, p. 129.

(3) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pp. 194-195 y 275; DÍEZ-PICAZO, *El negocio jurídico de Derecho de familia*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1962, pp. 788-790. En la doctrina alemana, LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, 1980, p. 289.

## II. ANTECEDENTES HISTORICOS Y LEGISLATIVOS

De las fuentes consultadas no parece posible deducir una prohibición general de la contratación entre cónyuges en el Derecho romano. Existieron algunas prohibiciones concretas, como la prohibición de la intercesión (*intercessio*) de la mujer a favor del marido y la de las donaciones entre cónyuges.

Un edicto de Augusto, confirmado después por Claudio, prohibió específicamente el acto de intercesión de la mujer a favor del marido, según referencia de Ulpiano, que considera estos edictos como precedentes del Senadoconsulto Veleyano: *Et primo quidem temporibus divi Augusti, mox deinde Claudii edictis eorum erat interdictum, ne feminae pro viris suis intercederent* (D. 16, 1, 2; Nov. 134, 8; C. 4, 29, 22) (4).

La prohibición de las donaciones entre cónyuges, sobre cuyo origen tanto han discutido los romanistas (5), aparece claramente formulada en un conocido texto de Ulpiano: *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent, hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate* (D. 24, 1, 1). En otros muchos textos se alude también a esta prohibición: Ulpiano, D. 24, 1, 3; Paulo, D. 24, 1, 2; Pomponio, D. 24, 1, 31, 7; Papiniano, D. 23, 4, 27. De estos textos se desprende que el fundamento de la prohibición se encuentra en *ne mutuo amore invicem spoliarentur* o en *ne cesset eis studium liberos potius educendi* o en evitar que *discuterentur matrimonia, sic non donaret is qui posset* o bien *ne concordia pretio conciliari videretur* o *ne venalia essent matrimonia*. En cualquier caso, tal vez no sea extraña al origen de la prohibición la finalidad de impedir que en los matrimonios *sine manu*, a través de copiosas donaciones, los bienes pudieran pasar de la familia agnaticia de un cónyuge a la del otro (6).

El rigor de la prohibición fue atenuado por un Senadoconsulto del año 206 (d. J.C.), bajo Severo y Caracalla, denominado en las fuentes *Oratio divi Antonini*, en el que se dispuso que la donación se esti-

(4) Se enmarcan dentro de la prohibición (de *intercedere*) la fianza, la deuda solidaria, la pignoraticia, la liberación del deudor por novación, los negocios que evitan al tercero contraer obligaciones (KASER, *Römisches Privatrecht*, München, 1981, p. 227). Los negocios de intercesión de la mujer son válidos, pero privados de eficacia en virtud de la *exceptio scti Velleiani* (KASER, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 227; JORS-KUNKEL-WENGER, *Römisches Recht*, Berlín, Heidelberg, New York 1978, pp. 217-218).

(5) Vid. BRONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, 2.ª ed., trad. Manuel FAIREN, pp. 663 ss.; LAURIA, *Il divieto delle donazioni fra coniugi*, en *Studi in memoria de Albertoni*, Padova, 1938, vol. 2.º, pp. 513 ss.; ALIBRANDI, *Ricerche sull'origine del divieto delle donazioni fra coniugi*, en *Studi e documenti di Storia e Diritto*, año XIII, 1892, pp. 65 ss.; ARU, *Le donazioni fra coniugi in Diritto romano*, Padova, 1938, pp. 6 ss.

(6) BRONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, cit., pp. 679 ss.; KASER, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 239; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano*, Napoli 1943 p. 581.

maría convalidada (*convalescunt*) si el donante fallecía en vida del donatario sin haber manifestado intención de revocarla, en cuyo caso valdría como donación por causa de muerte (Ulpiano, D. 24, 1, 32). La *Oratio* parte de la idea de que es *durum et avarum* que los herederos del donante hagan valer la nulidad de la donación que el mismo donante no quiso hacer valer en vida (7).

Se consideró nulo cualquier tipo de acto realizado *donationis causa*, aunque se hiciera a través de persona interpuesta. Es muy significativo el siguiente texto de Ulpiano: *Generaliter tenendum est, quod inter ipsos aut qui ad eos pertinent aut per interpositas personas donationis causa agatur, non valere; quod si aliarum extrinsecus rerum personarumve causa commixta sit, si separari non potest, nec donationem impediri, si separari possit, cetera valere, id quod donatum sit non valere* (D. 24, 1, 5, 2) (8).

La compraventa, el arrendamiento, la sociedad y, en general, cualquier tipo de contrato oneroso, puede ser celebrado entre sí por los cónyuges, si bien será nulo en la medida en que oculte una liberalidad (Ulpiano, D. 18, 1, 38; Papiniano, D. 24, 1, 52; Ulpiano, 24, 1, 32, 24) (9).

En el marco del Derecho histórico español se aprecia que, a diferencia del Derecho romano, el Derecho visigótico no se mostró contrario a la validez de las donaciones entre cónyuges. El *Liber Iudiciorum* declara válida y eficaz cualquier donación que, después de un año de matrimonio, haga el marido a la mujer (L I, 3, 1, 6). El Código de Eurico regula las donaciones entre vivos (C E, 308) sin que se establezcan impedimentos para que este tipo de donaciones pudiesen realizarse entre cónyuges (9 bis).

La circunstancia de estar admitidas legalmente las donaciones entre cónyuges, y la inexistencia de preceptos que prohibiesen las relaciones contractuales entre marido y mujer, hace pensar que en el Derecho visigótico se mantuvo un criterio favorable a la contratación entre uno y otra.

En cambio, las Partidas acogieron el criterio imperante en el Derecho romano sobre la prohibición de las donaciones entre cónyuges y la validez de las mismas a la muerte del donante si éste no las ha revocado en vida: «*E poreda si las fiziere, despues que el matrimonio es acabado, no deve valer, si el uno se fiziere por ello mas rico, el*

(7) Vid. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, cit., pp. 679 ss.; KASER, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 239; JORS-KUNKEL-WENGER, *Römisches Recht*, cit., p. 247; SCHULZ, *Derecho romano clásico*, trad. SANTA CRUZ TEIGEIRO, Barcelona, 1960, p. 116.

La trascendencia de la *Oratio* y la explicación de cómo un supuesto de nulidad absoluta pudo ser convalidado a la muerte del donante, ha dado lugar a múltiples opiniones y a un acalorado debate entre los romanistas. Sobre ello véase la excelente exposición de VALLET DE GOYTISOLO, *Donación, condición y conversión jurídica material*, en este ANUARIO, 1952, fasc. 4.º, pp. 1290 ss.

(8) BIONDI *Sucesión testamentaria y donación*, cit., pp. 667 ss.

(9) BIONDI, *loc. cit. ant.*

(9 bis) Vid. LALINDE ABADÍA, *Los pactos matrimoniales catalanes (Esquema histórico)*, en ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO, 1963, pp. 143 ss.

otro mas pobre, fueras ende, si aquel que fiziesse tal donacion, nunca la revocase, nin la defiziesse en su vida» (P. 4, 11, 4) (10).

Las Leyes de Toro incidieron también en el tema de la contratación entre cónyuges. En relación con la fianza la Ley 61 dispuso que *la muger no se puede obligar por fiadora de su marido aunque se diga é alege que se convirtió la tal deuda en provecho de la muger* (11).

La Ley 5 de Toro, a pesar de que García Goyena (12) diese a entender que a partir de ella cualquier tipo de contrato entre cónyuges, con excepción de los permitidos por la Ley, debe entenderse prohibido, no constituía en modo alguno un obstáculo en contra de la contratación entre marido y mujer, puesto que la citada Ley se limita toda ella a tratar sobre la licencia marital sin entrar en la cuestión propuesta. Es significativo que los comentaristas de las Leyes de Toro encuentren la razón de la licencia marital en la protección del marido, para que éste no sufra ningún perjuicio por el contrato de la mujer (13).

Las específicas prohibiciones señaladas evidencian la inexistencia de una prohibición general de la contratación entre cónyuges, habiéndose acogido una solución semejante a la del Derecho romano. Es por ello lógico que nuestros clásicos lo pusieran de relieve. Gregorio López (14), al glosar el texto mencionado de las Partidas (glosa *son defendidas*), afirma lo siguiente: «*Et nota, quod licet donatio sit prohibita inter coniuges, reliqui tamen contractus sunt permisi sicut inter caeteros contrahentes*». En análogo sentido Antonio Gómez (15) dirá que

(10) En la glosa *non deue valer* Gregorio LÓPEZ establece la absoluta ineficacia de las donaciones entre cónyuges durante el matrimonio, en tanto que no nace de ellas obligación natural siquiera (*in tantum quod neque ex oritur naturalis obligatio*). En la glosa en *su vida* señala que «*nam si no revocatur morte confirmatur*» (*Las siete Partidas del sabio Rey don Alfonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias de su Majestad*, vol. 2.º, Salamanca, 1555, pp. 29-30).

VALLET DE GOYTISOLO, que se refiere con rigor y detenimiento al problema de la conversión de la donación entre cónyuges por causa de muerte del donante sin revocarla, considera especialmente significativa la opinión de Antonio GÓMEZ, que dice lo siguiente: «*Quia illo tempore jam cessat illa ratio impeditiva, et unus libere potest instituire alium, vel ei legata, et fideicommissa relinquere: ergo ex tacita voluntate videatur confirmata talis donatio et habere vim relictii. Vere tamen et realiter est donatio, et sic species contractus..., ut talis donatio valeat et confirmetur morte, non requiritur haereditatis aditio*» (*Variae Resolutiones iuris civilis, communis et regii*, II, 4, 23, Lugduni, 1701). Véase VALLET DE GOYTISOLO, *Donación, condición y conversión jurídica material*, cit., pp. 1299 ss.

(11) Comentando la Ley 61 de Toro, LLAMAS y MOLINA (*Comentario crítico, jurídico literal, a las ochenta y tres Leyes de Toro*, Madrid, 1852 (Barcelona, 1974), p. 462, ap. 9) recuerda que la razón de la prohibición de Justiniano no pudo ser otra que el mayor estímulo que tenían las mujeres para prestar fianzas por sus maridos en razón del respeto y subordinación que le tenían, o mayor afecto que les profesaban, lo que podía dar ocasión a que degenerasen en unas donaciones paliadas entre marido y mujer.

(12) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo 3.º, Madrid, 1852 p. 274.

(13) LLAMAS y MOLINA, *Comentario crítico, jurídico, literal, a las ochenta y tres Leyes de Toro*, cit., p. 452, ap. 2.

(14) Gregorio LÓPEZ, *Las siete Partidas*, cit., p. 30.

(15) Antonio GÓMEZ, *Variae Resolutiones iuris civilis, communis et regii*, cit,



si la donación no vale entre los cónyuges, *tamen contractus emptioinis et venditionis et quilibet alius contractus onerosus, bene valet inter eos neque amor ille maximus et intensus qui inter eos habetur; et quo ad inuicem se diligunt, impedit talem contractum.*

En el período de la codificación el Código civil francés de 1804; de tan evidente influencia en nuestro propio Código civil, no estableció expresamente una prohibición general de la contratación entre cónyuges. No acogió el criterio hostil de la mayor parte de las costumbres francesas, al que se refiere Pothier (16), si bien aparecen en él notables diferencias con el sistema romano, ya que en éste se consideraban nulas en su origen las donaciones entre cónyuges, mientras que el artículo 1.096 del Código civil francés va a admitir este tipo de donaciones con tal de que sean esencialmente revocables (17). Pero el contrato de compraventa solamente se permite en tres casos determinados en el artículo 1.59. No faltaron autores, sin embargo, que a pesar de no existir una prohibición general de la contratación entre cónyuges entendieron que los contratos entre marido y mujer estaban prohibidos, excepto en aquellos casos en que los autorizaba formalmente el Código civil. La regla general era la prohibición de la contratación entre cónyuges. Los motivos esenciales que justificaban la prohibición del artículo 1.595 (18) habían de aplicarse a todos los contratos onerosos

II, 2, 3. También *Ad leges Thauri commentarium absolutissimum*, Matriti, 1794, núm. 66, p. 618.

(16) POTHIER (*Traité du douaire et des donations*, tomo IX, nueva edición de SIFFREIN, París, 1821, pp. 342 ss.) señala que el Derecho francés ha sido más precavido que el romano para impedir las liberalidades indirectas que los cónyuges podrían hacerse a través de los distintos tipos de contratos, de forma tal que pasarían de uno a otro parte de sus bienes. En las costumbres esto se ha tenido en cuenta (costumbre de Normandía, art. 410; costumbre de Nivernois, art. 23; costumbre de Bourbonnois, art. 226).

(17) El carácter esencialmente revocable de las donaciones entre cónyuges fue explicado en los trabajos preparatorios del Código civil francés. BIGOT DE PREAMENEAU (en FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tomo XII, París, 1836, p. 572) se refiere al sistema romano, adoptado en los países de *droit écrit*, y al sistema del *droit coutumier*, y señala que de estos dos sistemas se ha tomado lo que es más conveniente a la dignidad del matrimonio, al interés recíproco de los esposos y al de los hijos.

Según JAUBERT (en FENET, op. cit., tomo XII, pp. 620-621), con la revocabilidad de las donaciones hechas durante el matrimonio se trata de evitar que el esposo que ha dado todo lo que tenía al otro sea despreciado y abandonado, y que se introduzcan en el matrimonio las razones de interés y la seducción.

La revocación se permite sin necesidad de autorización, lo cual faculta al cónyuge, según dice FAVART (en FENET, op. cit., tomo XII, pp. 645-646), liberarse sin soportar peligros.

Razones semejantes van a ser expuestas por los comentaristas del Código civil francés para justificar lo dispuesto en el artículo 1.096: TROPLONG, *Droit civil expliqué. Des donations entre-vifs et des testaments*, tomo 4.º, 3.ª ed., París, 1872, pp. 480 ss.; MOURLON, *Repetitions écrites sur le deuxième examen du Code Napoleon*, vol. 2.º, París, 1855, p. 446.

(18) PORTALIS (en FENET, Op. cit., tomo XIV, p. 815) justificó el texto del artículo 1.595 diciendo que se ha temido, con razón, el abuso de autoridad del marido y el que la compraventa tuviera su fuente en la influencia que la mujer pudiese ejercer sobre éste. Sin embargo, existen circunstancias que determinan que el contrato esté basado en una justa causa, y casos en que no existe

entre cónyuges, y si este precepto sólo se refería a la compraventa, era porque este contrato constituye el tipo general (19). Dos razones esenciales determinaron la disposición contenida en el artículo 1.595, según señaló Portalis (20) en la Exposición de Motivos del Proyecto definitivo del Código civil presentado al Cuerpo Legislativo. De un lado, el posible abuso de autoridad del marido sobre la mujer, o la influencia que ésta pudiese ejercer sobre aquél, haría temer que entre personas tan íntimamente unidas la compraventa encubriese casi siempre una donación. De otro lado, repugna que se pueda ser a la vez juez y parte (*nemo potest esse auctor in re sua*), como lo sería el marido que autoriza a la mujer a contratar con él.

Otros comentaristas (21) del Código civil francés entendieron, en cambio, que sólo existían específicas prohibiciones legales a la contratación entre cónyuges que no habían de extenderse analógicamente. Podría suceder que se produjeran abusos, pero existe una suprema garantía: el derecho que tiene toda parte interesada para impugnar el contrato y denunciar el fraude.

El Código civil italiano de 1865, que también fue tenido en cuenta por nuestros codificadores, no siguió el ejemplo del Código civil francés, ni el del Derecho romano, ya que estableció de modo absoluto la prohibición de todo acto de liberalidad entre cónyuges (artículo 1.054) (22). Esto determinaba que el marido y la mujer no pudiesen constituir una sociedad universal (art. 1.704). Sin embargo, no se puso ningún tipo de limitación legal a la compraventa y, en general, a la contratación onerosa entre cónyuges.

Los antecedentes expuestos incidieron decisivamente en los diversos Proyectos de Código civil y, en definitiva, en nuestro Código civil de 1889. De igual manera que en el Derecho romano, las Partidas, las Leyes de Toro, el Código civil francés de 1804 y el Código civil italiano de 1865, no apareció formulada en ellos ni en el Código

---

tanto una compraventa propiamente dicha como un pago forzoso o un acto de administración.

FAURE (en FENET, Op. cit., tomo XIV, p. 155) justificó la prohibición en el temor de las donaciones ocultas, y GRENIER (en FENET, Op. cit., tomo XIV, p. 191) en la protección de los acreedores.

En esta línea se pronuncian los primeros comentaristas del Código civil francés: GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, tomo 1.º, París, 1889, pp. 164-65; LAURENT, *Principes de droit civil français*, tomo XXIV, París-Brujelas, 1877, pp. 40-41; TROPLONG *Droit civil expliqué. De la vente*, tomo 1.º, París, 1845, pp. 254 ss.

(19) Así LAURENT (*Principes de droit civil*, tomo XXIV, cit., pp. 40-41) dice que PORTALIS ha señalado los motivos de la prohibición con términos muy acertados. Véase DEMOLOMBE (*Traité du mariage et de la séparation de corps*, tomo 2.º, París, 1869, pp. 279 ss.) que expone con amplitud esta teoría a fin de comentarla críticamente.

(20) PORTALIS, en FENET, Op. cit., tomo XIV, pp. 115-116.

(21) DEMOLOMBE, *Traité de mariage et de la séparation de corps*, tomo 2.º, cit., pp. 279 ss.; GUILLOUARD, *Traité du contrat de mariage*, tomo 1.º, París, 1855, pp. 208-209.

(22) Vid. VENZI, *Manuale del diritto civile italiano*, Firenze, 1922, pp. 468-469; RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, vol. 2.º, Messina, 1926, p. 404.

civil una prohibición general de la contratación entre cónyuges, sino específicas prohibiciones a determinados contratos. Se observan, sin embargo, como vamos a ver ampliamente, importantes diferencias a la hora de establecerlas, tanto respecto de las Partidas, que sólo prohíben expresamente las donaciones entre cónyuges, como del Código civil francés, que admite la validez de la donación entre cónyuges si tiene carácter revocable, o del Código civil italiano, que sólo prohíbe la donación entre cónyuges. A diferencia de lo establecido en las Leyes de Toro, no se prohíbe que la mujer pueda ser fiadora o interceder por su marido.

En el Proyecto de 1836, concretamente en el artículo 1.024, se prohibió la compraventa entre cónyuges, a no ser que por separación judicialmente decretada cualquiera de los dos cónyuges vendiese al otro parte de sus bienes para pago de lo que se deba. En contraste con el criterio del Código civil francés, también fueron prohibidas las donaciones entre cónyuges, exceptuándose algunos casos señalados en el artículo 1.630. Sin embargo, con claridad, en la Exposición de Motivos de este Proyecto se justifica que la mujer, en contra del Derecho antiguo, puede ser fiadora de su marido. Las disposiciones que establecían que las mujeres no pudiesen ser fiadoras de sus maridos —se dice— pudieron sostenerse cuando las mujeres no tenían la consideración e importancia social que se les da en el presente Código; pero habilitadas ya para ejercer la patria potestad y administrar los bienes sociales por incapacidad del marido, sería una gran inconsecuencia negar a la mujer la facultad de fiar, concediéndole la de enajenar y disponer de sus bienes propios (23).

En el Proyecto de 1851 se establecieron también concretas prohibiciones de contratar en relación con la donación (art. 1.259), la compraventa (art. 1.380), la permuta (art. 1.472) y la sociedad universal (art. 1.571).

En el artículo 1.259 se dispuso que toda donación de un cónyuge a otro durante el matrimonio será nula. No se comprenden en esta regla los regalos módicos que los cónyuges acostumbran a hacerse en ocasiones de regocijo para la familia. Según García Goyena (24), los motivos de la prohibición expresados en las leyes 3 y 32 Romanas y copiados en la 4 de Partida, son *ne concordia pretio conciliari videretur, ne melior in paupertatem incideret, deterior, ditior fieret*: estos mismos motivos hacen hoy y harán siempre necesaria la prohibición fuera de que no pueda haber obligación contractual entre la mujer y el marido según lo dispuesto en la sección 1, capítulo 3, título 3, libro 1.

En el artículo 1.380 se estableció que el marido y la mujer no pueden venderse recíprocamente bienes, sino cuando hubiere separa-

(23) Cfr. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española. Codificación civil*, vol. 2.º, Madrid, 1979, pp. 130 ss.

(24) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo 3.º, Madrid, 1852, p. 274.

ción judicial de éstos, con arreglo al capítulo 5, título 6 de este libro. Basándose en la Ley 55 de Toro, García Goyena (25) señaló que por la misma razón que el tutor y curador no pueden vender a los menores y personas que tienen bajo su guarda: nadie puede contraer consigo mismo ni ser parte y juez en su negocio, *nemo potest esse auctor in re sua*. Además sería fácil hacer ilusoria por este medio la prohibición del artículo 1.259, por lo difícil que generalmente es la prueba de la simulación. De consiguiente, les está prohibida la dación en pago, que es tenida por venta, *vicem venditionis obtinet*, a no ser que el marido ceda algunos bienes a la mujer en pago de su dote; ley 4, título 45, libro 8 del Código.

En el artículo 1.571 se precisó que no pueden contraer sociedad universal entre sí las personas a quienes esté prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación o ventaja. Apunta García Goyena (26) que los motivos de este artículo quedan expuestos en el artículo 1.569: habría una donación real con el nombre de sociedad. No puede hacerse indirectamente y bajo la apariencia de una sociedad lo que está prohibido expresamente como verdadera donación; en una palabra, que lo ilícito llegue a ser permitido cubriéndose con la máscara de socios al verdadero donador o donatario.

Se aprecia claramente que los argumentos esgrimidos por García Goyena son bastante similares a los de Portalis y los primeros comentaristas del Código civil francés, que se mostraron contrarios a la validez de los contratos entre cónyuges que no estaban expresamente admitidos en la Ley.

En el Anteproyecto de Código civil de 1882 aparecieron, con leves variantes gramaticales, las mismas prohibiciones a la contratación entre cónyuges (vid. arts. 1.354 y 1.484 y art. 14 del Título consagrado al contrato de sociedad) (27).

Con anterioridad a la publicación del Código civil, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado consideraron que los contratos entre cónyuges son nulos por regla general, quedando fuera de la expresada regla las excepciones contempladas por las Leyes. En este sentido se pronuncian claramente las sentencias de 23 de octubre de 1857 y 11 de enero de 1859, que siguen a otras precedentes, y las resoluciones de 1 de abril y 21 de junio de 1884, de conformidad con precedentes resoluciones. En la importante resolución de 1 de abril de 1884 se trata de fundamentar la existencia de un principio general prohibitivo de la contratación entre cónyuges. Se dice concretamente que el matrimonio en el orden jurídico produce como primera consecuencia una sociedad, en virtud de la cual se establece la comunidad de derechos e intereses entre los

(25) GARCÍA GOYENA, Op. cit. ant., p. 369.

(26) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo 4.º, Madrid, 1852, pp. 7-8.

(27) Vid. *Anteproyecto de Código civil español* (1882-1888), publicado con un estudio preliminar, notas y concordancias de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, con ocasión del Centenario de la Ley de Notariado, sección 4.ª, vol. 1.º, Madrid, 1965.

cónyuges, que bajo ese concepto, y por regla general, quedan confundidos para los efectos legales en una sola y única entidad jurídica. Que en esos principios se funda la regla general del Derecho civil, que prohíbe la celebración de contratos entre marido y mujer, salvo los casos expresamente exceptuados por las Leyes, como se declara en las sentencias de 23 de octubre de 1857 y 11 de enero de 1859... Que contra esta conclusión carece de importancia el argumento que se funda en que no debiera prohibirse al marido hacer en beneficio de la mujer lo que puede hacer en relación a cualquier extraño, porque ni con el extraño por serlo cabe la constante comunidad de intereses que crea el matrimonio, ni la influencia de un tercero puede tener por regla general la trascendencia de la que nace el lazo conyugal.

Tales decisiones no hallaron sufragio en la doctrina, que se limitó a remarcar la existencia de la prohibición recogida en las Partidas sobre las donaciones entre cónyuges (28). Morato resumía la doctrina vigente en el Derecho castellano, concluyendo que todas las donaciones, aun las prohibidas, se confirman con la muerte del donante, si éste no las ha revocado, por cuanto entonces adquieren el carácter de donaciones «mortis causa» por entenderse que el que las hizo persiste en su voluntad de donar en el momento de la muerte. Por su parte, Galindo y Escosura (29) criticaron la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, alegando que el argumento de la unidad de persona es falso, por cuanto en el matrimonio conviven las personalidades de ambos cónyuges. Lo que precisamente constituye la excepción, que es menester probar, es la de la prohibición, pues mientras no se demuestre que un determinado contrato está prohibido o que contraría las relaciones naturales entre marido y mujer, hay que estar por el tácito criterio de permisión (30).

En nuestro Código civil de 1889 aparecieron determinadas normas prohibitivas, en consonancia con los precedentes expuestos, pero no se estableció una prohibición general de la contratación entre cónyuges. Se dispone que será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio, sin incluirse los regalos módicos que los cónyuges se hagan en ocasiones de regocijo para la familia (art. 1.334); el marido y la mujer no podrán venderse bienes recíprocamente sino cuando se hubiese pactado la separación de bienes, o cuando hubiera separación judicial de los mismos bienes autorizada con arreglo al capítulo VI,

(28) Vid. MORATO, *El Derecho civil español con las correspondencias del Romano, tomadas de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto Romano Hispano de D. Juan Sala*, tomo 1.º, Valladolid, 1877, pp. 157-158, GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español*, tomo 5.º, Madrid, 1878, pp. 111 ss.; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, tomo 2.º, Madrid, 1861, p. 498.

(29) GALINDO y ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*, tomo 6.º, Madrid, 1886, pp. 60 ss.

(30) MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, tomo X, vol. 1.º, 6.ª ed revisada por BLOCH, Madrid, 1969, pp. 172-173) acepta plenamente la argumentación de GALINDO y ESCOSURA, que considera lúcida.

título III de este libro (art. 1.458); sólo cabe la permuta entre cónyuges si se cumplen las condiciones concernientes a la venta (art. 1.541) y, por último, no pueden contraer sociedad universal entre sí las personas a quienes está prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación o ventaja (art. 1.677).

Teniendo en cuenta esta normativa se alegaron en favor de un criterio general prohibitivo de la contratación entre cónyuges los siguientes argumentos: que los obstáculos puestos por el Código civil a la contratación entre cónyuges eran aplicación de una prohibición genérica, implícitamente contenida en nuestro ordenamiento jurídico, de pactar el marido y la mujer entre sí; que los cónyuges constituyen una sola persona; que el marido y la mujer no pueden dar un verdadero consentimiento a tales contratos; que existe el riesgo de que uno de los cónyuges abuse de su influencia o autoridad sobre el otro; que es lógico que el marido intervenga en un contrato como otorgante y como protector de su mujer; que es necesario garantizar los intereses de los terceros que contraten en la creencia de un determinado estado de fortuna de un cónyuge, pues podrían ser defraudados al permitirse las enajenaciones al otro; que es preciso impedir que se vulnere fraudulentamente la prohibición de las donaciones entre cónyuges y que se altere de forma encubierta el régimen económico matrimonial (31).

La mayor parte de los autores han rechazado esta argumentación (32), ya que en modo alguno bastaba para autorizar una generalización o extensión analógica de los preceptos prohibitivos concretos del Código civil. Lo que el Código pretende —señala Lacruz (33)— no es mantener la vieja teoría de la *unitas carnis*, sino salvaguardar la independencia de los cónyuges, la prohibición de donaciones y la de alterar el régimen económico del matrimonio, con reglas prohibitivas concretas, insusceptibles de aplicación analógica. Los cónyuges, pues, pueden contratar entre sí, cosa conveniente asimismo de *lege ferenda*, ya porque existirán frecuentemente relaciones de intereses entre los esposos que deben ser reguladas, ya porque hay contratos que, reposando sobre la confianza mutua entre las partes, están especialmente indicados entre los cónyuges.

Manresa (34), con pleno acierto, se opuso a la interpretación dada por García Goyena a la Ley 55 de Toro, en la que este autor justificaba

(31) Cfr. SANCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil. Derecho de familia*, vol. 5.º, Madrid, 1912, p. 801; MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, tomo XXIII., vol. 1.º, 2.ª ed. revisada por BONET RAMÓN, Madrid, 1970, pp. 638-639; SANTAMARÍA, *Comentarios al Código civil*, vol. 2.º, Madrid, 1958, pp. 493 y 708-709.

(32) Cfr. BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, Madrid, 1960, pp. 178-179; LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 220; *Derecho de familia*, I, Barcelona, 1974, p. 143; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo X, 6.ª ed. revisada por BLOCH, Madrid, 1969, pp. 172-173; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, vol. 3.º, Madrid, 1974, p. 522; VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama de Derecho civil*, Barcelona, 1973, pp. 250-252.

(33) LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 220.

(34) MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo X, cit., pp. 172-173.



fundamentalmente la prohibición de los contratos entre marido y mujer, salvo los admitidos. La precedente Ley de Toro se limita toda ella a tratar de la licencia marital sin entrar en la cuestión propuesta. Aun después de publicado el Código civil no hay un principio general prohibitivo de los contratos entre marido y mujer: hay, sí, prohibiciones particulares como la que contiene el artículo 1.458. Confesamos ingenuamente —dice— que no conocemos precepto ni principio de los que se pueda derivar tal criterio (prohibición general para contratar), pues el tradicional obstáculo de la unidad de persona no creemos que pueda hoy alegarse seriamente por nadie cuando es una verdad por todos reconocida la que afirma la coexistencia de la personalidad de cada uno de los cónyuges dentro de la personalidad jurídica familiar.

Sin embargo, señaló Lacruz (35), que ello no quería decir que únicamente estuviesen prohibidos entre esposos los contratos que como tales menciona el Código civil. A su vez, el estatuto jurídico, inderogable, de las relaciones entre cónyuges supone ciertas limitaciones al posible contenido de los negocios que entre sí celebran. Así, los contratos que no prohíbe la Ley podrán encontrar obstáculos a su validez en el principio de subordinación de la mujer al marido, o en las reglas concernientes a la patria potestad, o en los deberes recíprocos de ambos cónyuges, o en la indisponibilidad de la situación del esposo, o en la inmutabilidad del régimen económico matrimonial. Ello obliga a repasar no sólo las prohibiciones concretas sino el elenco de contratos típicos.

Numerosas sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado se pronunciaron sobre la validez o no de determinados contratos entre cónyuges. Igualmente la doctrina, al comentar estas sentencias y resoluciones, y también al examinar los distintos tipos de contratos, se ocupó ampliamente del problema apuntado por Lacruz.

En la sentencia de 12 de diciembre de 1899 nuestro Tribunal Supremo entendió que la transacción, por su semejanza y analogía con la compraventa, requiere los mismos requisitos de capacidad en los contratantes, y que, por lo tanto, la transacción celebrada entre marido y mujer, fuera de los casos en que el artículo 1.458 permite expresamente el contrato de compraventa, es un contrato prohibido.

No podía considerarse acertada la doctrina de esta sentencia, ya que la norma prohibitiva del artículo 1.458 había de aplicarse sólo cuando la *eadem ratio* fuese muy poderosa, y no era éste el caso. La transacción no es necesariamente un contrato destinado a transmitir cosas a cambio de una compensación. Si la causa de la transacción es la eliminación de una controversia y si la mujer tiene capacidad por sí sola para demandar o defenderse en pleitos contra el marido (art. 60), ¿por qué se les va a privar a los cónyuges de un medio de composición de litigio como es la transacción? (36).

(35) LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 220.

(36) GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad*

La sentencia de 21 de febrero de 1900, señalando la existencia de prohibiciones concretas establecidas para que ninguno de los cónyuges pueda abusar de su situación en perjuicio del otro, señaló que ni por precepto terminante de la Ley ni por razón de la índole de la sociedad conyugal que con el matrimonio se constituye, se puede estimar que son en absoluto ilícitos e ineficaces los actos que por mutuo acuerdo ejecuten marido y mujer, pues conservando ésta su personalidad independiente para el ejercicio de determinados derechos, aunque se subordine la de la mujer a la del marido, como jefe de la familia, para la dirección y administración de los intereses comunes, y teniendo en cuenta las prohibiciones concretas establecidas para que ninguno de los cónyuges puede abusar de su situación en perjuicio del otro, debe entenderse, por el contrario, que aquellos pactos o conciertos que entre sí realicen, mientras no afecten al régimen de la sociedad ni impliquen merma alguna de sus respectivos intereses o tiendan a eludir alguna Ley prohibitiva, son perfectamente válidos.

Esta sentencia es fundamental y marca el criterio general permisivo de la contratación entre cónyuges en la jurisprudencia.

En cambio, con carácter aislado, la sentencia de 19 de diciembre de 1932 consideró que existe una incapacidad general entre los cónyuges para constituir relaciones jurídicas, porque ambos forman una sola personalidad y el contrato exige la concurrencia de dos o más personas.

Nuestra doctrina no ha compartido con toda razón la argumentación de esta sentencia, ya que acogía la indefendible teoría de la *unitas carnis*. Además, en esta sentencia se cuestionaba la validez de un pacto sobre cesación de la vida en común, que fue declarado nulo, por lo que en realidad no se enjuició el problema de la contratación entre cónyuges (37).

En cuanto a los posibles efectos de la donación entre cónyuges no revocada, a partir de la muerte de quien la hizo, la sentencia de 28 de octubre de 1965 declaró que cualquiera que sea el valor sugestivo que pueda encerrar en teoría la tesis del recurrente, no puede ser admitida en este trance, por su deficiente apoyo en una simple redundancia empleada por el Código para remarcar lo que dispone por resultar claros los términos imperativos en que el precepto se expresa (el ar-

---

*extracontractual*, Madrid, 1972, p. 390; LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 222; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo IV, *Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 9.ª ed. revisada con el concurso de CALVILLO, Madrid, 1969, p. 743.

Numerosos autores franceses han afirmado igualmente la validez de la transacción entre cónyuges: vid. CORNU, *Le contrat entre époux. Recherche d'un critère général de validité*, en *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1953, p. 482; HEMARD, *Les contrats à titre onéreux entre époux*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1938, p. 729.

(37) LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 220, nota 2; DE LA CÁMARA AIVAREZ, *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, en este ANUARIO, 1969, fasc. 1.ª, pp. 14 ss.; HERRERO GARCÍA, *Contratos onerosos entre cónyuges*, cit., pp. 328-329.

título 1.334), determinantes de una nulidad total e insubsanable y porque tal tesis pugna abiertamente con lo establecido en el artículo 620 del Código, a la vista de cuyo texto es inconcurso que la eficacia de tales donaciones requeriría inexcusablemente un acto de disposición «mortis causa» que no ha existido en el caso de autos.

De esta manera el Tribunal Supremo no aceptó la tesis de la conversión jurídica material de la donación entre cónyuges, que valdría como donación «mortis causa» de sobrevivir el donatario al donante, como rigió en el Derecho romano y en las Partidas, según vimos, y defendió con gran agudeza y rigor Vallet de Goytisolo (38). Con anterioridad a la sentencia de 28 de octubre de 1965, Lacruz (39) señaló que la interpretación de este autor tendría la ventaja de reducir los efectos de una norma escasamente justa, y en ese sentido sería ocasión de regocijo que fuera aceptada por la jurisprudencia.

Un gran interés tiene la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En cuatro importantes resoluciones se abordó el debatido problema de la validez de las sociedades entre cónyuges, con interesantes referencias al problema general de las relaciones contractuales entre marido y mujer.

La resolución de 3 de febrero de 1936 (40), relativa a la constitución de una sociedad colectiva, declaró que la libertad contractual reconocida en el artículo 1.255 del Código civil obliga a afirmar que los cónyuges pueden contratar entre sí, siendo, por lo tanto, la permisión la regla general, frente a la cual habrían de probarse las excepciones que están contenidas en los artículos 1.320, 1.334, 1.458 y 1.677, ninguna de las cuales afecta a la constitución de una sociedad regular colectiva.

Al amparo de esta doctrina, manifiesta Ribelles Ortiz (41), se han autorizado e inscrito sin dificultad en los Registros mercantiles algunas escrituras de constitución de sociedades pactadas entre cónyuges.

En la resolución de 9 de marzo de 1943, la Dirección General de los Registros y del Notariado, con argumentos tan discutibles como los que alegaron los Tribunales franceses (42) para negar la validez de las sociedades entre cónyuges, en relación con la inscripción en el Registro Mercantil de una escritura por la que la mujer y el marido,

(38) VALLET DE GOYTISOLO, *La donación «mortis causa» en el Código civil español*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1950, pp. 791 ss.; *Dictamen acerca de los requisitos necesarios para inscribir la transmisión a tercero de un inmueble adquirido por mujer casada, con metálico que confiesa ser parafernalia*, en este ANUARIO, 1949, pp. 654 ss.; *Donación, condición y conversión jurídica material*, en este ANUARIO, 1952, pp. 1286 ss.; *Observaciones a la Resolución de 11 de mayo de 1957, en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1951, y otras consideraciones*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1957, pp. 447 ss.

(39) LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 233.

(40) Comentada por RIBELLES ORTIZ, *¿Pueden los cónyuges pactar entre sí sociedades civiles o mercantiles?*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1943, pp. 600-605.

(41) RIBELLES ORTIZ, *¿Pueden los cónyuges pactar entre sí sociedades civiles o mercantiles?*, cit., p. 604.

y éste como representante legal de tres hijos menores de edad, constituyeron una sociedad de responsabilidad limitada, afirmó que no gozan de mucho favor entre los juristas las sociedades mercantiles de tipo personalista constituidas entre los cónyuges, en primer lugar porque la mujer sometida a la potestad marital no puede desenvolver libremente su actividad social frente a la opinión y el veto de su marido; en segundo término, porque tampoco queda respetada la independencia de patrimonios y el régimen económico establecido por los esposos o por la Ley; en tercer lugar, porque la admisión incondicional de estas compañías favorecería las donaciones entre cónyuges; y, en último término, porque, si bien los artículos 1.334, 1.335 y 1.667 del Código civil sean directa y únicamente aplicables a la sociedad universal, exteriorizan, con el 1.458 del mismo Cuerpo legal, el estrecho criterio que en estos particulares informa nuestra legislación.

Los argumentos alegados en esta resolución, como dirá posteriormente la de 16 de marzo de 1959, si se generalizasen provocarían la exclusión de toda sociedad entre cónyuges. Por esto, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en esta resolución, y la mayor parte de los autores (43), de conformidad con el criterio imperante en la doctrina foránea (44), no compartieron con razón la argumentación dada por la resolución de 9 de marzo de 1943, aunque en el caso objeto de la misma la inscripción de la sociedad de responsabilidad limitada estuvo bien denegada, ya que se trataba de un supuesto en el que se transgredían los límites impuestos por la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con la autocontratación. Pero esta Dirección General, como hemos visto, aprovecha la ocasión para señalar los inconvenientes que, al parecer, obstaculizan la constitución por los esposos de sociedades mercantiles de tipo personalista.

La propia Dirección General, con argumentos análogos a los seña-

(42) Amplia exposición de esta jurisprudencia en LEPAGNEUR, *Traité pratique de droit civil français* de PLANIOL-RIPERT, tomo XI-2.ª parte, *Contrats civils, société et association*, París, 1954, 2.ª ed., pp. 270-271; H., L. y J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tomo IV, volumen 1.º, *Régimes matrimoniaux*, París, 1969, p. 67.

(43) RIBELLES ORTIZ, *¿Pueden los cónyuges pactar entre sí sociedades civiles o mercantiles?*, cit., pp. 600 ss.; HERRERO GARCÍA, *Contratos onerosos entre cónyuges*, cit., pp. 338 ss. y pp. 467 ss.; GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, cit., pp. 342-343; LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., pp. 223-224, y *Derecho de familia*, I, cit., p. 144; DE LA CÁMARA ALVAREZ, *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, cit., pp. 101-102; CÁNOVAS COUTIÑO, *Comentario a la resolución de 16 de marzo de 1959*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1959, pp. 531 ss.; FERNÁNDEZ CABALEIRO, *Comentario a la resolución de 4 de noviembre de 1969*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1970, p. 489.

(44) RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, vol. 1.º, 10.ª ed. por ROBLLOT París, 1980, pp. 509 ss.; JULIEN, *Les contrats entre époux*, París, 1962, pp. 101 ss.; CORNU, *Le contrat entre époux*, cit., pp. 484-485; LEPAGNEUR, en *Traité de droit civil français* de PLANIOL y RIPERT, tomo XI, 2.ª parte, cit., pp. 271-273; HEMARD, *Les contrats à titre onéreux entre époux*, cit., pp. 721-723; LALOU, *Des contrats entre époux*, en *Études de droit civil à la mémoire de CAPITANT*, Liechtenstein-París, 1977, pp. 417 ss.

lados por la doctrina, va a rectificar el criterio restrictivo de la resolución de 9 de marzo de 1943. En la resolución de 16 de marzo de 1959 (45), referente a un caso en que el marido y la mujer constituyeron una sociedad de responsabilidad limitada aportando bienes presuntivamente gananciales, esta Dirección General alude a las dificultades que la doctrina clásica opone a las sociedades entre cónyuges, las cuales provocarían, si se generalizara la cuestión, la exclusión de toda sociedad entre esposos, y privaría arbitrariamente a estos últimos de múltiples posibilidades que les permitieran, sin el menor fraude, desenvolver sus negocios en situaciones en que no exista otro medio mejor que la sociedad para aunar su trabajo y hacer fructificar sus capitales; lo cual, unido a que la mala fe no debe presumirse nunca y a la ausencia en nuestra legislación de un precepto que establezca la incapacidad general de contratar entre esposos —ya que, por ejemplo, los contenidos en los artículos 1.334, 1.458 y 1.677 del Código civil, entre otros, contemplan situaciones especiales— permitiría concluir afirmando la validez de las sociedades entre esposos, siempre que resulten salvaguardados los deberes que se derivan del matrimonio y de la integridad de los patrimonios de los respectivos esposos y no se encubra un fraude o un acto contrario a la Ley. Sin embargo, se deniega la inscripción, pues en el caso concreto la sociedad aparece constituyéndose exclusivamente por las aportaciones de bienes gananciales hechas por marido y mujer, por lo que resulta de hecho integrada por bienes que, presuntivamente, tienen ese mismo y único origen y carácter, que conservan al no proceder de dos patrimonios distintos, sino de uno solo, y, por tanto, marido y mujer, de hecho, contratan también en nombre de la sociedad conyugal, lo que califica el Registro de supuesto de autocontratación no permitido por la Ley, ilicitudes que se agravan porque al crearse, además, un patrimonio separado del propio ganancial, se atenta al principio general de responsabilidad establecido en el artículo 1.911 del Código civil.

Los argumentos alegados en esta resolución en contra de la validez de la sociedad de responsabilidad limitada constituida por los cónyuges, cuando aporten bienes presuntivamente gananciales, fueron acertadamente rebatidos por un sector de nuestra doctrina (47). Es indudable que en tal caso no existe autocontratación en el sentido de que el marido contrate consigo mismo, pues la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica, ni cabe aducir que la aportación descansa en la voluntad del esposo. La constitución de una sociedad es algo más que una pura aportación de bienes. Hay, además, fijación

(45) Comentada por DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO en *Revista de Derecho Mercantil*, 1959, pp. 449 ss., y CÁNOVAS COUTIÑO en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1959, pp. 522 ss.

(46) CÁNOVAS COUTIÑO, *Comentario a la resolución de 16 de marzo de 1959*, cit., p. 531.

(47) DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho mercantil*, vol. 1.º, Madrid, 1976, pp. 633 ss.; FERNÁNDEZ CABALEIRO, *Comentario a la resolución de 4 de noviembre de 1969*, cit., p. 489; HERRERO GARCÍA, *Contratos onerosos entre cónyuges*, cit., pp. 477 ss.

del fin de la sociedad (al que, en definitiva, vienen adscritos los bienes aportados) y la articulación de las normas que han de regir su vida corporativa. Todo esto es materia de contrato de sociedad y, naturalmente, no lo decide unilateralmente el marido, sino que lo conviene en un contrato que celebra precisamente con la mujer. Frente a la segunda objeción hay que decir que la limitación de responsabilidad es un beneficio que se puede alcanzar en nuestro Derecho merced a la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada o de una sociedad anónima. A primera vista, parece violento que los cónyuges, mediante la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada a la que sólo aportan bienes gananciales, eludan la aplicación del artículo 1.408-1 del Código civil. No se advierte, sin embargo, al razonar así, que, en el fondo, la aplicación del precepto (y la del artículo 1.911 en el que se inspira) se produce siempre que el marido o la mujer aportan bienes gananciales a una sociedad de responsabilidad limitada o a una sociedad anónima, por cuanto que el resto del patrimonio común queda exento de responsabilidad por las obligaciones dimanantes de la explotación del negocio social. Ocurre, simplemente, en tal caso, que se ha echado mano de un instituto cuyo fin consiste precisamente en evitar la aplicación de aquel principio, aunque, como contrapartida, haya que observar toda una serie de prescripciones, establecidas, precisamente, para proteger a los terceros. Las cosas no tienen porque suceder de otro modo si son sólo los dos cónyuges —dado que entre ellos puede existir una verdadera sociedad— quienes recurren a una solución (constituir una sociedad de responsabilidad limitada o a una sociedad anónima juntamente con otra persona) que el propio ordenamiento jurídico les brinda.

En el caso de la resolución de 4 de noviembre de 1969 se planteó el problema de determinar si está extendida de acuerdo con nuestra legislación una escritura de sociedad anónima otorgada por tres socios, de los cuales dos son marido y mujer que realizan sus aportaciones con bienes presuntivamente gananciales. De conformidad con la resolución de 16 de marzo de 1959, declaró la Dirección General de los Registros y del Notariado que la exclusión de toda sociedad entre esposos privaría arbitrariamente a estos últimos de múltiples posibilidades que les permitieran, sin el menor fraude, desenvolver sus negocios en situaciones en que no exista otro medio mejor que la sociedad para aunar su trabajo y hacer fructificar sus capitales; lo cual, unido a que la mala fe no debe presumirse nunca y a la ausencia en nuestra legislación de un precepto que establezca la incapacidad general para contratar los esposos —ya que, por ejemplo, los contenidos en los artículos 1.334, 1.458 y 1.677 del Código civil, entre otros, contemplan situaciones especiales— permitiría concluir afirmando la validez de las sociedades entre esposos, siempre que resulten salvaguardados los deberes que se derivan del matrimonio y de la integridad de los patrimonios de los respectivos esposos y no se encubra un fraude o un acto contrario a la Ley. En el supuesto contemplado, además, en-



tra de lleno en juego la presunción del artículo 1.407 del Código civil, teniendo, por ello, tales aportaciones y las acciones a cambio recibidas, cualquiera que sea el cónyuge que las suscriba, el carácter de presuntivamente gananciales, por lo que ni la constitución de la sociedad ni la forma en que las acciones han sido suscritas, vienen a cambiar el régimen económico matrimonial ni a suponer una alteración del patrimonio ganancial ni de los patrimonios privativos de cada cónyuge. Y al concurrir a la fundación de la sociedad al menos tres patrimonios, no se incide en el defecto señalado por la ya citada resolución de 16 de marzo de 1959, que contempla el caso de una sociedad de responsabilidad limitada constituida tan sólo por dos cónyuges de utilizar la forma social para la creación de un patrimonio separado del propio ganancial, atentando al principio general de responsabilidad establecido en el artículo 1.911 del Código civil.

Los argumentos alegados para justificar la validez de la sociedad de responsabilidad limitada por los cónyuges con aportación de bienes gananciales, determinan lógicamente que también lo sea la sociedad anónima, ya que el artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónimas exige la concurrencia de tres personas, requisito legal que se cumple en el caso de esta resolución, pues el marido y la mujer adquirirán la cualidad de socios, y no la sociedad de gananciales, que carece de personalidad jurídica, sin perjuicio del carácter ganancial de las aportaciones (48).

En relación con la fianza entre cónyuges la resolución de 31 de mayo de 1895 afirmó su validez al establecer que, dado el artículo 1.263, número 3 del Código civil, es indudable que en materia de contratos otorgados por mujeres casadas la regla general hoy en vigor es la que hay que reputarlos válidos, regla que no tiene más excepciones que las expresadas por la Ley. Ninguna de las disposiciones del Código civil prohíbe a la mujer el contrato de fianza, y tampoco a la que está casada el salir fiadora de su marido, prohibición que no faltara de haber estado en la mente del legislador establecerla, por lo mismo que fue secular en nuestro Derecho. Ante la carencia de artículo o precepto del Código que haya estatuido la incapacidad que establecieran el Senadoconsulto Velciano, la auténtica *Si qua mulier*, diversos fueros municipales y la famosa Ley 61 de Toro, hay que concluir lógicamente que, puesto que no nos hallamos en un caso de excepción, rige el principio del artículo 1.263, y a su tenor, puede la mujer casada prestar consentimiento a un contrato de fianza, aun en favor de su propio marido.

Nuestro Código civil, como se deduce de la Exposición de Motivos del Proyecto de 1936, interrumpió la tradición que continuó la Ley 61 de Toro y, por consiguiente, era evidente que la mujer podía ser fiadora de su marido. Incluso autores que no se mostraron favorables a la validez general de los contratos onerosos entre cónyuges, como

(48) DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho mercantil*, vol. 1.º, cit., pp. 632 ss.; HERRERO GARCÍA, *Contratos onerosos entre cónyuges*, cit., pp. 482-483

Mucius Scaevola (49), no incluyeron la fianza. La prohibición se refiere a contratos que envuelven transmisiones de bienes de marido a mujer, o viceversa, a título oneroso. Era poco dudosa, por estas razones, la validez de este contrato entre cónyuges y, en general, la de cualquier contrato de garantía (50).

La validez de la permuta entre cónyuges fue negada con claridad por la resolución de 28 de noviembre de 1898 (1), considerando que con arreglo a los artículos 1.458 y 1.541 del Código civil el marido y la mujer no pueden permutar bienes recíprocamente sino cuando se hubiera pactado separación de bienes o cuando hubiese separación judicial de los mismos.

La mayor parte de los autores consideraron acertada la doctrina de esta resolución, basándose fundamentalmente en el artículo 1.541, que ordena aplicar a la permuta las reglas de la compraventa (52). Sin embargo, sosteniéndose una opinión semejante a la defendida en la doctrina por Planiol, Guerin y Lalou (53), quienes señalaron que hay muchos textos concernientes a la venta que son inaplicables a la permuta, y que ésta no presenta los mismos peligros que la venta cuando es realizada entre cónyuges, se dirá que no debe considerarse segura la opinión mayoritaria en nuestra doctrina (54), o con mayor rotundidad, que la permuta entre cónyuges debe ser perfectamente

(49) Véase la nota 31.

(50) LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 225; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo IV, *Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 9.ª ed. revisada con el curso de CALVILLO, cit., p. 692; DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, tomo 2.ª, nueva edición revisada y puesta al día por COSSÍO y GULLÓN, Madrid, 1959, pp. 498-499; GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, cit., p. 433.

Semejante criterio fue defendido por la doctrina francesa, desde la promulgación del Código civil francés, que no acogió tampoco la prohibición de la *intercessio* de la mujer, de conformidad con un edicto de 1606 que suprimió esta incapacidad y su consecuencia. Vid. HEMARD, *Les contrats à titre onéreux entre époux*, cit., p. 728; SAVATIER, *Traité de droit civil français* de PLANIOL y RIPERT, 2.ª ed., París, 1954, tomo XI, 2.ª parte, *Contrats civils*, p. 972; JULIEN, *Les contrats entre époux*, cit., p. 136.

(51) Comentada por MERINO, *El contrato de permuta*, Madrid, 1978, pp. 139-140.

(52) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo IV, 9.ª ed., cit., p. 189; MELÓN INFANTE (Fernando), *El contrato de permuta en el Código civil*, en Revista de Derecho Privado, 1961, p. 717; COSSÍO, *Instituciones de Derecho civil*, vol. 2.º, Madrid, 1975, p. 749; ALBALADEJO, *Derecho civil, tomo II, Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, Barcelona, 1975, p. 73.

Este criterio es dominante también en la doctrina francesa: HAMEL, en *Traité pratique de droit civil français* de Planiol y Ripert, tomo X, París, 1956, pp. 512-513; TROPLONG, *Le droit civil expliqué (De l'échange et le louage)*, Bruxelles, 1841, p. 7; CORNU, *Le contrat entre époux*, cit., p. 482; ESMEIN, en *Traité de droit civil français* de Planiol y Ripert, tomo VI, 1.ª parte, *Obligations*, París, 1952, p. 93.

(53) PLANIOL, en *Revue Critique*, 1888, p. 273; GUERIN, *Etude sur le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales*, París, 1906, p. 92; LALOU, *Des contrats entre époux*, cit., pp. 426-427.

(54) LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 222.

admitida en el régimen del Código, como lo está en otras regiones (la aragonesa, por ejemplo), en las que, aun existiendo el régimen de comunidad de bienes en el matrimonio, no se ha visto peligro alguno para la admisión de estos contratos y, en general, de cualesquiera otros entre marido y mujer (55).

Entre los contratos caracterizados por la prestación de servicios, el que más problemas de validez suscitó en la doctrina fue el de trabajo. Algunos autores lo vedaron en cualquier hipótesis por estimar que el estado de subordinación del obrero frente al patrono y la estipulación de un salario son incompatibles con la concepción moral y jurídica de la unión conyugal, que implica una comunidad de existencia y una indivisibilidad de intereses en condiciones de perfecta igualdad (56). Para otros autores, en cambio, el contrato de trabajo como causa de una atribución patrimonial (pago del salario) es válido entre cónyuges, pero sólo es vinculante para el futuro en cuanto, de hecho, no altere la autoridad de cada cónyuge en la familia (57). Finalmente, no faltaron autores que estimaron que el hecho de estar el marido subordinado a su mujer en el trabajo que realiza no pone en juego las prerrogativas de aquél como cabeza de la familia. Estas prerrogativas no tienen la misma naturaleza que los derechos de los asociados o los poderes del patrono (58).

El mandato entre cónyuges se consideró válido desde el momento en que el mandante dirige la gestión del mandatario (59). No obstante, un importante sector de la doctrina estimó que había de ser en todo caso revocable, ya que un mandato irrevocable implicaría un ataque definitivo a los poderes respectivos de los cónyuges en el matri-

(55) MERINO, *El contrato de permuta*, cit., p. 139; HERRERO GARCÍA, *Contratos onerosos entre cónyuges*, cit., p. 459.

(56) SACHET, *Traité théorique et pratique de la législation sur les accidents de travail*, 8.ª ed., tomo 1.º, núm. 215 bis (citado por LALOU, *Des contrats entre époux*, cit., p. 432); ROUAST, en *Traité de droit civil français* de PLANIOL y RIPERT, tomo XI, 2.ª parte, *Contrats civils*, 2.ª ed., París, 1954, p. 440; VOIRIN, nota en *Recueil Dalloz*, 1928, 2, 169; FREJAVILLE, *Cours de droit civil approfondi*, París, 1952-1953, pp. 334-348.

(57) ESMERIN, en *Recueil Sirey*, 1937, 2, 169; ROUX, nota en *Recueil Sirey*, 1953, 1, 353 (referencia en CORNU, *Le contrat entre époux*, cit., p. 472, nota 46); AUBRY y RAU, *Droit civil français*, tomo V, 5.ª ed., p. 339, nota 10. En nuestra doctrina, LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 225.

(58) HEMARD, *Les contrats á titre onéreux entre époux*, cit., pp. 706 ss.; FREYRIA, *La relation de travail entre époux*, en *Droit social*, 1952, pp. 378 ss.; LALOU, *Des contrats entre époux*, cit., pp. 433-434.

(59) JULIEN, *Les contrats entre époux*, cit., pp. 120-121; HEMARD, *Les contrats á titre onéreux entre époux*, cit., pp. 708 ss.; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, vol. 2.º, París, 1921, p. 701; CORNU, *Le contrat entre époux*, cit., p. 486; GUERIN, *Etude sur le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales*, cit., p. 102; SAVATIER, en *Traité de droit civil français* de PLANIOL y RIPERT, tomo XI, 2.ª parte, *Contrats civils*, París, 1956, p. 878; ESMEIN, en *Traité de droit civil français* de PLANIOL y RIPERT, tomo VI-1.ª parte, *Obligations*, París, 1952, p. 93.

En nuestra doctrina, fundamentalmente, LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 225.

monio y una vulneración del principio de inmutabilidad de las convenciones matrimoniales (60).

Si se parte de la base de ser la prohibición de venderse bienes los esposos el caso límite, habían de considerarse válidos cualesquiera contratos que no determinen una transferencia de propiedad a título definitivo, como el comodato, el mutuo, el depósito o el arrendamiento (61).

La Ley de 2 de mayo de 1975 sobre situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, determinó la imposibilidad de alegar los principales argumentos en que se trató de fundar la prohibición general de la contratación onerosa entre cónyuges, o la de determinados contratos, como la sociedad o el contrato de trabajo, ya que fue suprimido el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial (art. 1.320 del Código civil), se estableció la regla de que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges y fueron suprimidas las licencias maritales para actos de la mujer casada (arts. 62 y ss. del Código civil). Precisamente en la Exposición de Motivos del Proyecto se justificaron estas modificaciones del Código civil, diciéndose, entre otras cosas, que las normas en que tales limitaciones (en la capacidad de obrar de la mujer) se contienen no pasan de tener una efectividad predominantemente formal, creadora de trabas en la vida jurídica, sin la contrapartida de una seria protección de los intereses de orden familiar... La regla de la inmodificabilidad partía probablemente de la idea de que, a través de los pactos postnupciales, pudiera uno de los cónyuges, generalmente la mujer, quedar sometido, en su perjuicio, al influjo psicológico del otro, sin llegar a manifestar su voluntad en condiciones de plena libertad. Frente a ello cabe señalar que, desde hace siglos, la regla cabalmente contraria, la misma que ahora se introduce, está vigente en grandes zonas de nuestro país, pues casi sin excepción es tradicional en los territorios de Derecho foral, sin que sólo no haya planteado graves problemas, sino que, al contrario, ha servido de cauce para resolverlos pacíficamente. Y el temido hecho de que tales pactos pudieran ocultar una falta de libertad o una voluntad viciada, es corregible, sin necesidad de prohibir los pactos, acudiendo a las reglas generales que salvaguardan la autenticidad de la voluntad en los contratos (62).

---

(60) JULIEN, *Les contrats entre époux*, cit., pp. 120-121; CORNU, *Le contrat entre époux*, cit., 486.

(61) LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 225; HEMAR<sup>D</sup>, *Les contrats à titre onéreux entre époux*, cit., p. 726; CORNU, *Le contrat entre époux*, cit., p. 481.

(62) De acuerdo con estos principios, como ha apuntado DÍEZ-PICAZO (*Significado de la reforma del Código civil, Curso de conferencias sobre la reforma de los Códigos civil y de comercio por ley 14/1975 de 2 de mayo*, año 1977, Madrid, 1978, pp. 144 ss.), se han suprimido todas las referencias a la autoridad, a la potestad y a la obediencia. La preocupación un poco obsesiva ha llevado también a suprimir las palabras marido y mujer sustituyéndolas por cónyuges. Se planteaba, sin embargo, el problema (que ha desaparecido tras la Ley de 13

A pesar de introducirse estas importantes innovaciones en el Código civil, no fueron reformados los preceptos que establecían concretas prohibiciones legales a la contratación entre cónyuges (arts. 1.334, 1.458, 1.541 y 1.677), por lo que se continuó cuestionando en la doctrina el problema de dilucidar si de los preceptos señalados era posible deducir o no un principio general prohibitivo de la contratación entre cónyuges y, en todo caso, la interpretación que había de darse a aquéllos teniendo en cuenta los nuevos principios instaurados por la Ley de 2 de mayo de 1975.

La mayor parte de los autores (63) se mostraron favorables al criterio general de la validez de los contratos entre cónyuges, señalándose incluso que quedaban en buena parte privadas de fundamento las prohibiciones legales que aparecían en el Código civil. La Ley de 2 de mayo de 1975 despejaba cualquier tipo de duda que se tuviera sobre la cuestión, e incluso en relación con el debatido problema de la constitución por los cónyuges de una sociedad de responsabilidad limitada con aportación de gananciales, la reforma operada en el Código de comercio por esta Ley determinaba que, después de reformado el artículo 6 del mismo y de abrirse brecha en la intangibilidad del artículo 1.408-1 del Código civil, no había de albergarse más escrúpulos en orden a la viabilidad de que los cónyuges pudiesen pactar entre sí la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada con aportación de bienes gananciales (64).

No faltaron autores que dudaron, a pesar de lo dicho, de que esta Ley tuviese la importancia señalada. Según Girón Tena (65) no puede decirse que los problemas en torno a la sociedad entre cónyuges hayan resultado muy aclarados después de la Ley de 2 de mayo de 1975.

En relación con la constitución por los cónyuges de una sociedad de responsabilidad limitada con aportación de bienes gananciales, Núñez Boluda (66) entendió que el argumento alegado por la citada resolución de 6 de marzo de 1959 de que se crea un patrimonio separado del propio ganancial y se atenta al principio general de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código civil, ha de estimarse vigente, es decir, es un argumento que no ha sufrido

---

de mayo de 1981) de que la igualdad jurídica y la plena capacidad no se alcanzan o se alcanzan muy mal, según precisa Díez-PICAZO, sin una correlativa reforma del régimen económico conyugal, que el legislador de 1975 confiesa no haber intentado, aunque ello fuese sólo parcialmente cierto.

(63) Cossío, *Instituciones de Derecho civil*, vol. 2.º, Madrid, 1975, p. 749; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. 4.º, 1.ª ed. Madrid, 1978, p. 141; PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, vol. 5.º, Madrid, 1976, p. 214; HERRERO GARCÍA, *Contratos onerosos entre cónyuges*, Madrid, 1976, pp. 368 ss.; DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho mercantil*, vol. 1.º, Madrid, 1977, p. 632; GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO), tomo XIX, Madrid, 1980, p. 120.

(64) DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudio de Derecho mercantil*, vol. 1.º, cit., p. 636.

(65) GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, vol. 1.º, Madrid, 1976, p. 193.

(66) NÚÑEZ BOLUDA, *Limitaciones a la contratación entre cónyuges en el Código civil*, en *Revista de Derecho Privado*, 1979, p. 168.

variación a consecuencia de la promulgación de la Ley de 2 de mayo de 1975. Para esta autora, las sociedades de responsabilidad limitada y las comanditarias sólo hay que admitirlas cuando los cónyuges están en régimen de separación de bienes, y cuando no estándolo aporten bienes privativos de uno y del otro; o aporten el uno bienes privativos y el otro bienes gananciales.

Gómez de Enterría (67) consideró que el último argumento (el relativo a la vulneración del artículo 1.911) de la resolución de 16 de marzo de 1959 tenía una gran solidez.

En lo referente al contrato de trabajo entre cónyuges, Gómez de Enterría (68) señaló que el mismo pondría de manifiesto el carácter inconciliable de cualquier tipo de subordinación contractual de uno de los esposos respecto del otro con el principio de igualdad llamado a regir las relaciones personales dentro del matrimonio, por lo que ni en el plano teórico parece admisible este tipo de contrato entre cónyuges.

En realidad, como han precisado acertadamente Díez-Picazo y Gullón (69), los problemas relativos a la contratación entre cónyuges, después de la Ley de 2 de mayo de 1975, no habían de plantearse tanto en el terreno de la existencia o no de un criterio general de validez, que había que admitir, como en determinar si un contrato celebrado por el marido y la mujer relativo a bienes, derechos o intereses que están en comunidad, que entrañe una modificación del régimen económico matrimonial, debía por lo menos dar cumplimiento a las reglas de fondo y de forma necesarias para las capitulaciones matrimoniales.

### III. DERECHOS CIVILES ESPECIALES O FORALES

A diferencia del criterio adoptado en nuestro Código civil de 1889, algunas Compilaciones de Derecho civil especial, de acuerdo con los antecedentes históricos, han admitido expresamente los contratos entre cónyuges, tanto a título gratuito como a título oneroso, aunque en alguna de ellas se ponen específicos límites en ciertos casos. En cambio, en Galicia y Vizcaya y Alava, al no establecer sus Compilaciones reglas especiales sobre la contratación entre cónyuges, ha regido el criterio del Código civil.

1. *Derecho civil especial de Aragón.*—En Aragón la capacidad general de los cónyuges de celebrar contratos entre sí ha sido siem-

(67) GÓMEZ DE ENTERRÍA, *La contratación entre cónyuges en el Código civil y en los Derechos especiales*, en Revista Jurídica de Cataluña, julio-septiembre 1978, p. 627.

(68) GÓMEZ DE ENTERRÍA, *La contratación entre cónyuges en el Código civil y en los Derechos especiales*, cit., p. 625.

(69) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, 1.ª ed., volumen IV, cit., p. 141.



pre reconocida (70). En relación con las donaciones entre marido y mujer en el antiguo Derecho de los Fueros y Observancias no había precepto que expresamente las autorizara. Ello no era necesario, como precisó Isabal (71), ya que bastaba la regla general que las comprendía y la ausencia de una disposición que las prohibiera. Aparte del principio general que admite como permitido todo aquello que la Ley no prohíbe, está la libertad del pacto, el *Standum est chartae*. No obstante, el Derecho aragonés no era totalmente permisivo, pues existían ciertas restricciones a la libertad de donación entre los cónyuges. Según el Fuero, *De contractibus coniugum*, lib. V, no valdrá la remisión de la dote hecha al marido por su mujer, si no se hace esto con el consentimiento de los parientes más próximos de la esposa, a saber: del padre, si vive, y de algún otro, o si no tuviese padre, con otros dos parientes suyos de los más cercanos y legales (traducción de Parrial). Y según la Observancia 1.ª, *De iure dotium*, lib. V, la esposa puede transferir al marido, como a un extraño, sus bienes muebles e inmuebles que no son dotes o axobar, pues ninguna de ambas cosas puede transferirlas al varón sino en la forma establecida en el Fuero, *De contractibus coniugum* (traducción de Marton y Santapau) (72).

Este sistema ampliamente permisivo fue también el aceptado por el Apéndice de 1925, cuyo artículo 52 disponía que, no existiendo descendientes, o bien dejando a salvo los derechos legitimarios que a éstos corresponden según el estado de familia cuando ocurra el otorgamiento, valdrán la dote y la donación otorgadas por el marido a favor de su mujer, y también, con la dicha salvedad, valdrán las donaciones que la mujer haga de sus bienes privativos al marido. Esto no obstante, cuando sean objeto de la donación bienes sitios o inmuebles que la mujer haya recibido como dote o como «firma de dote», el otorgamiento no será válido si no interviene el consejo favorable del padre, en defecto de éste el de la madre, y a falta de ambos, el de los dos más próximos parientes de la esposa otorgante, varones y mayores de edad.

Según el artículo 24 de la vigente Compilación de Derecho civil especial de Aragón, de 8 de abril de 1967, los cónyuges pueden hacerse donaciones y celebrar entre sí toda clase de contratos. Las caute- las del artículo 52 del Apéndice en relación con la dote y con la «firma

---

(70) Vid. ISABAL, *Donaciones entre cónyuges*, en *Enciclopedia Jurídica Española*, Barcelona (Seix), tomo XII, 1910, p. 598; SAPENA, *Ineficacia del negocio jurídico en el Apéndice al Código civil*, en este ANUARIO, 1956, fasc. 1.º, pp. 151-155.

GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, vol. 3.º, Madrid, 1852, p. 274), al referirse a la prohibición de las donaciones entre cónyuges en el comentario al artículo 1.259 del Proyecto de 1851, dice que, sin embargo, en Aragón podía el marido vender o donar a su mujer bienes raíces y dotarle en todos. La mujer podía vender y donar bienes a su marido.

(71) ISABAL, *Donaciones entre cónyuges*, cit., p. 597.

(72) ISABAL, *Donaciones entre cónyuges*, cit., p. 598.

de dote» han sido recogidas sustancialmente en el artículo 31 de la Compilación.

2. *Derecho especial de Cataluña*.—Tradicionalmente ha sido posible que los cónyuges catalanes pudiesen celebrar entre sí contratos onerosos debido a diversos textos del Digesto, aplicable en Cataluña como supletorio a falta de una norma de Derecho propio, con la importante excepción de la fianza e intercesión de la mujer en favor del marido. En cambio, debido a la nulidad de las donaciones entre cónyuges que aparecía en el Digesto y en las Decretales de Gregorio IX, si bien convalidables en caso de que no hubiesen sido revocadas por el donante antes de fallecer, en determinados textos, como las *Costums* de Tortosa, fuertemente romanizados, se estableció que si la donación se realiza después del matrimonio «non val», aunque puede confirmarse por testamento o por cualquier acto de última voluntad, por fallecimiento del donante antes que el donatario o antes de haberla revocado en forma expresa o tácita (73). Es lógico que en la Memoria de Derecho catalán y en los sucesivos Proyectos de Apéndice del Derecho foral de Cataluña se admitiera claramente la validez de la contratación onerosa entre cónyuges, con la excepción de la intercesión y fianza de la mujer en favor del marido, y se afirmara la nulidad de las donaciones entre éstos aunque se admitía la convalidación en términos semejantes a los expuestos (74).

La Compilación del Derecho civil especial de Cataluña de 21 de julio de 1960 va a regular ampliamente esta materia. El artículo 11 permitirá con carácter general los contratos onerosos entre cónyuges cuyo régimen económico matrimonial sea el de separación de bienes (75). Sin embargo, la amplia declaración de este precepto se ve limitada por la prohibición del artículo 322, en el sentido de que la mujer casada no puede interceder en favor de deudas contraídas por el marido, no distinguiéndose si la intercesión deriva de un contrato oneroso o gratuito (76).

(73) Véase el amplio análisis histórico de HERRERO GARCÍA, *Los contratos onerosos entre cónyuges en la historia del Derecho catalán y en su vigente Compilación*, en Revista de Derecho Notarial, 1975, pp. 285 ss.

(74) HERRERO GARCÍA, *Los contratos onerosos entre cónyuges en la historia del Derecho catalán y en su vigente Compilación*, cit., pp. 299 ss.; PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, tomo 2.º, *Derecho familiar catalán*, Barcelona, 1979, pp. 147 y 334.

(75) Vid. PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, tomo 2.º, cit., pp. 150 ss.; HERRERO GARCÍA, *Los contratos onerosos entre cónyuges en la historia del Derecho catalán y en su vigente Compilación*, cit., pp. 314 ss.; PUIG SALELLAS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO), tomo XXVII, vol. 1.º, Madrid, 1981, páginas 300 ss.

(76) Vid. BADOSA COLL, *La intercesión de la mujer casada catalana a favor de su marido*, en *Estudios jurídicos sobre la mujer catalana*, Barcelona, 1971, pp. 251 ss.; FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO, *Fianza e intercesión de la mujer casada en favor de su marido*, en *Estudios jurídicos sobre la mujer catalana*, Barcelona, 1971, pp. 303 ss.; LATORRE, *Algunas observaciones sobre los artículos 321 y 322 de la Compilación Senadoconsulto Velezano y Auténtica si qua mulier*, en *Estudios jurídicos sobre la mujer catalana*, Barcelona, 1971, pp. 331 ss.; HERRERO

No se admite la validez de las donaciones entre cónyuges hechas durante el matrimonio fuera de capitulaciones matrimoniales; pero si el cónyuge donante fallece sin haberse arrepentido de ellas o sin revocarlas, dispone el artículo 20 que quedarán retroactivamente convalidadas. En la duda se considerará que fue voluntad del donante no arrepentirse o no revocarlas. También será nula la convalidación o confirmación que de las mismas haga en vida el donante, como no sea en su último testamento o en codicilo eficaz. Estas donaciones no quedarán convalidadas cuando el cónyuge donatario premuera al donante; en caso de conmorienencia real o presunta de donante y donatario se entenderá, a estos efectos, que ha sobrevivido el último. Quedan exceptuadas de la nulidad las donaciones y liberalidades para la reparación de una finca propia del donatario amenazada de ruina, en cuanto no exceda de la cantidad necesaria para ello; aquellas cuyo objeto sea el mero uso de una cosa; las donaciones por causa de muerte, el esponsalicio o *escreix* y las liberalidades de uso y regalos módicos proporcionados a la condición económica y social del cónyuge. Esta norma es desarrollada por los artículos 21 y 22 (27). Además, la presunción muciana va a representar una fuerte traba a la contratación entre cónyuges, porque implica que todo lo que la mujer deba entregar al marido, como consecuencia de una obligación derivada de un contrato oneroso, se presume que no pertenece a ella sino a aquél (artículo 23).

La reciente Ley del Parlamento catalán de 20 de marzo de 1984 («B. O. E.» de 4 de mayo) ha reformado profundamente esta materia, haciéndose realidad así lo propugnado por numerosos autores (78). El artículo 5 de la Ley modifica el artículo 11 de la Compilación, que dispone ahora lo siguiente: Los cónyuges podrán celebrar entre sí durante el matrimonio actos y contratos a título oneroso o gratuito; en caso de impugnación judicial, la prueba del carácter oneroso corresponderá a los demandados. A su vez, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley, el artículo 20 preceptúa que las donaciones entre cónyuges hechas fuera de capitulaciones matrimoniales serán revocables en los casos que se indican en el artículo siguiente. Estos casos, según el ar-

---

GARCÍA, *Los contratos onerosos entre cónyuges en la historia del Derecho catalán y en su vigente Compilación*, cit., pp. 320 ss.; PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, tomo 2.º, cit., p. 331; GETE ALONSO, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO), tomo XXVII, volumen 1.º, Madrid, 1981, pp. 343 ss.

(77) GETE ALONSO, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO), tomo XXVII, volumen 1.º, cit., p. 443; PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, tomo 2.º, cit., p. 182.

(78) PUIG SALELLAS, *La reforma de la Compilació en materia de las relaciones económicas entre cónyuges*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1983, núm. 3, pp. 578-579; DELGADO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, tomo 2.º, volumen 3.º, Barcelona, 1979, p. 323; HERRERO GARCÍA, *Los contratos onerosos entre cónyuges en la historia del Derecho catalán y en su vigente Compilación*, cit., p. 321, nota 193; FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO, *Fianza e intercesión de la mujer casada en favor de su marido*, cit., p. 319.

título 21, son los siguientes: a) En los casos generales de revocación de donaciones, si bien en el de supervivencia o en el superveniencia de hijos sólo podrá tener lugar si se trata de hijos comunes; b) En caso de nulidad del matrimonio; no obstante, si hubiera mala fe por parte de uno solo de los cónyuges, únicamente podrá revocar el otro; c) Únicamente por el cónyuge no culpable y salvo caso de reconciliación, si el otro hubiera incurrido en alguna de las causas de desheredación o que dan lugar a la separación judicial o al divorcio, aun cuando no se solicite aquella o éste.

En los casos previstos en los apartados b) y c) del articulado anterior, dice el artículo 22, la acción para revocar caducará al año de haber sido notificada la sentencia correspondiente; y en los de revocación por causa de desheredación, divorcio o separación, al año de haber tenido el donante conocimiento de la causa y de la posibilidad de revocación».

Se establece, por tanto, en la Compilación catalana un amplísimo margen a la contratación entre cónyuges, que no depende de cuál sea el régimen económico del matrimonio.

3. *Derecho civil especial de Baleares.*—El párrafo 3.º del artículo 4 de la Compilación del Derecho civil especial de Baleares de 19 de abril de 1961 dispone que serán válidos en régimen de separación de bienes los actos y contratos que celebren entre sí los cónyuges a título oneroso. En caso de impugnación judicial, la prueba del carácter oneroso corresponderá a los demandados. Se ponen, por consiguiente, dos importantes trabas a la contratación onerosa entre cónyuges, como son la necesaria vigencia del régimen de separación de bienes y la presunción de gratuidad del contrato entre cónyuges, que tiene un mero carácter *iuris tantum*, por lo que puede ser dejado sin efecto en virtud de las pruebas que aporten los cónyuges acreditativas del carácter oneroso del contrato entre ellos celebrado.

Aunque el precepto citado no lo diga expresamente, se infiere en interpretación *a sensu contrario* del mismo la prohibición de las donaciones entre cónyuges o cualesquiera otros negocios jurídicos que puedan tener un carácter lucrativo. Además, en Mallorca siempre se ha considerado fuera de toda duda la prohibición de las donaciones entre cónyuges, no cabiendo siquiera la posibilidad de que las mismas puedan tener un principio de validez y ser susceptibles de revocación en vida del cónyuge donante, tras cuya muerte sin haberlas revocado pasarían a considerarse donaciones *mortis causa* (79).

Si bien un importante sector doctrinal ha criticado la prohibición absoluta de las donaciones entre cónyuges, máxime cuando existe separación de bienes, no se puede olvidar la realidad del actual texto

---

(79) RIPOLL, *Memoria de las Instituciones del Derecho civil de las Baleares*, Palma de Mallorca, 1885, p. 28; MASOT MIQUEL, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO), tomo XXXI, volumen 1.º, Madrid, 1980, p. 130.

legal del cual se deduce una absoluta prohibición (80), y ello a pesar de que la reforma del Código civil por Ley de 13 de mayo de 1981 haya determinado la posibilidad de que los cónyuges puedan celebrar entre sí cualquier tipo de acto a título oneroso o gratuito (art. 1.323).

El último párrafo del artículo 4 de la Compilación hace referencia a la posibilidad de que la mujer casada pueda salir fiadora de su marido y obligarse mancomunadamente con él. Con ello se proclama la doctrina tradicional mallorquina, discrepante, en este punto, de las fuentes romanas y del criterio que ha imperado en Cataluña (81).

4. *Derecho civil especial de Navarra*.—Debido a lo poco que dicen los fueros navarros en orden a la posibilidad de hacerse los cónyuges donaciones durante el matrimonio (82), lo único que, con anterioridad a la vigente Compilación de Derecho civil de 1 de marzo de 1973, abona de forma segura la validez de las mismas es el antecedente del Anteproyecto y Proyecto de Fuero Recopilado (83), pero con limitaciones, al establecer la ley 188 del primero y 193 del segundo que también serán válidas las donaciones entre cónyuges; pero las que hiciere la mujer en favor del marido y excediesen de los regalos módicos en relación con las circunstancias, necesitarán la aprobación de los parientes mayores de aquélla. En todo caso quedarán a salvo las acciones de fraude que pudieran amparar el interés de los terceros que se consideren perjudicados, añadiendo la ley 194 que cuando se trate de cónyuges de segundas o posteriores nupcias, será nula toda estipulación entre ellos en perjuicio de los derechos de los hijos habidos en matrimonio anterior.

Las dos leyes referidas tuvieron una fidedigna acogida en la Compilación de Derecho civil navarro, aunque quedasen enmarcadas bajo título distinto (84), el VII, lib. I, denominado: «De los principios fundamentales del régimen de bienes de la familia» (85).

La ley 76 disponía que son válidas las donaciones entre cónyuges,

(80) MASOT MIQUEL, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., pp. 131-133.

(81) PASCUAL GONZÁLEZ, *Derecho civil de Mallorca*, Palma de Mallorca, 1951, p. 133; MASOT MIQUEL, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., pp. 140-141.

(82) Sobre estos Fueros véase SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de Navarra*, tomo V, *Derecho de familia*, volumen 1.º, *Organización de la familia*, Pamplona, 1975, pp. 210 ss.

(83) En el Proyecto de Fuero Recopilado el título VI llevaba la rúbrica siguiente: «De los negocios jurídicos entre cónyuges».

(84) Con anterioridad a la promulgación de la Compilación de Derecho civil navarro, la doctrina navarra no se mostró favorable a la validez de las donaciones entre cónyuges (ALONSO, MORALES y otros). En el artículo 1.259 de su *Memoria* MORALES recoge lo que el Proyecto de Apéndice de 1851 disponía en sus artículos 1.250 y 1.251, prohibiendo toda donación de un cónyuge a otro durante el matrimonio; y no comprendiendo en esta regla los regalos módicos que los cónyuges acostumbran a hacerse en ocasión de regocijo para la familia, que también los permite COVIÁN en el artículo 112 de su Proyecto en ulteriores matrimonios (SALINAS QUIJADA, *Op. cit.*, pp. 214 ss.).

(85) SALINAS QUIJADA (*Op. cit.*, p. 219) ha considerado más atinada la sistemática que en este punto aparecía en el Proyecto de Fuero Recopilado.

pero las que hiciese la mujer en favor del marido, si excediesen de los regalos módicos según costumbre, necesitarán la aprobación de los parientes mayores de aquélla. A su vez, la ley 77 establece que los derechos que esta Compilación reconoce a los hijos o descendientes de anterior matrimonio quedarán a salvo de toda estipulación, disposición o renuncia hechas por los cónyuges de segundas o posteriores nupcias, entre sí o con terceros.

La excepción de fraude que establecía el Proyecto de Fuero Recopilado, la ley 193, párrafo 3.º, se eliminó por considerarse consecuencia de la doctrina general del fraude.

La plena validez de los restantes tipos de contratos entre cónyuges, de conformidad con lo que disponía la ley 193 del Proyecto de Fuero Recopilado, fue espresamente admitida por la ley 76 de la Compilación al disponer que los cónyuges podrán celebrar entre sí toda clase de estipulaciones y contratos. En clara concordancia con este criterio permisivo, la ley 61 dispondrá que cualquiera de los cónyuges puede afianzar, obligarse de otro modo o dar garantía real, tanto en favor del otro como de terceras personas.

Un Decreto-ley de 26 de diciembre de 1975 («B. O. E.» de 8 de enero de 1976) reformó el texto de la ley 76, suprimiendo la traba que, en relación con las donaciones entre cónyuges, aparecía en la Compilación, disponiendo que los cónyuges podrán celebrar entre sí toda clase de estipulaciones, contratos y donaciones. Existe, pues, en el Derecho navarro un criterio totalmente permisivo de la contratación entre marido y mujer con independencia de cuál sea el régimen económico del matrimonio y de que el contrato sea oneroso o gratuito.

#### IV. DERECHO COMPARADO

En el panorama del Derecho comparado no existe un criterio uniforme en torno a la contratación entre cónyuges. Aunque las recientes reformas del Derecho de familia han acentuado el carácter permisivo de los contratos entre marido y mujer, diversos Códigos civiles siguen imponiendo importantes restricciones. Vamos, por tanto, a referirnos a aquellos ordenamientos jurídicos, como el francés, el italiano o el portugués, que las establecen, y a los que adoptan un absoluto criterio permisivo, como el alemán, el suizo o el inglés.

1. *Derecho francés.*—En el Código civil francés aparecen importantes limitaciones a la contratación entre cónyuges en los artículos 1.096, 1.595 y 1.832, relativos a la donación, la compraventa y la sociedad.

Según el artículo 1.096, todas las donaciones hechas entre esposos durante el matrimonio, aunque calificadas entre vivos, serán siempre revocables.

A tenor del artículo 1.595 el contrato de venta sólo puede tener lugar entre esposos en los tres casos siguientes: 1.º) Cuando uno de

los esposos cede bienes al otro, estando ambos separados judicialmente, en pago de sus derechos. 2.º) Cuando la cesión que el marido hace a su mujer, aún no separados, tiene una causa legítima, tal como el reemplazo de sus inmuebles enajenados, o de créditos a ella pertenecientes si estos inmuebles o los créditos no se aportan a la comunidad. 3.º) Cuando la mujer cede bienes a su marido en pago de una suma que le hubiera prometido en dote, y siempre que haya exclusión de comunidad. En estos tres casos quedan a salvo los derechos de los herederos de las partes contratantes, si hubiera algún enriquecimiento indirecto.

El artículo 1.832, cuya redacción procede de la Ley de 4 de enero de 1978, dispone que los dos esposos, solos o con otras personas, pueden asociarse en una misma sociedad y participar conjuntamente o no en la gestión social. No obstante, esta facultad sólo existirá cuando cualquiera de los cónyuges no responda de las deudas sociales de forma solidaria e ilimitada.

Estos límites legales se tratan de fundamentar diciéndose que con ellos se impide que se produzca una modificación indirecta del régimen económico matrimonial, una donación oculta irrevocable, un abuso de poder de un cónyuge sobre el otro o un fraude a terceros (86).

La doctrina francesa (87), de forma unánime, propugna actualmente un criterio general de validez de los contratos entre cónyuges, estando sólo prohibidos los contratos señalados en la Ley. No obstante, el contrato que celebren los esposos no ha de ser contrario a los principios de orden público que rigen en todo matrimonio y ha de respetar el estatuto patrimonial y personal de los casados.

Hay que señalar, sin embargo, que en el 75 Congreso de Notarios de Francia se ha afirmado en las conclusiones la conveniencia de que sea suprimida la prohibición de la compraventa entre cónyuges (88). Igualmente un sector de la doctrina francesa (89) ha criticado el tradicional criterio legal de la absoluta revocabilidad de la donación por voluntad del cónyuge donante, ya que permite a éste ejercer una especie de «chantaje» sobre el cónyuge donatario amenazándole con la revocación de la donación. Por ello, se dice, no es extraño que la

(86) PONSARD, *Régimes matrimoniaux*, tomo 8.º del *Droit civil français* de AUBRY y RAU, 7.ª ed., París, 1973, pp. 24 ss.; CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 3.ª ed., París, 1981, pp. 25 ss.; COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, París, 1982, pp. 157 ss.

(87) Además de los autores señalados en la nota anterior, CORNU, *Le contrat entre époux. Recherche d'un critère générale de validité*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1953, p. 466; HEMARD, *Les contrats à titre onéreux entre époux*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1938, p. 684 ss.; LALOU, *Des contrats entre époux*, en *Etudes de droit civil à la mémoire de CAPITANT*, reimpresión de la edición de 1939, Liechtenstein y París, 1977, pp. 417 ss.; ESMEIN, *Obligations*, tomo 6.º, 1.ª parte del *Traité de droit civil français* de PLANIOL y RIPERT, París, 1952, pp. 92-93.

(88) COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, cit., p. 157, nota 76.

(89) H., L. y J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tomo IV, volumen 2.º, *Succesions-Libéralités*, 4.ª ed. por BRETÓN, París, 1982, p. 743; TERRE y LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, París, 1983, p. 495.

jurisprudencia, a pesar de los términos en que se expresa el artículo 1.096, haya tratado de restringir el alcance de la revocabilidad. Esta debe desaparecer. Antes que conservar el régimen de la revocabilidad sería incluso mejor establecer, como el Código civil italiano, una prohibición pura y simple de las donaciones entre cónyuges. La propia Comisión de reforma del Código civil francés ha considerado que, salvo para la donación de bienes futuros, la regla de la revocabilidad debe ser suprimida y ha de aplicarse la normativa común de las donaciones (artículo 986 del Anteproyecto de Código civil) (90). También en el 75 Congreso de Notarios de Francia se ha propugnado que las donaciones de bienes presentes entre esposos, no las de bienes futuros, no sean revocables a voluntad del donante (91).

2. *Derecho portugués*.—El Código civil portugués establece un amplio régimen sobre las donaciones entre cónyuges, que se rigen por lo dispuesto en los artículos 1.761 a 1.766 y subsidiariamente por las reglas comunes de la donación de los artículos 940 a 979 (art. 1.761).

Se considera nula toda donación entre cónyuges si rige imperativamente el régimen de separación de bienes (art. 1.762), y se establece la regla de la libre revocabilidad de las donaciones entre cónyuges, no siendo lícito que el donante renuncie a este derecho (artículo 1.765).

Sólo pueden ser objeto de la donación los bienes propios del donante, sin que estos bienes se comuniquen, sea cual fuere el régimen matrimonial (art. 1.764). La donación de cosas inmuebles debe constar en documento público, y no pueden hacerse donaciones recíprocas en el mismo acto (art. 1.763).

Finalmente, la donación entre cónyuges caduca en tres casos: a) Cuando fallece el donatario antes que el donante, salvo que éste confirme la donación dentro de los tres meses siguientes a la muerte de aquél; b) Si el matrimonio es declarado nulo, sin perjuicio de lo dispuesto sobre el matrimonio putativo; c) Existiendo divorcio o separación judicial de personas y bienes por culpa del donatario, si éste fuera considerado único o principal culpable (92).

3. *Derecho italiano*.—El Código civil italiano todavía es más restrictivo que el francés o el portugués en materia de donaciones entre cónyuges, ya que el artículo 781 dispone que los cónyuges no pueden durante el matrimonio hacerse entre sí alguna liberalidad, salvo las que sean conformes a los usos (93). Sin embargo, la Corte Constitu-

(90) H., L. y J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tomo IV, volumen 2.º, cit., p. 756.

(91) TERRÉ y LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, cit., p. 495, nota 40.

(92) FERNANDES RODRIGUES, *Código civil portugues, anotado e atualizado*, 6.ª ed., Coimbra, 1982, pp. 550 ss.

(93) La sanción prevista por vulnerarse la prohibición no es la anulabilidad sino la nulidad absoluta. La misma afecta tanto a las liberalidades directas como a las indirectas y no tiene más excepción que las que son hechas de acuerdo con los usos (CASULLI, *Donazione*, en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XIII, Milano, 1964, pp. 978 ss.).



cional italiana, en sentencia de 27 de junio de 1973 (94), ha declarado la inconstitucionalidad de este precepto, que resulta no sólo extrínsecamente, porque al limitar la actividad negocial de los casados se pone, respecto a la capacidad de efectuar y recibir donaciones, en una condición diferente a la de los demás ciudadanos, sin que la misma norma persiga alguna finalidad apreciable, sino también intrínsecamente, porque el principio constitucional de igualdad (art. 3 en relación con el 29 de la Constitución) aparece violado, faltando todo motivo racional para dar al ciudadano casado con el donante un trato diverso del de los ciudadanos no casados o que no lo están con el donante, creando situaciones de desventaja en defecto de una fundada, o al menos plausible, justificación del precepto o deducible de una efectiva exigencia objetiva (95).

Con anterioridad a esta sentencia de la Corte Constitucional se había criticado, por excesiva, la prohibición absoluta contenida en el artículo 781. Es significativo, como destaca la propia Corte Constitucional en esta sentencia (96), que el carácter difícilmente justificable de la nulidad absoluta fuese señalado por la Comisión para la reforma del libro III del Código civil, presidida por D'Amelio, en su relación al Proyecto de 23 de marzo de 1936, la cual proponía la abolición de una prohibición que no está justificada por ninguna razón plausible, porque todos los motivos alegados en el Derecho romano han de considerarse inconsistentes y de todo punto extraños al ordenamiento familiar moderno. En el Proyecto de 1936 se proponía un texto semejante al del Código civil francés, admitiendo la plena ilicitud de las donaciones entre cónyuges, si bien el donante podría revocarlas. Un importante sector de la doctrina italiana (97) ha rebatido los argumentos alegados para fundamentar la prohibición absoluta de la donación entre cónyuges, que contrasta con el criterio dominante en el Derecho comparado y en el propio Derecho romano, pues no es socialmente sentida y no cabe duda de que la donación puede ser una consecuencia espontánea del afecto existente en el ánimo del cónyuge donante, sin que el otro cón-

---

(94) *Gazzeta Ufficiale*, 4 de julio de 1973, núm. 169; *Il Foro Italiano*, volumen XCVI, parte primera año 1973, pp. 2014 ss.

(95) La argumentación de esta sentencia ha sido objeto de numerosos comentarios críticos, habiendo coincidencia, al margen de lo cuestionable que pueda resultar la invocación de los artículos 3 y 19 de la Constitución italiana, en destacar el carácter anacrónico de la prohibición absoluta de las donaciones entre cónyuges y su débil justificación. Cfr. JEMOLO, *Nota a la sentencia de la Corte Constitucional de 27 de junio de 1973*, en *Il Foro Italiano*, volumen XCVI, año 1973, parte primera, pp. 2015-2016; JEMOLO, *La fine de un secolare divieto*, en *Rivista di Diritto Civile*, 1973, 2.ª parte, pp. 462-463; TRABUCCHI, *L'abolizione del divieto di donazione fra coniugi*, en *Rivista di Diritto Civile*, 1973, 2.ª parte, pp. 418-421; SPAGNA MUSSO, *Norma anacronistica e norma costituzionale illegittima*, en *Il Foro Italiano*, volumen XCVI, año 1973, parte primera, pp. 2713-2719; LYCIA GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni, arts. 769-809*, en *Commentario del Codice civile* a cura di SCIALOJA y BRANCA, Bologna-Roma, 1976, pp. 212-231.

(96) Vid. *Il Foro Italiano*, volumen XCVI, primera parte, año 1973, p. 2018.

(97) CATULI, *Donazione*, cit., p. 979; BIONDI, *Sucesión testamentaria y do-*

yuge haya hecho nada para captarlo. Además, si los argumentos invocados tuviesen alguna consistencia, habrían de valer también en cuanto a las donaciones del progenitor al hijo, o de un pariente a otro, las cuales, sin embargo, no están prohibidas.

De conformidad con el criterio acogido por el Código civil de 1865, en el vigente Código civil italiano no existe ningún tipo de limitación a la contratación onerosa entre cónyuges.

4. *Derecho alemán.*—La amplia autonomía patrimonial que de acuerdo con un criterio tradicional otorga a los cónyuges el BGB se plasma fundamentalmente en la posibilidad que tienen éstos de celebrar en todo tiempo el contrato de matrimonio (*Ehevertrag*), a través del cual configuran el régimen económico matrimonial (parágrafo 1.408 BGB) (98), y cualquier tipo de contrato entre sí, con independencia de que sea oneroso o gratuito, incluyéndose las sociedades entre cónyuges (98 bis). Como dice Heptig (99), los cónyuges gozan de una total autonomía contractual, que opera en todos los casos de transmisión de propiedad de bienes, tanto en los contratos de compraventa como en los de permuta o préstamo. A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos este principio no conoce excepciones en materia de donaciones y cesiones de bienes entre esposos (100). Ciertamente, los párrafos 134 y 138 BGB, que establecen los límites de la autonomía de la voluntad, no ponen trabas específicas a la libertad de contratación entre cónyuges (101), ya que se aplican con independencia de que las partes del negocio celebrado sean o no cónyuges. Puede suceder, ciertamente, que el contrato celebrado por el marido y la mujer sea contrario a una norma imperativa o estar en contra de las buenas costumbres, lo cual determinaría su nulidad en los términos de los citados párrafos. Al examinar la transgresión del orden familiar, señala Larenz (102) que sólo son inmorales los nego-

---

nación, cit., p. 684; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, tomo IV, Milano, 1954, p. 14.

(98) Vid. KANZLEITER, comentario al párrafo 1.408 BGB, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, tomo 5.º, *Familienrecht*, München, 1978, pp. 393 ss.

(98 bis) Vid. FRANK, *Gesellschaften zwischen Ehegatten und Nichtehegatten*, en *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1983, núm. 6, pp. 541 ss.

(99) HEPTIG, *L'évolution contemporaine du droit allemand*, en la obra colectiva *Marriage et famille en question*, bajo la dirección de SCHWARZ-LIEBERMANN VON WALHENDORT, edición del CNRS, Lyon, 1980, p. 74.

(100) Así lo señalan los autores que examinan los diversos contratos tipificados en el BGB, que se limitan a decir que la compraventa, el mandato, el arrendamiento de cosas, la donación o el contrato de servicios se rigen en lo relativo a su conclusión por las normas que, con carácter general, se aplican a los negocios jurídicos (párrafos 145 y siguientes del BGB). Vid., por todos, ESSER-WAYERS, *Schuldrecht*, vol. 2.º, *Besonderer Teil*, Heidelberg, 1984, pp. 10, 122, 145 y 278.

(101) Vid. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. 2.º, *Das Rechtsgeschäft*, 3.ª ed., Berlin-Heidelberg-New York, 1979, pp. 340 ss.; LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, 1980, 5.ª ed., pp. 390 ss. y pp. 401 ss.

(102) LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 408.

cios que se oponen a la esencial moral del matrimonio o de los vínculos familiares. En este sentido el *Reichsgericht* alemán ha considerado nulo un contrato por el que el marido, para convencer a su mujer de que desistiese de la demanda de divorcio, contraía, entre otras, la obligación de excluir a su hermano de sus negocios, a no admitir en ellos a ningún otro pariente y a no emprender viajes de negocios sin la mujer (103).

5. *Derecho suizo*.—Una solución semejante a la vigente en el Derecho alemán rige en el Derecho suizo, con la particularidad de que el artículo 177 del Código civil establece expresamente que todos los actos jurídicos están permitidos entre esposos (104). En evidente conexión con este artículo, el 240 del Código de obligaciones dispone que toda persona en el ejercicio de los derechos civiles podrá disponer de sus bienes por donación, salvo las restricciones que derivan del régimen matrimonial o del derecho de sucesiones (105). El Tribunal Federal suizo, sin embargo, ha declarado que las donaciones entre cónyuges sólo producen efectos frente a terceros si se observan las formalidades del artículo 248 del Código civil (106). Según este precepto, los contratos de matrimonio, las decisiones judiciales relativas al régimen matrimonial y los actos celebrados entre esposos en relación con aportaciones de la mujer o con bienes comunes, sólo producen efectos frente a terceros después de su inscripción en el Registro de regímenes matrimoniales y su publicación (107). Sin embargo, el Tribunal Federal afirma que las donaciones hechas por un cónyuge al otro son oponibles a sus herederos aunque no hayan sido inscritas y publicadas (108).

6. *Derecho inglés*.—Desde que en Inglaterra diversas leyes modificaran la situación jurídica de la mujer casada (109), independizándola de su marido, la mujer casada goza de plena capacidad de obrar (Leyes de 1870, 1874 y, sobre todo, las de 1882, *Married Women's Property Act*, y 1893) (110). El poder que tiene la mujer casada para contratar con su esposo aparece claramente admitido a partir de la referida Ley de 1882 y en el caso *Butler v. Butler* (1885) (111).

La normativa vigente se encuentra en la Ley de reforma de 1935

(103) RGZ 158, 294 (298). Cfr. LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 408.

(104) Sobre este precepto, vid. SCYBOZ y GUILLIERON, *Code civil suisse et Code des obligations annotés*, 2.ª ed., Lausanne, 1977, pp. 80-81.

(105) Con toda lógica ROSSEL (*Manuel de droit civil suisse*, tomo 3.º; Lausanne, s. f., p. 287), al referirse a la capacidad para donar, menciona al artículo 177 del Código civil entre las disposiciones legales que lo explican.

(106) *Recueil Officiel des Arrêts du Tribunal Fédéral*, 2.ª parte, Derecho civil, 47, 111. Cfr. SCYBOZ y GUILLIERON, *Code civil suisse*, cit., p. 115.

(107) Sobre este precepto, vid. SCYBOZ y GUILLIERON, *Code civil suisse*, cit., pp. 104-105.

(108) *Recueil Officiel des Arrêts du Tribunal Fédéral*, RO 47, 115. Cfr. SCYBOZ y GUILLIERON, *Code civil suisse*, cit., p. 105.

(109) Sobre el régimen anterior, vid. BROWLEY, *Family Law*, 6.ª ed., London, 1981, pp. 149-150.

(110) Sobre esta normativa, vid. BROWLEY, *Family Law*, cit., pp. 150-151.

(111) BROWLEY, *Family Law*, cit., p. 151, nota 5.

(*Married Women and Tortfeasors*). Con relación al poder de la mujer casada para contratar, la sección 1 prevé que está facultada para realizar por sí misma y ser responsable de cualquier contrato, deuda u obligación. Por ello, señala Browley (112), es evidente que la mujer casada tiene pleno poder para celebrar cualquier contrato con un extraño o con su propio marido.

## V. CRITERIO ACOGIDO EN EL CODIGO CIVIL TRAS LA PROMULGACION DE LA LEY DE 13 DE MAYO DE 1981

Al poco tiempo de promulgarse la Ley de 2 de mayo de 1975 comenzaron en la Sección primera de la Comisión General de Codificación los trabajos encaminados a la reforma del Código civil sobre el régimen económico matrimonial (113). Fruto de estos trabajos fue el Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979 sobre modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, acogiéndose un amplio criterio permisivo de contratación entre cónyuges, similar al imperante en alguno de nuestros Derechos civiles especiales o forales y en el Derecho comparado. De esta manera se ponía término a todas las dudas que tradicionalmente se han suscitado en esta materia. Se afirma en la Exposición de Motivos de este Proyecto, como aspecto social y económico de relieve en la regulación que se adopta, la nueva libertad de los cónyuges para celebrar entre sí cualesquiera contratos, incluidas las donaciones, que autorizadas antes por diversos Derechos forales, nunca habían presentado inconvenientes de alguna entidad.

La Ley de 13 de mayo de 1981 tiene en cuenta lo dispuesto en este Proyecto al establecer una norma totalmente permisiva de la contratación entre cónyuges, no habiéndose limitado nuestro legislador a suprimir concretas prohibiciones, lo cual, según algunos autores (114), debería haberse hecho. No obstante, dada la larga tradición en contra, tienen razón Lacruz (115) y Albaladejo (116) al destacar la oportunidad de la regla que autoriza cualquier contrato entre cónyuges. Dispone el artículo 1.323 del Código civil que el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos. En evidente concordancia con este

(112) BROWLEY, *Family Law*, cit., p. 151.

(113) Vid. LACRUZ, *La reforma del régimen económico del matrimonio*, en este ANUARIO, 1979, fascs. 2.º y 3.º, pp. 346-347.

(114) DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (dirigidos por ALBALADEJO)*, tomo XVIII, volumen 1.º, artículos 1.315 a 1.343 del Código civil, Madrid, 1982, p. 162; GARCÍA CANTERO, *Notas sobre régimen matrimonial primario*, en Documentación Jurídica, 1982, enero-diciembre, p. 312, y en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo 5.º, volumen 1.º, *Derecho de familia. Relaciones conyugales*, 10.º ed., Madrid, 1983, p. 339.

(115) LACRUZ, *El nuevo Derecho de familia*, vol. 2.º, Madrid, 1981, p. 133.

(116) ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, vol. 4.º, *Derecho de familia*, Barcelona, 1982, p. 161.

precepto legal, enmarcado en las disposiciones generales del régimen económico matrimonial, se suprime la prohibición de las donaciones entre cónyuges, que aparecía en el artículo 1.334, y también desaparece la limitación que establecía el artículo 1.458, ya que dispone ahora que el marido y la mujer podrán venderse bienes recíprocamente. Lógicamente, uno y otra podrán celebrar contratos de permuta, porque, aparte de lo dispuesto en el artículo 1.323, el artículo 1.541 preceptúa que en todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta. También parece que no ha de existir dificultad para que los cónyuges puedan constituir cualquier tipo de sociedad, incluida la universal, pues ha desaparecido la prohibición de las donaciones entre cónyuges (art. 1.677).

## VI. FUNDAMENTO

El cambio trascendental que ha supuesto en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 1.323 y los preceptos del Código civil que con él concuerdan, se debe, sin duda, a que, siguiendo el camino emprendido por la Ley de 2 de mayo de 1975, la Ley de 13 de mayo de 1981 ha tenido en cuenta el principio constitucional de la igualdad (arts. 14 y 32 de la Constitución), lo cual se traduce en el plano jurídico en la plena libertad e independencia de marido y mujer (art. 66 del Código civil) (117). La norma contenida en el artículo 1.323, como ha sido Díez-Picazo (118), es de libertad, pues no indica otra cosa que los cónyuges tienen plena autonomía para contratar entre sí, de igual manera que pueden hacerlo con un tercero. En este sentido es sumamente elocuente la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 14 de noviembre de 1979 al afirmar que la presente reforma ha llevado el principio de igualdad entre cónyuges a sus últimas y justas consecuencias, ya borrando ciertas distinciones que persistían en las relacio-

---

(117) La justificación de este trascendental cambio jurídico tiene una evidente base sociológica. Ha puesto de relieve CORNU (*Le contrat entre époux*, cit., p. 468) que la presión de las costumbres determina que aumenten cada vez en mayor número los que DUMOULIN denominaba ya con sentido profético «contratos necesarios». Hoy en día la mujer casada no se ocupa exclusivamente de las tareas domésticas, pues trabaja junto al hombre en el taller, la fábrica, en el mundo de los negocios, en las mismas actividades profesionales y casi siempre en virtud de contrato. Surge entonces una pregunta de sentido común: si la mujer contrata con terceros, ¿por qué no ha de poder celebrar un contrato con su marido?, ¿por qué la mujer que puede prestar servicios a un extraño no va a poder de igual manera participar en el trabajo de su esposo?, ¿por qué dos esposos no pueden asociar su trabajo y capitales, si cada uno de ellos puede constituir una sociedad con un tercero? La novedad del debate hoy día reside en la extensión a todos los contratos, incluidos los más inconcebibles para la mentalidad de antaño. La capacidad de contratar aparece como un desarrollo necesario y natural de la capacidad general de la mujer casada.

(118) Díez-PICAZO, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, Madrid, 1983, p. 1512. También, *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, p. 155.

nes personales, ya, sobre todo, confiriendo a cada uno, en el aspecto patrimonial, iguales facultades, derechos y obligaciones. De ahora en adelante cada cónyuge gobernará y regirá sus bienes y actividades económicas sin más trabas que la respectiva contribución a las cargas familiares o a las derivadas del hecho de no ser suyos, sino comunes, ciertos bienes obtenidos por él, o de la eventual obligación de dar cuenta de sus actividades lucrativas al otro cónyuge. De otra parte, en la economía conyugal, y singularmente en la sociedad de gananciales, ninguno de los dos será superior al otro, ni tendrá atribuidas por la Ley concretas facultades o privilegios en cuanto varón o mujer (119). La supresión de la tradicional prohibición de las donaciones entre cónyuges se justifica en esta Exposición de Motivos en que las donaciones autorizadas antes por diversos Derechos forales, nunca habían presentado inconvenientes de alguna entidad (120). Además, el nuevo régimen de contratación entre cónyuges parece congruente con el sistema de mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales y del régimen económico matrimonial que introdujo la Ley de 2 de mayo de 1975 y mantiene la vigente Ley de 13 de mayo de 1981 (121), ya que a través

---

(119) En esta Exposición de Motivos se alude a uno de los caracteres básicos de la familia hoy en día: la «democratización», a la que se refieren CARBONNIER (*Derecho flexible*, trad. Díez-PICAZO, Madrid, 1974, pp. 166-169) y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, vol. 4.º, 2.ª ed., cit., pp. 37-38), ya que las relaciones de autoridad, que caracterizaron en otro tiempo a la familia, han dejado el sitio a relaciones de reciprocidad. El matrimonio tiende hoy a transformarse cada vez más de institución jerárquica en una asociación de tipo igualitario.

(120) Así se destacó precedentemente por nuestra doctrina: MERINO, *El contrato de permuta*, cit., p. 139; GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, volumen 1.º, cit., p. 499.

(121) En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley sobre reforma de determinados artículos del Código civil y del Código de comercio sobre situación de la mujer casada y los deberes y derechos de los cónyuges, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 30 de octubre de 1974, para fundar la mutabilidad se afirma: La regla de la inmodificabilidad partía probablemente de la idea de que, a través de pactos postnupciales, pudiera uno de los cónyuges, generalmente la mujer, quedar sometido, en su perjuicio, al influjo psicológico del otro, sin llegar a manifestar su voluntad en condiciones de plena libertad. Frente a ello cabe señalar que, desde hace siglos, la regla cabalmente contraria, la misma que ahora se introduce, está vigente en grandes zonas de nuestro país, pues casi sin excepción es tradicional en los territorios de Derecho foral, sin que no sólo no haya planteado graves problemas, sino que, al contrario, ha servido de cauce para resolverlos pacíficamente. Y el temible hecho de que tales pactos pudieran ocultar una falta de libertad o una voluntad viciada, es corregible, sin necesidad de prohibir los pactos, acudiendo a las reglas generales que salvaguardan la autenticidad de la voluntad en los contratos.

Semejantes razones son formuladas en la doctrina para justificar la supresión del principio de inmutabilidad: vid. GULLÓN, comentario al artículo 1.315 del Código civil, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. 2.º, ed. Tecnos, Madrid, 1976, pp. 1067-1068; también *Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, enero 1977, pp. 82-83; TORRALBA, comentario al artículo 1.320 del Código civil, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. 2.º, ed. Tecnos, Madrid, 1976, pp. 1075 ss.; LETE DEL RÍO y ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Notas sobre «mutabilidad» del régimen económico matrimonial en el Derecho común*, en Revista de Derecho Privado, marzo 1977, pp. 166 ss.

de las capitulaciones postnupciales los cónyuges contratan entre sí (122), siendo significativo que los ordenamientos jurídicos que tradicionalmente han acogido el criterio de la mutabilidad, como el alemán y el suizo, hayan admitido la plena libertad de contratación entre cónyuges, según vimos. Indudablemente, los argumentos alegados en contra de la plena libertad de contratación entre cónyuges son análogos a los que tradicionalmente se han esgrimido para censurar la posibilidad de que los cónyuges pudiesen otorgar capitulaciones durante el matrimonio, pues no en vano éstas no dejan de ser un contrato, ya que el Código civil las conceptuaba antes de la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1981 como contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio y en el vigente artículo 1.335 del Código civil se dispone que la invalidez de las capitulaciones se regirá por las reglas generales de los contratos (123). Con anterioridad a la citada Ley ya había puesto de relieve la Dirección General de los Registros y del Notariado, en resolución de 23 de julio de 1979 (124), que las innovaciones introducidas por la Ley de 2 de mayo de 1975 obligaban a una profunda modificación del Código civil, a fin de resolver las evidentes contradicciones que se daban, debido a la coexistencia de artículos dictados en épocas diversas. Si la prohibición de las donaciones entre cónyuges, cuya nulidad sanciona el artículo 1.334, había de ser interpretada antes de la reforma de 1975 en sentido estricto, en este momento de transición habrá de serlo habida cuenta que se ha admitido la mutabilidad del régimen económico matrimonial y superados los obstáculos clásicos procedentes de las limitaciones de capacidad que afectaban a la mujer, de la *unitas carnis*, de los influjos o captaciones de voluntad, y de los posibles perjuicios o fraudes a terceros, peligro este último que puede conjurarse por los medios ordinarios que el Código civil establece.

Todas las razones invocadas en esta resolución evidenciaban el débil fundamento que, incluso con anterioridad a la Ley de 2 de mayo de 1975, tenía la prohibición de la compraventa entre cónyuges, salvo que existiese separación de bienes o hubiera separación judicial de los mismos (art. 1.458) y sobre todo la de la donación entre cónyuges (art. 1.334). Los textos romanos, como vimos, dicen haber sido introducida la prohibición de las donaciones entre cónyuges *ne mutuo amo*

---

(122) ESPÍN, *La igualdad conyugal en la reforma del Código civil*, en *El nuevo Derecho de familia español*, Madrid, 1982, p. 18. También *Manual de Derecho civil español*, tomo IV, *Familia*, Madrid, 1982, p. 250.

(123) La naturaleza contractual de las capitulaciones matrimoniales es afirmada por la mayor parte de los autores: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Acercas del artículo 1.364 del C. c. (exclusión de la sociedad de gananciales. Renuncia a la sociedad de gananciales)*, en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo 1976, p. 161; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, vol. IV, Barcelona, 1982, p. 316; AMORÓS, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, ed. Tecnos, Madrid, 1983, p. 1520; ESPÍN, *La igualdad conyugal en la reforma del Código civil*, cit., p. 18.

(124) Comentada por CHICO ORTIZ en este ANUARIO, 1983, fasc. 1.º, págs. 185-196.

*re invicem spoliarentur*. También se trata de impedir —dicen los textos— que los cónyuges se aparten del mantenimiento de la prole y que la concordia entre ellos sólo pueda mantenerse al precio de las donaciones (*venale concordium*). Entre los autores modernos (125) se ha seguido invocando la necesidad de la armonía familiar y la defensa de los terceros. Sin embargo, la mayor parte de los autores no dieron por buenas estas razones, ya porque las donaciones entre cónyuges son normales cuando éstos viven en completa armonía; ya por lo inútil de la prohibición; ya, finalmente, porque los terceros tienen contra las donaciones entre cónyuges los mismos medios de defensa que contra las liberalidades a extraños. Esto, unido a la experiencia que demuestra la falta de inconvenientes en los países donde se permiten tales donaciones, e incluso la orientación histórica de las Partidas, convence de que el artículo 1.334 debiera suprimirse (126).

Respecto a la prohibición del artículo 1.458, que se basó sobre todo en evitar el peligro de fraude a tercero, la vulneración fraudulenta de la prohibición de las donaciones entre cónyuges y salvaguarda del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, se dirá que al haberse suprimido la licencia marital queda, en buena parte, privada de fundamento; y si quiere darse pleno sentido a la declaración de que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges (art. 62), será preciso obtener de ella la posibilidad de celebrar entre sí el contrato de compraventa (127).

Con claridad señala Espín (128) que la prohibición de la venta entre cónyuges, como las paralelas sobre donaciones y sociedad universal, reflejan una orientación acorde con los principios familiares del pasado siglo, que no se corresponde con las orientaciones actuales basadas en la no restricción de la capacidad por matrimonio y la equiparación de derechos de los cónyuges.

No deja de ser significativo, a nuestro juicio, que la mayor parte de los ordenamientos jurídicos no establezcan actualmente estas limitaciones, y que estén en trance de desaparecer en aquellos que todavía las mantienen en mayor o menor medida. La Corte Constitucional italiana, en sentencia de 27 de junio de 1973, como vimos, ha considerado incluso inconstitucional el artículo 781 del Código civil, que establece la prohibición de las donaciones entre cónyuges, por violación del principio de igualdad reconocido en el artículo 29 de la Constitución en relación con el artículo 3 de la misma (129).

En todo caso, no creemos que la alegación del principio de igual-

(125) Véase, por todos, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, tomo 5.º, vol. 1.º, Madrid, 1912, p. 801; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo 9.º, 6.ª ed. revisada por MORENO MOCHELI, Madrid, 1969, pp. 307-308.

(126) Véase, por todos, LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 227; GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, volumen 1.º, 9.ª ed., cit., pp. 498-499; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, vol. 3.º, cit., p. 522.

(127) GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO), tomo XIX, Madrid, 1980, p. 120.

(128) ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, vol. 3.º, cit., p. 522.



dad entre marido y mujer para justificar el artículo 1.323 de nuestro Código civil, y por ello la supresión de las referidas prohibiciones que aparecían en el mismo, constituya una trivialización del principio de igualdad (130), pues estamos ante una consecuencia lógica de la autonomía personal y patrimonial de marido y mujer (130 bis).

## VII. NOTAS CARACTERISTICAS

Se desprende del tenor del artículo 1.323 del Código civil que los cónyuges pueden celebrar entre sí cualquier tipo de contrato, con independencia de que su causa sea onerosa, gratuita o remuneratoria, ya que no se establece ningún tipo de distinción en este artículo, que simplemente dispone que el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos. La circunstancia de que el régimen económico matrimonial sea de comunidad o de separación, típico o atípico, no es tenida en cuenta expresamente por este artículo para poner obstáculos a la contratación entre cónyuges. Sin embargo, es evidente que cuanto más extenso e intenso sea el régimen de comunidad y su techo está en la comunidad universal, más problemáticas serán las relaciones contractuales entre esposos, como veremos al analizar los diversos tipos de contratos.

En conexión directa con lo apuntado, cualquier tipo de bienes, muebles o inmuebles, con independencia de cual sea la calificación que merezcan según las reglas del régimen económico del matrimonio, siempre que estén dentro del comercio de los hombres, o todo tipo de servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres (art. 1.271 del Código civil), pueden constituir el objeto del contrato celebrado por los cónyuges entre sí.

No se ha seguido en nuestro Código civil la orientación de otros Códigos civiles que, en relación con determinados contratos, establecen un régimen especial cuando se celebran entre cónyuges. Ya hemos visto cómo el Código civil portugués, valga como ejemplo, establece un régimen especial para las donaciones entre cónyuges hechas durante el matrimonio.

Según García Cantero (131), la libertad de contratación entre

(129) Ver las notas 94 y 95.

(130) En nuestra doctrina, DE LOS MOZOS (*El régimen económico del matrimonio*, en la obra colectiva *Protección jurídica de la familia*, Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, 1982, p. 219) ha cuestionado, frente a los que para justificar el artículo 1.323 invocan el principio de igualdad, si no estaremos ante una «maximalización» (trivialización más bien) del susodicho principio.

(130 bis) En este sentido, DÍEZ-PICAZO (*Familia y Derecho*, cit., pp. 154-156) que fundamenta el artículo 1.323 en el principio constitucional de igualdad y no discriminación.

(131) GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, volumen 1.º, *Derecho de familia. Relaciones conyugales*, Madrid, 1983, p. 340.

cónyuges no puede ser suprimida por éstos en virtud de acuerdos privados, aunque consten en capítulos. La justificación de esta conclusión se encuentra en que el artículo 1.323 hay que incluirlo en el denominado régimen matrimonial primario, lo cual determina la importante consecuencia de que el artículo citado tenga carácter imperativo.

A nuestro juicio es dudoso que exista, en cuanto tal, el denominado régimen matrimonial primario (132), pues, como dicen Díez-Picazo y Gullón (133), en puridad no existe un régimen que sea simple y se pueda oponer a otros más evolucionados o complejos. Y no hay tampoco una serie de problemas de solución más inmediata que otros. Los artículos 1.315 y siguientes van encabezados por una rúbrica que los considera como «disposiciones generales» y esto es lo que son, aunque su pretendida generalidad pueda ser cuestionada. Incluso es cuestionable, a nuestro entender, que la norma contenida en el artículo 1.323 sea de régimen económico matrimonial a pesar de su colocación sistemática. Así lo señala De los Mozos (134) y observamos que Díez-Picazo y Gullón (135) incluyen sistemáticamente el tema de los contratos entre cónyuges en el marco de las relaciones personales de éstos. Tal como dijimos, la norma contenida en el tan citado precepto no indica otra cosa que los cónyuges gozan de libertad para contratar entre sí, de igual manera que pueden hacerlo con un tercero, y que se basa en los principios de igualdad e independencia de marido y mujer. Sólo desde esta perspectiva puede deducirse el carácter imperativo de la norma contenida en el artículo 1.323. Por ello parece exacto afirmar que el artículo 1.328 va a impedir la validez del pacto capitular que suprime la libertad de contratación entre cónyuges; pero es más problemático, en cambio, afirmar que no pueda acordarse por los cónyuges, en capitulaciones matrimoniales o al margen de ellas, que no celebrarán durante algún tiempo un determinado contrato o que la posible celebración de un concreto contrato se haga depender de una condición.

Debido a que el principio de libertad de contratación entre cónyuges se plasma en el artículo 1.323, la norma contenida en el mismo ha de ser tenida en cuenta al interpretarse los diversos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico que contemplan contratos entre cón-

---

(132) La fórmula es de origen francés, pero es significativo que no haya sido acogida de forma uniforme en la doctrina, pues unos autores hablan de *régime primaire impératif* (CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 87), otros prefieren utilizar la expresión *statut de base* (H., L. y J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tomo IV, vol. 1.º, *Régimes matrimoniaux*, 5.ª ed. por JUGLARD, París, 1982, p. 23) o *statut fondamental* (PATARIN y MORIN, *La réforme des régimes matrimoniaux*, tomo 1.º, *Statut fondamental et régime legal*, París, 1974, pp. 17 ss.) y algunos se refieren al *régime matrimonial primaire* (RAYNAUD, en MARTY y RAYNAUD, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, París, 1978, p. 27).

(133) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. 4.º, cit., p. 180.

(134) DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO), tomo XVIII, vol. 1.º, cit., p. 162.

(135) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. 4.º, cit., páginas 105 ss.

yuges y, en general, al examinarse la problemática jurídica que surge en torno a cada uno de los distintos tipos de contratos, como acertadamente la hecho la Dirección General de los Registros y del Notariado en las resoluciones de 6 y 13 de junio de 1983 al abordar el debatido problema de la validez de la sociedad de responsabilidad limitada constituida por los cónyuges con aportación de bienes presuntivamente gananciales.

### VIII. LIMITES

Se aprecia que el artículo 1.323 no ha establecido específicamente ningún tipo de límites a la libertad de contratación entre cónyuges. Ni siquiera se admitieron las enmiendas al texto del mismo de algunos diputados en las que tenían en cuenta razones semejantes a las apuntadas en la doctrina francesa para justificar los límites legales que establece el Código civil francés. El diputado del grupo centrista señor Díaz Fuentes, propuso en la enmienda número 404 el siguiente texto: «El marido y la mujer podrán celebrar contratos entre sí y transmitirse por cualquier título bienes y derechos, siempre que no atenten al estatuto jurídico de los cónyuges o al régimen económico, ni vayan contra el interés de la familia». Este diputado justificó la enmienda diciendo que el régimen económico matrimonial puede ser alterado por los cónyuges en el curso del matrimonio, pero en tanto no se modifique con las garantías formales y de publicidad prevenidas principalmente en los artículos 1.331, 1.332 y 1.333 del Proyecto (relativos al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales), no deben permitirse que resulte contrariado con motivo de contratos ocasionales entre esposos, porque para ellos, mientras no lo modifiquen, debe ser norma rigurosa, y los terceros tienen legítimo interés a que no lo contraríen de hecho sin observar las especiales prescripciones de las normas dichas.

El grupo socialista, en la enmienda número 315, propuso añadir un nuevo párrafo: «En todo caso quedan a salvo los derechos de los terceros para impugnar los actos a que se refiere el párrafo anterior, de conformidad con lo dispuesto en los números 3 y 4 del artículo 1.291 y en el artículo 1.279 de este Código, así como los derechos de los herederos forzosos cuando las transmisiones lesionen su legítima» Se justificó esta enmienda en que no hay razón alguna para suprimir, como hace el presente Proyecto, la cláusula de protección de terceros y herederos forzosos que ya figuraban en el anterior Proyecto.

La carencia de límites específicos a la contratación entre cónyuges ha sido objeto de duras críticas por parte de un sector de nuestra doctrina (136), ya que —se dice— existe el grave peligro del fraude

---

(136) DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVIII, volumen 1.º (dirigidos por ALBALADEJO), Madrid, 1982, 2.ª ed., pp. 161 ss.; MARTÍNEZ-CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia*, tomo 1.º, 3.ª ed., Madrid, 1983, pp. 209-212; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *El régimen económico del matrimonio. Ley 11/1981, de 13 de mayo*, Madrid, 1982, pp. 70 ss.

a terceros (acreedores y legitimarios) y de la falta de libertad de uno de los cónyuges al celebrar el contrato. Además se facilita peligrosamente la modificación indirecta del régimen económico matrimonial. Incluso Vázquez Iruzubieta (137) se muestra partidario de la prohibición absoluta de las liberalidades y contratos entre cónyuges, constante matrimonio. Considera este autor recuperable la teoría de la unidad (*unitas carnis*), aunque matizada. No es razonable que los socios contraten entre sí, se intercambien bienes y situaciones jurídicas causando un verdadero caos en lo que tiene que ser una estabilidad patrimonial. La Ley ha dejado en casi una absoluta indefensión a los terceros frente a las posibles argucias que los cónyuges están dispuestos a llevar adelante para burlar sus derechos en el tráfico normal de las transacciones civiles o mercantiles.

De los Mozos (138), sin llegar a decir lo afirmado por el autor citado, señala que el artículo 1.323 es criticable por su colocación sistemática, su radicalismo y por los términos en que se desenvuelve. Dado el estado de la cuestión con anterioridad a la reforma no hacía falta una norma general sobre contratación entre cónyuges y, en todo caso, la norma del artículo 1.323, en su conjunto, no es una norma de régimen económico, ni siquiera entendida como norma básica o de régimen primario... Si antes de la reforma, un importante sector criticaba los términos de la absoluta prohibición de donaciones entre cónyuges, actualmente es de criticar que también se permitan absolutamente, y lo que más sorprende es que un cambio tan radical venga sin razón alguna... Refiriéndose el artículo 1.323 a toda clase de contratos, o bien podría haber tenido en cuenta que éstos pueden alterar el régimen económico, cosa que debía haber previsto, en cualquier caso, ya fuese posible o no lo fuera, o bien, si se refiere preferentemente a la donación, podría haber moderado su énfasis, eligiendo unos términos más adecuados para expresar lo que quiere decir.

Según De los Mozos, el texto del artículo 1.323 motiva que el contrato será válido, aunque produzca una modificación del régimen económico matrimonial, sin observarse lo dispuesto en materia de establecimiento y modificación del mismo (arts. 1.315 y 1.325 del Código civil). Ahora bien, ¿es que en estos casos habrá que considerar que para que el contrato produzca plenos efectos, debe revestir la forma y solemnidad de las capitulaciones? Sin duda que así debiera de haberlo previsto el legislador, completando la escueta fórmula del artículo 1.323, pero de no haberlo hecho, no tenemos más remedio que considerar, cualquiera que sean nuestras preferencias personales, que el contrato produce plena eficacia, si bien le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.317 del Código civil... Confirma esta interpretación el tenor literal del artículo 1.333 del Código civil, que, aunque probablemente no tenga la intención que denunciamos, sumi-

(137) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *El régimen económico del matrimonio*, cit., pp. 70 ss.

(138) DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVIII, volumen 1.º, cit., pp. 161 ss.

nistra un apoyo textual a esta interpretación, por cuanto dispone que en toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se mencionarán no sólo las capitulaciones matrimoniales que se hubiesen otorgado, sino también los *pactos*, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio y lo mismo en el Registro de la Propiedad si aquéllos o éstos afectasen a bienes inmuebles (139).

Para un importante sector doctrinal, sin embargo, el hecho de que el artículo 1.323 se exprese en términos tan permisivos no determina que nuestro ordenamiento jurídico admita que pueda modificarse el régimen económico matrimonial sin respetarse las reglas de fondo y forma establecidas en el Código civil (arts. 1.325 y siguientes) o que puedan ser lesionados los intereses de terceros o del propio cónyuge que presta el consentimiento contractual por coacción o dolo.

Según Olivares (140), estos límites pueden derivarse de la propia valoración que merezca la voluntad de los cónyuges, de la discordancia de la causa del negocio con la intención de los contratantes, de los principios institucionales que definan el régimen económico matrimonial en que estén y de la interferencia irregular en la esfera patrimonial de terceros .

Manteniendo la solución defendida antes de la publicación de la Ley de 13 de mayo de 1981 (141), Díez-Picazo y Gullón (142) precisan que es discutible que la modificación del régimen económico matrimonial pueda producirse a través de vías distintas de las que señala el legislador para su modificación. El legislador —dice Díez-Picazo (143)— ha distinguido por una parte negocios relativos a la estipulación, modificación o sustitución total o parcial del régimen económico del matrimonio (capitulaciones matrimoniales); por otra parte, los negocios traslativos de bienes y derechos y por otra los contratos de cualquier clase. Las normas limitativas de esta amplia capacidad de contratación son las normas generales: la posible existencia de un vicio de la voluntad, que tendrá que ser probada por quien lo alegue, ejercitándose la acción dentro del período de tiempo establecido para ello, o los motivos que pueden dar lugar a la rescisión (v. g., fraude de acreedores) (144).

Para Albaladejo (145) si el contrato entre cónyuges supone una

(139) DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVIII, volumen 1.º, cit., p. 167.

(140) OLIVARES, *Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme al nuevo artículo 1.323 del Código civil*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXV, 1982, pp. 291 ss.

(141) Véase la nota 69 de este estudio.

(142) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, tomo 4.º, 3.ª ed., Madrid, 1983, p. 112.

(143) Díez-PICAZO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, cit., p. 1512.

(144) Díez-PICAZO, *Loc. cit. ant.*

(145) ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, vol. 4.º, Derecho de familia, Barcelona, 1982, p. 125.

modificación del régimen económico matrimonial, deberá otorgarse en escritura pública.

A nuestro juicio, no puede admitirse que el régimen económico matrimonial, legal o convencional, pueda ser alterado en las reglas por que han de regirse los bienes del matrimonio a través de la vía indirecta de los contratos entre cónyuges. La razón de esta afirmación se encuentra en que estamos ante la materia propia de las capitulaciones matrimoniales, ya que, como ha precisado Lacruz (146), las determinaciones sobre el régimen económico matrimonial pertenecen a la esencia de los capítulos. Tales determinaciones representan el reglamento que va a gobernar en adelante la pertenencia, responsabilidad y gestión de los bienes e ingresos de los cónyuges; la economía doméstica y familiar; el reparto de beneficios y pérdidas. En este sentido son sumamente evidentes, según nuestro punto de vista, los artículos 1.315, 1.325, 1.392, 4.º y 1.435, 2.º y 3.º del Código civil. No compartimos, por tanto, la opinión de De los Mozos, puesto que, si bien el artículo 1.323 no establece expresamente que a través de un contrato entre cónyuges sea inviable la modificación del régimen económico matrimonial en las reglas por que han de regirse los bienes del matrimonio, ello no implica que lo autorice. En realidad, el artículo 1.323 guarda silencio sobre esta cuestión. Ciertamente, la posibilidad de que a partir de la Ley de 2 de mayo de 1975 pueda ser sustituido o modificado el régimen económico matrimonial después de la celebración del matrimonio no justifica en modo alguno que los cónyuges puedan hacerlo a través de un cauce distinto del establecido en nuestro Código civil, aunque no se haya acogido en este texto legal un sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial basado en el previo control judicial del contenido de las capitulaciones matrimoniales, como acontece en el Derecho francés (147). Para que el régimen económico matrimonial pueda ser modificado o sustituido por los cónyuges es necesario que se cumplan las reglas de fondo y forma necesarias para el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales (artículos 1.325 y siguientes del Código civil). Por ello es muy discutible que pueda alegarse la supresión del principio de inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales y del régimen económico matrimonial para justificar la contratación entre cónyuges, como afirman, sin reparar en las consecuencias, las recientes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 y 13 de junio de 1983, que en relación con la posible inscripción de una sociedad de responsabilidad limitada constituida por los cónyuges con aportación de bie-

---

(146) LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, vol. 4.º, *Derecho de familia*, Barcelona, 1982, p. 318.

(147) Precisamente, para justificar las restricciones que a la contratación entre cónyuges aparecen en el Código civil francés, CORNU (*Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 25) da una notable importancia al argumento de que el régimen económico matrimonial no es libremente modificable por los esposos, ya que rige un sistema de mutabilidad judicialmente controlada (art. 1.397 del Código civil) que excluye las modificaciones puramente voluntarias.

nes gananciales tienen en cuenta que haya desaparecido el obstáculo, señalado por la resolución de 16 de marzo de 1959, que hacía referencia a la posibilidad de eludir el principio de inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, pues, como hemos señalado, es inviable que el régimen económico matrimonial, en las reglas por que han de regirse los bienes del matrimonio, pueda ser modificado a través de la vía del contrato entre cónyuges.

Cuando el contrato celebrado por los cónyuges reviste los requisitos de fondo y forma exigidos por nuestro Código civil para otorgar capitulaciones matrimoniales, creemos que en todo lo concerniente al régimen económico matrimonial estaremos ante unas auténticas capitulaciones matrimoniales, pues la naturaleza jurídica del negocio celebrado no depende tanto del nombre que le hayan dado las partes como de su causa (148), y es evidente que la finalidad de las capitulaciones matrimoniales, en relación con su contenido típico, no es otra que la estipulación, modificación o sustitución de un determinado régimen económico matrimonial, según se desprende del artículo 1.325 del Código civil. En la escritura que documenta a las capitulaciones matrimoniales podrán además figurar pactos no matrimoniales, como un contrato u otro tipo de negocio jurídico (149).

Conviene puntualizar, de acuerdo con lo dicho, que el límite a la libertad de contratación entre cónyuges tan sólo se encuentran en las reglas por que han de regirse los bienes del matrimonio, es decir, en las estipulaciones de carácter estatutario. El hecho de estar permitidos los contratos traslativos de dominio entre cónyuges determina necesariamente que éstos puedan influir en la calificación jurídica de los bienes de la sociedad conyugal al provocarse desplazamientos de un patrimonio a otro (v. g., bienes gananciales se convierten en privativos de uno de los cónyuges o viceversa), como señalaremos más ampliamente al tratar sobre la donación y la compraventa entre cónyuges. Para producir este efecto, por consiguiente, no hace falta otorgar capitulaciones matrimoniales, sino que puede producirse mediante un contrato traslativo de dominio entre cónyuges.

Es indudable que la protección de acreedores y legitimarios constituye un límite a la libertad de contratación entre cónyuges. Ciertamente el contrato celebrado por marido y mujer puede ser un medio

(148) Vid. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pp. 203-204; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. 2.º, Madrid, 1983, pp. 74 y 124.

(149) Como ha precisado LACRUZ (*Derecho de familia El matrimonio y su economía*, cit., p. 298, nota 2), cabe incluir en los capítulos todo negocio jurídico que haya de otorgarse en instrumento público, salvo aquellos que precisan solemnidades distintas a las de la capitulación. Un reconocimiento de deuda, transacción, mandato ordinario, compraventa, arrendamiento, cesión de arrendamiento, o bien el reconocimiento de un hijo natural, o una partición de herencia, pueden constar en capítulos. Ahora bien, su presencia en ellos no los convierte en estipulaciones capitulares. Nótese que tales negocios jurídicos pueden crear relaciones patrimoniales entre cónyuges, sin pasar a formar parte del régimen económico del matrimonio; en cambio, la propia estipulación capitular supone la concurrencia de ambos futuros cónyuges (también de los cónyuges, después de la Ley de 2 de mayo de 1975), precisamente en su calidad de tales.

para defraudar a aquéllos. Hay que pensar, desde luego, en una posible simulación, tanto absoluta como relativa, estando legitimados, en tal caso, los acreedores o los legitimarios para ejercitar la correspondiente acción de simulación, mediante la cual podrán demostrar la falsedad de la causa (art. 1.276 del Código civil). Un supuesto típico es el de la compraventa entre cónyuges que encubre una donación cuando el donante es deudor frente a terceros. En tal caso, si se produce la insolvencia del cónyuge deudor, el acreedor perjudicado podrá ejercitar la correspondiente acción dirigida a la destrucción de la apariencia de compraventa y la demostración de la existencia de una donación del bien que aparentemente se ha vendido. Tendrá que ser el acreedor quien habrá de probar la existencia de la donación, salvo en el supuesto del artículo 1.442 del Código civil. Demostrada la existencia de la donación entre cónyuges, válida según el artículo 1.323, se presume realizada en fraude de acreedores si al hacerla no se ha reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella (arts. 643 y 1.297 del Código civil), por lo que una acción rescisoria determinará, si prospera, la devolución al patrimonio del cónyuge donante de los bienes donados con sus frutos, salvo que se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe, en cuyo caso podrá reclamarse la indemnización del perjuicio al causante de la lesión (art. 1.295 del Código civil). Cuando la donación sea nula por defecto de forma si se trata de bienes inmuebles (art. 633 del Código civil), aunque la compraventa simulada se haya realizado en escritura pública (150), o la causa del contrato celebrado por los cónyuges sea ilícita (art. 1.275 del Código civil), los acreedores podrán ejercitar la correspondiente acción de nulidad, debiéndose tener en cuenta el carácter subsidiario de la acción rescisoria (art. 1.294 del Código civil).

En relación con las sociedades entre cónyuges ya dijo la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de marzo de 1959 que la sociedad no será válida cuando encubra fraude o un acto contrario a la Ley. En la reciente resolución de 6 de junio de 1983 se alude igualmente a la posibilidad de que se haya pretendido crear por los cónyuges una simple apariencia de sociedad con finalidades ilícitas, cuya declaración corresponde a los Tribunales de Justicia. Indudablemente, como se desprende de estas resoluciones, es posible imaginar supuestos en que la creación de la sociedad por los cónyuges o en unión con otras personas, esté dirigida a defraudar a los acreedores de alguno de ellos. Así, por ejemplo, la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada puede ser una medida ideada por

---

(150) Vid. DE CASTRO, *La simulación y el requisito de la donación de inmuebles*, en este ANUARIO, 1953, fasc. 4.º, pp. 1003 ss.; CAPÓN REY, *Nota a la sentencia de 4 de diciembre de 1975. Donación de inmuebles disimulada bajo la forma de compraventa*, en este ANUARIO, 1977, fasc. 1.º, pp. 208 ss. En otro sentido, VALLET DE GOYTISOLO, *Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en este ANUARIO, 1972, fasc. 3.º, pp. 712 ss.



los cónyuges para disminuir los bienes sobre los que aquéllos pudiesen satisfacer sus créditos. También cuando la sociedad anónima está constituida solamente por los cónyuges y otra persona y la mujer o el marido actúan exclusivamente como testaferros del otro cónyuge (verdadero fundador juntamente con el otro socio). En estos casos, y en todos los supuestos en que se produzca un fraude, se aplicará el principio *fraus omnia corrumpit*, pero será preciso demostrarlo, ya que no cabe que el fraude se presuma al tiempo de inscribir la sociedad, sino que tendrá que ser judicialmente declarada a instancia de los acreedores y, en general, de cualquier tercero perjudicado.

Si la donación o el contrato celebrado por los cónyuges perjudica a los legitimarios, éstos podrán ejercitar las acciones que, con carácter general, les concede nuestro ordenamiento jurídico. El legitimario no sólo estará facultado para pedir la reducción de las donaciones inoficiosas y, en general, para quedar ileso de las consecuencias de los contratos gratuitos del causante (arts. 636 y concordantes del Código civil), sino que, también, para impugnar cualquier contrato oneroso de aquél en fraude de su legítima (151).

No cabe duda de que el contrato que celebran los cónyuges puede deberse a la coacción o al engaño que uno de ellos ejerce sobre el otro. En este caso la normativa del Código civil sobre los vicios del consentimiento contractual limitará la eficacia de tal contrato, que podrá ser anulado si el cónyuge que tiene viciado el consentimiento lo impugna en los términos de los artículos 1.301 y siguientes. Si el contrato se ha celebrado mediando violencia ablativa será absolutamente nulo por falta de consentimiento del cónyuge que la ha sufrido.

En todo caso, no parece oportuno mirar con excesivo recelo cada contrato que celebren entre sí los cónyuges, sospechándose siempre que existe fraude a terceros, vicio del consentimiento de uno de los cónyuges o modificación encubierta del régimen económico matrimonial, tal como parecen dar a entender algunos autores, que dicen que la situación que se da, en la generalidad de los casos, en el seno del matrimonio, hace difícilmente presumible la existencia de una voluntad digna de ser valorada jurídicamente, y que si un cónyuge necesita un cómplice para defraudar a terceros, ¿dónde encontrarlo mejor y de mayor confianza que en el propio marido o mujer? (152). En nuestro Derecho hay que afirmar la buena fe de las personas mientras que no se pruebe lo contrario (art. 434 del Código civil y resoluciones de 16 de marzo de 1959 y 4 de noviembre de 1969).

---

(151) VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama de Derecho de sucesiones*, vol. 1.º, *Fundamentos*, Madrid, 1982, pp. 661 ss.; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. 4.º, Madrid, 1982, pp. 591 ss.; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, vol. 5.º, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1981, pp. 515 ss.

(152) OLIVARES, *Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges*, cit., p. 293; MARTÍNEZ-CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia*, vol. 1.º, Madrid, 1983, pp. 210 ss.; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *El régimen económico del matrimonio*, cit., pp. 68 ss.

## IX. COMPRAVENTA ENTRE CONYUGES

Como hemos apuntado anteriormente, el nuevo artículo 1.458, en evidente conexión con el artículo 1.323, dispone que el marido y la mujer podrán venderse bienes recíprocamente. Esto significa que, con independencia del régimen económico matrimonial, los cónyuges pueden celebrar entre sí cualquier tipo de contrato de compraventa, y que dicho contrato se habrá de disciplinar de acuerdo con las normas generales del Código civil o del Código de comercio, según que la compraventa sea civil o mercantil, sin ninguna especialidad, por tanto, en cuanto a consentimiento, capacidad, objeto, forma y contenido. Conviene, sin embargo, examinar una serie de concretos problemas que se suscitan, especialmente cuando el régimen económico del matrimonio es el de sociedad de gananciales, cuyo carácter legal determina que se aplique a la mayor parte de los matrimonios que se celebran en nuestro país.

La circunstancia de que el artículo 1.458 no condicione la compraventa entre cónyuges al hecho de que exista un determinado régimen económico matrimonial motiva, lógicamente, que puedan ser objeto de compraventa tanto los bienes privativos como los bienes gananciales o comunes, y que los cambios que se produzcan en la calificación jurídica de determinados bienes del matrimonio a consecuencia de la compraventa, al no implicar una modificación de las reglas por que han de regirse los bienes del matrimonio, es lógico que puedan producirse al margen de capitulaciones matrimoniales. Por ello es coherente que la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de febrero de 1983 (153) haya señalado con claridad que la libertad de contratar entre cónyuges, sancionada en el artículo 1.323 del Código civil, autoriza el entender permitido como regla general la válida adquisición por un cónyuge de bienes concretos de naturaleza ganancial, máxime cuando se acredita la naturaleza privativa de la contraprestación, ya que, de un lado, el principio de subrogación real evita un perjuicio para la sociedad de gananciales al ocupar la contraprestación recibida —dinero— el lugar del bien transmitido y, de otro lado, no puede entenderse que se esté ante un supuesto de autocontratación no permitido al ostentar un esposo el doble concepto de vendedor y comprador por faltar el presupuesto clave como es la falta de contraposición o conflicto de intereses.

Sin embargo, Martínez-Calcerrada (154), en base a la participación que tanto el cónyuge vendedor como el comprador tienen en cada bien

---

(153) Comentada por PAU PEDRÓN en este ANUARIO, 1983, fasc. 3.º, pp. 931-933, y por ECHEVARRÍA, *Sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales* (Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros de 2 de febrero de 1983), en Revista de Derecho Notarial, 1983, julio-diciembre, pp. 376-394.

(154) MARTÍNEZ-CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia*, 3.º ed., Madrid, 1983, pp. 213-214.

ganancial, sostiene que no es posible la venta de uno a otro, si no es a través del penoso rodeo de la previa disolución de la sociedad de gananciales, conviniendo un régimen económico distinto (art. 1.392, 4.º); de esta forma, disuelta y adjudicada la cosa ganancial al luego vendedor, proceder posteriormente a dicha venta.

Avila Alvarez (155) tampoco considera posible que a título de compraventa un bien pase directamente del patrimonio ganancial al privativo de un cónyuge. No puede articularse una compraventa directa porque tendrían que vender ambos cónyuges a uno solo (con confesión o justificación de privaticidad del precio), y este último cónyuge tendría que ser al mismo tiempo vendedor y comprador. Será preciso un rodeo: el de la previa conversión de la comunidad ganancial en comunidad romana. En efecto, parece que nada se opone a que, puesto que los cónyuges pueden liquidar en cualquier tiempo la sociedad, se permita la liquidación parcial de ésta concretada a la finca de que se trate, adjudicar ésta por mitad a ambos cónyuges y que uno venda al otro su mitad indivisa.

Ya hemos visto que no es este el punto de vista de la citada resolución que, con argumentos convincentes, no pone trabas a la venta de un bien concreto ganancial a cambio de dinero privativo, sin que sea precisa la liquidación de la sociedad de gananciales, lo cual implicaría, desde luego, una extraordinaria dificultad para los cónyuges, incluso aunque la liquidación fuera parcial, dadas las condiciones legales que establece nuestro Código civil para que la misma pueda producirse. En rigor, existe un objeto cierto (el bien ganancial), como exige el artículo 1.445 del Código civil, y no hay problemas de licitud (artículo 1.273 del Código civil), y es innegable que los artículos 1.323 y 1.458 del Código civil no limitan la efectividad de la compraventa entre cónyuges a la vigencia del régimen de separación de bienes, habiéndose cambiado sustancialmente el criterio mantenido por el Código civil con anterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981. Tal vez por ello algún autor no comparte las opiniones de Martínez-Calcerrada y Avila Alvarez (156). En la argumentación de Martínez-Calcerrada se olvida algo fundamental: que el objeto de la compraventa no es una porción indivisa de un bien, la hipotética porción del vendedor, sino todo el bien. Y que lo que el cónyuge comprador paga no es una porción del precio, sino todo el precio, y ello aunque el bien comprado forme parte de un patrimonio del cual el adquirente también es titular. Esto es así, precisamente por la autonomía de que goza el patrimonio ganancial frente a los privativos de cada cónyuge, circunstancia que le permite ser centro de referencia de negocios jurídicos y contratos, lo mismo que lo es de deudas y responsabilidades. De lo que se trata, y es lo que está en cuestión en el negocio de transmisión, es que un

(155) AVILA ALVAREZ, *El régimen económico matrimonial en la reforma del Código civil*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1981, noviembre-diciembre, núm. 547, p. 1387.

(156) OLIVARES, *Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges*, cit., pp. 308-309.

objeto que integra el patrimonio ganancial salga de él, para ingresar en el patrimonio privativo de uno de los cónyuges, y a su vez el precio pagado ingrese en el patrimonio ganancial sustituyendo al bien enajenado.

Tampoco parece convincente la argumentación de Avila Alvarez, pues lo que está en cuestión en tema de autocontratación no es la posibilidad filosófica del contrato consigo mismo, sino el perjuicio que puede sufrir un interés por el hecho de que la persona a la que se ha confiado su defensa sea a su vez detentadora de otro interés opuesto con el que puede entrar en conflicto. No cabe duda de que el autocontrato es válido cuando existe el poder o la autorización del *dominus negotii* para autocontratar y cuando no existe posibilidad o riesgo de abuso o de conflicto de intereses (157). Por ello en el supuesto de compraventa de bien ganancial o común entre cónyuges, como dice la resolución citada, no puede entenderse que se esté ante un supuesto de autocontratación no permitido al ostentar un esposo el doble concepto de vendedor y comprador por faltar el presupuesto clave como es la contraposición o conflicto de intereses. Es evidente que los cónyuges controlan los resultados del contrato, aunque uno de ellos haga de dos partes, pues en definitiva sin el consentimiento de ambos no cabe la compraventa del concreto bien ganancial.

En cambio, en esta resolución de 2 de febrero de 1983 no se considera válida la compraventa entre cónyuges de la hipotética participación que uno de ellos, el vendedor, tiene en un bien ganancial. Para la Dirección General de los Registros y del Notariado, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado vienen configurando la sociedad legal de gananciales —al igual que la generalidad de la doctrina— como una comunidad de tipo germánico, en la que el derecho que ostentan los cónyuges afecta indeterminadamente al objeto sin atribución de cuotas ni facultad para pedir la división material mientras dura la sociedad, a diferencia de lo que sucede con el condominio romano de cuotas definidas y en donde cabe la división de la cosa común, y por eso en la sociedad de gananciales no se es dueño de la

---

(157) Vid. DE CASTRO, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1976, pp. 114-117; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 1.º, Madrid, 1972, pp. 128-129; Díez-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, pp. 204-210; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. 1.º, Madrid, 1984, pp. 521-522, y vol. 2.º, Madrid, 1983, p. 45.

(158) Es indudable, a nuestro juicio, que la sociedad de gananciales no puede entenderse como una comunidad de tipo romano, ya que el marido y la mujer son, indistintamente, titulares del patrimonio ganancial, sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división de la cosa común. En este sentido parece correcta la resolución mencionada, que es conforme con una firme doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que arranca fundamentalmente de la importante resolución de 19 de octubre de 1927 (vid. LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., pp. 481-482). Es discutible, sin embargo, calificar a la sociedad de gananciales como comunidad germánica, como hace la resolución que comentamos, si bien lo importante reside en las notas que caracterizan a la sociedad de gananciales y la distinguen del condominio romano, ya se

mitad de los bienes comunes, sino que ambos esposos conjuntamente tienen la titularidad del patrimonio ganancial. Esta concepción, que encontraba su justificación en el artículo 1.392 anterior, aparece, si cabe, reforzada en la nueva redacción del vigente artículo 1.344 y supone —salvo lo establecido en el artículo 1.373— la inalienabilidad de la hipotética participación que todo cónyuge tiene sobre cada bien que integra el patrimonio común debido a que tanto éste como la condición de comunero es inseparable de la de cónyuge.

La *ratio* de esta resolución se encuentra, en el supuesto que en la misma se planteó, es decir, la venta por la esposa de la hipotética participación que, como ganancial, le pertenecía en una finca urbana, en que estamos ante una porción indivisa (158) y falta la necesaria concreción del objeto de la compraventa, pues se afirma con claridad que el derecho que ostentan los cónyuges afecta *indeterminadamente* al objeto sin atribución de cuotas. Hemos subrayado la palabra *indeterminadamente*, porque muestra el fundamento de la doctrina de esta resolución. Es significativo que en el informe del Registrador de la Propiedad, que aparece en el resultando 2.º de la resolución, se afirme que no se pretende desconocer la amplitud de la contratación entre cónyuges, sino resaltar la imposibilidad de que los cónyuges puedan disponer con efectos inmediatamente reales de una cuota de un bien ganancial, y ello en razón de la inexistencia de tal cuota y a los problemas derivados de la titularidad y facultad de disposición. Precisamente, con anterioridad a esta resolución, Olivares (159) había puesto de relieve que quedan excluidos los posibles contratos dirigidos a transmitir la hipotética participación que un cónyuge pudiese ostentar sobre cada cosa integrante del patrimonio común. Es obvio que estamos ante un supuesto de inconcreción del objeto. En todo caso, a nuestro juicio, no puede llegarse todavía más lejos, diciendo que la compraventa que ha dado lugar a la mencionada resolución es inexistente por falta de objeto del contrato de acuerdo con el artículo 1.261-2.º del Código civil, como afirma Echevarría (160). Evidentemente, el contrato de compraventa celebrado por los cónyuges se refería a una finca urbana por lo que difícilmente puede afirmarse la falta de objeto; el problema sólo surge porque se pretende vender la participación que, como ganancial, corresponde al cónyuge vendedor, ya que tal participación, mientras no se produzca la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, es puramente hipotética (161). A ello se refiere

---

califique a ésta como comunidad de tipo germánico, como comunidad universal, como comunidad de bienes especial de derecho familiar o de otra forma.

(159) OLIVARES, *Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges*, cit., p. 308.

(160) ECHEVARRÍA, *Sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales*, cit., pp. 378-379.

(161) Como afirma LACRUZ (*Elementos de Derecho civil*, vol. 4.º, *Derecho de familia*, Barcelona, 1982, p. 400; *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., pp. 482-487) en la sociedad de gananciales el derecho de los cónyuges afecta al objeto indeterminadamente, *sin cuotas*: la cuota sólo existe sobre el conjunto y por eso podemos calificarla como comunidad universal. A diferencia

la resolución cuando afirma la inalienabilidad de la hipotética participación que todo cónyuge tiene sobre cada bien que integra el patrimonio común.

La circunstancia de que el bien ganancial o común pertenezca a ambos cónyuges ha de ser tenido en cuenta a la hora de analizar la compraventa y, en general, cualquier negocio dispositivo que celebren entre sí, de igual manera que hay que tener en cuenta el destino que se dé al bien adquirido, sea privativo o ganancial. Esta problemática ha de ser examinada teniendo en cuenta los diversos casos que pueden presentarse.

Cuando el precio es privativo no cabe duda de que el bien comprado, con independencia de que tuviese carácter ganancial o privativo, será también privativo (art. 1.346, 3.º). Cabe, sin embargo, que en virtud de acuerdo de los cónyuges, la adquisición se haga para la sociedad de gananciales. A nuestro juicio, este acuerdo de los cónyuges es perfectamente válido, pues no se vulneran ninguno de los límites de la autonomía de la voluntad (art. 1.255), y el apoyo causal del negocio es evidente, ya que se cumplen las condiciones del artículo 1.445, es decir, la entrega de cosa determinada y precio cierto en dinero o signo que lo represente. La circunstancia de que la cosa comprada privativa haya de ingresar en el patrimonio ganancial lógicamente será tenida en cuenta por los cónyuges a la hora de determinar el precio de la compraventa.

Cuando el precio es común o ganancial, el bien adquirido, si era privativo del cónyuge vendedor, se convertirá en ganancial o común (art. 1.347, 3.º).

El problema se plantea cuando el bien que se vende es ganancial o común y el precio también lo es. Con razón ha señalado Olivares (162) que el carácter causal de las transmisiones en nuestro Derecho veda la viabilidad de semejante compraventa, ya que falta la causa que caracteriza a este contrato, pues no existe intercambio de cosa por precio como exige el artículo 1.445. Nótese que tanto el precio como la cosa van a seguir en la masa común (163). Es significativo en este sentido que en la tan citada resolución de 2 de febrero de 1983 se destaque la naturaleza privativa de la contraprestación (el precio) para afirmar la validez de la compraventa de bienes concretos de naturaleza ganancial. Puede suceder que la finalidad del negocio celebrado por los cónyuges resida en conseguir que determinados bienes gananciales apa-

---

de la cuota de propiedad que tiene el condueño de un objeto determinado, y que junto con sus restantes bienes forma parte de su patrimonio personal, aquí, aun cuando los cónyuges son dueños de los bienes, sin embargo la cuota no recae sobre cada uno de ellos.

(162) OLIVARES, *Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges*, cit., p. 306.

(163) Sin embargo, CASTILLO TAMARIT (*Aspectos parciales de la reforma del Código civil en tema de sociedad de gananciales*, en *Revista de Derecho Notarial*, 1983, julio-diciembre, p. 31) sólo considera clara y correcta esta postura si se parte de la base de configurar a la sociedad de gananciales como una auténtica comunidad.

rezcan a nombre de uno de los cónyuges, conservando este carácter, pero en tal caso no estaremos en modo alguno ante una compraventa.

Como hemos dicho, la exigencia de que la disposición de bienes gananciales deba realizarse por ambos cónyuges según previene el artículo 1.375, salvo lo establecido en pacto capitular, da lugar a que uno de ellos deba intervenir en un doble concepto, como transmitente y adquirente, planteándose un problema de posible autocontratación, que ha de ser solucionado en la forma señalada, tal como previene la citada resolución.

La reforma operada por la Ley de 13 de mayo de 1981 facilita enormemente la compraventa entre cónyuges y, en general cualquier contrato traslativo de dominio, al disponer el artículo 1.324 que para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges. De esta manera, para probar que es propio el dinero que abona el cónyuge comprador al cónyuge vendedor, o que es propia la cosa que éste vende a aquél, basta la confesión extrajudicial del otro en las condiciones señaladas por dicho precepto (164). Este va a operar como medio idóneo para desvirtuar la presunción de ganancialidad del artículo 1.361, habiéndose solucionado así el controvertido problema de las adquisiciones con carácter privativo confesado (165). El artículo 1.324 ha sido desarrollado por el artículo 95, apartados 4, 5 y 6 del Reglamento Hipotecario, cuyo texto procede del Real Decreto de 12 de noviembre de 1982: Si la privaticidad resultare sólo de la confesión del cónyuge, se expresará dicha circunstancia en la inscripción y ésta se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla. Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión, quien no obstante necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la participación de la herencia.

Si la justificación o confesión de privaticidad se refiriese solamente a una parte del precio o contraprestación, la inscripción se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla en la partición indivisa que se indique en el título y a nombre de uno o ambos cónyuges según proceda, para su sociedad de gananciales, en la partición indivisa restante del bien adquirido.

La justificación o confesión de la privaticidad hecha con posterioridad a la inscripción se harán constar por nota marginal. No se con-

---

(164) Sobre el artículo 1.324, Díez-PICAZO, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, Madrid, 1983, pp. 1512 ss.; OLIVARES, *Los contratos traslativos de dominio*, cit., pp. 313 ss.

(165) Con anterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981, véase HERRERO GARCÍA, *Contratos onerosos entre cónyuges*, cit., pp. 444 ss.

signará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona.

## X. DONACION ENTRE CONYUGES

Tal como dijimos, la supresión de la prohibición que aparecía en el artículo 1.334 del Código civil y los términos en que se expresa el artículo 1.323, determina que los cónyuges puedan hacerse recíprocamente donaciones, sin que existan más limitaciones que las que, con carácter general, establece nuestro Código civil (arts. 634 y ss.). Aunque se cuestionase el carácter contractual de la donación, siempre estará autorizada por el artículo 1.323, ya que, según el mismo, el marido y la mujer pueden transmitirse por cualquier título bienes y derechos.

La donación entre cónyuges se rige por las normas comunes del Código civil, es decir, por el artículo 618 y siguientes. No existe un régimen jurídico especial, como sucede en el Derecho portugués, ni se establecen específicas reglas en relación con la revocación de la donación, como acontece en el Derecho francés, donde se admite la libre revocabilidad (art. 1.096 del Código civil) (166).

En nuestra doctrina, De los Mozos (167) considera criticable que se permitan absolutamente las donaciones entre cónyuges. El carácter revocable de las mismas hubiese determinado que se conciliaran los intereses de los hijos del donante con la liberalidad de éste, ejercitada en un momento de apasionamiento o de poca reflexión. Hubiera sido preferible adoptar la fórmula, mucho más sensata, del Código civil francés. Con anterioridad, Puig Peña (168) dijo que la solución sobre la revocabilidad de las donaciones entre cónyuges es la más acertada. El criterio de las legislaciones germánicas quizá es demasiado amplio.

A nuestro juicio, la argumentación de estos autores es semejante a la que numerosos autores franceses, que se vislumbra en los trabajos preparatorios del Código civil francés de 1804, dieron para justificar la necesaria revocabilidad de la donación entre cónyuges. Sin embargo, es significativo que un importante sector de la doctrina francesa más moderna y la propia Comisión de reforma del Código civil francés, como vimos, hayan considerado conveniente la supresión de la revocabilidad de las donaciones de bienes presentes entre cónyuges y la aplicación de la normativa común sobre las donaciones (169). Otro dato a tener en cuenta es la experiencia de alguno de nuestros Derechos civiles especiales o forales, a los que ya nos referimos, que no

---

(166) Véase el apartado relativo al Derecho comparado.

(167) DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO), tomo XVIII, volumen 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1982, pp. 161 ss.

(168) PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, tomo 5.º, *Familia Sucesiones*, Madrid, 1976, p. 214.

(169) Véase el epígrafe relativo al Derecho francés.



ha puesto tradicionalmente límites a la validez general de las donaciones entre marido y mujer, sin que ello haya planteado ningún tipo de problema. Así lo señala precisamente la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979, pues las donaciones autorizadas antes por diversos Derechos forales nunca habían presentado inconvenientes de alguna entidad (170). Además de estas consideraciones, importantes de por sí, conviene tener presente que en nuestro Código civil la facultad de donar ha sido mirada con cierta desconfianza, precisamente para evitar peligros análogos a los señalados por De los Mozos. De una parte, se quiere evitar que el donante en un momento de generosidad impremeditada, o sometido a captaciones suspectas, se coloque en una situación de ruina y quede sumido en la miseria. De otra, se teme que la donación sea un instrumento que, en manos del donante, le permita dañar los derechos de los herederos forzosos, lesionando su legítima. Partiendo de este doble temor, los artículos 634, 635 y 636 establecen normas prohibitivas tendentes a evitar tan poco deseables consecuencias. En tal sentido, el artículo 634 dispone que la donación podrá comprender todos los bienes del donante, o parte de ellos, con tal que éste se reserve, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias (171). Por otra parte, y según el artículo 635, la donación no podrá comprender los bienes futuros. Por bienes futuros se entienden aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación. El artículo 636, a su vez, determina que ninguno podrá donar o recibir por vía de donación más de lo que pueda dar o recibir por testamento. La donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esa medida.

Las medidas descritas de protección del donante y de los legitimarios se acompañan de específicas normas sobre la forma de la donación, que contribuyen posiblemente a evitar, en un cierto grado, el peligro de las donaciones poco meditadas, al que se refiere De los Mozos en relación con las donaciones entre cónyuges (172). Si se trata de una donación entre vivos, el Código civil distingue según su objeto se encuentre constituido por bienes inmuebles o muebles. En el primer caso, la donación habrá de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario (art. 633). Tratándose de bienes muebles, la donación habrá de hacerse por escrito (público o privado), o verbalmente, siempre que en este último caso se entregue simultáneamente la cosa donada (art. 632). Estas formas son exigidas *ad solemnitatem*,

---

(170) Véase el apartado sobre los Derechos civiles especiales o forales.

(171) Como precisa ALBALADEJO (*Derecho civil*, tomo II, volumen 2.º, Madrid, 1982, p. 124) el fin perseguido por la norma es el de que el donante no venga a encontrarse sin medios de vida.

(172) Desde siempre la donación ha sido sometida a formas rigurosas con la finalidad de hacer consciente al donante de la trascendencia del acto que realiza y salvaguardar los derechos de acreedores y legitimarios (cfr. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, tomo II, volumen 3.º, Barcelona, 1979, p. 59).

ya que sin la concurrencia de las mismas la donación no será válida (173).

Todas estas normas se completan con las relativas a la revocación de la donación, que no sólo es posible en los tres casos legalmente previstos, es decir, por supervivencia o supervivencia de hijos, por incumplimiento de las condiciones impuestas por el donante y por ingratitud del donatario (arts. 644 a 653 del Código civil) (174), sino también cuando se pacte expresamente en el contrato. También puede establecerse válidamente la reversión a favor del donante para cualquier caso y circunstancia (art. 641 del Código civil) y reservarse éste la facultad de disponer de algunos bienes donados o de alguna cantidad a cargo de ellos (art. 639 del Código civil).

No puede olvidarse tampoco que, aparte de la necesaria capacidad para contratar y disponer (arts. 624 y ss. del Código civil), si el donante tiene viciado el consentimiento, podrá, como es lógico, solicitar la anulación del contrato (arts. 621 y 622 del Código civil), sin olvidar la posibilidad que tienen los acreedores y los legitimarios para impugnar los actos simulados y fraudulentos, como vimos al examinar los límites a la libertad de contratación entre cónyuges.

Ante este panorama legal no creemos que sea criticable la solución acogida por nuestro legislador de 1981, partiendo de la igualdad jurídica de los cónyuges y de un criterio casi generalmente admitido en el Derecho comparado y en nuestros Derechos civiles especiales o forales. Además, una revocabilidad absoluta de la donación entre cónyuges deja al cónyuge donatario en una situación de gran incertidumbre, pues estaría constantemente expuesto a que se produjere la revocación cuando le apeteciese al donante, aunque hubiesen transcurrido muchos años desde que tuvo lugar la donación, y sin tener que dar el donante motivo alguno que justificase su decisión. Algunos autores franceses, como vimos, aluden a un posible chantaje del cónyuge donante, basado en la revocabilidad absoluta de la donación (175).

La donación por un cónyuge al otro de un bien privativo determina que el mismo ingrese en el patrimonio privativo del cónyuge donatario. Claramente dispone el artículo 1.346, 2.º que los bienes adquiridos a título gratuito son privativos. El problema se plantea cuando el do-

(173) DE CASTRO, *La simulación y el requisito de la donación de inmuebles*, en este ANUARIO, 1953 fasc. 4.º, p. 1003; DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, p. 285; COSSÍO, *Instituciones de Derecho civil*, Madrid, 1975, vol. 1.º, p. 342; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. 2.º, Madrid, 1983, pp. 396-397; ALBALADEJO, *Derecho civil*, tomo II, volumen 2.º, cit., pp. 114-115; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, tomo II, volumen 3.º, cit., p. 59.

(174) Hay que tener en cuenta, de cara a la protección del cónyuge donante, que la donación puede ser revocada a instancia suya, por causa de ingratitud, en caso de que el donatario le niegue indebidamente alimentos (art. 648, 3.º). No se refiere esta causa de revocación a los alimentos debidos entre parientes en virtud de los artículos 142 y siguientes del Código civil (GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial*, cit., p. 82; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, tomo II, vol. 3.º, cit., p. 68).

(175) Véase el epígrafe relativo al Derecho francés.

natario acepta, de acuerdo con el donante, para la sociedad de gananciales. Olivares (176) entiende que es perfectamente admisible esta donación, en base a los artículos 1.353 y 1.355, siempre y cuando exista acuerdo de los cónyuges. Sin embargo, Castillo Tamarit (177) disiente de esta opinión, porque los artículos 1.353 y 1.355 se refieren a supuestos distintos al planteado aquí, y una aplicación analógica de los mismos parece, cuando menos, problemática, además de que el artículo 1.355 se refiere taxativamente a adquisiciones a título oneroso. Además, claramente el artículo 1.346, 2.º señala que los bienes adquiridos a título gratuito son privativos; cierto es que se podría decir que tal regla tiene excepciones, como la del artículo 1.353, aparte de que el legislador en esta materia parte del principio de la autonomía de la voluntad, ex artículo 1.255; pero se podría contestar a ello diciendo que precisamente al ser excepciones a la regla general, las mismas deben interpretarse restrictivamente o *strictu sensu*; además de que el principio de la autonomía de la voluntad se recoge en determinados preceptos, y si el legislador hubiese admitido tal hipótesis, expresamente la hubiese recogido.

A nuestro juicio, tiene razón Castillo Tamarit cuando, al referirse a la opinión de Olivares, señala que los artículos 1.353 y 1.355 no contemplan específicamente el problema que estamos analizando; pero es indudable que si existe acuerdo de los cónyuges para que el bien donado ingrese en el patrimonio ganancial, parece que tal acuerdo, por no ser contrario a alguno de los límites de la autonomía de la voluntad, siempre que no lesione algún derecho de tercero, es perfectamente válido. Negar tal posibilidad porque las excepciones a la regla general deben interpretarse restrictivamente *ostrictu sensu* y porque el principio de la autonomía de la voluntad se recoge en determinados preceptos y si el legislador hubiese admitido tal hipótesis expresamente la hubiese recogido, no podemos compartirlo, porque no es necesario que el principio de la autonomía de la voluntad, para ser tenido en cuenta, deba ser recogido expresamente en cada hipótesis concreta por el legislador, y porque el problema se circunscribe a determinar la validez o invalidez del acuerdo en cuestión. El propio artículo 1.355 refuerza esta conclusión, puesto que si bien se refiere específicamente a adquisiciones a título oneroso, no cabe duda de que es claro reflejo de la tendencia que aparece en la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981 de incrementar el juego de la autonomía de la voluntad en el ámbito del régimen económico matrimonial (178). El sentido del precepto es el de que con base en la voluntad de los cónyuges se pueda atribuir a una adquisición el carácter ganancial, alterando las reglas de la subrogación, que aparecen en los artículos 1.345

---

(176) OLIVARES, *Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges*, cit., p. 302.

(177) CASTILLO TAMARIT, *Aspectos parciales de la reforma del Código civil en tema de sociedad de gananciales*, cit., pp. 28-29.

(178) DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. 4.º, Madrid, 1982, pp. 183 ss.

y 1.347, ya que debido a esa voluntad los bienes adquiridos tendrán la condición de gananciales, aunque la adquisición se hubiese hecho con dinero privativo (179). No creemos que, del hecho de que el artículo 1355. se refiera expresamente sólo a las adquisiciones a título oneroso, haya que excluir, acudiendo a una interpretación *a sensu contrario*, la posibilidad de los cónyuges de atribuir carácter ganancial a adquisiciones a título gratuito, porque no puede olvidarse que el juego que a la autonomía de la voluntad atribuye el artículo 1.355 se encuentra en la plena libertad de contratación y de transmisión por cualquier título de bienes y derechos entre cónyuges que establece el artículo 1.323. La alteración de las reglas de la subrogación es posible gracias a la eliminación de la prohibición de las donaciones entre cónyuges.

Cuando el bien donado es ganancial o común, la finalidad perseguida es que el bien salga del patrimonio ganancial o común para ingresar en el privativo del cónyuge donatario. No obstante, con arreglo a lo establecido en el artículo 1.375, la donación de bienes gananciales debe efectuarse por los dos cónyuges. Uno de ellos actuaría, a la vez, como adquirente y como disponente, surgiendo así el mismo problema al que aludimos al tratar de la venta de bien ganancial entre cónyuges. Como hemos señalado anteriormente, y de acuerdo con la doctrina de la resolución de 2 de febrero de 1983, ambos cónyuges controlan los resultados del negocio, aunque uno de ellos intervenga en un doble concepto. No existe, en principio, una contraposición o conflicto de intereses que ponga en cuestión la validez de la donación, sin que parezca preciso, como trámite previo a ésta, la liquidación de la sociedad de gananciales según dijimos en relación con la compraventa de bien ganancial entre cónyuges.

El carácter causal de las transmisiones en nuestro Derecho impide la viabilidad de una donación cuya finalidad sea transferir un bien ganancial para ser adquirido por el otro (donatario), pero de forma tal que el bien continúe integrado en el patrimonio ganancial. En este caso faltará el enriquecimiento del donatario, consustancial a la donación, ya que el bien no sale del patrimonio ganancial. Como señala Da Silva Pereira (180), no caben las donaciones entre cónyuges cuando se confunden en un único acervo común los bienes del marido y de la mujer.

## XI. SOCIEDADES ENTRE CONYUGES

Como vimos anteriormente, ha sido en relación con las sociedades entre cónyuges donde mayores controversias se han suscitado en la doctrina y la jurisprudencia, sobre todo cuando tienen carácter mer-

---

(179) TORRALBA, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, Madrid, 1983, p. 1630.

(180) DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, vol. 5.º, *Direito de família*, 3.ª ed., Río de Janeiro, 1979, pp. 143 y 165.

cantil. En casi todos los países se ha planteado la cuestión de su validez, existiendo todo tipo de teorías. Sin embargo, se aprecia actualmente en el panorama del Derecho comparado un criterio general marcadamente favorable a la validez de las sociedades entre cónyuges, como hemos expuesto, que contrasta con el mantenido antes de que tuvieran lugar las últimas reformas legales del Derecho de familia. Incluso en ordenamientos como el francés, cuyo Código civil dispone que determinados tipos de sociedades entre cónyuges están prohibidos (artículo 1.832), la doctrina más moderna precisa, en contra del criterio que mantuvo anteriormente la jurisprudencia, que una sociedad no es nula por el exclusivo hecho de que cuente entre sus miembros a dos esposos, aunque sean los únicos socios, o estén asociados con otras personas. La sociedad es válida incluso si los esposos son los únicos socios y aportan exclusivamente bienes comunes. En esta sociedad los esposos pueden igualmente, el uno o el otro o los dos conjuntamente, participar en la gestión social. Sólo están prohibidas las sociedades contempladas en el artículo 1.832, es decir, aquellas que determinan que los cónyuges sean responsables de forma ilimitada y solidaria de las deudas sociales.

A fin de analizar adecuadamente la cuestión en nuestro Derecho, parece de todo punto necesario referirse a los distintos tipos de sociedades, distinguiendo, como es lógico, entre las civiles y las mercantiles.

1. *Sociedades civiles entre cónyuges*.—El artículo 1.671 de nuestro Código civil distingue entre la sociedad universal y la sociedad particular, que son configuradas en los artículos siguientes:

a) *Sociedad universal entre cónyuges (arts. 1.673 a 1.677 del Código civil)*.—Aunque no ha sido reformado el artículo 1.677, es indudable que tras la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1981 han desaparecido los obstáculos alegados para negar la posibilidad de que los cónyuges constituyan una sociedad universal, ya que actualmente pueden otorgarse de forma recíproca alguna donación o ventaja al haber sido suprimida la prohibición de las donaciones entre cónyuges, que aparecía en el texto primitivo del artículo 1.334, y admitirse en el tan citado artículo 1.323 que los cónyuges puedan transmitirse por cualquier título bienes y derechos.

b) *Sociedad particular entre cónyuges (art. 1.678 del Código civil)*.—Incluso cuando regía el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial y estaba vigente la prohibición de las donaciones entre cónyuges, había que admitir, con carácter general, su licitud. Al prohibirse solamente a los cónyuges la constitución de sociedades universales por el Código civil, debido a la conexión existente entre los artículos 1.677 y 1.334, estaba implícito que el Código civil las permitía, sin duda porque consideraba que el riesgo de que mediante las mismas se provocase una liberalidad era menos grave e inminente, lo cual se comprende fácilmente teniendo en cuenta el comentario de García Goyena a los artículos 1.569 y 1.571 del Proyecto de 1851, a los que ya nos hemos referido. Con mayor rotundidad hay que afirmar

ahora la validez de las sociedades particulares entre cónyuges, porque incluso, como hemos señalado, ha desaparecido la prohibición de que éstos pudiesen constituir una sociedad universal.

Tanto en relación con las sociedades universales entre cónyuges como respecto de las particulares, ya no pueden alegarse la mayor parte de los argumentos que se esgrimieron en contra de su validez, tal como ha señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado en las recientes resoluciones de 6 y 13 de junio de 1983. La Ley de 13 de mayo de 1981, e incluso con anterioridad la de 5 de mayo de 1975, determinan que no tenga sentido aducir —como hacía la resolución de 9 de marzo de 1943— la sujeción de la mujer a la autoridad y veto maritales, ni tampoco la prohibición de modificar el régimen económico matrimonial después de celebrado el matrimonio, aunque como dijimos no parece admisible la modificación del régimen económico matrimonial en las reglas por que han de regirse los bienes del matrimonio al margen del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, o la prohibición de las donaciones entre cónyuges. Como apuntan las mencionadas resoluciones, no se puede privar a dos personas por el hecho de estar casadas entre sí el poder realizar los actos que a cualesquiera otras les está permitido, toda vez que se encuentran ya superadas a través de la reforma de 1981 —artículo 1.323 del Código civil— las antiguas restricciones a la contratación entre cónyuges. Además, antes de promulgarse las citadas leyes, como señalamos, las resoluciones de 16 de marzo de 1959 y 4 de noviembre de 1969, en contra de lo afirmado por la resolución de 9 de marzo de 1943, destacaron la insuficiencia de semejantes razones, porque se privaría arbitrariamente a los cónyuges de múltiples posibilidades que les permitirían, sin el menor fraude, desenvolver sus negocios en situaciones en que no existe otro medio mejor que la sociedad para aunar su trabajo y hacer fructificar sus capitales; lo cual, unido a que la mala fe no debe presumirse nunca y falta en nuestra legislación un precepto que establezca la incapacidad general de contratar entre esposos —ya que, por ejemplo, los contenidos en los artículos 1.334, 1.458 y 1.677, entre otros, contemplan situaciones especiales— permitiría concluir afirmando la validez de las sociedades entre esposos, siempre que resulten salvaguardados los deberes que derivan del matrimonio y de la integridad de los patrimonios de los respectivos esposos y no se encubra un fraude o un acto contrario a la Ley.

2. *Sociedades mercantiles entre esposos.*—Los obstáculos señalados se han opuesto también a la validez de las sociedades mercantiles entre cónyuges. Además, como vimos, se opusieron especiales trabas a la validez de la sociedad de responsabilidad limitada constituida por los cónyuges con aportación de bienes gananciales. Tras la publicación de la Ley de 13 de mayo de 1981 y seguramente antes, difícilmente pueden seguir poniéndose obstáculos como vamos a ver seguidamente.

a) *Sociedad de responsabilidad limitada constituida por los cónyuges.*—Las mencionadas resoluciones de 6 y 13 de junio de 1983

han considerado plenamente válidas las sociedades de responsabilidad limitada constituidas por los cónyuges, aunque aporten bienes gananciales, rebatiendo los argumentos alegados en contra de su validez por las precedentes resoluciones de 9 de marzo de 1943 y 16 de marzo de 1959 y por un sector de la nuestra doctrina, al que ya nos referimos, con una serie de razonamientos que en su conjunto son convincentes, si acaso con la salvedad del relativo a la supresión del principio de inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, ya que la modificación de las reglas por que hayan de regirse los bienes del matrimonio, como dijimos, sólo puede alcanzarse a través del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Algunos de los principales razonamientos que aparecen en estas resoluciones habían sido señalados por nuestra doctrina, especialmente por De la Cámara Alvarez, en los términos expuestos.

Las resoluciones de 6 y 13 de junio de 1983 consideran inscribibles en el Registro Mercantil sendas escrituras de constitución de sociedades de responsabilidad limitada en las que los dos únicos socios son marido y esposa y sus respectivas aportaciones a la sociedad se concretan en bienes presuntivamente gananciales. Se establecen los siguientes argumentos para llegar a esta conclusión: a) que han desaparecido por las reformas legales de 1975 y 1981 los obstáculos que se oponían a su constitución y hacían referencia a la posibilidad de eludir el entonces principio de inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales o a la dejación de los poderes que al marido correspondían como tal o a la existencia de una donación entre cónyuges; b) que la sociedad con aportación de bienes presuntivamente gananciales por ambos cónyuges, ya reconocida en la resolución de 5 de julio de 1982, es uno de los medios que mejor se adapta a una colaboración igualitaria de los dos cónyuges; c) que en base al principio de subrogación real las participaciones sociales de las que son titulares ambos esposos ocuparán el lugar de los bienes gananciales aportados a la sociedad y quedarán sujetos junto con el resto del patrimonio a la responsabilidad universal por las obligaciones contraídas, de acuerdo con el artículo 1.911 del Código civil; d) y que no se puede privar a dos personas por el hecho de estar casadas entre sí, el poder realizar los actos que a cualesquiera otras les está permitido, toda vez que el artículo 1.323 ha superado las antiguas restricciones a la contratación entre cónyuges, y que en consecuencia puedan gozar —como todos— del beneficio de la limitación de responsabilidad que se puede lograr en nuestro Derecho mediante la constitución del tipo o clase de sociedad que la confiera.

A nuestro juicio, de conformidad con la doctrina de estas resoluciones, es indudable que los reparos que se formularon contra la validez de este tipo de sociedades entre cónyuges, incluso con anterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981, no eran excesivamente convincentes. La promulgación de esta Ley ha hecho todavía más evidente, si cabe, esta conclusión. Sin embargo, a pesar de ello, algunos autores siguen

mostrándose reacios a considerarlas válidas. Veamos la fuerza convincente de los posibles reparos que pueden formularse en contra de las mismas, teniendo en cuenta la doctrina de las citadas resoluciones de 6 y 13 de junio de 1983.

Se dice que si uno de los requisitos del contrato de sociedad es aportar bienes para ponerlos en común, con ánimo de partir las ganancias, ninguno de tales requisitos se dan en nuestro caso, pues es imposible poner en común bienes que ya estaban en común, sin que exista ánimo ni posibilidad de partir las ganancias. Esta postura ciertamente responde a un exceso de lógica formal (181). En efecto, decir que no se puede poner en común bienes que ya estaban en común supone olvidar que la sociedad tiene personalidad jurídica (art. 5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) y que, mediante la aportación de bienes, su titularidad pasa al ente social. No cabe decir que en estas sociedades no exista ánimo de lucro ni posibilidad de partir las ganancias (182), y ello porque cuando los cónyuges constituyen una sociedad de responsabilidad limitada están creando una empresa en común con el objeto de que la misma produzca unos beneficios, y en la que la cualidad de socio recae en cada uno de los cónyuges, que independientemente pueden ejercitar los derechos que necesariamente atribuye la participación social: a) derecho a participar en el reparto de ganancias sociales (art. 29 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada); b) derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación (art. 32 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada); c) derecho preferente a asumir nuevas participaciones en los aumentos de capital (art. 18 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada); d) derecho a votar la adopción de acuerdos sociales (art. 14 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) (183).

Se afirma que, mediante la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada por los dos esposos —únicos socios— con aportación de bienes gananciales, se crea un patrimonio separado del propio patrimonio ganancial y se vulnera el principio general de responsabilidad establecido por el artículo 1.911 del Código civil. Así lo afirmó la resolución de 19 de marzo de 1959 y algunos autores, como Núñez

---

(181) CASTILLO TAMARIT, *Aspectos parciales de la reforma del Código civil en tema de sociedad de gananciales*, cit., p. 34.

(182) Se afirma con razón que en nuestro sistema jurídico la sociedad de responsabilidad limitada tiene más de sociedad capitalista que de sociedad personalista (GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, vol. 1.º, revisada con la colaboración de BERCOVITZ, Madrid, 1982, p. 544; URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1982, p. 366; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1982, pp. 241-242; VELASCO ALONSO, *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1981, pp. 31-32.

(183) GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, vol. 1.º, cit., pp. 552-553; BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1981, pp. 306 ss; URÍA, *Derecho mercantil*, cit., pp. 371-372. Véanse además los comentarios de CARLON a dichos artículos (*La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, tomo XIII de los *Comentarios al Código de comercio y Legislación especial* (dirigidos por MOTOS y ALBALADEJO), Madrid, 1984).



Boluda y Gómez de Enterría, consideraron fundada esta argumentación (184). Frente a esta opinión, cabe pensar que si los cónyuges pueden constituir lícitamente una sociedad, ¿por qué ha de excluirse —como cuestionara De la Cámara Álvarez (185)— que dicha sociedad se constituya como sociedad de responsabilidad limitada si se cumplen todas las condiciones prescritas por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada? Los cónyuges han echado mano de un instrumento cuyo fin consiste precisamente en evitar la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal aunque, como contrapartida, haya que observar toda una serie de prescripciones, establecidas, precisamente, para proteger a los terceros (186). Las cosas no tienen por qué suceder de otro modo si son sólo los dos cónyuges —dado que entre ellos puede existir una verdadera sociedad— quienes recurren a una solución que el ordenamiento les brinda. ¿Hasta qué punto es lógico penalizar a los que están casados, en relación con los que no lo están, en sus actividades profesionales, privándoles de un medio idóneo para participar juntos en la vida empresarial? Hay que tener en cuenta también que el artículo 6 del Código de comercio, que no ha sido derogado, a nuestro juicio, por la Ley de 13 de mayo de 1981, ya que la remisión que hace el artículo 1.365 del Código civil, en su último párrafo, a lo dispuesto en el Código de comercio basta por sí solo para demostrarlo (187). Pues bien, al disponer el artículo 6 del Código de comercio que sólo quedan obligados los bienes adquiridos con las resultas del comercio se establece por vía legal un sistema de limitación de responsabilidad, respecto del general configurado por los artículos 1.362 y siguientes del Código civil, cuando un cónyuge es comercian-

---

(184) NÚÑEZ BOLUDA, *Limitaciones a la contratación entre cónyuges en el Código civil*, cit. p. 168;; GÓMEZ DE ENTERRÍA, *La contratación entre cónyuges en el Código civil y en los Derechos especiales*, cit., p. 627.

(185) DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho mercantil*, vol. 1.º, cit., pp. 635-636.

(186) Además de otros requisitos exigidos por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, se establece en tal sentido en esta disposición legal la necesidad de que la sociedad se constituya mediante escritura pública, que debe ser inscrita en el Registro mercantil, y sólo desde este momento tiene personalidad jurídica (art. 5). Además, la escritura de constitución debe ser otorgada por todos los socios y expresar necesariamente: 1.º) Los nombres, nacionalidad y domicilio de los socios; 2.º) La denominación o razón social; 3.º) El objeto social; 4.º) La duración de la sociedad; 5.º) El domicilio social y los lugares en que la sociedad vaya a establecer sucursales, agencias o delegaciones; 6.º) El capital social y las participaciones en que se divida; 7.º) La aportación de cada socio, el valor atribuido a la aportación no dineraria y las participaciones sociales que se le asignan; 8.º) La persona o personas que hayan de ejercer la administración y la representación de la sociedad; 9.º) La forma de convocar, constituir, deliberar y tomar acuerdos por escrito (art. 7 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). Vid. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, vol. 1.º, cit., pp. 547 ss.; BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, cit., pp. 301 ss.; URÍA, *Derecho mercantil*, cit., pp. 367 ss.; DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho mercantil*, vol. 1.º, cit., pp. 405 ss.; VELASCO ALONSO, *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, cit., pp. 71 ss.; CARLON, *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, tomo XXIII de los *Comentarios al Código de comercio y Legislación mercantil* (dirigidos por MOTTOS y ALBALADEJO), cit., pp. 89 ss.

te, que obvia cualquier tipo de duda que pueda albergarse sobre la validez del acuerdo de los cónyuges encaminado a establecer una sociedad de responsabilidad limitada a la que aporten exclusivamente bienes gananciales.

Se señala que la sociedad de responsabilidad limitada exige dos personas y dos patrimonios, lo que no sucede en el supuesto que analizamos. Por ello Giménez Duart (188) puntualiza que el nuevo artículo 1.323 no puede variar la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (se refiere a la precedente a las resoluciones de 6 y 13 de junio de 1983) en torno a las sociedades entre cónyuges en el sentido de que, como todo contrato de sociedad implica una puesta en común, deberán existir por lo menos dos aportaciones procedentes de diferentes patrimonios; de donde resulta que el marido y la mujer no podrán constituir sociedad por sí solos aportando únicamente bienes gananciales, pues éstos proceden del mismo patrimonio. Sí será posible si un cónyuge aporta fondos propios y el otro fondos comunes. Ello, desde luego, tratándose de sociedad no anónima, pues en ésta es inexcusable la existencia de al menos un tercer socio.

Frente a esta objeción basta con tener en cuenta que para la constitución de la sociedad de responsabilidad limitada no exige la Ley, a diferencia de lo que ocurre con la sociedad anónima (art. 10 de la Ley de Sociedades Anónimas), un número mínimo de socios, y en consecuencia bastarán dos personas para darle vida. Sólo se limita a cincuenta el número máximo de socios fundadores (art. 1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). No se impide que los socios sean marido y mujer, ni se prohíbe que los bienes aportados provengan del patrimonio ganancial (arts. 7, 7.º, 8, 9 y 10 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). La sociedad de responsabilidad limitada exige, al menos, una dualidad de personas, ya que este número es indispensable para todo acuerdo de voluntades manifestado en la escritura pública y, paralelamente, de aportaciones (189). No creemos que desaparezca esta dualidad por el hecho de que los bienes aportados procedan del patrimonio ganancial, ya que el marido y la mujer son titulares de este patrimonio, que carece de personalidad jurídica y, además del sistema de administración y disposición conjunta de los gananciales, se establecen formas de legitimación indistinta o individual (arts. 1.375 a 1.391 del Código civil).

Se ha señalado que si los bienes aportados son gananciales, las

---

(187) Esto no significa que queramos justificar el criterio adoptado por nuestro legislador de 1981. Con buen criterio los profesores Díez-Picazo y Gullón (*Sistema de Derecho civil*, vol. 4.º, cit., p. 240) han destacado lo difícil que resulta comprender las razones por las que se siguen unos criterios para el ejercicio de las profesiones en general (art. 1.362, 2.º del Código civil) y otro para la profesión mercantil.

(188) GIMÉNEZ DUART, *La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981*, en *Revista de Derecho Notarial*, 1981, julio-diciembre, p. 113, nota 18.

(189) GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, vol. 1.º, cit., p. 548; URÍA, *Derecho mercantil*, cit., p. 366.

participaciones sociales adquiridas a cambio tendrán también esa naturaleza por aplicación del principio de subrogación real, de donde cabría concluir que, al detentar el marido la condición de administrador legal de la sociedad de gananciales, el ejercicio de los derechos inherentes a las participaciones le correspondería sólo a él, lo que equivaldría a negar, de hecho, la existencia de una sociedad, ya que el marido vendría a ser dueño y señor absoluto. Incluso en la resolución de 16 de marzo de 1959 se entrevé la posibilidad de que nos hallemos ante una recusable hipótesis de autocontratación. Sin embargo, con anterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981, De la Cámara Alvarez (190) puso en evidencia que, a pesar de ser el marido el administrador legal de la sociedad de gananciales, una vez constituida la sociedad de responsabilidad limitada, la condición de socio, frente a ella, la ostentan el marido y la mujer por separado. Otra cosa sería contradictoria con la voluntad negocial ínsita en el contrato de sociedad. No hay, desde luego, autocontratación, ya que el marido no contrata consigo mismo, pues la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica. La fijación del fin de la sociedad, al que, en definitiva, vienen adscritos los bienes aportados, y la articulación de las normas que han de regir la vida corporativa, es materia de contrato de sociedad y, naturalmente, no lo decide unilateralmente el marido, sino que lo conviene en un contrato que celebra precisamente con su mujer.

Tras la Ley de 13 de mayo de 1981 el problema planteado cae por su base, dada la igualdad jurídica de los cónyuges (art. 66) y la circunstancia de que el marido ha dejado de ser el administrador legal de la sociedad de gananciales, al haberse acogido un sistema de coadministración en el artículo 1.375.

En las citadas resoluciones de 6 y 13 de junio de 1983 se alude precisamente a la colaboración igualitaria de los dos cónyuges querida por el legislador —artículo 66— y en donde la cualidad de socio lleva aparejada una igualdad en los derechos inherentes a esta condición en el seno de la misma sociedad, equivalente al principio general establecido para ambos esposos en el artículo 1.375 dentro de comunidad de gananciales.

Por último, hemos de decir que la aportación por los cónyuges de bienes gananciales a una sociedad de responsabilidad limitada es perfectamente admisible y no determina una modificación del régimen económico matrimonial en las reglas por que hayan de regirse los bienes del matrimonio. El afectar a determinados bienes comunes en la constitución de una sociedad, no parece que suponga un cambio en la finalidad que el matrimonio y su régimen económico les asignan. No es más que una operación de inversión que procurará el incremento de estos bienes; las adquisiciones con ellos efectuadas, las ganancias o beneficios obtenidos en la vida de la sociedad, o los bienes que en el momento de la disolución de la misma hayan de volver a su proce-

---

(190) DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho mercantil*, vol. 1.º, cit., p. 633.

dencia originaria, mantendrán el carácter ganancial de las aportaciones originarias (191). En las resoluciones de 6 y 13 de junio de 1983 se pone precisamente de relieve que en base al principio de subrogación real las participaciones sociales de las que son titulares ambos esposos ocuparán el lugar de los bienes gananciales aportados a la sociedad.

c) *Sociedad anónima de la que forman parte los cónyuges.*—No creemos que existan obstáculos que impidan a marido y mujer constituir válidamente, en unión con otras personas (art. 10 de la Ley de Sociedades Anónimas), una sociedad anónima en la que uno y otra aporten bienes gananciales. A diferencia del caso de constitución de sociedad de responsabilidad limitada, la Dirección General de los Registros y del Notariado, con anterioridad incluso a la Ley de 2 de mayo de 1975, ha admitido sin problemas la validez de la sociedad anónima que reviste estas características. Como vimos, la resolución de 4 de noviembre de 1969 consideró inscribible una sociedad anónima fundada exclusivamente por el marido, la mujer y un tercero, aportando los cónyuges bienes presuntivamente gananciales. Ni la constitución de la sociedad, ni la forma en que las acciones han sido suscritas, vienen a cambiar el régimen económico matrimonial ni a suponer una alteración del patrimonio ganancial ni de los patrimonios privativos de cada cónyuge. Al concurrir a la sociedad al menos tres patrimonios, afirma la resolución, no se incide en el defecto señalado por la resolución de 16 de marzo de 1959.

Aunque la conclusión a que llega la resolución de 4 de noviembre de 1969 es correcta, no puede compartirse el argumento señalado en último lugar. De acuerdo con lo afirmado precedentemente respecto a la sociedad de responsabilidad limitada, es evidente, a nuestro juicio, que el artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónimas alude a personas, no a patrimonios, según se desprende del sentido literal del precepto, que al consignar que el número de fundadores no podrá ser inferior a tres, hace referencia al inciso anterior, que explícitamente habla de «personas que otorguen la escritura social y asuman las acciones» (192). Por ello, con mejor razonamiento, la resolución de 5 de julio de 1982 (193), en un caso de constitución de sociedad anónima en la que

---

(191) HERRERO GARCÍA, *Contratos onerosos entre cónyuges*, cit., pp. 477 y 480. La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de noviembre de 1969, a la que ya nos referimos, señaló que la constitución de una sociedad anónima por los cónyuges y un tercero, aportando éstos bienes gananciales, no implica un cambio de régimen económico matrimonial, ni supone una alteración del patrimonio ganancial ni de los particulares de cada cónyuge. Por razones de lógica, esta doctrina parece aplicable a la sociedad de responsabilidad limitada constituida por los cónyuges con aportación de bienes gananciales. Véase también en esta línea, BEAUS, *Sociedad de gananciales y sociedades mercantiles*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXVI, pp. 254 ss.

(192) GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, vol. 1.º, cit., p. 430; URÍA, *Derecho mercantil*, cit., pp. 194-195; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, cit., p. 174; VELASCO ALONSO, *La Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1982, p. 87.

(193) Reseñada por PAU PEDRÓN en este ANUARIO, 1983, fasc. 2.º, pp. 599-600.

dos de los socios son marido y mujer que aportan sendos lotes de bienes muebles de carácter ganancial, teniendo en cuenta que el acto tuvo lugar antes de la reforma del Código civil por Ley de 13 de mayo de 1981, considera que hay por una parte aportación por la mujer de bienes muebles de carácter ganancial en la que la administración correspondía al marido y, por otro lado, éste consiente el acto realizado por la misma, por lo que no se ve que exista obstáculo a las actuaciones de ambos esposos en base a lo establecido en el artículo 1.416 del Código civil, ya que las aportaciones realizadas, y por aplicación del entonces artículo 1.401 las acciones recibidas en su lugar tendrán la consideración de bien ganancial, no se produce una donación entre cónyuges —en aquella fecha no permitidas— ni aparece alterado el régimen de gananciales por el hecho de que la esposa ostente la cualidad de socio y pueda ejercer los derechos derivados de esta condición.

La promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1981 hace todavía más clara la justificación de esta solución, bastando para comprenderlo las razones expuestas en torno a la validez de la sociedad de responsabilidad limitada constituida por los cónyuges con aportación de bienes gananciales. Téngase en cuenta que las características esenciales de la sociedad de responsabilidad limitada, tal como es configurada por la Ley que la disciplina, unido al hecho de que en esta Ley se reproducen, más o menos literalmente, numerosos preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas (arts. 5, 6, 16, 19, 22, 23, 24, 26, 28 y 30), permiten afirmar que, con un régimen atento a la formación del capital y a sus eventuales modificaciones, con una organización interna corporativa parecida a la de la sociedad anónima y un régimen de responsabilidad semejante al de ésta, nuestra sociedad de responsabilidad limitada parece una anónima simplificada (194).

d) *Sociedad colectiva constituida por los cónyuges*.—A nivel doctrinal se ha cuestionado si los cónyuges pueden constituir válidamente una sociedad de responsabilidad ilimitada como la colectiva (art. 127 del Código de comercio). El argumento que se aduce para justificar por la doctrina francesa el artículo 1.832 - 1 del Código civil francés, redactado según la Ley de 4 de enero de 1978, que establece que los cónyuges no pueden de forma conjunta ser indefinida y solidariamente responsables de las deudas sociales, es que, a través de la solidaridad de la responsabilidad societaria, se produce una comunicación entre los patrimonios del marido y la mujer contra el régimen económico matrimonial, especialmente cuando es el de separación de bienes: la actividad del órgano social, al hacerse efectiva la solidaridad, destruye la separación de bienes de los cónyuges (195). Frente a esta argumenta-

(194) URÍA, *Derecho mercantil*, cit., pp. 366-367; GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, vol. 1.º, cit., p. 544; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, cit., pp. 241-242; VELASCO ALONSO, *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, cit., pp. 31-32.

(195) ROBLOT (en *Traité élémentaire de droit commercial* de RIPERT, tomo 1.º, 10.ª ed., con puesta al día a 30 de septiembre de 1982, p. 566) señala que la prohibición del artículo 1.832-1 es absoluta, aplicándose cualquiera que sea el

ción hay que tener en cuenta que la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la reseñada resolución de 3 de febrero de 1936, después de reconocer que los cónyuges pueden contratar entre sí, señaló que ninguna de las excepciones contenidas en los artículos 1.320, 1.324, 1.458 y 1.677 del Código civil afectaba a la constitución de una sociedad colectiva. Con mayor motivo hay que mantener esta doctrina tras la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1981, que ha suprimido las limitaciones que establecían dichos preceptos. Además, como ha apuntado Girón Tena (196), en el Derecho español sólo es posible comprometer los bienes de uno y otro cónyuge, en la actividad mercantil realizada por el otro, con consentimiento en cada acto o negocio jurídico, lo que parece incompatible con la continuidad negocial de la actividad de la sociedad (art. 9 del Código de comercio). Pero esto sucede en el supuesto de uno comerciante y el otro no. La participación de ambos en la gestión, normalmente, con la consecuencia de devenir comerciantes, por ser socios uno y otro, supera aquel planteamiento: no se trata ya de comprometer los bienes de uno de ellos, inactivo o pasivo, con la actividad del otro.

e) *Sociedad comanditaria constituida por los cónyuges*.—La circunstancia de que hayamos considerado válida tanto la constitución por los cónyuges de una sociedad de tipo capitalista (la anónima o la de responsabilidad limitada) como de una sociedad de tipo personalista (la colectiva), determina lógicamente que éstos puedan constituir válidamente una sociedad comanditaria (197), con independencia de que aporten bienes gananciales o privativos y de que el capital aportado por los socios comanditarios haya de estar representado por acciones (sociedad comanditaria por acciones).

---

régimen económico matrimonial, que los dos esposos sean los únicos socios o que estén asociados con otros, que la constitución sea anterior, coetánea o posterior al matrimonio. La vulneración de la prohibición es sancionada con la nulidad de la sociedad.

(196) GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, vol. 1.º, cit., p. 196.

(197) La sociedad comanditaria ocupa una posición en cierta medida intermedia entre las sociedades de tipo personalista y capitalista, aunque seguramente predomine su carácter personalista al ofrecer muchos puntos de contacto las disciplinas jurídicas de la sociedad comanditaria y de la sociedad colectiva, permitiendo que al regular el Código de comercio esta forma social haya podido remitirse en buena parte a las normas reguladoras de la sociedad colectiva. Nótese que la sociedad comanditaria se caracteriza porque unos socios (colectivos) responden con todos sus bienes del resultado de la gestión social, mientras que otros (comanditarios) responden solamente con los fondos que pusieren o que se obliguen a poner en la sociedad. Vid. URÍA, *Derecho mercantil*, cit., pp. 166 ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, cit., p. 150; GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, cit., p. 379; BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, cit., p. 183.

## XII. MANDATO ENTRE CONYUGES

Según lo dispuesto en el artículo 1.323, ningún problema de licitud existe para que los cónyuges puedan celebrar entre sí un contrato de mandato. Sin embargo, hay que determinar en qué medida el hecho de que las partes del contrato sean marido y mujer, aún sin variar la naturaleza del mismo, ha de influir en su configuración, debido fundamentalmente al carácter familiar que tiene. Conviene, pues, que examinemos las posibles «especialidades» del régimen jurídico del mandato entre cónyuges, a fin de determinar si realmente están justificadas de acuerdo con nuestro Derecho vigente. En relación con los requisitos de capacidad, objeto, forma y causa del contrato no se señala especialidad alguna. Se aplican sin mayores problemas las normas generales del mandato. En cuanto a las facultades del cónyuge mandatario serán las que se le hayan concedido, expresa o tácitamente, de conformidad con el objeto del mandato. Este puede ser general o especial, en los términos del artículo 1.712, pues nada impide a un cónyuge conferir mandato a otro para todos sus bienes e intereses o solamente para algunos o alguno determinado y concreto (198).

Se dice que es en los aspectos de la retribución y sustitución donde claramente incide el carácter familiar que domina al mandato entre cónyuges (199). Es indudable que, normalmente, en el mandato entre marido y mujer no se pactará una retribución, debido a la relación que une a éstos; sin embargo, si tal pacto existe, no parece que pueda considerarse inválido, porque ningún precepto del Código civil lo establece y habrá de estarse a la norma general contenida en el artículo 1.711, cuya aplicación parece indudable en tal caso, sin que exista razón alguna para excluir la presunción de que el mandato es retribuido cuando el mandatario, aun siendo cónyuge, tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie del mandato que le ha sido conferido. Nótese además, como ha puesto de relieve Díez-Picazo (200), que la regla de la gratuidad, derivada del Derecho romano, es dudoso que se corresponda con los esquemas mentales y con las estructuras so-

---

(198) En relación con la representación en el Derecho de familia, DÍEZ-PICAZO (*La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, p. 89) precisa con acierto que es evidente que el Derecho de familia no admite los poderes generales, sino que el representado ha de confiar al representante, especialmente, cada asunto. Sin embargo, este autor se está refiriendo a los típicos negocios del Derecho de familia, como la adopción, las capitulaciones matrimoniales, la emancipación o el matrimonio, lo cual nos aleja de los contratos entre cónyuges aludidos en el artículo 1.323. No creemos que existan razones de orden público, como existen respecto de los referidos negocios de Derecho de familia a la hora de otorgar un poder general, para excluir la validez de un poder general o de un mandato general entre cónyuges.

(199) Vid. REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes en el matrimonio*, Madrid, 1983, p. 313.

(200) DÍEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. 2.º, Madrid, 1966, p. 615; *La representación en el Derecho privado*, cit., p. 123.

ciales y económicas del mundo actual. Sin llegar a la presunción de onerosidad que fija el nuevo Código civil italiano de 1942, no se debe interpretar el artículo 1.711 de una manera restrictiva, sino en función evolutiva, dando entrada, por lo menos, para invertir la presunción de gratuidad a los usos del tráfico, camino que dejan abierto los artículos 1.258 y 1.287 del Código civil.

El planteamiento expuesto justifica, sin duda, que no exista imposibilidad alguna para que los cónyuges celebren entre sí un contrato de comisión, que no es otra cosa que un mandato mercantil (art. 244 del Código de comercio) (201), ya que, a diferencia del mandato regulado en el Código civil, la comisión es esencialmente retribuida. Sólo pactando expresamente la gratuidad de la comisión queda relevado el comitente de abonar al comisionista la retribución pactada o, en defecto de pacto, la que le corresponda con arreglo al uso y la práctica mercantil de la plaza donde se cumpliera la comisión (art. 277 del Código de comercio).

En cuanto a la sustitución en el mandato entre cónyuges, dado su carácter familiar y estar concebido *intuitu personae*, se ha entendido que no es posible, al menos cuando se trate de uno general para administrar todos los bienes del mandante; admitiéndose, sin embargo, la sustitución cuando el mandato es especial para un negocio concreto (202). A nuestro juicio, sólo cuando el mandato se ha otorgado por la cualidad de cónyuge existe realmente una imposibilidad de nombrar sustituto (203); en otro caso, parece poco dudosa la aplicación del artículo 1.721, en el sentido de que el mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido (204).

---

(201) La comisión es un mandato cualificado por la naturaleza mercantil del acto u operación que constituye su objeto y por la intervención de un comerciante, al menos, en el contrato (URÍA, *Derecho mercantil*, cit., p. 531; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones del Derecho mercantil*, cit., p. 372; BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, cit., p. 420).

(202) Vid. REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes en el matrimonio*, cit., p. 314.

(203) Nuestra doctrina ha señalado con toda lógica que no es preciso que la prohibición de sustituir sea expresa: cuando puede inducirse de las circunstancias del caso que el mandato se otorgó teniendo en cuenta condiciones personalísimas del mandatario, estará obligado éste a desempeñar el encargo por sí (LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 3.º, *Contratos y cuasicontratos*, Barcelona, 1979, p. 219; Díez-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, cit., p. 197).

(204) Nótese que, como apunta ALBALADEJO (*Derecho civil*, II-2.º, *Derecho de obligaciones. Contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, 7.ª ed., Madrid, 1982, p. 325) por razones de utilidad práctica, sin duda, el Código autoriza la sustitución, salvo prohibición (que puede ser tácita) del mandante. No cabe duda, a nuestro juicio, que razones de utilidad práctica pueden justificar la sustitución en el mandato entre cónyuges. Además, el mandatario responde de la gestión del sustituto, salvo que se le hubiese dado facultad de nombrarlo, más designándole, a la vez, la persona que le sustituiría, o si, dejándole libertad de elección, el mandatario hubiese elegido una que no fuese notoriamente incapaz o insolvente (art. 1.721, excepto último párrafo). En cualquier caso de sustitución, se concede al mandante —además de las acciones que le competen contra el mandatario— acción directa contra el sustituto (art. 1.722).



Es indudable que son aplicables al mandato entre cónyuges las causas generales de extinción que aparecen en los artículos 1.732 y siguientes del Código civil. No cabe duda que el mandato entre marido y mujer, como todo mandato, es esencialmente revocable, sin que el hecho de que intervengan los cónyuges sea argumento convincente para negar su revocabilidad. Incluso si el mandato consta en capitulaciones matrimoniales, que a partir de la Ley de 2 de mayo de 1975 pueden otorgarse constante matrimonio (art. 1.326), sigue siendo esencialmente revocable, por la sencilla razón de que no estamos ante una estipulación capitular que deba constar necesariamente en capitulaciones matrimoniales (art. 1.325), sino ante un acuerdo de los cónyuges que figura de modo accidental en éstas (205) y que por tanto no queda sometido a las normas específicas que regulan en el Código civil el otorgamiento y la modificación de las capitulaciones matrimoniales. A pesar de constar en las mismas, se aplicarán al mandato las normas generales del Código civil, sin que su revocación constituya en modo alguno una modificación de las capitulaciones matrimoniales que requiera el cumplimiento de los requisitos señalados en los artículos 1.325 y siguientes del Código civil para la modificación de éstas. Además de que la revocación *ad nutum* del mandato entre cónyuges no implica una modificación del régimen económico matrimonial, que debe constar en capitulaciones matrimoniales, tampoco significa un atentado al principio de igualdad de derechos entre cónyuges (arts. 66 y 1.328), por lo que su licitud parece poco dudosa. En relación con el artículo 218 del Código civil francés, la doctrina francesa (206) precisa que el peligro de ataque a las normas del régimen económico matrimonial concernientes a la distribución de poderes entre esposos está aquí descartado en razón de la revocabilidad. Se trata sólo, precisa Cornu (207), de establecer una flexibilización provisional del régimen económico patrimonial en la repartición de poderes, que es lícita y que a menudo alienta la Ley. Muchos mayores problemas presenta el mandato irrevocable entre cónyuges. Advierte Ponsard (208) que la estipulación de irrevocabilidad permitiría realizar una modificación del régimen económico matrimonial sin respetar las condiciones de fondo y forma necesarias para ello. De manera semejante a la descrita, un sector de nuestra doctrina no se muestra favorable a los pactos de irrevocabilidad entre cónyuges. Se dice que no es admisible un pacto de irrevocabilidad a favor de un cónyuge, especialmente cuando es concebido en términos generales respecto de alguna masa patrimonial del matrimonio. Además de poder implicar una modificación del régimen económico matrimonial, el otorgarle una eficacia absoluta atentaría contra el principio de igualdad conyugal del artículo 1.328 del Código

---

(205) Vid. LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., pp. 291-292; *Elementos de Derecho civil*, tomo IV, *Derecho de familia*, cit., p. 325.

(206) PONSARD, *Régimes matrimoniaux*, en ANBRY y RAU, cit., p. 27; CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 26.

(207) CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 26.

(208) PONSARD, *Régimes matrimoniaux*, cit., p. 28.

civil al privarle a uno de los cónyuges de la administración de sus bienes (209) o más que contrario a la igualdad, contrario a la moral que un cónyuge tuviera que estar y pasar por una administración irregular de sus bienes por el otro cónyuge (210). Se afirma que lo que justifica un pacto de irrevocabilidad es que el mandato no esté basado únicamente en una relación de confianza, y precisamente el mandato entre cónyuges es el prototipo del contrato basado en la mutua confianza, por lo que no será válido un pacto semejante (211).

A nuestro juicio, la admisibilidad del pacto de irrevocabilidad es indudable siempre que exista una causa suficiente desde el punto de vista jurídico, esto es, una razón que los justifique y que lo haga necesario en atención a los fines empíricos que se hayan pretendido obtener (212). Este criterio no tiene por qué variar si los que establecen el pacto de irrevocabilidad son los cónyuges. Tal vez el problema fundamental no radica tanto en la licitud del pacto como en determinar su eficacia (213). Ciertamente, este pacto ha de ser mirado con cierta desconfianza, por lo que la vulneración del mismo por el mandante, revocando el mandato, debe permitirse si ello obedece a una justa causa. Lo contrario sería tanto como dejar en manos del mandatario los intereses del mandante. Esta conclusión es particularmente clara cuando el contrato de mandato es celebrado por marido y mujer, debido a los intereses que confluyen en él, tanto de los cónyuges como de la familia en su conjunto. Un cambio de las circunstancias personales entre los cónyuges puede hacer imprescindible la extinción del mandato concedido (214). Para comprender lo dicho parece suficiente destacar

(209) ALVAREZ-SALA, *Aspectos imperativos en la nueva ordenación del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular*, en Revista de Derecho Notarial, 1981, abril-junio, p. 15.

(210) AVILA ALVAREZ, *El régimen económico matrimonial en la reforma del Código civil*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1981, noviembre-diciembre, p. 1375.

(211) MASOT, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO), tomo XXXI, volumen 1.º, Madrid, 1980, pp. 99-100.

(212) Díez-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, cit., pp. 307-308; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. 1.º, 5.ª ed., Madrid, 1984, p. 530; DE CASTRO, *Temas de Derecho civil*, cit., pp. 113-114; ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, *Los contratos en particular y obligaciones no contractuales*, Madrid, 1982, p. 330; GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972, páginas 300-301; COSSÍO, *Instituciones de Derecho civil*, tomo 1.º, Madrid, 1975, p. 447.

(213) Díez-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, cit., p. 308.

(214) Es significativo que en el Derecho alemán el parágrafo 1.413 BGB, que permite la exclusión o limitación del derecho a revocar en todo tiempo la cesión de bienes que para gestionarlos un cónyuge hace al otro por contrato de matrimonio, admita siempre la revocación por un motivo importante (*ein Widerruf aus wichtigen Gründe bleibt gleichwohl zulässig*). Ello se explica por las funciones de prevención y de protección (*Warn- und die Schutzfunktion*). (Cfr. GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*, München, 1980, p. 447; KANZLEITER, *Familienrechts*, tomo V, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, 1978, pp. 402-404). Entre los motivos que justifican la revocación se mencionan, a título de ejemplo, el incumplimiento grave y reiterado de las reglas de administración de los bienes por el cónyuge o la solicitud de divorcio.

que el vigente artículo 102 del Código civil, que procede de la Ley de 7 de julio de 1981, dispone que quedan revocados, por ministerio de la Ley, los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro, una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio. Añade el artículo 106 que la revocación de consentimiento y poderes se entiende definitiva. Como precisa Rivero Hernández (215) es normal que la Ley imponga la revocación de los consentimientos y poderes otorgados en momentos de confianza al desaparecer (o haber motivos fundados para presumir que ha desaparecido) esa confianza, en evitación de que el olvido del interesado, absorbida su actuación ahora por otros asuntos y problemas, y la no revocación voluntaria por esta razón de aquellos poderes y consentimiento, dé lugar a abusos por parte del autorizado (216).

No creemos, por tanto, que pueda alegarse de forma genérica el principio de igualdad entre cónyuges y la moral o la posible modificación encubierta del régimen económico matrimonial, porque la revocación, no mediando justa causa, da en principio lugar a la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios que ello haya podido ocasionar al mandatario (217).

No cabe duda que el cónyuge mandatario puede renunciar al mandato (art. 1.732, 2.º), aunque el mismo constase en capitulaciones matrimoniales, por las razones anteriormente expuestas. Cuando el mandato se concedió en atención a que el mandatario era cónyuge, no cabe duda de que el divorcio o la nulidad del matrimonio determinará la extinción del mandato al producirse una alteración sobrevenida de una circunstancia personal especialmente relevante para la subsistencia del mandato (218).

Según los artículos 1.720 y 1.724, todo mandatario está obligado a dar cuenta de su actuación al mandante y a abonarle todo cuanto haya recibido en virtud del mandato y, en consecuencia, también todos los frutos percibidos de las cosas del mandante, de tal manera que no sólo no podrá dedicar a atenciones propias lo que haya recibido, sino que si lo hace deberá devolver las cantidades con intereses legales. No cabe duda que la obligación de rendir cuentas, que configuran estos preceptos, existe en el mandato entre cónyuges. Basta tener en cuenta el fundamento de esta obligación legal para comprenderlo. Como dice

---

(215) RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 667.

(216) Véase también el interesante comentario de DE LOS MOZOS y HERRERO GARCÍA, *Matrimonio y divorcio, comentarios al nuevo Título IV del libro I del Código civil* (coordinados por LACRUZ), ed. Civitas, Madrid, 1982, pp. 831 ss.

(217) GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, cit., p. 300; DE CASTRO, *Temas de Derecho civil*, cit., p. 114; Díez-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, cit., pp. 308-309; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. 1.º, 5.ª ed., Madrid, 1984, pp. 530-531.

(218) Díez-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, cit., p. 293. Las causas recogidas en el artículo 1.732 son típicas, pero no son las únicas que cabe establecer.

la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1969, la obligación del mandatario de rendir cuentas, fundada sobre principios de moralidad y de justicia, es la consecuencia, y por así decirlo, el último acto de su gestión, que sería incompleta si no indicase al mandante todo lo que ha hecho por él, todo lo que ha pagado y todo lo que ha recibido, las obligaciones que ha asumido frente a terceros y las que los terceros asumieron frente a él si actuó en nombre propio, o el mandante si lo hizo como representante, debiendo resultar de la dación de cuentas no sólo todo lo que el mandatario ha dado o recibido sino el índice de todas las operaciones: venta, compra, custodia, procedimientos judiciales incoados y resultado obtenido, créditos acordados o recibidos, dilaciones o plazos concedidos, etc., de modo que pueda tener el mandante la demostración de toda la actividad desarrollada por el mandatario y pueda juzgar si aquél ha administrado como un buen padre de familia. Cabe, sin embargo, a nuestro juicio, que los cónyuges acuerden la exoneración del deber legal de rendir cuentas que pesa sobre el mandatario (219), aunque, como dice Díez-Picazo (220), este pacto desnaturaliza en la mayor parte de los casos el mandato y debe ser mirado con recelo, pues lo más probable es que se trate de un negocio indirecto o simulado (221).

Existiendo separación de bienes, el artículo 1.439 del Código civil dispone que si uno de los cónyuges hubiese administrado o gestionado bienes o intereses del otro, tendrá las mismas obligaciones y responsabilidades que un mandatario, pero no tendrá obligación de rendir cuenta de los frutos percibidos y consumidos, salvo cuando se demuestre que los invirtió en atenciones distintas del levantamiento de las cargas del matrimonio, de cuyo tenor se deduce un régimen especial de rendición de cuentas aplicable al cónyuge que gestione bienes o intereses del otro (222). La «ratio» de la norma se encuentra en la naturaleza familiar de la relación, que genera la presunción *iuris tantum* de que se ha dado a los frutos percibidos el destino de atender a las cargas familiares (223).

Por último, hemos de afirmar que en todo lo referente a obligaciones y responsabilidades del cónyuge mandatario y régimen de gas-

---

(219) Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1956 y el comentario de Díez-Picazo, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. 2.º, Madrid, 1975, pp. 114-115; DE CASTRO, *Temas de Derecho civil*, cit., p. 112; GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, cit., p. 292.

(220) Díez-Picazo, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. 2.º, cit., p. 115.

(221) DE CASTRO (*Temas de Derecho civil*, cit., p. 112) precisa que la cláusula de renuncia no es causa suficiente para el enriquecimiento del representante; puede, eso sí, salvar su validez el que tenga otra causa tal renuncia.

(222) Sobre la interpretación de esta norma véase el comentario de MONTES en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, ed. Civitas, Madrid, 1983, pp. 1939-1943; REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes en el matrimonio*, cit., pp. 331-346.

(223) MONTES, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, cit., p. 1943; REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes en el matrimonio*, págs. 335 ss.

tos y mejoras llevadas a cabo por éste, se aplican las normas comunes del Código civil sobre el mandato (arts. 1.718 y ss.).

### XIII. FIANZA ENTRE CONYUGES

Ya hemos señalado que al redactarse nuestro Código civil no existían problemas para admitir la fianza entre cónyuges, pues con anterioridad, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código civil de 1836, ya se alude expresamente a la validez de la fianza de la mujer a favor del marido, apartándose del criterio acogido por la Ley 61 de Toro. Así lo destacó, como vimos, la resolución de 31 de mayo de 1895. Con mayor claridad, si cabe, hay que admitirlo ahora, debido al texto del artículo 1.323, que permite a los cónyuges celebrar entre sí cualquier tipo de contrato y, por tanto, el de fianza. Parece evidente que estaremos en presencia de un afianzamiento unilateral, de un cónyuge en favor del otro, para garantizar las deudas futuras que pueda contraer el cónyuge afianzado (224). Ninguna dificultad existe para que uno de los cónyuges figure como avalista del otro en la medida en que el aval es una fianza cambiaria (225). Por tanto, se aplicará la normativa del Código civil y, en su caso, de la Ley cambiaria y del cheque de 16 de julio de 1985, sobre la fianza o el aval.

Según Alvarez-Sala (226) para la admisibilidad del afianzamiento unilateral y no recíproco a favor del cónyuge es seguramente determinante la singularidad del caso. No es admisible que el afianzamiento se formule en términos generales respecto de cualquier situación futura del afianzado: aquí nos salimos de la órbita del artículo 1.323 y entramos en la del inciso final del artículo 1.328, que exige la paritaria condición de los cónyuges, impidiendo el afianzamiento general y no recíproco en favor del cónyuge en todas sus actuaciones, ya que no sería equitativo que uno de los cónyuges asumiese de manera general y vinculante el riesgo de insolvencia de su consorte, sin que éste corresponda con otro compromiso parejo.

La objeción expuesta por Alvarez-Sala, sin embargo, no es señalada por otros autores en nuestra doctrina, como Díez-Picazo y Gullón (227),

(224) La fianza en garantía de deudas futuras (deudas que aún no han nacido, no que sean ilíquidas) ha de ser admitida en nuestro derecho a la luz del artículo 1.825 del Código civil. Díez-Picazo (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 1.º, Madrid, 1972, p. 588) y Gullón (*Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, cit., pp. 426-427) admiten la vinculatoriedad condicional de la fianza en garantía de deuda futura. Del artículo 1.825 se desprende la vinculación del fiador, que no puede revocar libremente la fianza.

(225) Uría, *Derecho mercantil*, cit., p. 749; Sánchez Calero, *Instituciones del Derecho mercantil*, cit., p. 338; Garrigues, *Curso de Derecho mercantil*, volumen 1.º, cit., p. 878; Broseta, *Manual de Derecho mercantil*, cit., p. 592.

(226) Alvarez-Sala, *Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular*, cit., p. 27.

(227) Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho civil*, vol. 2.º, 4.ª ed., Madrid, 1983, p. 576.

que de acuerdo con el artículo 1.323 no ponen excepción alguna a la posibilidad de fianza entre cónyuges, y, en general, en el Derecho comparado. Es significativo que en el Derecho francés, que como hemos señalado es mucho más restrictivo que el nuestro en el ámbito de la contratación entre cónyuges, no se ponen obstáculos de ningún tipo, al margen de los generales, a la fianza entre cónyuges (228). Tal vez porque existe en los diferentes Códigos civiles una específica normativa que, incluso en el supuesto señalado por Alvarez-Sala, protege adecuadamente al fiador en sus relaciones con el deudor y los acreedores de éste (229). Atendiendo a la normativa vigente en nuestro Código civil (arts. 1.822-1.855), no creemos que sea insuperable el obstáculo señalado por este autor. Nótese que el fiador goza, salvo pacto en contrario y en los casos señalados en los artículos 1.831 y 1.837, de un doble beneficio: el de excusión previa de todos los bienes del deudor (art. 1.830) y el de división, cuando existe una pluralidad de deudores, en cuyo caso el acreedor no puede reclamar sino la parte que le corresponde satisfacer (art. 1.837). Al fiador que ha pagado se le conceden dos acciones diferentes. La primera consiste en un derecho a ser indemnizado por el deudor, derecho cuyo contenido se especifica en el artículo 1.838. La segunda implica la subrogación del fiador en el crédito del acreedor. Dice a este efecto el artículo 1.839 que el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor. Si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado (230).

El artículo 1.853 establece también una importante norma de protección del fiador. Este, para negar en todo o en parte el pago de lo que el acreedor le reclama, o hacerlo en condiciones más favorables que las exigidas, puede oponer todas las defensas que deriven de su propia obligación fideusoria: desde la invalidez o ineficacia del negocio de fianza a las causas que han extinguido la deuda, pasando por los pactos que mediaron con el acreedor. Pero también, como manifestación destacada del carácter accesorio de la obligación fideusoria, el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competen al deudor principal y sean inherentes a la deuda; sólo se excluyen las que sean puramente personales del deudor (art. 1.853) (231).

---

(228) Véase el epígrafe relativo al Derecho francés. En especial, CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 26; PONSARD, *Régimes matrimoniaux*, en AUBRY y RAU, cit., p. 28.

(229) En el Derecho francés, JULIEN (*Les contrats entre époux*, cit., p. 136) precisa que, por el juego del recurso que el fiador que ha pagado tiene contra el deudor, ninguna transferencia de fondos se realiza, teóricamente al menos, del patrimonio de uno de los esposos al del otro.

(230) La regulación del Código civil está presidida, siguiendo la trayectoria de la evolución de la fianza en el Derecho anterior, por un principio general básico: procurar que la garantía asumida no origine al fiador sino los perjuicios mínimos e inevitables (GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO), tomo XXIII, Madrid, 1979, p. 204).

(231) Vid. DELGADO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, 3.º; Madrid, 1979, pp. 329-330; GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXIII, cit., pp. 339 ss.

En los casos contemplados en el artículo 1.843, aun antes de haber pagado, puede el fiador proceder contra el deudor principal. Mediante este remedio se trata de proteger al fiador, facultándole para que pueda eludir el riesgo de los perjuicios derivados de las situaciones que contempla el artículo. El fin de la norma (la relevación de la fianza), como dice Guilarte Zapatero (232), es dispensar protección al fiador, garantizándole, en la medida posible, sus derechos de reintegro ante las particulares situaciones del deudor o que pueden surgir de ciertas circunstancias de la obligación principal. Cuando esto sucede, aunque normalmente el pago del fiador no debe materializarse sino después de la excusión y sus recursos contra el deudor no nacen hasta que aquél se ha verificado, razones de poderosa equidad aconsejan facultar al fiador para anticipar su actuación contra el deudor principal.

Tampoco puede olvidarse que el carácter expreso de la fianza, exigido por el artículo 1.827, implica un importante freno a la posibilidad de que el fiador preste un consentimiento irreflexivo. El artículo 1.827 se fundamenta en la necesidad de que el fiador otorgue su consentimiento después de haber ponderado reflexivamente la trascendencia del acto, sin incurrir en ligerezas, dada la posición que asume; se valora sobre todo el riesgo que el negocio entraña, aceptado en muchas ocasiones, gratuitamente y sin compensación, y por ello es natural que la Ley requiera del garante un consentimiento expreso (233).

Por todo ello no creemos que un afianzamiento, aunque sea general y no recíproco, esté en contradicción con el principio de igualdad de derechos entre los cónyuges o sea inmoral, aunque la fianza sea solidaria, en cuyo caso no juegan los beneficios de excusión y de división, y se aplican las normas relativas a las obligaciones solidarias (arts. 1.822 y 1.831). En modo alguno se vulnera en tal supuesto el citado principio, pues el fiador solidario puede exigir al deudor el reintegro de lo pagado (art. 1.838) (234).

---

(232) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXIII, cit., pp. 241-242.

(233) ALBALADEJO, *Derecho civil*, tomo II, volumen 2.º, cit., pp. 430-431; DELGADO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, tomo II, volumen 3.º, cit., p. 324; GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXIII, cit., pp. 100-103.

(234) Ciertamente el acreedor puede dirigirse contra el deudor o el fiador para exigir por entero el importe de la deuda, pero si lo hace contra el fiador, y éste paga, no entran en juego las reglas de la obligación solidaria, que presupone dividida la deuda en tantas partes como deudores, sino que se aplican las normas del contrato de fianza. El fiador se dirigirá contra el deudor, por tanto, bien mediante la acción de regreso o de subrogación en el crédito pagado, típicas de la fianza. No ha lugar a la división de la deuda entre estas dos partes, y el deudor habrá de satisfacer por entero lo pagado por el fiador (GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, cit., p. 446).

## XIV. CONTRATO DE TRABAJO ENTRE CONYUGES

Es indudable que todos los argumentos que se alegaron en contra de que los cónyuges pudiesen estar vinculados por una relación laboral, no muy convincentes, como evidenció un importante sector doctrinal (235), difícilmente pueden seguir sosteniéndose en nuestro Derecho tras la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1981, ya que no puede decirse que se altera la respectiva autoridad de cada cónyuge en la familia, aunque sea la mujer quien actúe como empresario y el marido como trabajador, puesto que, en el plano jurídico, existe plena igualdad entre los esposos (art. 32 de la Constitución y 66 del Código civil) y el artículo 1.323 los autoriza a celebrar entre sí toda clase de contratos, entre los que hay que incluir lógicamente a los de trabajo. Además, como ha apuntado Cornu (236), teniendo en cuenta el nuevo principio de igualdad, las relaciones de trabajo y las relaciones de familia no despliegan sus efectos en el mismo plano. La subordinación en que el contrato de trabajo sitúa al asalariado en relación con el empresario sólo tiene lugar en la ejecución del trabajo. Si la distinción entre la vida profesional y la vida privada tiene sentido, una subordinación puramente profesional no afecta, en el estatuto personal de los esposos, al nuevo principio de su igualdad. Por la misma razón, los efectos pecuniarios del contrato permanecen ajenos al estatuto patrimonial de los esposos, con la excepción de que se produzca la remuneración de un trabajo ficticio, que pueda ser asimilada a una donación oculta.

El vigente Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Ley de 10 de marzo de 1980, como precedentemente la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de enero de 1944 y la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976, no se pronuncia en contra de la validez del contrato de trabajo entre cónyuges. El artículo 1, 1 del Estatuto de Trabajadores, al configurar el ámbito de aplicación del mismo, dispone que la presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario. La circunstancia de que las partes del contrato de trabajo sean marido y mujer no determina, a tenor del artículo 1, 3 e), que quede excluido de la regulación de esta Ley, ya que los trabajos familiares no quedan excluidos de su ámbito de aplicación si se demuestra la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. El cónyuge se considera familiar siempre que conviva con el empresario (237). Es importante tener también en cuenta que el artículo 7 no tiene presente el estado civil de casado

(235) Véanse las notas 57 y siguientes.

(236) CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 27.

(237) Vid. ALONSO OLEA, *Derecho del trabajo*, 8.ª ed. revisada, Madrid, 1983, pp. 42 ss.; DIÉGUEZ, *Lecciones de Derecho del trabajo. Introducción. Etapas históricas fundamentales. Contrato de trabajo*, Madrid, 1983, pp. 49 ss.



para determinar la capacidad para contratar, pues dispone que podrán contratar la prestación de su trabajo quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código civil, y no cabe duda de que, según el artículo 66 del Código civil, la tienen plena tanto el marido como la mujer (238).

## XV. RESTANTES CONTRATOS ENTRE CONYUGES

Es indudable que lo dispuesto por el artículo 1.323, que no exceptúa a ningún tipo de contrato, y la supresión de las concretas limitaciones legales a la contratación entre cónyuges por la Ley de 13 de mayo de 1981, determina que no existan dudas, o más bien, que no deban existir, para afirmar la validez, no sólo de los contratos a que hemos hecho referencia en este estudio, que son los que tradicionalmente mayores problemas de validez han suscitado, sino de cualquiera de ellos, con independencia de que su causa sea onerosa, remuneratoria o gratuita, como pueden ser la permuta, cuya validez se deduce de la propia remisión que el artículo 1.541 hace a la normativa sobre la compraventa, el arrendamiento, el préstamo, el depósito o la transacción, por citar algunos. Se aplicará la normativa legal que, con carácter general, disciplina cada uno de estos contratos, teniendo siempre en cuenta las limitaciones genéricas que hemos expuesto.

---

(238) Vid. ALONSO OLEA, *Derecho del trabajo*, cit., p. 80; DIÉGUEZ, *Leciones de Derecho del trabajo*, cit., pp. 157-158; MONTOYA, *Derecho del trabajo*, Madrid, 1984, p. 291.

# Notas sobre el trabajo doméstico

(A propósito de los artículos 1.319, 1 y 1.438 del Código Civil)

Por Francisco de A. GARCIA SERRANO. Notario

SUMARIO: 1. Introducción: derecho histórico y comparado.—II. Atribución. 1. En general.—2. El reparto de atribuciones dentro del matrimonio.—3. Formulación doctrinal del principio: las fuentes reguladoras del reparto: A. El convenio de los esposos. B. Los usos sociales y familiares. C. Las circunstancias de la familia. D. La posición familiar.—4. Esferas externa e interna: A. Relación externa (el principio de atribución promiscua). B. Relación interna (el principio de reparto de atribuciones).—III. El trabajo dentro y fuera del hogar: colisión.—IV. La compensación económica del trabajo familiar: sus fuentes: 1. El convenio de los esposos. 2. La compensación del artículo 1.438 Cc. 3. La pensión del artículo 97 Cc. 4. Otros supuestos de compensación.—V. Subordinación y colaboración en el desempeño de las tareas domésticas.—VI. Trabajos domésticos por asimilación.—VII. Otras cuestiones.

## I. INTRODUCCION: DERECHO HISTORICO Y COMPARADO

El trabajo desempeñado por la mujer en el seno del hogar fue desde antiguo tomado en consideración por la doctrina si bien de forma indirecta y a propósito de otras instituciones. Así, en el derecho intermedio, aceptándose por todos que incumbe al marido la obligación de satisfacer las necesidades de la familia y allegar los medios necesarios para su subsistencia, se justifica la inactividad de la mujer en el hecho de haber aportado dote al matrimonio y —no mediando ésta— en el trabajo que desempeña con su actividad doméstica —*in obsequium viri*— tejiendo, hilando, cocinando, etc. (*Opera obsequiales et officiales*) (1).

En el Derecho moderno los códigos suelen referirse expresamente al trabajo doméstico considerándolo normalmente obliga-

---

(1) De ahí el carácter oneroso que tradicionalmente se dio al acto de constitución de dote, pues se estimó contrapartida de la obligación del marido de atender las cargas del matrimonio. Vid. DELGADO ECHEVARRÍA, «El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña», págs. 323 ss.

ción de la esposa; no obstante se generaliza en otros supuestos haciéndolo incumbencia de aquel de los cónyuges que no realiza actividad remunerada fuera del hogar (2) y en otros finalmente se obliga a ambos —y no sólo a la mujer— a contribuir a las necesidades de la familia y al mantenimiento, educación e instrucción de los hijos «en relación al propio caudal y a la propia capacidad de trabajo profesional o doméstico» (3). Parece por otro lado claro que en los sistemas en que su atribución se encomienda a la esposa, el desempeño de las tareas domésticas constituye un auténtico deber y no una simple obligación moral (4) y su cometido suele excluir la realización por aquélla de una actividad remunerada sobre todo si con ello se ponen en peligro sus deberes dimanantes del matrimonio y para con la familia (5) facultándose al marido a que se oponga, en tales casos, a su desempeño. A veces la posibilidad de que la mujer lleve a efecto dichas tareas se condiciona a su compatibilidad con las propias de ama de casa, y en ciertos supuestos incluso se agrava el papel de la esposa al obligarla a desempeñar —además de sus labores— un trabajo remunerado si el del varón y las rentas de ambos no alcanzan para sostener a la familia y no resulte adecuado a las circunstancias que los esposos gasten la sustancia de su patrimonio (6). Finalmente se dignifica el papel de la esposa al considerarse al trabajo doméstico equivalente al que el marido pueda desempeñar fuera del hogar, determinándose que con su realización aquélla contribuye al sostenimiento de las cargas del matrimonio (7).

## II. ATRIBUCION

### 1. *En general.*

Cabe señalar que las cuestiones suscitadas por la economía doméstica (tanto en su perspectiva interna como en lo concerniente a la relación con terceros) sólo han sido contempladas por los diversos Ordenamientos en fases muy evolucionadas de la vida del Derecho. Como principio cabe desde luego sentar que su atribución a la mujer ha sido tradicionalmente una constante y lo más probable es que, dado el carácter cerrado de las economías primitivas en que el círculo familiar era al mismo tiempo el productor de los medios necesarios para su abastecimiento, la relación con terceros fuera mínima.

(2) Art. 95 de la Ley Austriaca de 1 de julio de 1975.

(3) Arts. 143, 147 y 148 CC Italiano.

(4) Código de Perú: art. 161.—Código de Guatemala: art. 110.—Código Brasileño: art. 240.

(5) Código de Guatemala: art. 113.

(6) Parágrafo 1.360 B. G. B.

(7) Arts. 1.438 del Código Civil español y 1677 del Código Portugués. También artículo 94 de la Ley Austriaca de 1 de julio de 1975.

Sin embargo, la mayor especialización de la economía forzaría en algún momento de la evolución la necesidad de que la mujer contratase con extraños al grupo familiar la adquisición de los medios necesarios para el cotidiano desenvolvimiento, por lo que la doctrina antigua admitirá pronto la validez de los actos útiles (así Antonio Gómez frente al parecer de Llamas Molina), y considera tácitamente aprobados por el marido aquéllos realizados por la mujer para alimentar a los propios hijos. No obstante se trata probablemente de reconocimientos excepcionales que por ello se rodean de cortapisas. Así por ejemplo las Partidas (ley 22, tít. 23, partida I) autorizan a la mujer para donar «pan e vino e las otras cosas que han los omes para su despensa, de aquellas que ha la muger en su guarda segund la costumbre de la tierra bien puede la muger facer dellas merced *mesuradamente* a los pobres segun oviere la riqueza, non menguando en lo que han de cumplir». Y el Fuero de Navarra limitaba la responsabilidad del marido por actos de la mujer hasta el valor de una fanega de trigo o harina para comer en casa; y fuera de este caso hasta el valor de media fanega de salvado (8).

Con carácter general el derecho consuetudinario holandés reconocerá a favor de la mujer una «potestad de las llaves» que la legitimaba para realizar aquellos negocios de la vida cotidiana que se revelaban indispensables para la buena marcha del hogar. Como dice Lacruz en uso de dicha potestad la mujer podía contraer deudas de pequeña cuantía y obligar al marido mediante los contratos de adquisición de los objetos necesarios para su uso personal y el desenvolvimiento de la familia (9) convirtiéndose así de hecho —al menos en las familias de más modesta condición— en auténtica gestora del consorcio.

Sentado lo anterior, los Códigos centrarán sin embargo el enfoque del problema —cuando lo hacen— en la vertiente externa del trabajo doméstico (la llamada usualmente «potestad de las llaves») marginando casi por completo el tema de las tareas puramente domésticas. Sólo muy modernamente esta cuestión viene siendo objeto de tratamiento expreso por los Ordenamientos que, no obstante, suelen limitarse a reconocer a quien lo presta una compensación y a considerarla como auténtica contribución al sostenimiento de las cargas del matrimonio. En lo demás el tema que específicamente nos ocupa ha de regularse en base a los principios generales de igualdad de los esposos (que normalmente se consagra de modo expreso, aun a nivel constitucional), los usos y en buena medida por otros deducidos de la propia regulación de la contratación doméstica y del régimen económico del matrimonio.

Partiendo de cuanto antecede la primera cuestión que se suscita es la de determinar en qué medida deba ser la mujer la llamada primeramente a su desempeño.

(8) Vid. GARCÍA GOYENA «Concordancias...». Comentario al artículo 63.

(9) «La potestad doméstica de la Mujer casada». Ed. Nauta pág. 11.

## 2. *El reparto de atribuciones dentro del matrimonio.*

A) Desde un punto de vista sociológico los autores se agrupan en dos concepciones teóricas principalmente a la hora de determinar los roles que los cónyuges desempeñan en la familia. Para Parsons los papeles del marido y la mujer son totalmente distintos aunque complementarios: los del marido tendrían carácter «instrumental» y se orientan al mantenimiento económico de la familia en tanto que los encomendados a la mujer serían de tipo «expresivo» y se centrarían en las cuestiones internas del grupo familiar, y dado que ambos papeles se estima son incompatibles entre sí, han de adscribirse por separado a cada sexo. En cambio Young analiza la evolución de las familias en las sociedades industriales y señala que su orientación tiende a la equiparación e igualdad entre los esposos. Partiendo de lo dicho crea el concepto de «familia simétrica» en la cual es menor la separación de los cometidos de marido y mujer: de un lado porque la esposa ha ido incorporándose al mundo del trabajo y aporta unos ingresos al hogar; de otro porque el marido pasa más tiempo en aquél y colabora más con la mujer en el desempeño de sus tareas (10).

En congruencia con la evolución apuntada cabe señalar que frente a las Codificaciones de primeros de siglo, en las que se destacaba el principio de jefatura del varón relegando a la esposa a los cometidos exclusivamente domésticos, la tónica general de las modernas reformas —conforme a lo preconizado por Young— es sentar el principio igualitario en tales términos que desembocan en una casi total uniformidad en los respectivos cometidos. Así dice Delgado Echevarría que, en Italia por ejemplo, frente a las propuestas de que el Legislador repartiera las funciones familiares atribuyendo algunas en concreto a la esposa, se opuso autorizadamente que un reparto de tal naturaleza no realizaría el principio de igualdad sino precisamente el contrario (11), pues atribuir a la mujer poderes concretos de ámbito familiar (aunque de hecho y conforme a los usos sean los que viene desempeñando), equivaldría en la práctica a afirmar (por interpretación a contrario) que las restantes funciones vendrían a encomendarse al marido, lo que supondría consagrar la superioridad de éste dentro del matrimonio, extremo éste que —por el contrario— trata cuidadosamente de evitarse. Por eso, el artículo 143 p. 3 obliga a cada uno de los esposos a contribuir a las cargas de la familia en relación a su propio caudal y a la propia capacidad de trabajo, profesional o doméstico; y en Portugal el artículo 1.676 reformado luego de señalar que el deber de contribuir a las cargas de la vida familiar incumbe a ambos esposos afirma que dicho deber puede ser cum-

(10) Vid. Salustiano DEL CAMPO, «Análisis sociológico de la familia española». M. de Cultura, pág. 105.

(11) Vid. DELGADO ECHEVARRÍA, «El régimen de separación de bienes en Cataluña».

plido por cualquiera de ellos mediante la afectación de sus recursos a aquellas cargas y por el trabajo realizado en el hogar o para la manutención y educación de los hijos.

B) En nuestra Patria aunque el tránsito de la concepción de Parsons a la de Young no se encuentra ni mucho menos consolidado, la Constitución sentó el principio igualitario entre los esposos (art. 32) y consecuentemente la e. de m. del proyecto de reforma señala que «... las presente... ha llevado el principio de igualdad... a sus últimas y justas consecuencias... confiriendo a cada uno en el aspecto patrimonial iguales facultades, derechos y obligaciones» de suerte que «... en la sociedad de gananciales (lo mismo por cierto que en los restantes regímenes) ninguno de los dos será superior al otro *ni tendrá atribuidas por la ley concretas facultades o privilegios en cuanto varón o mujer*». Es por ello que el texto reformado permite que «cualquiera de los esposos» pueda realizar aquellos actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia que estén encomendadas a su cuidado «conforme al uso del lugar y las circunstancias de la misma» (artículo 1.319).

En abstracto este planteamiento, que pretende ser derivación del principio de igualdad de los esposos, resulta en buena medida arbitrario pues —prima facie— una cosa es igualar el papel de aquéllos en el matrimonio —lógica consecuencia de los nuevos tiempos— y otra bien distinta «uniformar» los respectivos cometidos, cosa más teórica que real (12). Pues por mucho que lo pretenda el Código aún se considera «normal» que sea el marido quien proporcione los medios necesarios para la subsistencia de la familia y que incumba a la esposa ordenar la vida cotidiana de aquélla, lo que implica —supuesto el acuerdo de principio sobre las grandes líneas constitutivas del «plan de vida familiar»— que sea la mujer quien administre con amplio criterio los fondos que el marido pone a su disposición, realice los gastos necesarios (determinando al mismo tiempo la oportunidad de unos y el aplazamiento de los restantes) y, en buena medida— decida por sí y lleve a efecto cuanto sea necesario para la buena marcha del hogar, desempeñando al mismo tiempo las labores domésticas.

---

(12) Señala BERCOVITZ («Derecho de la Persona». Ed. Montecorvo, pág. 59) que aunque el trato concedido por la ley a marido y mujer sea el mismo, esa igualdad no resulta real, pues se basa en un contexto real de profunda desigualdad, de suerte que en la actualidad sigue aún vigente el papel prácticamente exclusivo de la mujer como reina del hogar, criada la mayoría de los casos, esposa y madre del hombre, gran protagonista de la historia de la humanidad (Vid. M.<sup>a</sup> Angeles GARCÍA, «Igualdad conyugal y conflictos domésticos. Intervención judicial», en RDP, jun. 1978, pág. 495). A. REAL PÉREZ («La discriminación por razón del sexo en las compilaciones de Derecho civil foral», RDP, marzo 1985, pág. 216 ss.) confunde incluso «igualdad» con «uniformidad» hasta el punto de considerar que instituciones como la tenuta, el aixovar, el tantundem (y otras que menciona) son de «mecanismo discriminatorio», pues sólo pueden concederse a favor de mujeres y no de hombres. Y cuestiona incluso su constitucionalidad.

Empero, el llamamiento de «cualquiera de los esposos» para el desempeño de tales cometidos no debe entenderse sinónimo de atribución promiscua de competencias, sino corolario del principio constitucional de la igualdad esencial de marido y mujer. Significaría, como dice Lacruz, que es inadmisibles distinguir entre un papel preeminente de actividad adquisitiva —ordinariamente a cargo del varón— y otro subalterno —de trabajo en el hogar— propio de la mujer; ni mucho menos entre un papel directivo y otro ejecutivo: todas las actividades son igualmente importantes ante la Ley y ésta no favorece la realización de unas más que de otras (13). Pero es que, además, aunque el Código llame a ambos esposos en paridad al desempeño de tales cometidos lo hace diversamente en cuanto a las actividades concretas a realizar, pues la legitimación de cada uno para realizar los actos encomendados a su cuidado se verifica «según el uso del lugar y las circunstancias de la familia» lo que implica que —supuesta la igualdad esencial de los esposos y la atribución común del gobierno doméstico— los concretos cometidos en que éste se substancia se reparten ya entre ellos.

Cabe no obstante destacar que los criterios empleados son de tan escasa fijeza que en la práctica no haya más remedio que prescindir —en la relación con terceros— de la idea de reparto de atribuciones y defender la legitimación promiscua de ambos para la realización de cualquier acto concerniente al gobierno doméstico, relegando a la relación interna entre aquéllos el juego de la existencia de esferas separadas de poder y el remedio a las respectivas inmisiones y extralimitaciones.

### 3. *Formulación doctrinal del principio: las fuentes reguladoras del reparto.*

El principio de reparto de atribuciones no es novedad en nuestro sistema. Así el artículo 48 de la Compilación de Derecho civil especial de Aragón atribuye a la esposa «las facultades necesarias para el buen gobierno del hogar» y la Ley 54 de la Compilación de Navarra faculta a la mujer para disponer y obligar por sí sola los bienes comunes para atender las necesidades ordinarias de la familia encomendadas a su cuidado. También la doctrina se ha venido haciendo eco del mismo y así Sancho Rebullida dice que «... a cada uno de los cónyuges compete un área de actuación individual para atender las necesidades ordinarias de la familia en-

---

(13) LACRUZ («Elementos de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia», página 178). Igualmente, DE LOS MOZOS («La igualdad de los cónyuges y la organización y ejercicio de las potestades domésticas», Documentación Jurídica, vol. monográfico, págs. 103 ss.) subraya que la igualdad no excluye la diversidad y que lo que el artículo 1.319 quiere decir es que cualquiera de los esposos se halla legitimado para el ejercicio de las potestades domésticas gozando ambos ante la Ley de plena paridad de posiciones.

comendadas a su cuidado... lo que implica una distinta competencia en la medida en que sean diversas las necesidades encomendadas...» (14). Y Lacruz señala que el artículo que comentamos «... presupone una diversidad de esferas de competencia de marido y mujer en el ámbito doméstico: un poder propio de cada uno» que juegan «en determinados ámbitos distintos el uno del otro aunque en buena medida sean coincidentes...» (15). Gómez Laplaza por su parte señala con relación al artículo 66 derogado, que el mismo limita la legitimación genérica a la esfera encomendada a cada uno de suerte que —habiendo distinción de competencias— habría de determinarse en cada caso si la actuación de los esposos excedía o no de las actividades que viene llamado a realizar (16). No obstante señala a continuación que probablemente el precepto quiera decir que, sin distinción de esferas, se legitima a ambos esposos para realizar cualquier acto que, eso sí, según el uso del lugar y las circunstancias y posición familiares pueda encuadrarse en las «necesidades ordinarias de la familia», de suerte que, aunque imprecisamente, parece también distinguir una esfera interna (que admite reparto de atribuciones) y una esfera externa en la que juega el principio de atribución promiscua. Pero sobre esto volveremos más adelante.

A) Supuesta por tanto esa duplicidad de esferas de competencia habría que señalar que la primera fuente reguladora de la respectiva atribución es el *convenio de los esposos*. Dice García Cantero que al no estar legalmente determinados los papeles de cada uno de los cónyuges en la familia, el principio de igualdad hace que la Ley no tome partido por uno u otro, de suerte que su concreta determinación se verifica ante todo por lo que los propios esposos —expresa o tácitamente— hayan convenido (17). Desde luego, y como queda apuntado, este convenio será normalmente tácito y se irá forjando a lo largo de la vida matrimonial a consecuencia de una recíproca interacción de iniciativas de una consentidas (o corregidas y limitadas por el otro). Puede intervenir entre los novios antes de casarse y puede también modificarse con posterioridad aunque desde luego no en forma unilateral ni arbitraria. Y probablemente, incluso en el caso raro de que lleguen a documentarse en capítulos, la intrascendencia que el reparto tiene frente a terceros hará ociosa su modificación mediante un nuevo otorgamiento (ex arts. 1.331 y 1.332 C. c.) y sólo serviría para

---

(14) «Comentarios al Código Civil y las compilaciones forales». Tomo II, primera edición. EDERSA, pág. 166.

(15) «Elementos...», cit. pág. 293.

(16) «Supresión de la licencia marital», ADC 1977, pág. 369. También alude a la cuestión en cierto modo la e. de m. de la ley de 1958 cuando señalaba que «si bien es cierto que el sexo por sí solo no puede dar lugar a desigualdades de trato jurídico civil sí a ciertas diferencias derivadas de los cometidos que en ella (la familia) incumbe a sus componentes...».

(17) «Comentarios al Código Civil y las Legislaciones forales» tomo II segunda edición. EDERSA pág. 183.



probar posibles intromisiones de uno en la esfera de actuación inicialmente atribuida al otro.

El convenio tiene una naturaleza peculiar. No es desde luego un contrato pues no cabe hablar de dualidad de partes contrapuestas: las voluntades de los esposos no se entrecruzan sino que convergen paralelas hacia el logro de una finalidad común; la idea de causa —al menos la que define el artículo 1.274 C. c. es desconocida y, en particular los papeles asumidos no son correspondientes de suerte que el abandono que uno haga de sus tareas no legitima al otro para abandonar las suyas. En fin el convenio les vincula sólo a ellos (no a sus herederos, art. 1.257 C. c.) y en principio las infracciones del mismo no son recurribles en vía judicial. A lo que más se asemeja su estructura es al funcionamiento de la junta general de una sociedad: hay voluntades convergentes; tienden a conseguir un interés superior —el interés de la familia— y en caso de «empate» se entiende no adoptado el acuerdo, careciendo ya el marido de «voto decisorio» al haberse consagrado el principio de igualdad. Y al igual que una permanente imposibilidad de tomar acuerdos conduce a la disolución de la compañía, aquel matrimonio caracterizado por la continua disparidad de posiciones no tiene más horizonte que la separación. Repartidos los papeles la semejanza con el funcionamiento de la sociedad continúa: cada esposo asume y ejerce libremente y con amplio criterio, dentro de la esfera de su competencia, su papel; las extralimitaciones sólo son admisibles con la anuencia del órgano superior —aquí la decisión conjunta— y en cierto sentido el deber de información recíproca (en la medida en que sea exigible) juega un papel similar al de la censura de cuentas.

Naturalmente lo dicho viene a ser una mera descripción de escasa trascendencia práctica pues ciertamente las diferencias son enormes y hacen ociosa su especificación. Por último queda claro que el desacuerdo no es susceptible de recurso judicial: en este tipo de relaciones las discrepancias accidentales hay que enmarcarlas dentro del contexto superior de armonía o desarmonía matrimonial; en un matrimonio bien avenido siempre se alzarán la decisión de uno de los esposos para decir la última palabra; y en uno caracterizado por la desavenencia y la incompreensión este tipo de conflictos de tipo menor no serán sino fisuras que en unión de otras terminarán por socavar las bases del matrimonio mismo avocando a su disolución; y —por seguir el paralelismo trazado con las sociedades— en aquellos países en que no se admita el divorcio vincular, los matrimonios caracterizados por la permanente disparidad de criterios subsistirán como aquellas sociedades extinguidas de hecho, pero cuyo asiento no ha sido cancelado: en las páginas de un libro especial (18).

---

(18) LACRUZ, «Elementos...», cit. pág. 112 distingue según el tema específicamente objeto de controversia; en *cuestiones puramente personales* subraya como opinión común la que considera vedada la intervención del juez: la

B) En caso de inexistencia de convenio, expreso o tácito, se atenderá a lo que resulte de *los usos*. Aunque el precepto no es explícito es claro que los usos a que alude son tanto los usos del lugar, relativos a una generalidad (familias de determinada zona geográfica o de cierta clase social o profesional) como los específicamente seguidos por una familia concreta, si bien en este caso tales usos son propiamente manifestaciones de consentimiento tácito. En cualquier caso aquéllos implican modelos de conducta (19) que se sustentan en un conjunto de hábitos y reglas de vida carentes de valor normativo que sirven para delimitar las competencias que debe asumir cada esposo, el grado de colaboración del otro y los medios con que en su desempeño tiene derecho a contar. En su versión propia los usos relevantes son los usos del lugar, referencia ésta que debe estimarse con relación al sitio en que la familia tenga su domicilio aunque por supuesto el uso general valdrá como lozal si en la sede familiar se observa.

La primacía del convenio sobre la atribución usual sirve de paso para resolver múltiples cuestiones que pueden plantearse, sobre todo las derivadas del cambio o pluralidad de domicilios (20). En realidad el papel fundamental que los usos desempeñan aquí es el de elemento interpretativo de la voluntad de los esposos, tácitamente convenida o expresamente manifestada, teniendo en cuenta que el nuevo principio de igualdad en que se asienta la reglamentación del matrimonio en España —y que es aplicable en general tanto a los matrimonios contraídos antes y después de la reforma— parece incompatible con las manifestaciones usuales que exijan asentimiento o consentimiento del otro.

C) Aunque no sean fuente directa hay que aludir al papel que juegan aquí las «circunstancias de la familia» a que expresamente alude el artículo 1.319, 1. Tales circunstancias son tenidas en cuenta por el Ordenamiento a efectos muy diversos: así, por ejemplo, a efectos de donar bienes futuros (necesidad de reservarse el donante lo necesario para vivir en un estado correspon-

---

pareja las resuelve, mejor o peor, o se separa o divorcia. En las *cuestiones no estrictamente personales de la vida conyugal* admite el recurso al juez sobre la base del artículo 67 siempre que entre en juego el interés de la familia, lo que en su opinión presupone que se trate de un asunto de importancia —no baladí— en que la solución propuesta por uno de los esposos o su actitud pasiva sea contraria al interés familiar y también (como piensa Crcu) haya abuso de derecho. Y finalmente, considera regla general el recurso al juez en las *cuestiones puramente patrimoniales*. Sobre otras posibles vías vid. el trabajo de María Angeles GARCÍA «Igualdad conyugal y conflictos domésticos. Intervención judicial», en RDP, junio 1978, que analiza el tema de «lege ferenda». Frente a LACRUZ, PRADA GONZÁLEZ (A. A. M. N., «La patria potestad tras la reforma del código civil») afirma que el juez puede intervenir en cualquier tipo de desacuerdos cualquiera que sea su entidad».

(19) Cfr. CASTRO, «Derecho Civil de España», T. I., pág. 400.

(20) ¿Qué ocurre cuando en una familia haya pluralidad de domicilios? En los cambios de domicilio familiar ¿habrán de observarse los del primitivo domicilio o los del nuevo? ¿Cómo compatibilizar los usos contradictorios de dos lugares distintos en que los esposos hayan establecido sendos domicilios?

diente a sus circunstancias, artículo 634 C.c.); en el artículo 1.894 (gastos funerarios proporcionados a la calidad de la persona), etc. Sin embargo, intuye el Legislador la dificultad práctica de separar nítidamente usos y circunstancias, pues lo normal es que asocie ambos criterios: así, el propio artículo 1.894, se refiere a la calidad de la persona y los usos de la localidad; el artículo 1.382 determina que cada cónyuge podrá sin consentimiento del otro —aunque sí con su conocimiento— detraer fondos del caudal común para el ejercicio de su profesión o la administración ordinaria de sus bienes, siempre que se acomode a «ios usos y circunstancias de la familia»; ser de cargo de la sociedad conyugal las atenciones de previsión «acomodadas a los usos y circunstancias» de aquélla, y también en derecho Foral cabe citar las leyes 54 p. 2 y 134 de la Compilación de Navarra y 9 de la Compilación aragonesa, entre otros.

Ya hemos dicho que frente al convenio y los usos, verdaderas fuentes autónomas del reparto de atribuciones, las circunstancias familiares constituyen un simple dato de hecho que modaliza la atribución realizada conforme a aquéllas, con valor distinto según los casos. Así, dichas circunstancias ceden siempre a lo convenido por los esposos, que pueden regular sus respectivas competencias en tajante oposición incluso a lo que aquéllas demanden y nada impedirá por ejemplo que esposos de un nivel económico social y cultural alto decidan vivir pobremente realizando personalmente los cometidos domésticos más ínfimos; pero desde luego se alzarán como límite a lo que uno de los esposos puede exigir del otro, y así en algún ordenamiento incluso se reconoce a la mujer el derecho a ser mantenida en un nivel de vida acorde al usual en las familias de su posición. Sin embargo, y frente a lo anterior, la atribución de cometidos realizada conforme a los usos es inseparable de las exigencias derivadas de la posición familiar de manera que sólo el convenio de los esposos haría concebible, por ejemplo, que en una familia de alto nivel social se siguieran los hábitos de vida de una modesta familia de campesinos (en que los usos generalmente encomiendan a la esposa la elaboración de buena parte de los productos destinados al autoabastecimiento familiar).

D) La reforma omite el término «posición familiar» sin duda para extirpar cualquier asomo clasista que parece no se conjuga bien con los nuevos vientos de libertad y populismo (21). No obstante este recelo, aparte ser infantil, no tiene en cuenta que la posición de la familia puede a veces diferir de sus circunstancias en cuanto que lo primero determina en buena medida un sello indeleble indicador de un nivel social, de hábitos y de cultura, en tanto que lo segundo puede referirse a una momentánea situa-

---

(21) MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis, «El nuevo derecho de familia. Tomo II, pág. 300.

ción de crisis familiar, de suerte que pese a su expresa omisión personalmente lo considero especialmente vivo y relevante.

El concepto de posición familiar hace referencia al lugar que una determinada familia ocupa en la escala de estratificación social e indica fundamentalmente la pertenencia a una clase y, dentro de la misma, su posición relativa (22); es perfectamente independiente de la propia fortuna familiar (pues el standard en que aquélla se desenvuelve puede rozar el límite de sus posibilidades sobrepasándolo incluso, o quedar por el contrario muy por debajo de aquél); y por supuesto tampoco tiene nada que ver con la fortuna de sus miembros, ya que a estos efectos existe entre aquéllos un cierto grado de comunicación que hace que la posición de la familia se tome por la del conjunto de sus integrantes. Su medida es en buena medida indirecta: no tanto en función de lo que la propia familia determine cuanto por lo que los terceros acepten habida cuenta la fortuna de los miembros de aquélla, la «clase social» de los mismos la situación laboral de sus componentes, su nivel educativo y en general por los actos en que los miembros del grupo familiar exteriorizan el standard de vida en que desean desenvolverse y con arreglo al que quieren ser tratados.

En el tema que estudiamos las ideas apuntadas ejercen un gran papel a la hora de determinar las competencias de los esposos en el desempeño de las tareas domésticas e incluso la misma procedencia de éstas. Así, por ejemplo, los usos, circunstancias y posición de una familia de alto nivel social no sólo no permitirán que la mujer las desempeñe, sino que incluso le darán derecho a exigir del marido el servicio necesario, en tanto que en otras de nivel modesto la misma circunstancia apuntada facultará al marido no sólo a reclamar de la mujer su desempeño, sino incluso a que además colabore con él desempeñando tareas retribuidas para sufragar los gastos comunes. En este sentido se muestran expresamente algunos ordenamientos europeos como por ejemplo Dinamarca, cuya legislación faculta a la mujer a exigir del marido los medios de vida usuales en familias de su condición y el parágrafo 1.360 del BGB sobre el que volveremos más adelante.

#### 4. *Esferas interna y externa*

Evidentemente ninguna cuestión se plantearía si centramos el tema que nos ocupa en la pura realización de las tareas específicamente domésticas (pues fuera del caso límite de adquisición de los medios directamente encaminados a su desempeño no hay relación alguna con terceros). Pero ¿qué ocurre cuando (como sucede en la contratación doméstica) aquella exista?

---

(22) DELGADO, op. et loc. cit., pág. 356.

A) En la *relación externa* la generalidad de la doctrina considera que existe un principio de solidaridad que legitima a cualquiera de los esposos para realizar todo tipo de actos que vayan encaminados a satisfacer las necesidades ordinarias de la vida, aunque de hecho no sean éstas las específicamente «encomendadas a su cuidado». En este sentido señala Delgado Echevarría que «para los proveedores de bienes y servicios de consumo familiar es relativamente indiferente la persona del cónyuge que contrata en cada caso e importa más el grupo familiar que va a disfrutar en común de los bienes y que por tanto debe responder, también en común de su pago» (23). Igualmente, Alvarez-Sala Walter afirma que «... el tercero ha de poder confiar en la aparente legitimación de cada cónyuge para atender las necesidades ordinarias de la familia» y que «... cualquier distribución de funciones ... no trascenderá de la relación interna entre ellos» (24). Lacruz, por su parte, reitera que «esta diversidad de competencias ... es interna, y no podría limitar la posibilidad de actuación «erga omnes» de cada uno de ellos» (25), y Lete del Río y Alvarez Caperochipi consideran de orden público las normas que establecen la responsabilidad de la masa común por los gastos realizados en el ejercicio de la potestad doméstica, lo que reafirma la apuntada irrelevancia frente a terceros de los pactos en contra.

Tal orientación es de todo punto lógica, pues aunque el tercero conozca cuál sea el reparto de funciones establecido por los usos será difícil —cuando no imposible— saber si dicho reparto es acorde con el adoptado por los esposos en función de las propias circunstancias familiares (en virtud de convenio expreso o tácito), que debe prevalecer frente a la atribución usual; además, resultaría contrario a la agilidad del tráfico y a la protección de los terceros que los proveedores tuvieran que investigarla para tener la razonable seguridad de que iban a cobrar el importe de sus créditos. Muy probablemente, por tanto, aún en el caso hipotético de que el reparto de funciones se haya documentado en capítulos, los terceros podrán desconocerlo bien en base a la consideración de que frente a ellos debe primar la atribución promiscua que «erga omnes» establece la Ley, bien por el principio legitimador de la apariencia.

---

(23) Op. et oc. cit. pág. 380.

(24) «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica de matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», RDN, abril-junio 1981, págs. 38 ss.

(25) «Elementos...» cit., fascículo II, pág. 293. También S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA (en «La ganancialidad pasiva», RDN 117-118, 1982, pág. 47) señala que el contenido normal de la potestad doméstica son las atenciones familiares primarias «para las cuales siempre cabe estar legitimado cualquiera de los cónyuges». En el sentido del texto, véase también RUEDA PÉREZ, M. («Efectos patrimoniales de la separación de hecho», R. D. Notarial, abril-junio 1984, págs. 275 ss., en especial pág. 280).

B) *¿Y en la relación interna?*

Supuesta la existencia de sendas esferas de actuación específicas de cada uno de los esposos (independientemente de que a veces en buena medida se superpongan entre sí) cabe que junto al supuesto normal de ejercicio verificado conforme a lo pactado o en su defecto a los usos, existan supuestos de ejercicio anormal bien porque uno de los cónyuges asuma cometidos del otro —extralimitándose— bien porque no desempeñe los propios.

a) Parece claro —supuesta aquella dualidad de esferas de actuación— que el deber de mutuo respeto exige en principio que cada uno de los esposos se abstenga de invadir los ámbitos de competencia inicialmente atribuidos al otro. Desde luego la inmisión en muchos casos será lícita (por ejemplo cuando el otro lo consiente o incluso, independientemente de ese consentimiento cuando lo exijan las circunstancias singularmente por razones de urgencia (26). En muchos casos tales extralimitaciones no sólo no serán objeto de cuestión especial, sino que incluso podrán considerarse como manifestación de cariño y atención al otro, e incluso a veces auténticas exigencias del deber de mutuo socorro. Pero frente a estas actuaciones —perfectamente lícitas— cabe que la inmisión adopte manifestaciones ilegales que en principio pueden agruparse en dos ámbitos distintos:

—En primer lugar son pensables inmisiones culpables verificadas por uno de los esposos que, incompetente para su realización, termina provocando un perjuicio a la sociedad (el marido que compra una partida considerable de alimentos perecederos; la mujer —iletrada y poco reflexiva— que concierta un seguro en condiciones poco favorables, etc.). Este tipo de actuaciones tiene un cierto paralelismo con la responsabilidad que surge del artículo 1.902 del Código Civil y al igual que éste exigen en principio culpa en el agente y daño efectivo a la comunidad familiar. El correctivo —dice Lacruz— actúa en la relación interna entre los esposos, de suerte que el gasto habrá de ser asumido exclusivamente por el responsable, sin que pueda perjudicar al otro, aun-

---

(26) Las situaciones de urgencia merecen una especial consideración para el ordenamiento jurídico, pues influyen en el funcionamiento normal de las instituciones de muy diversa forma: en unos casos es causa modificativa de la competencia normal de autoridades (art. 52), dispensa requisitos exigibles (arts. 52 in fine y 702), determina la adopción de medidas especiales de protección (arts. 181 y 203) y las precipita (art. 145). En otros casos las situaciones de urgencia provocan la creación por el ordenamiento de cauces especiales para posibilitar el ejercicio de unos derechos que por tal motivo no pueden desenvolverse por los normales (así los testamentos en inminente peligro de muerte —art. 700— en tiempo de epidemia —art. 701— y el matrimonio del que se encuentra en peligro de muerte —art. 52—). Por último sirven para provocar el nacimiento de relaciones contractuales (art. 1.781,2) las prorroga (1.718 y 1.737— y pone fin (1.749) y sirve de causa de obligaciones especiales (arts. 389 y 390). En fin, la necesidad de precaver sus consecuencias impone la necesidad de avisar la procedencia de reparaciones (501, 1.559), dispensa el aviso (1.751) o impone tolerarlas en ciertos casos (1.558).

que frente a los acreedores persistirá el régimen específico de responsabilidad del artículo 1.319,2 (27). Para el caso de que tal conducta sea reiterada cabe la aplicación —en régimen de gananciales— del artículo 1.393,2 del Código Civil, pues aunque tales hechos se liquiden en la relación interna no cabe duda que la acción de los acreedores contra bienes gananciales o privativos del otro implica un daño para éste, pues acaso luego— por carecer el responsable de bienes— no pueda resarcirse.

— Cabe también que la inmisión adopte la manifestación de advertencias continuadas e impertinentes sobre el comportamiento de quien las ejerce que supongan trato vejatorio o simplemente desconsiderado. Probablemente sus manifestaciones más graves por infringir el deber de mutuo respeto y por llegar incluso a constituir conducta deshonrosa, puedan erigirse en delito de injurias o dar causa a la separación personal (art. 82,1) e incluso en el matrimonio canónico recibir el tratamiento de las sevicias morales. Incluso podría, por último, originar una responsabilidad por daño moral con fundamento en el artículo 1.902 del Código Civil.

b) La primera fuente del no ejercicio por los esposos de sus propios cometidos es el acuerdo tácitamente adoptado por ellos en tal sentido. Así, ante la falta de idoneidad de uno para desempeñar las funciones que le fueron atribuidas de principio la falta material de tiempo para desempeñarlos con un mínimo cuidado y, en muchos casos por fin, un cierto despego del marido hacen que —éste normalmente— haga dejación de un cierto número de ellas en la esposa que paralelamente las asume (28).

Igualmente debe considerarse perfectamente válida (aunque de hecho será poco frecuente) la dejación expresamente pactada en capítulos, pues aunque tal estipulación parezca contraria a la «igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge» (cfr. art. 1.328) lo cierto es que este inciso lo que probablemente impide tan sólo es pactar «cualquier forma de sumisión personal o limitativa de la propia capacidad» (29); pero no dar cauce a lo que de hecho puede ser una auténtica exigencia de las propias circunstancias familiares, aparte de que un pacto de tal naturaleza no se opone propiamente a la igualdad, sino a la uniformidad de los esposos.

(27) «Elementos...», cit. pág. 293.

(28) Situación esta corriente sobre todo en las grandes ciudades en que por imperativos laborales el marido pasa la mayor parte del día fuera del hogar. Y no se piense que la delegación recae sobre funciones mínimas y colaterales. Salustiano DEL CAMPO (op. cit.) demuestra que la decisión de la compra de objetos caros corresponde en definitiva a la mujer, e incluso subraya el hecho curioso de que en la toma de decisiones la conflictividad es mucho menor cuando la que decide es la esposa (vid., págs. 115 y 121).

(29) LACRUZ, «Elementos...», cit. pág. 328. También GARCÍA CANTERO (op. et loc. cit., pág. 183) dice que «el principio de igualdad jurídica funciona... como límite a la autonomía de la voluntad de los cónyuges en relación con el régimen económico del matrimonio».

Contra lo expuesto estima Lacruz (30) que el poder que concede a cada cónyuge el artículo 1.319 no puede extinguirse por acuerdo de ambos. Esta tesis es válida desde luego en la esfera externa, pues, como expresa el propio autor, los terceros no tienen por qué estar enterados de las convenciones de los esposos y se fían solamente de la apariencia. No obstante no cabría decir lo mismo en la relación puramente interna de los esposos a los cuales un pacto de tal naturaleza les obliga de suerte que aunque su vulneración no afecte a la validez del negocio, sí podría desencadenar el oportuno correctivo en la relación interna, poniendo a cargo de quien actúa indebidamente las consecuencias dañosas de la gestión.

Pero cabe por último que, junto a lo pactado o tácitamente convenido, la fuente del no ejercicio de los propios cometidos sea el abandono injustificado por parte del cónyuge llamado primeramente a desempeñarlos. Al igual que en el caso de las inmisiones parece exigible aquí una conducta dolosa o negligente del cónyuge infractor y que con ello se ocasionen daños al otro cónyuge o a la sociedad conyugal, pues de otra forma la posible acción de aquél tendría mero carácter testimonial.

c) En todos estos casos *¿cuál será el correctivo de este tipo de conductas?*:

— Cabría ante todo pensar la posibilidad de una acción tendente a la simple constatación de los incumplimientos del otro, pero hoy por hoy una acción de este tipo no creo tenga mucha viabilidad en la práctica judicial española.

— Sin perjuicio de lo anterior, cabría defender con Lacruz la posibilidad de aplicar al caso las normas que sobre responsabilidad civil contiene nuestra Legislación, pues la violación supone una culpa a la que son aplicables por analogía las prescripciones por infracción contractual, quedando el incumplidor obligado a prestar resarcimiento al perjudicado. No obstante esta teoría, correcta en su planteamiento teórico, adolece de dificultades prácticas que la harán inviable en muchos casos, y deja sin aclarar si el plazo para la reclamación ha de contarse desde el momento de la infracción o habrá que esperar al momento de la disolución del matrimonio, ni el caso de que las infracciones sean reiteradas, ni si habrá de aplicarse el plazo de un año propio de las responsabilidades extracontractuales o —mejor— el de quince, propio de las contractuales que no tienen plazo especial. Y por supuesto habrían de resolverse las dificultades que ocasiona la cuantificación en dinero de la omisión, la de justificar —lo que no siempre será fácil— la relación de causalidad entre la omisión y el daño, e incluso la de los propios desembolsos.

---

(30) *Elementos...*, cit., pág. 292.



— En otro orden de cosas, ¿podría llegarse a aplicar las normas de separación y divorcio en base a la consideración de que quién así actúa incumple grave y reiteradamente sus deberes conyugales?

Ciertamente hay en el artículo 82 reformado un elenco de supuestos en los que puede ir embebido —como consecuencia— el abandono de la gestión doméstica (tales como la privación de libertad —núm. 3—, el alcoholismo, toxicomanía o perturbación mental —núm. 4— o el cesar la convivencia familiar), pero claro es que en todos estos supuestos aquel abandono se produce indirectamente y en la medida en que se den las circunstancias exigidas por cada uno de los respectivos apartados. El problema estriba en determinar si dicho abandono puede erigirse «per se» en causa autónoma de separación, y por su conducto, de divorcio, estimando que estamos ante una violación «grave o reiterada» de los deberes conyugales, en los términos del núm. 2 del precepto.

Dice Lacruz (31) que en la 38 Jornada de los Juristas Alemanes celebrada en Frankfurt en 1950 la posible solución afirmativa fue muy criticada por la señora Rbstein Mertzger, quien —admitiendo que forme parte de la propia naturaleza de las cosas que la mujer desempeña la gestión doméstica— considera inoportuno que a esa dedicación se le dé el especial relieve y sentido de un auténtico deber, pues, al infringirlo, estaríamos ante una infracción de deberes conyugales que evidentemente jugaría un notable papel en un proceso de divorcio, cuestión que hoy se plantearía también para el varón respecto de aquellas necesidades «encomendadas a su cuidado». La cuestión es grave, pues aparentemente impera hoy en nuestra Patria un criterio de tal amplitud en la interpretación del artículo citado que no habría gran dificultad en llegar a considerar tales infracciones (sí no por graves sí por reiteradas) como causa de separación y divorcio (32). Para evitarlo cabría por el contrario defender la tesis de que los «deberes conyugales» a que el precepto alude son los que como tales determina la Ley, esto es, lo de mutuo respeto y ayuda, vida en común, fidelidad y mutuo auxilio, pues de otra forma la subsis-

---

(31) «La potestad doméstica...» cit.

(32) Así GARCÍA CANTERO («Comentarios...», cit. pág. 277) señala que la dición del artículo permite acoger prudentemente otros hechos no tipificados en la norma, que se convierte en una verdadera *cláusula generalis*. Y LACRUZ («Elementos...», pág. 220) entiende que la expresión «deberes conyugales» ha de entenderse en sentido amplio señalando que no puede contraerse a los enunciados en los artículos 67 y 68, ni siquiera a los que se derivan en su caso del régimen de bienes del matrimonio, patria potestad, etcétera, sino también a aquellos otros que inequívocamente incluyan las concepciones sociales y sobre todo morales. Y siendo las notas de reiteración y gravedad alternativas, la reiterada infracción de deberes conyugales leves podría ser estimada causa de separación.

tencia del vínculo matrimonial quedaría supeditada a la alegación de cualquier infracción aún pueril, con tal que fuera reiterada (33).

En esta línea, la Jurisprudencia menor ha dado en alguna ocasión especial relevancia al abandono de la gestión doméstica, pero en concurrencia con otros hechos que ponen de relieve una situación de grave desarmonía conyugal. Así la sentencia de 14 de abril de 1982 del Juzgado de primera Instancia número veinticuatro de Madrid subraya que «cuando el esposo niega a la esposa la normal administración de la economía doméstica en cuanto se refiere a las necesidades cotidianas, entendiéndose directamente con la empleada del hogar y postergando expresamente ante ella a la esposa, realiza salidas nocturnas a establecimientos de juego regresando al hogar a altas horas de la noche ... se suscitan altercados entre ellos hasta el punto de abandonar la esposa el dormitorio conyugal ...y resulta acreditado que la esposa muestra un creciente desafecto al esposo... «la conducta recíproca de los cónyuges no es acorde con el deber de respeto y ayuda que sanciona el artículo 67 y son motivos suficientes para decretar la separación entre aquéllos. Y en la de 30 de octubre de 1981 de la Audiencia Territorial de La Coruña se considera «injuriosa y vejatoria» la conducta del marido que señala como domicilio del matrimonio la casa de sus padres, en la cual la directora del hogar doméstico fue no la demandante sino su madre política quien con su manera de ser se interfiere continuamente en el hacer conyugal, y culpa de esa situación al marido, al permitir esa erosión al contenido del matrimonio. En conjunto parece deducirse de la Jurisprudencia menor que he tenido ocasión de manejar, un principio de *favor matrimonii* frente al que no han de prevalecer infracciones leves aunque reiteradas, sino en la medida en que revelan una ostensible situación de crisis matrimonial manifestada en múltiples infracciones a deberes diversos.

---

(33) Bastaría en efecto incluir en capitulaciones cualquier pacto —incluso nimio— para alegar su infracción reiterada como causa de separación. Por ello precisamente pienso que lo dicho puede servir de piedra de toque para abandonar la tesis de amplitud que poco a poco parece abrirse paso en la doctrina y que por lo demás contrasta con la estabilidad del matrimonio y con la protección que por imperativo constitucional debe prestársele. En este sentido una S. de la Audiencia Territorial de Madrid de 14 de junio de 1982 subraya que la institución matrimonial «... debe mantenerse a toda costa cuando no existan motivos serios, probados y trascendentes que supongan el acabamiento de aquella unión y armonía y mientras aquella rotura no se produzca con tales caracteres decisivos y expresivos de la imposibilidad de la paz matrimonial no puede aconsejarse su disolución». En el mismo sentido del texto DELGADO ECHEVARRÍA «La transformación del derecho de familia y la formación del jurista. Matrimonio y Divorcio» en «El nuevo régimen de la familia». Ed. Civitas I pág. 12.

### III. EL TRABAJO DENTRO Y FUERA DEL HOGAR: COLISION

A. Supuesta la normal atribución a la mujer del desempeño de las tareas domésticas, cabe al mismo tiempo destacar el escaso grado de participación por aquélla en las tareas «productivas» (Salustiano del Campo cifra en un 70,8 por ciento el número de españolas dedicadas exclusivamente a «sus labores»), lo que, por otra parte, no suele ser ni un lujo ni una manifestación de su preparación profesional ni siquiera el deseo de realizarse o independizarse (hoy tan en boga), sino una auténtica necesidad (34). De hecho el grueso de la fuerza de trabajo femenina se recluta entre las clases medias-bajas donde el trabajo extradoméstico es a pleno tiempo y requiere un esfuerzo más duro en muchos aspectos (35). Sólo más recientemente y a niveles más elevados de renta y cultura el trabajo de la mujer es auténtica fuente de realización personal al par que de considerables ingresos.

Sin embargo, el reparto de los respectivos roles no puede ser rígido en épocas de crisis en las que —en último extremo— el papel de «proveedor» ha de desempeñarlo no ya el cónyuge más capacitado, sino simplemente aquel a quien ha sido posible encontrar un puesto de trabajo (por cierto cada día más escaso), de suerte que el otro ha de asumir dentro del hogar funciones a las que en principio no está llamado, pero que se ve forzado a desempeñar. Es por ello que las Legislaciones por lo común no suelen encomendar específicamente a uno de los esposos en concreto el desempeño de las tareas domésticas bien que, por el contrario, aquellas que contiene alguna precisión sobre el punto suelen llamarlos a ambos «según sus posibilidades» (36). Omitir toda referencia al tema quiere decir, por tanto, que el Legislador acepta sin más el reparto de papeles usualmente admitido, o que lo sea en el futuro por la sociedad y, preferentemente, el que los esposos expresa o tácitamente hayan aceptado incluso en tajante oposición al que —conforme a las reglas sociales vigentes— puede considerarse «normal». Con este criterio se deja a la libre dinámica social la determinación de cuál de los esposos deba verificarlas y, paralelamente, el grado de colaboración del otro y los medios que aquél tenga derecho a exigir en su desempeño que son en principio los propios de las familias de parecida condición.

Por otro lado, y pese a la sede del artículo 1.438 del Código Civil, cabe decir que el desempeño —ordinariamente por la esposa— de su trabajo doméstico implica en todos los regímenes matrimoniales, y no sólo en el de separación, una efectiva contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio. Ciertamente dicha contribución no puede medirse en términos económicos en la misma forma que si del trabajo de una asistencia se trata-

(34) Salustiano del Campo, op. cit., pág. 136.

(35) AMANDO DE MIGUEL «Manual de Estructura social de España» pág. 286.

(36) Así en Bélgica el artículo 221 reformado.

se, pero queda fuera de dudas que lo es real y efectivamente, pues facilita a los demás miembros de la comunidad familiar el desempeño de sus propias tareas, les evita preocuparse de infinidad de contingencias de la vida diaria —que aquélla resuelve— y por supuesto trasciende también al plano puramente económico, pues al fin y al cabo el buen orden en la gestión doméstica no sólo evita daños a la comunidad, sino que constituye fuente indirecta de lucros.

B) Cuando el Código regula las cargas y obligaciones de la sociedad conyugal prevé el supuesto normal de que en el consorcio haya bienes suficientes con que atenderlas y en su defecto (o tratándose de régimen de separación) se infiere la responsabilidad de cada uno con sus bienes privativos de suerte que si la esposa careciera totalmente de dichos bienes, por desempeñar su trabajo en el seno del hogar y carecer de medios de fortuna, el precepto citado le sirve en principio de exculpación: ya cumple con su trabajo doméstico.

Ahora bien, ¿debe la mujer agotar así su contribución a las cargas del matrimonio (caso como digo de no tener bienes propios) o está obligada a asumir —además— una actividad remunerada?

Parece relativamente claro que en una situación en que los ingresos de la familia no basten para mantener el nivel de vida artificialmente impuesto lo lógico será reducir ese nivel, pues mantenerlo sólo será posible multiplicando el esfuerzo productivo del esposo o recurriendo al endeudamiento continuado. Pero esta formulación, válida en muchos casos, no puede plantearse en los mismos términos cuando se trata de una familia cuyo standard de vida sea tan elemental que su reducción la sitúe a niveles termundistas. Fundamentalmente para tales casos, en que el endeudamiento además acaso tampoco sea posible, ni tampoco fácil que el marido realice otras tareas, el BGB dispone que la mujer deberá obtener un trabajo remunerado cuando la fuerza de trabajo del varón y las rentas de los cónyuges no alcancen al mantenimiento de la familia, y tampoco sea adecuado a las circunstancias que los esposos gasten la sustancia de su patrimonio» (parágrafo 1.360).

En este precepto, como puede verse, la última tabla de salvación de la economía familiar es el trabajo de la esposa y la propia sustancia de los respectivos patrimonios cuyo consumo, por «adecuado a las circunstancias», requiere previa valoración de éstas, lo que no admite fórmulas generales. Así, por ejemplo, en situación de grave crisis familiar será normalmente adecuada la venta de la residencia veraniega, aunque puede no serlo si por prescripción médica alguno de sus miembros ha de pasar en ella ciertos períodos de descanso para aliviar una enfermedad; y a su vez esta misma circunstancia puede llegar a ser irrelevante cuando los fondos sean imprescindibles para atender una necesidad más urgente o de mayor gravedad. Lo mismo cabría decir de la

enajenación del automóvil (que puede no ser adecuada si constituye fuente principal o complementaria de los ingresos familiares, o al menos es imprescindible para su obtención), y otros semejantes.

En nuestra Patria una Sentencia de 15 de marzo de 1962 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo consideró «derecho y deber» de la esposa el de completar o aun suplir la carga del marido cuando sus medios económicos se lo permitan y los de éste sean insuficientes o nulos, e igualmente «... y en cuanto sea compatible con sus peculiares limitaciones por razón del sexo, mediante su trabajo fuera del hogar cuando el varón se encuentre enfermo o incapacitado» (37). Esta solución es probablemente la que mejor se adapta al sentir tradicional de la familia española en que de hecho la mujer sólo en casos extremos desempeña una actividad retribuida fuera del hogar, pero se complica un punto con el deber que los hijos tienen de contribuir equitativamente y según sus posibilidades al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella (art. 155,2), pues cabría cuestionar si el deber de aquéllos es anterior al de la esposa o han de desempeñarse uno sin perjuicio del otro. El Legislador, con buen criterio, ha dejado la solución del problema al acuerdo de los esposos, quienes deberán por tanto fijar de consumo el plan familiar ante la crisis, la procedencia o no de reducir el nivel de vida fijado anteriormente y la conveniencia de proceder o no a enajenar los activos patrimoniales, marcando por supuesto el orden a seguir y las circunstancias de la enajenación. Claro es que en la tesitura de que la mujer deba desempeñar un trabajo remunerado, su negativa no podrá suplirse «in natura», pero en tal caso su conducta muy probablemente pueda constituir infracción grave del deber de mutuo socorro y erigirse en causa de separación, al menos en aquellos casos en que se aprecie una necesidad extrema.

C) Frente al supuesto anterior, que en cierto sentido debe considerarse como límite, cabría también plantearse en qué medida la esposa —que voluntariamente ha asumido el papel de ama de casa— pueda libremente abandonarlo a desatenderlo para ejercer una actividad extradoméstica retribuida o no (38). La cuestión no es desdeñable, pues se trata en el fondo de evitar la colisión entre el «derecho al libre desarrollo de la personalidad y los derechos inviolables que le son inherentes» (art. 10,1 de la Constitución) y —como dije— el papel asumido por la esposa en el repar-

---

(37) Nótese que la Sentencia está dictada por la Sala de lo Social y es además un razonamiento dictado incidentalmente (obiter dictum) en la segunda sentencia por lo que su valor como doctrina legal es nulo.

(38) Con todo advierte Amando de MIGUEL (op. et loc. cit. pág. 287) que hoy por hoy —el libro es de 1974— el trabajo del ama de casa se produce cuando se acumula más necesidad económica. «El servicio doméstico no «libera» a las señoras para ponerse a trabajar».

to de competencias acordado, que no admite sea arbitrariamente alterado por uno de los cónyuges.

En un sistema en que la realización por la esposa de un trabajo fuera del hogar dependa de la autorización del marido, el problema queda resuelto en buena medida: si aquélla es irrevocable porque el esposo, al concederla, debió sopesar los posibles inconvenientes de su decisión y, pues la otorgó, queda obligado por sus propios actos. Si por el contrario se admite la posibilidad de revocar con justa causa la inicialmente concedida, porque sería el Juez quien en definitiva habría de resolver, ponderando los intereses en conflicto y decidiendo consecuentemente en aras del supremo interés familiar lo que considerase oportuno (39). En los sistemas en que por último quepa al marido la posibilidad de denunciar el contrato celebrado por la mujer, ni que decir tiene que el conflicto no llegaría siquiera a plantearse (40).

a) En el *Derecho comparado* ciertos sistemas intentan resolver el problema obligando a la mujer a compatibilizar en la medida de lo posible dichas labores (así ocurre al parecer en el Código de Guatemala o en el Código de Familia de Cuba). En otros, por el contrario, reconociéndose a ambos esposos la posibilidad de ejercer una profesión sin necesidad del consentimiento del otro, facultan —a éste— si considera que con dicha actividad se lesionan sus intereses morales o materiales, o los de los hijos, el derecho de acudir al Juez para que éste, si lo estima oportuno, pueda supeditar el desempeño de aquélla a la modificación del régimen matrimonial, lo que por cierto no procede cuando la actividad «incompatible» consiste en el desempeño de funciones públicas (artículo 216 del Código Civil Belga). Pero en la generalidad la cuestión no llega a plantearse, reconociéndose el derecho de cualquiera de los esposos al desempeño de una profesión sin consentimiento del otro.

b) *Derecho español*: En nuestra Patria no existe disposición alguna que expresamente resuelva la cuestión. De ciertas disposiciones como el D. de 20 de agosto de 1970 y el RD de 11 de abril de 1980, y del tenor incidental de la Sentencia de 15 de marzo de 1962 antes citada podría estimarse que nuestro Legislador se inclina por el criterio de la compatibilización, pero sin duda se trata de una interpretación apresurada. Las citadas disposiciones contienen normas tendentes a facilitar a la mujer el desempeño de una actividad remunerada con las propias de ama de casa, pero es claro que no la obligan a adoptarlas y que en ningún caso la vinculan:

---

(39) Así en Suiza. Vid. BOSCHAN, «La equiparación jurídica del varón y la mujer en el derecho matrimonial europeo», RDP.

(40) Así ocurría en Portugal al amparo de la legislación derogada con respecto a las actividades lucrativas de la mujer no consistentes en el desempeño de una función pública o profesión liberal (art 1.676) lo que supone una nota curiosamente clasista.

en último extremo su decisión de ejercer una profesión «incompatible» prima sobre las facilidades del sistema que la mujer puede desconocer.

Otra posible solución estaría en la aplicación del artículo 70 que para un caso de menor gravedad, cual es la fijación de domicilio, autoriza al Juez a resolver a falta de acuerdo lo que estime conveniente, teniendo en cuenta el interés de la familia, pero parece claro que el precepto es inaplicable al punto que estudiamos pues aunque acaso la mayor fuente de conflictos sobre la fijación del domicilio conyugal radique en el ejercicio por los esposos de actividades económicas en lugares diversos, los intereses en conflicto —que en el artículo 70 autorizan la intervención judicial sin más límite que el interés familiar— no la autorizan aquí en modo alguno. El artículo 70 parte de la existencia de un conflicto meramente fáctico; en el supuesto que estudiamos por el contrario los intereses en juego trascienden a nivel superior, pues frente a la pretensión del marido de que se mantenga el «status quo» precedente, la mujer puede oponer los principios del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la Constitución) y la no discriminación por razón de sexo (art. 14) que en principio deberían primar frente a aquél. Supuesto esto el tratamiento de la infracción del reparto de tareas sería en principio el mismo que el de una infracción contractual y, puesto que no sabe la reparación «in natura», no hay más remedio que poner a cargo del obligado los medios necesarios para suplir su desatención del papel inicialmente asumido.

#### IV. LA COMPENSACION ECONOMICA DEL TRABAJO DOMESTICO: SUS FUENTES

##### 1. *El convenio de los esposos*

La primera de las posibles fuentes de remuneración económica del cónyuge que desempeña las tareas domésticas está en el propio acuerdo de los esposos. Dice Delgado Echevarría que antiguamente era costumbre en Cataluña señalar a la mujer en capítulos una pensión anual para los gastos de su persona, normalmente con cargo a las rentas de la dote, lo que constituía el denominado «pacto de alfileres». Al parecer en unas que se conservan en el Archivo Notarial de Barcelona, otorgadas en 1751 entre el noble don Antonio de Vega Copons y Oluja y doña Josefa de Sentmenat y de Ribera se señaló a ésta la suma de 150 libras anuales para «aguja y demás de su agrado»; y en la Sentencia de 26 de noviembre de 1862 se discute sobre la base de unas capitulaciones otorgadas en 1814 en que el Marqués de Lugros se comprometía a abonar a su futura esposa —Marquesa de Bogaraya— 500 ducados anuales para destinarlos a cualquier tipo de gastos personales que tuviera por con-

veniente. También se discute sobre «alfileres y gastos de cámara» en la de 15 de abril de 1890 (41). En la actualidad Cerdá Gimeno (42) se hace eco de alguna estipulación capitular que prevé un salario a la esposa como retribución de su trabajo doméstico, supuesto que no duda en calificar de «pintoresco», pues ciertamente —al menos en lo que conozco— el tema (como en general el de los gastos domésticos y frecuentemente el de la contribución a las cargas) es totalmente desconocido por la práctica notarial española, bien que pueda tener acogida al amparo del amplio principio de libertad de estipular existente en nuestra Legislación.

## 2. *La compensación del artículo 1.438 Cc.*

Aparte la compensación que pueda resultar de lo expresado, en los regímenes de ganancialidad y en principio en el de participación, el trabajo de la casa no atribuye más derecho que el que resulte de la distribución de los beneficios provenientes de la liquidación de la sociedad conyugal si aquélla es positiva, lo que por definición no puede darse cuando se trata de un régimen de separación en que de hecho la mujer ni siquiera podría disponer libremente de las pequeñas economías de su gestión. El tema de la compensación «legal» del trabajo doméstico —para ser completo— debería por tanto contemplar los casos de liquidación negativa de sociedad conyugal —cuando ésta existe— y preverla en los casos en que el matrimonio ha funcionado en régimen de separación. Sin embargo nuestro legislador, acaso partiendo de que siempre habrá algún remanente que repartir, y probablemente también por el hecho de que si la liquidación es negativa la «contribución con trabajo personal» en la contribución a las cargas se ha agotado de la misma forma que los recursos suministrados por el marido, sólo contempla el tema en sede de separación y así el artículo 1.438 reformado reconoce al cónyuge que las desempeña el derecho a obtener una compensación económica que el Juez señalará a falta de acuerdo, a la extinción de aquél.

La redacción del precepto modifica la del Proyecto (43), pues al parecer en éste sólo se originaba la compensación cuando el obligado se hubiera enriquecido durante el matrimonio, lo que dejaba fuera de su aplicación los casos de que aquél hubiera mantenido una fortuna similar (aunque fuera considerable) o se hubiere incluso empobrecido (con independencia de que la causa de di-

---

(41) DELGADO ECHEVARRÍA op. et loc. cit., pág. 373, nota 11.

(42) «Las capitulaciones matrimoniales tras la reforma de 1981», en Documentación Jurídica, Enero-diciembre 1982, vol. I, pág. 252. Evidentemente y con independencia de capítulos la retribución podrá seguir otras múltiples vías ya sin las limitaciones anteriormente existentes para las donaciones entre cónyuges.

(43) Vid. GARRIDO CERDÁ, «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro» en AAMN tomo XXV pág. 165.



cho empobrecimiento hubiera sido el sostenimiento de la familia o un hecho ajeno al mismo). En la actualidad, por el contrario y desaparecida tal limitación, es el simple desempeño de tareas domésticas el origen de la prestación compensatoria, independientemente de la cuantía y las posibles oscilaciones de la fortuna del obligado, y con relación al mismo cabe decir:

a) El Código se remite en cuanto a su fijación ante todo a lo que los cónyuges estipulen, siendo aquellos absolutamente libres para determinar la procedencia o no de la compensación, la cuantía de ésta y la modalidad concreta que aquélla deba revestir (bien se trate de una suma alzada, de una cantidad fijada por años, bienes concretos, el usufructo de los mismos, el pago de una renta o pensión periódica, etc.) De igual libertad goza el esposo acreedor para renunciar a su percepción (en el momento de la disolución o después, nunca antes) (44). Por lo demás se trata de una declaración negocial de voluntad que podrá ser impugnada por los vicios de que pueda adolecer según la teoría del negocio jurídico.

b) En caso de disconformidad de los esposos sobre alguno de los extremos indicados es cuando procede el recurso al Juez, siendo opinión de Lacruz que el procedimiento a seguir será el establecido para la Jurisdicción voluntaria (45). Desde luego está fuera de dudas que el Juez carece de la misma libertad que debe reconocerse a los esposos. Por de pronto no parece que entren dentro de sus atribuciones privar de aquélla a la esposa (pues los términos del precepto están redactados en términos claramente imperativos) y probablemente tampoco pueda acordar otra cosa que una suma de dinero (por ser esta la medida común del valor de las cosas); en particular no podrá sustituirla por una «pensión» (pues la redacción del artículo es bien distinta de la del artículo 96) ni menos por la constitución de una renta vitalicia o el usufructo de determinados bienes ya que la procedencia de estas modalidades sólo cabe —en el supuesto del artículo 96— cuando los esposos libremente lo decidan. Carecerá por último de la misma libertad para la fijación de su cuantía, pues habrá de ponderar la duración misma del matrimonio, las circunstancias en que la esposa haya desenvuelto su actividad el hecho de que ésta haya incluso abandonado una carrera o estudios para dedicarse al hogar y otros semejantes. Lacruz dice que hay que tener en cuenta además si el cónyuge que provee a la familia de medios pecuniarios gasta la totalidad de sus ingresos en la vida familiar o si por el contrario, reduciendo el nivel de vida de ésta, obtiene importantes ingresos que guarda para sí, pues parece evidente que en el primer caso el gestor doméstico está —si no suficientemente— sí relativamente bien retribuido, mientras que en el segundo podrá llegar a estar —o al menos sentirse— también relativamente defraudado.

---

(44) Así expresamente lo reconoce el derecho austriaco.

(45) «Elementos...» cit. pág. 127.

Por eso afirma que «aun cuando el marido hubiera conseguido ahorrar un capital muy importante difícilmente podrá reclamar una compensación por su trabajo doméstico la mujer que vivió a muy alto nivel, gastó en trajes o en joyas, realizó viajes a países lejanos y tuvo en la casa servicio abundante...» (46) (Claro que en tales circunstancias resulta difícilmente concebible que la mujer haya verificado tarea doméstica alguna).

c) Cuestión no resuelta es si podrá imponerse una compensación a cargo del obligado (normalmente el marido) cuando a la hora de disolverse el régimen careciera de medios de fortuna pues, supuesto que en ese momento le será imposible satisfacerla, siempre cabe que llegue a mejorar su situación en el futuro y deba entonces verificar su pago (art. 1.911 Cc.). Como antes apuntábamos, el artículo 1.438 no condiciona la procedencia de la compensación a que el obligado se haya enriquecido durante el matrimonio. Es más, el cambio con relación al Proyecto parece indicar que es perfectamente independiente su procedencia con el hecho de que la fortuna de aquél, lejos de incrementarse, haya disminuido o incluso desaparecido. A mi juicio, para resolver la cuestión habría que distinguir según los casos: si se demuestra que el marido, que proporcionó a la esposa un nivel de vida acorde a su propia fortuna, se ha empobrecido precisamente sufragando las cargas familiares, quedará exonerado de toda compensación, pues —como dice Garrido Cerdá— en dicho supuesto habrá que considerar también, como contrapartida, que el trabajo doméstico ha tenido que ser igualmente asumido por ese levantamiento de cargas (47). Por el contrario, si la ruina del esposo se debe a hechos independientes habría de seguirse la tesis de Lacruz y discriminar si la mujer gozó o no de un nivel acorde con la fortuna de aquél para negar (o al menos reducir) la cuantía de la prestación en el primer caso y afirmarla en el segundo.

d) Destaquemos, por último, que pese a que el precepto no distingue, la compensación del artículo 1.438 no procede en todos los casos de extinción del régimen de separación. No procede en primer lugar cuando aquélla se produce por muerte de uno de los esposos (que extingue el matrimonio y con ello el régimen económico matrimonial), pues de otra forma se introduciría con ello un derecho hereditario forzoso no específicamente previsto por el Legislador, de cuantía imprecisa, discriminador (según el régimen económico del matrimonio) y probablemente fruto de una imprevisión legislativa que no puede llevarse a sus últimas consecuencias; a estas razones habría que añadir —si la que fallece es la esposa— que con ello se retribuiría a sus herederos, siendo así que la compensación que analizamos parece *intuitu personae*. Por otro lado es muy dudoso que proceda cuando la extinción del régimen

---

(46) «Elementos...» cit. pág. 123.

(47) Op. et loc. cit. pág. 166.

de separación se produzca por adoptarse otro distinto —normalmente el de gananciales o el de participación—, pues en tales casos el cónyuge tiene ya el derecho a participar en las ganancias, con lo que queda ya retribuido, al menos en principio. Con todo lo más probable es que a la hora de pactar el nuevo régimen se contabilice la compensación que se acuerde como una partida del pasivo de la sociedad a favor del cónyuge que lo desempeña (48). En realidad el campo propio de actuación del artículo parece centrarse en los casos en que la disolución del régimen tenga su origen en la declaración de nulidad del matrimonio o el divorcio de los cónyuges, lo que conlleva el tener que analizar en qué medida esta compensación se engloba en la que dimana del artículo 97, prevista específicamente para tales casos.

### 3. *La pensión del artículo 97 Cc.*

El artículo 97 reformado, que sigue casi a la letra el 272 del Código Francés, prevé una compensación económica del trabajo familiar que, a diferencia del supuesto anterior, es común a todos los regímenes matrimoniales, procediendo en todos los casos de divorcio y separación y en los de nulidad sólo en los términos del artículo 98. No obstante, en este precepto la retribución del trabajo familiar es sólo indirecta, pues la «dedicación pasada o futura a la familia» es simplemente uno de los criterios a considerar cuando aquéllas situaciones originen el desequilibrio económico de uno de los esposos respecto del otro en términos que impliquen un empeoramiento de su situación respecto a la disfrutada durante el matrimonio, de suerte que si dicho desequilibrio no se produce nunca llegará a tomarse en consideración por esta vía la prestación del trabajo familiar. Queda claro por tanto la diversa «ratio» de ambos preceptos, pues uno retribuye directamente el trabajo doméstico en tanto que el otro sólo lo contempla como criterio a considerar en caso de desequilibrio económico.

Esta diversa «ratio» explica también alguna de las diferencias de régimen existentes entre ambas figuras, sobre todo la necesidad de actualizar la pensión del artículo 97 en relación a las alteraciones de fortuna (pues tales alteraciones aumentan o atenúan el grado de desequilibrio que la pensión tiende precisamente a evitar), y también —como corolario— que la del artículo 97 revista siempre el carácter de una obligación duradera de cumplimiento periódico, mientras que la del artículo 1.438 pueda revestir otras modalidades. No obstante y pese a tratarse de dos figuras distintas parece necesario optar por una de aquéllas a fin de evitar el posible solapamiento de ambas. En esta línea, dice Lasarte que

---

(48) Así LANZAS GALVACHE, «El régimen de participación», R.C.D.I. 1983, número 558, págs. 1146 y 1147.

la solución prevista en el artículo 1.438 se adapta mejor al carácter indemnizatorio que debe revestir la compensación por el trabajo doméstico al articularse como una cantidad a tanto alzado y no como renta periódica (en mi opinión al menos como supuesto normal). Lógicamente cuando se opte por la vía del 1.438 se excluye automáticamente la posibilidad de repercutir la actividad doméstica desempeñada en la cuantía de la pensión del artículo 97 (49), que sólo debe considerar los restantes criterios.

#### 4. *Otros supuestos de compensación*

Aparte lo dicho existen disposiciones que, dictadas sin duda para otro propósito, pueden ser relevantes para el caso que estudiamos. Así, por ejemplo, cabría citar en cierto sentido el esponsalicio o excrei que el marido constituye en atención a las condiciones personales de la mujer (arts. 44 y siguientes de la Compilación Catalana) o la soldada del cabaler a que se refiere el artículo 43 de la misma. También en algunos ordenamientos extranjeros existen disposiciones que podrían citarse como ejemplo más o menos directo, pero lo cierto es que en la mayoría de los casos no son auténticos supuestos de retribución del trabajo de la mujer pues ésta no puede disponer de aquéllas a su albedrío, sino precisamente para atender necesidades familiares (50).

### V. SUBORDINACION Y COLABORACION EN EL DESEMPEÑO DE LAS TAREAS DOMESTICAS

#### I

A) En nuestro Derecho histórico las disposiciones concernientes al servicio doméstico son relativamente abundantes. Prescindiendo de más remotos antecedentes podemos señalar que la Novísima Recopilación determina la libre enseñanza y trabajo de mujeres y niñas «en todas las labores propias de su sexo sin embargo de las Ordenanzas de los Gremios» (51), ocupándose de las penas «del que hiciere fornicio con la sirvienta o doncella del señor en cuya casa vive...» (52) y del «criado que la hiciere con muger, criada o sirvienta de la casa de su amo» (53). «Porque del abuso y exceso de los criados, alhajas y adornos de las casas... se han experimentado muchos daños... son relativamente frecuentes las disposiciones en-

---

(49) LASARTE, en «Matrimonio y Divorcio», «Comentarios al nuevo título IV del Código Civil», ed. Civitas, 1982, págs. 760 ss.

(50) Así, por ejemplo, al parecer en Chile: artículo 1.720 Cc.

(51) L. 14, tít. 23, lib. 8.

(52) L. 2, tít. 29, lib. 2.

(53) L. 3, tít. 29, lib. 2.

caminadas a limitar su número (54) y, sin duda por razones de moralidad, se «... prohíbe a las mugeres públicas... tener escudero ni criados menores de cuarenta años» (55). El elemento de confianza propio de esta relación determina que una Pragmática de Felipe II de noviembre de 1565 disponga que «... ninguna persona sea osada de comprar ni compre de criado o criada que sirviere a otro, cosas de vianza y comer, ni cebada, ni paja ni leña y otras cosas de servicio y alhajas de casa; y el que las comprare en qualquier manera que sea habido por encubridor de hurto...». Por igual fundamento la ley 1, tít. 16, lib. 6, determina por último que el criado despedido de su señor no pueda sin su licencia pasar a servir a otro en el mismo lugar o sus arrabales.

De la relación de trabajo propiamente dicha el Ordenamiento se ocupa fundamentalmente de establecer ciertas exigencias de apariencia exterior (pues se manda a los ministros inferiores prendan a los lacayos, cocheros y mozos de silla o caballos —aun de casa Real— que fueren hallados sin librea o con traje que les haga desconocidos) (56) y se determina en tres años el plazo de prescripción de la acción para reclamar sus salarios, a contar desde el momento en que fueron despedidos (57).

Son, en cambio, numerosísimas las estipulaciones contractuales públicas que fijan el contenido de las relaciones entre amos y criados (58). Dichos pactos determinan ante todo las tareas que éstos han de desempeñar y que consisten bien en cometidos concretos, bien «en todas las cosas que me dijéredes y mandáredes que a mi sean posibles y honestas de hacer», comprometiéndose el criado del amo que marcha a Indias «... a vos servir en cavar e sacar oro y en todas las cosas que me dijéredes y mandáredes hacer...» La determinación de la soldada se verificaba unas veces por períodos fijos de tiempo, valorándose en otros casos la labor

---

(54) Que afectan además a lacayos, mozos de espuela y silla y escuderos (leyes 2 a 6, tít. 16, Lib. 6), abundancia que coincide con la importancia del núcleo familiar. ORTEGA se hace eco de que, poco a poco, la vida familiar va reduciéndose progresivamente al mínimo «de suerte que cuanto más adelante va un país menos es ya en él la familia». Y señala, como curiosa causa de tan progresiva evaporación la desaparición del servicio doméstico hasta el punto —dice— que «puede formularse casi con rigor de una ley de física: en cada país queda hoy de vida familiar tanto cuanto queda de servidumbre». «La socialización del hombre», en «El Espectador» (Antología). Ed. Alianza Editorial, págs. 162 y ss.

(55) L. 1, tít. 27, lib. 12.

(56) R. D. de 31 de agosto de 1677.

(57) L. 10, tít. 11, lib. 10.

(58) Vid. sobre este tipo de pactos la obra de Blanca MORELL PEGUERO, «Contribución etnográfica del Archivo de Protocolos; Universidad de Sevilla», 1981, especialmente págs. 63, 133 y 134 de las que se toman las citas del texto. Una fórmula general y típica de este contrato se recoge en la número 40 del «Formulario de actos extrajudiciales de la sublime arte de la Notaría», anónimo aragonés del siglo XVI, reeditado en 1968 por la Junta de Decanos de los colegios notariales de España con motivo del Centenario de la Ley del Notariado.

en conjunto según el tiempo contratado y la contraprestación era de muy amplio contenido, pues comprende no sólo una cantidad de dinero, sino además «... cosas de comer e beber y cama y casa en que esté y duerma así sano como enfermo...», determinándose incluso las prendas y ropas que cada año debe recibir (59). En ocasiones incluso el amo contrae expresamente la obligación de enseñar a la sirvienta «... buenas maneras y costumbres por donde la dicha mi hija valga» (60) y a veces, pues el servicio doméstico era la vía normal por la que las doncellas pobres allegaban una dote al matrimonio, la remuneración consiste en «... maraveries en ajuar y ropa y preseas de casa ... que fueren necesarias para ayuda de su casamiento...»; no es de extrañar por ello que buen número de cartas de dote aparezcan otorgadas por los señores de la novia, y del mismo modo muchos recibos de dote subrayan el papel de aquéllos como dotadores. Existen, por último, en este tipo de contratos estipulaciones penales que prevén el incumplimiento de cualquiera de los contratantes (61).

También los testamentos eran cauce frecuente de recompensa de los servicios prestados, bien atribuyendo a los criados mandas para saldar cuentas pendientes con ellos por sus servicios, bien con el solo objeto de compensar su dedicación. Curiosamente también aquéllos servirán para que el sirviente poco escrupuloso descargue su conciencia y restituya cantidades indebidamente obtenidas; así en un testamento de 1506, Pedro Fernández, asalariado de un sayalero de Sevilla ordena «... le paguen dos mil maravedís que le soy en cargo en dineros que gane en su hazienda de cierto tiempo que con el estuve y no le serví tan bien como debía...». Y en otro de Francisco Bernal otorgado en 1520 se manda «... a la dicha doña Aldonza, mi señora, diez mil maravedies por descargo de mi conciencia, los cuales creo que me había aprovechado de su hacienda...» (62).

(59) Así, por ejemplo, en un contrato otorgado en Huelma el 19 de octubre de 1569 Juan Hermoso, vecino de la plaza, se compromete a proporcionar a su sirvienta Catalina Hernández «... cuatro ducados en cada un año y demas le a de dar de comer, e beber, e vestir, e calçar e casa e cama e cuidar suficiente, y lo que le a de dar de vestido es condicion que le a de dar un faldellin e un vajuelo cada año, e dos camisas nuevas y dos escofiares de hilo e dos tocados cada año e una mantilla». Vid. también el trabajo de María Amparo MORENO TRUJILLO, «Tipología y estudio diplomático de un protocolo Notarial del siglo XVI, Huelma, 1569». Ilustre Colegio Notarial de Granada. Boletín de Información. Separata número tres. Junio 1983 pág. 59.

(60) Escritura otorgada el 1504 entre Juan González, padre de Francisca, que entra a servir a Alfonso Catalán. Vid. la obra de MORELL cit. pág. 63, nota 3.

(61) Así, en un contrato otorgado en Huelma el 19 de octubre de 1569, se estipula que «... si se fuere la dicha Catalina Hernandez que la trayra el dicho Juan Lopes Reinoso a su costa y si no la truxere siendo requerido, el dicho Juan Hernández la pueda traer a costa de la dicha Catalina Hernández. Y si echare del servicio a la dicha Catalina Hernandez yncurra en pena de cinco mil maravedis...».

(62) Vid. el Trabajo de MORRELL PEGUERO citado especialmente págs. 148 y 149.

B) En el Ordenamiento vigente el contrato de servicio doméstico constituye una relación laboral típica, pues el trabajador presta sus servicios voluntariamente, con carácter retribuido, por cuenta ajena y bajo la dirección de otra persona (art. 1 del Estatuto del Trabajador). Se trata no obstante de una relación laboral de carácter especial y ello no sólo por disposición expresa de la Ley (63), sino porque la convivencia de un extraño en el seno de la familia dota a aquélla relación de una nota de confianza altamente cualificada que impone peculiaridades a la relación laboral normal.

Antes de la publicación del Real Decreto 1.424/85 de uno de agosto fue muy debatido el régimen de este tipo de relaciones, pues no habiéndose cumplido por el gobierno el mandato contenido en la disposición adicional segunda del Estatuto de los Trabajadores (que le obligaba a regular en plazo de dieciocho meses las relaciones laborales de carácter especial) quedaba por aclarar si subsidiariamente a lo establecido por voluntad de las partes o por los usos y costumbres locales y profesionales (cfr. artículo tercero del mentado Estatuto) eran de aplicación las normas contenidas al respecto en el Código Civil (a virtud de lo dispuesto en el artículo 4,3 del mismo), o las del propio Estatuto (que si bien en principio tiende a acoger en su seno toda relación de carácter laboral, se inhibe precisamente en la materia que nos ocupa) (64). En la actualidad la publicación del citado Real Decreto —cuya entrada en vigor se prevé para el uno de enero de 1986— zanja totalmente la cuestión; pero de su estudio no podemos ocuparnos.

(63) Artículo segundo, uno letra B, E. T.

(64) Una sentencia de la Magistratura de Trabajo número ocho de Madrid (autocalificándose por cierto de «poco ortodoxa»), entendía derogado en concreto el artículo 1.584 del Código Civil «...por ser precepto que niega el carácter de trabajador al empleado de hogar al calificarlo de arrendatario» y apunta que su resolución ha de reputarle válida y ortodoxamente emitida al aplicar la imperativa cancelación de una situación discriminatoria carente de justificación objetiva y razonable...» subrayando que «... por incuria del poder Ejecutivo o del Legislador Ordinario se ha mantenido (una situación fáctica concreta)... en condiciones discriminatorias insostenibles que afectan a un importante colectivo de trabajadores...».

Los términos de la sentencia son claramente discutibles. Por de pronto se aparta del parecer del propio legislador que remitió a una futura regulación el tema del contrato de servicio doméstico lo que conlleva que si las disposiciones del Código con supletorias en las materias regidas por otras leyes (art. 4,3) con razón habrán de aplicarse cuando tales leyes no existan. Pero es que además la propia sentencia se pone en guardia y anticipa posibles defectos que pudieran oponérseles refiriéndose a «la poca ortodoxia de su fallo», ya que con el mismo «... no invade aunque otra cosa pudiera parecer materias reservadas al poder Legislativo...» y justifica su resolución en la necesidad de superar «... condiciones discriminatorias insostenibles que afectan a un importante colectivo de trabajadores...». Olvida con ello que si ciertamente es principio constitucional el de igualdad y no discriminación (artículo 14 de la Constitución), también lo son los de respeto al ordenamiento y de seguridad jurídicos (art.9,1 y 3) que exigen —si no bastara la norma expresa del artículo 1,7 del Código Civil— que los jueces y tribunales se atengan en sus resoluciones al sistema de fuentes establecido.

Desde otro punto de vista cabría decir que tanto la decisión abstracta de admitir personal de servicio (salvo acaso en familias de alto nivel social), como en principio la concreta elección de la persona contratada, deberán sujetarse al común acuerdo de los esposos, pues, aparte que lo primero afecta al llamado «plan de vida familiar», la intromisión de un extraño en el seno del hogar y la forzada convivencia que ello impone parecen exigirlo. Y aunque de hecho la elección de sus auxiliares la verifique el cónyuge que realiza las labores domésticas (que es a este respecto el «titular del hogar familiar» de que habla el artículo uno, apartado tres del Real Decreto) debe reconocerse al otro el derecho de vetar su decisión (65) y ésta deberá primar mediando causa justificada que la haga atendible.

Finalmente, la condición de sirviente se toma en consideración por el ordenamiento a otros efectos (así, por ejemplo, en los artículos 681,7, 1.587, 1.924, letras d) y e), 1.967, número tres, todos del Código Civil, 660 núm. 2 LEC y 504 del Código de Comercio), pero de su estudio no podemos ocuparnos.

## II

A) Resulta evidente que el primer llamado a colaborar en el desempeño de las labores domésticas —al menos en principio— es el otro cónyuge. Desde luego este deber no está claramente establecido en nuestra Patria, pero late en los de ayuda y socorro mutuos (arts. 67 y 68) y tampoco resulta por otra parte desconocido (66), aunque lo cierto es que de hecho el nivel de colaboración del marido en las tareas específicamente domésticas es francamente bajo. Empero visto el conjunto del sistema es posible hablar de una auténtica obligación del esposo en tal sentido, si bien el grado de esa colaboración vendrá determinado ante todo por la propia posición de la familia, los usos y costumbres (que en todo caso facultarían al marido a negarse a la realización de aquéllas que por sí o por sus circunstancias pudieran resultar vejatorias) y desde luego por las propias circunstancias familiares, pues no tendrá más remedio que desempeñarlas el esposo cuando sea la mujer la única que desempeña un trabajo remunerado. Ciertamente esa colaboración debe entenderse siempre sin menoscabo de la posición moral de cada uno, y matizada por el deber de mutuo respeto, y tiene como límites, aparte los apuntados, los preceptos cons-

---

(65) Piénsese, por ejemplo, en el caso del o la sirviente particularmente atractivos contratados por el cónyuge de sexo opuesto; o de aquella persona de hábitos particularmente desagradables.

(66) Así la colaboración de un cónyuge en la actividad del otro impide que pueda decretarse judicialmente la cesación del régimen de gananciales por la causa prevista en el artículo 1393,2 y es criterio a considerar para la fijación de pensión en caso de divorcio (art. 97,5).



titudinales que protegen la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad. En cualquier caso el incumplimiento de esa obligación es prácticamente imposible de sancionar in natura habida cuenta el carácter personalísimo de la prestación y acaso sólo quepa verificarla poniendo de cuenta del cónyuge incumplidor los medios de que el otro deba valerse para suplir su falta (67).

B) Parecidas consideraciones habría que hacer en relación a los hijos, llamados a «contribuir equitativamente según sus posibilidades al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella» (art. 155,2). Como limitaciones especiales a su actuación habría que citar las derivadas de su «formación integral» (art. 154,1) y la posibilidad de que el Juez, a instancia del propio hijo o de cualquier pariente, o del Ministerio Fiscal, dicte las medidas que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios (art. 158,3), incluso de índole moral. En este sentido, y como señalara ya García Goyena, no podrá imponerse al hijo la realización de tareas que le rebajen evidentemente en la consideración pública, atendido —dice— el lustre o posición social de la familia (68).

El hecho de que el hijo sea «conviviente» hace pensar que su obligación no nace de la patria potestad, sino del hecho de que, compartiendo con sus padres (o con uno de ellos) un domicilio, es lógico que soporte también unos gastos que al fin y al cabo él contribuye igualmente a causar. Ello quiere decir que el hijo menor que por disposición de sus padres no conviva con ellos no estaría obligado a colaborar ex art. 155 salvo que sean precisamente sus progenitores quienes sufraguen los gastos correspondientes, y ello sin perjuicio de que pueda estarlo como deudor de alimentos en los términos de los artículos 142 y siguientes (69). Por contra, el deber de colaboración se impone al hijo mayor que por propio deseo convive con sus padres, y se hará efectiva según los casos bien «in natura» (caso de la hija mayor), bien mediante una cantidad de dinero en sustitución de la actuación personal.

C) En los casos de «familia extensa» en que junto a los padres e hijos conviven otros parientes, cabe igualmente que éstos colaboren en el desempeño de las tareas domésticas. Incluso en muchos casos puede hablarse de que la auténtica causa del acogimiento es precisamente esas tareas domésticas que acaban por encomendársele. Tales situaciones, muy frecuentes en el Derecho histórico (70) se solapan hoy en buena medida bajo otro tipo de ma-

(67) LACRUZ, «Elementos...», cit pág 123.

(68) «Concordancias...», comentario al artículo 68.

(69) Preceptos que por cierto parecen limitarse a las prestaciones consistentes en un dare, excluyendo las demás salvo acaso en el supuesto de que el obligado a prestar alimentos opte por recibir y mantener en la casa a quien tiene derecho a ellos (art. 149).

(70) Vid. sobre el tema las referencias contenidas en el trabajo de Blanca MORRELL antes citado. Como residuo de lo dicho perviven instituciones en

nifestaciones, acaso hipócritas, pero queda claro que si se demuestra la condición de asalariado de quien las desempeña estaremos ante una relación laboral típica que se regirá por las disposiciones del Estatuto de los trabajadores (cfr. artículo primero, tres, letra e), bien que con alguna especialidad que pueda derivarse del vínculo de parentesco. Incluso han sido reconocidas por algún ordenamiento positivo actual y así, por ejemplo, el Código civil italiano (art. 230 bis), señala que el pariente que de modo continuado presta su actividad de trabajo en la familia tiene derecho al mantenimiento según la situación patrimonial de aquélla, considerándose a tales efectos como equivalentes los trabajos del hombre y la mujer.

D) Junto a los supuestos anteriores, en que la colaboración la desempeñan en el propio hogar los familiares convivientes, hay otros casos en que el «colaborador» se desplaza de su propio domicilio al de la persona que se beneficia con su prestación, sea pariente o no. Este supuesto es frecuentísimo en la práctica notarial en que bajo la pomposa estipulación contenida en los contratos de vitalicio de que uno de los contratantes se obliga a prestar al otro «la asistencia y cuidados que necesite, así en salud como en enfermedad», como contrapartida de los bienes —normalmente inmuebles— que recibe, lo que en definitiva late es la obligación de desplazarse al domicilio del transmitente para realizar las tareas domésticas más elementales y brindarle al par un poco de compañía. Como dice Reino Caamaño, este contrato vincula por lo general a personas de edad avanzada —normalmente sin parientes próximos— que al sentir en quiebra sus energías físicas pactan con alguien de su aprecio la transmisión de su fincabilidad, con reserva de usufructo, por una cantidad insignificante de pesetas que de ordinario se confiesan recibidas, imponiendo —a veces— la obligación de vivir en su compañía y —siempre— la de asistirle y cuidarle. Es, como dice Reino, la seguridad que el achacoso brinda a quien ha de velar por él de que no quedarán sin recompensa sus servicios (71).

El régimen de este contrato se determina fundamentalmente por lo pactado y en su defecto por las disposiciones contenidas en los artículos 142 y siguientes del Código Civil (cfr. 153 Cc.), singularmente por el mentado artículo 142, si bien frecuentemente se pacta un contenido más estricto de obligaciones, y además, los artículos 146, 147 y 149 y en cuanto a su extinción por lo dispuesto en los artículos 150 y número 1 del artículo 152, pues normalmente en este tipo de contratos lo que se toma en consideración no es la fortuna del alimentista, sino su necesidad de cuidados, pero su estudio excede de lo pretendido en este trabajo.

---

derecho foral que en buena medida reflejan lo dicho, singularmente el llamado pacto de dación personal conocido en el Alto Aragón y al que alude el artículo 33 de la compilación vigente

(71) «El retracto legal y la libre contratación», en R.G.L.J. 1918, págs. 274 y siguientes.

## VI. TRABAJOS DOMESTICOS POR ASIMILACION

El tema del trabajo doméstico no se agota en lo que encierra la expresión «labores del hogar». Muy probablemente también deban tener acogida dentro de la frase, al menos a ciertos efectos, la realización de una serie de tareas que al par de constituir una actividad encaminada a llenar ratos de ocio, supone fuente complementaria —y a veces considerable— de ingresos familiares. Entrarían así en este apartado las pequeñas reparaciones domésticas que el marido realiza en la vecindad una vez acabado su trabajo, la fabricación y venta de quesos y embutidos, la elaboración de bordados, la venta de los excedentes del pequeño huerto familiar, etcétera. La utilidad de encuadrar aquí este tipo de tareas probablemente radique en que por tratarse de cuestiones que afectan de modo directo al desenvolvimiento de la vida familiar (puesto que acaso en las horas destinadas a aquéllas el cónyuge desatienda otras incumbencias), quizá sea preciso el mutuo acuerdo de los esposos que, hoy por hoy, no necesita ninguno de ellos para desempeñar una profesión u oficio. Aquella exigencia será particularmente útil cuando se trate de inmiscuir a terceros en el seno de la familia mediante el hospedaje o el arriendo de habitaciones sobrantes, o la realización de actividades que exijan inversiones de cierta cuantía (teniendo en cuenta el nivel de vida familiar) o resulten molestas para el otro (la cría de animales, por ejemplo). En este sentido, Sancho Rebullida dice que el deber de convivencia exige la evitación de cualquier actividad en el mismo habitáculo que sea incompatible o aún molesta para la convivencia normal y pacífica (72); y Lacruz, luego de afirmar que cada cónyuge es libre de decidir en lo que atañe a su esfera personal, señala que existen ciertos comportamientos que si bien «prima facie» parecen puramente personales, pueden devenir relevantes para la vida común, en particular si son radicales y extremos en relación con la costumbre de la gente y por consiguiente afectan al otro cónyuge o a la familia, haciendo imposible o difícil la vida conyugal y/o sus relaciones sociales (73).

Este tipo de labores, como puede verse, forma un escalón intermedio entre aquéllas que constituyen afición pura y simple y entran por tanto dentro del derecho al libre desarrollo de su personalidad, y las que constituyen la principal fuente de ingresos familiares y su régimen es por tanto y en buena medida, intermedio entre ambas. Tomado de común acuerdo su desempeño será no obstante el cónyuge especialmente capacitado quien lo verifique, reduciéndose al mínimo en la mayoría de los casos el grado de colaboración del otro (precisamente por el grado de especialización

(72) «Comentarios al Código Civil y las compilaciones forales», EDERSA, Tomo II, pág. 122.

(73) LACRUZ, «Elementos...», cit. pág. 174.

que aquéllas precisan). Los utensilios o instrumentos empleados probablemente deban ser considerados privativos del cónyuge que los utiliza, aunque propiamente no encajan ni en el número 8 del artículo 1.346 (pues no se desempeña con ellos una profesión u oficio), ni en la expresión «objetos de uso personal» que emplea el número 7 del mismo, sino más bien en una categoría intermedia entre ambos.

En cualquier caso resulta evidente que la realización de este tipo de actividades no deberá sujetarse a la compensación del artículo 1.438 ni tampoco podrá en rigor ser considerada como manifestación de «dedicación pasada o futura a la familia» a los efectos del artículo 97. Los rendimientos obtenidos tendrán el carácter propio del régimen económico matrimonial de que se trate, y así serán gananciales los obtenidos en un régimen de tal naturaleza (cfr. art. 1.347 Cc.). No obstante, en muchos casos el régimen de este tipo de beneficios —bien sea por convenio entre los esposos o por permitirlo los usos— se sustrae en buena medida al normal, pues con ellos se forma en ocasiones una especie de «fondo reservado» de que su titular dispone para pequeñas atenciones familiares o domésticas, adquirir nuevos bienes congruentes con el «hobby» asumido, etc. Por último, es bastante probable que a la hora de disolverse la sociedad conyugal tales utensilios y herramientas deban entregarse a aquel de los esposos que se ha venido sirviendo de ellas bien por estimarse que son «privativas» del que las usa bien porque ante su escasa utilidad para el otro éste se avenga a ello, acaso incluso sin tomar en consideración su valor y como una especie de «aventaja» para aquel, análogamente a lo que dispone el artículo 1.321.

## VII. OTRAS CUESTIONES

A) En lo restante el vacío legal ha de llenarse ante todo por el acuerdo de los esposos, los usos y también en buena medida por la aplicación de normas contenidas en el propio Código, aunque pensadas para otros casos; así, parece evidente que la adquisición de los medios necesarios para su desarrollo entra de lleno en las facultades de quien las desempeña (74). Dichos elementos

---

(74) Aunque la realización de tareas domésticas suele por lo común circunscribirse a la esfera interna del hogar y no implica relación con terceros, supone excepción importante la adquisición de los medios necesarios para su desenvolvimiento, que en muchos casos agota incluso gran parte del presupuesto familiar. El supuesto más frecuente es el de la *compra al contado*, pero en principio no priva al acto de domesticidad el *aplazamiento del precio o contraprestación* bien que en algunos ordenamientos se exija el consentimiento dual (art. 220 del Código Civil Francés). En nuestra Patria la inexistencia de norma al respecto permite admitir en principio la validez de la compra a plazos realizadas por uno de los esposos. No obstante esta admisión de principio conviene ponerla en conexión con el criterio de la «modicidad relativa» que caracteriza los actos domésticos, pues en estos casos es donde

tienen en principio carácter común, acaso incluso en los regímenes de separación, pues la voluntad del que provee de los fondos necesarios sin duda es inequívoca en el sentido de que los bienes adquiridos se «comuniquen» (lo que en buena medida explica también la solución del artículo 1.320, aunque su fundamento directo sea otro). No obstante será normalmente la esposa quien use y

más fácilmente podrá el cónyuge actuante salirse del marco normal del ejercicio de su potestad. Si ello ocurre la adquisición sería válida frente a terceros, pero no «doméstica», de suerte que si frente a aquéllos responden en todo caso los bienes gananciales (art. 1.362,1 Cc), la responsabilidad definitiva por la actuación excesiva correría a cargo del esposo actuante.

Como guía práctica cabría decir que si el propósito del cónyuge actuante al pedir el aplazamiento ha sido el de obtener una comodidad mayor en el pago (y la cuantía del mismo está en consonancia con el standard de vida familiar) la adquisición será doméstica y podrá realizarla por sí sólo. Pero si con el aplazamiento lo que se ha pretendido no es facilitar el pago, sino propiamente posibilitarlo (ante la extrema dificultad en pagar al contado) la compra, por estar en desacuerdo con el nivel de vida familiar, escaparía al ámbito de la domesticidad y quedaría sujeta a la exigencia de común acuerdo.

En cualquier caso, para juzgar la domesticidad de la compra aplazada se presupone que las condiciones de la misma sean las normales según los usos, no aquellas que agraven extraordinariamente la operación: serían para ello admisibles las compras con pacto de reserva de dominio en los casos en que esta reserva sea usual, y los intereses normales, no los abusivos.

También resulta irrelevante que la compra asuma el carácter de acopio de una sola vez (con el consiguiente desembolso) de los elementos consumibles en un período más dilatado de tiempo siempre que ello venga permitido por los usos, modalidad ésta frecuentísima en las grandes ciudades en que en muchas ocasiones se verifica en supermercados o hipermercados la compra de bienes que han de consumirse en un determinado período de tiempo (quincenas e incluso meses). Con ello, aparte la comodidad, se pretende un ahorro de dinero —más notable cuanto mayor sea la cantidad adquirida—, o la obtención colateral de otra serie de ventajas (sorteos de regalos, promociones especiales, etc.). Lo normal en tales casos es la concurrencia de ambos esposos en la adquisición, determinada tanto por la necesidad material de verificar el transporte de lo adquirido, como por la de juzgar en común la conveniencia de comprar o no determinados artículos en ese momento o adquirirlos más adelante o en otro lugar, sopesando siempre la inevitable gama de «ventajas», «ofertas» y «descuentos». La concurrencia de ambos viene también determinada porque al implicar un desembolso mayor que el ordinario suele considerarse preferible la conveniencia de contrastar opiniones. De todas formas, la actuación unilateral de uno de los esposos que —contra lo habitual— las realice por sí debe considerarse «doméstica» siempre que lo adquirido se acomode a los usos y circunstancias de la familia, pero aunque no lo fuera, las posibles repercusiones de la actuación indebida sólo tendrían trascendencia en la relación interna entre ellos; así, por ejemplo, la compra por el marido de una gran cantidad de alimentos que, por lo perecederos deviene inservible al poco tiempo, se sujetaría frente al proveedor a lo señalado en el artículo 1.362,1, pero acaso inter partes sea el actuante quien deba soportar el desembolso, operándose un crédito a favor del otro por la cantidad gastada.

En cualquier caso lo esencial es la naturaleza de las cosas y no el ulterior destino que a las mismas puedan darse (cfr. COSSIO, «La sociedad de gananciales», en el «Tratado Práctico y crítico de Derecho Civil». Madrid, 1963, página 121), de suerte que si se produce una «desviación» ello no afectaría a la domesticidad del acto, sino que implicaría tan sólo que sería el cónyuge responsable quien en definitiva habría de soportar el gasto realizado.

disponga de ellos (pues normalmente los usos encomiendan tales facultades a su cuidado; cfr. art. 1.319,1) y en este orden de cosas será ella normalmente quien contrate la reparación de los mismos y pueda venderlos o desecharlos al resultar inservibles (75).

B) En cualquier caso esta claro que el desempeño de aquellas tareas ha de ser *civiliter*, lo que implica que el obligado deberá

---

Más dudoso es que pueda considerarse doméstica la *adquisición de mobiliario, electrodomésticos o artículos de decoración*. Para ello habría de ponderarse la medida en que tiendan a llenar una «necesidad ordinaria» de la familia, no cumpliendo este requisito la compra de artículos destinados al ornato (que de suyo no pueden reputarse «necesarios») ni la de aquellos en que no se cumpla el criterio de la *relativa modicidad* (pues no se satisface con su adquisición una necesidad ordinaria). En este sentido creen PLANK y ESSER (cit. por LACRUZ en «La Potestad Doméstica...», pág. 63) que entra dentro del círculo de poder doméstico la adquisición de muebles singulares pero no la de un mobiliario completo, y aun dentro de la adquisición de muebles aislados habría que excluir la de aquéllos que por su precio entran propiamente en el apartado de «inversiones», que ha de decidirse de mutuo acuerdo. (P. ej., la compra de antigüedades).

(75) Aunque sea la compra el más usual de los contratos domésticos también lo es con frecuencia la *venta* en ciertos casos. El artículo 1.377 exige el consentimiento de ambos esposos para su realización, pero no es lógico entender aplicable la norma a la venta de los excedentes del consumo familiar (leche, queso, hortalizas, tan normal en familias campesinas), cuya disposición unilateral está admitida por los usos (cfr. 1.378) y es congruente con el 1.319.

#### ¿Y la *disposición de mobiliario*?

El artículo 1.320 Cc. siguiendo una línea usual en Derecho Comparado, exige el consentimiento de ambos esposos para disponer de los muebles de uso ordinario de la familia, aunque sean de la propiedad de uno sólo de los esposos. La finalidad que comúnmente se señala es la que con esta norma se vela por la estabilidad del «establecimiento familiar» y la de evitar que por uno de los esposos pueda verse privado el otro de las comodidades mínimas indispensables, pero acaso haya también un trasfondo de tipo técnico: que en buena medida el cónyuge que empleó fondos propios en su adquisición tuvo la intención de «comunicar» los bienes adquiridos, intención revelada en la puesta a disposición del otro (cfr. 632,2), y esos bienes, ya comunes, se sujetan a lo dispuesto en el artículo 397 Cc.

En cualquier caso la norma se refiere a los muebles de uso ordinario, exigencia ésta que conlleva tres características: la primera es que han de ser usuales y usables (VÁZQUEZ IRUZUBIETA: «Régimen económico del Matrimonio». Ed. EDERSA, pág. 67, dice por el contrario que la norma se refiere a aquellos objetos que tienen un valor intrínseco —obras de arte, históricas o similares—); la segunda es que dichos muebles han de estar en consonancia con el standard de vida familiar; la tercera por último, en buena medida implícita en las anteriores, es su relativa fungibilidad que excluye del ámbito del precepto los muebles y objetos únicos e irrepetibles, incluso de ordinaria utilización, que por su valor afectivo (el despacho heredado de los padres) o intrínseco (la cómoda Boullé o Chipendale) son de propiedad exclusiva del cónyuge titular que es quien libremente decide. Quedan así fuera del precepto por un lado el desecho de los muebles inútiles e inservibles (pues no son «de uso») y la venta de los de extraordinario valor (que no son de uso «ordinario»): en el primer caso la facultad de disponer de aquéllos entra dentro de las atribuciones domésticas; en el segundo se someterán a las normas de disponibilidad ordinarias según la persona de su titular.

Lo que resulta dudoso es si el precepto exige el consentimiento dual para la disposición de algún mueble aislado o si por el contrario éste sólo deviene necesario cuando se trata de disponer de la totalidad o gran parte del mo-

prestarlas con arreglo a las necesidades familiares, pero con los medios de que puede disponer. Ello supone que, no pudiendo exigir del otro medios superiores a los normales en familias de su condición, ha de compensar con su celo la falta de aquéllos si las necesidades familiares así lo exigen, aunque en tales casos se acentúa el deber de colaboración del otro y los hijos incluso dando lugar a una auténtica prestación de alimentos.

C) En los casos normales, el cónyuge que las verifique podrá disponer de los fondos que precise de aquéllos que tenga a su disposición, bien sean propios bien suministrados por el otro. Caso de no haberlos, si éste no los suministra, podrá acudir al Juez para que dicte las medidas cautelares que estime convenientes para asegurar su cumplimiento y los anticipos necesarios o proveer a las necesidades futuras (76). En cualquier caso debe considerarse inadmisibles por vejatorio que el marido se entienda directamente con la servidumbre y prescinda del concurso de la mujer (77), salvo que haya causa justificada o aquéllo lo consienta.

biliario. Si como dice LACRUZ («Elementos...», cit., pág. 299) el precepto está pensado para evitar que un cónyuge pueda por sí dejar al otro en la calle, habría que defender la última solución apuntada, al menos para evitar el absurdo de que ante el desacuerdo en la sustitución de algún objeto aislado haya que desembocar en el recurso judicial.

Queda claro que en cualquier caso la referida limitación opera en la relación inter partes, pero no afectaría al tercero de buena fe que por lo demás ya resultaría protegido por el artículo 464 Cc. Con ello viene a resultar que incluso con la propia base del artículo comentado se terminan protegiendo los intereses del tráfico y la seguridad jurídica antes que los mismos intereses familiares que con aquél se trataron de defender (Cfr. GORDILLO CAÑAS, «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del derecho de familia», ADC 1982, págs. 1133 y ss. Sobre el tema puede verse también el trabajo de María del Carmen BELDA SÁEZ, «Notas para un estudio del artículo 1.320 del Código Civil Español», en R. D. P. Abril 1985, páginas 331 ss.).

(76) LACRUZ («Elementos...», cit. pág. 124) dice que la medida cautelar más frecuente será el embargo de una parte del sueldo, salario o ingresos periódicos del obligado mediante la orden al pagador de hacer efectiva directamente esa cantidad al cónyuge que permanece en el hogar o la orden al arrendatario de satisfacerle directamente el precio del arriendo o la de entregarle el goce de bienes inmuebles, todo ello habida cuenta las necesidades actuales o futuras, así como la necesidad de percibir las cantidades con cierta antelación a los gastos. De todas formas en algún caso no habrá medio de conseguir la finalidad pretendida y en muchos otros será preciso probar el fraude previo cometido por el esposo para actuar en consecuencia (por ejemplo, el marido que abre una cuenta a nombre del pariente o de su amante y la nutre con fondos propios). En casos extremos no cabe duda que estaríamos ante vulneraciones graves del deber de mutuo socorro y por tanto constitutivas de causa de separación.

(77) Así en la sentencia de 14 de abril de 1983 del Juzgado de primera instancia núm. 24 de Madrid antes citada.

# Responsabilidad civil por daños futuros

Por MIGUEL CERDÁ OLMEDO (\*)

SUMARIO: I. *El daño futuro*: a) Requisitos para su reparación. b) La pérdida de una posibilidad. c) «*Lucrum cessans*».—II. *Examen especial de la Responsabilidad por razón de vecindad de los predios*: a) Generalidades; papel de la jurisprudencia. b) Fundamentación teórica de la responsabilidad. c) Derecho positivo.—III. *Modificación del daño*: a) Generalidades. b) Agravación sobrevinida a una sentencia. c) Id. a una transacción extrajudicial. d) Disminución del daño.—IV. *Variación de la expresión monetaria del daño*.

## I. EL DAÑO FUTURO.

### a) *Requisitos para su reparación.*

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, para que el daño sea resarcible ha de ser real en su existencia y en su cuantía, debiendo probarse ambos extremos por el demandante (1), es decir, se exige la prueba de la certidumbre del daño, de apreciación por el Tribunal de instancia, cuyo «quantum» que señale no puede ser revisado en casación, si bien pueden serlo los diversos conceptos o factores contribuyentes a su fijación y que integran el total del resarcimiento (2).

Pretender la reparación de un daño eventual o hipotético, aunque sea susceptible de producirse en el futuro pero todavía no realizado, equivaldría a enriquecer sin causa a la víctima. Sin embargo, nada obsta que un daño, que aún no se ha producido, es decir, que aún es futuro, pueda merecer una conducta indemnizatoria actual, siempre que se cumplan determinados requisitos,

---

(\*) Profesor titular. Departamento de Derecho Civil; Facultad de Derecho. Universidad de Málaga.

(1) Sentencias de 29 diciembre 1939; 24 diciembre 1941; 29 febrero y 13 junio 1942; 2 enero 1945; 22 octubre 1948; 20 octubre 1950; 30 enero 1951; 25 marzo y 30 junio 1954; 10 marzo 1955; 26 enero y 5 junio 1959; 2 febrero 1960 y otras muchas.

(2) Sentencias de 25 octubre 1973 y 10 noviembre 1979, entre otras.



pues como acertadamente dicen Mazeaud y Tunc (3) para saber si un daño es o no inmediatamente indemnizable no sirve la distinción entre daño actual y daño futuro sino entre daño cierto y daño eventual; efectivamente, el daño futuro puede ser igualmente indemnizable de manera inmediata siempre que concurren cumulativamente dos condiciones: que se pruebe cumplidamente que su realización es desde ahora cierta y que sea susceptible de evaluación al tiempo que se reclama su reparación, como ocurre cuando el daño aparece como una prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual, siendo susceptible de estimación inmediata (4), (5).

En efecto, si el daño se desenvuelve y desarrolla en el tiempo (daños sucesivos o continuados) como prolongación inevitable de un daño actual no es necesario ni conveniente entablar sucesivos procedimientos y el interés de la víctima reclama ser inmediatamente indemnizada, además de poder solicitarse medidas precisas para prevenir el daño así como acordar, si fuera procedente que la indemnización consista en el abono de sumas pagaderas periódicamente a la víctima, de modo que cada pago cubra la indemnización del tramo correspondiente del daño realizado. O sea la sentencia liquidadora del daño tendrá en cuenta la evolución posterior de éste, siempre que dicha evolución sea consecuencia previsible del daño cuyos efectos ya comenzaron a manifestarse al tiempo en que dicha sentencia se dicta; igualmente podrá tener en cuenta también el daño futuro que potencialmente contenga las condiciones de realización cierta.

El Tribunal Supremo, a propósito de una indemnización por daños materiales derivados de los daños morales sufridos, confirma plenamente lo expuesto anteriormente. Dice la sentencia de 6 de diciembre de 1912 que «la apreciación de los daños causados como consecuencia de los morales, en el orden material no puede diferirse hasta que el tiempo manifieste cuántos y cuáles se hayan producido, porque sucedería que algunos se realizasen después que el escaso plazo legal establecido para el ejercicio del derecho hubiese transcurrido, quedando ilusoria la indemnización. Por ello es justo y equitativo que una vez causado el daño se exija cuanto antes su reparación, ya que no puede hacerse con la debida equivalencia si no procede la estimación prudencial de los daños materiales que de él se hayan de derivar».

La jurisprudencia admite claramente la indemnización actual del daño futuro si éste es prolongación inevitable de un daño ac-

---

(3) «Traité de la Responsabilité Civile», Tome I, 6.<sup>a</sup> ed., núm. 216.

(4) Así PLANTOL-RIPERT, «Traité pratique de Droit civil français», Tome VI. Obligations. 1.<sup>o</sup> partie por P. Esmein, París, 1952, p. 748.

(5) El requisito de la susceptibilidad de estimación inmediata es flexibilizado por la jurisprudencia, pues si el Tribunal carece de bases suficientes de evaluación o las partes lo piden, aquél puede acordar que la fijación de la cuantía del daño se relegue a un momento posterior y se realice en trámite de ejecución de sentencia.

tual. La sentencia de 25 de octubre de 1973 considera indemnizables los «gastos de operaciones y tratamientos médicos y sanitarios, no sólo realizados, sino que se consideren necesarios para su rehabilitación y tendentes a devolverse en lo posible su capacidad funcional para el futuro». En cambio, cabría abrigar alguna duda si la indemnización actual es igual de procedente cuando el daño futuro, aunque cierto es solo virtual, haciendo tránsito a su eventualidad, pues se pasa insensiblemente de lo virtual a lo eventual. Efectivamente, la línea divisoria en la práctica entre lo virtual o potencial —que cabría admitir su reparación inmediata— y lo eventual o hipotético —no reparable— es muchas veces difícil de trazar. Así, por ejemplo, si a consecuencia de inmisiones intolerables el agricultor ve perdida o disminuida su cosecha futura por la contaminación de las aguas con que riega su predio y el dueño de la casa de recreo ve depreciarse el valor de su casa a resultas de levantarse en el solar vecino un bloque de dieciséis plantas, la cuantía de daño del agricultor o la depreciación del inmueble (daños futuros) se concretarán en el momento ulterior en que la cosecha se recoja o la casa se venda.

En ambos casos, y en otros que pudieran aducirse, como tal daño futuro será indemnizable si es cierto y evaluable, como más tarde, en trámite de ejecución de la sentencia que lo liquida, pero cuidando en dichos supuestos de no rozar el posible carácter eventual, hipotético o aleatorio, que el daño pudiera tener atendiendo igualmente al requisito general de la relación de causalidad (6) y sin olvidar que la jurisprudencia es particularmente rigurosa en lo relativo al lucro cesante.

#### b) *La pérdida de una posibilidad.*

No es en modo alguno eventual la pérdida por parte de la víctima de la posibilidad de que se realizara un acontecimiento futuro que le podría ser beneficioso, pero que por perderse la posibilidad de su realización resulta aquélla perjudicada; en efecto son numerosos los casos en que una persona se queja de haber perdido una posibilidad por culpa de otra: el enfermo que pierde la oportunidad de curarse o de sobrevivir por diagnóstico o tratamiento

---

(6) Concurriendo varias causas en la producción del daño, el T. S. no tiene un criterio uniforme; se atiende:

a) a la irrelevancia de la jerarquía de la causa: Sent. 26 septiembre 1967; 30 mayo 1968; 10 julio 1969; 18 octubre 1979, etc.;

b) el nexo causal se interrumpe si el Tribunal duda que fuese el demandado el inequívoco causante de los daños: Sent. 25 enero 1965;

c) el que es causa de la causa, es causa del mal causado: Sent. 2 abril 1976; 24 abril 1979.

d) a la causa principal: Sent. 11 febrero 1966; 30 enero 1954, etc;

e) en series causales autónomas, aportadas por diversas personas y productoras del mismo daño, si son concurrentes todas ellas al resultado dañoso cabe imputarlo a todos: Sent. 17 mayo 1967.

negligente de su médico, el estudiante que por accidente culpable de otro pierde la oportunidad de examinarse, o el litigante que por negligencia de su procurador o de su abogado, ve perder la posibilidad de interponer un recurso, etc. En todos estos casos y en otros muchos cabría citar el perjuicio consistente en la pérdida de una posibilidad por culpa de otro, pues ni el estudiante habría aprobado con certeza, ni el enfermo curado, ni el litigante habría ganado el recurso que se le frustró, pero había una posibilidad que se ha perdido, lo que constituye un perjuicio cierto, no hipotético y su reparación parece estar justificada (7).

Existen en el Código civil, aparte de los preceptos relativos a la responsabilidad extracontractual, disposiciones específicamente aplicables a personas a quienes se obliga a indemnizar por conductas erróneas o maliciosas causantes de la ineficacia de negocios jurídicos que provocan pérdidas de posibilidades de provechos futuros. Así, en materia de sucesiones, el notario autorizante del testamento abierto o cerrado que deviene nulo por inobservancia de solemnidades legales, es «responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan si la falta procediese de su malicia, negligencia o ignorancia inexcusables (arts. 705 y 715 del C. c.); y en el mismo sentido los artículos 712 y 713. Dichos preceptos admiten sin dificultad una generalización que permita sentar la regla por la que se sujeten a indemnización a todos los que por su conducta negligente o maliciosa desplegada con ocasión de concluir o redactar actos jurídicos o de cumplir formalidades de los mismos, den lugar a que otro pierda una oportunidad unida a un derecho o una expectativa determinada, que se ven frustrados (notario, abogado o mandatario que por su culpa el cliente pierde la posibilidad de adquirir un inmueble; procurador negligente que imposibilita la interposición de un recurso por el litigante, pérdidas derivadas de la no conclusión de un contrato, por aplicación de la responsabilidad precontractual, etc.).

Más discutible parece permitir la posibilidad de indemnizar la pérdida por el enfermo de curarse o sobrevivir que se

---

(7) La jurisprudencia francesa no vacila en conceder su reparación. Vid. MAZEAUD (Henri, León y Jean) «Lecciones de Derecho Civil», trad. de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1950, Parte Segunda, vol. II, pág. 73.

G. VINEY, en «Traité de Droit Civil», IV, París, 1982, págs. 341 y ss., se pronuncia en el mismo sentido alegando en contra del carácter aleatorio que por definición tiene la posibilidad que se pierde (en oposición al principio de la certidumbre del daño) que el álea no quita que la posibilidad exista y que por tanto su desaparición es un daño cierto; cita como ejemplos de la relevancia jurídica de la existencia de la posibilidad, el billete de lotería, que no es sino el título representativo de una posibilidad, y que puede ser vendido mediante precio y la práctica del seguro que descansa sobre la idea de que la posibilidad tiene un valor en sí, pues los riesgos asegurables en realidad no son otra cosa que posibilidades dañosas; y en contra de la dificultad de evaluar la indemnización del daño entiende la autora indicada que dicha dificultad se presenta igualmente al evaluar el daño moral, en especial, el «pretium doloris» y el daño afectivo, cuyas evaluaciones en dinero son difíciles o imposibles, y sin embargo no impiden su reparación.

frustra por el negligente diagnóstico o tratamiento de su médico y ello con independencia de que el enfermo logre o no restablecerse o sobrevivir a la enfermedad, puesto que admitir la reparación de tal pérdida haría cambiar la naturaleza de la obligación médica, transformándola en una obligación de resultado. Sin embargo, en contra cabe aducir que la obligación médica no muda por ello de naturaleza, puesto que en tal hipótesis la responsabilidad dimana de culpa del obligado a prestarla y que probada su existencia «la responsabilidad que proceda de negligencia es exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones» (art. 1.103 del C. c.).

Si el enfermo fallece o no logra restablecerse por causas independientes al diagnóstico o tratamiento negligente, cabría igualmente aducir que en tal caso se rompe el nexo causal, imposibilitando en consecuencia la reparación. Sin embargo, la cuestión no está así correctamente planteada, pues aquí el daño no consiste en que el enfermo se agrave o muera, que de todas formas y por otras causas podría haber ocurrido; el daño a reparar consiste en la pérdida que aquel experimente de tener la oportunidad de curarse o sobrevivir, en sí misma considerada, no en que no consiga lograrlo de todos modos, que es ya acontecimiento futuro irrealizable. Por tanto, el anexo causal hay que establecerlo entre el diagnóstico o tratamiento negligente y la pérdida de oportunidad que origina, y deteriorada esa cadena causal hará que el daño no sea reparable, como efectivamente ocurrirá muchas veces. El Tribunal Supremo tiene declarado que el daño derivado del tratamiento facultativo, establecido por presunciones, exige la relación concordante entre daño y tratamiento anterior, sin que ese daño sea debido a varias circunstancias (Arg. S.S. 23 febrero 1953 y 24 marzo 1956).

La sentencia de 17 de mayo de 1973 indemniza a la víctima que por muerte de otro pierde su colocación y la de 28 de febrero de 1959 referida a un accidente de circulación que motivó que las personas accidentadas perdieran la posibilidad de disfrutar sus vacaciones (aquí el daño, insistimos, no consiste en privar a las víctimas de sus vacaciones, que podrían no haberlas disfrutado por otras causas; el daño que se les causa es la pérdida de la posibilidad misma): el T. S. si bien duda si dicho daño es daño patrimonial o moral, no vacila en decretar la correspondiente indemnización, ya que, según la citada sentencia, la frustración de un viaje turístico es indemnizable como daño y que la indemnización de esas frustraciones, no traducibles directamente en pérdidas pecuniarias, se obtiene en función del artículo 1902 «como compensación a los sufrimientos del perjudicado» siendo su valoración cuestión de hecho de la exclusiva y soberana apreciación del Tribunal de instancia. Otras sentencias en cambio, bien porque la naturaleza del daño reparable exija que su cálculo deba de ser necesariamente arbitrario y parcial (en proporción a la probabi-

lidad de realización del acontecer futuro que se pierde) bien porque se pida la indemnización de otros daños, engloban la pérdida de oportunidad en la reparación de éstos; así la sentencia de 21 enero de 1974 lo subsumen en el lucro cesante; las de 4 de julio de 1970 y 31 enero 1980 acuerdan indemnizar al padre, por perjuicios puramente morales, la pérdida de su hijo menor de edad y la sentencia de 27 de noviembre de 1965 como daño material acuerda el pago de los gastos de alquiler de otro vehículo derivados de la pérdida de poder usarlo mientras dura la reparación (8).

En conclusión, es procedente la reparación de una oportunidad perdida como daño específico e independientemente de la responsabilidad que proceda por lucro cesante u otros daños siempre que se pruebe: primero, la probabilidad de que un acontecimiento desfavorable (por ej. agravamiento de una enfermedad) no se realizaría o que un acontecer favorable (promoción profesional, más fácil de establecer en un funcionario sometido a escalafón que un profesional liberal, etc.) tendría lugar, de no haberse perdido la posibilidad. El grado de aquella probabilidad servirá para admitir o no la procedencia de la indemnización y de módulo de fijación de su cuantía. Segundo, la certeza de la pérdida de oportunidad, que ha de ser seria y real, pues el daño indemnizable debe ser cierto, no probable o hipotético. Tercero, la culpa del demandado; cuarto, el daño efectivamente sufrido, y quinto, el nexo causal entre el hecho culpable y la pérdida de posibilidad sufrida.

### c) *Lucrum cessans*

Según una regla muy antigua la reparación comprende no sólo los daños sufridos (*damnum emergens*) sino también las ganancias dejadas de obtener (*lucrum cessans*).

Prevista expresamente dicha regla para la responsabilidad contractual (art. 1.106), rige el mismo criterio, según la jurisprudencia, en la responsabilidad extracontractual.

De Cupis (9) ve el fundamento de la distinción entre daño emergente y lucro cesante según que el interés afectado sea o no actual: si el objeto del daño es un interés actual o relativo a un bien perteneciente a una persona ya en el momento en que el daño mismo se ocasiona, tendremos el daño emergente; a la inversa, si el objeto del daño es un interés futuro, o bien se refiere a una cosa aún no perteneciente al perjudicado, estaremos en pre-

(8) Con todo, la jurisprudencia española sigue en este punto el criterio de «la libre apreciación de los daños», a diferencia de otras extranjeras que fijan la indemnización en caso de accidente por la suma de los gastos de reparación, la disminución del valor que experimenta el vehículo por la reparación y la pérdida de posibilidad de utilización del mismo, mientras dura la reparación.

(9) «Il danno. Teoria generale della responsabilita civile», Milán, 1951, p. 150.

sencia del lucro cesante, o sea, la distinción entre daño presente o pasado y daño futuro se corresponden con daño emergente y lucro cesante, comprendiendo aquél todo lo que empobrece indebidamente a la víctima y éste todo con lo que no se enriquece y representa una esperanza frustrada, dando lugar a otra manifestación de daño futuro.

El problema reside aquí en trazar la línea divisoria entre lo que es razonable y lo que es quimérico o simplemente hipotético; por ello otros Códigos, a diferencia del español, exigen determinados condicionamientos para que la ganancia dejada de obtener sea indemnizable. Así el § 252, p. 2 del BGB, atendiendo al dato de la probabilidad de obtención de la ganancia dice que «Considérase ganancia frustrada la que con cierta probabilidad fuese de esperar, atendiendo al curso normal de las cosas o a las especiales circunstancias del caso concreto y particularmente a las medidas y previsiones adoptadas». En la misma línea, atendiendo al mismo criterio, el artículo 1.059, 1.º del Código brasileño, que identifica las ganancias indemnizables con «lo que razonablemente dejó de lucrar» el acreedor. El artículo 1.233, infine, del Código italiano en cambio, se fija en el nexo causal para la fijación de la ganancia reparable, ya que exige que las ganancias frustradas sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento.

Dichos condicionamientos se incorporan al Derecho español por obra de la jurisprudencia. Efectivamente el Tribunal Supremo adopta un criterio restrictivo en la estimación del lucro cesante (10). La sentencia de 22 de junio de 1967 dice que: «El lucro cesante o ganancia frustrada ofrece muchas dificultades para su determinación y límites, por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, y para tratar de resolverlas el Derecho científico sostiene que no basta la simple *posibilidad* de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta *probabilidad objetiva* que resulta del *curso normal* de las cosas y de las circunstancias especiales del *caso concreto* y nuestra jurisprudencia se orienta en un prudente criterio *restrictivo* de la estimación del lucro cesante, declarando con reiteración que ha de *probarse rigurosamente* que se dejaron de obtener las ganancias, sin que sean dudosas o contingentes, y sólo fundadas en esperanzas, pues no pueden derivarse de supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, por lo que esas pretendidas ganancias han de ser acreditadas y probadas mediante la justificación de la realidad del lucro cesante».

Y por lo que respecta al *nexo causal* el Tribunal Supremo, en Sentencia de 23 de marzo de 1954 declara que el lucro cesante para ser estimado y acordar su indemnización ha de guardar la debida relación de causa a efecto con el acto ilícito realizado por

---

(10) Sentencias de 3 noviembre 1892; 31 enero 1916; 30 junio 1924; 9 enero 1927; 13 julio 1945; 5 junio 1946; 24 octubre 1953; 17 noviembre 1954; 21 enero y 6 mayo 1960; 6 mayo 1967 y 25 abril 1978, entre otras.

el agente, por lo que si el daño por lucro cesante obedece a causas ajenas a la obligación de reparar los perjuicios, como es el hecho de la elevación de los precios de las cosas y la subsiguiente disminución del poder adquisitivo de la moneda, no debe acordarse su indemnización. Insisten en el nexo causal las sentencias de 17 de noviembre de 1954 y 6 de marzo de 1960.

Para valorar el lucro cesante, la sentencia de 4 de abril de 1979, a diferencia de cuando se trata de daños materiales, permite acudir a cálculos teóricos.

Apreciando la incidencia de la culpa concurrente de la víctima en esta materia, la sentencia de 21 de enero de 1974 reduce la indemnización por lucro cesante por inactividad de un camión accidentado, dado que la tardanza en su reparación fue imputable en gran parte al perjudicado y ello redujo los beneficios dejados de obtener durante el tiempo que normalmente hubiera tardado en repararse el vehículo.

Por último, es oportuno insistir que en responsabilidad contractual existen dos importantes excepciones a la reparación del lucro cesante. En primer lugar en el contrato de compraventa con vicios o defectos ocultos de la cosa vendida si el vendedor es de buena fe «deberá sólo restituir el precio y abonar los gastos del contrato que hubiere pagado el comprador (art. 1.487, 2.º del C. c.). Y en segundo lugar, en caso de nulidad del contrato, la indemnización se limita al llamado interés negativo, o sea, el interés que el demandante había obtenido de haberse concluido el contrato, obteniendo el reembolso de los gastos derivados de la conclusión del contrato, pero no la compensación del provecho que esperaba (11), siendo de advertir que dicha limitación opera sólo en el caso de que la demanda de reparación es independiente de la nulidad, incluso si se ejercita a consecuencia de la malformación del contrato (11 bis).

---

(11) Vid. Díez PÍCAZO-GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil», vol. II, 2.º ed., Madrid, 1979, p. 88.

(11 bis) En el ámbito del Derecho administrativo, en los casos en que los derechos de los particulares se sacrifican en aras del interés público, pero sin que por ello se produzca un inmediato enriquecimiento económico por parte de la Administración, y en general, siempre que los derechos sacrificados estén condicionados en su existencia al ejercicio de la potestad discrecional de la Administración la responsabilidad se contrae al daño emergente pero nunca al lucro cesante. Así, el art. 47 de la Ley de Puerto de 19 de enero de 1928 prescribe que cuando por una Corporación Pública hubiesen de ejecutarse obras en un puerto y para realizarlas fuera preciso utilizar o destruir las construidas por particulares en virtud de la concesión, «sólo tendrían derecho los concesionarios a ser indemnizados del *valor material* de dichas obras», y el art. 37 de la citada ley declara, en relación con los permisos para aprovechamientos temporales dentro de la zona marítima terrestre que «estos permisos cesarán siempre que lo exija la mejor vigilancia y servicio de las playas, la policía urbana o rural, o la concesión del terreno para otras empresas de mayor utilidad... En tales casos, los dueños de las construcciones temporales sólo dispondrán libremente de los materiales empleados, sin derecho a indemnización».

Otra de las fuentes de producción de daños futuros, o de daños sucesivos o continuados, la constituye en numerosas ocasiones las responsabilidades derivadas de las relaciones de vecindad, que pasamos a exponer.

## II. RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LAS RELACIONES DE VECINDAD

### a) *Generalidades; papel de la jurisprudencia.*

La situación de vecindad entraña necesariamente incomodidades y molestias, pues el ejercicio de facultades inherentes a la propiedad o a la posesión o ciertos comportamientos urbanos o profesionales tienen necesariamente que repercutir en los demás. Y hasta cierto nivel esas incomodidades forman parte de las condiciones normales de la vida social y no son susceptibles de reparación, porque la vida en sociedad supone la aceptación de un *mínimum* de molestias. Pero cuando éstas alcanzan determinadas cotas o sobrepasan determinados niveles o adquieren unas proporciones que exceden de las ordinarias, devienen insoportables y su misma intensidad reclama su adecuada reparación. Porque, efectivamente, el Derecho no protege todos los intereses sino que los discrimina y no reconoce sino los que entiende dignos de ser jurídicamente sancionados. Esto, que se observa claramente en relación con el daño moral, cuya tutela y evaluación judicial se basa en un poder de apreciación mucho más amplio que en el supuesto de daños materiales, ocurre igualmente en la responsabilidad derivada de las relaciones de contigüedad de los predios y que la doctrina ha venido en llamar relaciones de vecindad y que obliga a reparar adecuadamente, toda molestia, inmisión o perturbación anormal, bien porque exceda de la que sería consecuencia de un uso normal de los bienes o bien porque sobrepase aquello que sea normalmente tolerable por la generalidad, según circunstancias de tiempo y de lugar; el contenido, incluso el concepto mismo, de las relaciones de vecindad es, por cuanto llevamos diciendo, contingente y variable y la delimitación de los supuestos que generan responsabilidad, único tema que aquí nos interesa precisar, es por naturaleza, cambiante y huidiza. Actualmente la vida en sociedad, en el campo y en las ciudades, la actividad comercial e industrial, las relaciones y comportamientos individuales y colectivos son bien distintos a los contemplados por el Código civil, del que sin embargo cabe obtener, como después veremos, un principio general del derecho que prohíba las perturbaciones anormales, de acuerdo con la realidad del tiempo presente, no siendo necesaria una más detallada regulación, puesto que el desarrollo y concreción de aquel



principio general debe ser labor y tarea de la jurisprudencia (12), que le incumbe la misión de trazar el oportuno deslinde entre las molestias e incomodidades consideradas de normal derivación de la vida social y que hay obligación de soportar, de aquellas otras que por exceder de esa medida, dan lugar a una oportuna reparación.

En cierto sentido el estudio de las relaciones de vecindad en el derecho comparado implica en alguna medida conocer y estudiar la sensibilidad, costumbres individuales y sociales y modos de vida de los distintos países, o al menos, se puede afirmar que las relaciones de vecindad proporcionan muchos y valiosos datos sobre costumbres y grados de civilización alcanzados por los diversos grupos humanos.

Además, la responsabilidad derivada de las relaciones de vecindad pueden ser, especialmente las del mundo rural, una respuesta, si bien parcial y limitada, del Derecho civil al problema del daño ecológico, para el que el sistema español (quizás tampoco ningún otro) no parece tener adecuada solución, al menos a la hora presente.

La responsabilidad que estudiamos se proyecta en los más variados campos de la vida social. Particular relieve deberían alcanzar las responsabilidades derivadas de las relaciones de vecindad relativas a la polución y contaminación atmosférica o de las aguas, afectantes tanto al mundo rural, dado el uso generalizado de productos químicos para aumentar la producción, como al medio urbano, habida cuenta de la existencia de industrias contaminantes en los núcleos urbanos, en donde principalmente afectan otras, también importantes, como las referidas a ruidos excesivos y demás molestias que impiden el bienestar (desórdenes inmobiliarios y urbanísticos: privación de luz o de sol, accesos inadecuados, ausencia de zonas verdes, etc.).

La jurisprudencia francesa, al admitir la indemnización por ruidos excesivos a los vecinos colindantes a aeropuertos (sentencias de 8 de mayo de 1968 y 17 de diciembre de 1974) ha venido a cambiar la naturaleza tradicional y el concepto mismo de las relaciones de vecindad: la molestia que motiva la reparación es distinta a las molestias tradicionales, no conciernen a individuos aislados o a un pequeño grupo de personas, sino que afectan a un elevado número de perjudicados, dadas las grandes concentraciones urbanas, y el concepto mismo de vecindad se amplía sobre lo habitual, pudiendo contarse en kilómetros.

---

(12) La jurisprudencia francesa ha elaborado una detallada y progresista teoría de la responsabilidad derivada de las relaciones de vecindad. En el mismo sentido el Código italiano (art. 844) que sigue la teoría de la tolerancia normal, permite a la autoridad judicial que, al aplicar dicho criterio tenga en cuenta para coordinarlas las exigencias de la producción con los derechos de la propiedad, pudiendo apreciar igualmente la prioridad de un determinado uso.

b) *Fundamentación teórica de la responsabilidad.*

El fundamento teórico de la responsabilidad derivada de las relaciones de vecindad ha dado lugar a abundantísima literatura, siendo muy numerosos y diversos los criterios científicos y doctrinales aportados sobre la materia (13), lo que hace que aunque cada uno de ellos pueda encerrar parte de verdad, su misma diversidad los condena.

Nosotros, por nuestra parte, y a efectos de síntesis, podemos distinguir: 1.º Teorías que basan la responsabilidad en la culpa del agente o causante de la perturbación anormal; admite a su vez dos variantes, según que se fundamente sobre la base de la responsabilidad extracontractual (arts. 1.902 y ss.) o se acuda a la teoría del abuso del derecho (art. 7, 2 C. c.); 2.º Teorías que fundamentan la obligación de reparar con independencia de dicha culpa, en las que cabe igualmente apuntar otras dos direcciones según se acuda a la teoría de la responsabilidad por riesgo o se fundamente la responsabilidad derivada de las relaciones de vecindad sobre bases autónomas; 3.º Teorías que relacionando la responsabilidad con el derecho de propiedad ven las relaciones de vecindad como un predicado del dominio, fundamentando la responsabilidad bien en la culpa del propietario o bien prescindiendo de ella.

Analicemos brevemente todas ellas si bien variando el orden anteriormente expuesto, comenzaremos por esta última:

1.º Tradicionalmente se han configurado las relaciones de vecindad enlazadas con el derecho de propiedad, configurándose aquéllas a modo de carga o limitación del dominio, teoría de la que participa nuestro Código civil que se deja influir por la teoría de la «inmissio» en el artículo 1.908, 2.º y alude a manifestaciones aisladas de las relaciones de vecindad al regular la propiedad, configurando aquéllas en ocasiones como servidumbres legales, con un criterio unánimemente criticado por la doctrina.

En realidad las relaciones de vecindad, como su nombre indica, no se circunscriben a los *propietarios* como sujetos de la relación. De la propia legislación se deduce la accionalidad activa o pasiva a favor del arrendatario y esta tesis es perfectamente generalizable a otros supuestos ya que las relaciones de vecindad no son sólo consecuencia de la proximidad entre dos propiedades, sino que nacen de la proximidad geográfica de dos o más personas que ejercitan unos derechos que no necesariamente tienen que ser de propiedad (Arg. Sent. 16 diciembre 1957, que autoriza a los vecinos de los establecimientos incómodos para interponer el recurso contencioso administrativo correspondiente). Por esto es criticable la

---

(13) BREDIN (*Rev. Trim. dr. civil.*, 1974, p. 171) habla de «treinta explicaciones y ninguna convincente». Dicho autor, op et loc. cit, enseña cómo las relaciones de vecindad se han configurado, entre otras maneras, como: obligación legal; o consuetudinaria, como pena privada; o garantía; manifestación del enriquecimiento sin causa; o con fundamento en la equidad, etc.

vieja teoría de la «inmissio», que al referirla al propietario, reducía considerablemente el ámbito de aplicación de las relaciones de vecindad; y al contrario, no todo daño que derive del ejercicio del derecho de propiedad es condenable en aplicación de la teoría de las relaciones de vecindad que prevee la condena de un daño más circunscrito. Así se excluyen de las relaciones de vecindad los supuestos genéricos de responsabilidad que la doctrina agrupa bajo el título de responsabilidades por razón de dominio (14): las hipótesis contempladas por los artículos 389 y 390 del Código civil son diferentes de las que se encuadran en la teoría de las relaciones de vecindad (que por otra parte nada tienen que ver con las servidumbres legales), y discurren por cauces distintos.

2.º La teoría que funda la responsabilidad en la culpa del causante de la perturbación anormal y recurre a la vía de la responsabilidad extracontractual para su reparación tiene como seguidores entre nosotros a Santos Briz (15) que afirma que «dentro de la legislación española nuestro Código civil no contiene preceptos en que expresamente se prohíban los ruidos excesivos. No queda más solución si pretendemos regular este problema a tenor de aquel cuerpo legal que acogernos al artículo 1902 que formula el principio general de la culpa extracontractual y al más específico, pero sólo aplicable por analogía, del artículo 1908».

Sin embargo, esta afirmación descansa sobre una petición de principio ya que desde que exista una molestia que sobrepase los niveles generales de tolerancia hay ya culpa, por ese sólo hecho, no pudiendo probarse lo contrario mientras persista. En el mismo sentido, como dice Lacruz (16), tanto del artículo 1908 del Código civil como de la legislación administrativa se desprende que lo que determina la responsabilidad del propietario es la intolerabilidad de la inmisión o influencia y no su culpa. En la jurisprudencia, la sentencia de 14 de mayo de 1963, en un caso de responsabilidad producida por el funcionamiento de instalaciones industriales defectuosas considera que «no puede estimarse lícito el hecho de autos de expeler y dispersar la demandada abundante cantidad de polvo perjudicial... cuando hay medios técnicos para evitarlo», explicando que en el caso de aplicación del artículo 1908 no es necesaria la concurrencia de la culpa.

Por tanto, podemos concluir que las inmisiones y demás perturbaciones cuando devienen intolerables, generan una responsabilidad con independencia de cualquier clase de culpa, derivada de la simple y escueta intolerabilidad, de ahí la importancia de establecer con precisión su concepto y alcance preciso.

(14) Vid. CASTÁN TOBEÑAS, «Derecho Civil, Común y Foral», tomo 2.º, vol. I, 10.ª ed., 1964, p. 169.

(15) «La Responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal», 3.ª ed., Madrid 1981, p. 699.

(16) «Elementos de Derecho Civil, III, Derechos Reales», vol. 1.º, Barcelona, 1979, p. 210.

3.º Acudir a la vía del abuso del Derecho es tesis defendida por Díez Picazo-Gullón (17) que piensan que cuando nuestro Código civil (art. 1.908, 2.º) señala la obligación de indemnizar el daño causado por razón de «humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades» recoge muy imperfectamente la vieja teoría de las «inmisiones», al no explicar si los humos han de ser sólo excesivos respecto a la normal tolerancia o respecto al uso normal del medio.

«A falta de criterio específico, la cuestión debe resolverse ante todo por aplicación de la doctrina del abuso del derecho. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto, o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho caerá en la sanción del artículo 7.º, 2 del Título Preliminar».

Sin dudar de las evidentes relaciones que existen entre la responsabilidad derivada de las relaciones de vecindad y la teoría del abuso del derecho es igualmente cierto que ésta está basada en la idea de culpabilidad y aquélla no. Desde que se admita una responsabilidad no fundada en la culpa del agente en las relaciones de vecindad no cabe confundir ésta con la que pueda derivar de la aplicación de la doctrina del abuso del derecho; en realidad son dos teorías completamente distintas: en las relaciones de vecindad es el carácter perjudicial (que no hay obligación de soportar) de la conducta ajena lo que motiva la responsabilidad pero dicha conducta no es abusiva per se, sino que es útil a su autor y en sí misma considerada, enteramente lícita. Hay en efecto conductas útiles para el que las despliega, lícitas, no abusivas y sin embargo son perjudiciales a otros (p. ej., cuando se demanda judicialmente a una persona).

Si al concebir las relaciones de vecindad como carga o limitación del derecho de propiedad se ampliaba de manera inadmisiblemente la concepción de aquéllas, como vimos en su momento, apelar a la doctrina del abuso del derecho trae por consecuencia una concepción excesivamente estrecha y reducida de las relaciones de vecindad (aún sin ser de suyo incompatibles, como tampoco lo es el acudir a la vía del art. 1.902 del C. c.), porque efectivamente se priva con ello de muchas de las consecuencias que naturalmente derivan de las relaciones de vecindad, reduciendo considerablemente su ámbito de aplicación y privándole en buena parte de su eficacia.

4.º Igualmente rechazable es la opinión de quienes consideran la responsabilidad que nos ocupa como una manifestación o aplicación concreta de la teoría de la responsabilidad por riesgo, dada la ausencia de un texto explícito en que apoyarla y ser ésta de carácter excepcional en nuestro derecho.

5.º En realidad el fundamento de la responsabilidad que estu-

---

(17) «Sistema de Derecho Civil», vol. III, Derecho de cosas. Edit. Tecnos, Madrid, 1981, p. 184.

diamos debe construirse sobre bases autónomas y originales: se trata de una responsabilidad sin culpa, como reconoce, como sabemos, el propio Tribunal Supremo, no reconducible a ninguno de los moldes preestablecidos, cuya fijación, aplicación y concreción debe ser, como expusimos, labor de la jurisprudencia que debe estar atenta a las evoluciones constantes de los condicionamientos sociales y económicos de la sociedad, haciendo prevalecer en cada caso, de entre los intereses en juego, el más digno de ser protegido (como hace la sentencia de 17 de febrero de 1968) según las circunstancias concurrentes y en base a criterios objetivos (18).

Y esa labor que le incumbe a la jurisprudencia (18 bis) no tiene por qué ser arbitraria, puesto que se haría en aplicación, de conformidad con el artículo 1,7 del Código civil, de un principio general inducido de la propia legislación (19), con apreciación cui-

---

(18) Las dos principales propuestas por el Derecho extranjero son el de tolerancia normal (del Derecho italiano) y el del uso normal (del Derecho alemán). Vid. LACRUZ op. cit., p. 208, que cita la opinión de MESSINEO, para quien la diferencia reside en que el primero se refiere a la incidencia que la inmisión determina en el fundo del vecino, mientras que en el segundo la medida del uso del propio derecho es independiente de su incidencia sobre el fundo vecino. Los dos criterios pueden coincidir en su aplicación, pero no necesariamente: es posible que haya inmisiones tolerables si bien causadas por un uso anormal, y, al contrario, inmisiones intolerables derivadas de un uso normal; con todo, añadimos nosotros, podrán tenerse en cuenta ambos, incluso necesariamente, en numerosas ocasiones.

(18 bis) La jurisprudencia del T. S. es bastante copiosa. Entre otras hemos encontrado las siguientes sentencias: 21 junio de 1955, sobre instalación de tanques por la Campsa; 24 diciembre de 1956, sobre almacén de algodón; 16 diciembre 1957 sobre galvanoplastia; 5 agosto de 1956 relativa a fábrica de gaseosas; de harina, sent. 5 febrero 1936; almacén de sosa, 20 junio 1936; serrería, 25 junio 1957; carpintería mecánica, 25 junio 1958; fábrica de artículos de goma, 30 diciembre 1953; industria de aceites, 17 mayo 1955; fábrica de muebles y serrería, 9 noviembre 1950; solar que se destina a acoger gatos errantes, 6 junio 1952; secadero de pieles, 8 octubre 1956; molino para fabricar pimentón, 27 septiembre de 1956; vaquería, 2 diciembre 1960; instalación de grupo electrógeno en el Teatro de la Comedia, 30 abril 1952; cebadero de cerdos, 20 octubre 1946; instalación de transformadores eléctricos, 22 octubre 1955; establecimiento de instalaciones donde se manipula o hay depósitos de alcohol, como causa de deshaucio, 27 mayo 1950, etc., etc

Entre las más modernas deben indicarse la sentencia de 12 de diciembre de 1980, notable decisión judicial que autoriza a inducir un principio general prohibitivo en la materia; determina que la responsabilidad resultante de las relaciones de vecindad no requiere el elemento de la culpa y sienta un criterio restrictivo sobre el cómputo del plazo en lo referente a la prescripción liberatoria o de acciones en caso de daños «continuados» o «permanentes», y las sentencias de 17 de marzo de 1981 y 14 de julio de 1982, también sobre emanaciones nocivas de carácter individual.

(19) Debe tenerse presente, fuera del Código civil, el art. 114, 8.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964, que autoriza el deshaucio si el arrendatario ejerce actividades incómodas, nocivas, insalubres, inmorales o peligrosas en el interior de la vivienda arrendada, deshaucio que se insta a iniciativa del propietario o arrendador o a petición de un cierto número de vecinos, lo que demuestra de paso cómo las relaciones de vecindad no se constituyen necesariamente entre propietarios.

Los artículos 7 y 19 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 prohíben igualmente a cada condueño la realización de las actividades

dadosa, en cada caso concreto, del necesario nexo causal que debe ligar a la actuación intolerable y el perjuicio cuya reparación se invoca, sin olvidar la misión de dotar de uniformidad a las decisiones judiciales que cumple el recurso de casación.

c) *Derecho positivo.*

La decantación de un principio general extraído del Derecho positivo regulador de la responsabilidad que estudiamos es tarea que se ahorran los países cuyas respectivas legislaciones lo consagran expresamente. Así el artículo 844 del Código italiano; § 906 del BGB y el artículo 1.346 del Código portugués (20), pero es labor absolutamente imprescindible en los Ordenamientos jurídicos que como el nuestro esto no ocurre. En esta dirección que creemos la acertada, merece citarse la opinión de Pérez González y Alguer, Lacruz y Albaladejo.

Observen los profesores citados en primer lugar (21) que los preceptos de los artículos 1908 y 590 dan base suficiente para fraguar una teoría general de las inmisiones a través de una analogía generalizadora. «Si se tiene en cuenta —dicen los indicados autores— que nada abona el carácter taxativo de tales preceptos,

---

referidas en su piso o local pudiendo el infractor ser privado del uso de éstos. El Reglamento de 30 de noviembre de 1961 y el Decreto de 16 de agosto de 1968 contemplan la permisibilidad de actividades molestas insalubres, nocivas o peligrosas en función de la zona de ubicación y la naturaleza de la actividad, condicionada siempre a la apertura de un expediente para autorizarlas y la realización de determinadas medidas y sin perjuicio de la facultad sancionadora de la Administración, que puede decretar incluso el cierre de tales industrias.

Igualmente debe tenerse presente la Ley de Protección de Ambiente Atmosférico de 22 de diciembre de 1972 y las disposiciones administrativas complementarias; así, el Decreto de 6 de febrero de 1975, etc.

(20) Así, el Código italiano (art. 844), dispone que: «el propietario de un fundo no puede impedir las inmisiones de humo o de calor, las exhalaciones, los ruidos y similares propagaciones derivadas del fundo del vecino, si no superan la normal tolerabilidad, teniendo en cuenta las condiciones de los lugares. Al aplicar esta norma la autoridad judicial debe conciliar las exigencias de la producción con las pretensiones de la propiedad».

El BGB (§ 906) dice que «el propietario de un inmueble no puede impedir las inmisiones de gases, vapores, olores, humo, hollín, calor, ruidos, sacudidas y otras semejantes que procedan del inmueble contiguo, en tanto los efectos de tales inmisiones no perjudiquen la utilización de su finca o la hagan sólo de modo inesencial o el perjuicio sea causado por una utilización del fundo vecino que sea habitual según las circunstancias del lugar en los inmuebles que se encuentran en el mismo sitio No se permite la inmisión a través de un conducto específico».

El Código civil portugués de 25 de noviembre de 1966 (art. 1.346) dispone que el propietario de un inmueble puede oponerse a la emisión de humo, vapores, calor o ruidos, «así como a la producción de trepidaciones o a otros cualesquiera hechos semejantes provenientes del predio vecino siempre que tales hechos impliquen un perjuicio sustancial para el uso del inmueble o no resulten de la utilización normal del predio del que emanan».

(21) Vid. CASTÁN TOBEÑAS, «Derecho Civil», cit., pág. 172, nota (2).

y que en ambos preside el propósito legislativo de evitar inmisiones peligrosas o nocivas o simplemente molestas en la finca del vecino, se llegará a la conclusión de que, aunque con técnica imperfecta y casuística, nuestro Código civil prohíbe toda inmisión perjudicial que no sea conforme al uso o los reglamentos, o en último extremo, al criterio de buena vecindad, basado en la buena fe».

Por su parte, Lacruz (22) afirma que «generalizando podemos predicar en nuestro Ordenamiento, en tema de vecindad y de posibilidades de utilización de la propia finca, una regla de principio según la cual la actividad del dueño u ocupante no podrá ser anormalmente molesta para el vecino o los circundantes, habida cuenta de la naturaleza de la finca».

Finalmente Albaladejo (23) entiende que «nuestro Código sólo contiene disposiciones para supuestos particulares, pero es claro que los casos no previstos no están huérfanos de regulación, que a falta de ley o costumbre, darán los principios generales. Estos (que cabe inducir de artículos concretos del propio Código, como los artículos 581, 582, 590 y 1.908, y de numerosas disposiciones de todo rango (piénsese por ejemplo, en prohibiciones de ruidos excesivos) y a falta de otros datos, extraer de la propia idea de lo que es justo) permiten poder decir algo que básicamente no es diferente de lo que establecen otros Códigos: que el propietario no está autorizado a realizar en su propia cosa aquellos actos que den lugar en la propiedad del vecino a una inmisión de imponderables (humos, gases, olores, ruidos, calor, luz, etc.) perturbadora que sea superior a lo tolerable, habida cuenta de los reglamentos, usos y en general de las circunstancias del caso».

Por nuestra parte, con objeto de precisar algo más el contenido de ese principio general prohibitivo de las perturbaciones anormales, habremos de agregar que para apreciar éstas es en principio indiferente la cualidad de las partes de la relación vecinal: ni ésta es hoy una relación que exclusivamente deba darse entre propietarios, ni la responsabilidad resultante puede considerarse en la actualidad como pena privada o sanción que se impone al propietario por el mal uso de su propiedad. La pauta a seguir, generalizable a otros supuestos, es la marcada por el artículo 118, 8.º de la Ley de arrendamientos urbanos de 24 de diciembre de 1964 que permite el deshaucio del arrendatario a instancia no sólo del propietario sino del arrendador o de vecinos, en caso de ejercicio por aquél de actividades incómodas, nocivas, insalubres, inmorales o peligrosas; tampoco hay que tener presente lo que Ihering llamaba la «receptividad personal de la víctima»: las predisposiciones personales son irrelevantes, la perturbación será anormal si como tal la percibe el ciudadano medio; la sentencia de 17 de diciembre de 1964, a propósito de ruidos excesivos declara que

---

(22) LACRUZ *Elementos*, cit. in loc. cit.

(23) ALBALADEJO, *Compendio de Derecho Civil*, Barcelona, 1981, p. 320.

«la percepción de la intensidad del ruido no es de índole técnica, esto es, que su apreciación no requiere conocimientos científicos, sino que se aprecien sensiblemente por toda persona». No obstante «in concreto» será útil alegar la actividad profesional, comercial, industrial o cualquier otra que sea beneficiosa a la sociedad para que, como dice la sentencia de 17 de febrero de 1968, «en la lucha entre dos situaciones vecinales prevalezca la que se apoya en el interés social, si la vida íntima familiar del vecino no se inquieta».

Tampoco es oponible a la víctima cualquier tolerancia de su parte como medio de enervar su reclamación, pues como acertadamente afirman Mazeaud y Tunc (24) «la idea de cierta tolerancia es indispensable entre vecinos... es la condición misma de la vida en sociedad». Mayores dudas suscita la oponibilidad del carácter previsible o imprevisible del daño. El juez al apreciarlo deberá tener en cuenta las circunstancias de lugar concurrentes en el caso, siendo muy distinto el nivel de tolerancia de las inmisiones según sea la zona, rural o urbana, en donde se produzcan; incluso dentro de zona urbana, cambiará al compás de la situación de los predios, lugares residenciales, comerciales, industriales, etc., lo que determinará que una misma molestia o actividad sea normal en algunos sitios y anormal en otros. El criterio, sin embargo, puede en ocasiones tener cierto resabio elitista al distinguir entre residentes privilegiados y habitantes ordinarios, reservando para los primeros un nivel más exigente en orden de hacerles más agradable el marco vital.

La violación de reglamentos u autorizaciones administrativas genera una responsabilidad a cargo del contraventor si la contravención acarrea la lesión de intereses ajenos, pero dicha responsabilidad se basa en la culpa del agente, que deriva de la misma contravención, y se procederá por las reglas generales de la culpa extracontractual (art. 1.902 y concordantes) por lo que se hace innecesario acudir a la teoría de las relaciones de vecindad para obtener reparación. En cambio la existencia y cumplimiento de dichos reglamentos u autorizaciones administrativas no impide de que se produzcan o se puedan producir perturbaciones anormales que caerían bajo la sanción específica de las relaciones de vecindad, puesto que ni colocan al dueño o industrial en situación de privilegio ni excluyen la reclamación judicial del que se considere lesionado; la autorización administrativa no tiene por objeto suprimir el daño derivado de las relaciones de vecindad, es simplemente una incidencia en cuanto a la modalidad de la reclamación. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo, en reiterada jurisprudencia (SS. 22 de noviembre de 1960; 18 enero 1961; 14 mayo 1963, entre otras).

La depreciación inmobiliaria producida a consecuencia de la perturbación anormal (villa depreciada, por edificación excesiva en el solar vecino, etc.) no es requisito inexcusable para apreciarla,

---

(24) MAZEAUD et TUNC op. cit., núm. 598.



pues dicha perturbación no conlleva necesariamente la depreciación de la finca; además, desde que se admite que la acción de reparación puede interponerla el ocupante no propietario, la depreciación inmobiliaria no es requisito de la perturbación. En cambio, cuando exista, puede dar lugar a un daño actual y a un daño futuro, pero evaluable al tiempo de la reclamación (dicho daño se producirá en el momento ulterior de la venta del inmueble) lo que hace que la misma perturbación genere dos conceptos indemnizatorios distintos que exigirán evaluaciones separadas.

Por último, la reparación por equivalencia habrá de ser generalmente arbitraria, en contra de los principios generales, pareciéndose la indemnización a una pena privada por lo que hace mucho más aconsejable la reparación «in natura»: removiendo la perturbación mediante la adopción de las medidas adecuadas y en casos extremos suprimiendo la actividad, como autoriza el Reglamento de actividades molestas, incómodas, insalubres, nocivas y peligrosas de 30 de noviembre de 1961 para las industrias a él sometidas.

### III. LA MODIFICACION DEL DAÑO

#### a) *Generalidades.*

El daño, especialmente si es continuado, puede estar sometido a influjos y transformaciones, incluso con posterioridad a la sentencia que acuerda su reparación; dicha sentencia consideró el daño en todos sus aspectos, presentes y futuros, tal y como estaban en la época en que se dictó (25), pero el curso ulterior de los hechos puede determinar que el daño se agrave o disminuya. Surge entonces el problema de saber si la víctima, tras la sentencia dictada sobre su perjuicio, puede obtener la indemnización de un elemento distinto de dicho perjuicio que, o no existía al tiempo de la sentencia o no había pedido su reparación, en virtud de una reparación complementaria; o bien en caso de disminución del daño, si cabe reducir la reparación judicialmente acordada, siempre que, como es obvio, en ambos casos los daños se encuentren dentro de la relación causal con los ya reparados y con el hecho originario de que proceden. Y el mismo problema surge si el daño se liquida, no por resolución judicial, sino por transacción extrajudicial.

Mazeaud y Tunc (26) hablan de variaciones intrínsecas y varia-

---

(25) Momento adecuado para evaluar el daño por resolución judicial será la fecha en que se dicte. No es obscuro la Sentencia de 30 de octubre de 1956, que dice que los daños y perjuicios se indemnizarán previa la prueba de su existencia real «al tiempo del ejercicio de la acción, pues en buena lógica equivale a decir que los efectos de la sentencia que acuerda la indemnización se retrotraen a la demanda.

(26) Tratado teórico-práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual Trad. de la 5.ª Ed., por Luis Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1963, Tomo III, vol. I, págs. 620 y ss.

ciones extrínsecas. Las primeras derivan o afectan a los elementos materiales del daño, que se agrava o disminuye de entidad. El daño inicial produce nuevos daños posteriores (sucesivos o continuados) que agravan la responsabilidad del obligado siempre que los daños ulteriores (desarrollo del daño inicial o daño nuevo derivado) tengan su origen en el mismo acto ilícito sin interrupción de la relación causal. Las variaciones extrínsecas, en cambio, aluden a los casos en que el daño permaneciendo invariable en su materialidad ha cambiado sin embargo, en su apreciación económica por fluctuación de la moneda u otras circunstancias.

Por ello, por nuestra parte, como quiera que la variación de la expresión monetaria del daño no implica modificación del mismo (la modificación supone evolución de alguno de los elementos constitutivos del daño) preferimos estudiarlo separadamente y al final.

En nuestro sistema procesal, dado el principio de congruencia de las sentencias (art. 359 Lec.), no pueden tenerse en cuenta las evoluciones que sufra el daño durante el proceso, o sea, las modificaciones del daño posteriores a la demanda y anteriores a la sentencia. Sólo podrían tenerse en cuenta si la demanda se formula reclamando cuantía inestimable a fijar en ejecución de sentencia o hasta la cifra máxima figurada en el suplico, concretándose la suma en trámites de ejecución de sentencia.

#### b) *Agravación sobrevenida a una sentencia.*

Si después de la sentencia firme liquidatoria del daño y por derivación se manifestasen otros o se agravasen, la víctima tiene la posibilidad de exigir una reparación complementaria, pues si bien se prohíbe reparar dos veces debe en cambio, repararse el daño en su integridad. La doctrina es unánime en que el demandado en tal supuesto no puede alegar la excepción de cosa juzgada, pues no concurriría en tal hipótesis la identidad del «petitum», como elemento objetivo de la acción (vid. art. 1.252 del Código civil). Lo esencial es pues determinar qué daño fue reparado en el proceso anterior y todo lo que exceda, admite nueva demanda. En este sentido la sentencia de 25 de mayo de 1976 en un caso de lesiones que se agravaron con posterioridad a la sentencia penal que conoció del accidente en que se originaron; lo mismo cabe sostener respecto de otros elementos materiales del daño que por su mutación determinen un agravamiento del daño, siempre que naturalmente no hubiesen sido objeto de un pronunciamiento anterior. Ahora bien, en la práctica, no siempre es tarea sencilla ni fácil determinar con exactitud en qué medida lo reclamado de nuevo no cae dentro de lo ya juzgado, pues la sentencia tiene siempre en cuenta en cierta medida, mayor o menor según los casos, el daño futuro. La reparación complementaria que se obtenga habrá de guardar una proporción directa con la agravación

del perjuicio salvo que se aprecie culpa de la víctima en dicho agravamiento, en cuyo caso habrá de practicarse nueva distribución de responsabilidad tomando como criterio dicha culpa, pudiendo llegarse incluso a excluir la indemnización.

c) *Agravación sobrevenida a una transacción extrajudicial.*

Sostiene Santos Briz (27) que «si la indemnización de daños se convino a través de una transacción extrajudicial es posible también revisar el daño cuando con posterioridad al contrato sobrevienen nuevos daños o una agravación de los anteriores en virtud de nuevos hechos no tenidos en cuenta en el acuerdo transaccional»; sin embargo, no dice el autor citado en qué medida sea revisable el daño transigido, dada la eficacia vinculante de la transacción. Aquel parecer sin embargo, no parece del todo convincente. Al menos convendría matizarlo en una doble dirección. Primero: si como se dice «contratar es preveer» y la transacción tiene por finalidad la creación de una certidumbre entre las partes, con eficacia vinculante, a ella habrán de atenerse en cuanto a las derivaciones futuras del daño; cabría sostener sin embargo, que ante el agravamiento del daño se podría ejercitar la acción de anulabilidad del contrato por error en el objeto en la medida permitida por el artículo 1.266 del Código civil, aunque con ello no obtendría la víctima que sufrió la agravación la reparación complementaria sino que las partes contratantes volverían al «statu que ante», de prosperar aquella acción. La fuerza vinculante de la transacción obliga pues a las partes a atenerse a lo pactado. Para precisar con exactitud la medida en que sea revisable el agravamiento del daño posterior al acuerdo liquidatorio transaccional y siempre que el contrato no lo impida, hay que acudir a nuestro juicio, al artículo 1.816 del Código civil que dice que «la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada», y por tanto, y sólo en la medida que, conforme a los criterios de la cosa juzgada, la reparación que se pida por agravamiento no se contempló en el contrato, será posible obtener la oportuna indemnización; con este criterio, de paso, damos sentido a aquella norma y evitamos la interpretación también posible que equipara la cosa juzgada de la transacción con la fuerza vinculante del contrato, que haría inútil el precepto, por ser una redundancia del artículo 1.091.

En segundo lugar, en la transacción con cláusula de renuncia de reclamaciones futuras no cabe pedir la indemnización por agravamiento del daño y dicho efecto constituye una notable diferencia con la agravación del perjuicio posterior a una sentencia, y que se explica en méritos del principio de autonomía de la voluntad, pues con la transacción las partes pueden desear poner punto

---

(27) SANTOS BRIZ op. cit., pág. 290.

final a todas las eventuales contiendas que puedan surgir entre ellos. Con todo, dicho tipo de cláusulas se miran con disfavor; ejemplo de ello lo tenemos en materia de consumo: la ley de 19 de julio de 1984, en su artículo 2,3, las declara nulas en la esfera de su competencia (28).

d) *Disminución del daño.*

La atenuación o disminución del perjuicio es evento excepcional en los daños a los bienes y muy frecuente en accidentes corporales. La cuestión de si el curso ulterior de los hechos pueden hacer reducir o incluso hacer desaparecer la indemnización ya acordada la resuelve Santos Briz (29) diciendo que «hay que partir de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que afirma que el nexo causal es una cuestión de hecho que ha de apreciar libremente el Tribunal (SS. 30 de marzo 1929; 31 octubre 1946, entre otras). Declaración que deja en libertad a los Tribunales para tener en cuenta la posible reducción de los daños por causas hipotéticas, según el caso concreto». Y añade que se trata de un problema que «más que a la relación causal afecta a la determinación o fijación de la indemnización, para cuya resolución el artículo 1.106 del Código civil ningún criterio fija ni ninguna limitación establece. La expresión «ganancia dejada de obtener del acreedor» parece sin embargo hacer relación a la actuación del otro polo de la obligación (ya contractual, ya extracontractual) es decir, del *deudor*. Por tanto, los sucesos *extraños* a la conducta de éste, parece en principio, que salvo consideración de *equidad excepcional*, sólo derivadas del caso concreto, no deben tenerse en cuenta. Así se deduce de la sentencia de 17 de enero de 1968 que para determinar la culpa deshecha los hechos posteriores al suceso, meramente «hipotéticos» y la de 10 de noviembre de 1971 que también con criterio restrictivo en esta materia acusa la trascendencia del cálculo de probabilidades para fijar la indemnización por responsabilidad civil en el proceso penal».

A lo que entiendo, según el autor citado, los Tribunales pueden con posterioridad a la sentencia reducir la indemnización acordada, con carácter restrictivo, en base a la apreciación del nexo causal o bien en base a la fijación de la cuantía de la indemnización.

Según esto, la víctima, si los trabajos ejecutados en la reparación del objeto dañado le costaron menos del precio fijado por el juez, puede verse obligado a devolver la diferencia, si lo aconseja así la «equidad excepcional» concurrente en el caso; en caso de daño corporal de una persona joven que recibió una suma calcu-

---

(28) La Federación francesa de Sociedades de Seguros invitó a sus miembros, en 1978, a suprimir el empleo de tales cláusulas de renuncia en las transacciones.

(29) SANTOS BRIZ, op. cit., págs. 261 y ss.

lada sobre una esperanza de vida normal, pero que muere al poco tiempo, sus herederos podrán verse obligados a restituir el exceso fijado en relación al tiempo que no vivió su causante.

Semejante criterio no parece convincente. Es preciso indicar en primer lugar que en muchos casos la fijación de una cantidad alzada a título de indemnización supone implícita o explícitamente querer indemnizar definitivamente y de manera global, para después no tener que decretar la devolución de parte de las indemnizaciones, a proporción con la disminución del daño, que dogmática y prácticamente es inviable. Y lo mismo ocurre si la indemnización aunque no haya consistido en la entrega de un capital, sino en la percepción periódica de una pensión y el juez (o las partes en la transacción) no formuló reserva alguna acerca de la disminución futura del daño.

Además entiendo que el demandado, en ambos casos, podría oponer la excepción de cosa juzgada, porque si bien el daño es inestable por su propia naturaleza, en caso de agravación ulterior a la sentencia, el objeto sobre el que se pronuncia el juez es limitado y lo que se le pide de más (reclamación complementaria) es exterior, y por definición extraño y no juzgado con anterioridad (de lo contrario no se admitiría la demanda en aplicación de la cosa juzgada); en cambio si el daño disminuye lo que debe acordarse nuevamente de menos, es interno e incluido en lo ya juzgado con anterioridad, o sea, juega siempre la excepción de cosa juzgada en caso de disminución del daño no siendo nunca procedente ni viable la devolución proporcional salvo que el juez lo prevea y formule reserva de pronunciamiento posterior.

En supuestos en que se prevea que la evolución del daño pueda determinar modificaciones de éste parece más adecuada la condena al pago de una pensión o renta que al pagarse a intervalos periódicos cada pago indemniza el daño correspondiente a ese período, pudiendo aumentarse, disminuir o desaparecer (en estos dos últimos casos si lo prevee la sentencia) al compás de la evolución del daño.

En caso de liquidación de daños por acuerdo transaccional si el perjuicio disminuye el deudor de la indemnización se encuentra en mejor posición que si el daño se liquida por sentencia, pues puede ejercitar la acción de anulabilidad del contrato por error sobre el objeto del mismo (ej. transigió por fractura cuando sólo era esguince).

En el Derecho de Familia la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil parece contemplar otra hipótesis de daño futuro: el empeoramiento de la situación de uno de los cónyuges tras la separación o divorcio por desequilibrios económicos en relación con su cónyuge (separación) o excónyuge (divorcio) que nosotros no estudiamos porque aunque guarde semejanza con el daño futuro ni es problema de responsabilidad ni tampoco de culpa, y que quizá se explique, al menos en el caso de divorcio, como

sucedáneo o secuela del deber de asistencia y socorro que existía en el matrimonio. Puede discutirse si es o no modificable dicha pensión al compás de las modificaciones derivadas del curso ulterior de las cosas; todo depende de si el desequilibrio económico que se compensa con la pensión es el existente a la época en que se acuerda su constitución o por el contrario «las alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge» (art. 100) posteriores deben o pueden también tenerse en cuenta (30).

Por último, en lo relativo al día inicial en el cómputo del plazo de la prescripción de acciones por daños sucesivos o continuados, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias sentencias. Así la de 24 de septiembre de 1965 después de declarar que el artículo 1.968, 2.º sigue un criterio subjetivo al exigir el conocimiento del agraviado, conforme al principio «nihil volitum, nisi proecognitum», deduce que de tal precepto es de resaltar que la falta de concreción de que adolece se subsana a la vista del artículo 1.902 a que se remite, y por tanto, lo que debe saber el agraviado para que comience a contarse el lapso de tiempo prescriptivo es la realización del daño a que como elemento real de la responsabilidad aquiiana se refiere el artículo 1.902 y ello con independencia de que sus efectos se prolonguen más o menos tiempo, o de que esté o no concretada su cuantía material. De esta sentencia resulta también que en caso de sustanciarse actuaciones ante la jurisdicción penal, el artículo aplicable no es el 1.968, sino el 1.969, precepto éste que adopta un criterio objetivo, a tenor del cual, la posibilidad de accionar quedó libre en el caso concreto desde la fecha de la resolución judicial que al declarar desierto el recurso de casación interpuesto, convertía en firme y ejecutoria la sentencia en que se decretó la absolución y a tal momento ha de atenderse para señalar el comienzo de la prescripción, pues según la sentencia de 3 de diciembre de 1931, es incumbencia de la parte perjudicada, por su propio interés, averiguar cuándo llegará ese momento de finalizar la actuación criminal para ejercitar la de carácter civil de que se creyere asistido. La Sentencia de 25 de junio de 1966, tratándose de daños continuados declara que «tendrá que ser el momento que señala el artículo 1.969 el que deberá tomarse en consideración aunque no se haya determinado la cuantía de los daños, perfectamente determinables en ejecución de sentencia. Las sentencias de 8 de julio de 1947, 12 de enero de 1906 y 12 de febrero de 1924 parten del momento de comienzo de producción de los daños como iniciador de la prescripción, presuponiendo que los perjudicados los conocían desde entonces y que pudieron sin obstáculo alguno ejercitar la pertinente acción.

---

(30) LACRUZ, «Elementos cit. IV. Derecho de Familia», fasc. II, Barcelona, 1982, pág. 263, cree que lo único permitido es la revalorización futura de la pensión por depreciación monetaria, pero no su revisión por modificación derivada del curso ulterior de las cosas.

#### IV. *La variación de la expresión monetaria del daño.*

Como dijimos no constituye un supuesto de modificación del daño. Esta implica, como sabemos, la mutación de alguno de sus elementos constitutivos; aquí el daño permanece estabilizado, variando sólo su expresión monetaria por la depreciación del dinero y la consiguiente alza de precios que conlleva, o sea, no varía el daño en sí mismo, sino su expresión monetaria y ello porque el daño causado se valora al tiempo del resarcimiento y no a su causación, provocando resultados injustos especialmente en aquellos supuestos en que transcurra mucho tiempo desde la realización del daño y su liquidación por la sentencia.

La inflación perjudica siempre al acreedor, lo mismo que la deflación perjudica al deudor en las llamadas por la doctrina deudas de suma (31).

La solución a este problema puede ser o que el deudor entregue la misma suma fijada en la obligación, cualquiera que sea la alteración de su poder adquisitivo (principio del nominalismo) con los resultados injustos aludidos; o bien que el deudor preste al acreedor la suma que equivalga al poder adquisitivo que tenía la señalada en la obligación (principio del valoralismo) con la inseguridad que ello comporta. El principio primeramente indicado la doctrina encuentra que se acoge por el Código civil (art. 1.170) y de comercio (art. 312). Y en el mismo sentido la jurisprudencia.

Pues bien, el Tribunal Supremo en la importante sentencia de 20 de mayo de 1977, ratificada por otras posteriores, entiende que la determinación del valor a indemnizar ha de desechar el momento de causación de daños, también el momento de ejercicio de la acción, para situarse en la fecha de la sentencia, o de su ejecución según que en el fallo se concrete la suma o se deje esa concreción para el trámite de ejecución. Tras deslindar la indicada sentencia la cuestión de la «existencia» del daño, que ha de constar en el momento en que se ejercita la acción y el de determinar su «cuantía» cuando lo que se pide es una separación pecuniaria, la determinación de esa cuantía en los casos de alteración del valor monetario ha de situarse en el día en que recaiga la condena definitiva o en trámite de ejecución, toda vez que se trata, no de una deuda pecuniaria simple, sino de una obligación de pagar en dinero un valor determinado, esto es, de una deuda de valor. El perjudicado tiene pleno derecho a la reparación total del daño que ha padecido, y este efecto únicamente puede conseguirse abonándole una cantidad de dinero, que atendido el valor adquisitivo que tenga en la fecha últimamente indicada sea necesaria para compensarle el quebranto sufrido, dado que en otro caso, la reparación solamente sería parcial, principio el citado, que respetando siempre los límites procesales de la congruencia, es aplicable

---

(31) DÍEZ PICAZO-GULLÓN, «Sistema» cit., vol. II, 2.<sup>a</sup> Ed., Madrid, 1979, páginas 162 y ss.

tanto a la evaluación de los daños patrimoniales como a los extrapatrimoniales y tanto en materia de responsabilidad civil extracontractual como en orden a la determinación del valor de la cosa no entregada en caso de solicitarse el cumplimiento por medio del equivalente y asimismo respecto a la fijación, en general, de los daños y perjuicios contractuales».

Ahora bien, la configuración de la indemnización por daños como deuda de valor y no de suma no resuelve del todo las dificultades; soluciona equitativamente las reparaciones por daños ya realizados pero no ocurre igual en caso de que la indemnización se deba a título de rescaramiento de daños futuros o continuados. Pongamos dos ejemplos: a un herido con una determinada incapacidad se le indemniza suficientemente por la sentencia en donde se ha previsto la evolución ulterior de las lesiones y se aplica el principio del valoralismo; el estado ulterior del herido continúa constante y estabilizado pero los cuidados y remedios que precisa, definitivamente cubiertos a la fecha de la sentencia, por la inflación aumentan de precio, ¿puede reclamar ese mayor coste? La respuesta debe ser negativa por la oponibilidad de la cosa juzgada, dado que sería reclamar sobre algo que ya se ha juzgado, pues no ha habido variación alguna en ninguno de los elementos constitutivos del daño, que en consecuencia sigue siendo el mismo que el ya sentenciado. Y lo mismo cabe decir en relación a los daños materiales: Si acordada una reparación por sentencia en cuantía suficiente a su fecha y previa consideración de la deuda como deuda de valor, si después los trabajos necesarios aumentan de precio por la inflación, no cabría, por idéntica razón, intentar la reclamación judicial del exceso.

El efecto indicado está justificado en el supuesto de que la liquidación del daño se realice mediante entrega de una suma global a la víctima, ya que ésta no tendría que devolver el sobrante si existiera, después de aplicarla a la reparación del perjuicio y en justa contrapartida el responsable no tendrá que abonar más, si es insuficiente.

Sin embargo, puede originar alguna injusticia si la liquidación del daño y consiguiente indemnización se efectúa mediante el pago de una renta al perjudicado, dado su carácter no revisable. Esto es lo que intenta evitarse en la hipótesis de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil, puesto que si cabe dudar de sí, a la vista del artículo 100, es posible o no su revisión (vid supra) no existe la menor duda de su posible actualización por depreciación monetaria.





## Crónica de Derecho privado francés(\*) (Año 1984)

Por Jean-Luc AUBERT

Profesor de la Universidad de París I  
(Panthéon-Sorbonne)

Traducido por Teresa PEÑA OSORIO

### I. BIBLIOGRAFIA

#### 1.º CUESTIONES GENERALES

1. Travaux de l'Association Henri Capitant, *Le droit au logement*, t. XXXIII (1982), Economica, 1984, 724 págs.

2. Travaux de l'Association Henri Capitant, *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, t. XXXIV (1983), Economica, 1985, 616 págs.

3. J.-L. Aubert, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, A. Colin, col. «U» 1984, 272 págs.

4. J.-L. Aubert, *Introduction au droit*, P.U.F. col. «Que sais-je», 3.º ed. 1984, 128 págs.

---

(\*) Lista de abreviaturas relativas a las principales revistas jurídicas citadas:

— *Bull. civ.* (Bulletin des arrêts de la Cour de cassation-Chambres civiles (sentencias pronunciadas en materia civil, comercial y social. Boletín que reúne las decisiones pronunciadas cada año).

— *D.* (Recueil Dalloz-Sirey).

— *D...* Doctr. (parte doctrinal del Recueil).

— *D...* I.R. (informaciones rápidas).

— *D...* Leg. (parte legislativa).

— *D...* Somm. (sumarios de jurisprudencia).

— *Gaz. Pal.* (Gazette du Palais).

— *J.C.P.* (Jurisclasseurs périodiques. Semaine juridique. Edition générale).

— *J.C.P. (N)* = édition notariale.

— *J.O.* (Journal Officiel).

— *Rep. Defrenois* (Répertoire du notariat Defrenois).

— *Rev. dr. imm.* (Revue de droit immobilier).

— *Rev. sc. crim.* (Revue de science criminelle).

— *Rev. trim. dr. civ.* (Revue trimestrielle de droit civil).

— *S.* (Recueil Sirey).

5. J. Carbonnier, *Droit civil*, 1, *Introduction - Les personnes*, P.U.F. col. Thémis, 15.ª ed. 1984, 431 págs.

6. Henri Capitant - *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, por A. Weill, F. Terré e Y. Lequette, Dalloz, 8.ª ed. 1984, 1014 págs.

Reedición, todavía valiosa, de la célebre obra de Henri Capitant. Esta 8.ª ed. está sabiamente enriquecida con la más reciente evolución de la jurisprudencia, particularmente en materia de responsabilidad civil.

7. Chaïm Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit - Au delà du positivisme juridique*, prefacio M. Villey, L.G.D.J., Bibliothèque de philosophie du droit, vol. XXIX, 1984, 203 págs.

Colección de estudios muy rica y variada sobre la realidad del derecho, sus fundamentos, sus finalidades, sus límites. Conjunto de reflexiones muy esclarecedoras sobre el «funcionamiento» del derecho.

8. P. Catala, *Ebauche d'une théorie générale de l'information*, D. 1984, Chr. 97.

9. G. Daublon, *Entreprise et patrimoine d'affectation*, *Rep. Defrenois* 1984, art. 33182.

10. P. Monzein, *Réflexions sur le «secret médical»*, D. 1984, Chr. 9.

## 2.º DERECHO CIVIL

### a) Personas - Familia

11. A. Bénabent, *Droit civil - La Famille*, Litec Droit, 2.ª ed. 1984, 498 págs.  
Nueva edición actualizada de una obra ya clásica y reconocida por su claridad.

12. C. Atias, *Les convictions religieuses dans la jurisprudence française en matière de divorce*, J.C.P. 1984, I, 3151.

13. D. Huet-Weiller, *Nouvelles retouches à la procédure de divorce: les articles 20 à 23 du décret n.º 84-618 du 13 juillet 1984*, D. 1984, Chr. 193.

14. R. Lindon y A. Bénabent, *Les dispositions du 13 juillet 1984 relatives à la procédure de divorce*, J.C.P. 1984, I, 3166.

15. P. Théry, *La possession d'état d'enfant naturel: état de grâce ou illusion*, J.C.P. 1984, I, 3135.

### b) Bienes

16. H., L. y J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, 2.º vol. *Biens*, 6.ª ed. por F. Gianviti, Montchrestien, 1984, 436 págs.

Nueva edición actualizada de un clásico de la enseñanza del derecho.

17. A. Weill, F. Terré y P. Simler, *Droit civil*, Précis Dalloz, 3.º ed. 1985, 842 págs.

Esta «nueva edición» del clásico compendio del Derecho de cosas es, en realidad, una nueva obra, dadas las importantes reelaboraciones llevadas a cabo en la obra original. Al considerar todos los desarrollos más modernos sobre la materia, este libro constituye una obra de referencia fundamental.

18. F. Bouyssou, *Les garanties supralégislatives du droit de propriété*, D. 1984, Chr. 231.

19. J.-L. Goutal, *La protection juridique du logiciel*, D. 1984, Chr. 117.

20. P. Jestaz, *Prescription et possession en droit français des biens*, D. 1984, Chr. 27.

21. J. Ravanas, La réserve des droits des tiers en matière foncière, *Rep. Defrenois* 1984, art. 33281 y 33295.

22. M. Vivant, *Informatique et propriété industrielle*, J.C.P. 1984, I, 3169.

### c) Obligaciones

23. J.-L. Aubert, *Affaire du «Poussin»: l'appréciation de l'erreur sur la substance, suite... et fin?*, nota a Civ. 1.º, 13 diciembre 1983, D. 1984, 340.

24. Gulphe, *Affaire du «Poussin»*, Conclusiones sobre la sentencia Civ. 1.º, 13 diciembre 1983, J.C.P. 1984, II, 20186.

25. R. Baillo, Le droit de repentir, *Rev. trim. dr. civ.* 1984, 227.

26. R. Legeais, *Un gardien sans discernement, Progrès ou régression dans le droit de la responsabilité civile?*, D. 1984, Chr. 237.

27. G. Viney, *La faute de la victime d'un accident corporel: le présent et l'avenir*, J.C.P. 1984, I, 3155.

28. N. Dejean de la Bâtie, *Responsabilité et discernement*, nota a Pleno, 9 mayo 1984 (2 sentencias), J.C.P. 1984, II, 20255.

29. P. Jourdain, *Responsabilité et discernement*, nota a Pleno, 9 mayo 1984 (2 sentencias), J.C.P. 1984, II, 20256.

30. D. Denis, *La fin d'une divergence: interprétation restrictive de l'article 1384 al. 5*, nota a Pleno, 17 junio 1983, D. 1984, 134.

31. Y. Lambert-Faivre, *De la dégradation juridique des concepts de «responsable» et de «victime»*, (à propos des arrêts de l'Assemblée Plénière du 3 juin 1983), D. 1984, Chr. 51.

d) *Garantías - Publicidad inmobiliaria*

32. F. Grua, *Le cautionnement réel*, J.C.P. 1984, I, 3167.

e) *Contratos*

33. C. Giverdon, *Nouveaux rapports de location (Loi núm. 82-526 du 22 juin 1982 et décrets d'application)*, Litec Droit, 1984, 520 págs.

En esta obra, Giverdon ofrece un estudio sintético y completo de la reforma llevada a cabo por la ley de 22 junio 1982, la llamada «loi Quilliot» (véase A.D.C. 1983, p. 458, núm. 5). El libro es perfectamente claro, está excelentemente documentado y el autor consigue que sus lectores se aprovechen del dominio que él tiene sobre el tema, tanto en el plano del análisis teórico como en el de la puesta en práctica de las nuevas reglas. Aun cuando no se puedan compartir algunas de las apreciaciones —a veces excesivas— que Giverdon hace sobre la ley de 1982, su obra constituye, en materia de arrendamientos de locales para vivienda y de uso mixto, una obra esencial que nadie puede ignorar.

34. Nada G. Nassar, *Le droit du bail au Liban*, Prefacio de F. Terré e I. Fadlallah, L.G.D.J. Bib. droit privé, t. CLXXXIII, 1984, 338 págs.

Nada Nassar aporta una interesante contribución al estudio del arrendamiento y, en particular, a la determinación de la naturaleza jurídica del derecho del arrendatario. En un momento en el que, en Francia, la reflexión se centra en el alcance de la reforma llevada a cabo por la ley de 22 junio 1982 y en la justificación de dicha reforma (cfr. Giverdon, *supra*, núm. 33), esta obra aporta un elemento de comparación particularmente enriquecedor.

f) *Liberalidades - Regímenes matrimoniales - Sucesiones.*

35. M. Grimaldi, *La jurisprudence et la date du testament olographe*, D. 1984, Chr. 253.

36. J.-L. Montanier, *L'autorisation de justice en droit matrimonial*, *Rev. trim. dr. civ.* 1984, 1.

37. D. Langé, *Le conjoint de l'aliéné*, *Rev. trim. dr. civ.* 1984, 1.

38. E. Philippe, *La pratique des partages d'ascendants depuis la loi du 3 juillet 1971*, *Rev. trim. dr. civ.* 1984, 203.

## 3.º DERECHO MERCANTIL

39. A. Kassis, *Théorie générale des usages du commerce - Droit comparé - Contrats et arbitrage internationaux - Lex mercatoria*, L.G.D.J. 1984, 602 págs.

Con una amplia base de derecho comparado, el autor reflexiona sobre la naturaleza de los usos de comercio. A la luz de las principales teorías de las fuentes

del derecho, el autor opta a favor de una concepción monista de la naturaleza jurídica de los usos: tanto en el plano interno como en el orden internacional, el uso tiene una naturaleza convencional. Investigación muy documentada, de indiscutible interés teórico y práctico.

40. L. Levy, *La nationalité des sociétés*, prefacio de B. Goldman, L.G.D.J. Bibl. de droit privé, t. CLXXXI, 1984, 320 págs.

Teniendo en cuenta la mundialización de la economía contemporánea, el autor ofrece una concepción renovada de la nacionalidad de las sociedades y de las condiciones de determinación de esta nacionalidad. Para la atribución de la nacionalidad francesa, sugiere exigir una doble conexión de la sociedad: primero, la *sumisión al derecho francés* por un domicilio social fijado en Francia; después, una conexión *económica* con Francia, puesta de manifiesto principalmente por el centro de decisiones.

41. R. Roblot, *La dématérialisation des valeurs mobilières*, Rev. Association Nationale des Sociétés par actions, 1984, núm. 185, 158 págs.

42. J. Paillusseau, *Les fondements de droit moderne des sociétés*, J.C.P., 1984, I, 3148.

43. C. Gavalda, J. Patin y J. Stoufflet, *Le projet de loi sur le règlement judiciaire des entreprises en difficulté*, D. 1984, Chr. 13.

44. A. Rabut, *Le second marché des bourses de valeurs*, J.C.P. 1984, I, 3136.

45. J.-M. Mousseron, *Complément à la loi des brevets (Commentaire de la loi du 27 juin 1984)*, J.C.P. 1984, I, 3170.

#### 4.º DERECHO PENAL

46. G. Stéfani, G. Levasseur y B. Bouloc, *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 12.º ed. 1984, 732 págs.

Reedición, completamente actualizada de nuevo, de un clásico del Derecho penal.

47. G. Stéfani, G. Levasseur y B. Bouloc, *Procédure pénale*, Précis Dalloz, 12.º ed. 1984, 990 págs.

Nueva edición actualizada de otro clásico.

48. J. Pradel, *Droit pénal*, t. 1, *Introduction générale - Droit pénal*, Cujas, 4.ª ed. 1984, 808 págs.

49. Le Gunehec, Dontenwille y Ruzié, *Crimes contre l'humanité et prescription*, exposición, conclusiones y notas sobre Crim. 26 enero 1984, J.C.P. 1984, II, 20197.

50. J. Francillon y P. Salvage, *Les ambiguïtés des sanctions de substitution* (art. 43-1 à 43-11 C. Pén.), J.C.P. 1984, I-3133.

51. J. Pradel, *Les nouvelles alternatives à l'emprisonnement créées por la loi n.º 83-466 du 10 juin 1983*, D. 1984, Chr. 111.

52. P. Corlay, *Réflexions sur les récentes controverses relatives au domaine et à la définition du vol.*, J.C.P. 1984, I, 3160.

53. C. Monly, *La responsabilité pénale du banquier en cas de banqueroute de son client*, D. 1984, Chr. 32.

### 5.º VARIOS

54. G. Durry, *Le «paiement» de la prime d'assurance au moyen d'un chèque sans provision*, J.C.P. 1984, I, 3161.

55. J. Vincent y J. Prévault, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Précis Dalloz, 15.º ed. 1984, 638 págs.

Obra clásica de una materia en la que la bibliografía es poco abundante. Este Compendio ha sido actualizado y considerablemente enriquecido con motivo de esta nueva edición.

56. A. Jauffret y J. Normand, *Manuel de procédure civile et voies d'exécution*, L.G.D.J. 14.º ed. 1984.

Obra de iniciación elemental útil y clara.

57. R. y J. Martin, *L'action collective*, J.C.P. 1984, I, 3162.

58. A. d'Hauteville, *L'intervention des assureurs au procès pénal en application de la loi du 8 juillet 1983*, J.C.P. 1984, I, 3139.

59. *Code du Travail*, anotado por B. Teyssié, Litec 1985.

60. Y. Saint-Jours, *Traité de Sécurité sociale*, t. 1, *Le droit de la Sécurité sociale*, L.G.D.J. 2.º ed. 1984, 560 págs.

El *Traité* de Saint-Jours, obra científica pero comprometida, tiene el mérito de presentar una visión dinámica de la institución de la Seguridad Social y de sus prestaciones. Debe subrayarse su conclusión: «el peligro de desintegración de la Seguridad Social».

61. J. Morange, *Libertés publiques*, P.U.F. col. Droit politique et théorique, 1984, 384 págs.

62. J.-M. de Forges, *Les institutions administratives françaises*, P.U.F. col. Droit politique et théorique, 1984, 400 págs.

63. J.-M. Auby y R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, t. 2, L.G.D.J. 1984, 3.ª ed. 1984, 718 págs.

El tomo 2.º de este prestigioso tratado versa fundamentalmente sobre los recursos jurisdiccionales en materia administrativa y sobre las decisiones adoptadas por las jurisdicciones administrativas.

64. A. de Laubadère, F. Moderne y P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. 1, 2.ª ed. 1983, 808 págs., y t. 2, 2.ª ed. 1984, 1122 págs.

Este Tratado, fundamental y profundamente renovado en esta 2.ª edición, constituye la obra fundamental de la materia. (Tomo 1.º: Noción de contrato administrativo - Formación de los contratos administrativos - Principios generales de la ejecución. Tomo 2.º: Las obligaciones de las partes y sus sanciones - Intervenciones de la administración en la ejecución del contrato - Incidencia de los hechos nuevos en la ejecución de los contratos administrativos - Fin de los contratos administrativos - Contencioso).

65. C. Atias, *Epistémologie juridique*, P.U.F. col. Droit politique et théorique, 1984, 222 págs.

66. B. Jadaud, *Chronique de jurisprudence fiscale*, *Rep. Defrenois* 1984, art. 33389.

## II. LEGISLACION

1. *Cuestiones generales. Informática*. Decreto núm. 84-940 de 24 octubre 1984 (J.O. 27 octubre 1984, p. 3368), relativo al *servicio público de bases y bancos de datos jurídicos*.

### 1.º DERECHO CIVIL

2. *Nacionalidad*. Ley núm. 84-341 de 7 de mayo 1984 (J.O. 10 mayo 1984, p. 1355) sobre *adquisición de la nacionalidad francesa* por un extranjero o por un apátrida que haya contraído *matrimonio con una persona de nacionalidad francesa*. Véase también el decreto núm. 84-785 de 16 agosto 1984 (J.O. 18 agosto 1984, p. 2678).

Según el artículo 37-1 nuevo del Código de la Nacionalidad francesa, «el extranjero o el apátrida que contraiga matrimonio con un cónyuge de nacionalidad francesa puede, después de un plazo de seis meses a partir del matrimonio, adquirir la nacionalidad francesa por declaración, a condición de que, en la fecha de esta declaración, la vida en común no haya cesado entre los esposos y de que el cónyuge francés haya conservado su nacionalidad».

El Gobierno puede oponerse, por *décret en Conseil d'Etat*, a la adquisición de la nacionalidad francesa por indignidad o falta de asimilación (artículo 39 C. Nac. Fr.).



3. *Extranjeros*. Decretos núms. 84-1078 y 1080 de 4 diciembre 1984 (J.O. de 5 diciembre 1984, págs. 3731 y 3733), relativos a las *condiciones de entrada y de residencia en Francia* de los extranjeros y de los miembros de las familias de los extranjeros autorizados a residir en Francia.

4. *Extranjeros*. Decreto núm. 84-1178 de 26 diciembre 1984 (J.O. 27 diciembre 1984, pág. 3989), que establece un régimen de *vigilancia especial* aplicable a determinados extranjeros no titulares de la tarjeta de residente.

5. *Familia*. Ley núm. 84-422 de junio 1984 (J.O. 7 junio 1984, pág. 1762), relativa a los *derechos de las familias en sus relaciones con los servicios encargados de la protección de la familia y de la infancia* y al *estatuto de los pupilos del Estado*.

Esta ley define, en particular, las condiciones en las que los menores admitidos en calidad de pupilos del Estado pueden ser adoptados.

6. *Familia. Pensiones alimenticias*. Ley núm. 84-1171 de 22 diciembre 1984 (J.O. 27 diciembre 1984, pág. 3983), relativa a la *intervención de los organismos deudores de prestaciones familiares para la satisfacción de créditos alimenticios impagados*.

La ley de 22 diciembre intenta resolver un grave y difícil problema: el del pago de las pensiones alimenticias en favor de los menores cuyo deudor se sustrae, total o parcialmente, a sus obligaciones. El procedimiento utilizado consiste en recurrir a los medios de acción, reconocidamente eficaces, de los organismos deudores de prestaciones familiares. Cuando el padre deudor se sustrae, total o parcialmente, al pago de la pensión fijada por sentencia ejecutoria, una prestación (llamada de «mantenimiento familiar» en el primer caso, y «diferencial» en el segundo) puede ser abonada al acreedor por el organismo social, el cual queda entonces subrogado, hasta el importe de lo que abonó, en los derechos del acreedor. El deudor se encuentra así expuesto a sufrir las acciones, especialmente eficaces, de los organismos sociales. Este procedimiento puede ser aplicado, en su caso, a otros créditos alimenticios, especialmente a la pensión debida al cónyuge o al ex-cónyuge.

Se advertirá también que la ley agrava las sanciones del *abandono de familia* (art. 357-1, 2 y 4 C. Pén.), elevando el importe de la multa a la cantidad de 500 F. a 20.000 F. (en lugar de 300 F. a 8.000 F.).

7. *Contratos. Arrendamiento con derecho de acceso (location-accession)*. Ley núm. 84-595 de 12 julio 1984 (J.O. 13 julio 1984, pág. 2251, rectificado en J.O. 21 julio 1984, pág. 2364), que define el *arrendamiento con derecho de acceso a la propiedad inmueble* (véase también el decreto núm. 84-1.081 de 4 diciembre 1984 —J.O. 5 diciembre 1984, pág. 3734— relativo a las condiciones de concesión de préstamos ayudados por el Estado para las operaciones de arrendamiento con derecho de acceso a la propiedad inmueble).

La ley de 12 julio 1984 llena una laguna de la legislación francesa que no contaba con una regulación específica de lo que hasta ese momento era denomi-

nado «arrendamiento-venta» (*location-vente*). Bajo el nombre de *arrendamiento con derecho de acceso*, la ley considera el contrato por el que un vendedor se compromete con la otra parte contratante (*accédant*) a transmitirle, por la declaración ulterior de su voluntad, y después de un período de goce a título oneroso, la propiedad de todo o parte de un inmueble, mediante el pago fraccionado o diferido del precio de la venta y la entrega de un canon hasta el día del ejercicio de la opción. Se determina que el canon así considerado es la contraprestación correspondiente al derecho al goce del local y al derecho personal a la transmisión de la propiedad del bien.

La ley, muy completa, determina cuál debe ser el *contenido del contrato* (artículos 5 a 8), fija las *garantías* de las que deben beneficiarse los contratantes (art. 9 a 27: efectos de la rescisión del contrato de la venta del inmueble o de la cesión de sus derechos por parte del que tiene el derecho de acceso; información a éste, especialmente, con un plazo mínimo de un mes entre la notificación obligatoria del proyecto de contrato al que tiene el derecho de acceso y la firma del contrato por éste (art. 23); por último, determina las obligaciones de las partes respecto de la gestión y de la conservación del inmueble.

8. *Contratos. Venta de inmueble a construir.* Ley núm. 84-601 de 13 julio 1984 (J.O. 14 julio 1984, pág. 2265), relativa a la *revisión del precio de los contratos de construcción de una casa individual y de venta de inmueble a construir.*

9. *Contratos. Arrendamiento de viviendas.* Decreto núm. 84-1201, 1202 y 1203 de 24 diciembre 1984 (J.O. 29 diciembre 1984, págs. 4032, 4033 y 4035 (*que hace obligatorios, en aplicación del artículo 54 de la ley núm. 82-526 de 22 junio 1982, los convenios de moderación de alquileres en los sectores primero, segundo y tercero.* Decreto núm. 84-1204 de 27 diciembre 1984 (J.O. 29 diciembre 1984, pág. 4035), *adoptado en aplicación del artículo 55 de la ley núm. 82-526 de 22 junio 1982, y relativo a la evolución de los alquileres en el sector cuarto.*

Sobre la ley de 1982, que prevé estos acuerdos y decretos, véase ANUARIO 1983, especialmente págs. 459-460.

10. *Liberalidades.* Ley núm. 84-562 de 4 julio 1984 (J.O. 6 julio 1984, página 2127), que permite la *revisión de las condiciones y cargas impuestas a determinadas liberalidades.*

La ley de 4 julio 1984 señala, en el ámbito de las liberalidades, un retroceso notable del principio tradicional que prohíbe la revisión de los actos jurídicos por imprevisión (consecuencia natural del principio de la fuerza obligatoria del contrato). Los artículos 900-2 a 900-7 nuevos del Código civil, creados por esta ley, regulan la facultad, conferida a todo beneficiario, de pedir judicialmente la revisión de las condiciones y cargas que gravan las donaciones o legados recibidos «cuando, a consecuencia de un cambio de las circunstancias, el cumplimiento de ellas haya llegado a ser para él extremadamente difícil o gravemente perjudicial». Tal formulación permite augurar el desarrollo de controversias, si no obscuras, sutiles. Al menos, el derecho a reclamar tal revisión, que es reconocido tanto a las personas de derecho privado como a las personas morales de derecho público (art. 2), sólo puede ser ejercitado después de los diez años siguientes a

la muerte del disponente, y sólo puede ser ejercitado de nuevo, después de una primera revisión, diez años, al menos, después de la decisión judicial que haya ordenado ésta (art. 900-5 nuevo *C. civ.*).

La ley determina, en cambio, que «si, con posterioridad a la revisión, la ejecución de las condiciones o de las cargas, tal como estaba prevista al principio, vuelve a ser posible, ella podrá ser reclamada por los herederos».

Por último, debe hacerse notar que la ley de 4 julio 1984 introduce un nuevo artículo 900-8 en el Código civil, según el cual «se considera no escrita toda cláusula por la que el disponente priva de la liberalidad a aquel que cuestione la validez de una cláusula de inalienabilidad o solicite la autorización para enajenar».

11. *Protección de los consumidores*. Decreto núm. 84-270 de 11 abril 1984 (J.O. 13 abril 1984, pág. 1144), relativo a la «*Commission de la sécurité des consommateurs*» (aplicación de la ley núm. 83-660 de 21 julio 1983, ANUARIO, 1984, pág. 800, núm. 4).

12. *Bienes*. Decreto núm. 83-1261 de 30 diciembre 1983 (J.O. 7 enero 1984, pág. 228), relativo al *permiso de construir*.

13. *Bienes*. Decreto núm. 83-1262 de 30 diciembre 1983 (J.O. 7 enero 1984, pág. 234), relativo al *certificado de urbanismo*.

14. *Bienes*. Decreto núm. 84-228 de 29 marzo 1984 (J.O. 31 marzo 1984, pág. 1011), relativo a las *parcelaciones y divisiones de la propiedad*.

15. *Bienes*. Ley núm. 84-512 de 29 junio 1984 (J.O. 30 junio 1984, pág. 2039), relativa a la *pesca en agua dulce y a la gestión de los recursos piscícolas*.

16. *Garantías. Fianza*. Ley núm. 84-148 de 1 marzo 1984 (J.O. 2 marzo 1984, pág. 751), relativas a la *prevención y regulación amistosa de las dificultades de las empresas* (arts. 48 y 49).

El artículo 48 impone, especialmente a las entidades de crédito que hayan concedido una ayuda financiera a una empresa bajo la condición de afianzamiento por persona física o jurídica, informar al fiador cada año, antes del 31 marzo, del importe del principal y de los intereses de la deuda en el 31 de diciembre del año anterior.

El artículo 49 modifica el artículo 2037 del Código civil, considerando no escrita toda cláusula por la que un fiador renuncie a hacer valer la caducidad del derecho del acreedor a la fianza cuando él deje que se extingan las otras garantías del crédito. La excepción de subrogación se hace, pues, de orden público, lo cual es acertado.

## 2.º DERECHO MERCANTIL

17. *Auxilio marítimo*. Ley núm. 84-1173 de 22 diciembre 1984 (J.O. 27 diciembre 1984, pág. 3985), que completa la ley núm. 67-545 de 7 julio 1967, *relativa a los acontecimientos del mar, y que regula la limitación de responsabilidad del que presta auxilio*.

18. *Bancos. Ley núm. 84-46 de 24 enero 1984 (J.O. 25 enero 1984, pág. 390), relativa a la actividad y al control de las entidades de crédito. Véanse también los decretos núms. 84-708 y 709 de 24 julio 1984, adoptados para la aplicación de esta ley (J.O. 25 julio 1984, págs. 2444 y 2445).*

Importante ley de 105 artículos que define la noción de entidad de crédito y precisa las condiciones de su actividad, así como las modalidades de su fiscalización. Cabe destacar particularmente, entre las numerosas soluciones interesantes, la afirmación por el artículo 58 del derecho que tiene toda persona a disponer de una cuenta bancaria: cuando una persona choca con la negativa de las entidades de crédito a abrirle una cuenta de depósito, puede pedir al Banco de Francia que le señale la entidad que estará obligada a concederle una, quedando libre, por razones de seguridad evidentes, para limitar los servicios ligados a la apertura de esa cuenta únicamente a las operaciones de caja.

Merecen, igualmente, ser destacadas:

1.º La regla dada por el artículo 60, párrafo 1.º, según la cual, un crédito abierto, con duración indeterminada, a una empresa, sólo puede ser reducido o interrumpido con notificación escrita, y al expirar un plazo de preaviso, fijado en el momento de la concesión de la ayuda.

2.º La regla, inversa, afirmada por el artículo 60, párrafo 2.º, que autoriza a la entidad de crédito a interrumpir sin aviso previo una apertura de crédito, sea o no determinada la duración, en caso de comportamiento gravemente reprehensible del beneficiario del crédito o cuando la situación de éste apareciere gravemente comprometida. Es decir, que la responsabilidad de las entidades de crédito siempre podrá estar comprometida para conservación de un crédito artificial en provecho de una empresa abocada a la quiebra.

19. *Patentes de invención. Acción por copia o imitación. Ley núm. 84-500 de 27 junio 1984 (J.O. 28 junio 1984, pág. 2008) que modifica y completa determinadas disposiciones de la ley núm. 68-1 de 2 enero 1968 sobre las patentes de invención.*

20. *Crédito. Decreto núm. 84-76 de 31 enero 1984 (J.O. 2 febrero 1984, pág. 498), relativo a la organización de las Cajas de ahorros y de previsión.*

21. *Empresas. Ley núm. 84-578 de 9 julio 1984 (J.O. 11 julio 1984, pág. 2203, y rectificado en J.O. 14 julio 1984, pág. 2271), sobre el desarrollo de la iniciativa económica.*

22. *Empresas. Decreto núm. 84-405 de 30 mayo 1984 (J.O. 31 mayo 1984, pág. 1698), que modifica y completa el decreto núm. 81-257 de 18 marzo 1981 que instituye centros de formalidades de las empresas (véase ANUARIO, 1982, página 708, núm. 11).*

23. *Empresas de prensa. Ley núm. 84-937 de 23 octubre 1984 (J.O. 24 octubre 1984, pág. 3323), que tiende a limitar la concentración, y a asegurar la transparencia financiera y el pluralismo de las empresas de prensa.*

24. *Quiebra*. Ley núm. 84-148 de 1 marzo 1984 (J.O. 2 marzo 1984, pág. 751), relativa a la *prevención y a la regulación amistosa de las dificultades de las empresas*

La ley de 1 marzo 1984 modifica profundamente la ley núm. 66-537 de 24 julio 1966 sobre sociedades mercantiles. Su objeto consiste, esencialmente, en aumentar las posibilidades de recuperación de las empresas antes de la apertura de cualquier procedimiento colectivo. Con este fin, se prevén diversos procedimientos de control y de alerta. La ley contiene otros elementos interesantes, especialmente en materia de fianza (véase *supra*, núm. 16).

25. *Registro mercantil (registre du commerce et des sociétés)* Decretos núms. 84-406 y 407 de 30 mayo 1984 (J.O. 31 mayo 1984, págs. 1699 y 1708).

Estos dos decretos renuevan completamente la organización y el funcionamiento del Registro Mercantil.

26. *Sociedades mercantiles. Registro mercantil*. Ley núm. 84-1149 de 21 diciembre 1984 (J.O. 22 diciembre 1984, p. 3943), relativa a la *domiciliación de las empresas*.

27. *Sociedades cooperativas*. Decreto núm. 84-1027 de 23 noviembre 1984 (J.O. 24 noviembre 1984, pág. 3620), relativo a las modalidades de *ejecución del procedimiento de revisión cooperativa, correspondiente a determinadas categorías de organismos cooperativos*.

Se trata de textos que regulan el procedimiento de revisión cooperativa, el cual tiene por objeto el examen crítico y analítico de la situación y funcionamiento de la cooperativa, a la vista de las cuentas anuales de ésta.

### 3.º DERECHO PENAL

28. *Abandono de familia*. Véase *supra*, núm. 6.

29. *Infracciones a la seguridad de los consumidores. Fraudes y falsificaciones*. Decreto núm. 84-272 de 11 abril 1984 (J.O. 13 abril 1984, pág. 1145), que determina las *sanciones aplicables en caso de infracciones a las disposiciones adoptadas en aplicación de la ley núm. 83-660 de 21 julio 1983, relativa a la seguridad de los consumidores* (cfr. ANUARIO, 1984, pág. 800, núm. 4).

### 4.º DERECHO PROCESAL

30. *Ayuda judicial*. Decreto núm. 84-255 de 9 abril 1984 (J.O. 10 abril 1984, pág. 1109) relativo a la *indemnización de las comisiones y designaciones de oficio*.

31. *Ayuda judicial*. Decreto núm. 84-1218 de 28 diciembre 1984 (J.O. 30 diciembre 1984, p. 4142), que modifica el decreto de 1 septiembre 1972, adoptado

en aplicación de la ley núm. 72-11 de 3 enero 1972, relativa a la *ayuda judicial, y a la indemnización de las comisiones y designaciones de oficio.*

32. *Procedimiento civil.* Decreto núm. 84-618 de 13 julio 1984 (J.O. 18 julio 1984, pág. 2311, y rectificado en J.O. 18 agosto 1984, pág. 2678), *que modifica determinadas disposiciones sobre procedimiento civil y organización judicial.*

Entre disposiciones muy diversas, algunas de las cuales relativas al *divorcio*, cabe destacar en particular, a propósito de este último, la nueva redacción del artículo 1.122 Nuevo C. Pr. Civ.: «El efecto suspensivo que se vincula al recurso de casación, así como a su plazo, no se aplica a las disposiciones de la resolución relativas a las pensiones, la guarda de los hijos o el goce de la vivienda y del mobiliario».

33. *Procedimiento penal. Detención provisional.* Ley núm. 84-576 de 9 julio 1984 (J.O. 10 julio 1984, pág. 2177), que tiende a *reforzar los derechos de las personas en materia de detención provisional y de ejecución de una orden judicial.*

34. *Procedimiento penal.* Ley núm. 84-1150 de 21 diciembre 1984 (J.O. 22 diciembre 1984, pág. 3944), relativa al *traslado a Francia de personas condenadas y detenidas en el extranjero.*

El texto prevé, en particular, la posible adaptación de la pena pronunciada en el extranjero cuando, por su naturaleza o duración, resulte más rigurosa que la que prevé la ley francesa para los mismos hechos (art. 713-3 nuevo C. Pr. Pen.).

## 5.º DERECHO AGRARIO

35. *Arrendamiento.* Ley núm. 84-741 de 1 agosto 1984 (J.O. 2 agosto 1984, pág. 2543), relativa al *control de las estructuras de las explotaciones agrícolas y al estatuto del arrendamiento.*

La ley define, especialmente, las condiciones en las que el arrendatario puede realizar o hacer realizar trabajos de mejora en la finca arrendada (art. L. 411-73 C. agr.).

## 6.º DERECHO SOCIAL Y PROFESIONAL

36. *Seguros. Intermediarios.* Decreto núm. 84-298 de 20 abril 1984 (J.O. 25 abril 1984, p. 1239), relativo a las *condiciones de cualificaciones profesionales prescritas para la propuesta de operaciones de seguros o de capitalización.*

37. «*Conseil de prud'hommes*». Decreto núm. 84-360 de 10 mayo 1984 (J.O. 15 mayo 1984, pág. 1406), relativo al «*Conseil supérieur de la prud'homie*».

El «*Conseil supérieur de la prud'homie*» está instituido para formular dictámenes y sugerencias, y para realizar estudios sobre la organización y el funcionamiento de los «*conseils de prud'hommes*».

38. «*Conseil de prud'hommes*». Decreto núm. 84-1170 de 12 diciembre 1984 (J.O. 26 diciembre 1984, pág. 3976), que fija la *cuantía de competencia en última instancia*.

Esta cuantía está fijada en 13.000 F.

39. *Contrato de trabajo. Permiso a los padres. Trabajo a tiempo parcial*. Ley núm. 84-9 de 4 enero 1984 (J.O. 5 enero 1984, pág. 174) relativa al *permiso a los padres por razones de educación, y al trabajo a media jornada de los padres de un menor*.

40. *Contrato de trabajo*. Decreto núm. 84-410 de 30 mayo 1984 (J.O. 2 junio 1984, pág. 1726) relativo a la *ayuda a la reducción concertada del tiempo de trabajo a fin de mejorar el empleo*.

41. *Contrato de trabajo*. Circular de 2 mayo 1984 (J.O. 7 junio 1984, N.C. pág. 4995) que da *instrucciones sobre la aplicación de la ley núm. 83-635 de 13 julio 1983 relativa a la igualdad profesional de hombres y mujeres* (cf. ANUARIO, 1984, pág. 805, núm. 37).

42. *Contrato de trabajo*. Decreto núm. 84-1057 de 30 noviembre 1984 (J.O. 1 diciembre 1984, pág. 3690) relativo al *contrato de adaptación a un empleo o a un tipo de empleo*.

En el marco de la lucha contra el paro y, en particular, el paro de los jóvenes, el decreto de 30 noviembre 1984 introduce contratos de adaptación destinados a facilitar la inserción profesional de los jóvenes por medio de un complemento de formación. Son contratos de duración determinada o indeterminada que deben prever, en el marco de las horas de trabajo, una formación correspondiente a los puestos de trabajo ocupados.

43. *Contrato de trabajo. Huelga*. Ley núm. 84-1286 de 31 diciembre 1984 (J.O. 1 enero 1985, pág. 9) relativa al *ejercicio del derecho de huelga en los servicios de la navegación aérea*.

El artículo 2 de la ley establece un servicio mínimo que debe estar asegurado en cualquier circunstancia.

44. *Extranjeros*. Decreto núm. 84-1079 de 4 diciembre 1984 (J.O. 5 diciembre 1984, pág. 3732) relativo a los *permisos de trabajo concedidos a los trabajadores extranjeros*.

45. *Formación profesional*. Ley núm. 84-130 de 24 febrero 1984 (J.O. 25 febrero 1984, pág. 683) que introduce la *reforma a la formación profesional continua*. Véanse también los decretos núm. 84-613 de 16 julio 1984 (J.O. 17 julio 1984, pág. 2296) y núm. 84-738 de 17 julio 1984 (J.O. julio 1984, pág. 2520).

46. *Seguridad Social*. Ley núm. 84-575 de 9 julio 1984 (J.O. 10 julio 1984, pág. 2171) que incluye *diversas disposiciones de tipo social*.

## III. JURISPRUDENCIA

## 1.º PERSONAS - FAMILIA

## 1. Nombre - Nombre propio - Elección - Requisitos.

*Del artículo 1.º de la ley de 11 germinal, Año XI, resulta que, «a salvo los usos y las tradiciones familiares que deban respetarse, sólo pueden ser admitidos como nombres propios los nombres que estén en uso en los diferentes calendarios y los de los personajes conocidos de la historia antigua».* (Civ. 1.º; 17 julio 1984, D. 1984, 609 nota J. Massip. Rép. Defrenois 1984, art. 33428, núm. 103, obs. J. Massip).

La «Cour de cassation» confirma las decisiones judiciales que rehúsan aceptar como nombre propio la palabra «Manhattan», nombre de lugar que, como designación de persona, no tiene conexión con ninguna tradición extranjera o francesa, nacional o local.

## 2. Mayores de edad incapaces - Tutela - Requisitos - Comprobación médica.

*«Si, de los artículos 490 y 493-1 del Código civil, resulta que la alteración de las facultades mentales o corporales del enfermo debe ser especialmente determinada y comprobada por un médico especialista previamente a la sujeción a tutela o a curatela, la persona objeto de esta medida no puede hacer valer la falta de comprobación médica de la alteración de sus facultades cuando, por su propia actuación, ha hecho imposible esta comprobación negándose a todo examen médico».* Civ. 1.º, 10 julio 1984, nota J. Massip, Rep. Defrenois 1984, art. 33429, núm. 109 obs. J. Massip).

La solución de principio adoptada por la «Cour de cassation» se caracteriza por el realismo y es muy oportuna. Por grave que sea la sujeción a tutela — o a curatela — de un mayor, no debe poder ser frustrada por el comportamiento de éste cuando, por otra parte, y la sentencia insiste en ello, los tribunales de instancia determinan formalmente, de una parte, que el interesado se ha substraído deliberadamente a los exámenes médicos haciéndolos, por tanto, imposibles, y, de otra parte, que existe un conjunto significativo de elementos y de circunstancias que revela una alteración grave y habitual de sus facultades mentales. La acertada exigencia de condiciones tan caracterizadas evita el riesgo de una aplicación «laxa» de la solución consagrada por el Alto Tribunal.

## 3. Filiación natural - Investigación de la paternidad - Titular de la acción.

*Del párrafo 2.º del artículo 340-2 del Código civil resulta que, durante la minoría de edad del hijo, la madre tiene, por su sola calidad de madre, acción para la investigación de la paternidad sin tener que solicitar autorización del juez de tutelas.* (Civ. 1.º, 12 octubre 1983, Rép. Defrenois 1984, art. 33230, núm. 5, obs. J. Massip).

Abandonando una posición contraria (Civ. 1.º, 22 febrero 1960, Bull. civ. 1, núm. 121, p. 97 D. 1960, Somm. 69), la «Cour de cassation» consagra, con razón, la acción personal de la madre para la investigación de la paternidad.



## 4. Divorcio. Prestación compensatoria. Revisión.

*Habiéndose determinado por los tribunales de instancia la imposibilidad actual y persistente del deudor de una prestación compensatoria para hacer frente a sus obligaciones, procede la revisión de éstas en razón de la excepcional gravedad que para el interesado tendrían las consecuencias de una falta de revisión, importando poco la conformidad que dio este deudor sobre el importe de la renta al tiempo del procedimiento de divorcio.* (Civ. 2.ª, 11 julio 1983, Bull. civ. II, núm. 150, pág. 104, Rép. Defrenois 1984, art. 33368, núm. 76, obs. J. Massip).

En su sentencia, la «Cour de cassation» subraya que el principio de la fuerza obligatoria del contrato, establecido por el artículo 1139 del Código civil, no puede ser obstáculo para la revisión excepcional prevista por el artículo 273 del mismo Código, texto de orden público imperativo.

## 5. Divorcio. Prestación compensatoria. Condición.

*«Cuando la prestación compensatoria, que tiene un carácter liquidatorio-global, toma la forma de una renta, ésta, si bien puede estar atribuida con una duración inferior a la vida del esposo acreedor, no puede hacerse depender de una condición».* (Civ. 2.ª, 2 mayo 1984, 579 nota R. Lindon y A. Bénabent).

En el supuesto, la renta había sido atribuida a la mujer hasta su eventual matrimonio. Esta alteración del carácter liquidatorio-global de la prestación compensatoria, carácter querido por la ley para evitar procesos demasiado frecuentes, es firmemente condenada por la «Cour de cassation».

## 2.º BIENES

## 6. Copropiedad. Cargas. Reparto. Nulidad.

*La acción de nulidad de las cláusulas de un estatuto de copropiedad relativas al reparto de las cargas que no estén conformes con las disposiciones de orden público del artículo 10 de la ley de 10 julio 1965, no está sometida a la prescripción decenal que establece el artículo 42 de esta ley.*

*La anulación judicial del reparto de cargas que no se ajustan al criterio legal de utilidad implica necesariamente para los jueces la potestad de determinar cómo han de repartirse las cargas.* (Civ. 3.ª, 13 junio 1984, Bull. civ. III, núm. 115, pág. 91; Rép. Defrenois 1984, art. 33432, núm. 112, obs. H. Souleau).

Por esta sentencia, la «Cour de cassation» afirma dos principios que no exigían los términos de la ley, al guardar silencio en cuanto a la potestad de los jueces para proceder al reparto de las cargas. Se puede pensar que esta doble solución encuentra su justificación en la oportunidad.

## 3.º OBLIGACIONES

## 7. Contrato. Acción pauliana. Requisitos. Crédito.

*«Para que la acción pauliana pueda ejercitarse, no es necesario que el crédito que invoca el demandante haya sido determinado y exigible en el momento del*

*acto tachado de fraudulento... Basta ... que un principio del crédito existiera antes de la conclusión de dicho acto por el deudor». (Civ. 1.ª, 17 enero 1984, D. 1984, 438, nota P. Malaurie).*

Esta sentencia de 17 enero 1984 manifiesta claramente la firmeza de la interpretación extensiva del artículo 1.167 del Código civil, admitida por la «Cour de cassation» contra los comportamientos fraudulentos de los deudores.

#### 8. Contrato. Estabilización. Validez. Requisitos.

*«La validez de una cláusula de estabilización debe ser apreciada en el momento de la conclusión del contrato, y no puede ser afectada por el cambio de actividad del deudor, sobrevenido con posterioridad». (Civ. 1.ª, 6 junio 1984, Rép. Defrenois 1984, art. 33390, núm. 96, obs. G. Vermelle).*

En Derecho francés, salvo algunas excepciones, la ley sólo admite la validez de una cláusula de estabilización de las deudas de dinero si el índice escogido está en relación bien con el objeto del contrato o bien con la actividad de una de las partes. El problema planteado a la «Cour de cassation» consistía en saber lo que ocurriría con una cláusula así cuando la relación del índice escogido con la actividad de uno de los contratantes se encontrara ulteriormente rota por el cambio de actividad de éste. Muy acertadamente, la «Cour de cassation» considera que la validez de la cláusula no se encuentra afectada por tal circunstancia. La solución está de acuerdo con el principio según el cual la validez de un contrato se aprecia en el día en que se concluyó.

#### 9. Responsabilidad civil. Menor de poca edad. Imputabilidad.

*«El Tribunal de apelación, que no estaba obligado a comprobar si la menor era capaz de discernir las consecuencias de sus actos, ha podido establecer, sobre la base del artículo 1.382 del Código civil, que la víctima había cometido una falta que había concurrido a la realización del daño en una proporción soberanamente apreciada». (Pleno 9 mayo 1984, sentencia núm. 212 y 213).*

*«Para que se presuma, sobre la base del artículo 1.384, párrafo 4, del Código civil, la responsabilidad del padre y de la madre de un menor que viva con ellos, basta que éste haya cometido un acto que sea la causa directa del daño invocado por la víctima». (Pleno, 9 mayo 1984, sentencia núm. 211, comentado, con los precedentes Rép. Defrenois 1984, art. 33368, núm. 82, obs. J.-L. Aubert. Véase también, *supra*, Bibliografía, núm. 26, 27, 28, 29).*

Muy esperada por una doctrina dividida, estas sentencias pronunciadas por el Pleno de la «Cour de cassation» consagran la teoría de la *responsabilidad objetiva*, en virtud de la cual las condiciones de la responsabilidad civil no imponen a su autor la imputabilidad del comportamiento dañoso. Esta solución, que rompe indiscutiblemente con una larga tradición del Derecho francés, que sólo admitía la responsabilidad de las personas dotadas de discernimiento, era la llamada por la reforma llevada a cabo en 1968 y según la cual (art. 489-2 nuevo del Código civil) las personas que hayan causado un daño bajo el imperio de una perturbación mental están, sin embargo, obligadas a repararlo (cf. J. Flour y J.-L. Aubert, *Les obligations*, vol. 2, *Le fait juridique*, ed. 1984, con *addendum* de actualización, núms. 601 y ss.).

## 10. Responsabilidad civil. Hecho de las cosas. Hecho personal.

«Sólo un acontecimiento que constituya un caso de fuerza mayor exonera al que tiene la guarda de la cosa, instrumento del daño, de la responsabilidad en que incurre, en aplicación del artículo 1.348, párrafo 1.º, del Código civil; por tanto, el comportamiento de la víctima, si no ha sido imprevisible o irresistible para el que tiene la guarda de la cosa, no puede exonerarle ni siquiera parcialmente».

El Tribunal de apelación, al repartir, en aplicación del artículo 1.382 del Código civil, la responsabilidad de dos conductores, en consideración a sus respectivas culpas, cuando los demandantes basaban también sus demandas en el artículo 1.348, párrafo 1.º, del mismo Código, ha violado este texto por rehusar aplicarlo. (Civ. 2.ª, 25 enero 1984, D. 1984, 242, nota C. Larroumet).

La sentencia de 25 enero 1984 es importante. No sólo reitera firmemente, junto con otras muchas sentencias, la jurisprudencia instaurada por la sentencia *Desmares* de 21 julio 1982 (cf. A.D.C. 1983, pág. 467, núm. 9 y A.D.C. 1984, pág. 809, núm. 10), a propósito de la responsabilidad por hecho de las cosas, sino que también zanja la dificultad nacida de un posible cúmulo de la responsabilidad por hecho de las cosas (art. 1.384, párrafo 1.º) y de la responsabilidad por hecho personal por culpa probada (art. 1.382), la cual puede beneficiarse con una exoneración parcial en caso de culpa simple de la víctima. La «Cour de cassation» establece claramente un principio de primacía de la responsabilidad por hecho de las cosas, solución que confiere a la sentencia *Desmares* un alcance aún mayor (véase, en el mismo sentido, Civ. 2.ª, 3 febrero 1983, J.C.P. 1984, II, 20270, nota F. Chabas).

## 4.º GARANTIAS - PUBLICIDAD INMOBILIARIA

## 11. Fianza. Fiador solidario. Compensación judicial.

Según los artículos 1.294, párrafo 1.º, y 2.036 del Código civil, «el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que corresponden al deudor principal y que sean inherentes a la deuda, y, especialmente, la compensación de lo que el acreedor deba al deudor principal». (Civ. 1.ª, 1 junio 1983, D. 1984, 157, nota J.-L. Aubert, *Rép. Defrenois* 1984, art. 33251, núm. 26, obs. J.-L. Aubert).

La sentencia de 1 junio 1983 zanja, en contra de la opinión de la doctrina dominante, la dificultad provocada por el convenio de fianza solidaria, el cual obliga a combinar, especialmente, el artículo 1.294, párrafo 1.º, que autoriza al fiador a oponer la compensación de lo que el acreedor debe al deudor principal, y el artículo 1.294, párrafo 3.º, que, por el contrario, niega esta posibilidad al deudor solidario. Debe aprobarse la solución consagrada que hace prevalecer el párrafo 1.º sobre el 3.º. Tal solución está de acuerdo con el carácter excepcional de la regla establecida por el párrafo 3.º del artículo 1.294, regla cuya aplicación limita la jurisprudencia sólo a los casos de solidaridad pura y simple (cf. Com. 19 julio 1982, *Bull. civ.* IV, núm. 278, pág. 240, que rehúsa aplicarla a la obligación *in solidum*).

## 12. Prenda. Constitución. Requisitos. Crédito. Entrega de la posesión. Imposibilidad.

*Si, en aplicación del artículo 2.076 del Código civil, «el privilegio sólo subsiste sobre la cosa dada en prenda en tanto que ésta haya sido entregada y haya permanecido en la posesión del acreedor, esta posesión está suficientemente realizada en el caso de que la prenda recaiga sobre un crédito y de que la tradición sea materialmente imposible, por la notificación hecha al que es deudor del crédito dado en prenda».* (Civ. 1.ª, 10 mayo 1983, D. 1984, 433, nota Légier, Rép. Dèfrenois 1983, art. 33161, nota Piédelièvre).

La sentencia de 10 mayo 1983 da, a la formalidad de la notificación de la constitución en prenda al deudor del crédito pignorado, un sentido nuevo: mientras que esta formalidad es, tradicionalmente exigida por el artículo 2.075 a fines de publicidad, se hace requisito de constitución de la prenda cuando la entrega de un título de crédito es imposible, por ejemplo, como en el supuesto, cuando el crédito afectado no está aún liquidado.

### 13. Publicidad inmobiliaria. Usucapión. Título no publicado.

*«Incluso en defecto de transcripción en el registro, el acto por el que la parte que invoca la usucapión abreviada ha recibido la posesión del terreno constituye un justo título desde el momento en que este acto era susceptible de transferir la propiedad».* (Civ. 3.ª, 31 enero 1984, D. 1984, 396, nota J-L Aubert).

En Derecho francés, la publicidad registral no es atributiva de la propiedad. La sentencia de 31 enero 1984 subraya esta autonomía de la publicidad registral con respecto a la cuestión de la atribución de la propiedad. La solución admitida por la «Cour de cassation» debé aprobarse, especialmente, porque la inoponibilidad de los actos no inscritos es una solución de excepción cuyo ámbito de aplicación está estrictamente limitado a cuestiones que dependen de la publicidad registral, en concreto, para resolver conflictos entre quienes han adquirido *de un mismo causante* derechos que concurren sobre un mismo inmueble. El que invoca la usucapión queda necesariamente fuera de esta hipótesis.

## 5.º CONTRATOS

### 14. Alimentos convenidos. Desacuerdo entre las partes. Conversión.

*Cuando la obligación, que no ha podido ser satisfecha in natura, debido a desacuerdos entre las partes, era la de cuidar a los vendedores durante toda la vida, procede fijar una renta equivalente a esta obligación.* (Civ. 1.ª, 18 julio 1984. Rép. Dèfrenois 1984, art. 33432, núm. 116, obs. G. Vermelle).

### 15. Arrendamiento de vivienda. Ley de 22 junio 1982. Ambito de aplicación. Residencias secundarias.

*«El derecho fundamental a la vivienda (al «habitat»), afirmado por el artículo 1.º de la ley 22 junio 1982, no se refiere a las residencias secundarias, las cuales quedan, pues, fuera del conjunto de reglas establecidas por esta ley».* (Civ. 3.ª, 29 noviembre 1983, D. 1984, 41, nota C. Giverdon).

La solución afirmada por la «Cour de cassation» ha sorprendido a la mayor

parte de los comentaristas de la ley de 22 junio 1982. En efecto, los trabajos parlamentarios dejaban entender con bastante claridad, que la ley debía aplicarse no sólo a los arrendamientos que aseguran una vivienda principal, sino también a los relativos a una residencia secundaria. Sin embargo, se debe aprobar que la «Cour de cassation» haya resuelto de este modo: el derecho a la vivienda (al «habitat») no tiene nada que ver con las residencias secundarias, al menos si por ello se entiende residencias accesorias que no son complementos indispensables (por razones profesionales o de salud, por ejemplo) de la vivienda principal. (cf. las observaciones de Giverdon pág. 42, col. 2, y la sentencia Civ. 2.ª, 7 marzo 1984, D. 1984, 343, nota Giverdon).

16. Venta. Derecho de tanteo. «Société d'Aménagement foncier et d'Etablissement rural» (S.A.F.E.R.).

*Respecto de una SAFER a la que había sido notificado el proyecto de venta de una parcela y que había declarado su intención de ejercitar su derecho de tanteo, pero al precio que fijaran los jueces, pues el precio ofrecido le parecía exagerado, la cantidad en que se fijó el valor de dicha parcela no debe producir interés desde la fecha de la declaración hecha por la SAFER, pues, en esta fecha, ninguna venta se había producido todavía, dado que el precio estaba en discusión.* (Civ. 3.ª, 27 octubre 1983, Bull. civ. III, núm. 208, pág. 158, Rép. Defrenois 1984 art. 33432, núm. 68, obs. G. Vermelle).

La «Cour de cassation» expresa aquí la idea de que la oposición por la SAFER al precio ofrecido para la venta de la finca no equivale a la aceptación de la oferta de venta que se le hizo y que, por tanto, ningún contrato se realizó con ella en tanto que ella, después de la fijación del precio de la venta por el juez, no haya aceptado éste.

17. Venta. Estabilización. Requisitos.

Véase *supra*, núm. 8.

## 6.º REGIMENES MATRIMONIALES. LIBERALIDADES. SUCESIONES

18. Regímenes matrimoniales. Comunidad. Ganancias y salarios. Libre disposición.

*Después de haber recordado que cada cónyuge tiene la potestad para disponer de sus ganancias y salarios, a título gratuito u oneroso, tras haber satisfecho la parte que le corresponda de las cargas del matrimonio y apreciado soberanamente que, en el supuesto, el marido había satisfecho efectivamente la suya, un Tribunal de apelación ha podido admitir el principio de la validez de las donaciones de dinero procedente de las ganancias y salarios, por un marido sometido al régimen de comunidad de bienes, desde el momento en que no fue alegado ante los tribunales que las cantidades donadas habían sido «economizadas» (capitalizadas).* (Civ. 1.ª, 29 febrero 1984, D. 1984, 601, nota D. Martin, Rép. Defrenois 1984, art. 33379, núm. 97, obs. G. Champenois).

La sentencia de 29 febrero 1984 parece replantearse el principio, considerado por algunos como ya establecido, de la libre disposición por el cónyuge sometido al régimen de comunidad de bienes, de sus ganancias y salarios. La sentencia, en efecto, introduce en él, con bastante claridad, un límite: dicho principio sólo jugaría en tanto que las ganancias y salarios no hayan sido aún «economizados». Por el contrario, su «economización» los haría caer bajo el régimen ordinario de los bienes comunes, que impone, en particular, la *cogestión* en materia de donaciones. Queda por saber a partir de qué momento y en consideración a qué circunstancias las ganancias y salarios deben considerarse como «economizados».

19. Regímenes matrimoniales. Comunidad. Administración. Sustitución del marido por la mujer.

*Al establecer, en el artículo 1.426 del Código civil, la posibilidad para un cónyuge de pedir a los tribunales que se le transfieran las potestades de su consorte sobre los bienes comunes, cuando la gestión de éste manifieste ineptitud o fraude, el legislador ha querido sancionar la mala gestión, incluso si no ha sido efectuada con la intención de despojar al consorte de sus derechos en la comunidad.*

*Justifica legalmente su decisión de sustituir al marido por la mujer en la gestión de los fondos de la comunidad, procedentes de la venta de un inmueble común, el Tribunal de apelación, que aprecia, por parte del marido, una extralimitación voluntaria de sus potestades sobre este inmueble común, que había vendido haciendo caso omiso de la negativa de su mujer, en un momento en que los esposos vivían separados. (Civ. 1.º, 3 enero 1984, Rép. Defrenois 1984, art. 33354, núm. 70, obs. G. Champenois).*

Esta sentencia constituye la primera aplicación judicial conocida del artículo 1.426. Hace una interpretación, manifiestamente extensiva —y, sin duda, útil— de este texto: en efecto, si, en el supuesto, había con seguridad *falta* del marido, en modo alguno, por el contrario, estaba justificado cualquier tipo de fraude o ineptitud por su parte.

20. Regímenes matrimoniales. Mandato. Donación.

*«De los artículos 894 y 1.422 del Código civil resulta que el mandato debe ser especial cuando se confiera para hacer una donación o para consentir que una donación recaiga sobre bienes comunes». (Civ. 1.º, 29 junio 1983, Bull. civ. I, núm. 192, pág. 169, Rép. Defrenois 1984, art. 33267, núm. 38, obs. G. Champenois).*

La sentencia de 29 junio 1983 determina el alcance del artículo 218 del Código civil según el cual «un esposo puede conferir su mandato al otro para representarlo en el ejercicio de las potestades que el régimen matrimonial le atribuya». Con el fin de salvaguardar el principio de la *cogestión* que establece la ley para las donaciones (art. 1.422), la «Cour de cassation» exige, en este caso, un mandato *especial*, es decir, que indique a la vez la naturaleza del acto a realizar y el objeto de este acto. Se trata de una prudente precaución que podría valer igualmente para todos los actos sometidos a *cogestión*, como la venta de un inmueble o de un establecimiento mercantil, según el artículo 1.424 (cf. las observaciones de Champenois).

21. Regímenes matrimoniales. Comunidad. Reembolso. Intereses. Modo de cálculo.

«Si, conforme al artículo 1.473 del Código civil, los reembolsos debidos por la comunidad o a la comunidad conllevan los intereses de pleno derecho desde el día de la disolución, del artículo 1.469, párrafo 3.º, del Código civil resulta que la masa en la que se encuentra el bien debe reembolsar por el provecho que ella obtiene el día de la indemnización; un Tribunal de apelación ha estimado pues, con razón, que los intereses de este reembolso sólo podían correr de pleno derecho a partir del día en el que el provecho que lo hizo nacer hubiera sido determinado mediante la valoración que de él se hubiere realizado. (Civ. 1.ª, 17 julio 1984, Rép. Defrenois 1984, art. 33378, nota G. Morin).

Contra el tenor literal, muy claro, del artículo 1.473, la «Cour de cassation» afirma aquí el principio de que cuando el reembolso debe fijarse en la medida del provecho subsistente —y no del gasto hecho— los intereses no pueden correr de pleno derecho a partir del día de la disolución del régimen sino sólo desde el día de la evaluación de este reembolso, es decir, en el momento más cercano posible el de la liquidación del régimen. La solución encuentra su principal justificación en una consideración de equidad: el modo de cálculo propuesto por el artículo 1.473 puede llevar, cuando el reembolso es medido según el provecho subsistente; a una deuda de intereses insoportable para el deudor.

22. Regímenes matrimoniales. Ventajas matrimoniales. Comunidad universal. Divorcio. Revocación.

«El artículo 267-1 del Código civil establece que, si el divorcio se acordó por culpa de ambos cónyuges, cada uno de ellos puede revocar total o parcialmente las ventajas que había acordado en favor del otro; este texto, redactado en términos generales, quiere aplicarse, como el artículo 1.527 del Código civil, a todas las ventajas que uno de los cónyuges pueda obtener de las cláusulas de una comunidad convencional y, especialmente, de la adopción del régimen de comunidad universal; con razón, pues, la sentencia impugnada decidió que la liquidación de los intereses de los esposos debería hacerse sin tener en cuenta las ventajas matrimoniales consentidas por el marido a su esposa, como si los bienes aportados por él nunca hubieran entrado a formar parte de la comunidad». (Civ. 1.ª, 19 octubre 1983, D. 1984, 229, nota J. Massip).

La «Cour de cassation» ha resuelto, haciendo aplicación del principio tradicional de interpretación que pretende que no hay por qué distinguir allí donde la ley no distingue. Su solución tiene, evidentemente, valor de principio.

23. Sucesiones. Ocultación de bienes hereditarios. Usufructo. Sanción.

«La ocultación de bienes hereditarios sólo priva a su autor de su parte en los bienes ocultados en la medida en que estos bienes debían ser compartidos; de lo que se sigue que, cuando el heredero víctima de la ocultación no tenía otro derecho que el de usufructo, la sanción de la ocultación sólo puede recaer sobre el goce de los bienes distraídos». (Civ. 1.ª, 12 julio 1983, D. 1984, 237, nota H. Souleau).

El problema planteado a la «Cour de cassation» —sanción de la ocultación de un bien al cual el heredero víctima sólo es llamado en usufructo— no tiene una solución verdaderamente satisfactoria. O bien se priva al autor de la ocultación de todo derecho sobre este bien, pero entonces se desnaturaliza de la situación jurídica de la víctima, que va a heredar en plena propiedad cuando no tiene otro derecho que en usufructo (tal era la solución admitida por el Tribunal de instancia, cuya decisión fue revocada). O bien se salvaguardan únicamente los derechos del heredero en usufructo, conservando el autor de la ocultación su derecho de nudo-propietario sobre los bienes ocultados. Esta es la solución que admite la «Cour de cassation», solución que puede no aprobarse ya que conduce a suprimir la sanción a la ocultación en esta hipótesis, y ello, en contradicción con la letra del artículo 792 del Código civil, según el cual el ocultador no puede «pretender *parte alguna* en los objetos distraídos u ocultados».





# Información Legislativa (\*)

A cargo de PEDRO ELIZALDE AYMERICH

## I. DERECHO CIVIL

### 1. *Parte General*

1. DERECHOS DE LA PERSONA. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Instrumento de adhesión de 17 de enero de 1985 («B. O. E.» del 2 de abril).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, fue ratificado por España mediante Instrumento de 13 de abril de 1977. El Protocolo Facultativo, de igual fecha que el Pacto, que ahora se firma, faculta al Comité de Derechos Humanos (creado por el mismo Pacto) para «recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de este Estado (firmante) y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto».

Sólo se podrá acudir al Comité previo agotamiento de todos los recursos internos disponibles y la competencia de aquél consiste en la presentación de observaciones a los Estados Partes y la formulación de un informe anual.

2. DERECHO DE ASILO. Se aprueba el Reglamento.

Real Decreto 511/1985, de 20 de febrero («B. O. E.» del 19 de abril).

La Ley 5/1984, de 26 de marzo (reseñada en este Anuario, XXXVII-II, disposición núm. 4 de la Información legislativa) reguló el asilo, como derecho reconocido a los extranjeros, y el régimen jurídico de los refugiados, cumpliendo la previsión del artículo 13, p. 4, de la Constitución. El presente Reglamento, como corresponde a su naturaleza, desarrolla el régimen y la tramitación de los procedimientos administrativos que deben seguirse para lograr la concesión del asilo o el reconocimiento de la condición de refugiado.

---

(\*) Se refiere a las disposiciones publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» durante el segundo trimestre de 1985.

3. DERECHOS DE LA PERSONA. Modificación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo («B. O. E.» del 30).

A) Esposición:

Se reforma la Ley reguladora de la protección del derecho al honor, a la intimidad personal familiar y a la propia imagen (Ley Orgánica 1/1982, artículo 2, párr. 2), para establecer que no se considerará producida intromisión ilegítima en tales derechos «cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones». De forma complementaria, se introduce la necesidad de autorización del Congreso de los Diputados o del Senado, utilizándose el procedimiento de los suplicatorios, para seguir un proceso civil contra un Diputado o Senador en aplicación de la citada Ley Orgánica 1/1982.

La reforma tiene, además, aplicación retroactiva, pues dada la formulación del nuevo texto, resulta aplicable a los procesos ya iniciados a su entrada en vigor.

B) Observaciones:

La presente Ley, que funda la reforma que introduce en la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias, constituye un claro ejemplo de utilización abusiva de los principios constitucionales. Supone, en efecto, la aplicación del artículo 71 de la Constitución a un ámbito totalmente extraño a su naturaleza y llega a vulnerar los derechos de los particulares, que también están proclamados por la Constitución y con fuerza superior (art. 18, con la máxima garantía de los apartados 1 y 2 del art. 53).

El nuevo régimen consiste, estrictamente, en la concesión de un privilegio a los parlamentarios, llamado a tener eficacia en situaciones privadas y determinante de una exención subjetiva en materia de responsabilidad civil, figura hasta el presente desconocida en nuestro ordenamiento.

4. NAVARRA. Iniciativa legislativa.

Leyes forales de 25 de marzo de 1985 («B. O. E.» del 4 de junio).

En dos leyes de la fecha indicada, la Comunidad Foral de Navarra regula la iniciativa legislativa de los Ayuntamientos y la iniciativa legislativa popular cumpliendo las previsiones de la Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral.

Se establecen los requisitos que deben reunir las iniciativas, las materias excluidas de ellas y la tramitación parlamentaria subsiguiente.

2. *Derecho de obligaciones*

5. EXPLOTACIONES FAMILIARES AGRARIAS. Se desarrollan algunos extremos de su Ley reguladora.

Real Decreto 419/1985, de 6 de marzo («B. O. E.» 2 de abril).

La Ley 49/1981, de 24 de diciembre (reseñada en este Anuario, XXXV-II,

números 4, 8, 9, 10 y 11 de la Información legislativa) reguló el Estatuto de la explotación familiar agraria y estableció un régimen especial para los agricultores jóvenes. El presente Real Decreto desarrolla algunos de los extremos regulados especialmente la modernización de las explotaciones, con el sistema y requisitos para la concesión de ayudas públicas. Aparte de ello se establecen dos normas de interés:

1) Precisión del concepto de explotación familiar agraria:

Se concretan las indeterminaciones del artículo 2 de la Ley 49/1981 en relación con el nivel socioeconómico que pueda proporcionar la explotación (se fija en el salario mínimo interprofesional) y el límite de aportación de mano de obra asalariada (que no podrá superar a la familiar).

2) Regulación de los acuerdos de colaboración:

De esta figura, regulada en el artículo 6 de la Ley e instrumento fundamental para el desarrollo de la explotación, se desarrolla la retribución del colaborador, que será, como mínimo, el salario mínimo interprofesional, y las causas de resolución. Como tales se citan el mutuo acuerdo, el fallecimiento de las partes, el incumplimiento de los compromisos, abandono de la explotación y las causas de indignidad o desheredamiento respecto al titular.

Parece indudable que la regulación de estos extremos, que atañen a un contrato privado, como es el acuerdo de colaboración, exceden del ámbito de la potestad reglamentaria de la Administración.

6. ARRENDAMIENTOS URBANOS E INVERSIONES EXTRANJERAS.  
Adopción de medidas de política económica.

Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril («B. O. E.» de 9 de mayo).

La presente disposición contiene una serie de medidas para fomentar el crecimiento de la economía. Unas afectan a la inversión (libertad de amortización), otras al empleo (deducción en el Impuesto sobre Sociedades) o al desarrollo de actividades comerciales (libertad de horario).

Merecen destacarse especialmente las siguientes medidas:

1.º Adquisición por los trabajadores de acciones de la propia Empresa:

Gozarán del mismo trato que las inversiones en valores de renta variable las cantidades desembolsadas para la suscripción de acciones de dicha Empresa, aunque no estén admitidas a cotización oficial.

2.º Constitución de Sociedades:

El tipo del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales para estas operaciones y las de aumento de capital quedará reducido al 1 % cuando se realicen con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley.

3.º Inversiones en vivienda:

Se aplicará una deducción del 17 % en razón de las inversiones en la adquisición de viviendas de nueva construcción, cualquiera que sea su destino.

**4.º Inversiones extranjeras:**

Se suprimen las limitaciones establecidas a la adquisición por extranjeros de inmuebles rústicos de extensión superior a las fijadas, así como el requisito de reciprocidad o control que restringía las inversiones de Gobiernos y Entidades de soberanía extranjera.

**5.º Transformación de viviendas en locales de negocio:**

Podrá realizarse libremente salvo las limitaciones derivadas de regímenes de comunidad o administrativas. En las viviendas de protección oficial los locales de negocio podrán alcanzar una superficie útil de hasta el 40 % del total.

**6.º Arrendamientos urbanos:**

Se suprime el régimen de prórroga forzosa para los que se celebren a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley. En consecuencia, estos contratos se regirán por la Ley de Arrendamientos Urbanos y, en cuanto a su duración, por el Código Civil, incluso la tácita reconducción (art. 1.566). Obviamente, los contratos vigentes siguen rigiéndose por la Ley citada.

Esta última medida del Real Decreto-Ley, que entró en vigor el día de su publicación, venía siendo reclamada como única fórmula para incrementar el número de viviendas en alquiler. Su adopción supone una modificación fundamental del régimen arrendaticio urbano y deja sin contenido buena parte de la L. A. U. para los contratos que se celebren en lo sucesivo.

**7. CONTRATOS DEL ESTADO.** Formalización de los contratos de asistencia.

Real Decreto 905/1985, de 25 de mayo («B. O. E.» del 20 de junio).

Se modifica el Decreto 1.005/1974, de 4 de abril, regulador de los contratos que celebren el Estado o sus Organismos autónomos con empresas consultoras o de servicios, con el fin de adaptarlo a la reforma operada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1985 (50/1984, de 30 de diciembre, véase su reseña en este Anuario, XXXVIII-I, disposición núm. 16 de la Información legislativa), en la Ley de Contratos del Estado. En consecuencia, los contratos citados sólo se formalizarán en escritura pública cuando lo solicite el contratista y a su costa.

**3. Derechos reales****8. REGIMEN LOCAL.** Regulación de sus bases.

Ley 7/1985, de 2 de abril («B. O. E.» del 3).

La presente Ley lleva a cabo la regulación de los principios básicos de la Administración Local, desarrollando las previsiones constitucionales (artículos 149, p. 1, núm. 18 y 140 a 142 de la Constitución). Tiene por tanto, la condición de norma básica o Ley de bases, a efectos de su primacía sobre las normas autonómicas de desarrollo o ejecución, y viene a sustituir a la ante-

rior legislación sobre régimen local, plasmada especialmente en el Texto refundido de 24 de junio de 1955.

La Ley, de considerable extensión, 120 artículos, se estructura en nueve títulos, de los que reseñaremos brevemente su contenido:

1.º Disposiciones generales, que determinan cuáles son las entidades locales, distinguiendo las territoriales (Municipio, Provincia, Isla) de las no territoriales (de ámbito inframunicipal, comarcas, áreas metropolitanas, Mancomunidades). Se determinan también genéricamente las potestades de los entes locales, sus competencias y, sobre todo, el orden de prelación de las normas por las que se rigen.

2.º El Municipio. Se regulan sus elementos, organización y competencias. La población municipal se clasifica en residentes (vecinos o domiciliados) y transeúntes.

3.º La Provincia.

4.º Otras Entidades Locales. Se prevé la constitución de comarcas, áreas metropolitanas, mancomunidades, entidades de ámbito inframunicipal.

5.º Disposiciones comunes a las Entidades locales. Se refieren al funcionamiento, relaciones interadministrativas, participación ciudadana y estatuto de los miembros.

Un capítulo especial regula la impugnación de acuerdos y ejercicio de acciones, atribuyendo legitimación al Estado y las Comunidades Autónomas. El Delegado del Gobierno podrá suspender los actos o acuerdos que atenten gravemente el interés general de España.

Se mantiene la obligación de ejercicio de acciones por las Entidades locales y la posible sustitución procesal por los vecinos.

6.º Bienes, actividades y servicios y contratación. De forma muy esquemática la Ley contempla la clasificación de los bienes, las formas de intervenir la actividad de los ciudadanos, las de prestación de los servicios públicos locales y los contratos locales.

7.º Personal al servicio de las Entidades locales. Además de clasificarlo, se dedica especial atención a los funcionarios de los tradicionales cuerpos nacionales.

8.º Haciendas Locales. La Ley sólo recoge los principios generales sobre imposición, revisión e impugnación de actos y acuerdos en la materia y régimen presupuestario. Se suprimen las reclamaciones económico-administrativas sobre tributos locales, cuya vía impugnatoria a partir del día 3 de abril de 1986 será sólo el recurso de reposición y el ulterior contencioso-administrativo.

9.º Organizaciones para la cooperación de la Administración del Estado con la Local. Se regulan la Comisión Nacional de Administración Local, órgano paritario de colaboración, y el Instituto de Estudios de Administración Local, para la investigación y formación de funcionarios.

La Ley pretende establecer las líneas fundamentales de un régimen local

uniforme para todo el territorio español, por cuya razón las disposiciones adicionales aclaran las peculiaridades que resultan, para ciertas Comunidades Autónomas, de sus respectivos Estatutos. Así, se transfieren por la Ley a las llamadas Comunidades de segundo grado las competencias de desarrollo y ejecución de las bases; se determinan las singularidades existentes en los Territorios Históricos del País Vasco, en Navarra y en Cataluña; y se mantienen provisionalmente en vigor los regímenes especiales de Madrid y Barcelona, pero acomodados a los nuevos principios.

No se derogan de forma completa las disposiciones anteriores sobre el régimen local, sino sólo en cuanto resulten incompatibles con la nueva Ley; esto justifica que se autorice al Gobierno para refundir las disposiciones legales que quedan en vigor, llegando a la regularización, aclaración y armonización de las mismas, en el plazo de un año. Asimismo se prevé una actualización de las normas reglamentarias sobre esta materia en el mismo plazo

#### 9. COMUNIDAD DE MADRID. Creación del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares.

Ley de la Asamblea de Madrid 1/1985, de 23 de enero («B. O. E.» del 7 de mayo).

La Ley establece un régimen jurídico especial para la Cuenca Alta del Manzanares, ejerciendo principalmente las competencias autonómicas sobre ordenación del territorio. El territorio afectado se describe en la Ley, reflejándose en los planos anexos a ella.

Del amplio conjunto de preceptos que se dictan para regular el uso de la zona calificada como Parque Regional destacan los siguientes:

1) Los terrenos incluidos en el Parque se califican de utilidad pública a efectos expropiatorios.

2) La Comunidad de Madrid ostentará derechos de tanteo y retracto en todas las transmisiones onerosas de bienes y derechos relativos a terrenos comprendidos en la zona delimitada. Las transmisiones proyectadas deberán notificarse al Patronato del Parque, que podrá ejercitar el tanteo en el plazo de tres meses. Los Notarios no podrán autorizar, ni los Registradores inscribir, las escrituras correspondientes sin que se acredite la notificación practicada.

El derecho de retracto, si falta notificación o es incorrecta, se podrá ejercitar por el Patronato en el plazo de seis meses desde que conozca las condiciones reales de la transmisión (art. 3, p. 2).

3) Será pública la acción para exigir de los órganos administrativos o judiciales la aplicación de esta Ley.

#### 10. GALICIA. Regulación del Patrimonio de la Comunidad Autónoma.

Ley del Parlamento gallego de 12 de abril de 1985 («B. O. E.» del 25 de junio).

**A) Exposición:**

**1. Conceptos generales:**

Tienen por objeto determinar el ámbito de aplicación de la Ley y clasificar los bienes de la Comunidad Autónoma, de los que se señalan algunos caracteres básicos.

a) **Patrimonio de la Comunidad:** Se integra por todos los bienes y derechos que le pertenezcan, por cualquier título. Se clasifican en demaniales y patrimoniales.

b) **Bienes demaniales de la Comunidad:** Son los afectados al uso general o a la prestación directa de servicios públicos de la Comunidad y los así declarados por la Ley.

c) **Bienes patrimoniales:** Serán los bienes, derechos, títulos y empresas de la Comunidad que carezcan de la afectación indicada.

d) **Normas aplicables:** El patrimonio autonómico se rige por la presente Ley, sus normas de desarrollo y las estatutarias; suplementariamente se aplicará el derecho público y, en su defecto, las normas de derecho privado

**2. Régimen de los bienes de dominio público:** Agrupando la regulación de los distintos aspectos tratados por la Ley, pueden distinguirse:

a) **Caracteres:** Los bienes demaniales de la Comunidad son indisponibles y no podrán ser objeto de tráfico jurídico privado mientras ostenten tal condición. Son inalienables, imprescriptibles e inembargables, y no pueden ser objeto de gravamen, carga, afección, transacción o arbitraje.

b) **Afectación:** Supone la calificación demanial de los bienes, mediante su adscripción expresa o tácita al uso general o a los servicios públicos autonómicos. Las adquisiciones de bienes por usucapión y expropiación llevan implícita la afectación correspondiente.

c) **Desafectación:**

Cuando los bienes dejan de ser necesarios para el fin a que se destinaban se desafectarán por acuerdo del Consejo de la Xunta.

d) **Mutaciones demaniales:**

Implican la alteración de la adscripción de los bienes, permitiéndose también la concurrencia de afectaciones secundarias, compatibles con la principal.

Se regula también la adscripción de bienes demaniales a Entidades u Organismos públicos autonómicos y los efectos de la sucesión entre Organismos públicos.

e) **Utilización de los bienes demaniales:**

La Ley contempla el uso administrativo, especialmente mediante las reservas demaniales, y la posible utilización por los particulares. Al efecto se determinan las tradicionales categorías de uso común general, uso común especial (que se sujeta a licencia) y uso privativo (normal o anormal). También se regula el título concesional habilitante del uso anormal.



### 3. Régimen de los bienes patrimoniales:

La Ley sigue fielmente, en esta materia, las directrices de la Ley del Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964.

Al regular las formas de adquisición se contempla la realizada a título gratuito, requiriéndose Decreto de la Junta para su aceptación.

La aceptación de herencias se entiende siempre hecha a beneficio de inventario.

Se limita a 30 años la eficacia de las condiciones o cargas de vinculación a un destino específico puestas en la adquisición de los bienes, siempre que su alteración posterior se deba a causas sobrevenidas de interés público.

La enajenación de bienes inmuebles requerirá previa declaración de su alienabilidad, como se establece para los demás bienes, la celebración de subasta pública, como regla general. Los títulos valores, con los requisitos cuantitativos que la Ley establece, se enajenarán en Bolsa.

Se contemplan dos formas de actividad empresarial de la Comunidad Autónoma:

- a) La creación de Organismos Autónomos, mediante Ley, y
- b) La creación de Sociedades Privadas con participación mayoritaria de la Xunta o sus Organismos.

Aparte de estas modalidades, la Xunta podrá participar en otras empresas en proporción que supere el 10 %, pero no exceda del 50 %.

Finalmente, la explotación de los bienes patrimoniales podrá realizarse directamente por la Administración autonómica, por una entidad dependiente o contratarse con particulares.

### 4. Protección y defensa de los bienes de la Comunidad Autónoma:

Con este fin se regulan dos procedimientos:

a) Recuperación de la posesión: Se trata del llamado «interdictum pro-rium», utilizable sólo en el plazo de un año desde la usurpación, cuando se trate de bienes patrimoniales, y sin límite temporal, cuando afecte a bienes demaniales.

b) Deslinde administrativo de los bienes:

Además, se proclama la inembargabilidad de los bienes del Patrimonio de la Comunidad y se sancionan los daños causados a los mismos, por dolo o negligencia, con multa administrativa, con independencia de las responsabilidades civiles o penales que proceda exigir.

### B) Observaciones:

Como ya tuvimos ocasión de indicar respecto a la Ley del Patrimonio de la Generalidad de Cataluña (de 7 de diciembre de 1981, reseñada en este Anuario XXXV-IV, disposición núm. 11 de la Información legislativa), antecedente de la presente, las normas patrimoniales autonómicas son técnicamente correctas y, además, mucho más completas que la vigente Ley estatal. Incorporan estas leyes una regulación general del dominio público en su ámbito, que se encuentra todavía sin equivalente adecuado en el nivel del Estado a pesar de la previsión constitucional (art. 132, p. 1).

11. PROPIEDADES ESPECIALES. Regulación del Patrimonio Histórico Español.

Ley 13/1985, de 25 de junio («B. O. E.» del 29).

a) Exposición:

Las normas de mayor interés sobre el régimen jurídico-privado de los bienes que integran el Patrimonio Histórico son:

1. Disposiciones generales:

— Contenido del Patrimonio:

Se integran en él los bienes inmuebles y muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico, científico o técnico, además del patrimonio documental o bibliográfico los yacimientos y zonas arqueológicas sitios naturales, jardines y parques con valor artístico, histórico o antropológico.

— Declaración de Bienes de interés cultural:

Los bienes del Patrimonio que tengan más relevancia deberán ser declarados de interés cultural, con arreglo al procedimiento que la Ley regula y serán objeto de protección especial.

2. Régimen de los bienes inmuebles:

No sólo tienen esta consideración los bienes enumerados en el artículo 334 del Código Civil, sino también los elementos consustanciales con los edificios, aunque se hayan separado de ellos. Estos bienes podrán ser declarados Monumentos, Jardines, Conjuntos, Sitios Históricos y Zonas Arqueológicas, como Bienes de Interés cultural.

La incoación del expediente de declaración producirá la suspensión de las licencias urbanísticas concedidas respecto a dichos bienes. Una vez declarados de Interés Cultural los bienes, según su clase, quedarán sujetos a especial control administrativo; de modo que la realización de obras o colocación de rótulos estará sujeta a preceptiva autorización y quedará prohibida la colocación de conducciones o publicidad. Los Municipios deberán utilizar medidas urbanísticas para la protección de los bienes declarados.

Respecto a los bienes no declarados, los organismos competentes podrán suspender las obras de demolición o cambio de uso, con el fin de aplicar medidas de protección.

3. Régimen de los bienes muebles:

Estos bienes pueden quedar sometidos a tres regulaciones diferenciadas:

a) Los declarados de interés cultural.

b) Los que, por su relevancia singular, merezcan incluirse en el Inventario General que confeccione la Administración del Estado.

c) Los que, simplemente formen parte del Patrimonio Histórico Español, antes definido.

Respecto a los bienes integrantes de los dos primeros grupos que estén

en poder de instituciones eclesiásticas, sólo podrán transmitirse al Estado, entidades de Derecho Público u otras instituciones eclesiásticas, prohibiéndose su transmisión a particulares.

Por otra parte, los bienes muebles del Patrimonio Histórico pertenecientes a las Administraciones Públicas, no podrán ser objeto más que de tráfico intraadministrativo.

La exportación no autorizada de bienes muebles del Patrimonio Histórico determinará que los mismos se atribuyan al Estado. Estos bienes serán inalienables y, juntamente con los citados anteriormente (art. 28), serán también imprescriptibles.

La autorización para exportar bienes muebles de los citados llevará consigo el devengo de una tasa cuyos elementos determina la Ley. Al solicitarse autorización, se entiende realizada oferta irrevocable de venta a favor de la Administración del Estado por el valor declarado.

#### 4. Medidas para la protección de los bienes muebles e inmuebles:

Se refieren a los siguientes extremos:

a) Imposición a los titulares de derechos reales sobre los bienes de la carga de conservarlos, mantenerlos y custodiarlos, que se agrava para los bienes declarados de interés cultural o inventariados por la obligación de ejecutar las actuaciones exigidas por la Administración.

b) Facultades de la Administración competente para impedir el derribo o la realización de obras en bienes de interés histórico, así como para exportar los bienes cuya conservación corra peligro.

c) Derechos de tanteo y retracto otorgados a la Administración competente en caso de enajenación de bienes del Patrimonio Histórico.

El cumplimiento de los requisitos de comunicación administrativa será necesario para la inscripción de las transmisiones en los Registros de la Propiedad o Mercantiles.

#### 5. Patrimonio Arqueológico:

En general, se consideraran incluidos en el Patrimonio Histórico Español los bienes de carácter histórico susceptibles de ser estudiados con metodología arqueología, cualquiera que sea el lugar en que se encuentren. La Ley declara Bienes de Interés Cultural todas las cuevas, abrigos o lugares donde se encuentre arte rupestre.

Se definen y regulan las excavaciones arqueológicas, que siempre requieren previa autorización administrativa. Los objetos obtenidos deberán siempre entregarse a un Museo o centro determinado. Los objetos y restos descubiertos que posean los valores del Patrimonio Histórico serán de dominio público. El descubridor deberá comunicar el hallazgo a la Administración, que le abonará, junto al propietario del lugar y por mitad, el valor de tasación del objeto de que se trate, sin que sea aplicable la regulación del artículo 351 del Código Civil.

#### 6. Patrimonio Etnográfico:

Se integra de bienes, conocimiento y actividades que reflejan la cultura tradicional del pueblo español. Los bienes quedan sometidos al régimen an-

tes examinado, según su naturaleza, y respecto de los demás elementos, se dispone la protección por la Administración.

#### **7. Patrimonio Documental y Bibliográfico:**

Se integran en el Patrimonio Documental todos los documentos (en sentido muy amplio, incluso los soportes informáticos) procedentes de entidades públicas y asimiladas, los de antigüedad superior a 40 años procedentes de entidades privadas y los de más de 100 años procedentes de personas privadas.

La Ley regula los deberes de conservación, la autorización precisa para su destrucción y el régimen de transmisión y exportación.

#### **8. Regulación administrativa:**

Afecta a la calificación de los Archivos, Bibliotecas y Museos, a las medidas para el fomento del Patrimonio Histórico y al régimen de las infracciones.

Es especial, cabe resaltar el restablecimiento del llamado «1 % cultural», partida a incluir en el presupuesto de toda obra pública con financiación estatal y destinada a financiar trabajos de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico o el fomento de la creatividad artística. En materia tributaria, las inversiones en bienes de interés cultural o inventariados darán derecho a deducciones en los Impuestos sobre la Renta. Se permite, también de forma general el pago de los Impuestos sobre Sucesiones, sobre el Patrimonio y sobre la Renta de Personas Físicas en bienes del Patrimonio Histórico Español.

#### **2) Observaciones:**

La Ley reseñada viene a sustituir de forma general al complejo de leyes vigentes sobre el Patrimonio histórico-artístico. Así, pues, resulta evidente la gran amplitud de su contenido, que debe abarcar materias diversas y ser objeto de un desarrollo reglamentario pormenorizado y fraccionado.

A falta de dicha reglamentación, que debe llevar a cabo fundamentalmente una tarea de concreción de los términos legales, cabe destacar la extensión con que se configura el Patrimonio Histórico y por tanto el ámbito de aplicación de la Ley. En efecto, el artículo 1 simplemente requiere a los bienes integrantes del mismo que revistan «interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico». Esta circunstancia, tan imprecisa, determina ya la aplicación de ciertos preceptos que limitan notablemente los derechos particulares.

## **II. DERECHO REGISTRAL**

**12. REGISTRO CIVIL Y NOTARIADO.** Se simplifican trámites administrativos.

Real Decreto 510/1985, de 6 de marzo («B. O. E.» del 19 de abril).

Con el fin de simplificar ciertos trámites, se adoptan dos medidas que afectan a las actuaciones consulares:

1) La comunicación entre los Registros Civiles de los consulados y los situados en España se realizará directamente, de oficio, suprimiéndose la anterior mediación del Ministerio de Asuntos Exteriores.

2) Las escrituras autorizadas por Agentes diplomáticos o consulares de España en el extranjero harán fe en el territorio español sin necesidad de la anterior legalización ministerial.

13. REGISTROS DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES. Régimen de publicidad.

Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de junio de 1985 («B. O. E.» del 19).

Se establecen criterios en relación con el empleo de los diversos modos de publicar el contenido de los Registros, distinguiendo:

a) La nota simple informativa, que será utilizable de forma preferente, pudiendo consistir en fotocopia de los asientos.

b) La manifestación directa de los Libros registrales, que se reducirá a casos excepcionales por el pelibro de deterioro y manipulación de los mismos que supone.

En general el contenido del Registro sólo se manifestará a quien tenga interés conocido, a juicio del Registrador, sin que se entiendan legítimamente interesados los que pretendan comercializar la propia información obtenida.

Como indica el Preámbulo de la Instrucción, las medidas que contiene pretenden, por una parte, preservar la integridad de los libros registrales, y, por otra, hacer frente a empresas que funcionan como oficinas de publicidad inmobiliaria paralelas al Registro.

### III. DERECHO MERCANTIL

14. EXTREMADURA. Regulación de las ferias y mercados.

Ley de la Asamblea de Extremadura de 27 de diciembre de 1984 («Boletín Oficial del Estado» del 22 de mayo de 1985).

Al igual que otras Comunidades Autónomas (Cataluña, Ley de 5 de marzo de 1984, Castilla y León, Ley de 5 de octubre de 1984), la Comunidad extremeña ejercita sus competencias sobre ferias interiores regulando sus modalidades y organización (art. 7, núm. 9, del Estatuto de Autonomía).

La Ley distingue:

1) Ferias comerciales de muestras, caracterizadas por su finalidad de exhibición, sin ventas directas con retirada de las mercancías expuestas. Se regulan sus clases, duración, organización e intervención administrativa.

Las instituciones feriales, con personalidad jurídica propia, son las entidades organizadoras de las ferias.

2) Centros de Contratación en origen de productos comerciales, como se califican a los mercados ganaderos (concentraciones de ganado vivo), lonjas (locales públicos y permanentes para realizar transacciones comerciales sin presencia física de la mercancía) y otros centros en los que la mercancía deberá estar presente.

Es interesante señalar que esta caracterización de las lonjas sirve para llenar el vacío abierto por el artículo 81 del Código de Comercio que sólo las menciona.

15. FONDO DE GARANTIA DE DEPOSITOS. Incremento de las aportaciones al de Establecimientos Bancarios.

Real Decreto 740/1985, de 24 de abril («B. O. E.» del 24 de mayo).

La aportación anual de los Bancos al Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios se eleva hasta el 1,2 por 1.000 de los depósitos constituidos en ellos.

Esta nueva proporción se aplicará a la aportación de 1985.

Se justifica la elevación (la aportación anterior era del 1 por 1.000) en la necesidad de devolver los anticipos del Banco de España al Fondo; previniéndose que, a partir de 1984 y antes de realizarse las aportaciones, el Banco citado informe al Gobierno sobre los recobros obtenidos por el Fondo y la evolución de los depósitos bancarios con vistas a revisar el nivel de aportaciones.

16. INSTITUCIONES FINANCIERAS. Régimen de los coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información.

Ley 13/1985, de 25 de mayo («B. O. E.» del 28).

A) Exposición:

1. Inversiones obligatorias: Se determinan los siguientes extremos:

a) Entidades sujetas, son los intermediarios financieros definidos como entidades cuya actividad típica consiste en tomar dinero de terceros, en forma distinta a la suscripción de acciones o participaciones, a fin de prestarlo o colocarlo en otras inversiones.

b) Obligación impuesta: Destinar parte de los recursos captados a las inversiones previstas en la Ley.

c) Base de cómputo: Se fijará por el Ministerio de Economía y Hacienda de entre los fondos captados, garantizados o intermediados por las entidades sujetas, en relación con su saldo o su incremento en un período de tiempo.

d) Inversiones obligatorias: Consistirán en financiaciones al Sector público español, fomento de la exportación, la inversión, el empleo, la reestructuración o atenciones sociales, calificándose los títulos aptos por el Gobierno y las Comunidades Autónomas.

El coeficiente se fijará por el Gobierno, sin que pueda exceder del 35 %

de los recursos computables. De él un 15 por 100 podrá reservarse para deuda pública a corto o medio plazo, sin que las inversiones restantes puedan superar el 25 %.

## 2. Recursos propios:

El Gobierno fijará el nivel mínimo que las Entidades de crédito deben mantener de recursos propios en relación con sus inversiones y riesgos.

Se consideran recursos propios el capital, reservas provisiones genéricas, fondos sociales y los préstamos participativos recibidos por las entidades (por ahora son las únicas financiaciones que reúnen los requisitos que la Ley señala. Véase la Ley de reconversión y reindustrialización, 27/1984, de 26 de julio, artículo 11).

Para el control del nivel de recursos propios, se impone la consolidación de los balances y cuentas de resultados de las Entidades financieras que constituyen una unidad de decisión. Dará lugar a la consolidación la existencia de una situación de dominio a través del capital, voto, órganos de gobierno o dirección sobre otra Entidad.

Como complemento del régimen de recursos propios, la Ley establece:

1.º Límites a las inversiones directas o indirectas en activos materiales, financieros y en moneda extranjera, que podrán imponerse por el Gobierno.

2.º Obligaciones especiales de las Entidades que no alcancen los niveles de recursos propios.

3.º Las Cajas de Ahorro deberán destinar a reservas un 50 % como mínimo de sus excedentes líquidos.

4.º Para acordar ampliaciones de capital o financiaciones calificables de recursos propios, las Juntas Generales de los Bancos podrán constituirse con la consecuencia de sólo las 2/3 partes del capital desembolsado en primera convocatoria o de la mitad en segunda.

## 3. Otras normas: Regulan cuestiones diversas, como son:

a) Posibilidad de que el Gobierno levante hasta el 8 por 100 de la cobertura de los coeficientes a las Entidades en graves dificultades.

b) Publicidad de los balances y cuentas consolidadas de los grupos, que podrá ordenar el Gobierno.

c) Sumisión de las Entidades de financiación de ventas a plazo (reguladas por el Decreto-Ley de 27 de diciembre de 1962) al régimen general de las Entidades de financiación (Decreto de 28 de marzo de 1977).

d) Congelación de las actividades aseguradoras realizadas con anterioridad por las Entidades de depósito que lo previeran en sus Estatutos.

e) Aplicación de la Ley de Ordenación Bancaria de 1946 para sancionar las infracciones al régimen de coeficientes.

## B) Observaciones:

La presente Ley constituye un avance importante en el camino de sistema-

tización y normación con rango superior del control administrativo sobre el sistema financiero. Basta mirar la tabla de derogaciones que pone término al nuevo texto para advertir que, al menos en su aspecto formal, la nueva regulación supone un notable avance respecto de la confusa situación anterior

En cuanto al contenido de la norma, debe señalarse, primero, su clara conexión con la Ley 26/1983, de 26 de diciembre, sobre coeficientes de Caja, y, segundo, la amplitud de medidas que establece. La exposición de motivos se refiere expresamente al régimen de consolidación contable, cuyos supuestos básicos se establecen trasladando los de la 7.<sup>a</sup> Directiva de la C.E.E. (de 13 de junio de 1983).

La aplicación del nuevo régimen de coeficientes no se producirá mientras no se desarrollen los principios legales por el Gobierno, al que corresponde precisar los niveles dentro de los límites legales, manteniéndose en vigor mientras tanto las normas vigentes, contenidas, en cuanto al nivel del coeficiente de inversión en el Real Decreto 215/1985, de 20 de febrero y en dos Ordenes ministeriales de la misma fecha.

17. **ACTIVOS FINANCIEROS.** Régimen fiscal de algunas de sus modalidades.

Ley 14/1985, de 29 de mayo («B. O. E.» del 30).

A) Exposición:

1. Rendimientos del capital mobiliario: Todos los rendimientos percibidos a cambio de la captación o utilización de capitales ajenos tendrán la consideración de rendimientos del capital mobiliario a efectos de la aplicación de los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre Sociedades.

La Ley realiza esta delimitación de forma genérica e incluye, además referencias especiales a las retribuciones en especies, primas, participaciones en resultados y operaciones análogas. Se menciona expresamente los llamados intereses implícitos de títulos adquiridos al descuento, determinados por la diferencia entre los importes de adquisición y de enajenación o amortización.

Salvo cuando se trate de entidades financieras, los rendimientos computables a efectos tributarios no podrán ser negativos.

2. Retenciones tributarias: Finalidad principal de la Ley es someter a retención tributaria a ciertos rendimientos del capital que, por su atipicidad en el régimen general tributario, se encontraban excluidos de dicha obligación y del control que su aplicación supone.

La Ley distingue varios supuestos:

a) Retenciones sobre intereses: Se reitera la obligación del pagador de retener el 18 % de los mismos tan pronto como sean exigibles, e ingresar la cantidad correspondiente en el Tesoro.

Si la preferencia de liquidación supera los doce meses, deberán realizarse ingresos anuales a cuenta de las retenciones procedentes.

b) Retenciones sobre retribución en especie: Las entidades que las satis-



fagan también deberán practicar retención al tipo general y aplicándolo sobre el precio de mercado de los bienes o servicios de que se trate.

c) Retenciones sobre intereses implícitos: Este régimen, verdadero núcleo de la Ley, se establece distinguiendo, a su vez:

— Régimen general: Aplicación del tipo del 18 % a la diferencia entre los importes de enajenación o amortización y de adquisición del título de que se trate, en todas y cada una de las transmisiones realizadas.

La retención se practicará por las entidades que embolsen los títulos, por las entidades financieras que intermedien en la transmisión o por fedatario público, cuya intervención será obligatoria en las Transmisiones restantes.

En consecuencia, para enajenar o lograr el reembolso de los títulos deberá acreditarse la previa adquisición con intervención de las entidades o fedatario mencionados, y el precio satisfecho.

— Régimen especial: a los títulos y operaciones que determine el Ministerio de Economía y Hacienda (véase la Orden de 30 de mayo de 1985, reseñada a continuación), se las aplicará una retención del 45 % en su primera colaboración, sobre la diferencia entre los importes de colocación y reembolso.

d) Exenciones del régimen de retenciones: No estarán sometidos a retención los rendimientos producidos, entre otros, por: Títulos emitidos por el Tesoro o el Banco de España para intervenir en el mercado monetario, Pagares del Tesoro; dotaciones del Tesoro al Crédito Oficial; préstamos concedidos por entidades financieras, salvo los rendimientos de títulos de su cartera, operaciones internas del Instituto Nacional de Hidrocarburos y sociedades de su grupo...

e) Obligaciones de los retenedores: Además de practicar las retenciones e ingresar su importe en el Tesoro, los retenedores presentarán relación detallada de los perceptores de rendimientos excepto los sujetos al régimen especial de retenciones en el «origen».

3. Integración de los rendimientos en las bases Tributarias: También a este respecto cabe hacer distinciones.

Los rendimientos sometidos al régimen general de retenciones se integrarán en la base de los Impuestos sobre la Renta sin especialidad alguna, siendo deducible, a efectos de fijar la cantidad definitiva a ingresar al formular la declaración.

Por el contrario, los rendimientos sometidos a la retención especial del 45 % sólo se computarán para fijar el tipo medio de gravamen en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, sin que puedan ser negativos. En el Impuesto sobre Sociedades dichos rendimientos se integrarán en la base imponible.

En ningún caso la retención practicada será deducible de las cuotas de ambos Impuestos.

4. Tipos de rendimientos del capital mobiliario: Como regla general los rendimientos a tener en cuenta serán los efectivos, pudiendo el Ministerio de Economía y Hacienda establecer unos tipos mínimos para cada grupo genérico de operaciones.

5. Obligaciones de información con fines Tributarios: Se imponen a las siguientes personas y entidades:

a) Fedatarios públicos: Comunicar los actos de emisión, suscripción y transmisión de títulos-valores, en que intervengan, a la Administración Tributaria, detallando todos sus elementos. Se exceptúan las operaciones sobre Pagars del Tesoro y títulos sometidos al régimen especial de retención en el «origen».

b) Entidades financieras y mediadores en los mercados financieros: Se les impone la misma obligación y con las mismas excepciones.

c) Promotores de inversiones: Respecto a los documentos que representan inversiones en metales u objetos preciosos, sellos o monedas.

d) Entidades de crédito: Los movimientos de cuentas y demás operaciones activas y pasivas.

En general los datos obtenidos sólo podrán utilizarse a efectos tributarios y quedarán sometidas a régimen de sigilo.

6. Modificaciones tributarias: Complemento del régimen establecido para los impuestos directos son las siguientes normas que afectan a la imposición indirecta de las operaciones financieras.

a) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: Se declaran exentos los préstamos de duración inferior a 18 meses, por los que se satisfaga un interés implícito. En estos casos se sujetan expresamente los títulos al gravamen sobre Actos jurídico Documentados, como documentos mercantiles, estando obligado a su pago el emisor. La base estará constituida por el capital que el emisor se compromete a reembolsar, siendo el tipo de 3 pesetas por 1.000 o fracción, que se liquidará en metálico.

b) Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas: Se completa el régimen de exenciones de las operaciones financieras incluyendo las operaciones de préstamos en divisas, las referentes a la Deuda Pública, garantías de Sociedades de Garantía Recíproca y ciertas operaciones de entidades oficiales de crédito.

7. Modificación del régimen de los títulos hipotecarios: Se impone la obligatoria intervención de fedatario público en su transmisión cuando no se realice a través de una entidad participante en el mercado hipotecario o de un fondo de regulación. En consecuencia, para enajenar u obtener el reembolso de los títulos será preciso acreditar su adquisición con las intervenciones señaladas.

Las obligaciones de información tributaria antes expuestas se aplicarán también a estas operaciones.

Este mismo régimen será aplicable a los títulos representativos de la captación de capitales ajenos con interés explícito y que sean transmisibles sin necesidad de intervención de fedatario público.

8. Entrada en vigor de la Ley: La Ley será aplicable a los siguientes rendimientos:

- a) En general a los devengados desde el día de su publicación.
- b) Los rendimientos implícitos sólo estarán sujetos al régimen de la Ley cuando los títulos hayan sido emitidos después del día 7 de julio de 1984 (de publicación en el Boletín de las Cortes Generales del Proyecto de Ley) y su vencimiento sea superior a un año, o cuando se emitan después de la publicación de la Ley.

#### B) Observaciones:

1. La presente Ley es una muestra de la incidencia de las normas fiscales en el Derecho Privado. En efecto el control tributario de ciertas modalidades de títulos-valores cuyo empleo se ha difundido grandemente en los últimos tiempos ha conducido a establecer normas especiales que afectan a su Ley de circulación, materia considerada siempre como Derecho Mercantil.

Así, pues, aparte del sistema de retenciones tributarias que esta ley regula, su principal alcance va a consistir en el régimen de intermediación obligatoria que impone para la Transmisión de títulos-valores, cuya omisión tendrá eficacia jurídico-privada (impide ulteriores transmisiones y es un obstáculo al reembolso del título).

Debe advertirse que el nuevo régimen no supone la intervención obligatoria por fedatario público, al modo del Decreto de 19 de septiembre de 1936, sino que admite la mediación por instituciones financieras con plena eficacia. La equiparación de efectos, a estos fines solamente, claro está, de la intervención de fedatario y de la mediación bancaria, no responde a criterios jurídicos y se reduce a facilitar la práctica de las retenciones tributarias.

En cualquier caso, la nueva regulación supone desarrollar la progresiva desaparición de los títulos al portador.

2. También debe indicarse la necesidad de relacionar la Ley con las últimas reformas introducidas en el Derecho Tributario, especialmente la Ley 10/1985, de 26 de abril, que modifica la Ley General Tributaria (antes denominada de represión del fraude fiscal), cuyo artículo 111 contiene una detallada regulación de las obligaciones de informar al Fisco.

18. **ACTIVOS FINANCIEROS.** Desarrollo de la Ley 14/1985, de 29 de mayo (art. 4).

Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 30 de mayo de 1985 («B. O. E.» del 31).

#### A) Exposición.

Esta disposición establece las características que deben reunir los títulos que, conforme al artículo 4 de la Ley 14/1985, se sujeten al régimen especial de retención tributaria en el «origen» del 45 por % de sus rendimientos.

Las condiciones que se imponen son las siguientes:

#### 1. Emisiones: Sólo podrán ser:

— Las entidades financieras, que podrán emitir títulos en serie o aisladamente.

— Cualquier otro sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades con recursos propios mínimos de 700 millones de pesetas, para emitir sólo títulos en serie.

2. Rendimiento de los títulos: Los títulos se emitirán al descuento y proporcionarán como mínimo el rendimiento que señale el Ministerio, teniendo en cuenta el tipo medio de los depósitos bancarios a un año (se fija en el 10 % hasta el 30 de septiembre de 1985).

3. Límites de las emisiones: Las entidades de depósito y las Sociedades de Crédito Hipotecario no podrán superar el límite del 30 % de los depósitos a plazo que mantengan cada trimestre; las demás entidades emisoras no podrán superar el 20 % de sus recursos propios.

4. Vencimiento: Será como mínimo de 1 año; con un máximo de 3 años, computables desde la primera colocación o el término del periodo de suscripción.

5. Obligaciones del emisor: La emisión de títulos en serie deberá ajustarse al Real Decreto 1.851/1978, de 10 de julio, en cuanto el folleto informativo a difundir y la fijación de la fecha de emisión.

En la primera colocación el emisor retendrá el 45 % del rendimiento del título y trimestralmente realizará las declaraciones e ingresos correspondientes en el Tesoro. Si el vencimiento de los títulos es superior a un año, deberán periodificarse los ingresos.

#### B) Observaciones.

Al desarrollar el régimen especial de retención, la presente Orden llega a reservar a entidades determinadas por su situación financiera la utilización de procedimientos singulares de captación de fondos. Se ha tratado de reservar este régimen a emisoras dotadas de solvencia suficiente, de forma que el anonimato característico de la circulación de estos títulos no pueda redundar en perjuicio para los tenedores. Con ello se salvaguarda el funcionamiento del sistema financiero, pero se desbordan también los límites, estrictamente fiscales de la Ley 14/1985.

La Exposición de Motivos resalta que el régimen de retención especial no supone excluir estos títulos de la aplicación de los Impuestos sobre la Renta a sus rendimientos, pero, obviamente la dispensa de obligaciones informativas de que gozan hace difícil que se controle este particular.

#### 19. ANDALUCIA. Regulación de las sociedades cooperativas andaluzas.

Ley del Parlamento de Andalucía de 2 de mayo de 1985 («B. O. E.» del 4 de junio).

Esta extensa Ley (106 arts.), se dicta por la Comunidad andaluza en ejercicio de sus competencias estatutarias en materia de cooperativas y teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha considerado este campo como ajeno a la legislación mercantil, reservada al Estado por el artículo 149, p. 1, núm. 6, de la Constitución (véase la sentencia núm. 72/

1983, de 29 de julio, sobre la Ley vasca de cooperativas). En este sentido, debe hacerse referencia a la Ley dictada por la Comunidad Autónoma de Cataluña, de 9 de marzo de 1983 (reseñada en este Anuario XXXVI-III, disposición número 5 de la Información legislativa) que ha servido de modelo para la elaboración de la presente.

La Ley regula los siguientes aspectos:

1. **Ámbito de aplicación:** Se aplicará a las sociedades cooperativas que desarrollen su actividad societaria exclusivamente en Andalucía, sin perjuicio de sus relaciones de carácter instrumental fuera del territorio.

2. **Disposiciones generales,** sobre el concepto, caracteres, denominación domicilio, responsabilidad limitada de los socios y operaciones de las cooperativas.

3. **Constitución de la cooperativa,** que exige el otorgamiento de escritura pública y la inscripción registral en el Registro de Cooperativas Andaluzas, que se crea.

4. **Régimen de los socios,** distinguiendo los socios de trabajo, inactivos y colaboradores.

5. **Organización de la cooperativa en Asamblea General, Consejo Rector, Interventor de Cuentas y Organos potestativos.**

6. **Régimen económico,** con regulación del capital, las aportaciones, obligatorias y voluntarias, sus vicisitudes y el destino de los resultados. Se establecen también los libros de llevanza obligatoria.

7. **Modificación, fusión, escisión, disolución y liquidación de las cooperativas.**

8. **Reglas especiales,** para las diversas clases de cooperativas, como son: De trabajo asociado, de consumidores y usuarios, de viviendas, de crédito, de seguros, de servicios, agrarias, de explotación comunitaria de la tierra, secciones de crédito y cooperativas de segundo y ulterior grado.

9. **Intervención administrativa sobre las cooperativas,** régimen federativo y creación del Consejo Andaluz de Cooperación.

20. **EMPRESAS PESQUERAS.** Se regula la participación de empresas españolas en Empresas pesqueras conjuntas.

Real Decreto 830/1985, de 30 de abril («B. O. E.» del 6 de junio).

Se consideran Empresas pesqueras conjuntas las constituidas en el extranjero por empresas pesqueras españolas en asociación con personas físicas o jurídicas extranjeras, con el fin de explotar conjuntamente los recursos pesqueros del mar.

El Real Decreto prevé la autorización de las inversiones en el extranjero, así como una serie de ayudas estatales a las empresas españolas participan-

tes (crédito a la exportación, cobertura de riesgos, importación de pescado sin aranceles) y las características de los buques que se aporten a las empresas conjuntas.

21. CONSUMIDORES Y USUARIOS. Aprobación del Estatuto Gallego para su protección.

Ley del Parlamento de Galicia de 28 de diciembre de 1984 («B. O. E.» de 11 de junio de 1985).

Los términos de esta Ley coinciden prácticamente con los de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, 26/1984, de 19 de julio (reseñada en este Anuario, XXXVII-IV, disposición núm. 4 de la Información legislativa), pero concretándose la competencia de los órganos autonómicos sobre la materia.

22. EMPRESAS PUBLICAS. Se regula el Estatuto de la Empresa pública catalana.

Ley del Parlamento de Cataluña de 29 de marzo de 1985 («B. O. E.» del 11 de junio).

La Ley realiza una clasificación y regulación de las empresas públicas, distinguiendo:

1) Las entidades autónomas de la Generalidad que realizan operaciones o prestan servicios de carácter principalmente comercial, industrial o financiero. Estas entidades han de ser creadas por Ley, que regulará sus actividades. La Ley que se reseña dedica especial atención al régimen de sus bienes las tarifas o precios que vayan a percibir, las potestades administrativas que les corresponde y el régimen presupuestario.

2) Entidades de derecho público que deben ajustar su actividad al Derecho privado. También habrán de ser creadas por Ley del Parlamento, regulándose el régimen patrimonial y financiero; sobre todo el programa de actuación, inversiones y financiación que deben elaborar.

3) Sociedades con participación mayorista de la Generalidad. Su creación se decidirá por el Consejo Ejecutivo y tanto su disolución como la pérdida de la mayoría requerirá Ley del Parlamento. También deberán elaborar un programa financiero igual al de las entidades anteriores.

4) Sociedades civiles o mercantiles vinculadas a la Generalidad, que son gestoras de servicios públicos de la Generalidad, o que han suscrito convenios con ella y en las que ésta puede designar todos o parte de los órganos de dirección, o participaren ellos con un mínimo del 10 % del capital. Estas sociedades quedan sometidas al mismo régimen que las anteriores.

Finalmente la Ley articula el sistema de recursos contra las actuaciones de las empresas, separando:

a) Actos sujetos al Derecho Administrativo de las entidades autónomas y las entidades de derecho público que actúan en régimen de Derecho privado, que serán objeto de un recurso de alzada impropio ante el titular del Departamento de adscripción, y ulterior recurso contencioso-administrativo.

b) Aplicación y efectividad de los tributos gestionados por las entidades autónomas, que darán lugar a reclamaciones económico-administrativas.

c) Ejercicio de acciones ante la jurisdicción ordinaria contra entidades autónomas, que requerirán previa reclamación gubernativa.

Como viene repitiéndose en variadas materias, también respecto a la Empresa Pública, la Comunidad Autónoma catalana se adelanta al Estado en la regulación de un tema con criterios generales y sistemáticos.

23. VENTAS MERCANTILES. Regulación de las ventas realizadas fuera de un establecimiento comercial permanente.

Real Decreto 1.010/1985, de 5 de junio («B. O. E.» del 28).

Esta disposición como corresponde a su rango, incide sólo sobre los aspectos administrativos de estas ventas, aunque de forma indirecta supone una regulación general de su práctica.

Se distinguen:

1) Venta ambulante, la realizada fuera de un establecimiento comercial permanente, en solares o en la vía pública, en zonas que pueden estar determinadas, o bien en lugares y fechas variables. El Decreto se refiere al emplazamiento de los puestos de venta y faculta a los Ayuntamientos para sujetar a licencia el ejercicio de la venta ambulante.

2) Venta en mercadillos y mercados, ocasionales o periódicos, que podrán autorizarse por los Ayuntamientos y sujetarse a licencia.

3) Otros supuestos, como enclaves fijos permanentes en la vía pública o puestos de primeras horas, también a regular por los Ayuntamientos.

La regulación de estas ventas corresponderá a las Comunidades Autónomas que ostenten competencias sobre comercio interior, aplicándose entonces el Derecho estatal como supletorio. Recuérdense, en este sentido las Leyes 1/1983, de 18 de febrero, de la Generalidad de Cataluña (regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales, y ventas especiales) y 9/1983, de 19 de mayo, del Parlamento vasco (ordenación de la actividad comercial).

#### IV. DERECHO PROCESAL

24. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Supresión del recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de Estatutos de Autonomía y de Leyes Orgánicas.

Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio («B. O. E.» del 8).

La presente Ley suprime la modalidad de control previo de constitucionalidad que se regula en el artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, cuya utilización, con los efectos suspensivos de la tramitación del proyecto de Leyes Orgánicas, venía siendo frecuente.

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 23 de mayo pasado, declaró plenamente ajustada a la Constitución tal supresión.

25. SERVICIOS JURIDICOS DEL ESTADO. Se organizan los Servicios jurídicos del Estado y se regula el Cuerpo Superior de Letrados del Estado.

Reales Decretos 849 y 850/1985, de 5 de junio («B. O. E.» del 10).

Los dos Decretos de referencia tienen la finalidad de desarrollar la regulación del Cuerpo de Letrados del Estado, creado por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, al refundir los de Abogados del Estado y los de Letrados del Ministerio de Justicia, de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del Consejo de Estado. La creación del nuevo Cuerpo y su adscripción al Ministerio de Justicia imponían la reorganización de la asistencia jurídica del Estado, atribuida, antes, principalmente a la Dirección General de lo Contencioso del Estado y órganos dependientes de ella.

El Real Decreto 849/1985 se refiere al Cuerpo de Letrados del Estado, regulando el ingreso, el régimen de adscripción de puestos de trabajo y desarrollo de sus funciones. Como Anexo se incluye la relación de puestos de trabajo a desempeñar con carácter exclusivo por este Cuerpo.

Por su parte, el Real Decreto 850/1985 organiza los Servicios Jurídicos sustituyendo a la Dirección General de lo Contencioso del Estado (Ministerio de Economía y Hacienda) por la nueva Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, que se crea en el Ministerio de Justicia. Se regulan también estos Servicios en la Administración Periférica, adscritos directamente a los Delegados del Gobierno o Gobernadores Civiles.

Especialmente se contempla la posibilidad de que los Servicios Jurídicos del Estado presten asesoramiento en Derecho a las Comunidades Autónomas que lo soliciten.

## V. OTRAS DISPOSICIONES

26. CIRCULACION DE CAPITALES. Documentación exigible.

Resoluciones de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 12 y 25 de marzo de 1985 («B. O. E.» del 13 de abril).

La primera Resolución citada relaciona la documentación que debe acompañarse para solicitar la autorización de inversiones extranjeras en España, distinguiendo en el Anexo, las distintas operaciones que pueden realizarse.

La segunda Resolución sistematizada al régimen aplicable a las operaciones invisibles corrientes que se realicen con el extranjero.



Cada una en su ámbito, suponen una notable clarificación de los requisitos exigibles a cada operación.

## 27. REGIMEN TRIBUTARIO. Modificación parcial de la Ley General Tributaria.

Ley 10/1985, de 26 de abril («B. O. E.» del 27).

La presente Ley, primitivamente denominada de represión del fraude fiscal, lleva a cabo la principal modificación realizada, hasta el momento, en la Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963. La reforma afecta a los siguientes extremos:

1) Responsables tributarios: Se extiende la responsabilidad solidaria por infracciones tributarias a todos los causantes o colaboradores en ellas, aunque no sean dolosos; a las sociedades integrantes de un grupo acogido al régimen de declaración consolidada y a los copartícipes de entidades que sean sujetos pasivos.

Por su parte, los administradores de personas jurídicas quedan sometidos a responsabilidad subsidiaria por las infracciones simples y por la deuda tributaria en infracciones graves, así como por las deudas pendientes al cesar las actividades de tales personas jurídicas.

2) Estimación de la base imponible: Se distinguen los tres regímenes de estimación: Directa, objetiva singular e indirecta. Este último es objeto de regulación especial, determinándose el procedimiento a seguir, del que se suprime el acto administrativo previo declarando su aplicación.

3) La deuda tributaria: Se regula el interés de demora, fijándose su cuantía en el interés legal del dinero más el 25 %, y los casos en que procede su exigencia, aplicándose el vigente al comenzar su devengo. Para el cómputo de la prescripción se fija el «dies a quo» en el final del plazo reglamentario para presentar la declaración tributaria correspondiente.

4) Infracciones tributarias: Las modificaciones introducidas en este capítulo constituyen el núcleo de la Ley de reforma, pues se configura con nuevos criterios todo el Derecho sancionador tributario.

Se definen las infracciones de este tipo como acciones y omisiones tipificadas y sancionadas en las leyes «prescindiéndose de la nota de voluntariedad. Es nueva también la relación de sujetos infractores y la de eximentes, realizadas por el artículo 77.

Para los casos de existencia de delito fiscal se aplica expresamente el principio «non bis in idem».

En la clasificación de infracciones en simples y graves, se pretende extender el ámbito de estas últimas, incluyendo la falta de ingreso total o parcial de la deuda tributaria.

Las sanciones imponibles serán: multa pecuniaria, pérdida de ayudas públicas, prohibición de contratar con Entes públicos o suspensión del ejercicio de profesiones oficiales, empleo o cargo público. Se regulan también: la

competencia para imponer cada clase de sanciones, el procedimiento a seguir y los criterios para hacer la oportuna graduación.

Como regla general, las infracciones simples se sancionarán con multa de 1.000 a 150.000 pesetas y las graves con multa del medio al triple de las cuantías en que consistan. La Ley detalla exhaustivamente el montante y las sanciones accesorias para los distintos supuestos de hecho.

En particular, las sanciones se extinguirán por condonación graciable, suprimiéndose la anterior automática, y por fallecimiento del infractor, sin perjuicio de la transmisión a los herederos de las obligaciones tributarias pendientes.

5) Gestión tributaria: Las novedades afectan a la supresión de las consultas vinculantes a la Administración, la reformulación de los deberes de información de datos con trascendencia tributaria y a las funciones de inspección de los tributos. Las actas y diligencias extendidas por los inspectores se revisten de la naturaleza de documentos públicos y hacen prueba de los hechos que motiven su formalización, salvo que se acredite lo contrario.

Debe destacarse el nuevo régimen, muy amplio y detallado de las obligaciones de información (art. 111 de la Ley) que no se enervan por el secreto bancario. Los deberes de colaborar con la Administración tributaria se extienden especialmente a los profesionales oficiales, con los solos límites derivados del secreto de la correspondencia y del secreto de datos recogidos con fines estadísticos. Del secreto del protocolo notarial se excluyen los instrumentos referentes al régimen económico de la sociedad conyugal. Aparte de estos límites, la resistencia a facilitar los datos sólo podrá ampararse en el respeto al honor e intimidad de las personas.

Los profesionales no podrán ampararse en el secreto profesional para impedir la comprobación de sus declaraciones tributarias.

Por último, se garantiza el secreto de los datos comunicados a la Administración y su utilización exclusiva a los efectos tributarios. Este régimen sólo será aplicable cuando se desarrolle reglamentariamente el nuevo artículo 111 de la Ley.

Las disposiciones adicionales de la Ley ajustan el artículo 36.2 de la Ley General Presupuestaria a la regulación introducida sobre el interés de demora y prevén la posibilidad de que, para evitar el fraude fiscal, se imponga la consolidación de estados financieros a grupos de sociedades vinculadas.

28. DELITO FISCAL. Modificación del Código Penal en materia de delitos contra la Hacienda Pública.

Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril («B. O. E.» del 30).

1) Exposición:

Se da nueva redacción a los artículos 349, 350 y 350 bis, del Código Penal, que pasan a formar el Capítulo único, Título VI del libro II, con la rúbrica «Delitos contra la Hacienda Pública». Las figuras tipificadas son:

1. Defraudación tributaria:

Consistente en la elusión del pago de tributos estatales, autonómicos o locales o el disfrute indebido de beneficios fiscales, siempre por cuantía

superior a cinco millones de pesetas. En caso de tributos periódicos, se considerará cada ejercicio o el año natural. La pena a imponer será prisión menor y multa del tanto al séxtuplo de lo defraudado. Accesoriamente el culpable será privado de la posibilidad de obtener ayudas públicas y beneficios fiscales durante un período de 3 a 6 años.

## 2. Falsedad en la obtención de ayudas públicas:

Incorre en este delito quien obtenga una subvención o desgravación falsando las condiciones que se requieran, u ocultando las que impidan su concesión y quien desarrolle una actividad subvencionada incumpliendo las condiciones puestas. Será preciso que el beneficio público supere los dos millones y medio de pesetas. Las penas a imponer son las mismas del apartado anterior, incluso las accesorias.

## 3. Incumplimiento de obligaciones formales:

Se sancionan con arresto mayor y multa de medio a un millón de pesetas las infracciones siguientes de las normas de llevanza de libros contables y registros fiscales:

a) Omisión absoluta de los mismos aplicándose el régimen de estimación directa de bases tributarias.

b) Llevanza de contabilidades «dobles».

c) Falta o inexactitud de anotaciones.

d) Práctica de anotaciones ficticias.

Para los dos últimos supuestos se requiere que los defectos contables se traduzcan en omisiones o defectos en las declaraciones tributarias que excedan de diez millones de pesetas en cada ejercicio.

## 2) Observaciones:

La nueva regulación deroga el primitivo régimen del Delito fiscal contenido en el artículo 319 del Código Penal y en los artículos 36 y 37 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre. Aparte de la nueva y más completa tipificación de los hechos delictivos las innovaciones principales son:

1.º Los delitos fiscales dejan de ser perseguibles sólo a instancia de la Administración, pasando a recibir la aplicación del régimen general.

2.º También se suprime el preceptivo procedimiento administrativo, anterior al inicio del procedimiento judicial, que la Ley 50/1977 imponía.

3.º Se suprime la anterior presunción de ánimo de defraudar, introducida en el tipo penal y que había planteado problemas al intentarse la aplicación del citado artículo 319.

Debe indicarse que sigue vigente, aislado el artículo 36 de la Ley 50/1977, aunque sigue siendo superfluo, pues, introducido en el Código Penal el delito fiscal, no hace falta establecer separadamente que su enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria.

29. FUNCIONARIOS PUBLICOS. Desarrollo del régimen de incompatibilidades.

Real Decreto 598/1985, de 30 de abril («B. O. E.» del 4 de mayo).

Se dicta este Real Decreto en desarrollo de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas y conforme a la previsión de la misma.

El contenido de esta disposición es básicamente procedimental, pues se regulan los trámites a seguir para obtener las preventivas autorizaciones de compatibilidad a conceder por el Ministerio de la Presidencia en relación con actividades públicas.

Para el ejercicio de actividades privadas por el personal sometido a la citada Ley, se precisa el reconocimiento de su compatibilidad con la función pública desempeñada. Como regla general, serán incompatibles las actividades privadas que se relacionen directamente con asuntos sometidos al Departamento, Organismo, Ente o Empresa pública en que el interesado preste servicios (art. 9). Esta regla se concreta para determinadas clases de personal o de puestos de trabajo, determinándose el ámbito de actividades incompatibles. Así se hace con el personal que realice funciones de informe, gestión o resolución; el destinado en órganos de contratación; el sanitario, el cual no podrá realizar actividades en empresas que se relacionen con la Administración mediante los procedimientos en que interviene. Los titulares técnicos no podrán realizar actividades que supongan incumplir el horario establecido en la Administración o estén sometidos a control del organismo donde presten servicios. Los que ocupen puestos de letrados, por su parte, tienen vedado el ejercicio de la Abogacía actuando frente a la Administración del Estado o Seguridad Social o en asuntos relacionados con el organismo donde presten servicios. Finalmente, de forma general, el personal sometido a la Ley 53/1984 no podrá compatibilizar las funciones de gestoría ni la profesión de Procurador u otra que exija su presencia ante los Tribunales durante el horario de trabajo (art. 11).

El Real Decreto reproduce el texto de la Ley, que limita la compatibilidad de los funcionarios retribuidos por arancel o que desempeñen puestos dotados de complemento específico a la actividad de profesor universitario asociado y a las de investigación y asesoramiento excepcional.

También se detallan la incidencia del régimen de incompatibilidades en la incorporación de nuevo personal público y los regímenes transitorios previstos en la Ley. En general, respecto de actividades privadas, deberá solicitarse el reconocimiento de su compatibilidad antes del 1 de enero de 1986.

Véase la reseña de la citada Ley 53/1984 en este Anuario, XXXVIII-II, disposición núm. 16 de la Información legislativa.

30. **IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS.** Régimen de las retenciones.

Real Decreto 629/1985, de 30 de abril («B. O. E.» del 8 de mayo).

La presente disposición rebaja el tipo de las retenciones a practicar por razón de este Impuesto, modificando el artículo 157 del Reglamento del mismo. Se establecen las tres tablas de porcentajes aplicables respectivamente en forma general, a las familias numerosas de honor y a los pensionistas.

El nuevo régimen se aplicará a las cantidades devengadas desde 1 de mayo de 1985 y se funda en la conveniencia de evitar unas retenciones excesivas que originan un exagerado número de devoluciones del Impuesto al tiempo de devengarse éste.

El preámbulo del Real Decreto no hace referencia, sin embargo, a una futura reducción de la escala de tipos de gravamen, que ha sido anunciada por el Gobierno como medida de política económica.

31. **CANARIAS.** Regulación de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma.

Ley del Parlamento de Canarias de 11 de diciembre de 1984 («B. O. E.» de 28 de mayo de 1985).

Al igual que otras Comunidades Autónomas, la canaria realiza, mediante esta Ley, una adaptación a sus peculiaridades organizativas de las normas administrativo-financieras del Estado, principalmente de la Ley General Presupuestaria, de 4 de enero de 1977. De su extenso articulado pueden destacarse los siguientes extremos:

- 1) Régimen de las empresas públicas de la Comunidad (arts. 5 a 7).
- 2) Organos económico-administrativos de Canarias (arts. 24 a 27).
- 3) Normas presupuestarias.
- 4) Regulación del endeudamiento de la Comunidad Autónoma (arts. 60 a 68).
- 5) Bienes de la Comunidad, previéndose su inscripción registral (artículo 100) y
- 6) Especialidades de la contratación (arts. 101 a 107).

32. **MONEDA Y DIVISAS.** Se establecen las franquicias dinerarias para la entrada y salida por las fronteras.

Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de mayo de 1985 («B. O. E.» del 3 de junio).

La nueva regulación sistematiza y actualiza el régimen anterior, distinguiendo:

1) Divisas para gastos de viaje y estancias en el extranjero que pueden obtener los residentes en España:

— Para viajes de turismo, 480.000 pesetas por persona y año sin exceder de 120.000 por viaje.

— Para viajes de estudio o por motivos de salud, hasta el presupuesto de 6 meses.

— Para viajes profesionales el límite se fija en 300.000 pesetas por persona y viaje, y hasta 2.100.000 por año (10.500.000 pesetas por empresa si los viajes son por cuenta de ésta).

La obtención de cantidades superiores a las indicadas requerirá la previa autorización de la Dirección General de Transacciones Exteriores.

El uso de tarjetas de crédito es complementario de la disponibilidad de divisas, de modo que el total de pesetas empleado de ambas formas no exceda de los límites anteriores.

2) Entrada y salida por las fronteras de pesetas y moneda extranjera.

— Tanto los residentes en España como los no residentes podrán introducir en territorio español medios de pago en pesetas o divisas sin límite de cantidad.

— Para las salidas, se establecen los siguientes límites:

a) Los residentes podrán llevar hasta 100.000 pesetas en billetes del Banco de España y divisas en las cuantías señaladas en el apartado 1).

b) Los no residentes se encuentran afectados por el mismo límite de 100.000 en billetes, pero no está limitada la cantidad materializada en cheques contra cuentas de pesetas convertibles o cheques de viajero en pesetas.

En cuanto a la moneda extranjera, podrán llevar hasta el equivalente a 500.000 pesetas en metálico o billetes, y sin límite de cantidad en medios de pago en divisas.

Por consiguiente, los no residentes que introduzcan en España cantidades en pesetas o divisas superiores a 100.000 ó 500.000 pesetas, deberán formular la oportuna declaración ante la Aduana si pretenden luego superar tales límites a su salida del territorio.

La nueva regulación entra en vigor el día 1 de julio de 1985.

### 33. CATALUÑA. Regulación de la Comisión Jurídica Asesora.

Ley del Parlamento de Cataluña de 15 de marzo de 1985 («B. O. E.» del 11 de junio).

La Comisión Jurídica Asesora es el órgano colegiado al que corresponde el alto asesoramiento del Gobierno de la Generalidad. Se integra por un máximo de veinticinco miembros, todos ellos juristas distinguidos, que serán nombrados por Decreto del Consejo Ejecutivo.

La Comisión actuará en Pleno, Comisión Permanente y secciones, regulando la Ley su composición y funcionamiento.

Esta Comisión tiene su antecedente inmediato en la homónima creada en 1932, que fue provisionalmente restablecida en 1979.

#### 34. UNIVERSIDADES. Régimen del profesorado universitario.

Real Decreto 898/1985, de 30 de abril («B. O. E.» de 19 de junio).

En desarrollo de la Ley orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, el presente Real Decreto regula el profesorado. Se determinan los cuerpos docentes universitarios, los órganos competentes en la materia, el régimen de administración y prestación de servicios del profesorado y sus situaciones. También se regula la contratación de profesores asociados y visitantes, así como la declaración de profesores eméritos.

#### 35. ELECCIONES. Regulación del régimen electoral general.

Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio («B. O. E.» del 20).

La presente Ley Orgánica cumple la previsión del artículo 81 de la Constitución regulando las siguientes materias:

1) Disposiciones comunes, en las que se incluyen las referentes al Derecho de sufragio, tanto activo como pasivo; las Juntas, Mesas y Secciones electorales; el Censo electoral; el procedimiento electoral y los delitos e infracciones electorales.

2) Disposiciones especiales para las elecciones de Diputados y Senadores.

3) Disposiciones especiales para las elecciones municipales, con un capítulo especial sobre la elección de Alcalde.

4) Disposiciones especiales para la elección de Cabildos Insulares canarios.

5) Disposiciones especiales para la elección de Diputados provinciales.

De esta Ley, compuesta de 209 artículos debemos destacar dos temas:

a) El recurso contencioso electoral, modalidad especial del contencioso-administrativo, contra los acuerdos de las Juntas Electorales proclamando los candidatos electos y la elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales (arts. 109 a 117). Estos recursos tendrán tramitación preferente y la legitimación para interponerlos está limitada a los candidatos, representantes de las candidaturas y partidos políticos o asociaciones concurrentes en la elección.

b) El régimen financiero de las elecciones, que supone el nombramiento de responsables por cada partido o asociación concurrente, la financiación estatal, los gastos que se consideran electorales y el control de las subvenciones (arts. 121 a 134).

36. EXTREMADURA. Regulación de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma.

Ley de la Asamblea de Extremadura de 19 de abril de 1985 («B. O. E.» del 22 de junio).

De igual forma que otras autonomías, la extremeña regula su régimen financiero trasladando a su ámbito los preceptos de la Ley General Presupuestaria, de 4 de enero de 1977.





# DICTAMENES

## D I C T A M E N

### A N T E C E D E N T E S

1. Según las Actas Capitulares (Libro 81, Cabildo de 11 de Mayo de 1895), el Cabildo Catedralicio propone por esos días al Sr. López Ferreiro que se encargue de redactar una Historia completa de la Santa Iglesia Compostelana, dispensándole de asistir a Coro, si acepta la comisión. El asentimiento a la propuesta no consta explícitamente por documento alguno; pero sí de un modo inequívoco: por la propia conducta del autor: escribió la obra y entregó y fue poniendo a disposición de su comitente cada volumen de la misma.

2. En Sacristía de 18-VII-95 el Deán comunica la oferta del Arzobispo de contribuir a la publicación de la Historia proyectada con la suma de mil pesetas.

El acuerdo de iniciar la edición se adopta en Cabildo de 7 de abril de 1897, ante lo adelantado de los trabajos del Sr. López Ferreiro. Y efectivamente, el tomo primero de la importante investigación se publica en 1898, con «depósito» de los ejemplares requeridos en dos de julio de dicho año.

El diez de octubre de 1899 se cumple idéntico requisito con el segundo tomo; y el 13 de noviembre de 1901 con los tomos III y IV. Sucesivamente van apareciendo, y siendo objeto de «depósito legal» los restantes volúmenes, hasta el undécimo, que se publica en 1911, poco después de haber fallecido su autor.

Aparte de la subvención del Arzobispado, todos los gastos de la edición han sido sufragados por el Cabildo

No se conoce documento alguno entre las partes relativo a la titularidad de los derechos de propiedad intelectual. Pero la dispensa de Coro permite inducir que el Sr. López Ferreiro trabajaba para el Cabildo, en comisión aceptada (Vid. su «Prefacio» a la Historia), sustituyendo la labor investigadora por la litúrgica y aplicando a la primera la retribución percibida por su canongía.

3. En fecha reciente ha publicado «Ediciones S...», una edición en facsímil, con depósito legal BI-1157-1959.

### C O N S U L T A

Se pregunta qué derechos y acciones corresponden al Cabildo Catedralicio sobre la edición o la obra de López Ferreiro y si es legítima o fraudulenta la reproducción en facsímil realizada por «Ediciones S...», sin autorización del Cabildo, aun cuando existen ejemplares de la primera edición.

## D I C T A M E N

I. Los problemas planteados en la consulta son mucho más complejos de lo que aparentan. Nada nuevo en el Derecho, donde, como ya nos advirtió el autor clásico: «Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare, vel respondere» (D. L., XVI, 6, 1.<sup>o</sup>). Generalizando más aún, hay que tener presente siempre, al interpretar cualquier norma, que cada una resulta influenciada por la totalidad del Derecho. De ahí que tanto Savigny como sus seguidores hubiesen de hablar de un inevitable elemento sistemático en cada operación de exégesis.

En efecto, el Código Civil vigente dedica a la propiedad intelectual dos artículos que parecen ociosos e insignificantes: el 428 y el 429. El primero se limita a decir que «el autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad». El 429 hace después un reenvío a la Ley sobre propiedad intelectual en cuanto a la determinación de las personas «a quienes pertenece este derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración». Pero añade: «En casos no previstos ni resueltos por dicha Ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas por este Código sobre la propiedad».

¿Qué función cumplen ambos preceptos en el Código Civil? ¿Por qué se hizo constar en el mismo la fórmula poco concreta del artículo 428? ¿Por qué se cita la Ley sobre propiedad intelectual y no se menciona para nada su Reglamento?

No siendo lícito al jurista presumir que el legislador haya empleado palabras ociosas o redundantes, estamos obligados a imaginar que exista una razón justificativa de cada una de las que pronuncia: Ninguna de ellas debe ser reputada vana. Supondremos, entonces, una segunda intención tras los, en apariencia, inofensivos artículos del Código Civil; y se nos hace imprescindible averiguarla.

¿Estaría ligado el Legislador por alguna consigna previa?

Para solventar la cuestión, acudimos a la Ley de Bases y nos tropézámos allí con la Base 10, que nos dice: «Se mantendrán el concepto de la propiedad y la división de las cosas, el principio de la accesión y de copropiedad con arreglo a los fundamentos capitales del derecho patrio, y se incluirán en el Código las bases en que descansan los conceptos especiales de determinadas propiedades, como las aguas, las minas y las producciones científicas, literarias y artísticas, bajo el criterio de respetar las leyes particulares por que hoy se rigen en su sentido y disposiciones, y deducir de cada una de ellas lo que pueda estimarse como fundamento orgánico de derechos civiles y substantivos, para incluirlo en el Código».

Está claro, pues, que los redactores del Código Civil habían recibido, respecto a las propiedades especiales, y, en particular, respecto a la propiedad intelectual, un doble mandato: «Respetar las leyes especiales vigentes, por un lado; e infiriendo, por otro, el fundamento civil y substantivo al que obedecían, incorporarlo al Código. Y esto exactamente fue lo que trató de hacer en sus dos citadas disposiciones la Comisión Codificadora. Por eso, redefine el derecho de autor, entroncándolo, como una especie, en su doctri-

na genérica de la propiedad. Libera a ese derecho de su ganga «administrativa», al omitir deliberadamente todas las minucias reglamentarias; y lo subsume en el Código, al suplir mediante sus preceptos los casos no previstos en la Ley especial.

Con estos antecedentes, pasemos ahora a la Ley sobre propiedad intelectual vigente, que lo es aún la de 10-I-1879, y veamos qué nos cabe deducir de ella.

Su artículo primero no hace otra cosa que definir el conjunto «propiedad intelectual» como integrado por los elementos «obras científicas», «literarias» y «artísticas», cualquiera que sea el medio utilizado para darlas a luz.

Una definición de esta traza; es decir, enumerativa-ostensiva, ocultando la característica esencial distintiva de la clase, no permitiría, por sí sóla, comprender adecuadamente la sustancia de los derechos presupuestos. Justo por eso, seguramente, ha tenido que completarla el artículo 428 del Código Civil, que lo hace añadiendo dos notas, en perfecta correspondencia con las que el artículo 348 asigna a la propiedad. Pues donde allí se habla de «gozar» y «disponer», se emplea aquí, en lugar del primer término, el vocablo «explotar» y se mantiene el último.

Los artículos 2.º y 3.º enumeran los posibles titulares de las diferentes clases de propiedad intelectual; el 4.º extiende los beneficios de la Ley al Estado, Corporaciones públicas e instituciones científicas, literarias o artísticas.

El 5.º —muy significativo— sometía la propiedad intelectual a las normas del Derecho común, «sin más limitaciones que las impuestas por Ley» (Lo cual explica también lo dispuesto en la Ley de Bases y la reticencia del Código Civil respecto a las normas reglamentarias).

Los artículos 6.º y 7.º —de la mayor importancia para nuestros efectos— establecían:

Art. 6.º «La propiedad intelectual corresponde a los autores durante su vida, y se transmite a sus herederos testamentarios o legatarios por el término de ochenta años. También es transmisible por actos entre vivos, y corresponderá a los adquirentes durante la vida del autor y ochenta años después del fallecimiento de éste, si no deja herederos forzosos. Mas si los hubiere, el derecho de los adquirentes terminará veinticinco años después de la muerte del autor, y pasará la propiedad a los referidos herederos forzosos por tiempo de cincuenta y cinco años».

Art. 7.º «Nadie podrá reproducir obras ajenas sin permiso de su propietario, ni aun para anotarlas, adicionarlas o mejorar la edición; pero cualquiera podrá publicar como de su exclusiva propiedad comentarios, críticas y notas referentes a las mismas, incluyendo sólo la parte del texto necesaria al objeto.

Si la obra fuese musical, la prohibición se extenderá igualmente a la publicación total o parcial de las melodías, con acompañamiento o sin él, transportadas o arregladas para otros instrumentos o con letra diferente o en cualquier otra forma que no sea la publicada por el autor».

Prescindiendo de otros artículos inatinentes, importa ocuparse de los que regulan el Registro.

El 33 dice: «Se establecerá un Registro general de la propiedad intelectual en el Ministerio de Fomento».

En todas las Bibliotecas provinciales y en las del Instituto de segunda enseñanza de las capitales de provincia donde falten aquellas Bibliotecas, se abrirá un Registro en el cual se anotarán por orden cronológico las obras científicas, literarias o artísticas que en ellas se presenten para los objetos de esta Ley.

Con el propio objeto se anotarán igualmente en el registro los grabados, litografías, planos de arquitectura, cartas geográficas o geológicas, y en general cualquier diseño de índole artística o científica.

Art. 34. «Los propietarios de las obras expresadas en el artículo anterior entregarán firmados en las respectivas Bibliotecas tres ejemplares de cada una de aquellas obras: uno que ha de permanecer depositado en la misma Biblioteca provincial o del Instituto; otro para el Ministerio de Fomento y el tercero para la Biblioteca Nacional.

Obtenidos de los jefes de las Bibliotecas el recibo correspondiente y el certificado de inscripción de las obras en el Registro provincial, se dirigirán los propietarios de las mismas al Gobierno Civil, a fin de que éste participe al Ministerio de Fomento la inscripción realizada, y le remita los dos ejemplares que en cada caso corresponden al propio Ministerio y a la Biblioteca Nacional.

Los Gobiernos civiles enviarán semestralmente a la Dirección general de Instrucción pública un estado de las inscripciones efectuadas y de sus vicisitudes ulteriores para formar el Registro general de la propiedad intelectual.»

Art. 36. «Para gozar de los beneficios de esta ley es necesario haber inscrito el derecho en el Registro de la propiedad intelectual, con arreglo a lo establecido en los artículos anteriores.

«El plazo para verificar la inscripción será el de un año, a contar desde el día de la publicación de la obra; pero los beneficios de esta ley los disfrutará el propietario desde el día que comenzó la publicación, y sólo los perderá si no cumple aquellos requisitos dentro del año que se concede para la inscripción.»

Art. 38. «Toda obra no inscrita en el Registro de la propiedad intelectual podrá ser publicada de nuevo, reimpresa por el Estado, por las Corporaciones científicas o por los particulares durante diez años, a contar desde el día en que terminó el derecho de inscribirla.»

Art. 39. «Si pasase un año más después de los diez sin que el autor o su derechohabiente inscriban la obra en el Registro entrará ésta definitiva y absolutamente en el dominio público.»

Art. 40. «Las obras no publicadas de nuevo por su propietario durante veinte años pasarán al dominio público, y el Estado, las Corporaciones científicas o los particulares podrán reproducirlas sin alterarlas; pero no podrá nadie oponerse a que otro también las reproduzca.»

Art. 41. «No entrará una obra en el dominio público, aun cuando pasen veinte años: ... Segundo. Cuando después de impresa y puesta en venta la obra con arreglo a la ley, pasen veinte años sin que vuelva a imprimirse porque su dueño acredite suficientemente que en dicho período ha tenido ejemplares de ella a la venta pública.»

Art. 42. «Para que pase al dominio público una obra en el caso que expresa el artículo 40, es necesario que preceda denuncia en el Registro de la Propiedad, y que en su virtud se excite por el Gobierno al propietario para que la imprima de nuevo, fijándole al efecto el término de un año».

Art. 43. «Cuando las obras se publiquen por partes sucesivas y no de una vez, los plazos señalados en los artículos 38, 39 y 40 se contarán desde que la obra haya terminado».

II. Aunque únicamente en primera aproximación todavía, enjuiciemos a la luz de los artículos transcritos el problema planteado en la consulta: ¿Qué derechos tiene el Cabildo Catedralicio sobre la Historia de la Santa A. M. Iglesia de Santiago de Compostela, escrita por D. Antonio López Ferreiro?

En la página 4 del tomo I, al reverso de la contraportada, uno puede leer, al igual que en muchos otros libros. «Es propiedad. Queda hecho el depósito que marca la Ley».

Y efectivamente, los requisitos del artículo 34 fueron escrupulosamente cumplidos por el titular o por alguien actuando en su nombre. Por certificación de la Directora del Archivo histórico universitario de Santiago de Compostela, y con toda la fuerza convictiva que se desprende de la fotocopia preadverada, se ha evidenciado sin posible duda que la entrega de los tres ejemplares exigidos por la ley y la inscripción en el Registro provincial tuvo lugar en su día respecto a cada tomo de la Historia de López Ferreiro.

Ahora bien, observadas las anteriores exigencias legales, al titular, quien quiera que fuese, de los derechos de autor, no se le puede imponer ninguna otra más. La materialidad de la inscripción en el Registro de la propiedad intelectual a que se refiere el Reglamento, constituye una formalidad administrativa que no condiciona el derecho de autor, no ya sólo por imperio de lo dispuesto en el artículo 5 (ya citado) de la Ley, sino por lo que ordenan de consumo la de Bases y el Código Civil.

Las disposiciones reglamentarias, que, como es sabido, no son aptas para desbordar a las leyes, valen, a lo sumo, como medidas precautorias para garantizar más eficazmente los derechos de los respectivos autores, no como restricciones adicionales sobreañadidas. Pues ¿cómo podrían perjudicarse el autor o sus causahabientes por omisiones de terceras personas? Si los Gobernadores civiles llegaran a incumplir lo prevenido en el artículo 34 ¿habrían de pechar los titulares del derecho de autor con los perjuicios consiguientes? ¿Qué sería entonces del principio jurídico «nemo alieno facto praegravari debet»?

Al autor, o a quien haga sus veces, le basta con acreditar el cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 34 de la Ley. Si lo hace, las posibles deficiencias de esta o aquella autoridad o del propio Registro no pueden imputársele. O sería hacer escarnio de la Justicia.

Porque —obsérvese bien— ¿dónde, cuándo y cómo impone la Ley a los autores el deber formal de inscribir en el Registro del Ministerio de Fomento? ¡Estudiando bien el asunto, nos convenceremos enseguida de que en ninguna parte! ¡Eso ha sido cosa del Reglamento; la Ley preceptúa, sí, en el artículo 36 que «para gozar de los beneficios de esta Ley es necesario haber

inscrito en el Registro de la propiedad intelectual»; pero añade inmediatamente «con arreglo a lo establecido en los artículos anteriores» «Inscrito con arreglo a los artículos anteriores» quiere decir, ni más ni menos, que los autores hayan hecho lo que se manda allí. Y allí se manda únicamente lo que ya hemos visto: entregar firmados en las respectivas Bibliotecas tres ejemplares de la obra y con el resguardo de la entrega dirigirse al Gobernador Civil «a fin de que éste participe al Ministerio de Fomento la inscripción realizada y le remita los dos ejemplares para el Ministerio y Biblioteca Nacional». Esto es todo. La inscripción que deben promover los autores es la primera. Las subsiguientes, ¡según la Ley!, se efectúan por intermediarios y la omisión no puede ser imputada a los autores! ¿Que el Reglamento, más tarde, ha dicho otra cosa? ¡Tanto peor para el Reglamento! Pero el Reglamento se excede en cuanto exija más de lo que exige la Ley y en esto mismo es inválido!

Más aún. Pese a lo que algunos han dicho, el derecho de propiedad intelectual no es bajo ningún concepto una especie de «concesión administrativa». Es realmente el único «dominio» que nace en verdad como consecuencia de un título originario. En el fondo, como hemos ponderado en otras sedes, el fundamento de cualquier derecho es el trabajo, sea propio, sea trabajo ajeno cedido (donaciones, adquisiciones contractuales, sucesiones). Y tal principio es esencial para la supervivencia humana, porque el hombre, estadísticamente hablando; es decir, en la regla, no en la excepción, tiene que vivir del producto de su trabajo o de las sustituciones mediante intercambios (compraventas, permutas, etc.) del trabajo ajeno por el propio. Y es trabajo productivo valioso tanto el material o manual como el directivo o intelectual.

Admitida la especialización profesional y la elección vocacional del propio trabajo, constituiría inadmisible discriminación negar al autor de libros (pongamos por ejemplo) el derecho a disfrutar de los beneficios económicos que reporta su obra. Para que alguien pueda dedicarse libremente al trabajo literario, científico o artístico, es absolutamente esencial que no carezca de remuneración semejante trabajo. Ahora bien, escribir un libro, pintar un cuadro, componer melodías requieren tiempo y, a veces, años. Imaginemos un libro que insuma dos, tres, cinco para su redacción: ¿Cuál tiene que ser su valor económico para resultar remunerativo? ¡No sería difícil calcularlo! Para escribirlo, tendría el autor que haber solicitado y obtenido un crédito personal que le permitiera vivir durante ese lapso, sufragar los intereses y amortizar el capital recibido. ¡Sin «propiedad intelectual» la consagración plena a estas labores no sería posible!

Hay otro hecho, enormemente significativo, que debe ser ponderado aquí. En la época en que fueron redactadas la Ley y el Reglamento de propiedad intelectual predominaban en la doctrina, jurisprudencia y legislación europea las corrientes positivistas según las cuales todos los derechos eran, más o menos, dádivas del Legislador. La idea de un derecho «natural», suprapositivo, parecía haberse descartado de la Política jurídica. En nuestros días, en cambio, desde que Hitler puso en evidencia a qué absurdos podrían conducir semejante punto de vista, las cosas han cambiado. La mejor prueba nos la proporciona la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de la ONU en 1948.

Aquí se afirma paladinamente que la libertad, la justicia y la paz en el mundo (¡nada menos que todo eso!) tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Y se considera también «esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión».

España ha hecho suya en fecha reciente esta Declaración y la Constitución misma, en su art. 10, 2 la ha convertido en módulo interpretativo de sus preceptos sobre derechos fundamentales. Por tanto, no cabe ya considerar —si cupo alguna vez en puro Derecho— los derechos básicos del hombre como meras «concesiones» del poder público. Es por eso que el artículo 20 b) de la misma Constitución ha tenido que afirmar que «se reconoce y protege» el derecho «a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica». Y aunque la expresión no es muy afortunada, porque ¿cómo podría dejarse de reconocer el derecho «a la producción y creación» sin esclavizar al hombre?, lo que es preciso entender protegido aquí es el derecho «a los productos», no a la actividad espiritual con la que se idean. Pues, ya se sabe, la ideación es deliberación interiorizada que escapa al Derecho.

De modo que, en último término, aun cuando pudiera ofrecer alguna duda antes (¡y conste que, a mi entender, no existía!) la necesidad de inscribir, no el previo depósito legal, para disfrutar de los beneficios del derecho de autor, hoy, después de la Constitución, tal duda no es posible. El artículo 20 es uno de los privilegiados por lo dispuesto en el artículo 53 y, por consiguiente, una Ley (¡otra vez, repetimos: no un Reglamento!) podría «regular» su ejercicio «respetando, en todo caso, su contenido esencial». Pero, si algo hay evidente en el mundo, es evidente en nuestro caso que transferir al dominio público, sin indemnización alguna, el derecho de autor por omitir un requisito administrativo (en virtud, acaso, de una interpretación errónea de la exigencia legal), está muy lejos de respetar el contenido esencial de ese derecho, puesto que lo volatiliza.

III. Y aún no es esto todo. Tomemos en cuenta la Convención Internacional de Berna (9-IX-86), actualizada por la de Bruselas en 26-VI-48, suscrita por España, cuyo artículo 4.º establece que «el goce y ejercicio de estos derechos (de propiedad intelectual) no se subordinan a ninguna formalidad; este goce y este ejercicio son independientes de la existencia de la protección en el país de origen...». Entonces, o hacemos a los autores extranjeros de mejor condición que los autores españoles, o atribuimos a estos últimos idénticos derechos. Como el artículo 14 de la Constitución no tolera discriminaciones por razón de «nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social», parece apodíctico que semejante discriminación es menos tolerable aún por ser de nacionalidad española la persona afectada.

Hay que entender, en consecuencia, que al ratificar dicho Convenio, España, después de haberlo publicado en el «BOE», lo ha convertido en Derecho propio, según el artículo 1, 5 del Código Civil.

IV. Un examen medianamente atento de las diversas normas que sobre pro-



propiedad intelectual se han ido publicando en nuestra Patria demuestra algunas cosas, a saber: 1.º) Que el Reglamento se había extralimitado en varios puntos; 2.º) Que los Gobernadores civiles no habían podido dar cabal cumplimiento a las prevenciones del legislador; 3.º) Que los autores y editores, por razones diversas, no inscribían.

1.º) En 15 de junio de 1894, a solicitud de varios editores, se modificó el artículo 52 del Reglamento, que había impuesto una sanción penal «a los propietarios que declaren al frente de sus obras haber hecho el depósito legal, y no lo realicen dentro del plazo fijado». El Ministro de Fomento que hacía la «Exposición» a María Cristina, Alejandro Groizard, decía con cabal conocimiento de causa: «No ha debido ...definirse en un reglamento un delito no prescrito en la ley especial, ni designarse penalidad alguna».

2.º) Vid. p. e., la R. O. de 13 enero 93.

3.º) La R. O. de 11 de diciembre de 1894 no puede ser más sintomática. Se había instruido expediente sobre la validez o nulidad de la inscripción en el R. Prop. Intelec. de segundas y posteriores ediciones. Según el dictamen del Consejo de Estado, «ante el hecho constante y repetido desde la promulgación (de la Ley), de inscribirse las obras, no al publicarse, sino las ediciones sucesivas de las mismas, cualquiera que sea el tiempo de su publicación con relación a las ediciones primeras, se ha introducido una práctica que, aunque contraria a la ley, ha creado, reconocido y garantizado, derechos siempre respetables que no pueden desconocerse, con tanto más motivo cuanto que no es imputable la culpa a los particulares».

Prescindiendo, por el momento, de la solución, un tanto paradójica, propuesta por el Consejo y sancionada por la R. O. (cumplir, en adelante, con todo rigor, lo dispuesto en el artículo 36; pero conceder validez a las inscripciones irregulares ya hechas); interesa resaltar unas palabras reveladoras que se le escaparon en la «consulta» a la Dirección General de Instrucción Pública. Eran las siguientes: «La Ley castiga al autor o propietario cuya obra no se inscriba dentro del año de la publicación, con la pena de declarar que aquélla cayó en el dominio público por tiempo de diez años, al fin de los cuales la ley concede un nuevo plazo (un año) al autor para recobrar la propiedad de la obra. Y claro es que si la ley no permite que el autor recobre la propiedad hasta después de pasar diez años a contar desde el día en que terminó el derecho de inscribir la obra, no es posible autorizar que los autores lo recobren en cualquier tiempo con la presentación de segundas o sucesivas ediciones hechas durante los diez años de que habla el artículo 39. Así burlarían la ley y no pasaría obra alguna al dominio público, siendo letra muerta gran parte de los artículos de la Ley y su reglamento».

Vale la pena poner atención sobre la calificación que merece a la Dirección General la omisión por los autores de la inscripción de sus obras en el Registro.

«La Ley castiga ... con la pena» —se nos dice—. Y es preciso saber con certeza si la Dirección habla aquí en metáfora o, si traicionada por el subconsciente, ha dejado que se le escapase la verdad. El tema es importante, porque si hay una pena y no un delito, ¿quien podría defender la validez de la disposición? Y que no hay delito es obvio, pues ni se incoa sumario

dado el hecho, ni se sigue proceso sobre él. Luego, si la sanción tuviera carácter de pena, no sería admisible. ¿Será, pues, pena?

Para salir de dudas, hay que averiguar qué se entendía por pena en el entonces. La respuesta la tenemos en el artículo 25, 4.º del Código Penal de 1870: «No se reputarán penas: 4.º) Las privaciones de derechos y las reparaciones que en forma penal establezcan las leyes civiles». ¿A qué «privaciones de derechos» alude el Código penal? ¿Son todas lícitas al legislador ordinario? Aunque demasiado peligrosa la ambigüedad en un texto tan importante, no haremos más polémico el asunto y nos limitaremos a preguntar: ¿Cualquier «privación de derechos» le estaría permitida al legislador civil?

Sería temerario sostenerlo. El artículo 10 de la Constitución de 1876 establecía con relación al caso: «No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización».

Preguntémosnos ahora ¿qué significa objetivamente la negación de la propiedad intelectual a los autores que no inscriban en el plazo hábil? Sin duda, estamos ante una sanción jurídica, consistente en privar de sus derechos dominicales al autor que omita la inscripción. El resultado, entre expropiativo y confiscatorio, resulta, pues, paladino. ¿Cómo sería posible afirmar su licitud? Podría sostenerse que la privación no se impone aquí como pena, ni a beneficio del fisco. Mas tampoco así resolveríamos nada. Si ni como pena por delito, ni aun para la Hacienda pública se consiente la incautación, ¿podrá permitirse sin delito y a beneficio del común? ¡Cuesta presumirlo! Porque parece claro que la Constitución del 76 quería decir: «No se impondrá jamás la confiscación de bienes, ni aun como pena...».

¿Podríamos afirmar, en cambio, que no hay aquí ninguna «incautación» *ex lege*, sino simple inotorgamiento de un derecho o «concesión administrativa»? Alguien diría quizá que todos los derechos existen sólo porque los confiere el Ordenamiento positivo. Y que, por tanto, todos tienen el alcance que quiera darles el Legislador. Tal concepción, como ya hemos dicho, no era admisible entonces y mucho menos hoy. Las Declaraciones de derechos constan en las Constituciones para reconocer los fueros e inmunidades suprapositivos, que todo Legislador debe —y promete— respetar. La propiedad está entre tales derechos; y aunque se proclame también la «función social» que le incumbe, su contenido económico no se destruye; sólo se transforma. Se admite la «expropiación»; pero sometida a exigencias severas.

Uno podría argüir, en excusa, que la propiedad a que se refiere el constituyente es la tradicional sobre cosas; no la propiedad intelectual, que no merece aquel nombre. Pero esta respuesta peca de anacrónica. Al tiempo de promulgarse la Constitución de 1876 estaba en vigor la Ley de 10 de junio de 1847, cuyo artículo 1.º establecía cierto *derecho de propiedad* literaria consistente en una «exclusiva de reproducción o autorización para reproducir» escritos originales; y cuyo art. 2.º decía literalmente: «El *derecho de propiedad* declarado en el artículo anterior corresponde a los autores durante su vida y se transmite a sus herederos legítimos o testamentarios por el término de cincuenta años». Casi cada precepto de aquella Ley calificaba de

«propiedad» ese derecho vitalicio reconocido a los autores, transmisible, además, por herencia durante 50 años.

Con tanta insistencia en calificar la propiedad literaria como «propiedad», por muy «especial» que quiera hacérsela, ¿cabría defender que el artículo 10 de aquella Constitución no la comprendiese como tal? Las consecuencias de semejante teoría serían muy graves. De prevalecer, los autores no estarían protegidos, ni siquiera hoy, contra la expropiación o «requisición» ilegal de sus obras, ni aun con el asiento registral. Pues si no constituye «expropiación» la privación de la propiedad intelectual, la inseguridad acecha también a quienes hayan inscrito. Y si la propiedad intelectual quedaba protegida contra la expropiación, ya lo estaba antes de la Ley de 1879 y ésta no podía, sino en fraude constitucional, «inventar» una institución que, con otro nombre «expropiaba» a miles de personas sin cumplir los requisitos indispensables ni abonar la indemnización previa. Y, para colmo, infiriendo el daño *inaudita parte*, por automatismo legal y con manifiesta indefensión de los perjudicados.

El hecho podría llegar a la «summa iniuria» si, como habría de suceder en muchos casos, el autor no tuviera otros bienes que su obra u obras. Estaríamos entonces ante una vía ejecutiva *ope legis*, capaz de mostrarse insensible a situaciones de extrema necesidad.

Califíquese, o no, como pena (y, desde luego, parece más que nada un «disuasivo penal», contrapuesto al «premio» concedido a los autores que inscribían), la transferencia compulsiva de las obras al dominio público ni entonces ni ahora puede considerarse jurídicamente válida.

V. Pasemos a otro punto: ¿A quién pertenece actualmente la propiedad de la obra? Dejando a un lado el derecho moral de autor, que nadie cuestiona, lo que interesa debatir aquí son los derechos materiales o patrimoniales. Respecto a ellos urge preguntar: ¿Cedió el Sr. López Ferreiro al Cabildo Catedralicio estos derechos? En principio, podría emitirse también una respuesta simplista, sin más que otorgar un valor absoluto a lo preceptuado en el artículo 9.º del Reglamento de 10-1-1879, que dice: «Toda transmisión de la propiedad intelectual, cualquiera que sea su importancia, deberá hacerse constar en documento público, que se inscribirá en el correspondiente Registro, sin cuyo requisito el adquirente no gozará los beneficios de la Ley». Semejante presuposición sería, sin embargo, errónea. El Reglamento, en esta cuestión como en otras, ha procedido *ultra vires*. No sólo ha sobrepasado a la Ley de propiedad intelectual —lo que ya no era lícito—, sino que se ha puesto en franca contradicción con todo el sistema contractual imperante en España. Es decir, *ha hecho tabla rasa de normas jurídicas a las que jerárquicamente debía sumisión*. Por tanto, en extremos así debe reputarse inválido. Esto lo deja en evidencia el propio Código Civil, en los artículos citados, cuando reconoce al autor el derecho a disponer de su obra «a su voluntad» y cuando reenvía sólo a la Ley sobre propiedad intelectual; pero *no a su Reglamento*. A éste, no solamente lo silencia, sino que deliberadamente lo excluye, al prescribir que en los casos no previstos ni resueltos por dicha Ley especial «se aplicarán las reglas generales establecidas por este Código sobre la propiedad».

Así, pues, aunque el Reglamento contiene normas que parecen destinadas

a colmar aparentes lagunas de la Ley, el Código Civil, negándole beligerancia, impone al intérprete la obligación de suplir las deficiencias legales no ajustándose a lo dispuesto en aquél, sino mediante sus propios preceptos. Y para que conste con meridiana claridad la asimilación de la propiedad especial al dominio, no vacila en proclamarlo sin ambages.

Los redactores del Código Civil, lejos de proceder a la ligera, habían tomado su decisión con un auténtico conocimiento de causa. Porque el Reglamento, una vez más, se había excedido. En efecto: el artículo 2.º, de la Ley decía: «La propiedad intelectual corresponde: ... Quinto. «A los derechohabientes de los anteriormente expresados, ya sea por herencia, ya *por cualquier otro título traslativo de dominio*». El artículo 6 (ya transcrito) abunda en la misma idea. Permite la transmisión *mortis causa* o *por actos intervivos*, sin ninguna condición adicional. Se atiene, pues, al régimen de Derecho común en España y, por ende, al principio espiritualista que domina nuestro sistema de obligaciones: «En cualquier forma en que el hombre se obligue, resultará obligado». Acreditada la obligación por cualquier medio admisible de prueba, su cumplimiento puede exigirse siempre al deudor. No cabe resolver, en consecuencia, el problema de la titularidad mediante una simple consulta al Registro: no se trata de una cuestión *de Derecho*, zanjada por normas, sino una cuestión *de hecho*, o, mejor dicho, una cuestión *de prueba*: ¿Hay, o no, pruebas de la transmisión o cesión por parte del titular originario al Cabildo?

Por de pronto, sabemos lo siguiente: 1.º) La obra fue redactada por encargo del Cabildo, según el propio autor reconoce en su Prefacio al tomo primero, donde dice: «A la larga serie de atenciones y deferencias que debo al Excmo. Cabildo Compostelano, habré de añadir otra muy especial que tuvo a bien hacerme, confiándome, con el beneplácito y consentimiento expreso de nuestro Emmo. y Revmo. Prelado, el honroso encargo de escribir la historia de la Insigne, Apostólica y Metropolitana Iglesia de Satiago» (páginas 5 y 6). Y por si esta manifestación no fuera bastante, repite después: «Vasta es la materia; y más que vasta, intrincada y oscura; pero la benevolencia con que, espero, habrán de ser acogidas estas páginas, si por una parte aquieta mis recelos, por otra me estimula a dedicarme con la energía de que sea capaz, al fiel y exacto cumplimiento de mi encargo» (págs. 22-23). 2.º) El Cabildo no sólo dispensó de Coro al Sr. López Ferreiro, sino que, poniendo a su disposición la rica documentación de que disponía, contribuyó en gran parte a que la obra fuera posible. Sin López Ferreiro no hubiera existido la Historia, sin la colaboración y facilidades del Cabildo, tampoco. 3.º) La edición fue sufragada por el Cabildo. La obra —dada su extensión— hubo de resultar muy costosa; seguramente bastante por encima de las posibilidades económicas del Sr. López Ferreiro. Según los datos que me han sido facilitados, la impresión de los tomos 6.º, 7.º, 8.º y 9.º montó a la entonces importante cantidad de casi 7.500 pesetas; papel aparte (Una factura de papel [agosto de 1905] roza las diez mil pesetas).

Como en esa fecha se habían publicado únicamente los seis primeros volúmenes, hay que presumir que tal cantidad corresponde probablemente a la mitad de la obra. Constando también que los clichés para los grabados se pagaron con independencia, no es aventurado suponer que el coste total

de la publicación rozara las cincuenta mil pesetas; es decir, toda una fortuna para la época.

Sentado esto, procede formular algunas preguntas: a) ¿Se hubiera escrito la Historia de la S. A. M. Iglesia de Santiago sin la iniciativa del Cabildo Catedralicio? ¿Hubiera podido editarla por su cuenta el Sr. López Ferreiro? ¿Algún editor comercial se hubiera entonces atrevido a efectuar tamaña inversión en una obra tan especializada, extensa y, previsiblemente, de muy escaso atractivo para el lector corriente? Añadamos aún que D. Antonio López Ferreiro era, en aquellas fechas, un autor apenas conocido y la respuesta a cada una de las anteriores preguntas brotará de suyo: La «Historia» se debe y honra tanto a su autor como al Cabildo Compostelano.

¿Qué cabe deducir de los datos e indicios anteriores? Algo bastante significativo: Que el Cabildo Catedralicio, queriendo disponer de una Historia actualizada de la Iglesia Compostelana y consciente de que D. Antonio López Ferreiro era la persona más idónea para escribirla, encomendó a éste la ingente tarea, ¿Bajo qué condiciones? Que algo se tuvo que tratar entre el Canónigo y su Capítulo respecto a los derechos patrimoniales de la obra, parece evidente, aunque lo pactado entre ambos no conste. Todo mueve, sin embargo, a conjeturar que la propiedad fuera cedida por el autor al Cabildo. Pues el Cabildo se comportó siempre como dueño y siempre, en tal concepto, dispuso de la obra. Por ejemplo, en Cabildo de 17-IV-897 es la Corporación quien acuerda «editarla cuanto antes». No se habla de concertarse con el autor para ello, sino que se procede como si la propiedad perteneciera ya al Cabildo. En 13-XI-900 «a propuesta del Sr. Canónigo Fabriquero *acordóse dar* a D. Antonio López Ferreiro 24 ejemplares de la Obra que está publicando de la Historia de la Iglesia Compostelana». Obsérvese que en la redacción se evita la expresión *natural*, que sería decir «24 ejemplares de su obra»: hay un evidente rodeo para evitar el adjetivo posesivo. Tanto durante la vida del Sr. López Ferreiro como después de su muerte, el Cabildo Compostelano se ha comportado siempre como dueño, según es público y notorio en la Ciudad. Y en esta actitud lleva desde hace más de 50 años. Luego, habida cuenta de lo que dispone el artículo 1.936 del Código Civil, que considera «susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres», la propiedad intelectual no puede exceptuarse del régimen prescriptivo. Por tanto, aunque hubiera deficiencias de titulación, todas habrían quedado subsanadas y la propiedad del Cabildo no sería ya discutible.

A mayor abundamiento, la Ley, aplicada *por analogía*, induce a sostener que las obras escritas *por encargo* dejan de pertenecer a los autores y pasan a la propiedad de sus comitentes. Pues sólo de este modo cabe explicar la prevención del artículo 16, según el cual «las partes serán propietarias de los escritos que se hayan presentado a su nombre en cualquier pleito o causa; pero no podrán publicarlos sin obtener permiso del Tribunal sentenciador»... «Los letrados que hayan autorizado los escritos o defensas, podrán coleccionarlos con permiso del Tribunal y consentimiento de la parte respectiva». Aquí, pues, la propiedad intelectual ha pasado del autor a su comitente. Y, cosa curiosa, la Ley no ha condicionado la transferencia a la retribución. *Esta se presume, por ser el caso normal* —la moda estadística— y, para que no se diera la regla, habría que demostrar lo contrario.

¿Que la inscripción en el Registro de la propiedad intelectual tiene carácter constitutivo y no hay sin ella, por tanto, ninguna posibilidad de evitar la entrada de la obra en el dominio público? ¡Esa es una de las hipótesis posibles, que niego, por mi parte! E insisto en diferenciar las normas legales de las normas reglamentarias, que perceptiblemente no dicen lo mismo, sino que las últimas desorbitan lo establecido por aquéllas. ¡Y eso cuando el artículo 5.º de la Ley no admitía otras limitaciones al Derecho común que «las impuestas por Ley»! Consiguientemente, no las que emanaran de Reglamentos (Esto era innecesario decirlo, pues los Reglamentos *nunca* pueden ser eficaces contra lo que corre como Derecho). Pero es que, además, están contra esta tesis, según hemos visto, la Ley de Bases al Código Civil, éste, y la Constitución vigente por aquellas fechas.

Por otra parte, la actitud de la Jurisprudencia al comprobar profundas discrepancias entre realidad y Registro ha sido, como era justo, atenerse a la realidad social y no al formalismo petrificador. Un excelente ejemplo de lo que digo nos lo proporciona el R. D. Ley de 1 de enero de 1926, que en su artículo 1.º, apartado g) prevenía: «Los Jueces, Tribunales y autoridades de todo género negarán curso y valor jurídico a los documentos en que consten contratos de arrendamiento sujetos a inscripción, si carecen de la nota correspondiente en el Registro que se regula por este artículo». Como escribí en otra ocasión, el «proyectado Registro de arrendamientos fue un fracaso espléndido. Los Tribunales y Jueces hicieron caso omiso de una disposición que, por el contraste que presentaba frente a la realidad, era la consumación de una injusticia. No estaba en el ánimo de nadie inscribir sólo por el hecho de una amenaza semejante, y por ende la coacción del precepto era nula. Por otra parte, despojar de valor legal a una obligación evidentemente contraída con el pretexto de faltar un requisito de mera índole fiscal, resultaba desproporcionado y ominoso. Era querer arrancar del mundo del Derecho el principio de la libertad consensual, cosa que ningún Legislador tiene fuerza bastante para hacer».

La inscripción en el Registro de la propiedad intelectual incide en idéntico error. ¡Hace falta ser muy dogmático para privar de su derecho originario al creador de una obra aferrándose a la omisión de un requisito administrativo, substraído después enteramente al control del interesado! ¿Quién nos garantiza la integridad del Registro, la absoluta ausencia de errores, etc.? Casi no hay jurista con experiencia que no haya conocido, por ejemplo, certificaciones *negativas* del de Actos de última voluntad respecto a personas *que se pudo* demostrar después que habían otorgado testamento! Cuando los Registros alcanzan dimensiones tales como el de Actos de Última Voluntad o el de Propiedad Intelectual la comisión de errores no puede jamás ser excluida. Pero hay una diferencia: En el caso de una última voluntad (aunque seguramente muchas veces la certificación negativa habrá causado graves perjuicios), cabe restablecer la verdad, cuando el otorgamiento del testamento se conoce. ¿Mas qué se puede oponer al certificado de no inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual? ¿En ese Registro no caben los yerros? Seguramente sí; en el Informe que tenemos delante se dice que «no aparece ningún dato sobre la inscripción de la obra titulada «Historia de la Santa A. M. Iglesia de Santiago de Compostela», de la que

se declara autor a D. Antonio López Ferreiro, y publicados el tomo I en 1896 y el tomo II en 1909. «Como puede advertir el lector informado, los errores son dos: No se trata de «declarar autor» a D. Antonio López Ferreiro: lo es incuestionablemente, por mucho que pueda pesarle al Registro y conste allí o no. Y además el segundo tomo de su obra no se publicó en 1909, sino diez años antes.

VI. Aun dejando a un lado, a efectos dialécticos, el derecho de propiedad intelectual, el Cabildo Catedralicio tendría, incuestionablemente, otros derechos de índole civil, a cual más claro. En primer término, un *derecho de posesión*. Con toda evidencia, el Cabildo ha venido poseyendo, quieta, pacífica, notoria e ininterrumpidamente la obra de López Ferreiro durante más de cincuenta años. Ha poseído, por otra parte, en concepto de dueño, cuando menos respecto a la edición. Luego la edición, mínimamente, le pertenece. Y por tanto «*esa edición*» no puede ser reproducida en facsimil por «Ediciones S...» ni por nadie. Aun en el supuesto (que niego) de haber pasado la obra a «dominio público», cabría hacer una edición nueva, no fotocopiar la edición prístina, todavía sin agotar, para hacer competencia desleal al Cabildo *apropiándose del trabajo inspirado y sufragado por él*. Así se desprende del propio artículo 38 de la Ley, que debe ser, además, de interpretación restrictiva, cuando dice: «Toda obra no inscrita en el Registro de la Propiedad intelectual podrá ser publicada *de nuevo*, reimpressa por el Estado...», etc. Queda, pues, perfectamente evidenciado que se admiten las ediciones *nuevas*; no las reproducciones fotográficas de las anteriores.

Más aún. En esa primera aparición de la Historia preparada por López Ferreiro existen numerosos grabados de objetos artísticos que pertenecen al Cabildo Catedralicio y fotografías cuya es también la propiedad. Por tanto, aplicando a los mismos el artículo 37 de la Ley; sin necesidad de inscripción, gozará su propietario de todos los beneficios legales. No tiene, pues, derecho «Ediciones S...» a reproducir ninguno de esos objetos artísticos. Habiéndolo hecho, ha incurrido en las causas de sanción previstas en la legislación vigente.

Tal es mi dictamen que, sometiéndolo con gusto a cualquier otro mejor fundado, firmo en Santiago a 12 de octubre de 1984.

Firmado,

Jose Louis ESTRÉVEZ

*Addenda.* Entregado el original de este dictamen al Anuario de Derecho Civil, tuvo la amabilidad de leer una copia el sabio filólogo D. Isidoro Millán González Pardo, Conde de Quirós, quien me hizo después una observación de suma importancia. Héla aquí: «En la pág. 5 del primer volumen de la obra de López Ferreiro (primera del Prefacio) precede, en lugar destacado, la reproducción de un Crismón, tomado del Tumbo A, fol. LXIX, vo., al que se ha añadido, probablemente por el propio autor, una orla con este texto: *Sub Christi homine Dominus Cardinalis Archiepiscopus cun Capitulo hoc opus fieri iussit*». Una confirmación más de lo que el propio López Ferreiro confiesa en su Prefacio, como consta dicho.

# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

**AZNAR GIL, Federico R.: «La administración de los bienes temporales de la Iglesia. Legislación universal y particular española». Salamanca, 1984. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Salamanca. Un volumen de 334 páginas.**

Con este estudio monográfico sobre la administración de los bienes temporales de la Iglesia, el Doctor Aznar pone a prueba su profunda capacidad científica y su prudente cualidad jurídica, porque se trata de un aspecto que, como muy bien señala, las incomprendiones, las dudas, los recelos, el oscurantismo, los idealismos-realismos, se mezclan y entremezclan, por lo que resulta difícil un diálogo sereno y ecuánime.

Lo que la Iglesia tiene claro y conciencia de ello es que no es la dueña de los bienes eclesiásticos, sino una mera administradora con una clara índole social; su posesión resulta solamente un instrumento para el cumplimiento de su misión histórico-salvífica, o sea, cumplir sus fines como Iglesia peregrinante. Bajo esta premisa fundamental, el Doctor Aznar aborda los tres planos normativos que regulan dichos bienes: los establecidos por el reciente Código de Derecho Canónico (Libro V), la legislación concordataria y la civil.

Después de una introducción y de una amplia relación bibliográfica de fuentes de conocimiento, la obra consta de dos amplias secciones que comprenden el Derecho patrimonial general y el Derecho patrimonial español.

Respecto al Derecho patrimonial general, comienza con el concepto de los bienes eclesiásticos y sigue con el análisis de los sujetos de dominio del patrimonio eclesiástico, el régimen canónico de adquisición de bienes, el régimen canónico de ingresos, el régimen mixto de adquisición de bienes temporales (contratos, donaciones, arrendamientos, prescripción, disposiciones de última voluntad piadosa y la fiducia) y las fundaciones pías.

En cuanto a la administración de los bienes, se expone la organización de la administración de los bienes eclesiásticos, los administradores de dichos bienes eclesiásticos y las normas sobre enajenación y la administración de los bienes temporales de los institutos de vida consagrada.

Respecto al Derecho patrimonial español se indican las fuentes (Conferencia Episcopal, normas diocesanas, legislación concordada), la organización de la economía en la Iglesia española, la retribución del clero y la seguridad social, para concluir tratando el patrimonio cultural de la Iglesia.

La obra se completa con dos anexos sobre la legislación canónica patrimonial y parroquial y dos índices, uno de los autores citados y el general de la obra.

José BONET CORREA



**AZNAR GIL, Federico R.: «El nuevo Derecho matrimonial canónico», 2.ª ed., Salamanca, 1985. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Salamanca. Un volumen de 543 páginas.**

El éxito de la primera edición de esta excelente monografía, en un período muy corto de dos años, conduce a la aparición de esta segunda edición con abundantes innovaciones sobre el nuevo Derecho matrimonial canónico que establece el reciente Código de Derecho Canónico de 1983. Con ella, este ilustre canonista realiza una gran labor científica que abarca tanto el tratamiento teórico como el práctico de la institución matrimonial, al exponer los principios fundamentales que introdujo el Concilio Vaticano II y también la interpretación jurisprudencial de la Sagrada Rota Romana, así como de la española, desplegando además todo un acervo doctrinal comparado continental europeo, especialmente de los autores italianos, franceses y alemanes.

La obra sistematizada en cinco partes, comprende veintidós capítulos, una introducción y una bibliografía general, además de los índices finales sobre los cánones citados y del contenido de la obra.

La introducción plantea la crisis del matrimonio actual, la noción y objeto del Derecho matrimonial y presenta el nuevo Derecho matrimonial canónico con su metodología de estudio, que no se queda tan sólo en una línea histórica y exegetica, sino que abarca los fundamentos teológicos y la función pastoral para completarse con los elementos de Derecho civil (concordatorio y español) en relación con el canónico y las cuestiones ecuménicas que allí se encuentran implicadas.

La primera parte de la obra aborda en cuatro capítulos las cuestiones generales del matrimonio como institución eclesial, sus fundamentos y sus características, la promesa del matrimonio y la preparación para su celebración.

La segunda parte trata, en otros cuatro capítulos, los impedimentos dirimentes (edad e impotencia), así como los demás (de vínculo, de disparidad de cultos, de orden sagrado, de profesión religiosa, de raptó, de crimen, de consanguinidad, de afinidad, de pública honestidad y de parentesco legal).

La tercera parte la dedica al consentimiento matrimonial, su naturaleza, la incapacidad para consentir, el consentimiento simulado y el condicionado, así como la manifestación de dicho consentimiento.

Por último, la quinta parte se refiere a la separación de los cónyuges, la disolución del vínculo matrimonial, la disolución del matrimonio en favor de la fe, la separación conyugal y la convalidación del matrimonio.

En definitiva, una monografía sobre el matrimonio canónico completa y científicamente profunda, siendo imprescindible para quien haya de enfrentarse con el tema.

José BONET CORREA

**CARDONA TORRES, Juan:** «Régimen jurídico laboral de los extranjeros en España». Barcelona, 1985. Bochs, Casa Editorial, S. A. Un volumen de 284 páginas.

La monografía del Dr. Cardona, sobre el régimen jurídico laboral de los extranjeros en España, es la más completa que existe en nuestra bibliografía especializada, tanto por su información como por su trabajada elaboración. Así, después de un estudio preliminar, aborda en otros ocho amplios capítulos todo el haz de relaciones normativas nacionales e internacionales que se refieren al laborante extranjero.

El capítulo preliminar está dedicado al hecho social de la inmigración, sus aspectos generales y la situación actual en Europa, con particular referencia a España. El capítulo primero comprende los instrumentos internacionales de protección de los trabajadores extranjeros, como son las normas de Derecho internacional general, de la Organización Internacional de Trabajo y del Derecho internacional de carácter regional (Consejo de Europa, Comunidad Económica Europea y tratados bilaterales). En el capítulo segundo, se abordan las fuentes de Derecho interno (la Constitución y la legislación nacional sobre regulación de empleo y régimen de trabajo de los extranjeros en España), para pasar al tercer amplio capítulo, que trata del establecimiento y colocación de los trabajadores extranjeros en España, donde se pasan revista a los conceptos de trabajador extranjero, los requisitos administrativos necesarios para que el trabajador extranjero pueda trabajar en España, el procedimiento administrativo para la concesión de los permisos de trabajo y la resolución del expediente (expedición y entrega del permiso de trabajo y autorización de residencia, el recurso de reposición y el contencioso administrativo, prórrogas del permiso de trabajo, exacción fiscal y efectos de la carencia del permiso de trabajo). El capítulo cuarto se centra sobre el contrato de trabajo del extranjero, y analiza su concepto, los conflictos de leyes, la capacidad contractual, la forma y los tipos del contrato de trabajo. El capítulo quinto desarrolla los derechos y deberes sociales del trabajador extranjero derivados de su relación laboral (salario, transferencias, reagrupación familiar, deberes fiscales, extinción de la relación laboral y sus derechos en las relaciones colectivas, libre sindicación, huelga, protección jurisdiccional). Terminan por completar este riguroso análisis, los capítulos siguientes, como el sexto, sobre la vigilancia del cumplimiento de las normas sobre empleo de extranjeros y potestad sancionadora de la Administración, el séptimo, acerca de las garantías del trabajador extranjero ante la jurisdicción laboral española, y, el octavo, en cuanto a los regímenes especiales por razón de la nacionalidad.

A la obra se le añaden estadísticas y un apéndice documental (solicitudes y tarjetas de permiso de trabajo, así como la inscripción en el libro de registro) con una completa nota bibliográfica, a la que se le pueden añadir, por su importancia práctica, los estudios de Ortiz Arce, «El Tratado de Establecimiento entre el Estado Español y la República Federal de Alemania de 23 de abril de 1970, en Revista de Instituciones Europeas, I-2 (1974), páginas 565 ss. y el mío, «El Tratado de Establecimiento Hispano-Alemania de 23

de abril de 1970 y su ámbito de cooperación económica», en *Anuario de Derecho Internacional*, III (1976), pp. 105 ss., así como el de Aguilar Benítez de Lugo, «Extranjeros. Derechos en materia laboral. Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional privado (1981)», en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2-3 (1982), p. 488 ss.

Por lo demás, la nueva normativa sobre el «Instituto Español de Emigración» y la Ley de Extranjería aparecen ya consideradas, aunque sólo sean sus menciones al texto legal o al proyecto de Ley de aquélla.

JOSÉ BONET CORREA

**CASTAN TOBEÑAS, José: «Los derechos del hombre»; 3.º ed., revisada y actualizada por María Luisa Marín Castán, y prólogo de José María Castán Vázquez; Reus, S. A., Madrid, 1985, 308 págs.**

No obstante tratarse de la tercera edición, creo hay buenas razones para dar cuenta de ella a los lectores del Anuario; en primer lugar, porque no se dio noticia, en su día, de las anteriores ediciones; por ser la obra póstuma de un insigne maestro cuya huella permanece en la civilística española; por razón del tema abordado en ella, y, además, por ofrecerse muy acertadamente actualizada, de modo que no sólo ha conservado, sino que ha acrecentado su valor inicial con plena fidelidad al pensamiento de su autor.

«Génesis de la obra». Nos la explica en el prólogo a esta edición el profesor Castán Vázquez, con entrañable amor filial y una puntual evocación rememorativa de las vicisitudes de la obra. La preocupación por la protección jurídica de la persona humana era antigua en el pensamiento castañiano, estando claramente expresada en su obra «Hacia un nuevo Derecho civil» (1933) —como en su momento tuve ocasión de recordar (1)—, concretándose parcialmente en su monografía sobre «Los derechos de la personalidad» (1952), dando lugar, años más tarde, a dos solemnes intervenciones del autor en la Real Academia de Legislación y en la R. A. de Ciencias Morales y Políticas, centradas respectivamente en «Los derechos del hombre (Su fundamentación filosófica y sus Declaraciones políticas)» y «El problema estimativo de las Declaraciones de Derechos», ambas en 1968. Pero el Maestro Castán siguió trabajando sobre el tema durante el primer semestre de 1969, y pocas semanas antes de su muerte entregaría a la Editorial el manuscrito de lo que habría de ser su obra póstuma.

«Significado». De alguna manera cabría decir que don José Castán dibuja su propio autorretrato al recogerse en ella las últimas preguntas sobre la «ratio» del Derecho, las angustiosas preocupaciones que acometen a los ju-

---

(1) Entre los principios regulativos del Derecho civil del porvenir expresa que «el reconocimiento de la personalidad y de la dignidad humana habrá de ser, no sólo la base del derecho de las personas sino el elemento constitutivo y renovador de los demás órdenes jurídicos» (Cfr. GARCÍA CANTERO, *Releyendo «Hacia un nuevo Derecho civil»*, en *Estudios en honor del profesor Castán*, vol. I (Pamplona, 1969), págs. 83 s.

ristas más preclaros de todos los países en los umbrales del año 2.000. Así por ejemplo: «¿Qué origen y qué evolución han seguido las Declaraciones de los derechos humanos? ¿Cuáles son, en la actualidad, los derechos fundamentales reconocidos? ¿Qué garantías políticas y jurisdiccionales pueden acompañar a estos derechos? ¿Cuál es la realidad y efectividad actual de los derechos humanos en relación con el problema general de la crisis del mundo? ¿Hay soluciones adecuadas? ¿Existen, en los graves momentos presentes, perspectivas esperanzadoras de superación de esa crisis?» (p. 5); y también más adelante: «¿Llegarán a tener algún día plena efectividad los derechos del hombre? ¿Podrá la Humanidad vencer las dificultades de hoy y ver instaurado un régimen de convivencia, basado en condiciones de paz y de justicia?» (p. 205 s.). Digno de destacarse es, asimismo, la modestia con que el autor expone sus propósitos: «Tan sólo presentar por vía de síntesis, un esquema filosófico, dogmático-jurídico e histórico-político de esta compleja gama de derechos, a modo de introducción a un más cabal estudio, que no sé si alguna vez podré acometer, comprensivo de la extensa problemática de los derechos fundamentales humanos» (p. 5). Palabras que, en opinión de De Castro (2) «parecen condensar el programa de su vida laboriosa: la modestia de y para la calificación de la obra propia y su programa de siempre continuado trabajo».

«Su actualización». La 2.<sup>a</sup> edición de la obra apareció en 1976 sin más innovaciones que un enjundioso prólogo del profesor Legaz y Lacambra. Pero ahora no resultaba procedente reeditarla haciendo caso omiso de los importantes cambios constitucionales acaecidos en España. Con buen acuerdo se ha encomendado la tarea de actualización y puesta al día a la profesora María Luisa Marín Castán, Titular de Derecho Natural y Filosofía del Derecho en la Complutense, quien ha realizado un meritorio trabajo centrado en un nutrido aporte bibliográfico, en ciertas adiciones al texto (que se distinguen siempre por su menor tipo de letra) y, sobre todo, por la sustitución del cap. IX relativo al vigente ordenamiento español; también se ha incluido un apéndice con una selección de textos básicos sobre Derechos Humanos.

El lector tiene en sus manos lo fundamental del pensamiento castaliano con las indispensables referencias al nuevo derecho vigente en España. Transcurridos poco más de tres lustros desde la primera edición, justo es reconocer que en nuestro ordenamiento se han producido sustanciales avances en orden al respecto efectivo de los derechos humanos, pero también —como lo prueba la reciente despenalización del aborto— que no faltan retrocesos y fisuras.

Gabriel GARCÍA CANTERO

---

(2) Así se expresa en la *Nota Necrológica*, en *ADC*. 22 (1969), pág. 438, a propósito de similares propósitos de su citado Discurso sobre «Los derechos del hombre».

**CRISTOBAL MONTES, Angel:** «Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil». Barcelona, 1985. Bosch. Casa Editorial, S. A. Un volumen de 152 págs.

El profesor Cristóbal Montes es un civilista laborioso e infatigable, según se muestra en su abundante producción científica. Una muestra más de su tarea interpretativa es esta monografía sobre una faceta de tanta actualidad como es la responsabilidad plural por actos ilícitos civiles. Frente a la tesis mayoritaria de «lege data» en el ordenamiento jurídico español, de que la regla general es la vinculación mancomunada o responsabilidad singular de cada persona que ha intervenido en la comisión del acto ilícito, y no la solidaridad de todos los responsables, el autor se esfuerza en demostrar la evolución que otros ordenamientos comparados europeos, así como ciertos sectores doctrinales y la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo, han experimentado en conformarla en este último sentido solidario, como un derecho tuitivo de la víctima.

El estudio monográfico se aborda en tres capítulos. En el primero se hacen los planteamientos generales sobre la vinculación mancomunada o solidaria por acto ilícito común, sus precisiones históricas y culturales, la normativa establecida por los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil español, las obligaciones plurales extra contractuales, las obligaciones plurales derivadas de acto ilícito civil, la peculiar construcción francesa y la apreciación crítica de la misma.

El capítulo segundo plantea la cuestión sobre la mancomunidad o solidaridad de la responsabilidad por acto ilícito común en la jurisprudencia y en la doctrina española, con la posición favorable tanto a la mancomunidad como a la solidaridad, destacando la posición del profesor Albaladejo por la mancomunidad.

El capítulo tercero hace la crítica a los argumentos favorables a la solidaridad en la responsabilidad plural por hecho ilícito, y en él aborda el presunto carácter circunscrito de los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil, la aplicación analógica del artículo 107 del Código penal, la naturaleza solidaria de la obligación nacida de hecho ilícito y la tendencia a establecer la mayor garantía del perjudicado.

El estudio se cierra con una nota bibliográfica sobre el tema en sus aspectos generales y específicos.

José BONET CORREA

**FERNANDEZ-ARRESTO, Juan:** «Los Créditos Documentarios Irrevocables: en las Reglas y Usos Uniformes (revisiones de 1974 y 1983) y en el Derecho español». La Coruña, 1985. 446 págs.

## I

1. La obra que pasamos a reseñar es un ejemplo más de los esfuerzos llevados a cabo por nuestra doctrina para ir colmando las lagunas más significativas de nuestra literatura jurídica; en este caso dentro de la compleja

materia del Derecho Bancario y del Comercio Internacional. Sólo por esta razón —que no es la única— su publicación merece ser celebrada.

La institución del crédito documentario, a pesar de su enorme difusión en el tráfico, carecía en nuestro país de un tratamiento dogmático adecuado. Si se exceptúan las pocas —pero excelentes páginas— que Garrigues la dedicaba en sus *Contratos bancarios* (Madrid, 1975, pp. 585-659), la orientación de la literatura precedente sobre la institución era preferentemente práctica y había esquivado la tarea de la configuración dogmática de tan compleja operación (v. gr. Vidal Sola, *Crédito Documentario irrevocable*, Barcelona, 1958. Langa Izaguirre, *El Crédito Documentario*, Madrid, 1960).

2. El autor —como es de rigor en estos casos— aborda el estudio de la figura del crédito documentario desde una perspectiva analítica, descomponiendo la institución y su examen en las distintas relaciones jurídicas que la integran. Ello, por supuesto, sin merma de un prolijo y minucioso tratamiento de las conexiones e implicaciones jurídicas que unas relaciones tienen sobre otras y cada una de ellas sobre el todo o conjunto de la institución.

En este sentido, la obra se divide en tres apartados generales: una primera parte introductoria, dedicada a exponer el concepto, la naturaleza y el régimen jurídico del crédito documentario en general; una segunda, en la que el autor realiza el análisis de los créditos documentarios irrevocables con intervención de un sólo banco; y la última, dedicada al estudio del crédito documentario irrevocable con participación de una pluralidad de instituciones financieras.

## II

3. La distinción fundamental en esta materia es la que discrimina entre créditos documentarios revocables y créditos documentarios irrevocables. La obra que reseñamos tiene por objeto exclusivo el estudio de la segunda de las modalidades mencionadas (que es, por lo demás, la de preferente, por no decir exclusiva, utilización en la práctica).

El crédito documentario consiste esquemáticamente en la asunción por un banco, que actúa siguiendo las instrucciones de su cliente, de una obligación de pago condicional y a término frente al beneficiario, pudiendo tener tal asunción tanto una finalidad solutoria como de garantía. En esta definición se apunta uno de los temas que Fernández-Armesto va a tratar a lo largo de su obra; la distinción entre los créditos documentarios de garantía y los tradicionales de pago.

El crédito documentario ha surgido en el seno del comercio internacional con la finalidad de asegurar el pago del precio al vendedor (o prestador de servicios) extranjero. A tales efectos, una entidad de crédito se comprometía por orden del comprador a satisfacer la prestación dineraria correspondiente. Con el paso del tiempo, sin embargo, los operadores acabaron aprovechándose de la fungibilidad del mecanismo, y comenzaron a utilizarlo como simple instrumento de garantía. Surge así en época reciente (años setenta) lo que en el Derecho anglosajón se conoce como *stand-by letters of credit*.

La finalidad de esta nueva modalidad consiste en garantizar el pago de

una suma de dinero debida por el ordenante al beneficiario. Normalmente la suma garantizada será la penalidad que el ordenante se ha comprometido a satisfacer a su contraparte para el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de sus obligaciones. La diferencia fundamental que presenta esta figura respecto del crédito documentario tradicional radica en la desaparición de la intermediación en el pago que ejercía el banco. Ordenante y beneficiario no prevén que las obligaciones que ambos han contraído —pago y entrega de documentos respectivamente— sean satisfecha una y recibida la otra por el banco. Las partes únicamente se comprometen a no hacer uso del crédito documentario más que en la hipótesis de incumplimiento por el ordenante del contrato subyacente. Esta nueva función del crédito documentario se admite y recoge ya por la última revisión (1983) de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios (R. U. U.).

4. A la hora de individualizar el crédito documentario frente a figuras funcional o estructuralmente afines, Fernández-Armesto destaca el estrecho parentesco que guarda con las garantías abstractas «a primer requerimiento» (*Garantievertrag*). Parentesco ese que le lleva a entender que se trata de *instituciones de diferente denominación, pero de igual naturaleza* (p. 38), cuya distinción se hallaría en el plano secundario del diferente contenido de la condición a la que queda sometida la prestación del banco; en el caso del crédito documentario, la entrega de documentos por el beneficiario, y en el de la garantía abstracta, el simple requerimiento.

En nuestra opinión, la conclusión a la que llega el autor en este punto resulta excesiva, y deriva de una sobrevaloración del llamado crédito documentario de garantía en la comparación entre ambos institutos. Que el mecanismo documentario pueda ser utilizado con una exclusiva finalidad de garantía, no autoriza a desestimar lo que es su función típica en el tráfico, es decir, ser un instrumento solutorio. Desde esta perspectiva, la diferente naturaleza del crédito documentario y la garantía abstracta aparece clara. Mientras que el crédito documentario es una forma originaria de cumplimiento de la obligación del ordenante frente al beneficiario, la garantía abstracta se dirige a solventar los posibles resultados negativos que se la irroguen al beneficiario por el incumplimiento de la contraparte.

5. A la hora de analizar la naturaleza jurídica el punto más espinoso que suscita esta materia, y que no le escapa al autor, es el relativo a la naturaleza delegatoria o no del crédito documentario. El autor critica y rechaza el encuadramiento del mecanismo documentario dentro de la figura de la delegación, tal y como en nuestro derecho habían intentado Garrigues (*Contratos bancarios*, Madrid, 1975, pp. 609-611) y Fernández-Novoa («Comentarios a la STS de 21 nov. de 1958», *ADC*, 1960, p. 299). Esta tesis, desarrollada originariamente por Asquini («Pagamento mediante rimborso di Banca», *RDC*, 1922, I, pp. 252 y sigs.) y Ulmer («Akkreditiv und Anweisung», *ACP*, t. 126, pp. 129 y sigs.) y patrocinada después por autores muy autorizados, entiende que el ordenante, deudor del beneficiario, delega su deuda sobre el banco, el cual, aceptando la delegación, se obliga frente al beneficiario en nombre propio y de forma cumulativa con el deudor.

Los argumentos aducidos por Fernández-Armesto contra la misma pueden sintetizarse en los siguientes términos:

1.º Escasez e inadecuación de las normas sobre la delegación, que en muchos casos obligará a acudir a otras instituciones para explicar convenientemente las relaciones bilaterales creadas (p. 47).

2.º Incapacidad de la misma para reflejar el carácter abstracto del compromiso contraído por el banco (p. 48).

3.º Inadecuación de la teoría delegatoria para explicar la naturaleza jurídica del crédito documentario, cuando éste no cumple una función solutoria (p. 48).

Sin prejuzgar la cuestión (que a nuestro juicio no aparece todavía resuelta por la doctrina), hemos de señalar que la argumentación desenvuelta por el autor en este punto es, a nuestro entender, insuficiente. Decir que la delegación no está adecuadamente disciplinada en nuestro Código es un argumento equívoco. La delegación, según ha demostrado Bigiavi, no es un negocio unitario, sino una operación jurídica compleja integrada por varias relaciones jurídicas autónomas (mandatos, autorizaciones, promesas de pago, etcétera); relaciones esas que tienen una disciplina clara en nuestro Código civil (vid. especialmente los artículos 1.158 y 1.162). Quizá hubiera sido necesario reconstruir primero la figura y posteriormente cotejarla con la estructura del crédito documentario. Acaso de esta manera se hubiera podido observar que la abstracción delegatoria —distinta de la abstracción material propia del derecho germánico y prohibida por nuestro ordenamiento (arts. 1.261 y 1.275 C. c.)— es una institución admisible en nuestro sistema (estas ideas quedan claras en el libro de W. Bigiavi, *La delagazione*, Padova, 1943). Por último, respecto del tercero de los argumentos señalados cabe alegar, por un lado, que la delegación es un negocio jurídico neutro susceptible de desempeñar funciones y cometidos diversos, sin que esté dicho que no pueda servir fines de garantía, por otro lado, como quedó indicado (vid. supra núm. 4), tampoco está dicho que la naturaleza del crédito documentario sea uniforme.

Descartada la tesis de la delegación, el autor opta por calificar la institución como un **negocio jurídico complejo atípico**, basado en dos relaciones fundamentales. La que une a Banco y ordenante, considerada como una auténtica comisión mercantil indirecta con los efectos derivados de la actuación de un comisionista en nombre propio (art. 246 C. co.) (esta calificación, dicho sea entre paréntesis, no es óbice para admitir la delegación). Otra, la que liga a Banco y beneficiario, a la que se atribuye la calificación de contrato atípico, innominado y «sui generis», surgido de los usos del comercio internacional y formalizado en un documento singular; la denominada carta de crédito.

6. También es objeto de la consideración del autor el polémico tema de la naturaleza de las R.U.U. Entre las dos posturas tradicionales —es decir, la que configura las R.U.U. como una manifestación de la «Lex mercatoria» que, a través de un proceso de objetivación desde su origen contractual, se han convertido en auténticas normas consuetudinarias del comercio internacional (Garrigues, ob. cit., pp. 648-652), y aquella otra, más minoritaria, que concibe las R.U.U. como mera estipulación de carácter contractual, como



condiciones generales de la contratación— se inclina el autor (a nuestro juicio, con argumentos convincentes) por la última de las mencionadas y por ello sostiene, con razón, que las R.U.U. han de someterse a los límites, controles y criterios de interpretación del derecho interno español.

### III

7. En la segunda parte de la obra, el autor pasa a estudiar por separado cada una de las distintas relaciones jurídicas que integran el crédito documentario irrevocable. El estudio empieza con un capítulo dedicado al tratamiento de la relación que une a beneficiario del crédito y ordenante (el llamado contrato subyacente). Se trata ésta, en rigor, de una relación ajena al estricto mecanismo documentario. De él, no constituye más que el «prius» o presupuesto económico. Esta relación, el contrato subyacente, contiene normalmente la cláusula «pago contra crédito documentario», que genera obligaciones respectivas para cada una de las partes. Estas se concretan en la obligación para el deudor, en obtener la apertura de crédito documentario correspondiente; y para el acreedor, en la obligación de realizar el cobro a través del Banco.

La obligación del ordenante, señala Fernández-Armesto, no puede entenderse como una obligación de mera actividad, sino propiamente como una obligación de resultado. Quiere decirse con esto que el ordenante debe realmente obtener la apertura de crédito documentario. De tal suerte que, a juicio del autor, en caso de imposibilidad sobrevenida de su cumplimiento, habría de interpretarse la nulidad del contrato subyacente (p. 99).

La distinción doctrinal entre obligación de actividad y de resultado es una distinción que, a nuestro juicio, adquiere relevancia en el campo de la responsabilidad contractual. Por eso nos parece directamente rechazable la aseveración de nulidad del negocio jurídico (para el caso de imposibilidad sobrevenida) realizada por el autor. La nulidad del negocio (bien absoluta o relativa) es una consecuencia jurídica que pertenece a otro orden de cuestiones (requisitos de validez del negocio), no al ámbito del cumplimiento contractual.

8. Acto seguido, se estudia la relación que vincula al ordenante y al Banco emisor; una relación que el autor, según quedó apuntado, califica de comisión indirecta, cuyo objeto consiste en la emisión, por parte del Banco, de la carta de crédito en favor del beneficiario.

La obra contiene un minucioso y detallado estudio del contenido y circunstancias en las que pueden verse inmersas las distintas obligaciones que competen a ambas partes en la relación de comisión. Especial referencia merece, en este lugar, el extenso tratamiento que el autor efectúa de la obligación del banco de examinar los documentos antes de dar curso al pago.

9. Pero tal vez sea la relación que une al Banco con el beneficiario la que más interés plantea en el orden dogmático. Ya se ha indicado que, en opinión del autor, esta segunda relación (banco-beneficiario), constituye un contrato atípico, inominado y «sui generis» de naturaleza muy semejante a las denominadas garantías abstractas. Con la adopción de esta posición se

rechazan aquellas teorías que configuran la relación de carta de crédito como un negocio jurídico de naturaleza unilateral, mediante el cual el Banco asume una promesa de pago condicionada a la entrega de los documentos por la contraparte. Este rechazo —que, según nuestra modesta opinión, debe aplaudirse— lo fundamenta en la dificultad de admitir en nuestro derecho la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones (artículo 1.089 C. c.). Fernández-Armesto se decanta así por la configuración claramente contractualista de la relación entre Banco y beneficiario; surgida de la oferta del Banco contenida en la carta de crédito y de la aceptación por silencio del beneficiario. La oferta del Banco es definida por el autor como una oferta de contrato recepticia, irrevocable e inmodificable. La aceptación por silencio es respaldada por la elaboración jurisprudencial (vid De Castro, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, pp. 68-70).

Pero el punto crucial de esta materia es el de la abstracción. En ella —en la independencia de la «relación final» respecto de la relación de comisión («provisión» en el lenguaje delegatorio) y del contrato subyacente («valuta» para seguir en la terminología delegatoria)—; en ella, decíamos, reside la especificidad de la figura del crédito documentario. Esta independencia o «abstracción» de la obligación asumida por el Banco constituye la piedra angular de la institución que nos ocupa. Precisamente a través de ella se alcanza la seguridad que busca el beneficiario de que el pago será efectuado en todo caso. A este asunto se dedica un interesante capítulo en el que se repasa el complejo tema de la doctrina de la causa. El autor pasa revista a los diferentes significados de que goza, en la doctrina nacional y comparada, el término «abstracción». De esta manera distingue entre una **abstracción formal o procesal** (que se resuelve en la inversión de la carga de la prueba; art. 1.277 C. c.); una **abstracción material** (cuando un contrato es válido y funciona con independencia, «abstracción hecha», de su causa); y la **abstracción funcional** (propia de los negocios ejecutivos, independizados de la relación subyacente). La función específica de este último tipo de abstracción consiste en facilitar la cesión a terceros del crédito incorporado al negocio ejecutivo, o bien en aumentar la certeza y seguridad ejecutivas del negocio; finalidades que se consiguen prohibiendo al deudor traer al plano del negocio ejecutivo las excepciones derivadas de la relación subyacente. Este análisis conduce al autor a la conclusión de que el término «abstracción» no se halla ligado indisolublemente al concepto de causa, ya que para que un negocio sea abstracto (especialmente en su tercera acepción) no es necesario que su eficacia resulte independiente de su causa.

Para Fernández-Armesto el negocio que liga a Banco y beneficiario es a la vez abstracto (en el sentido funcional) y causal. Es causal porque así lo exige de forma imperativa nuestro derecho, que, como es sabido, responde a una orientación claramente causalista (art. 1.261 C. c.). Y es funcionalmente abstracto porque se independiza de la relación subyacente y del contrato de comisión, sin que le puedan afectar las excepciones que de ellos deriven.

No siendo posible en nuestro derecho la fundamentación de la denominada abstracción funcional del crédito documentario en la configuración del contrato de carta de crédito como negocio materialmente abstracto; ni sien-

do admisible la solución adoptada por la doctrina francesa, que acude a la existencia de un uso de comercio para justificarla (en nuestro derecho el uso no prevalece sobre las prescripciones del derecho común en materia de requisitos de la contratación: art. 50 C. co.); el autor se inclina por basar la abstracción funcional en la renuncia del beneficiario a utilizar, en el marco del crédito documentario, toda excepción que surja del correspondiente negocio subyacente; renuncia esa que, sin embargo, acaba fundando en un uso del comercio (p. 249).

En lo que hace a la determinación de la causa propia del contrato de carta de crédito. Fernández-Armesto acoge la tesis ya propuesta por De Castro (ob. cit., p. 211), que encontraba la causa de las promesas sujetas a condición potestativa en la propia condición a la que se somete el pago en nuestro caso a la entrega de los documentos señalados en la carta de crédito.

El autor hace seguidamente un minucioso análisis de las excepciones que puede oponer el banco frente al beneficiario en el marco de la relación documentaria. Estas son fundamentalmente las derivadas de la relación que une a las partes. Sin embargo, el autor plantea la posibilidad de que con carácter extremo pueden ser opuestas al beneficiario excepciones derivadas del contrato de comisión o de la relación subyacente. Así, se destacan como oponibles las excepciones que provengan de una actuación fraudulenta y por tanto dolosa del beneficiario («exceptio doli»; art. 7 C.c.); el supuesto en que por sentencia firme se declare la ausencia de derecho del beneficiario a cobrar en el marco del contrato subyacente (caso realmente extraño); o la hipótesis de la causa ilícita (punto puesto en cuestión por recientes teorías revisionistas). ¿*Quid iuris* si ambas relaciones —«provisión» y «valuta»— son nulas? Este extremo no queda aclarado. Quizá hubiera sido conveniente acudir al examen del problema de la nulidad de la doble causa en la doctrina de la delegación.

#### IV

10. En la última parte de la obra se analiza sustancialmente la intervención —como avisador, pagador o confirmante— de otro u otros Bancos en el crédito documentario irrevocable.

La hipótesis más interesante es sin duda aquella en la que el Banco secundario interviene en calidad de confirmante, con lo que se viene a dotar de mayor seguridad la posición del beneficiario, que de esta manera podrá confiar plenamente —y por «duplicado»— en que sus expectativas serán satisfechas. En este punto la obra acoge la distinción entre crédito documentario revocable e irrevocable y confirmado o no confirmado propuesta por Garrigues (ob. cit., pp. 595-599), siguiendo a un importante sector de la doctrina extranjera. De este modo se aclara, eficazmente la confusión que se venía produciendo en la práctica sobre el alcance y efectos de aquellos términos. Será crédito documentario irrevocable aquél en el que el Banco se comprometa a no anular ni modificar el crédito abierto sin consentimiento de todas las partes interesadas, y **éste a su vez podrá ser confirmado o no confirmado**. Esta calificación dependerá de la forma en la que intervenga

un segundo Banco (corresponsal o intermediario), es decir, confirmando el crédito y obligándose en nombre propio, o meramente comunicando su apertura. De tal suerte que lo que no cabe es la confirmación de un crédito documentario revocable.

11. Finalmente, el libro de Fernández-Arместo se cierra con un anexo en el que se recogen los textos revisados de las R.U.U. relativos a los créditos documentarios de los años 1974 y 1983.

## V

12. A nuestro juicio, estamos en presencia de una obra interesante, que habrá de tomarse como necesario elemento de estudio en cualquier tratamiento posterior que se haga de estos temas.

En el plano metodológico su principal virtud radica en el tratamiento integral o global que se hace de la institución del crédito documentario irrevocable. En ella, no sólo se realiza un amplio análisis de las categorías dogmáticas implicadas en la figura jurídica estudiada, sino que ello no ha jugado en detrimento de un extenso y completo examen del funcionamiento del crédito documentario en la práctica diaria, los problemas que se suscitan y las soluciones que, coherentemente piensa el autor, han de ser acogidas.

En el plano sustantivo, nos hemos fijado preferentemente en lo que toca a la construcción dogmática del mecanismo documentario. La gran cantidad de cuestiones que se suscitan en este campo son abordadas por el autor con un importante esfuerzo crítico, y en destacados puntos con una actitud revisionista que, si bien, a nuestro entender, obtiene resultados desiguales, consigue proponer soluciones que renuevan y hacen progresar el anquilosado y escaso estudio que la doctrina ha prestado a esta materia.

En suma, se trata de una obra de estudio y consulta inexcusable, tanto para los teóricos de la disciplina del Derecho bancario, como para el jurista práctico que necesite el apoyo de un instrumento ágil y de evidente claridad expositiva, que le ayude a dar soluciones a los problemas cotidianos que se le planteen en esta materia.

Fernando OLEO BANET,

Departamento de Derecho mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

**FOSAR BENLLOCH, Enrique:** «Estudios de Derecho de familia. III. Las uniones libres. La evolución histórica del matrimonio y el divorcio en España», Barcelona, 1985. Bosch, Casa Editorial, S. A. Un volumen de X + 598 páginas.

En este tercer volumen de «Estudios de Derecho de familia», el ilustre notario Fosar Benlloch, trata de las uniones libres, en particular, y de la evolución histórica del matrimonio y del divorcio en España. El autor trata,

fundamentalmente, de defender y poner de relieve la naturaleza contractualista y civil de esta institución vital, tan importante en las relaciones de convivencia de los nombres en sociedad, frente a la absorción de poderes temporales que se arrogó el Catolicismo, al traspasar los límites de su confesionalidad, en tanto que es solamente un sacramento santificante.

La obra, profundamente elaborada con los estudios e investigaciones de nuestra mejor historiografía foránea y europea, es una contribución muy valiosa a pesar de las severas críticas y posturas, a veces, un tanto apasionadas y subjetivas del autor.

La obra consta de cinco amplias secciones que encabezan el estudio de: «Las uniones libres», «La marginación de los hijos extramatrimoniales en la sucesión de mortis causa: peculiaridades del Derecho español», «Los Derechos de familia español y portugués al margen de los principios romano-canónicos». «La barraganía en Portugal». «El repudio y el uxoricidio por adulterio en Portugal y España», «Los precedentes inmediatos del actual sistema del matrimonio y del divorcio en España: las ideas y las instituciones», y un apéndice en el que se recogen «Las nuevas notas para una historia del matrimonio en España desde el año 1564 hasta el 1931».

La sección primera, consta de tres interesantes capítulos: Las uniones no matrimoniales en el Derecho histórico español, el análisis de la jurisprudencia española sobre los contratos entre compañeros en la unión libre y la Constitución española de 1978 y la unión libre.

La segunda sección comprende dos amplios capítulos: sobre la sucesión «mortis causa» a favor de los hijos extramatrimoniales en los Derechos aragoneses, en los restantes Derechos españoles, en el indiano y en los demás Derechos de Europa occidental, así como la sucesión «mortis causa» a favor de los hijos extramatrimoniales en Aragón: Historia y Derecho civil privativo a partir de la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

La sección tercera, muy amplia, abarca doce capítulos de gran importancia histórica, como son: los rasgos hispánicos del pasado orientadores de las modernas tendencias del Derecho de familia europeo, la íntima relación entre los Derechos portugués y castellano-leonés desde los siglos XII al XV, el divorcio en los reinos cristianos medievales y en el andalus, el divorcio en los fueros españoles y portugueses, la regulación de la ruptura de los esponsales de futuro en el Derecho medieval español, la disciplina eclesiástica del divorcio y de la indisolubilidad del matrimonio en la España medieval y moderna, los ordenamientos religiosos judío y musulmán sobre el repudio de la mujer en las Españas medievales, la regulación de la barraganía en Portugal, más sobre el divorcio en España y Portugal en la Edad Media, la regulación del divorcio en la Villa de Aroche (Huelva), el tratamiento del adulterio de la mujer en la moral católica, en el Derecho canónico y en la legislación española y portuguesa; por último, una consideración personal final.

La sección cuarta, dividida en dos partes, que abarcan diez y cinco capítulos, respectivamente, se analiza desde el Concilio de Trento (1564) hasta la Constitución Española de 1869, el actual sistema del matrimonio y del divorcio en España. Después de un planteamiento del problema, se trata la persecución de los matrimonios clandestinos, de la bigamia y del repudio en la

baja Edad Media, el pensamiento utópico sobre el matrimonio y el divorcio en los siglos XVI y XVIII, el regalismo en el siglo XVIII, los reinados de Carlos III y Carlos IV, de otras ideas y prácticas contrarias al matrimonio canónico en el siglo XVIII y su represión, las ideas acerca del matrimonio en España entre el hundimiento del antiguo régimen y el Concordato de 1851, el Concordato con la Santa Sede y la publicación del Código civil de 1851, si fue factible la introducción del divorcio en España, la revolución de 1868 y la Constitución de la misma fecha, las ideas acerca de la familia en el sexenio revolucionario, la Ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1870, la restauración borbónica y la promulgación del Código civil de 1889, la interpretación gubernativa de la fórmula matrimonial del antiguo artículo 42 del Código civil hasta el 14 de abril de 1931, la historia de las ideas sobre el matrimonio y la familia española entre los años 1875 y 1931, los partidos políticos y sus programas sobre la familia, la Segunda República española y, por último, la crítica de su política religiosa.

José BONET CORREA

**IBAN, Ivan C.: «Factor religioso y sociedad civil en España» (El camino hacia la libertad religiosa), Fundación Universitaria de Jérez, Jérez, 1985, 1 vol. de 182 págs.**

El profesor Iván C. Ibán, joven Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado en la Universidad de Cádiz, acaba de publicar este pequeño volumen editado por la Fundación Universitaria de Jérez. Como el autor señala en una «Justificación» preliminar de sus páginas, «éste no pretende ser un libro de Historia; tampoco de Derecho. Probablemente ni tan siquiera pretende ser un libro». Se trata más bien de unas reflexiones personales, que se aproximan mucho más al género del ensayo de divulgación que al de la Ciencia o de la Teoría, y que tienen como telón de fondo la evolución de las relaciones Iglesia-Estado en España desde el régimen del General Franco a la actualidad, así como algunos grandes temas del Derecho Eclesiástico en la hora presente.

Efectivamente, el volumen se divide en dos grandes capítulos, al que sigue un tercer capítulo muy breve, a modo de conclusión. En el primer capítulo se pretende trazar un cuadro de la evolución del Derecho Eclesiástico español de los últimos cuarenta años. Se tratan en él los diversos períodos más cortos en los que se divide la exposición; el que va desde el Concordato de 1953 al Concilio, que el autor denomina «apogeo de la unión Trono-Altar»; el que se extiende desde el Concilio a la muerte de Franco, que el autor llama «crisis del sistema»; y el más reciente, desde la muerte de Franco al gobierno socialista, en el que, según el autor, se buscaría un nuevo modelo de Derecho Eclesiástico.

En el segundo capítulo Iván Ibán trata de algunos de los grandes temas del Derecho Eclesiástico en la actualidad. Concretamente, y por este orden, se refiere en sendos apartados al matrimonio, al divorcio, a la familia, al

aborto, a la minorías religiosas, a la situación económica, a la enseñanza y a la objeción de conciencia. Ocho temas de indudable importancia, que exigen un delicado tratamiento, y que el profesor Ibán va abordando de modo muy escueto y lineal, lo cual hace difícil exponerlos con ese sentido del matiz que sería necesario para poder aceptar algunas de las opiniones que el autor va formulando sin que, de otro modo, sea inevitable que surjan algunas reservas y cautelas en el lector.

Quizá por tratarse de un ensayo de divulgación, el autor ha querido adoptar deliberadamente un estilo liso y desenfadado, con muy escasas notas a pie de página; cuando estas notas existen, se trata de aclaraciones o apostillas a lo que se dice en el texto, y no de cita de autores o de bibliografía que sirviesen de aval o de punto de contraste para las opiniones del autor. Como antes señalaba, algunas de estas opiniones tendrían que ser mucho más matizadas para poder ser aceptadas sin más, y otras son simplemente el fruto de una reflexión personal del autor, en la que a veces se parece pretender una punta de originalidad, o en otros casos se trata sencillamente de intuiciones, como el mismo autor reconoce, que necesitarían de una ulterior confirmación en la realidad.

El libro está en la línea de algunas publicaciones de la bibliografía eclesiasticista italiana en las que la temática más reciente del Derecho Eclesiástico, o que sin ser exactamente de Derecho Eclesiástico le es más o menos conexas, es abordada desde una perspectiva en la que se mezclan apreciaciones de Historia, de Sociología, de Política, de Derecho, etc. Este planteamiento tiene sus ventajas, pues permite tratar los temas de un modo más asequible al lector medio culto sin necesidad de llegar antes a la cuidadosa elaboración doctrinal que exigiría el estilo científico; tiene también los inconvenientes propios en que suele incurrir el nivel del ensayo: lo que se gana en interés, amenidad y hasta actualidad, se puede perder en claridad, rigor y precisión en las ideas.

En definitiva, este libro tiene el mérito de su interés y actualidad temática en una materia que, como es la del Derecho Eclesiástico del Estado, todavía es poco conocida en nuestro país, al menos desde la óptica de un Estado no confesional y de libertad religiosa. En este punto, el autor ha sabido introducir los temas de interés, y abordarlos con cierto prurito de originalidad y hasta de provocación frente a los «bien pensantes».

Tiene también las limitaciones propias de su género. Trataré de explicarme: los grandes temas del Derecho Eclesiástico abordados en el segundo capítulo son susceptibles de dos niveles de tratamiento. Uno es el nivel del ensayo, que es el que ha adoptado el autor, con los inconvenientes a que antes me refería. El otro es el nivel de la Ciencia, en este caso de la Ciencia del Derecho Eclesiástico, incipiente todavía en España, pero muy desarrollada en países como Italia o Alemania. Yo tengo la esperanza de que el autor, con opiniones ya más elaboradas y contrastadas, acometa también la empresa de este segundo tratamiento de la materia, tratamiento sin duda más difícil, y por ello mismo más necesitado de investigadores jóvenes que, como el autor, sean capaces de afrontar esa dificultad con la sinceridad, desinterés y honestidad intelectual que exige toda investigación seria y que

tanta importancia tiene, como ésta de la que tratamos, para hacer posible una convivencia justa, pácífica y tolerante entre los españoles.

Finalmente, quisiera referirme todavía a una última cuestión que me gustaría brindar como punto de reflexión al autor de este libro.

Iván Ibán se refiere en la conclusión del primer capítulo de su libro a lo que llama «la incomprensión» de lo que es la Iglesia por parte de los diversos regímenes políticos que se han ido sucediendo en España en estos últimos treinta años; y habla más adelante en la conclusión final del libro de «las confusiones» del franquismo y de la democracia en relación con la Iglesia.

Pues bien, me ha parecido encontrar ahí, en esas apreciaciones de Ibán —por lo demás no excesivamente explicitadas—, una certera intuición de lo difícil que es a veces para un régimen político, acostumbrado a ver las cosas desde su propia óptica temporal, captar la naturaleza de una sociedad como la Iglesia que, aún teniendo también una vertiente temporal que la hace susceptible de mantener relaciones con el Estado incluso en los términos de Acuerdos o Tratados de todo tipo —también de naturaleza internacional—, no es, sin embargo, una mera corporación social más, a semejanza de los Estados y demás organizaciones humanas naturales.

En la sociedad religiosa que es la Iglesia Católica hay algo más que su mera estructura social, algo que en definitiva remite a lo que ella misma considera su Misterio, y que difícilmente puede ser captado desde una óptica exclusivamente temporal o temporalista, con ser, sin embargo, muy importante tenerlo en cuenta a la hora de establecer unas adecuadas relaciones con ella, y aunque esas relaciones se muevan sólo en el plano de lo temporal, como son las relaciones que suelen interesarle al Estado. Identificar a la Iglesia con su estructura y organización externa es, a mi juicio, no sólo un error eclesiológico, sino también un error político que puede dificultar las relaciones Iglesia-Estado por una falta de la debida sensibilidad hacia ese aspecto de la realidad que es lo religioso.

Dicho esto, también me atrevería a sugerir al profesor Ibán que valdría la pena que lo tuviese especialmente en cuenta si se decide a hacer una reelaboración de sus ideas que le permita acometer la otra empresa a que antes aludía, la de elaborar los grandes temas del Derecho Eclesiástico del Estado al nivel de la Teoría o de la Ciencia. No es que ahora no lo haya tenido en cuenta, pues sin duda esa intuición suya a la que me acabo de referir manifiesta una exquisita sensibilidad hacia el factor religioso y, en concreto, hacia el Misterio de la Iglesia, que no vendría mal, dicho sea con todos los respetos, para algunos de los representantes de la llamada «clase política». Se trata de que siga desarrollándola y profundizando en ella; porque también es intuición mía que desde ahí se le abrirán amplios panoramas de luz que irradiarán claridad hacia el resto de las cuestiones que se proponga abordar.



**LUCARELLI, Francesco: «Diritto civile e istituti privatistici», Padova, 1984, 2.ª ed., Cedam, 454 págs. ....**

La presente obra, en la que colaboran con Lucarelli otros autores (Briganti, Ciancio y Russo), se compone de tres grandes partes, relativas a la crisis del Derecho y la renovación del sistema (págs. 3-158), el estado social y las instituciones privadas (págs. 159-335) y el principio de igualdad y los derechos civiles (págs. 339-454). Con ello se ofrece una visión bastante completa de la problemática presente del Derecho privado, especialmente en Italia.

La parte primera se debe exclusivamente a Lucarelli, que en seis amplios capítulos trata de cuestiones de índole diversa, relativas al problema general de la crisis del Derecho y la renovación del sistema. El capítulo I se refiere a la introducción al sistema, aludiéndose especialmente a las fuentes del Derecho, la crisis del Derecho y la crisis de la enseñanza del mismo, el papel socio-económico de la codificación, el Código civil y el derecho subjetivo, la autonomía de la voluntad y la propiedad y el positivismo, entre otras cuestiones.

En el capítulo II se trata sobre la ideología de la codificación, situándose el análisis en tres tiempos de valoración de la ideología: la codificación del 42, la Constitución y la individualización de las fases de renovación legislativa (en el cuadro de la evolución socio-económica del sistema).

El capítulo III se consagra al importante tema de la Constitución y los derechos civiles. Se parte de la base de la crisis de las instituciones privadas, el declive de la codificación y las alteraciones lógico-sistemáticas internas del ordenamiento. El estudio de la Constitución pone de manifiesto la complejidad del diseño ideológico y la heterogeneidad de los elementos, integrándose en un único cuadro institucional intereses de clase y actividad social (privilegio y solidaridad), propiedad privada y poder público, tutela privilegiada del trabajo y presencia del Estado en la economía.

En el capítulo IV se precisa la medida y los períodos en que la directiva constitucional ha encontrado reflejo en la legislación ordinaria. Los períodos de análisis son los siguientes: desde la restauración democrática hasta la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional (1944-1956), la fase de proyección de reforma orgánica de los códigos (1956-1961), la legislación especial y el papel político de la Corte Constitucional (1962-1981).

En el capítulo VI se trata sobre el jurista y la ideología. El autor muestra el papel que han desempeñado los juristas, especialmente los civilistas, a lo largo del siglo XIX y del presente siglo, distinguiéndose entre el período anterior y posterior a la aprobación de la Constitución italiana.

La segunda parte lleva por rúbrica «Estado social e instituciones privadas». En el capítulo I, Russo analiza el importante tema de la familia y el Derecho, mostrando la evolución de la normativa del Derecho de familia en Italia. A continuación se examinan las diversas instituciones del Derecho de familia: la familia legítima y la familia de hecho, los derechos y deberes frente a los hijos, el matrimonio, el régimen patrimonial de la familia y la filiación.

En el capítulo II Lucarelli se refiere a la propiedad en la Constitución. Después de examinar el régimen de la propiedad con anterioridad a la promulgación de la Constitución, se profundiza en el significado de los artículos de la misma que aluden a la propiedad. El reconocimiento de la propiedad privada está condicionado en el sistema constitucional (arts. 41 a 44), teniendo especial significado la «función social». La legislación especial sobre propiedad rústica y urbana pone de relieve cómo el derecho de propiedad se presenta con contenidos «variables», atendiendo a la organización de los intereses. Ello aparece claramente expuesto en el capítulo III.

En el capítulo IV Briganti y Lucarelli se refieren a lo público y lo privado en la disciplina de la expropiación. Después de mostrar las diversas leyes que han regulado la expropiación forzosa, los autores tienen en cuenta la normativa constitucional y la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, con especial atención al problema de la indemnización.

En el capítulo V Lucarelli aborda el importante tema del negocio, el contrato y la relación social. De igual manera que en los anteriores capítulos se muestra la evolución de estas instituciones a partir del Código civil de 1865, llegando así al Código de 1942 y la Constitución. Se examina el significado de la autonomía de la voluntad y se hace hincapié en las funciones y límites de la misma, teniéndose muy en cuenta el texto constitucional.

En el capítulo VI se trata sobre la tradición y la novedad de la responsabilidad civil. Briganti muestra la evolución del sistema de la responsabilidad civil, que se manifiesta actualmente no sólo en las nuevas normas sobre la materia, sino también en una interpretación de la responsabilidad más realista y adecuada a la exigencia de asegurar la reparación de los daños en el mayor número de casos. En la evolución del sistema de responsabilidad civil se registra un fenómeno de ampliación progresiva del área de los daños resarcibles y una ampliación del poder discrecional concedido al juez en la materia.

La tercera parte aparece bajo el significativo título «Principio de igualdad y derechos civiles». Se comienza con el capítulo I, donde Lucarelli analiza el principio de igualdad y los procedimientos equitativos. Se distingue entre la igualdad formal y la igualdad sustancial, y se señalan los instrumentos para conseguir la equidad.

El capítulo II se consagra al análisis de la política sobre la vivienda y la legislación urbanística, teniéndose muy en cuenta la relación entre la Constitución y el urbanismo.

En el capítulo III se continúa con la temática que aparece en el capítulo anterior, y se muestra la relación entre el derecho a la vivienda y la planificación del territorio.

Por último, en los capítulos IV y V se tiene en cuenta la problemática agraria. Concretamente, el capítulo IV se refiere a la transformación de la relación agraria, con un amplio análisis de la evolución de la legislación agraria en Italia, y en el capítulo V se trata sobre la nueva disciplina de los pactos agrarios por parte de Ciancio.

La lectura de esta obra, fruto de un trabajo colectivo, tiene un gran interés, ya que en ella se tienen en cuenta las instituciones fundamentales del

Derecho privado, como la propiedad, la familia y la autonomía de la voluntad, pilares del ordenamiento jurídico. Este análisis no se lleva a cabo desde una perspectiva puramente positivista, sino que se tienen en cuenta los aspectos ideológicos y sociológicos. Además, se hace especial hincapié en la normativa constitucional y en la doctrina de la Corte Constitucional italiana, tratando de adecuar los preceptos del Código civil y de otras disposiciones legales a una y otra.

Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ

**PUIG BRUTAU, José: «Fundamentos de Derecho civil, IV. Familia. Matrimonio. Divorcio. Filiación. Patria potestad. Tutela». 2.ª edición. Barcelona, 1985. Bosch. Casa Editorial. Un volumen de 333 páginas.**

Es de agradecer mucho a nuestro insigne civilista, el Dr. Puig Brutau, el haberse dedicado a redactar una segunda edición de la parte correspondiente al tratamiento del nuevo ordenamiento legislativo sobre la familia, en sus relaciones institucionales referentes al matrimonio, el divorcio, la filiación, la patria potestad y la tutela, integrada en el tomo cuarto de sus «Fundamentos de Derecho civil».

Como muy bien advierte este ilustre autor, la profunda reforma experimentada a partir de 1981 convierte en datos históricos muchas discusiones doctrinales y decisiones jurisprudenciales de la anterior normativa y hace necesario enfrentarse con el alcance de los nuevos preceptos legislativos, sus dudas interpretativas y también sus incongruencias.

Después de tres largos años de experiencia y reflexión se aportan ya las nuevas contribuciones, sistematizadas en nueve amplios apartados. El primero, correspondiente a la familia y el Derecho de familia, trata en general sus aspectos sociales y jurídicos (público y privado) y, en particular, aborda el nuevo ordenamiento español. El segundo, adquiere una especial atención y amplitud debido al estudio del matrimonio en el sistema español, sus requisitos y formalidades, así como sus relaciones personales frente a las uniones no matrimoniales.

El tercer apartado comprende las nuevas situaciones reguladas de separación, disolución y nulidad del matrimonio. Las cuestiones sobre la competencia de los tribunales civiles para la nulidad, sus causas, el ejercicio de la acción y los efectos específicos de la sentencia de nulidad son examinados concretamente. Se continúa con el tratamiento de la separación de los cónyuges, sus clases, causas, ejercicio y efectos, y se llega al examen de la disolución del matrimonio o divorcio y su reforma en el Código civil vigente, con sus causas, su acción y los efectos específicos de la sentencia de divorcio. Se concluye este apartado con el análisis de los efectos comunes a la nulidad, a la separación y al divorcio (el convenio regulador y los efectos respecto a los hijos, la patria potestad, los cónyuges, su régimen económico, las donaciones, las prestaciones alimenticias, los gastos del litigio, los derechos sucesorios, la vivienda y el ajuar y las pensiones), la toma de medidas provisionales, previas y provisionalísimas.

El cuarto apartado examina el régimen económico matrimonial vigente, desde las capitulaciones matrimoniales, las donaciones por razón de matrimonio, la sociedad de gananciales, las contribuciones doctrinales al régimen de participación, entre las que destaca la del profesor Morales, para concluir con el régimen de separación de bienes.

La evolutiva reforma sobre la filiación, se aborda en el apartado quinto (la matrimonial y la no matrimonial) con un análisis concreto de sus acciones. Apartado propio, el sexto, comprende la filiación adoptiva (plena y simple), así como las relaciones paterno filiales se tratan en el séptimo (la patria potestad y la emancipación).

El apartado octavo abarca la obligación de alimentos entre parientes, sus clases y caracteres, las personas obligadas a darse alimentos, el orden de prelación, la distribución de la carga, cuando son exigibles y deben pagarse para concluir con el aspecto concreto y conflictivo de la determinación de su cuantía, por ser una deuda de valor (SS. 9 octubre 1981 y 11 octubre 1982).

Por último, el apartado noveno trata la nueva postura y más reciente reforma legislativa sobre la tutela, curatela y guarda de menores e incapacitados, con la desaparición del Consejo de familia, el refuerzo de la intervención del defensor judicial y la guarda de hecho.

Un amplio y bien elaborado índice alfabético de materias y otro general cierran este magnífico cuarto tomo.

José BONET CORREA

**ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Derecho a la información y libertad de expresión. Especial consideración al proceso penal». Barcelona, 1984. Bosch, Casa Editorial, S. A. Un volumen de 95 páginas.**

Tenemos ante nosotros un estudio monográfico muy completo de varios de los aspectos de los derechos de la personalidad, como son el derecho a la intimidad, el derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información.

Breve, pero sustancialmente, la profesora Romero, en doce apartados, traza una evolución histórica de los derechos de la personalidad, donde destaca el apogeo de nuestro tiempo en cuanto a su reconocimiento a las Declaraciones Universales y la Convención Europea de los Derechos del Hombre, así como a las Constituciones vigentes en los países democráticos, por lo que puede decirse que ya se cuenta con una protección jurídica de los derechos de la personalidad, aunque entre nosotros los considere todavía insuficientemente desarrollados. Además destaca los caracteres de estos derechos de la personalidad, como innatos, inherentes a la persona, extrapatrimoniales, inenajenables, inembargables e imprescriptibles, si bien, cuando son dañados son indemnizables. A continuación, la autora trata el derecho a la intimidad y sus diferencias con el derecho al honor y el derecho a la imagen. En el apartado siguiente, se particulariza la noción de secreto y además se presenta la protección actual de la libertad de información. La libertad de expresión y la libertad de información son objeto de un estudio minucioso con el aná-

lisis de la vigente regulación, haciéndose hincapié en la oportunidad de un reconocimiento legislativo de otros supuestos (secreto profesional, derecho a abstenerse de prestar ciertos testimonios, etc.), con referencia a otros ordenamientos comparados y en especial al italiano y, en un nuevo apartado, se trata la expresión de la opinión pública en el ordenamiento anglosajón.

Por último, la autora redacta unas conclusiones, añade las referencias bibliográficas sobre el tema y aporta un índice de autores.

José BONET CORREA

**ROGEL VIDE, Carlos, «Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas», colección «Studia adbornotiana», XLVI, Bolonia, 1985, págs. 214.**

El profesor Rogel aborda en este interesante libro el problema dogmático nuevo, casi inédito entre nosotros, de la distinción de los tradicionales derechos de la personalidad y los derechos fundamentales y libertades públicas que ha consagrado la Constitución recientemente. Es un tema que, como es sabido, presenta un perfil teórico de gran importancia en cuanto atañe a la posición y significado de la persona, lo mismo en el ordenamiento en general que en el Derecho civil en particular, y presenta, también, un perfil práctico de relativa complejidad en cuanto se refiere a las diversas técnicas predisuestas para la protección eficaz de la misma. Tema que enlaza, además, con el apasionante problema de la eficacia de las normas constitucionales en las relaciones entre los particulares.

El autor utiliza en este estudio un método histórico-sistemático; por eso, lo divide en tres Capítulos, a lo largo de los que agota, prácticamente, la cuestión planteada, esto es, la de determinar las diferencias que hay o puede haber entre los bienes y derechos de la personalidad, por un lado, y los derechos y libertades de rango constitucional, por otro. Así, se ocupa en el Capítulo 1.º de los principales aspectos debatidos por la doctrina civilista en torno a los derechos de la personalidad, donde examina ampliamente su discutida naturaleza jurídica; y lo hace tomando como punto de partida el ya clásico trabajo de Castán Tobeñas publicado en 1952, hasta llegar a nuestra literatura última, incluso la posterior al texto constitucional. En el Capítulo 2.º, que se titula —significativamente— «Los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución española de 1978. Otras terminologías utilizadas al respecto», analiza la diversidad de términos y de conceptos imperante en el período preconstituyente y en la doctrina iuspublicista ulterior, y concluye en la necesidad de contrastar las diferencias que separan a las distintas categorías que convergen en la tutela de la persona. A estas diferencias dedica el Capítulo 3.º y último, donde trata, ante todo, los derechos humanos; en seguida, los derechos fundamentales y las libertades públicas, y, en fin, los bienes y derechos de la personalidad. En este Capítulo fija las notas que, a su juicio caracterizan y distinguen a estos últimos, en lo que

concierno al origen histórico, colocación sistemática, ámbito, y perspectiva, protección y garantías.

No obstante este esquema de la obra, preferimos una lectura diacrónica de la misma para intentar dar una idea de su rico contenido y abundante información. Según los datos que nos proporciona el autor, se puede decir que los primeros en aparecer fueron los llamados derechos humanos, los cuales, aunque pueden remontarse hasta nuestros escolásticos del siglo XVI, se enunciaron por vez primera en el famoso «Bill of Rights» de Virginia del año 1689. Tras esta formulación, entran en una fase que se ha calificado de filosófica, por haber sido desenvueltos por los grandes iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII; durante esta evolución, de estar centrados en la libertad religiosa, pasan a adquirir un sentido civil y político, a medida que la burguesía asciende y se asienta en el poder en Europa. Con lo cual entran en una nueva fase de índole más bien política, que se extiende de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789, a la Declaración universal de los derechos del hombre, proclamada por la ONU en 1948, y la Convención de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, adoptada por el Consejo de Europa en 1950; textos éstos de gran alcance moral o simbólico, pero —lamentablemente—, de limitada eficacia práctica. Durante esta fase, los derechos humanos se concretan apenas en declaraciones programáticas de los textos constitucionales, y son objeto de protección penal únicamente, hasta que las experiencias dramáticas de las guerras y dictaduras europeas, que se suceden desde 1870 hasta la primera mitad de nuestro siglo, despiertan la sensibilidad por la tutela de la persona, primero en el campo del Derecho constitucional y luego —aparte precedentes remotos— en el del Derecho civil. En España, las dos vertientes de esta sensibilidad tienen lugar, por razones de todos conocidas, a la inversa.

En efecto, aunque a finales del siglo pasado escriben sobre los derechos de la personalidad autores tales como Roguin, Gierke o Campogrande —este último traducido al castellano en 1896—, es la célebre S. T. S. de 6 de diciembre de 1912», relativa a un supuesto de daño moral, la que permite introducir el tema en nuestra literatura, el cual se sitúa en un primer momento, por la naturaleza del supuesto aludido probablemente, en el Derecho de obligaciones; así, Valverde —el primero que se ocupa del mismo—, Pérez González-Alguer y todavía hoy Puig Brutau, aunque lo trata en la Parte general, estudia la Ley Orgánica 1/1982 en la sede antigua, mientras que ya Clemente de Diego lo hace en su sede actual. Con todo, es posible que la construcción dogmática de la categoría entre nosotros sea un reflejo de la doctrina extranjera, impulsada por las respectivas Constituciones democráticas de la última postguerra. Es bien sabido, en efecto, que se debe al diálogo mantenido por Castán y De Castro en los años 50, y cuyo epílogo y síntesis intenta llevar a cabo Díez Díaz en 1963; tras un decenio de silencio, completan dicha construcción De Angel y Beltrán de Heredia. Sólo después de la Constitución, con la que surge el problema de destindes que examina el profesor Rogel, existe una literatura abundante sobre el tema, en la que ocupa un lugar destacado la obra que reseñamos aquí.

El autor se pronuncia sobre los problemas principales que plantea la

categoría. Habla de bienes y derechos de la personalidad, no por un espíritu ecléctico, sino porque considera que algunos atributos de la persona —quizá los más importantes: la vida, la integridad y la libertad— no son verdaderos derechos, mientras que sí lo son los demás. Lo cual implica una postura definida respecto a la discutida naturaleza de tales derechos, en línea con la conocida tesis de De Castro sobre los mismos. Así, junto con rechazar las teorías y argumentos que los niegan y la vieja doctrina del «*ius in se ipsum*», descarta las configuraciones modernas del derecho a la personalidad, derecho único de la personalidad, derecho genérico con expresiones positivas específicas y derecho subjetivo sin más. Piensa, por el contrario, que hay un deber general de respeto a la persona y unos determinados bienes de la personalidad, los cuales pertenecen, a su juicio, al «genus» de los derechos reflejos, difusos o limitados, como son los que apuntamos antes; algunos de estos bienes, en cambio, están protegidos como derechos subjetivos con características especiales. Tras examinar dichos caracteres, el autor pasa a enumerar y clasificar tales bienes y derechos, con arreglo a la concepción que adopta; puntualizaciones suyas de interés al respecto son, entre otras, la exclusión del derecho moral de autor y la afirmación de que el nombre y los llamados bienes sociales e individuales son auténticos derechos subjetivos de la personalidad, si bien no contempla figuras recientes como pueden ser, por ejemplo, el derecho al cambio de sexo, la objeción de conciencia o el llamado derecho a una «good death». Tampoco se ocupa de la discutible traslación de los derechos de la personalidad a las personas jurídicas seguramente porque esta cuestión excede del problema de límites que él examina en concreto. Termina esta parte con el estudio de la protección civil de los bienes y derechos que nos ocupan, que gira, incluso después de la Constitución, en torno al fundamental artículo 1.902 del Código civil.

Ahora bien, mientras casi todos los derechos humanos—al menos los individuales—son también derechos de la personalidad, sólo algunos de aquéllos se han incorporado al texto constitucional, que, bajo la denominación genérica de derechos fundamentales y libertades públicas, los regula prolijamente en el Título I, artículos 15 y siguientes; los excluidos carecen, pues, de la protección dispensada a los primeros o, en su caso, a los últimos, y quedan como metas que la historia se encargará de «rellenar». En cambio, los derechos humanos plasmados en derechos fundamentales y libertades públicas asumen la eficacia propia de las normas constitucionales que los consagran. Aunque el profesor Rogel niega en repetidas ocasiones que dichas normas tengan una eficacia directa en las relaciones entre los particulares, conforme con la «*communis opinio*» imperante hoy en día, admite una especie o «*Drittwirkung mittelbare*», esto es, una eficacia mediata que irradia de los preceptos constitucionales sobre las mismas e influye —indirectamente— sobre la interpretación y aplicación de las normas comunes que las regulan («*Austrahlungskraft*»). Y ello porque concibe tales derechos y libertades, asimismo, como facultades reconocidas a los ciudadanos para ser ejercitadas contra los actos infractores de los poderes públicos; sólo pueden ser conculcados, de acuerdo con esta concepción, por los actos legislativos, administrativos y judiciales, lo mismo del Gobierno que de las Comunidades Autónomas. Por consiguiente, su defensa puede hacerse por las vías administrativas, penal

y civil previstas por la Ley 62/1978, de 26 de febrero, desarrollada por el Real Decreto legislativo 342, de 20 de febrero de 1979; en concreto, cabe aquí, pues, el recurso de amparo constitucional previsto por el artículo 53.2 de la Constitución, y en concordancia con él, por los artículos 41 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 1.º y 3.º de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo y Disposición transitoria 2.ª de la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidación personal y familiar y a la propia imagen. En otras palabras, estos derechos fundamentales y libertades públicas consagrados por la Constitución son, de acuerdo con la tesis mantenida por el autor, solamente aquéllos que protegen al individuo contra o frente al Estado y no intervienen en las relaciones jurídicas regidas por el Derecho privado; sujeto pasivo, esfera de actuación y protección constitucional son, en suma, los rasgos que los caracterizan y los distinguen de los derechos de la personalidad.

Es sabido que, tras la Constitución, mientras la mayoría de los autores confunde y hasta identifica estos derechos con los derechos y libertades constitucionales, sólo una minoría muy reducida los distingue, e incluso para negar la existencia de tal distinción. Así, en la literatura civilista, advierte el profesor Rogel, no se aprecian cambios radicales, salvo, quizá, para afirmar que se trata de verdaderos derechos subjetivos; para concordarlos con el precepto constitucional respectivo; para aludir a los actos de disposición del propio cuerpo u órganos, o, en fin, para afirmar el derecho al nombre —omitido por la Constitución— y rechazar el derecho de autor no contemplado, en rigor, por los artículos 20.1.b y 149.1.9.º de la Constitución como auténticos derechos de la personalidad. Apuntemos por nuestra parte aquí que la tesis de un derecho genérico de la personalidad con expresiones positivas específicas parece, a la vista de la Constitución, más verosímil que antes; aparte de la colocación y dicción del artículo 10.1, es indudable que tal derecho genérico está implícito en el «libre desarrollo de la personalidad» que dicho precepto menciona, derecho genérico que, si bien se mira, no es más que la cara activa del deber general de respeto a la persona que predica, como se sabe, la tesis de los bienes de la personalidad, la cual, vista así, no contradice, sino que confirma, la tesis a que nos referimos. No en vano parece opinar en sentido semejante Clavería Gosálbez.

Sin embargo, si bien los artículos 15 a 20, 24 a 35 de la Constitución contemplan derechos de la personalidad y los configuran, por tanto, como derechos fundamentales y libertades públicas, es la tesis central del profesor Rogel que estamos ante categorías diferentes. En efecto, observa que el ámbito de los derechos de la personalidad es más reducido que el de estos últimos, puesto que sólo coinciden con aquellos que se refieren a la esfera privada, son personalísimos o suponen una libertad-autonomía, según las diversas tipologías divulgadas por los comentaristas de la Constitución; pero dicho ámbito es también más amplio, como lo pone de relieve la omisión del derecho al nombre y sus derivados, tratándose, como se trata, de un indiscutido derecho de la personalidad. Por otra parte, el sujeto pasivo es, además, distinto puesto que los derechos de la personalidad sólo se dan, a juicio del autor, en las relaciones entre los particulares sujetas al Derecho común. Difieren, para el autor, en fin, por el mecanismo de protección, ya



que los derechos de la personalidad, como sólo pueden ser violados por los particulares, quedan excluidos del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; están protegidos, únicamente, por el Derecho común y, señaladamente, por el Derecho civil, según se desprende, y a pesar de la remisión que contiene la Disposición transitoria 2.ª, «in fine», de la Ley Orgánica 1/1982, de la interpretación armónica de las otras Leyes Orgánicas que hemos recordado precedentemente.

Aunque esta última conclusión nos desencante un poco, es la que resulta, como bien lo advierte el autor, del Derecho en vigor al par que permite mantener la independencia —de concepto y de régimen— entre los derechos de la personalidad y los derechos y libertades constitucionales. En este sentido, el trabajo del profesor Rogel representa un estímulo para los que estamos interesados en la protección de la persona y en la supresión de los obstáculos que impiden el desarrollo posible de la personalidad, por cuanto su reconstrucción diversifica y multiplica; en última instancia, los mecanismos técnicos que la protegen.

Carlos VATTIER

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### **CONSTITUCION ESPAÑOLA, COMPILACION CATALANA Y DERECHO SUPLETORIO**

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo  
de 27 de febrero de 1985)

PABLO SALVADOR CODERCH  
(Catedrático de Derecho Civil)

#### I. HECHOS. LAS SENTENCIAS DEL JUZGADO Y DE LA AUDIENCIA

El día 1 de abril de 1975, Herminia, propietaria de una casa situada en Sitges (Garraf, Barcelona), se la vendió a Antonio por un precio de 2.700.000 pesetas. No medió escritura pública.

Según Herminia, vendedora y demandante, hubo en el acto de la firma del contrato un pago parcial, a cuenta del precio total, por importe de 200.000 pesetas. El resto se aplazó a 60 días. La actora había entregado las llaves del inmueble al comprador, aunque luego alegaría en el pleito que la entrega había carecido de los efectos normales de la tradición en la venta (cfr. art. 1.462.1 en relación con los 609 y 1.095 C.c.), pero este punto no fue luego objeto de discusión en el litigio.

Tras varias vicisitudes (que incluyen un requerimiento notarial a poco de celebrado el contrato). la vendedora requirió también notarialmente en julio de 1976 al comprador dando por resuelta la venta por impago de la mayor parte del precio (cfr. arts. 1.504 y 1.506 C. c., en relación con el 1.124 C.c.).

La versión de los hechos del comprador demandado, Antonio, es distinta: Coincide con la anterior en cuanto al hecho de la celebración del contrato tal como lo narra la demanda. Pero, añade, la venta fue objeto de novación el 10-6-1975, en lo que afectaba a la regulación del pago del precio: Pagadas a cuenta las 200.000 pesetas al cerrar el trato, hubo luego un pago parcial de 300.000 pesetas más mediante talón bancario, que fue efectivamente cobrado por la vendedora. En cuanto al resto del precio, 2.100.000 pesetas, se había acordado pagar 1.000.000 cuando el comprador obtuviera una hipoteca sobre el inmueble y el 1.100.000 restante cuando el contrato se elevara a escritura pública, aunque el comprador también alegó que había aceptado varias letras de cambio por este último importe, que luego no habían sido presentadas al cobro por la vendedora.

El demandado solicitaba la desestimación de la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia de Vilanova i la Geltrú dictó sentencia el día 2-6-1979. En ella se estimaba sustancialmente la demanda de la ven-

dedora y se declaraba resuelto el contrato, pero también se atendía en parte a la reconvencción del comprador reconociendo que éste había entregado a la vendedora 500.000 pesetas (200.000 como primer pago a cuenta y 300.000 por el talón citado), que debían serle devueltas. El comprador apeló.

Tres años después, el día 14-9-1982, la Sala 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia confirmando íntegramente la Sentencia del Juzgado. El comprador interpuso contra ella recurso de casación.

## II. EL RECURSO DE CASACION

El recurso entablado por la representación del demandado y perdedor en las dos instancias conseguirá prolongar el pleito tres años más (aunque le supondrá la condena en costas) y se elabora a partir de tres motivos. Podemos dejar de lado el segundo (habría habido una novación modificativa del primer contrato no considerado por la sentencia de instancia) y el tercero (la sentencia habría apreciado incorrectamente los hechos), para centrarnos en el primero, que es el luego utilizado por el T. S. para establecer específica doctrina al respecto. En él, el recurrente quiere llegar a la conclusión de que *en Cataluña no rige el artículo 1.124 C. c.* ni su especificación en sede de compraventa que son los artículos 1.504 a 1.506 C. c. Por el contrario, alega, *sigue vigente el Derecho romano*, que no conocía con carácter general la acción de resolución por incumplimiento en los contratos bilaterales (*ius poenitendi*), sino que, fuera de los casos en que se hubiera pactado (*lex commissoria*), únicamente permitía al vendedor pedir la ejecución forzosa de la obligación del comprador o, si todavía no había entregado la cosa, oponer en su caso la excepción del contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*).

A esta conclusión se oponen los hechos de que la Compilación del Derecho Civil de Cataluña no regula específicamente la cuestión, no ha mantenido la vigencia directa del Derecho romano (D. F. 1.<sup>o</sup> de la Compilación aprobada por Ley 40/1960, de 21 de julio, parcialmente modificada por la Llei Catalana 13/1984, de 20 de març y, *de nuevo*, por el Decret Legislatiu 1/1984, de 19 de juliol, que aprueba el vigente texto refundido de la Compilación) y de que establece la vigencia supletoria del Código civil (D. F. 2.<sup>o</sup> de la Compilación de 1960 que, tras las reformas de 1984, es, con modificaciones, la 4.<sup>a</sup>) incluyéndose por tanto el artículo 1.124 y concordantes del C. c.

El recurrente no niega que exista ese obstáculo a su posición; sencillamente salta por encima de él: la Compilación de 1960, dice, en cuanto establece un orden de fuentes que coloca como derecho supletorio de sus reglas al Código civil es *anticonstitucional* por vulnerar el artículo 149.1.8 C.E.: modifica el «conjunto inalterable» de las «fuentes originales» del Derecho civil catalán. Los compiladores hicieron algo que no debían al modificar el orden de fuentes tradicional, pues sólo podían compilar, reunir y conjuntar, pero no transformar, la estructura del Derecho civil catalán ahora tutelado por la Constitución. Rige así el Derecho romano —lo que en algunos círculos se denomina «derecho romano catalán»— y al ignorar esto

las sentencias de instancia han violado por inaplicación la legislación aplicable.

### III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Los seis Considerandos de la Sentencia del Tribunal Supremo incluyen importantes argumentaciones de carácter procesal que no analizaré aquí (la alegación por primera vez en el recurso de casación del tema de la vigencia del Derecho catalán constituye *cuestión nueva* dice el primer Cdo.; el 3.º apunta a que la *imprecisa cita* de los preceptos hipotéticamente infringidos por la Audiencia constituye causa de inadmisión del recurso según el artículo 1.729 núm. 4 L. e. c. en relación con el 1.720 —cfr. ahora artículo 1.710 núm. 2, L. e. c., tras su reforma por Ley 34/1984, de 6 de agosto—; y el 4.º y 5.º a la inadecuada fundamentación de los motivos 2.º y 3.º del recurso en el artículo 1.692.7 L. e. c. —Cfr. tras la reforma citada el artículo 1.692, núm. 4 L. e. c.—), pues me limitaré a los aspectos materiales de la resolución.

A este respecto la Sentencia da por buena la aplicación al caso de los artículos 1.124 y 1.506 C. c., que es exactamente lo contrario a lo sostenido por el recurrente. A esta conclusión se llega argumentando en el segundo y tercer Cdo. lo siguiente: No existe en la Compilación catalana una regulación específica y distinta a la del Código civil y opuesta a ella del tema debatido. Según la D. F. 2.ª (hoy 4.ª) procede la aplicación supletoria de las reglas del Código. No es cierto que el texto últimamente citado de la Compilación haya quedado «inoperante» por ser contrario a lo dispuesto en el artículo 149.1.8. C. E., pues:

a) Del propio art. 149.1.8. se deduce que «la regla general» en materia de competencias sobre legislación civil es el de la competencia estatal.

b) Se hace además en el artículo citado expresa reserva de esa competencia estatal en materia de bases de las obligaciones contractuales, tema al que —hay que inferir— pertenece el artículo 1.124 C. c. y

c) El propio legislador catalán ha avalado esta interpretación favorable a la vigencia de la Compilación de 1960 tras la Constitución de 1978 al dictar una Ley —la de 20 de marzo de 1984— y al ordenar elaborar un texto refundido —D. Leg. de 19 de junio de 1984— que se articulan sobre la base de la vigencia y no de la derogación de la Compilación que se modifica y reforma.

Recurso y Sentencia, cada uno por su lado, dan un paso más por un camino que ya inició la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 22-6-1983, comentada por el autor de estas líneas en otra sede (1). Ambas plantean el tema de las relaciones entre la Compilación y el Código civil en torno a idéntica problemática y con base en los mismos preceptos. Su importancia y el hecho de que puedan haberse dado los pasos suficientes para crear el germen de una cierta doctrina jurisprudencial son razones lo bastante justificadas como para sugerir a quien esto escribe volver sobre la cuestión.

(1) *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Septiembre-diciembre 1983-3, número 69, pp. 781 y ss.

## IV. COMENTARIO

1. *Los orígenes del artículo 1.124 C. c.*

«La facultad de resolver las obligaciones... implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe» que establece con carácter general el artículo 1.124 C. C. y que para la venta especifican los artículos 1.504 y ss C. c. es una regla ajena a la tradición romanista (2).

Según sintetizó Henri Capitant (1865-1937) en una monografía clásica, la regla tal y como la entendemos ahora es de origen relativamente moderno y relacionado con la evolución del derecho consuetudinario francés: la cultura del derecho común había interpretado los textos romanos en el sentido de que el derecho de resolución por incumplimiento de la otra parte sólo tenía lugar en los contratos innominados (*do ut des, do ut facias facio ut des, facio ut facias*), pero no en cambio en los nominados. Pero ya en el derecho canónico y por aplicación del principio *Frangenti fidem, non est fides servanda* se tendió a extender a todos los contratos sinalagmáticos la posibilidad de que, frente al incumplimiento de una parte, el contratante dispuesto a cumplir solicitara y consiguiera del Juez eclesiástico el descargo de su propia obligación.

Los civilistas se resistieron a esta tendencia generalizadora hasta muy entrado el siglo XVI cuando Charles Doumoulin (1500-1566) en su comentario a la *Coutume de Paris* (Titre I *des Fiefs*, § 33, núm. 17) admitió la facultad de resolución para la venta (contrato nominado) y en favor del vendedor si el comprador había contratado de mala fe, con la probada intención de impagar el precio (3). Un siglo largo más tarde, Jean Domat (1625-1692) al admitir también en favor del comprador apuntando a la idea de que cada contratante sólo quiere mantener el contrato si el otro cumple. Finalmente, en vísperas de la Codificación, Robert Joseph Pothier (1699-1772) generaliza esta doctrina a todos los contratos bilaterales llevándola al núm. 672 de su *Traité des Obligations* (1.ª ed. 1761). Es la doctrina de la condición resolutoria «tácita»:

«Quand même on n'auroit pas exprimé dans la convention de votre engagement comme condition résolutoire de celui que j'ai contracté envers vous néanmoins cette inexécution peut

(2) Cfr. Max KASER, *Das Römische Privatrecht*, I (1971) y II (1975). München. Beck. Parágrafos 130 y 264 para la venta; 123 y 261 para los contratos bilaterales y 135 y 269 para los contratos innominados y la *actio praescriptis verbis*.

(3) Henri CAPITANT, *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, legs)*. Paris, Librairie Dalloz, 1923, núms. 147 y ss., pp. 309 y ss., y allí las citas que se hacen en el texto. Como señala el autor, los grandes civilistas franceses del siglo XVI más apegados a la tradición romanista sea de la dirección filológica (como Jacques CUJAS (1522-1590)), sea de la sistemática (como Hugues DONAEU (1527-1591), rechazaron la facultad resolutoria (cfr. núm. 150, p. 317).

souvent opérer le resiliement du marché et conséquemment l'extinction de l'obligation. Mais il faut que je fasse prononcer le résiliement par le juge...» (4).

Y en 1804 el Code Civil repetirá (art. 1.184):

«La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats sinallagmáticos, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfiera point à son engagement» (5).

De ahí la recogerá el artículo 1.124 del Código civil de 1889 por mediación del artículo 1.042 del Proyecto de 1851 (6) (7).

Sin embargo, antes de la *recepción legal* de la doctrina de la condición resolutoria tácita ésta había sido asumida por los autores y la jurisprudencia del Tribunal Supremo: A partir de finales del segundo tercio del siglo XIX el T. S. comienza a admitir la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento, sobre todo cuando éste sea manifiesto y persistente (8). De

(4) Robert Joseph POTHIER, *Oeuvres* II, Paris, Dabo Jeune, libraire, 1825, *Traité des Obligations* N.º 672 p. 144. El Juez puede, añade Pothier, conceder discrecionalmente un aplazamiento al deudor, transcurrido el cual sin haber cumplido, pronunciará la resolución. V. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Op. cit., núm. 150, pp. 318 y ss., para el resto de la citas.

(5) Párrafo primero. Los párrafos segundo y tercero añaden: «Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers la quelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts».

«La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.»

(6) «Nuestro artículo 1.042 ilustra y fija este punto vago y oscuro en el Derecho Romano y Patrio: La condición resolutoria va implícita, y se sobreentiende en todos los contratos bilaterales, porque se presupone que ninguno quiere quedar obligado sino en el caso de que la otra parte cumpla su obligación». Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, Madrid, 1852 (reimpresión: Editorial Base, Barcelona, 1973), Comentario al artículo 1.042.

(7) En la cultura jurídica germánica, la evolución será similar pero algo más tardía: Durante los siglos XV y XVIII los clásicos del iusnaturalismo racionalista —Hugo GROCIÓ (1583-1645), Samuel PUFENDORF (1632-1694) o Christian WOLF (1679-1754)— defenderán la facultad resolutoria concebida ahora como consecuencia de la interdependencia de las prestaciones en los contratos bilaterales. Mas los representantes del *Usus Modernus Pandectarum* se aferrarán a la tradición romanista contraria a la resolución *ex lege*. Esta no será admitida por el ABGB austríaco, pero finalmente pasó al BGB alemán de 1896 (párrafos 918 y ss.). Véase para una síntesis de lo anterior: Gerhard WESENBERG-Gunter WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*. 3 Auflage. Lahr/Schwarzwald. Moritz Schanenberg Verlag. 1976. 20. III. 2. P. 137. Con mayor detalle: Karl Otto SCHERNER, *Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung*. Wiesbaden. Franz Steiner Verlag. 1965.

En Italia el *codice civile* de 1865 acogió el modelo francés (art. 1.165), mientras que el vigente *Codice civile* de 1942 contiene una regulación técnicamente más depurada (art. 1.453).

(8) Pedro GÓMEZ DE LA SERNA-Juan Manuel MONTALBÁN, *Elementos del Derecho Civil y Penal de España* II, Madrid, Librería de Sánchez, 1874, p. 226.

hecho la introducción en el C. c. de la regla del artículo 1.124 C. c. no significará un cambio real con el sistema anterior, sino la culminación de una tendencia (9). Es importante destacar que parte de esta jurisprudencia anterior al Código que aplicaba ya la doctrina citada se refería a Cataluña (STS. 24-12-1866, 29-1-1867, 17-12-1869, 16-11-1870, etc.), como seguiría sucediendo tras la promulgación del Código (STS. 26-6-1899, 12-10-1912, 19-6-1913, 13-3-1915, etcétera) (10).

## 2. La facultad resolutoria y la evolución del Derecho civil catalán contemporáneo.

La cuestión que suscita la Jurisprudencia citada en el epígrafe anterior es si esta aplicación jurisprudencial de la doctrina de la condición resolutoria «tácita» a Cataluña era correcta según el Derecho catalán anterior a la Compilación de 1960. En el recurso de casación que resuelve la Sentencia comentada el letrado de la parte recurrente sostiene que no. Lleva razón y, desde luego, la sentencia no le desmiente en este punto.

En efecto, antes de la Compilación de 1960 y por aplicación tanto, en primer lugar, del artículo 42 del Decreto de Nueva Planta de 16-1-1716 (respetado por el artículo 12 C.c. de 1889) como, más tarde, de su segunda versión formada por las Leyes de 5-4-1938 (derogatoria del *Estatut catalán* de 1932) y de

---

Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, IV, 3.ª ed., Madrid, Librería de Sánchez, 1877, tít. Prel., p. 188. Salvador del Viso *Lecciones elementales de Derecho Civil III*, 5.ª ed., Valencia, Imprenta y Librería de Ramón Ortega, 1884, pp. 133-134. Felipe SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil IV*, 2.ª ed., Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1899, pp. 439-440 (para el derecho anterior al Código).

La Jurisprudencia del T. S. evolucionó, según José M.ª PLANAS y CASALS (1846-1923), quien estudió la cuestión poco después de promulgado el Código («Resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento de una de las partes» *RJC*. I, 1895, pp. 185 y ss.), en tres fases: Una primera, a la que corresponden las STS de 24-12-1866, 29-1-1867, 19-6-1868 17-12-1869, 8-1-1874 y 12-12-1881, que admite la resolución por incumplimiento, con matices en los dos últimos casos citados. Una segunda que representa una cierta vuelta al criterio romanista tradicional contrario a la resolución, que está representada por la STS de 27-10-1883, y, finalmente, una tercera etapa, integrada por las STS de 24-10-1884, 7-7-1885, 4-1-1888 y 14-3-1891, que reconoce con generalidad la doctrina de la condición resolutoria tácita, si bien sólo «cuando se falte por una de las partes, de una manera persistente al cumplimiento de las obligaciones que han de cumplirse sucesivamente o a las más principales que constituyen la esencia del convenio...» (De la STS de 7-7-1885).

(9) Como indicara José M.ª MANRESA NAVARRO en sus *Comentarios al Código Civil Español*, VIII, 2.ª ed., Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1907. Comentario al artículo 1.124 C. c., pp. 149-150. Para el derecho actual véase Luis Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, Madrid, Tecnos, 1970, § 157, núms. 1.026 y ss., pp. 841 y ss.

(10) Guillermo M.ª de BROCA Y MONTAGUT (1850-1918), *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del Civil, y Exposición de las Instituciones del Derecho Civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la Jurisprudencia*, Volumen II, Barcelona, s. f., p. 352, nota 9. Antoni M.ª BORRELL I SOLER (1864-1956), *Dret Civil vigent a Catalunya*, III, 1, Barcelona, Mancomunitat de Catalunya, Oficina d'Estudis Jurídics, 1923, § 280, p. 185, nota 10.

8-9-1939 (derogando la legislación emanada del *Parlament de Catalunya* y restableciendo el derecho civil vigente antes de la entrada en vigor del Estatut republicano) regía en Cataluña el orden de prelación de fuentes establecido por el *Capítulo de Corte* de Felipe II (III) aprobado en las Cortes de Barcelona de 1599 (11). Según éste, en defecto de una disposición específica del derecho catalán autóctono, procedía aplicar el derecho común romano-canónico. No habiéndola así en esta materia, había que seguir el criterio normativo de la tradición romanista: En caso de incumplimiento de la obligación surgida de un contrato bilateral nominado, no procede la resolución (salvo pacto), sino sólo la acción solicitando la ejecución forzosa de la obligación.

Esta es la doctrina que por activa o por pasiva repetirán los autores catalanes (12) como la única correcta: Elías y Ferrater en 1864 (13), Planas y Casals en 1895 (14) o Pella y Forgas antes de 1918 (15). Pero ya en esta última época se acusa la práctica jurisprudencial contraria a la que hacíamos alusión en el apartado anterior: Brocá y Montagut, después de 1918, en su obra *póstuma* (16) y especialmente Borrell y Soler en 1923 (17).

La recepción del artículo 1.124 C. c. es fruto de una imposición jurisprudencial, pero es forzoso reconocer que llegó facilitada por factores de mucho peso; en síntesis se podría decir que el viejo sistema romano-común no podía competir con el nuevo derecho de obligaciones codificado. De hecho, la falta de un propio derecho de obligaciones y la imposibilidad de someter al viejo sistema romanista a un doble o alternativo proceso de elaboración

---

(11) *Constitutions y altres Drets de Cathalumya*, Ed. de 1704, Barcelona, Ed. Base, 1973, I, 1, 30, p. 89.

(12) Tanto con referencia al derecho castellano como al catalán. Para éste véase lo que se dice a continuación en el texto y notas que siguen. Para aquél bastará aquí con recordar el comentario de Ramón MARTÍ DE EIXALÁ (1802-1857) aP. 5.5.58 a la clásica edición barcelonesa de las Partidas: *Las siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso el IX con las variantes de más interés y con la glosa del Lic. Gregorio López*. Ediciones notas y comentarios de Ignacio Sanpous y Barba (1795-1846), Ramón Martí de Eixala y José Ferrer y subirana (1813-1843), III, Barcelona, Imprenta de Antonio Bergues y Cía., 1843, pp. 126-127, nota 320.

(13) José Antonio ELÍAS Y ALOY (1817-1881), Esteban de FERRATER DE JANER (1812-1877), *Manual de Derecho civil vigente en Cataluña*, 2.ª ed. arreglada en vista de la legislación vigente hasta el día y sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, por D. Alejandro de BACARDÍ, Barcelona, librería de José Ginesta, 1864, núm. 3.136, p. 447.

(14) «Resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento de una de las partes» (n. 8) *passim*. Publicado el Código civil, sostuvo que «en modo alguno puede invocarse» el artículo 1.124 «en Cataluña y Navarra, donde sigue siendo supletorio el Derecho romano con preferencia al Código.»

(15) JOSÉ PELLA Y FORGAS (1852-1918), *Código Civil de Cataluña*, IV, Barcelona, Librería de A. Bosch, 1918. Comentario al artículo 1.124 C. c., p. 157.

(16) *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del Civil, y Exposición de las Instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia*, Vol. II (n. 10), p. 352.

(17) *Dret Civil vigent a Catalunya* (n. 10), III, 1. N.º 280, p. 185: El artículo 1.124 C.c. no debería regir en Cataluña, pero, de hecho, la jurisprudencia lo considera vigente. El autor pasa luego a exponer la doctrina jurisprudencial elaborada sobre el precepto dando por supuesto su aplicación. Confróntese anteriormente del mismo autor su monografía, *El Còdic Civil a Catalunya*, Barcelona, Fidel Giro, Imprensa, 1904, p. 210 y p. 365.



legal o jurisprudencial autóctonos provocaban que la desaparición de las categorías tradicionales del derecho común fuera ya sólo cuestión de tiempo (18). No tenía ya sentido limitar la facultad de resolución a los contratos *innominados* excluyéndola de los *nominados* pues, en materia de contratos bilaterales, de relaciones de cambio, la discriminación romanista de régimen jurídico no manifestaba en el mundo contemporáneo ninguna diferencia apreciable de estructura del supuesto de hecho o de función económica y era, por lo tanto, absolutamente arbitraria.

Por otro lado, la alternativa entre poder solicitar la ejecución forzosa o bien la resolución del contrato sí responde efectivamente a una doble exigencia funcional particularmente postulada por las regulaciones contemporáneas del Derecho patrimonial: Quien reclama la *ejecución* forzosa o la indemnización sustitutoria quiere que las cosas lleguen a ser como si el contrato se hubiera cumplido según el programa de prestaciones previsto. Pero quien reclama la *resolución* trata de conseguir un estado de cosas equivalente al que se hubiera dado de no haberse celebrado el contrato. En la práctica la resolución es la solución oportuna para los casos en que a prueba de los daños es difícil, cuando el negocio deviene muy desventajoso (cambio de circunstancias modificación de los precios, etc.) o cuando se presume que la situación financiera del deudor que no cumple es mala (19).

Además, debe tenerse en cuenta que hoy se asocia la acción de resolu-

---

(18) La ausencia de un propio derecho de obligaciones, la comunidad de principios entre los distintos vigentes en España, el origen familiar-sucesorio de la reivindicación jurídica catalana y su fijación en los problemas derivados del nuevo estatuto de la propiedad fundiaria (cfr. mi trabajo «El Proyecto de Código Civil de 1851 y el Derecho Civil Catalán», *RJC*, LXXIX, 1980, fascículos I y II, pp. 49 a 98 y 313 a 372) facilitarán desde luego la recepción del Código civil del 89. El propio Manuel Durán y Bas (1823-1907) comenzaría su tratamiento del Derecho de obligaciones en la *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña* (Barcelona, Imprenta de la Casa de Caridad, 1883), diciendo: «El derecho de las obligaciones, si bien tiene grandes afinidades con el derecho de las cosas, caracteriza menos profundamente que éste, y especialmente que el de propiedad, el modo de ser de las sociedades humanas, y por tal motivo diversifica mucho menos las legislaciones civiles» (p. 139).

Un segundo ejemplo muy significativo lo ofrece el famoso *Memorial de Greuges* de 1885 (*Memoria en defensa dels interessos morals y materials de Catalunya*, 2.ª ed., Barcelona, Estampa de Lluís Tasso Serra 1885): En él se concibe el *Derecho civil* exclusivamente como la regulación del estatuto de la propiedad y de la familia que es lo que define jurídicamente el hecho diferencial y en relación al cual la unificación no es en absoluto deseable (pp. 146-147). Ello se opone a una concepción del *Derecho mercantil* como el regulador de «actos y obligaciones... no circunscritos... á una sola región» y en relación al cual «Es útil que en esta parte del derecho privado exista unidad» (pp. 148-149). Esta dualidad y el respeto a las exigencias del «mercado nacional», que manifiesta caracterizarán a la reivindicación jurídica catalana de forma profunda y duradera (Cfr. el trabajo del autor en el comentario al artículo 1 de la *Compilación en Manuel ALBALADEJO* (Director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales XXVII*, 1, Madrid, Edersa, 1981, pp. 70 y ss.

(19) Así lo ponen de manifiesto para un ordenamiento de tradición romanista que acabo por admitir la acción de resolución, como es el alemán Josef ESSER-EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht* I, 2. 5 Auflage, Heidelberg-Karlsruhe. C.F. Müller juristischen Verlag, 1976, § 28, III, 4, p. 83.

ción a la estructura típica de los contratos bilaterales específicamente sinlagmáticos. Pero la construcción tradicional de la que arranca la doctrina jurisprudencial de la facultad resolutoria es la de la *condición tácita* en una cultura jurídica, como era la del siglo XIX e inicios del XX, en la que se jugaba con un concepto de «voluntad hipotética» que posibilitaba pasar fácilmente de lo *tácito* a lo *presunto* (20). Ello permitió al T. S. orillar la posible objeción de que en Cataluña la facultad de resolución no derivaba de *mandato legal alguno aplicable en el Principado*, pues bastaba con fundarla en la *voluntad «tácita»* de las partes (21).

Lo anterior condicionó decisivamente la evolución del derecho catalán en esta materia: Los *Proyectos de Apéndice de Derecho catalán al Código civil* redactados después de la Memoria de Durán y Bas o bien callaron sobre la cuestión que suponiendo así la aplicación supletoria del artículo 1.124 C. c., o bien, cuando se refirieron al tema, fue para proponer explícitamente la aplicación del citado artículo del Código (22).

Tras la Guerra Civil la política compiladora siguió esta orientación. El libro IV de la Compilación catalana aprobada por Ley 40/1960, de 21 de julio carecía de una parte general sobre derecho de obligaciones (23). Su *Disposición Final Primera* señaló que «Las normas del Derecho civil especial de Cataluña escrito o consuetudinario, principal o *supletorio*, vigentes a la promulgación de esta Compilación, quedan *sustituídas* por ella» y la *Segunda* añadía que «En lo no previsto en la presente Compilación regirán los preceptos del Código civil que no se opongan a ella y las fuentes jurídicas de aplicación general».

Inmediatamente, la doctrina catalana aclaró que «En el campo del derecho de obligaciones es donde la Comisión [compiladora] procuró limitarse

---

(20) Para la doctrina de la condición tácita y su crítica véase la monografía citada de CAPITANT, *De la cause des obligations* (n. 3), núms. 151 y ss., pp. 321 y ss., y para la cuestión de la «voluntad hipotética» y la consiguiente ficción de imputar a la voluntad de las partes consecuencias jurídicas que se producen por mandato de la ley (*ex lege*) y no por disposición privada véase WERNER FLUME, *Das Rechtsgeschäft* 2. Auflage, Berlin-Heidelberg-New York, 1975, § 10.1, pp. 115-116 y § 10.2, pp. 117 y ss.

(21) Como señala Díez Picazo, la jurisprudencia más antigua situaba la acción resolutoria en la voluntad tácita o sobreentendida de las partes; este planteamiento se supera sólo por la jurisprudencia posterior a la Guerra Civil (STS. 28-1-1944, p. ej.) (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial* (n. 9), núm. 1.029, p. 846).

(22) Citas y tipología de los distintos proyectos en el comentario al artículo 1 de la Compilación publicada en ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XXVII, 1 (n. 18), pp. 44 y ss. No se refieren al tema de la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento ni regulan la cuestión de forma incompatible con la vigencia supletoria del Código en este punto los proyectos de la *Academia de Derecho* (1896); *Almeda-Trias* (s.f.) y el denominado *Proyecto de Apéndice de 1930* se refirieron a la cuestión para aceptar explícita y concretamente la regla del artículo 1.124 C.c. los proyectos de *Romani-Trias* (1902), artículo 885 y *Permanyer y Ayats* (1915), art. 1.396.

(23) Como igualmente el anterior *Proyecto de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, redactado en 1955 por la *Comisión de Juristas para el estudio y ordenación de las instituciones de Derecho Foral de Cataluña*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1956.

a las especialidades que consideró indispensables» «sacrificando en aras de la unidad todo lo que no se consideró vital» (24) dando por sentado que el artículo 1.124 C. c. era una de estas reglas que se asumían como vigentes en Cataluña (25). La doctrina más reciente ha confirmado luego este punto de vista: dentro del conjunto de reglas del Derecho catalán de obligaciones la especificidad más importante en tema de *contratos onerosos* se refiere a la *rescisión por lesión* (arts. 321 y ss. de la Compilación actualmente vigente), pero no a su resolución (26).

### 3. La Constitución y la Compilación.

El letrado de la parte recurrente no contradice los trazos esenciales de la evolución descrita, pero resalta excesivamente la teórica vigencia de los textos romanos en esta materia como derecho supletorio.

Como se acaba de ver, lo cierto es que, en la práctica, habían dejado de aplicarse —indebida, pero inevitablemente— muchas décadas antes de la aprobación de la Compilación de 1960, cuya D. F. 1.<sup>a</sup> excluyó la aplicabilidad *directa* (y no como criterio de *integración* de la normativa compilada) de los derechos canónico y romano en defecto de reglas compiladas.

Mas, en cualquier caso, la objeción fundamental del recurrente es de otro tipo: la Compilación catalana de 1960 incurre en vicio de «anticonstitucionalidad» en relación al artículo 149.1.8 de la Constitución española de 1978, pues al colocar al Código civil como primer supletorio y marginar definitivamente al Derecho romano como tal altera el sistema tradicional de fuentes del derecho catalán, sistema que los compiladores debieron respetar y no respetaron.

La alegación no es de recibo: El tema es ahora el de los criterios normativos de solución de los posibles *conflictos* que medien entre la *Constitución* de 1978 y el *derecho anterior*, en este caso, la Compilación catalana de 1960. El recurrente supone dos cosas: 1) que efectivamente hay un conflicto entre la D. F. Primera (hoy modificada parcialmente, pero con idéntica numeración) y D. F. Segunda (hoy es la Cuarta y también ha sido parcialmente modificada) de la Compilación por un lado y el artículo 149.1.8 de la Constitución por el otro y 2) que ese conflicto se resuelve declarando «anticonstitucionales» las citadas disposiciones de la Compilación que modificaron el sistema de fuentes del Derecho catalán tradicional y aplicando consiguientemente los textos romanos. Por razones sistemáticas se comenzará aquí tratando de esta última cuestión.

a) La Constitución española resuelve el problema citado acudiendo a la técnica de la *derogación* (exclusión de la vigencia) de las leyes anteriores que se opongan a lo establecido por ella (Disposición Derogatoria, aparta-

(24) Francisco de A. CONDOMINES VALLS-Ramón FAUS ESTEVE, *Derecho Civil Especial de Cataluña*, Barcelona, Librería Bosch, 1960, p. 346.

(25) Expresamente, Luis FIGA FAURA, *Manual de Derecho Civil Catalán*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1961, p. 175.

(26) Cfr. Luis PUIG FERRIOL-Encarna ROCA TRÍAS, *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*, IV, 2, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S. A., 1982, pp. 6 y ss.

do 3 Const.) y a la de la *declaración de inconstitucionalidad* (anulación o invalidación) de las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley que la vulneren (art. 161 Const.). Un problema de entrecruzamiento entre ambas técnicas surge por el hecho de que la segunda no viene referida expresamente en el texto constitucional a las leyes *posteriores* a la Constitución.

En la práctica española —reflejando en esto un problema general del constitucionalismo europeo de la segunda postguerra mundial— la cuestión se ha resuelto mediante la recepción de una figura híbrida de inconstitucionalidad y derogación que llega a España modificada y controvertidamente con la famosa Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981 (27). En el Derecho constitucional comparado se distingue entre la solución alemana federal y la italiana.

Según la solución alemana elaborada sobre la Ley Básica de Bonn de 23-5-1949, se entiende que el *Tribunal Constitucional* tiene el monopolio del juicio de *invalidación por inconstitucionalidad* de las leyes posteriores a la misma mientras que, salvo en casos muy especiales, el juicio sobre la *vigencia* o no de una ley anterior eventualmente *derogada* por la Constitución es una cuestión de averiguación del derecho aplicable dejada a los *Tribunales Ordinarios*, pero no al Constitucional.

A ella se opone la denominada solución *italiana* construida a partir de la Constitución republicana de 27-12-1947. En este país y a diferencia de lo que había sucedido en Alemania Federal, la Corte Constitucional tardó varios años en entrar en funcionamiento. En el interín los Tribunales ordinarios tendieron a autoexcluirse de su función de apreciar la derogación o supervivencia del derecho preconstitucional y acentuaron quizá excesivamente las relaciones de continuidad entre este derecho y el nuevo. Ante ello el Tribunal Constitucional italiano se arrogó para sí la competencia exclusiva para controlar la legislación preconstitucional negándose a los tribunales ordinarios (Sentencia de 14-6-1956). Para justificar esa decisión hubo de acudir a la figura de la *inconstitucionalidad sobrevenida* (la relación de conformidad entre ley y Constitución es independiente de la fecha de la Ley y por tanto el Tribunal Constitucional juzga con exclusividad de la inconstitucionalidad sobrevenida de las leyes anteriores a la Constitución).

En España, el Tribunal Constitucional ha recibido esta figura de forma aún más híbrida que en el caso italiano, pues la Sentencia citada de 8-2-1981 señala que los Tribunales Ordinarios son órganos competentes para apreciar la eventual derogación de tal o cual norma preconstitucional, aunque en

---

(27) Recurso de inconstitucionalidad núm. 186/80. Ponente: Rafael Gómez Ferrer Morant («B. O. E.» 24-2-1981). Con voto particular del Magistrado Francisco Rubio Llorente. Sentencia y voto particular han sido objeto de una amplia y polémica consideración doctrinal. Véase fundamentalmente: Manuel ARAGÓN, «La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución», *REDC* I, 1981, pp. 185 y ss. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA-Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, Civitas, 1983, pp. 120 y ss. Anteriormente y para el estudio del tema en los ordenamientos constitucionales alemán federal e italiano véase: Santiago VARELA-Miguel SATRÚSTEGUI, «Constitución nueva y leyes viejas», *Revista del Departamento de Derecho Político de la UNED*, otoño 1979, pp. 59 y ss.

caso de duda pueden someter el tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 Const.), para que éste eventualmente declare la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente derogación de la norma afectada. Así y en general, el Tribunal Constitucional puede decidir siempre sobre el tema sin perjuicio de la competencia de los jueces ordinarios para señalar cuál es el derecho aplicable. Sólo que la Sentencia de aquél deberá ser acatada por todos los poderes del Estado y la de éstos únicamente alcanzará al caso juzgado en concreto (y a su eventual valor como jurisprudencia si del Tribunal Supremo se trata).

La tesis anterior ha sido discutida (28), pero en cualquier caso es la asumida por nuestro Tribunal Constitucional en la citada sentencia y luego, en la de 8 de abril de 1981 (29). En esta última se deja bien claro que la competencia del Tribunal Constitucional en tema de inconstitucionalidad sobrevenida «no significa en modo alguno que el Tribunal pretenda asumir el monopolio para decidir la derogación del derecho positivo anterior por la fuerza normativa de la Constitución en cuanto norma. Esta es una cuestión que obviamente pueden resolver por sí solos los jueces ordinarios. Mas es claro también que pueden someterla a este Tribunal por la vía de los artículos 35 y siguientes de la Ley Orgánica del mismo», es decir, por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 163 Const.

b) Así las cosas, el recurso hace abstracción de cualquiera de las dos alternativas posibles —por otro lado no planteada ante el Tribunal de Instancia—, limitándose a aludir vagamente a la «anticonstitucionalidad» de la Compilación catalana (¿de qué precepto?—. Por deducción se trataría de las D.D.F.F. 1.ª y 2.ª y, tal vez, del artículo 1.º, pero eso no lo dice el primer Motivo del Recurso) (30). Por su parte, el Tribunal Supremo rehuye entrar en el tema limitándose a tratar de si el texto legal de la Compilación ha quedado o no «inoperante» por ser contrario a lo dispuesto en el artículo 149.1.8 C.E. Mas es obvio que se dicute un tema de *derogación* único sobre el que podría el Tribunal Supremo pronunciarse.

Mas derogación no puede haberla, pues no hay conflicto alguno entre lo que es una normativa civil de carácter material —la Compilación Catalana de 1960— y una norma constitucional —el art. 149.1.8 Const.— que lo único que hace es prever la posible asunción de competencias legislativas civiles

(28) Tanto por quienes piensan que debe distinguirse entre cuestiones de *vigencia* (derogación de normas) y *validez* (anulación o invalidación de una norma inválida por inconstitucional que sólo puede darse en relación a leyes postconstitucionales que es la opinión de RUBIO LLORENTE en el citado voto particular y la de ARAGÓN en «La Sentencia del Tribunal Constitucional...» (n. 27), pp. 195 y ss., como por quienes, casi a la inversa, indican que los Tribunales Ordinarios no deberían juzgar de la incidencia de la Constitución sobre el derecho anterior a la misma, caso de GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I (n. 27), pp. 124-125.

(29) Recurso de inconstitucionalidad núm. 192/80. Ponente: Luis Díez Pícazo («B. O. E.» 25-4-1981).

(30) Que incluso incluye afirmaciones que parecen llegar a predicar una supuesta inconstitucionalidad de la Sentencia —«de la resolución»— que ignorase su tesis.

por parte de ciertas Comunidades Autónomas y en sus respectivos Estatutos de Autonomía (cfr. art. 9.2. del Estatuto catalán de 1979).

Y aunque, a efectos puramente dialécticos, se supusiera que había habido la alegada derogación, ello no hubiera conllevado la reentrada en vigor del derecho supletorio que la Compilación de 1960 había, según señalaba su D.F. 1.<sup>a</sup>, sustituido: «Por la simple derogación de una ley», dice el artículo 2.2. *in fine* del C.c. «no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado».

El Tribunal Supremo se acoge a otra vía argumentativa. El 2.º Cdo. de la sentencia dice que del contenido del artículo 149.1.8 Const. se deduce que la regla general es la competencia estatal para legislar en materia civil con expresa y concreta reserva en materia de bases de las obligaciones contractuales. Luego, añáde, el hecho de que el propio Parlamento de Cataluña haya aprobado la Ley 13/1984, de 20 de marzo y haya dado un mandato de delegación legislativa cumplido con la publicación del Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio es algo que avala la tesis de la vigencia de texto compilado en 1960, pues el Texto Refundido se articula sobre la base de la Compilación de 1960 modificada por la citada ley de 1984.

Tampoco parece que ambos argumentos sean los más correctos: La cita del artículo 149.1.8. Const. es irrelevante aquí por la misma razón que lo era en el recurso mientras que el hecho de que se haya aprobado una ley modificativa de la Compilación de 1960 cuyo contenido se refunde luego con la misma, no dice tanto lo que la Constitución ha derogado o dejado de derogar como la opinión del Legislativo catalán sobre la vigencia del texto compilado. Claro que el hecho de la pervivencia de éste es tan claro que se entiende que el Supremo se haya referido al presupuesto de las reformas de la Compilación de 1984, que es precisamente la vigencia del texto de 1960.

Pero todo ello se dice partiendo de una equívoca afirmación sobre la relación *competencias estatales-competencias autonómicas* sobre legislación civil como si ésta fuera la que media entre la *regla* y la *excepción*. Más cuál sea esa relación es algo que viene definido por el catálogo de reservas materiales del artículo 149.1.8 que, al margen de la polémica doctrinal a que ha dado lugar (31), no incluye para nada una referencia a la idea de regla y excepción. No es éste, en particular, el sentido de la cláusula «sin perjuicio» que aparece al inicio del precepto (y que quiere decir «dejando a salvo» o «con exclusión de», pero no «con excepción de») ni lo es tampoco la alusión posterior a las «bases» relativas a las obligaciones contractuales, pues la relación bases-desarrollo no es ni mucho menos la que media entre regla y excepción (sino la doble de señalar principios y marcar límites a la legislación autonómica). La concepción de los derechos civiles territoriales como derechos excepcionales es un anacronismo (32).

---

(31) Sobre el tema he tratado con detalle en «El Derecho civil de Cataluña. Comentario al nuevo artículo 1.º de la Compilación Catalana», *RJC*. LXXXIII, 1984, pp. 793 y ss., pp. 806 y ss.

(32) De hecho, había sido propugnada antes del Código civil de 1889 por el Proyecto de Ley de Bases al mismo de Alonso Martínez presentado a las Cortes el 22-10-1881. Su rechazo llevó al Proyecto de Ley de Bases de 7-1-1885, de Francisco Silvela, base de la Ley definitivamente aprobada el 11-5-1888, que abandonaba aquella concepción (cfr. la Base 5.<sup>a</sup> y, luego, el artículo 12 (hoy 13) del C. c.).

#### 4. El Derecho histórico y la Disposición Final Primera de la Compilación catalana.

La Sentencia comentada reitera un planteamiento que, como ya se ha señalado, explicitó la de 22-6-1963, relativo al Derecho histórico y al C. c. como supletorios de la Compilación catalana. De ambos temas tratan ahora las DD.FF. 1.ª y 4.ª de la Compilación reformada y parece oportuno aclarar aquí su sentido normativo.

La D. F. 1.ª Comp. dice:

«Sens perjudici de la competència exclusiva de la Generalitat sobre el Dret Civil Català en relació amb la seva conservació, la modificació i el desenvolupament, les normes del Dret Civil de Catalunya, escrit o consuetudinari, principal o supletori, vigents en promulgar-se la Llei estatal 40-/1960, de 21 de juliol, resten substituïdes per les que hi son contingudes, sens perjudici de les modificacions introduïdes per la Llei catalana 13/1984, de 20 de març.»

Esta regla, gramaticalmente un auténtico tormento, es el resultado de añadir a un núcleo textual formado por la oración principal relativa a la *sustitución* del viejo derecho por el nuevo dos cláusulas. La primera salva la competencia de la Generalidad sobre el derecho civil y es la que da inicio a la Disposición con la expresión «Sens perjudici». La segunda se sitúa al final de la misma comenzando con idénticos términos y salva las modificaciones introducidas por la Ley autonómica 13/1984, de 20 de marzo (33).

a) La primera salvedad resulta enigmática: el fenómeno jurídico de la sustitución del Derecho histórico por el compilado ya había tenido lugar en 1960 al promulgarse y publicarse la Compilación originaria. Entonces la modificación en 1984 de algunos artículos de aquella y la *derogación* de otros no supone para nada un cambio en aquel *status* de sustituido que ya tenía el Derecho histórico. A primera vista pues, sorprende que ahora se diga que un fenómeno acaecido en 1960 se produjo sin perjuicio de unas competencias legislativas que entonces no existían. Para evitar esta interpretación se añadió *in extremis* la segunda salvedad.

b) La segunda salvedad trata de aclarar que la sustitución acaecida en 1960 no debe entenderse con perjuicio de las modificaciones a que ha sido sometida en 1984 la propia Compilación de 1960. Con ello se evita la confusión de contenido apuntada, aunque sólo se ha conseguido a costa de la sin-

---

(33) Originariamente, la Compilación de 1960 sólo incluía la oración central relativa a la sustitución. Luego la Ley 13/1984, de 20 de marzo, añadió la salvedad inicial y finalmente el Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio hizo lo propio con la segunda. He descrito esta evolución en el comentario a esta D. F. 1.ª que se hace en la obra colectiva sobre comentarios a la reforma de 1984 de la Compilación en curso de publicación en el momento de escribir estas líneas.

tasis y del estilo: Ahora el martirizado texto de la D. F. 1.<sup>a</sup> viene a querer decir que el fenómeno de la *sustitución* acaecido en 1960 no debe entenderse ni en perjuicio de las competencias civiles de la Generalidad ni en el de las modificaciones a que ha sido sometida en 1984 la propia Compilación.

Parece que a donde quieren apuntar los redactores de la norma es a la *tesis foralista* que, en sede de comentario el artículo 149.1.8. Const., propugna un criterio de atribución de competencias civiles a la Generalidad en función exclusivamente de la Compilación de 1960 y de sus contenidos normativos. Frente a ello parece tenerse en cuenta la *tesis historicista* que, yendo más allá de la Compilación originaria, tiene en cuenta el Derecho histórico por el que aquella estaba y las modificaciones posteriores de la propia Compilación: El Derecho histórico, continuado por la Compilación y las sucesivas reformas de ésta. La norma, en todo caso, sigue sin ser clara y, posiblemente, ha quedado estrecha y mal relacionada con el Título Preliminar de la Compilación reformada. En cambio, su núcleo textual originario —la referencia al fenómeno de la sustitución sin las dos nuevas salvedades— conserva su sentido y función. Veámoslo.

c) El núcleo central de la regla habla de «sustitución» y no de «derogación». De hecho, la Compilación catalana ni en 1960 ni en 1984 ha hablado *jamás* de derogación del Derecho histórico. Esto es importante y constituye una de las particularidades institucionales de la cultura jurídica catalana que indudablemente está en la base del recurso de casación que da lugar a la Sentencia comentada.

El porqué no se hablaba ni se habla de derogación es conocido: el respeto a la doctrina de la *iuris continuatio*.

La idea de la Compilación del Derecho catalán como *continuatio iuris historici* procede de Manuel Durán y Bas (1823-1907) y debe ser analizada aquí en relación a lo dispuesto actualmente por la Disposición Final Primera donde se encuentra lo que en la Compilación vigente es una de sus traducciones más claras: la noción de *sustitución* como distinta, por más que análoga a ella en muchos aspectos, a la de *derogación*.

Derecho sustituido no es derecho derogado sin más, sino derecho continuado por la normativa compilada y presupuesto por ella. La Compilación no rompe con el Derecho histórico derogándolo pura y simplemente, sino que lo *sustituye*, es decir, lo *representa*, *está por él* en una peculiar coyuntura histórica.

Lo anterior no quiere decir que el Derecho histórico permanezca *vigente* y que sea *aplicable directamente* como si su compilación no hubiera tenido lugar ni tampoco que mantenga algún difuso *status* intermedio entre la *vigencia* y la *derogación*. No se trata de esto: El Derecho histórico es tenido en cuenta como *criterio de integración* del Derecho compilado en tanto en cuanto éste lo presuponga. Es fuente de integración de la normativa compilada por la propia naturaleza de las cosas (una compilación no es un código, sino que supone el derecho que reúne y se apoya en él). *No es un derecho vigente* ni puede, por tanto, ser alegado en casación sino que ha de serlo como *elemento interpretador* o en su caso *integrador* de las concretas normas de la Compilación que lo hayan sustituido y que actualmente estén por él. *Pero*



*tampoco es pura historia*, cuyo valor haya de juzgarse en el marco del mero «elemento histórico» de la interpretación a que alude el artículo 3.1. del Código civil.

Hemos dicho que la noción de sustitución es distinta (aunque análoga) a la de derogación y ahora hay que añadir que no la excluye, no es incompatible con ella. Desde el punto de vista de la ideología compiladora es natural que la Compilación no incluya una cláusula derogatoria expresa y sí en cambio una de sustitución así como un conjunto de disposiciones que precisamente presuponen el fenómeno derogatorio como realizado (cfr. las 7 Disposiciones Transitorias). Ello puede parecer sorprendente por contradictorio, pero en el fondo lo que hay es lo siguiente: No se considera misión de una compilación de derecho el derogar nada sino sólo el fijar sistematizar y representar con mayor claridad que antes el derecho preexistente. El ideal arcaizante de la *iuris continuatio* rehuye hablar de derogación y trata de reforzar la vía abierta por el artículo 1 Comp. del recurso al Derecho histórico para interpretar e integrar la Compilación con lo que se considera su presupuesto material.

Ahora bien, la derogación es un fenómeno normativamente objetivo que aunque no esté declarada expresamente se produce *ex* artículo 2.2. del Código civil («La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior»), por la simple incompatibilidad de disposiciones sucesivas sobre el mismo objeto. De hecho, la Compilación no ha estado al margen de este fenómeno ni en 1960 ni después, como lo demuestra el propio contenido de la Llei 13/1984, de 20 de març, que *modifica* y *suprime* —deroga a fin de cuentas— numerosos preceptos de la Ley 40/1960, de 21 de julio, y es indudable que el derecho modificado ha sido parcialmente derogado, mientras que el suprimido lo ha sido totalmente. Pero más allá de la relación de incompatibilidad entre disposiciones que lleva a la llamada derogación *tácita* no existe en la Compilación una cláusula derogatoria *genérica* y *expresa*, sino una cláusula sustitutoria con el sentido dicho: permite el recurso al Derecho histórico para la interpretación y, sobre todo, para la integración de la normativa compilada. Se excluye la aplicabilidad directa de las normas del Derecho histórico, pero no su papel de fuente natural de integración de su compilación.

Queda el tema de las dos salvedades de la D.F. 1.<sup>a</sup> relativa una a las competencias de la Generalidad en materia civil y la otra a la propia reforma de la Compilación llevada a cabo por la Llei 13/1984, de 20 de març.

— La primera salvedad trata de aclarar que la reforma no debe suponer en ningún caso un cambio a la baja de las competencias de la Generalitat en relación con el artículo 149.1.8 Const. El legislador constituyente partió, entre otras cosas, de la legislación históricamente vigente en el momento de aprobarse la Constitución, es decir, de unos conjuntos normativos concretados fundamentalmente en las distintas Compilaciones. El reformador de la catalana de 1984 tiene en cuenta ese dato para tratar de señalar que el punto de partida histórico no quiere decir que si ahora se suprime una institución del derecho compilado —piénsese en los casos de la *presunción muciana*, de

*la Authentica Si qua mulier* o de la *Lex Hac Edictali* p. ej.—, no pueda luego recuperarse o se pierda en cualquier caso competencia sobre la materia afectada. El artículo 149.1.8. Const. es entendido por los reformadores de 1984 en clave *historicista* mas no en clave *foralista* de forma tal que no fuera posible derogar primero parte del texto compilado para recuperarlo después de otro modo. En realidad la competencia de *modificación* presupone aquella posibilidad: Si es factible modificar directamente un texto legal cambiando su antigua redacción por otra distinta, debe serlo también en principio limitarse a derogarlo dejando para una oportunidad ulterior —en la que quizá se disponga de mejor conocimiento de causa o de la posibilidad material de aplicarlo— la promulgación de una normativa alternativa. De hecho sería a todas luces excesivo considerar que la Constitución impone una *continuidad* de materia regulada de forma tan rígida que no permita solución alguna de la misma. Otra cosa supondría una insólita interpretación de los artículos 149.1.8 Const. y 9.2. Est. en clave de un extraño *principio de actos propios legislativos* según el cual las decisiones legislativas de las Comunidades Autónomas consistentes en suprimir una institución serían irreversible. La norma de la D.F. 1.ª —en sí innecesaria— recalca lo absurdo de semejante interpretación.

— La segunda salvedad da tardíamente razón de la propia reforma de 1984, es decir, de las supresiones y modificaciones que ésta ha operado en la Compilación de 1960. Aunque sea de forma indirecta, la salvedad en cuestión es la única alusión clara el fenómeno de la derogación que incluye la Compilación. Desde luego, la normativa de 1960 afectada por la reforma ha dejado de ser derecho vigente; son reglas derogadas y por tanto, excluidas del ordenamiento catalán vigente Otra cosa es su utilizabilidad como elemento de interpretación o eventualmente, de integración de la nueva normativa. Ello se rige, como ya sabemos, por los criterios del artículo 1.º Comp., que a su vez remiten a los de la propia regulación que ahora ha sucedido a la derogada por la reforma. En función de que las nuevas reglas se hayan limitado a matizar o desarrollar la regulación históricamente anterior o que por el contrario, la hayan repudiado estableciendo principios distintos o contrapuestos, habrá que decidir sobre su función como tradición jurídica.

##### 5. *El Código civil y la Disposición Final Cuarta de la Compilación catalana.*

La actual D.F. 4.ª desarrolla la antigua D.F. 2.ª de la Compilación de 1960, introduciendo en ella tanto algunas aclaraciones que ya estaban en la doctrina elaborada sobre el viejo texto como otras referencias que lo adecúan a la nueva realidad normativa, en especial, al nuevo artículo 1.º Comp. El texto dice ahora:

«Conformement al que disposa l'article 1 d'aquesta Compilació, sens perjudici de les normes de directa aplicació general, en el que no preveuen les disposicions del Dret Civil de Catalunya regeixen supletòriament els preceptes del Codi Civil i de les altres lleis estatals de caràcter civil, en la mesura que no s'oposin a aque-

lles disposicions o als principis generals que informen l'ordenament jurídic català.»

La nueva regla de la D.F. 4.<sup>a</sup> explicita o desarrolla su precedente en cuatro sentidos:

a) *Se introduce en el texto de la regla la referencia a los principios generales del ordenamiento jurídico catalán* que hasta ahora era una interpretación doctrinal de la misma.

La referencia es paralela a la que se lleva a cabo en el artículo 1.2. Comp., pero es oportuno destacar la distinta naturaleza y función que la alusión a los principios tiene en la D.F. 4.<sup>a</sup>: En el artículo 1.<sup>o</sup> se invocan los principios como criterio de control de la utilizabilidad de la tradición jurídica propia a la hora de interpretar e integrar la Compilación y las otras normas. En la D.F. 4.<sup>a</sup>, en cambio, la llamada a los principios generales se hace más directamente en sede de fuentes del derecho. El derecho supletorio nunca se aplica *contra principia* —función de éstos que aclara la D.F. 4.<sup>a</sup>— y cuando se aplica, lo hace *secundum principia* —función a la que se refiere el propio artículo 1.2. Comp. en su inciso final—.

b) Por ello la nueva D.F. 4.<sup>a</sup> comienza *relacionándose con el artículo 1 Comp.* y explicitando la naturaleza de *conformidad* de esa relación. La supletoriedad es el correlato de la relación de preferencia de que habla el artículo 1.1 y sólo entra en juego tras haber interpretado e integrado debidamente las disposiciones de la Compilación según dice el artículo 1.2.

No cabe así un entendimiento de la cláusula de supletoriedad que menoscabe la preferente aplicación de las normas compiladas: la supletoriedad de una norma o de un conjunto de normas supone su vigencia eventual, de modo subsidiario, condicionado y sin carácter de derecho común.

*Vigencia sólo eventual* porque si por una parte el Derecho catalán no degra al Derecho estatal tampoco éste rige necesariamente por su condición de supletorio: Sólo es supletorio si efectivamente puede serlo por no contravenir a normas y principios del Derecho catalán. Hay normas del Código civil que no han regido nunca en Cataluña ni como derecho directamente aplicable ni como derecho supletorio. Evidentemente la D.F. 4.<sup>a</sup> Comp. no modifica esta situación.

Vigencia, en su caso, *subsidiaria*, pues como ya se ha señalado en a) el Derecho compilado es preferente y está en una relación de superioridad en relación al supletorio no, naturalmente, en cuanto al rango jerárquico, sino a efectos de interpretación e integración.

Por eso se dice que la supletoriedad del Código y de las leyes generales es *condicionada*: entre la normativa preferente y la supletoria no se interpone siempre otra normativa intermedia sino que lo que sucede siempre es que la aplicación del derecho supletorio se condiciona doblemente al defecto del derecho suplido una vez interpretado e integrado con su propia tradición jurídica y a la existencia en el supletorio de una normativa conforme a los principios generales que informan al propio.

Y, por último, el derecho supletorio no es derecho común en el sentido tradicional de esta expresión (*statuta ius commune*). La cláusula de supleto-

riedad del Derecho estatal de los artículos 149.3 Const. y 26.2 Est. impide en su caso dejuridificar una relación, excluir la aplicabilidad del Derecho estatal sin dictar una normativa propia y *ad hoc*, pero no convierte a aquel Derecho en común. En especial, no limita, como acabamos de ver, los criterios de interpretación e integración del Derecho propio y de aplicación precedente.

c) Se matiza lo anterior señalándose que junto al derecho supletorio hay una *normativa directamente aplicable*: «sens perjudici de les normes de directa aplicació general» explicita ahora la D.F. 4.ª. El inciso se refiere a aquella parte del Derecho civil estatal que versa sobre materias ajenas a la competencia de la Generalidad de Catalunya (Cfr. art. 149.1.8 Const.) y que se aplica directamente en Cataluña al margen de toda cláusula de supletoriedad. De nuevo hay que decir que no todo el Derecho civil estatal es derecho supletorio, pues una parte del mismo se aplica directamente según señalaron primero los artículos 12 del C. c. de 1889 y 13 del mismo texto legal reformado en 1974 (Decreto 1836/1974, de 31 de mayo) y establece ahora el artículo 149.1.8. Const. en relación con el 9.2 Est. La aclaración era tal vez redundante, pues podía derivarse de la llamada que hace la D.F. 4.ª al artículo 1 Comp. el cual comienza a su vez con una referencia a la Constitución y al Estatuto. Con todo, tiene la utilidad de poner de manifiesto en una misma disposición los tres tipos de normas que, dado el caso, pueden configurar simultáneamente una relación civil, el Derecho civil catalán por un lado y, por el otro el Derecho estatal directamente aplicable y el que lo sea de modo supletorio.

Aplicación *directa* quiere decir aquí aplicación *necesaria* y no sólo en *primer lugar*. En cambio, la supletoriedad opera a falta de derecho propio *en todo o en parte* y por ello puede tener lugar también en primer lugar sin que la normativa en cuestión pierda su carácter supletorio, es decir, subordinado a lo que dispone la D.F. 4.ª. Esta rige para todas aquellas materias civiles sobre las que se proyecta la competencia legislativa de la Generalidad, aunque en el caso concreto ésta todavía no se haya actuado. La D.F. condiciona la aplicabilidad del derecho supletorio a su no oposición a «aquelles disposicions o als principis generals que informen l'ordenament jurídic català». La alternativa supone que en ausencia de aquéllas, pero en presencia y oposición de éstos el derecho supletorio tampoco se aplica. El condicionamiento indicado no vale, por el contrario para la normativa de aplicación directa.

d) La D.F. 4.ª sigue, como su precedente, refiriéndose al *Código civil*, pero en vez de hablar de las «fuentes jurídicas de aplicación general» especifica que se trata de «*les altres lleis estatals de caràter civil*». El ámbito del derecho supletorio se identifica por razón de la *materia* y es de destacar que no se circunscribe al Código civil, sino que se extiende a las restantes leyes civiles. No se trata pues, de que el Código entre como supletorio en virtud de un pretendido carácter común (antiguo art. 16 C.c. 1889, actual art. 4.3) sino que se aplica un simple criterio de supletoriedad material. Por ello mismo se ha hecho desaparecer de la D.F. el viejo giro lingüístico que hacía alusión al carácter «general» de las fuentes jurídicas de aplicación supletoria

(antigua D.F. 2.<sup>a</sup> Comp.) que se oponía al carácter «especial» de la Compilación. La dualidad tenía sentido desde el punto de vista del ámbito territorial de vigencia de los respectivos ordenamientos, pero no desde el de su naturaleza. Mas, para acabar con todo equívoco, los reformadores de 1984 han preferido hablar de *lleis estatals de caràcter civil*.

Esta referencia al carácter *estatal* de la legislación supletoria impide que por aplicación de la D.F. 4.<sup>a</sup> pueda entrar en esa función otro derecho autonómico. Cuestión distinta es que una institución de un determinado derecho autonómico no puede interpretarse con la ayuda de una normativa similar de otro ordenamiento también autonómico. La interpretación conjunta de instituciones típicas de los derechos territoriales es algo anterior a la reforma de la Compilación de 1984 y practicado con respecto a los distintos derechos compilados. Estos presentan normalmente más relaciones de semejanza entre ellos mismos que con el Código civil y por eso el recurso a otro Derecho foral o territorial es de uso común en la interpretación del propio (34). Esta es una posibilidad que continúa abierta sin que haya quedado cerrada por la regla de la D.F. 4.<sup>a</sup>.

---

(34) Véase Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, *Fuentes del Derecho Civil catalán en particular la Compilación y la legislación común*. En: *Llibre del II Congrés Jurídic Català*, Barcelona, Fundació II Congrés Jurídic Català, 1972, pp. 171 y ss., y allí más citas. También: José Luis LACRUZ BERDEJO-Jesús DELGADO *grés Jurídic Català*, Barcelona, Fundació II Congrés Jurídic Català, 1972, y ss., p. 192.

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 Feb. 1985.—Ponente: Sr. Sánchez Jáuregui.

En los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, promovidos ante el JPI Villanueva y Geltrú por D.<sup>a</sup> Herminia contra D. Antonio, sobre resolución de contrato de compraventa; y seguidos en apelación ante la Sala 1.<sup>a</sup> de lo Civil de la AT Barcelona, que ante Nos penden en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada.

*Resultando:* Que el Procurador D. José María Foradada Coll en representación de D.<sup>a</sup> Herminia, formuló ante el JPI Villanueva y Geltrú, demanda de mayor cuantía contra D. Antonio, sobre resolución de contrato de compraventa, estableciendo los siguientes hechos: *Primero:* D.<sup>a</sup> Herminia es propietaria de la casa núm. 1 de Sitges por compra a D.<sup>a</sup> María Teresa, según escritura pública, en 26 octubre 1957. *Segundo:* Fue solicitada certificación del Registro sobre la finca, resultando los dichos datos. *Tercero:* En 11 abril 1975, D. Antonio pactó con su principal la adquisición de inmueble de referencia, por el precio de 2.700.000 pesetas, entregando a cuenta la cifra de 200.000 pesetas, y debiendo abonar el resto del precio en el plazo de 60 días como máximo. *Cuarto:* En el acto de la firma del contrato de compraventa se hizo entrega a D. Antonio de las llaves del inmueble y para efectuar la limpieza del local y para poder enseñarlo al Aparejador de la Entidad en que debía solicitarse el préstamo hipotecario convenido, a los efectos de su valoración, resultando concretada con la obligación de devolver dichas llaves. *Quinto:* en 12 mayo 1975 se instó por su mandante, requerimiento notarial, advirando el Notario que el citado inmueble se encontraba ocupado por una empleada que habitaba el piso alto de la finca como «cocinera al servicio de D. Antonio», así como la realización de obras del local. *Sexto:* Nuevamente se remitió por conducto notarial, en julio 1976, carta de la actora dando por resuelto el contrato de venta y solicitando el inmediato desocupo de la finca. *Séptimo:* Han sido inútiles cuantas tentativas de arreglar el asunto se han realizado. Recientemente se le citó a conciliación sin efecto.

Alegados los fundamentos de derecho termina suplicando que se dictase sentencia por la que se declarase resuelto el contrato de compraventa suscrito por su mandante con D. Antonio en 11 abril 1975, ordenando el desocupo de la finca de autos y la entrega de la posición a su principal D.<sup>a</sup> Herminia, e imponiendo las costas del juicio al demandado, fijando como cuantía de este procedimiento la de 2.700.000 pesetas.

*Resultando:* Que admitida la demanda y emplazado el demandado D. Antonio, compareció en los autos en su representación el Procurador D. Juan Ortíols Carbonell que contestó a la demanda, oponiendo a la misma: *Primero:* Nada que objetar al correlativo. *Segundo:* Conforme. *Tercero:* Ciertó que su principal suscribió el documento del correlativo, pero las obligaciones se modificaron mediante nuevo contrato. *Cuarto:* Que la obligación de pago fue modificada, resultando la siguiente: en cuanto a 200.000 pesetas, se reconocen ya recibidas; en cuanto a 300.000 pesetas; se satisficieron mediante talón; en cuanto que le sean concedida la hipoteca y en cuanto a 1.000.000 de pesetas en el momento que le sea concedida la hipoteca y a 1.200.000 pesetas, 100.000 pesetas antes del día 15 junio y el resto en varias letras de distintos vencimientos y en total 1.100.000 pesetas. *Quinto:* Por ello el demandado ha satisfecho las siguientes cantidades: 200.000 pesetas en el momento de la entrega; 300.000 pesetas en la novación de la obligación mediante talón; pesetas 1.100.000 mediante las indicadas letras. *Sexto:* Es de ver que cae el pretendido incumplimiento de pago. Su principal ha pagado 1.600.000 pesetas, quedando únicamente por satisfacer 1.100.000 pesetas, que hará efectivas en el momento del otorgamiento de escritura pública. *Séptimo:* Su mandante no ha satisfecho las letras porque no fueron presentadas al cobro, pero cuando lo sean deberán ser satisfechas. *Octavo:* Por todo ello es de ver de quien ha incumplido la compraventa ha sido la actora. *Noveno:* De todo lo supuesto se desprende temeridad y manifiesta

mala fe de la actora, Alegados los fundamentos de derecho termina suplicando sentencia en la que se desestime la demanda y absuelva a su mandante condenando a la actora en costas.

**Resultando:** Que las partes evacuaron los traslados que para réplica y dúplica les fueron conferidos, insistiendo en los hechos, fundamentos de derecho y súplica de sus escritos de demanda y contestación.

**Resultando:** Que recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente y figura en las respectivas piezas.

**Resultando:** Que unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes por su orden para conclusiones, trámite que evacuaron en respectivos escritos, en los que solicitaron se dictase sentencia de acuerdo con lo que tenían interesado en los autos.

**Resultando:** Que el JPI Villanueva y Geltrú dictó S 2 junio 1979, cuyo fallo es como sigue: Que estimando la demanda de D.<sup>a</sup> Herminia debo declarar y declaro resuelto el contrato de compraventa suscrito por la demandante y el demandado, D. Antonio Peláez, de 11 abril 1975 condenando al demandado a desocupar la finca de autos y la entrega de la posesión a la misma actora. Asimismo, estimando en parte la reconvencción, debo declarar y declaro obligada a la actora a devolver al demandado las 500.000 pesetas recibidas del demandado. Todo ello sin perjuicio del derecho que asista a cada una de las partes a reclamar de la otra los daños y perjuicios a que tal resolución diere lugar.

**Resultando:** que interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de 1.<sup>a</sup> Instancia por la representación del demandado y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sala 1.<sup>a</sup> de lo Civil de la AT Barcelona, dictó S 14 septiembre 1982 con la siguiente parte positiva: Que desestimado el recurso de apelación formulado por D. Antonio contra la S 2 junio 1979 dictada por el JPI Villanueva y la Geltrú, en los autos de que dimana el presente rollo, promovidos contra dicho recurrente por D.<sup>a</sup> Herminia, debemos confirmar

y confirmamos íntegramente la sentencia impugnada; sin pronunciamiento de condena de las costas causadas en el presente curso.

**Resultando:** Que previo depósito de 9.000 pesetas el Procurador, D. Federico Olivares de Santiago, en representación de D. Antonio ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley contra la sentencia pronunciada por por la Sala 1.<sup>a</sup> de lo Civil de la AT Barcelona, con apoyo en los siguientes motivos: *Primero:* Al amparo del artículo 1.692.1 LEC inaplicación del Código de Justiniano vigente en Cataluña, Constituciones de Cataluña, compiladas y otros derechos, y el artículo 149.8 CE y doctrina legal que se alega y artículos 3 y 13 CC. La actora solicita la resolución de un contrato bilateral, sinalagmático, de compraventa, fundamentando su acción en el artículo 1.124 CC, que permite pedir su cumplimiento o su resolución. A esta manifestación debe oponerse que el contrato se ha otorgado en Cataluña, donde rige su derecho civil especial por lo que no cabe la resolución que prevé el artículo 1.124 CC y asimismo por cuanto el artículo 149.8 CE reconoce que las CQ.AA. poseen su legislación propia y no aplicarla podría motivar la inconstitucionalidad de la resolución que la ignorase. Por este régimen especial es vigente en Cataluña el Derecho Romano, que ninguna de las dos sentencias ha tenido en cuenta, pero que debe prevalecer en el caso de autos, apoyándose en los siguientes preceptos: Libro IV del Código de Justiniano, Tít. X. —*de obligationibus et accionibus*— norma 5.<sup>a</sup> —los emperadores Diocleciano y Maximiano a Camerino y a Marciano— si bien existe la facultad libre de contratar o de no contratar, no sucede lo mismo con la facultad de renunciar a una obligación constituida si la otra parte no lo consiente. Las disposiciones legales romanas alegadas vigente en Cataluña, son justas y equitativas, puntales que son del derecho, sentado su imperio en los dos altos principios, de justicia y equidad, que hoy tienen también su proyección y amparo en el CC español, en base a la modificación establecida en 1973 en su título preliminar en el artículo 3.2 que declara que la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas. Si las disposiciones alegadas del Código

de Justiniano son precisas y terminantes respecto a la prohibición que el otorgante de un contrato es el de la compraventa pueda resolverlo y en cambio debe obligar a cumplirlo al otro otorgante, siempre que él haya cumplido su obligación, su fundamento se halla en una aplicación perfecta de la justicia y de la equidad, principios inmutables del Derecho, que la instituta, en su párr. 1.º define justicia es la constante y firme voluntad de dar a cada uno su derecho». Por otra parte se ha de hacer mención de la anticonstitucionalidad de la Compilación catalana de 1960 en aplicación del artículo 149.8 CE de 27 diciembre 1978, al alterar la estructura del derecho catalán y dar al CC preferencia en los supuestos de supletoriedad, por vulnerar su misma esencia, su estructura, que está compuesta por todas sus fuentes originales que forman un conjunto inalterable, que no podían transformar los compiladores —quienes por tanto no podían modificar—, sino tan sólo limitar a reunir las, conjuntarlas, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 13 CC y el artículo 26.1 EA Cataluña del 18 diciembre 1979. Las alegaciones expuestas ponen de manifiesto que al ignorar los preceptos legales vigentes en cataluña, los Juzgadores, tanto el de Instancia como el de la Sala de la Audiencia, han incurrido en violación de las leyes aplicables al caso de autos, con menoscabo de la justicia y de la equidad que ha de presidir todo fallo judicial. *Segundo:* Amparo del artículo de Justiniano, el Digesto artículos 1.281 1.692.7 LEC por inaplicación del Código y 1.282 CC y la doctrina legal que se especifica sobre interpretación de las cláusulas de un contrato. Declara el Código de Justiniano, en el Libro VIII, tít. 42 que: mandamos que si uno hubiera agregado otra persona, o cambiado la obligada, disminuida la cantidad o añadido o quitado una condición o plazo, no se innove nada absolutamente de la primera caución, sino que subsistan las anteriores obligaciones, y a ellas se agreguen por vía de incremento las posteriores». El contrato de compraventa de autos de 11 abril 1975, no es un contrato de promesa de venta como interpretó el Juez de Instancia, sino de compraventa. A este contrato se le añadió otro de fecha 10 junio 1975, cuya validez fue discutida por la vendedora, pero aceptado en conclusiones. Este

modifica en algún aspecto al primero, únicamente en la forma de pago. Entiende esta representación que la interpretación del contrato supuestamente novatorio es errónea, puesto que no afecta a las condiciones esenciales del mismo. El contrato de 11 abril 1975 no fue extinguido y que tan sólo ha sufrido unas modificaciones que no alteran su esencia, por lo que no ha habido novación alguna, y subsiste el primitivo contrato, como así dispone la Instituta, Libro III, tít. 29, norma 3 final. Se mantienen todos los elementos esenciales del primitivo contrato y aunque el Tribunal de Apelación declara que el cobro de la cantidad entregada en el acto lo fue en cumplimiento del plazo pactado en el contrato del mes de abril, tal apreciación es errónea puesto que el pago total debía de efectuarse antes de la fecha fijada del 15 junio y al aceptar la vendedora una entrega a cuenta y no la totalidad tal como se había pactado, es evidente que se ha realizado y aceptado por las dos partes la modificación de las condiciones de pago y ello no es un elemento esencial. *Tercero:* Al amparo del artículo 1.692.7 LEC por error de derecho en la apreciación de la prueba con violación de los artículos 1.225, 1.228 y 1.710 CC y la doctrina legal que se indica. El documento privado de 11 abril 1975 suscrito y aceptado por ambos contratantes es, en consecuencia auténtico, por el artículo 1.225 CC y la doctrina legal que se aduce entre otras, las SS 26 febrero 1962, 20 diciembre 1975, 14 enero 1928, 3 junio 1932, 11 febrero 1932, 16 marzo 1956 y 14 abril 1979. Alegó la actora ante el segundo contrato otorgado por su mandante D. Fernando Arús que no le otorgaba ningún valor en cuanto no tenía apoderamiento para efectuarlo. Es preciso señalar algunos resultados más de las pruebas practicadas. En primer lugar en su demanda la actora silenció el haber percibido las 300.000 pesetas, entregadas por el comprador al otorgar el segundo contrato y que hubo de recibir de manos de su mandatario, por lo que ratificó el acto de éste y en consecuencia no puede rechazarlo ya que nadie puede ir contra sus propios actos. No indica tampoco la actora que después de su notificación al comprador de su voluntad de dar por rescindido el contrato D. Antonio contestó oponiéndose e ins-



tándole para que señalara día y hora para acudir ante el Notario para otorgar la escritura de compraventa. Estos hechos activos por parte de D. Antonio reflejan una voluntad de cumplimiento de lo pactado, por más que la sentencia del Tribunal mencione que es rebelde a cumplir su obligación. Por último, la declaración del mismo Notario se limita a constatar de que le habían encargado la escritura de compraventa, sin que apareciera el comprador, pero sin declarar que hubiese sido avisado. Por ello, de toda esta resultancia de la prueba, que ha sido analizada atenta y objetivamente, pugna con la apreciación del Tribunal de Instancia, que si bien en principio puede apreciar libremente las pruebas, no puede, empero, negar la realidad de unos documentos y de las otras pruebas que los sostienen. En consecuencia, la infracción se produce por cuanto la sentencia recurrida no aprecia el valor y eficacia que tienen los documentos privados, que han sido aceptados.

*Resultando:* Que admitido el recurso e instruida la parte recurrente se declararon los autos conclusos y se mandaron traer a la vista con las debidas citaciones.

*Visto:* Siendo Ponente el Magistrado Sr. Sánchez Jáuregui.

*Considerando:* Que las actuaciones de las que el presente recurso trae causa tienen su origen en contrato de compraventa de un inmueble urbano, concertado el día 11 abril 1975, en la localidad de Sitges, entre D.<sup>a</sup> Herminia, en calidad de vendedora, y D. Antonio, como comprador, ejercitándose por la primera resolutoria de la convención que, por impago del precio aplazado, autoriza la preceptiva contenida en el artículo 1.506 en relación con el 1.124 ambos del CC, imponiéndose resaltar que en ninguno de los escritos fundamentales del pleito cuestionan los litigantes la pertinente aplicación al caso debatido de la normativa legal expresada, no haciendo el comprador, aquí recurrente, al contestar la demanda, en dúplica o en conclusiones invocación alguna del Derecho Civil especial de Cataluña, habiendo recaído en las dos instancias sentencias estimatorias de lo que en

su demanda había postulado la vendedora, hoy recurrida.

*Considerando:* Que de conformidad a lo establecido en la disp. final 2.<sup>a</sup> de la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña, sancionada por Ley de 21 julio 1960, vigente en el momento de celebrarse el contrato de compraventa a que la presente litis se contrae, en lo no previsto en la misma regirían en Cataluña los preceptos del CC que no se opusieran a ella y las fuentes jurídicas de aplicación general, lo que determina que al no contener la expresada Compilación norma alguna reguladora de las consecuencias que pudieran derivarse del impago del precio en contrato de compraventa de inmuebles, fuera pertinente la aplicación al caso aquí enjuiciado de las normas del CC que regulan dicha materia, sin que pueda predicarse que el texto de la Compilación citada en lo que afecta al tema dicho quedara inoperante por ser contrario a lo dispuesto en el artículo 149.8 CE, habida cuenta que ya del propio contenido de la mencionada prescripción de la Ley fundamental se deduce que la regla general es la competencia del Estado para legislar en materia civil, con respecto a las atribuciones de las CC.AA. en orden a la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles que les sean peculiares, haciendo expresa mención de reserva de aquella competencia para, entre otros supuestos, legislar en lo relativo a las bases de las obligaciones contractuales», interpretación favorable a la vigencia de la Compilación después de la entrada en vigor del texto constitucional que avala en la actualidad la Ley del Parlamento Catalán de 20 marzo 1984 y el DLeg. 19 junio del propio año, por el que se aprueba el nuevo TR de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, desde el momento en que el nuevo texto refundido se articula sobre la base de la virtualidad del anterior en lo que no era contrario a los principios constitucionales.

*Considerando:* Que lo expuesto en el razonamiento que antecede hace decaer el primer motivo del recurso en el que, por la vía del artículo 1.692.1 LEC, se acusa a la resolución impugnada de haber violado por inaplica-

ción el Código de Justiniano, vigente en Cataluña, Constituciones de Cataluña compiladas y otros derechos y el artículo 149.8 CE y los artículos 3.º y 13 CC», pues aun prescindiendo de la defectuosa formulación del motivo, claramente incurso en el caso 4.º del art. 1.729 en relación con el 1.720, ambos de la LEC, era requisito ineludible para que prosperara la vulneración que denuncia del artículo 149.8 CE, en el sentido de determinar la improcedente aplicación al caso enjuiciado de la preceptiva contenida en los artículos 1.056 y 1.124 CC, como supletorios del derecho civil especial vigente en Cataluña según lo dispuesto en la Compilación de dicho derecho sancionada por Ley de 21 abril 1960, al ser improcedente tachar de inconstitucional a la Compilación dicha y, por ende, aplicable el derecho foral de Cataluña anterior a su vigencia, lo que, como ya ha sido denotado, no resulta ni del propio texto de la Ley Fundamental del Estado que se supone infringido, ni de la interpretación respecto al alcance en el tiempo de la normativa legal contenida en la repetida Compilación de 1960 efectuada por la Ley de la CA 20 marzo 1984 y el nuevo TR de 19 junio del mismo año, por lo que, en consecuencia, la sentencia recurrida no pudo infringir disposiciones del Derecho Romano y de Cataluña que no eran aplicables, ni violó al no hacerlo las disposiciones contenidas en los artículos 3.º y 13 CC.

*Considerando:* Que igual suerte desestimatoria corresponde al motivo segundo del recurso, en el que con amparo procesal (así se especifica al plantear el motivo) en el artículo 1.692.7 LEC, se denuncia la inaplicación del Código de Justiniano, el Digesto, artículos 1.281, 1.282 CC, de la doctrina legal que se especifica sobre interpretación de las cláusulas de un contrato», pues aun prescindiendo de que por el cauce elegido sólo puede acusarse error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba e incluso admitiendo que exista un error mecanográfico y que donde se consigna artículo 1.692. LEC, la cita se refiera en realidad al núm. 1.º, es lo cierto que, como ya ha sido argumentado con anterioridad el Derecho Romano no era aplicable al caso objeto de la controversia, por lo que no pudo ser infringido por la resolución

impugnada, y en cuanto a los artículos 1.281 y 1.282 CC atinentes a la interpretación de las cláusulas de los contratos, el motivo refiere tal interpretación no a lo convenido en el contrato de compraventa, plasmado en el documento privado de 11 abril 1975, sino al fechado en Barcelona el día 10 junio del propio año, supuestamente complementario del anterior respecto a estipulaciones afectantes a la forma de pago del precio, documento el último que al no estar suscrito por la vendedora demandante la sentencia recurrida lo considera carente de validez e inoperante para determinar modificación de las obligaciones asumidas por el comprador en orden al pago del precio, lo que hace, como es obvio, que la resolución impugnada no tenga por qué interpretarlo.

*Considerando:* Que en el tercer motivo del recurso, por la vía del artículo 1.692.7 LEC, se tacha a la resolución impugnada de haber incurrido en error de derecho en la apreciación de la prueba, violando la normativa legal contenida en los artículos 1.225, 1.228 y 1.710 CC, conteniendo ciertamente los dos primeros criterios valorativos de la prueba, pero no así el último, adoleciendo el motivo de inconcreción, al referirse conjuntamente al documento privado de 11 abril 1975, cuya autenticidad nadie discute, y al de igual carácter de 10 junio del propio año, aportando por el demandado, no suscrito por la actora vendedora y tampoco reconocido por la misma, por lo que, habiendo de entenderse que la posible aplicación de la preceptiva contenida en el artículo 1.225 CC se refiere a este último documento, la realidad es que, como la sentencia recurrida declara su inoperancia al efecto de obligar a la citada vendedora porque la persona tenía la cualidad de mandatario que se arroga, es inconcuso que ante esta terminante declaración de la Sala sentenciadora en la instancia, incólume en este trámite casacional, sea imposible predicar que la resolución impugnada tuviera base para aplicar lo dispuesto en el artículo 1.228 CC respecto a los documentos privados reconocidos legalmente, pues el que nos ocupa en tesis, como ya ha sido denotado, aceptada por la resolución de instancia no fue reconocido por la parte a quien podía perjudicar, y en rela-

ción a la violación que también acusa el motivo de lo preceptuado en los artículos 1.228 y 1.710 CC, lo que pretende la parte recurrente no es censurar la apreciación valorativa de una determinada prueba, que es lo que el artículo 1.692.7 LEC, autoriza, sino entrar en una revisión completa de todo el material probatorio tenido en cuenta por la referida resolución para sentar sus conclusiones, haciendo, en definitiva, supuesto de la cuestión debatida, todo lo que determina el procedente rechazo del motivo.

*Considerando:* Que por imperio de lo preceptuado en el artículo 1.748 LEC, procede condenar al recurrente al pago

de las costas aquí causadas y a la pérdida del depósito que constituyó.

*Fallamos:* Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Antonio, contra la S 14 septiembre 1982, pronunciada por la Sala 1.ª de lo Civil de la AT Barcelona. Condenamos a dicha parte recurrente al pago de las costas ocasionadas en este recurso y a la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino prevenido en la Ley.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—*Sr. González Alegre y Bernardo.*—*Sr. Sánchez Jáuregui.*—*Sr. Gómez de la Bárcena y López.*—*Sr. Pérez Gimeno.*—*Sr. Albácar López.*

**LA APLICACION DE LA REVISION DE LA RENTA  
AL FINALIZAR CADA PERIODO DE TIEMPO PACTADO  
EN CLAUSULA DE ESTABILIZACION**

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre  
de 1984)

**SUMARIO:** 1. El caso de autos y las decisiones de los Tribunales.—2. La validez de la estabilización de la renta y su eficacia al llegar el plazo pactado.—3. La determinación y aplicación de los módulos estabilizadores para la revisión de la renta.

**1. EL CASO DE AUTOS Y LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES**

El primero de noviembre de 1971, se concierta entre dos sociedades anónimas el contrato de arrendamiento de un local de negocio donde se pacta para la renta, que: «El expresado precio de arrendamiento regirá durante los cinco primeros años del plazo convenido, o sea, hasta el 31 de octubre de 1976, en que será revisado al igual que al final de cada período de cinco años de arriendo a partir del primero de noviembre de 1976. La revisión del precio de arrendamiento se efectuará modificando en su caso la renta anual anterior a la fecha de revisión en aquella cantidad necesaria para que la nueva renta anual que resulte, mantenga con la inicial de este contrato la misma proporción que guarde el índice general del coste de la vida —conjunto nacional— relativo al año natural anterior al de la revisión —a tenor del Boletín del Instituto Nacional de Estadística—: Base año 1968 —100— con el índice general del coste de la vida fijado por el propio organismo para el año 1970».

Pasados los cinco primeros años del contrato, la Sociedad arrendadora notificó a la Sociedad arrendataria, en 29 octubre 1976, que por aplicación de la cláusula de estabilización pactada le correspondía un incremento del coste de la vida de un 78, 86 por ciento, incremento que se reducía al 57 por 100 por aplicación del Real Decreto-Ley de 17 noviembre 1975 y el Real Decreto-Ley de 8 de octubre 1976, sobre limitaciones de rentas en las anualidades que les correspondían. La sociedad arrendataria admite, tan sólo, que se produzca un incremento del 10,5 por ciento por las cinco anualidades de 1971 a 1975.

Ante la discrepancia del valor del índice estabilizador aplicable, se presenta pleito por la parte arrendadora ante el Juzgado de Primera Instancia, el cual, estimando parcialmente la demanda, declara «que el incremento legal de la renta de 168.300 pesetas mensuales, pactado en el contrato de arrendamiento de primero de noviembre 1971 respecto del objeto a que se refiere, desde el 1 noviembr 1976 al 1 enero 1978, es el mensual de 17.217 pese-

tas, que habrá de sumarse a aquella renta inicial sin perjuicio del derecho que asiste a la demandante para aplicar en el futuro la cláusula tercera del anotado contrato desde 1 de enero de 1978, sí no se prorrogase la vigencia del Real Decreto-Ley de 8 octubre 1976, o se dictaren otras disposiciones legales que incidieran en la aplicación de aquella cláusula». Esta Sentencia se confirma por la Audiencia Territorial.

No obstante, la sociedad arrendadora emprende nuevo pleito ante el Juzgado al pretender revisar nuevamente el contrato para el período anual siguiente de 1977 a 1978 en un 11,4 por ciento, equivalente a 21.149 pesetas al mes. A este incremento se opone la sociedad arrendataria al expresar que no abonará incremento alguno hasta que transcurran otros cinco años, o sea, el primero de noviembre de 1981, según lo pactado contractualmente. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda formulada por la sociedad arrendadora e, igualmente, la Audiencia Territorial desestima el recurso de apelación que, además interpone. Todavía no satisfecha dicha entidad arrendadora, plantea recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el cual por Sentencia de 20 octubre 1984 considera: «Que el derecho sobre revisión de rentas en materia de arrendamientos urbanos está sometido a las fluctuaciones debidas a la evolución económica como ponen de manifiesto los diversos Reales Decretos-Leyes que, en lo que, interesa a esta litis, se han promulgado desde el 17 de noviembre de 1975 hasta el 12 de diciembre de 1980; en todos ellos se manifiesta el propósito del legislador de acomodar el tráfico de rentas a las restantes medidas económicas, pero en toda esta normativa es también evidente que se respeta lo pactado y que, aunque cada uno de estos Decretos-Leyes limite su eficacia a un plazo determinado, ello no implica que necesariamente hayan de aplicarse a todos los contratos arrendaticios que se hallen vigentes al ser respectivamente promulgados, sino únicamente cuando sea procedente según claramente expresan «por disposición de la Ley, por determinación del Gobierno, por revisión legalmente autorizada o por pacto expreso de las partes», es decir, que la aplicación de la citada normativa no interrumpe lo pactado válidamente, de modo que si como ocurre en el caso debatido (cláusula 3.<sup>a</sup> del contrato) el precio del arrendamiento será revisado al final de cada nuevo período de cinco años no puede pretenderse que se modifique lo pactado cuando la propia legislación lo respeta para exigir una revisión en 1979, en lugar de esperar a 1981, que es cuando finaliza un nuevo período contractual de cinco años; no puede eludirse el presupuesto de aplicación práctica de revisión legal que se establece para cuando la cuantía de la renta «haya de ser modificada» (R D L 4 enero 1978, R D L 26 diciembre 1978, R D L 12 diciembre 1980 y Ley 1 octubre 1980), es decir, cuando proceda en el supuesto debatido en virtud de la estipulación contractual preexistente y válidamente convenida; conclusiones obtenidas de la doctrina de esta Sala en el sentido de que no puede exigirse la revisión antes de los plazos pactados so pena de infringir el contrato (S. 10 marzo 1983), que ha de ser respetado, como se deduce de la Sentencia de 8 de marzo 1982; limitaciones legales de renta las establecidas por la normativa en cuestión concretadas al período a que se refieren, que, como declaró la Sentencia de 11 de octubre 1982, en forma alguna

tal limitación puede operar dejando sin virtualidad la cláusula de estabilización, y sin darle, por último, como dijo la Sentencia de 11 de abril 1981, efectos retroactivos no expresamente establecidos».

Además, esta Sentencia añade, que «la interpretación dada por la Sala de Instancia a dichos preceptos legales ha sido correcta en cuanto declara que ni el Decreto de 17 noviembre 1975, ni ninguno de los que se han dictado en años sucesivos, crea el derecho de revisar la renta, ni introduce modificación alguna en cuanto a las fechas en que puede hacerse, materias en las que se admite la validez de lo pactado y lo único que hacen es determinar los módulos con arreglo a los cuales debe modificarse aquélla cuando sea precedente, no bastando para ello la mera promulgación de dichas disposiciones legales». Por último, concluye que «no puede decirse que abusa de su derecho el arrendatario que se opone a la revisión de rentas que pretende el arrendador ateniéndose a lo expresamente pactado de que la revisión ha de ser quinquenal y no determinada al arbitrio del arrendador fundamentado en una interpretación errónea de los preceptos legales».

## 2. LA VALIDEZ DE LA ESTABILIZACION DE LA RENTA Y SU EFICACIA AL LLEGAR EL PLAZO PACTADO

Según el artículo 97 de la L A U, la renta de las viviendas y locales de negocio será la que libremente estipulen las partes. Cuando a dicha estipulación contractual se añade una cláusula de estabilización, como la del caso de autos, por la que se revisará la renta cada cinco años, si se ejercita la prórroga legal, resultará que la relación arrendaticia resulta plenamente acomodada a la normativa legal (art. 100, núm. 1 «in fine» de la L A U).

La unanimidad de criterio mantenida por ambas partes respecto al derecho de revisión de la renta no planteó cuestión alguna. Sin embargo, aparecerán una serie de normas coyunturales y especiales, a causa de las fluctuaciones ocurridas por la evolución económica, que repercutirán, también, sobre los arrendamientos urbanos, como sucede con los Reales Decretos Leyes promulgados desde el 17 de noviembre de 1975 hasta el 12 de diciembre de 1980 (1). El propósito explicitado por dicha normativa era «evitar un desproporcionado crecimiento de las rentas de los arrendamientos urbanos que no se correspondan estrictamente con el crecimiento de los valores

---

(1) Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, *Limitaciones legales a posibles aumentos de las rentas urbanas*, en «Revista de Derecho Privado» (julio-agosto 1978), p. 538; FUENTES LOJO, *El nuevo Real Decreto-Ley de 26 de diciembre de 1978 sobre limitaciones de rentas*, en «Administración Rústica y Urbana», 33 (abril-junio 1979), p. 40; BONET CORREA, *La nueva normativa sobre el aumento y la liberalización de las rentas actualizadas en los contratos de arrendamiento urbano*, en «Anuario de Derecho Civil», XXXIV-2 (1981), p. 377; MANZANARES, *Limitaciones a los aumentos en los arrendamientos urbanos*, en «Anuario de Derecho Civil», XXXV-3 (1982), p. 685; BONET CORREA, *Limitaciones legales a la renta pactada con cláusula de actualización en un arrendamiento de local de negocio (Comentario a la sentencia del T. S. de 11 de abril 1981)*, en «Anuario de Derecho Civil», XXXV-4 (1982), p. 1220.

que integran su propio y específico índice de precios» (2). Concretamente, se dispuso que «las rentas de los arrendamientos urbanos relativas a viviendas y locales de negocio en situación de prórroga legal cuya cuantía haya de ser modificada por disposición de ley, por determinación del Gobierno, por revisión legalmente autorizada o por pacto expreso de las partes, no podrán sufrir elevaciones que excedan de la variación porcentual experimentada, en los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de revisión, por el índice nacional del subgrupo tres punto uno, «Alquileres, del Sistema del Índice de Precios de Consumo» que elabora el Instituto Nacional de Estadística».

Una característica fundamental de esta normativa especial es que limita su eficacia a un plazo anual determinado. Así, el primer Decreto-Ley 2 de 7 de abril de 1975, en su artículo 2, lo concretará hasta el 31 de diciembre de 1975; el Decreto-Ley 13, de 17 de noviembre de este mismo año de 1975 prorrogará hasta el 31 de diciembre de 1976 la vigencia de lo anteriormente dispuesto; por el Real Decreto-Ley 18, de 8 de octubre de 1976 (art. 8. 1), a partir de esta fecha se extenderá hasta el 31 de diciembre de 1977; por el Real Decreto-Ley 3, de 4 de enero de 1978, se continuará hasta el 31 de diciembre; el Real Decreto-Ley 49, de 26 de diciembre de 1978, prorrogará con análogas normas su vigencia durante el año 1979; el Real Decreto-Ley 21, de 19 de diciembre de 1979 (art. 1. 1), abarcará el período desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 1980; no obstante, la Ley 46, de 1 de octubre de 1980, derogará el precepto anterior, si bien mantendrá otras restricciones para la actualización de la renta.

Este límite de eficacia que se determinó por cada norma con el alcance de un año, como muy bien interpreta la actual Sentencia del Tribunal Supremo, «no implica que necesariamente hayan de aplicarse a todos los contratos arrendaticios que se hallen vigentes al ser respectivamente promulgadas, sino únicamente cuando sea procedente», es decir, si ha llegado el día a partir del cual las partes han pactado que se efectúe la revisión de la renta. En el caso de autos, al haberse pactado la revisión cada cinco años, ésta procedería por primera vez a partir del día 1 de noviembre de 1976 y no cabría que se aplicase hasta llegar el 1 de noviembre de 1981. El pretender por el arrendatario que se revisase la renta cada año, sin dejar pasar los cinco, supondría, como dice correctamente la Sentencia, «pretenderse que se modifique lo pactado cuando la propia legislación lo respeta», por tanto ha de finalizar el nuevo período pactado de cinco años para que de nuevo se proceda a otra revisión de la renta.

Es más —según se afirma por la Sentencia—, hay que entender que son las conclusiones obtenidas de la doctrina de esta Sala en el sentido de que no puede exigirse la revisión antes de los plazos pactados, so pena de infringir el contrato (Sentencia de 10 de marzo 1983), que ha de ser respetado, como se deduce de la Sentencia de 8 marzo 1982 (3). De este modo, si en el

---

(2) Cfr. IÑIGO, *El nuevo sistema de números índices de precios al consumo del Instituto Nacional de Estadística*, en «Boletín de Estudios Económicos de la Universidad de Deusto», XXXII (agosto 1977), p. 353.

(3) Cfr. BONET CORREA, *La revisión pactada de la renta arrendaticia urbana ante la legislación especial limitativa (Comentario a la Sentencia del*

caso de autos la revisión de la renta se había pactado cada cinco años, solamente si había transcurrido ese período podía procederse a la actualización de la misma, y no antes, cada año, como pretendió el arrendador. Ahora bien, si llegado el momento de la revisión de la renta existía una norma limitativa, le alcanzaría ese efecto concreto y determinado al que se refiere, según confirmó la Sentencia de 11 de octubre 1982 (4) y sin que, en forma alguna, tal limitación pueda operar dejando sin virtualidad la cláusula estabilizadora; tampoco se le podrán aplicar efectos retroactivos, no expresamente establecidos, según declaró la Sentencia de 11 abril 1981 (5).

### 3. LA DETERMINACION Y APLICACION DE LOS MODULOS ESTABILIZADORES PARA LA REVISION DE LA RENTA

Una vez que resulta aclarado por el Tribunal Supremo, que la normativa excepcional aquí considerada fue debida a una coyuntura de la evolución económica del país y que su único propósito estaba en acomodar el tráfico de rentas a las restantes medidas económicas y que sus limitaciones y eficacia fueron para un plazo determinado, respetándose lo pactado por las partes, la cuestión principal en definitiva, queda reducida a concretar el alcance y la modalidad de la actualización de la renta.

Una vez que resulta cumplido el plazo pactado por las partes —que en el caso de autos era cada cinco años, a partir de 1 de noviembre de 1971 hasta el 1 de noviembre de 1976—, debía de aplicarse el módulo estabilizador elegido por los contratantes y corregirlo en la medida en que se dispuso por la normativa coyuntural.

Dado que la primera actualización debía realizarse el primero de noviembre de 1976, entonces estaba vigente el Decreto-Ley 2, de 7 de abril de 1975, cuyo artículo 15 ordenaba: «1. A partir de la publicación del presente Decreto-Ley y hasta el 31 de diciembre de 1976, inclusive, los incrementos de las rentas en los arrendamientos urbanos, en situación de prórroga legal, que sean procedentes por disposición de la Ley, determinación del Gobierno, por revisión legalmente autorizada o por pacto expreso de las partes, no podrán suponer elevaciones que excedan del aumento medio experimentado, en los dos años inmediatamente anteriores a la fecha del incremento o de la revisión, por el índice específico del coste de la vivienda, incluido en el índice general del costo de la vida, publicado por el Instituto Nacional de Estadística. Esta limitación no afectará a los incrementos que procedan por repercusión en el coste de los servicios y suministros, obras de reparación nece-

---

*Tribunal Supremo de 8 de marzo 1982*), en «Anuario de Derecho Civil», XXXVI-2 (1983), pp. 605 ss.

(4) Cfr. BONET CORREA, *La determinación cuantitativa de la renta arrendaticia urbana pactada, su revisión cada cinco años, ante la legislación limitativa (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 octubre 1982)*, en «Anuario de Derecho Civil», XXXVI-3 (1983), pp. 1003 ss.

(5) Cfr. BONET CORREA, *Limitaciones legales a la renta pactada con cláusula de actualización en un arrendamiento de local de negocio (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 abril 1981)*, en «Anuario de Derecho Civil», XXXV-4 (1982), pp. 1220 ss.



sarias y demás cantidades asimiladas a renta». De este modo, para el caso de autos, había que concretar cuál había sido el índice específico del coste de la vivienda (6) de los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de revisión y su incremento medio experimentado. Así se obtenía el límite de la cantidad que podía añadirse a la renta inicialmente pactada en cuanto al módulo de actualización.

En definitiva, esta normativa coyuntural lo único que pretendía llevar a cabo era determinar —según ponen de relieve ésta y otras sentencias del Tribunal Supremo— un límite a los módulos con arreglo a los cuales debía modificarse la renta cuando fuese procedente. Mientras que para el período del 7 de abril de 1975 al 31 de diciembre de 1976 «no podrán suponer elevaciones que excedan del aumento medio experimentado, en los dos años inmediatamente anteriores a la fecha del incremento o de la revisión, por el índice específico del coste de la vivienda» del Instituto Nacional de Estadística, para el período siguiente que se concreta por el Real Decreto-Ley 18, de 8 de octubre de 1976, que es hasta el 31 de diciembre de 1977, las rentas «no podrán sufrir elevaciones que excedan del incremento medio experimentado, en los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de la revisión por el índice específico del coste de la vivienda» del Instituto Nacional de Estadística (6). Para el año 1978, el Real Decreto-Ley 3, de 4 de enero, adoptará idéntico criterio que el anterior, al igual que para el año 1979. En cambio, para 1980 desde el primero de enero hasta el 31 de diciembre, según el artículo 1.1 del Real Decreto-Ley 21, de 14 de diciembre de 1979, se rebajará más la renta, al disponer que «no podrán sufrir elevaciones que excedan el ochenta por ciento de la variación porcentual experimentada en los doce meses anteriores a la fecha de revisión, por el índice nacional general del sistema de Índices de Precios al Consumo, que elabora el Instituto Nacional de Estadística». Durante 1981, si bien la limitación persistía, según el Real Decreto-Ley 15, de 12 de diciembre de 1980, su artículo primero, párrafo uno, cambiaba el porcentaje de elevación al noventa por ciento, mientras que en el párrafo dos lo liberaba para el futuro año al manifestar que: «Transcurrido el plazo fijado en el apartado anterior, las rentas de los arrendamientos urbanos de viviendas, con cláusulas de actualización, podrán ser revisadas en los términos previstos en las mismas»; y, el artículo tercero, lo hacía igualmente para los locales de negocio.

Dicha normativa, en este período de años, desde el 17 de noviembre de 1975 hasta el 12 de diciembre de 1980, como muy bien expresa la actual Sentencia de 20 de octubre de 1984, no interrumpe lo pactado válidamente por las partes, pero lo que sí determina y limita son los módulos con arreglo a los cuales debe modificarse la renta cuando sea procedente.

José BONET CORREA

---

(6) A partir de la Orden de 27 de agosto de 1977, se dispone, para los arrendamientos urbanos: «1.º A partir de enero de 1977, y mientras sea necesario, se calculará con carácter oficial por el Instituto Nacional de Estadística el índice nacional del subgrupo 31, «Alquileres», del sistema de índices de Precios al Consumo. La Resolución de 13 junio 1979 del Instituto Nacional de Estadística expone el sistema de índice de precios de consumo (conjunto nacional) y para «viviendas en alquiler» (Subgrupo 3, 1).

## II. SENTENCIAS

A cargo de: Ricardo DE ANGEL YAGUEZ  
Diego ARENAS GOMEZ  
José BONET CORREA  
Jorge CARAMES  
Luis Humberto CLAVERIA GOSALBEZ  
Gabriel GARCIA CANTERO  
Antonio GORDILLO CAÑAS  
Asunción MARIN VELARDE,  
Pilar MOLINA HERRERUELO  
Evelia MUÑOZ SANCHEZ REYES  
Luis FELIPE RAGEL SANCHEZ  
Luis ROJO AJURIA

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. Parte general

1. *Congruencia.*—La congruencia no supone una conformidad literal y rígida a las peticiones de las partes, sino racional y flexible, y existe siempre que se guarde la debida adecuación a los presupuestos fácticos de la litis, concordancia que permite hacer el fallo extensible a las lógicas y naturales consecuencias derivadas del tema planteado, así como a todos los puntos que complementen y precisen el mismo y a los que se encuentren implícitos en la controversia (se citan numerosas sentencias al respecto).

*Tutela efectiva de los derechos.*—La Sala declara haber lugar al recurso y se apoya también en el siguiente razonamiento: «... y de otro lado, a la necesidad de poner término, de una vez, a la cuestión movida entre los litigantes, iniciada con un primer interdicto en que recayó la transacción de 20 de noviembre de 1979 acerca de la cual, en suma, se controvierte, siguiéndose otro juicio de la misma clase, antecedente inmediato del juicio declarativo de mayor cuantía (con incidente sobre autorización para continuar la obra, visto en dos instancias) de que procede el presente recurso, antecedentes que a todas luces desaconsejan que se haya de reproducir de nuevo cuestión tan añeja (la segunda suspensión de la obra nueva data del 19 de septiembre de 1980) y ocasionada a los «enormes perjuicios» a que alude la sentencia del Juzgado en el tercero de sus considerandos: situación contrapuesta a la «tutela efectiva», y por lo mismo temporánea, de los derechos e intereses legítimos de las personas, que, para dar aplicación al artículo 24 de la Constitución, deben impartir los tribunales». (Sentencia de 28 de enero de 1985; ha lugar.)

NOTA.—La invocación del artículo 24 de la Constitución, que la Sala hace a mayor abundamiento, parece oportuna en este caso, que de todas formas resolvía la a nuestro juicio correcta aplicación del principio de congruencia. Pero no podemos dejar de mostrar cierta inquietud por el hecho de que la doctrina o principio de la «tutela efectiva» de los derechos pueda ser elemento distorsionante del principio dispositivo que rige la justicia civil.

R. de A.

2. *Abuso de derecho y ejercicio antisocial del mismo. Propiedad horizontal. Abuso de derecho y ejercicio antisocial del mismo: Diferencias.*—La figura del «abuso» como concepto superador de la fosilizada a la vez que demasiado estricta concepción de los actos de emulación, además de admitida por alguna de nuestras leyes especiales aparece consagrada en la doctrina de esta Sala (S. 14 de febrero de 1944) que la dibuja y caracteriza con claridad a la par que señala los requisitos «de orden moral, teleológico y social» con que deben ser ejercitados los derechos subjetivos por sus titulares, declarando la responsabilidad en que incurren quienes obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho traspase, en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para tercero o para la sociedad.

La mención del ejercicio abusivo o antisocial del derecho del art. 7-2.º del Código civil exige señalar, que si bien se trata de conceptos distintos, no obsta que lo cierto sea que sin llegar a su total equiparación, como mantiene un sólido sector doctrinal y la Jurisprudencia anterior a la reforma de 1973, sus diferencias sean tan sutiles, que puede afirmarse que carezcan de trascendencia práctica, no impidiéndose su tratamiento conjunto.

Tales diferencias pueden centrarse, principalmente, en que mientras el «abuso» suele abrir el camino a la idea de una indemnización como lógica consecuencia de la cesión o daño que se provoca en un interés privado, en el «uso antisocial» es más amplio el sujeto perjudicado que puede comprender tanto la comunidad en general, como cualesquiera de los grupos integrantes de la misma.

*Elementos característicos del abuso de derecho.*—Son señalados como elementos característicos, entre los objetivos, la existencia de una acción u omisión que «sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho»; a su vez, entre los subjetivos, se encuentra *la intentio*, representada por el designio o voluntad de perjudicar o, también por la ausencia de un fin legítimo; y el objeto consistente en la finalidad de originar un perjuicio a otro sin beneficio propio.

*El artículo 396 del Código civil. Enumeración de elementos comunes: Carácter enumerativo. Voluntad privada y Ley en el Régimen de Propiedad Horizontal. Título constitutivo, estatutos y negocio de compraventa de piso o local.*—La relación de elementos y servicios comunes contenida en el art. 396 del Código civil no es «*numerus clausus*», y sí simplemente enumerativa (SS. 10 de mayo de 1965, 12 de noviembre de 1969, 4 de diciembre de 1972 y 31 de marzo de 1980). Ello conduce a que tal descripción no pertenezca al campo del «*ius cogens*» y sí al del «*ius dispositivum*», habida cuenta de lo dispuesto en el art. 5, 1.º y 2.º de la Ley 49/1960 de 21 de julio, en cuya Exposición de Motivos así también se declara.

Insistiendo en el tema del «*ius dispositivum*» dentro del marco que la Ley de Propiedad Horizontal, debe indicarse, que esta Ley otorga a la voluntad de sus titulares, incluido el propietario único del edificio antes de iniciar su venta por espacios independientes, para instrumentar y delimitar ciertos aspectos de la misma siempre que no alteren o contradigan los principios fundamentales de dicho régimen de propiedad, y así, al amparo del art. 5 de la Ley reguladora es posible la reserva en exclusivo uso de ciertos elementos comunes, ya que el citado artículo autoriza al «propietario único del edificio» para otorgar antes de iniciar su venta por pisos o locales el pertinente «título constitutivo» de dicho régimen jurídico.

Son figuras distintas y perfectamente diferenciadas: el negocio jurídico de compraventa del piso o local; el «título constitutivo» del régimen de propiedad horizontal y «los estatutos», aunque es evidente que los tres conceptos pueden concurrir, tal acontece cuando el «título» se contiene en los estatutos y a su vez aquél se incorpora total o parcialmente al contrato de compraventa, pero ello no les priva de su individualización y caracterología; y desde luego no, provoca que el título pueda calificarse de «contrato de adhesión», naturaleza jurídica ésta de la compraventa de pisos y locales, mas no del título constitutivo que carece de carácter negocial en cuanto que su naturaleza jurídica es de «acto mixto real y convencional, por contener necesariamente supuestos de puro hecho, como intervenir la voluntad de una o varias personas. (Sentencia de 23 de mayo de 1984; no ha lugar.) (A. M. V.)

3. *Actos propios.*—Los actos propios, para ser tenidos como expresión del consentimiento, han de realizarse con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo inalterablemente la situación jurídica del autor de los mismos, como lo tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala (con cita de sentencias). (Sentencia de 21 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

4. *Reclamación de cantidad: Impuesto que grava intereses del préstamo, abonado por prestatario: Prescripción de quince años.*—La acción ejercitada está generada por el derecho a repercutir el pago de un impuesto que grava la percepción de intereses, y que fue satisfecho en su día por el prestatario, a la que debe aplicarse el plazo de quince años, pues como ya dijo la S. de 27 noviembre 1923, ratificada por la S. de 16 mayo 1942, la regla 3.ª del art. 1966 C. c. no es de aplicación al caso en que no se trata de hacer efectivo el importe independientemente de pagos realizables por anualidades o plazos más cortos, sino de la reclamación de su total importe cuya prescripción regula el art. 1.964.

«*Dies a quo*».—El inicio del término prescriptivo ha de contarse desde el día en que la acción pudo ejercitarse conforme al art. 1.969 C. c., y, en consecuencia, no puede situarse en la fecha en que se devengó el impuesto en cada una de sus anualidades, sino en la que se abonó al cancelar la hipoteca.

*Congruencia.*—El principio de congruencia no exige una acomodación rígida a los pedimentos de los escritos de alegaciones de las partes, que entrañe una identidad absoluta entre lo pedido y lo concedido, sino una conexión entre ambos términos; en el presente caso la conexión se produce cuando la condena al abono de intereses estaba suplicada en la demanda y sobre ella se pronuncia la Sala de instancia aplicando el art. 921 bis de la L. E. C.

*Defectos del recurso.*—Las normas de carácter fiscal no son aptas para apoyar en ellas un recurso de casación. (Sentencia de 18 octubre 1984; no ha lugar.) (G. G. C.)

5. *Caducidad y prescripción. Diferencias. En la caducidad no cabe interrupción ni suspensión.*—Los diferentes modos de interrumpir la prescripción no son aplicables a los plazos de caducidad, pues la prescripción y la caducidad, aunque sirvan a la finalidad de evitar que permanezcan indefinidamente inciertos los

derechos, ofrecen como nota que las distingue, aparte otras, la de que en la primera el factor tiempo puede ser detenido en su marcha tendente a la extinción si median actos obstativos al designio prescriptivo, lo que no ocurre con la caducidad, en la cual no cabe la interrupción ni la prescripción sino el propio ejercicio del derecho dentro del plazo. Hay que tener en cuenta que la Sala considera que es plazo de caducidad el establecido en el art. 22 de la Ley de 22 de diciembre de 1949, sobre unificación de reglas para los conocimientos de embarque en los buques mercantes que incorporó a nuestra legislación las normas del Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924.

*Plazo de caducidad. Puede ampliarse por voluntad de las partes.*—La Sala establece la interesante doctrina de que el plazo de caducidad puede ser ampliado por la voluntad de las partes, al amparo del artículo 1.255 del Código civil, sin que ello suponga vulneración de la ley, de la moral o del orden público (Sentencia de 30 de mayo de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—Se trataba de la reclamación efectuada por una compañía aseguradora (subrogándose en los derechos de la entidad asegurada, que había sufrido daños en el transporte marítimo de la mercancía asegurada) contra la empresa naviera transportista. La demandante había obtenido de la demandada, antes del pleito, una ampliación del plazo de caducidad el citado artículo de la Ley de 1949 también referida, mediante un telex en que la segunda decía a la primera: «les confirmamos una extensión del período de prescripción hasta 31 de octubre, antes del cual esperamos haberles contestado sobre responsabilidad».

La Sala de instancia había entendido que los plazos de caducidad no son susceptibles de ampliación por pacto, por lo que confirmó la sentencia del Juzgado, desestimatoria de la demanda.

Como es lógico, en su segunda sentencia el Tribunal Supremo revoca la sentencia del Juzgado y estima de la demanda de la entidad aseguradora.

Pero es muy importante que en esta segunda sentencia la Sala ratifica la doctrina establecida ya por la de 9 de diciembre de 1983, dejando definitivamente sentada la idea —por otra parte evidente— de que *el transcurso de los dos meses del artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (a contar desde el acto de conciliación *no es aplicable a la prescripción extintiva, sino a la usucapión.*

(R. de A.)

6. *Prescripción: Se interrumpe con la presentación de la demanda si ésta es admitida a trámite, aunque no se acompañe certificación del acto de conciliación.*—Admitida la demanda y dispuesto su registro en el libro correspondiente, aunque se supeditase seguir su curso cuando fuese presentada la certificación del acto de conciliación, que entonces (antes de la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil) era preceptivo, se produce el efecto de interrumpir la prescripción.

*El incumplimiento por la entidad asegurada de normas administrativas sobre el modo de ejecutar la obra no exime a la aseguradora de sus obligaciones.*—Aunque la Sala *a quo* reconoce que la entidad asegurada —contratista de obras— no había cumplido ciertas prescripciones técnicas sobre la ejecución de la obra en que se produjo el accidente (Decreto de 13 de agosto de 1971 y Reglamento de Higiene y Seguridad en el Trabajo), ello no puede servir para generar excusa de

cumplimiento por la entidad aseguradora demandada de sus obligaciones con la entidad asegurada demandante, porque siendo dicha asegurada un ente jurídico, y como de tal índole de característica impersonal en relación con la obra productora de la excavación de la zanja en que se produjo el accidente, pues que no consta, ni tan siquiera se alega, que esa obra fuese dispuesta realizar en la forma en que lo ha sido por representante legal de la expresada asegurada, no puede entenderse como un acto intencional de ésta, cual pretende la aseguradora.

Si bien la póliza excluía del seguro «la responsabilidad civil derivada de actos u omisiones intencionales, fraudulentas o criminales imputables a la entidad asegurada», es sobre la esencial base de que la imputabilidad sea atribuible de hecho a la tan mencionada entidad asegurada, y no, como en el presente caso ocurre, sea atribuible a quienes personalmente, y en su respectiva actividad profesional ejercitada encomendada (sic), dieron causa al siniestro por la realización de la obra de excavación de la zanja aludida en la forma defectuosa en que fue llevada a cabo. (Sentencia de 11 de febrero de 1985; no ha lugar.)

NOTA.—La doctrina expuesta merece, creemos, algún comentario, porque lo que a nuestro juicio determina la obligación de la aseguradora de hacer frente al siniestro determinante de la reclamación de la actora es que no se acreditó que por parte de los técnicos o trabajadores de la demandante hubiera intencionalidad de causar el daño, que es lo que parece que en lógica y en rigurosa interpretación de la cláusula excluyente de la póliza debe ser causa de exención de obligaciones para la aseguradora.

Cierto es que la sociedad anónima —como lo era la actora— es un «ente impersonal» en palabras de la sentencia, y que por ello carece de voluntad que permita hablar de una «intención» por parte de ella, pero no lo es menos que toda sociedad actúa por sus órganos, y que la voluntad de éstos es la de aquélla.

Habría que plantearse el caso, a nuestro juicio, de que el daño fuese producto de la omisión de medidas impuestas reglamentariamente, omisión debida a la voluntad de dañar por parte de un órgano de la sociedad. A nuestro juicio, sería dudoso que en esta hipótesis siguiera manteniéndose la obligación de la aseguradora de indemnizar a la asegurada, en base a la citada doctrina del Supremo.

(R. de A.)

## 2. Derecho de la persona

7. *Acto celebrado por menor. Ratificación tácita. Extinción de la acción de nulidad.*—Al no existir precepto legal alguno que impida a los mayores de edad la ratificación de los contratos o negocios jurídicos celebrados en el momento de su perfección por persona que fuera menor, dichos contratos ante la posibilidad de su ratificación, no eran inoperantes, al no producir la falta de consentimiento del menor inexistencia absoluta, como origina la incapacidad de los locos y sordomudos. Los menores pueden ratificar los contratos celebrados una vez llegados a la mayoría de edad, ya de manera expresa o bien tácitamente dejando pasar el plazo de los cuatro años que el texto señala para el ejercicio de la acción de nulidad (arts. 1.300 y 1.301 C. c.), criterio ratificado por la Sentencia de 19 de diciembre de 1977 en el sentido, además, de que si bien el consentimiento de los menores no emancipados puede ser impugnado en razón a la prohibición contenida en el art. 1.263 C. c., ello no obsta para que después de haber dejado de serlo puedan confirmar los contratos en consonancia con lo dispuesto en el ar-

título 1.311, ya que la ratificación purga el vicio originario que pudo dar lugar a la nulidad.

La doctrina científica y la legal ha discutido si un acto de disposición realizado por el padre, sin la autorización judicial a que se refería el art. 164 C. c. en su original redacción, era nulo de pleno derecho o simplemente anulable, el criterio de anulabilidad ha prevalecido en supuestos como éste, en el que la conducta de la persona llegada a la mayoría de edad supone una ratificación inequívoca de la autorización que concedió al padre cuando era menor de edad, pues aunque el negocio realizado sin autorización judicial sea otorgado sin poder de disposición, y como tal de por sí totalmente ineficaz, sea o no impugnado, como el defecto consiste en la omisión de una declaración de voluntad, puede ratificarse, por tratarse, en definitiva de un negocio incompleto o imperfecto, aunque no pueda calificarse con propiedad de anulable; y ello, aun prescindiendo de la posible operancia de la prescripción extintiva de la acción de nulidad, al transcurrir los cuatro años siguientes a su mayoría de edad, sin haberla ejercitado. (Sentencia de 21 de mayo de 1984; no ha lugar.) (E. M. S.-R.)

8. *Representación aparente: Doctrina del factor aparente.*—La autorización dada por «Viajes P.» al señor C. para actuar utilizando el título turístico de aquélla, con cesión para el desarrollo de la correspondiente actividad de la oficina de Madrid, uso también de rótulos en autocares, pancartas de guías y cosas semejantes en lo indispensable (por ejemplo, uso de cartas con membrete de la sociedad) revela frente a terceros, de una parte, un comportamiento inductor de que el señor C., actuando por «Viajes P.», tenía adecuadas facultades a tal fin, pues las apariencias consentidas por esa entidad así lo indican, y de otra parte, que ésta, como interesada en la actividad desplegada por el señor C., asumía las obligaciones por éste creadas al respecto, toda vez que el Derecho moderno, respondiendo al referido principio de seguridad en el tráfico que ha de estimarse imperante en el ámbito del Derecho mercantil, tiende a considerar decisivo no el dato de actuar en nombre propio o ajeno, sino el de actuar en interés propio o ajeno, para poder establecer relaciones jurídicas inmediatas entre los realmente interesados (tercero y representado), aunque uno de ellos no sea parte en el contrato. (Sentencia de 28 de junio de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Se trata de una sentencia muy interesante, que desarrolla ampliamente la doctrina de la protección de la apariencia, en concreto en su modalidad de representación aparente, por medio de un factor notorio. Echamos de menos la cita del art. 1.717 del Código civil y de la doctrina de la *contemplatio domini ex re vel ex facti circumstantiis* que de él dimana. (R. de A.)

### 3. Obligaciones y contratos

9. *Reconocimiento de deuda: Promesa de pago fraccionado de honorarios profesionales: Interpretación.*—Según reiterada jurisprudencia, es facultad de los Tribunales de instancia fijar el sentido y alcance de las cláusulas de los contratos, debiendo permanecer su criterio a menos que se patentice que en su labor hermenéutica infringió alguna de las normas interpretativas contenidas en los arts. 1.281 y 1.289 C. c.; en el presente caso, ambas sentencias de instancia son concorden en

interpretar que la cláusula contractual por cuya virtud «El Sr. L. reconoce a favor del Sr. G. A. que le adeuda la suma de un millón seiscientas mil pesetas como consecuencia de unos honorarios profesionales pendientes de liquidación y se compromete a abonarlos mediante ingreso en la cuenta corriente que el Sr. G. A. tiene abierta en la Caja Provincial de Ahorros de G., a razón de 80.000 pesetas mensuales, a partir del próximo 15 de mayo y hasta el día 15 de diciembre de 1980», no introduce condición suspensiva alguna en el reconocimiento de deuda y compromiso de abonarla en los plazos estipulados, cual sería la de que el Sr. L. cobrase a su vez los honorarios pendientes de liquidación de terceros deudores. (Sentencia de 11 octubre 1984; no ha lugar.)

10. *Otorgamiento de escritura pública de compraventa. Obligación facultativa.*

El Tribunal Supremo sienta doctrina sobre el concepto de obligación alternativa, en la interpretación de los arts. 1.131 y 1.132 del Código civil. No existe obligación alternativa cuando sólo hay un objeto de la obligación. En el supuesto que se plantea estamos ante una obligación facultativa, o con facultad alternativa, que son aquéllas en que debiéndose un solo objeto, se concede al deudor la facultad de cumplir la obligación entregando un objeto distinto, de tal modo que el deudor puede elegir entre el uno y el otro, mientras que el acreedor no puede exigir más que el objeto debido.

En el caso litigioso no se trató de conceder al comprador varias posibilidades concretas de prestación, sino que tan sólo se ha previsto que la parte del precio no satisfecha (prestación única), garantizada en principio con la condición resolutoria explícita, pudiera serlo también mediante otra modalidad de tutela del crédito, que no aparece específicamente designada por los contratantes, ni menos aún con un derecho de elección entregado a la voluntad libérrima del comprador, sino que, por el contrario, precisaba de ulteriores conversaciones con los recurridos para alcanzar la formación del consentimiento, por lo mismo que la suficiencia de la garantía quedaba sometida al «juicio de los vendedores». (Sentencia de 13 de junio de 1984; ha lugar.) (P. M. H.)

11. *Contrato de obra: Reclamación de cantidades. Iliquidez. Intereses legales.*

Lo reclamado no constituye cantidad líquida, toda vez que, como tiene declarado esta Sala de modo reiterado, la cantidad sobre la que han de imponerse los intereses ha de ser líquida, cualidad que no tienen las cantidades que han de determinarse por la resultancia del pleito, como acontece en este caso (SS. 19 diciembre 1951, 31 marzo 1955, 18 noviembre 1960, 25 diciembre 1966, 8 junio 1981); ni aquellos cuyo «quantum» completo se fija como consecuencia de la prueba practicada en el proceso civil (S. 30 marzo 1981), o aquéllas a cuya liquidez se llega en la sentencia recaída, ya que ello demuestra que no lo eran (SS. 8 junio 1981, 15 febrero y 22 abril 1982, 15 octubre 1983). (Sentencia de 3 de julio de 1984; ha lugar.)

NOTA.—Cuando se adjetiva de «líquido» o «ilíquido» a un crédito o a un débito es para hacer saber si su cuantía estaba o no finalmente determinada o cuantitativamente fijada. Mientras que en las relaciones jurídicas dinerarias, las obligaciones pecuniarias o deudas de suma o cantidad, por regla general, son líquidas, ya que el objeto de su prestación viene determinado cuantitativamente de un modo fijo y concreto, en cambio, en las deudas de valor el objeto de su pres-



tación es ilíquido, puesto que su proceso de valoración precisa de una conversión hasta la determinación de su cuantía monetaria.

Resulta, pues, que la cualificación de «liquidez» se concreta dentro del ámbito jurídico-patrimonial y se atribuye cuando una suma de dinero está determinada o es determinable por una simple operación aritmética, como ocurre con las obligaciones o deudas de dinero de una especie monetaria concreta (bien sea nacional o extranjera); por tanto, la liquidez reclama unas características de seguridad y fijeza cuantitativa en la relación jurídica de débito o crédito. De aquí que, cuando el «quantum», o cuantía del objeto de la prestación, es discutible, depende de criterios de valoración diferentes o tan sólo resulta concretado provisionalmente, por lo que se dice que es «ilíquido». Para lograr la liquidez de un crédito, o una deuda ilíquida, es necesario un proceso o procedimiento de concreción estimativo que proceda a establecer una cuantía monetaria determinada y fija.

Una vez lograda la determinación y fijeza de la cuantía o suma monetaria, su consecuencia jurídica más inmediata es la de producir «intereses», o sea, los réditos o rendimientos económicos que se derivan de su naturaleza en cuanto dinero, o sea, por ser la unidad de medida del valor patrimonial, por ser un instrumento de cambio, por realizar la función de pago y por contener un potencial de acumulación de valor o capacidad de ahorro.

Mientras que de modo general, y si no resulta de naturaleza propia de la obligación, los intereses civiles han de ser pactados por las partes contratantes, (arts. 1.108 y 1.755 del C. c.), los legales (art. 1.108 y 1.109 C. c.) [El concepto de «interés legal», gramatical y jurídicamente entendido, se refiere siempre al producto o provecho que devenga un capital en dinero (S. 27 octubre 1944) y los de naturaleza mercantil (arts. 314 y 315 C. c.) [El art. 63 del Código de comercio establece la presunción de que los comerciantes no tienen nunca voluntariamente improductivo su capital (S. 15 noviembre 1977) se entienden implícitos en toda transacción monetaria. El interés legal del dinero determinado por el Código civil (art. 1.108) originariamente fue del 6 por 100, modificado por Ley de 2 de agosto de 1894 al 5 por 100 y que la Ley de 7 de octubre de 1939 rebajará al 4 por 100. Ante el desfase que crea la pérdida del poder adquisitivo de la peseta, y su repercusión en la rentabilidad del dinero, la Ley 77, de 26 de diciembre de 1980, modifica el art. 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el sentido de que para el interés legal aplicable dentro de las resoluciones judiciales se señalan dos puntos más. Con la Ley 24, de 29 de junio de 1984, se dispone que: «El interés legal se determinará aplicando el tipo básico del Banco de España vigente al día en que comience el devengo de aquél salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca uno diferente» (art. 1.º) [Cfr. VÁZQUEZ DE PRADA, V. R., *Algunas reflexiones sobre la reforma del tipo de interés legal del dinero*, en TAPIA. Publicación para el mundo del Derecho (19 noviembre-diciembre 1984), p. 27; RODRÍGUEZ ESPEJO, J., *Más sobre la reforma del tipo de interés legal del dinero*, en TAPIA Publicación para el mundo del Derecho, (20 enero-febrero 1985), p. 5]. Por tanto, actualmente, el interés legal es el del 8 por 100. Además, esta última Ley deroga expresamente las Leyes de 2 de agosto de 1899, 7 de octubre de 1939 y el párrafo segundo del art. 1.108 del Código civil, así como los arts. 58, 2 b) de la Ley General Tributaria y 36, 2 de la Ley General Presupuestaria [Cfr. ALVAREZ MORALES, C. J., *Consideraciones jurídico-financieras sobre la modificación del interés legal del dinero*, en LA LEY, 1.222 (21 junio 1985), p. 1]. (J. B. C.)

12. *Contrato de obra: Cláusula de revisión del precio. Intereses legales. Ilíquidez.*—El precio global del contrato de obra fue de once millones, ciento cincuenta y una mil, setecientos treinta y cinco pesetas y, en su cláusula décima, se pactaba que «el precio global estipulado solamente podrá ser modificado si se experimenta un alza de precios en materiales o mano de obra que represente más del diez por ciento de la obra que falte por realizar en ese momento. Este momento, si se produjera, no afectará a las partidas ya contratadas por el con-

tratista ni a los materiales encargados o acopiados al pie de obra. A este respecto las partes se someten al arbitrio del Arquitecto director de la obra».

Ante los hechos probados, se aplica esta cláusula de revisión del precio con la obligación de abono de la suma que la sentencia recurrida reconoce (un millón trescientas noventa y tres mil ochocientos sesenta y seis pesetas con setenta céntimos), «sin sometimiento alguno a cláusula de valor concretada al patrón oro por consideración de deuda de valor».

Que al no estarse en presencia de cantidad líquida hasta que se dicta esta Sentencia, puesto que se precisó de ella para quedar adecuadamente determinada, no es de hacer condena de abono de intereses hasta la fecha de tal sentencia, pero sí al devengo desde esta fecha hasta que sea totalmente ejecutada, en favor de D. A. V. F., el interés básico o redescuento fijado por el Banco de España incrementado en dos puntos. (Sentencia de 6 de marzo de 1984; ha lugar.)

NOTA.—En primer lugar, se debe precisar que la cláusula contractual pactada por las partes en el contrato de obra, se trata de una simple cláusula de revisión del precio global en base a un porcentaje de subida (el 10 por 100) del precio de los materiales empleados o de la mano de obra, por lo que, si bien no se trata de una «cláusula valor oro», ya que no fue de este modo concreto pactado por las partes —por lo que resulta incongruente la petición que hizo el acreedor— pero que, sin embargo, no deja de ser una cláusula valor. Las partes, al pactar la revisión del precio global de acuerdo con un índice económico (en el caso de autos el índice correspondiente al alza de mano de obra o la de los materiales empleados cuando superen el diez por ciento), lo que consiguen jurídicamente es transformar una deuda pecuniaria o de suma de dinero (la global, inicialmente contratada, de once millones ciento cincuenta y una mil setecientos treinta y cinco pesetas) en una «deuda de valor», la que resulte del procedimiento de concreción final por estimación de la alteración producida en el precio de los índices previstos o pactados. Tal es la finalidad de las «cláusulas de actualización», entre las que se encuentra esta modalidad de «cláusula de revisión» del precio o suma de un contrato, para hacer frente a las consecuencias que provocan las alteraciones monetarias, concretamente, frente a la pérdida de valor del poder adquisitivo de la suma de dinero que produce la inflación para el acreedor. (Cfr. BONET CORREA, *Las deudas de dinero*, Ed. Civitas, Madrid 1981).

En segundo lugar, la sentencia confirma su doctrina legal respecto a la producción de los intereses legales, de que se cumpla el requisito de la liquidez de la deuda total debida, dado que en el caso de autos «se precisó de la sentencia para quedar adecuadamente determinada», tal como anteriormente se tiene ya declarado (SS. 19 diciembre 1951, 31 marzo 1955, 18 noviembre 1960, 20 diciembre 1966, 8 junio 1981 y 3 julio 1984).

También, el devengo de intereses sólo se producirá desde la fecha de la pronuncianción de la sentencia hasta el momento o día de ejecución del pago y consistirán en el interés básico o redescuento fijado por el Banco de España, incrementando en dos puntos, de conformidad con lo prevenido en la Ley de 26 de diciembre de 1980, que reforma el art. 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (V. RODRÍGUEZ ESPEJO, *Más sobre la reforma del tipo de interés legal del dinero*, en TAPIA. Publicación para el mundo del Derecho, 20 (enero-febrero 1985), p. 5, y ALVAREZ MORALES, *Consideraciones jurídico-financieras sobre la modificación del interés legal del dinero*, en LA LEY, 1.222 (21 junio 1985), p. 1. (J. B. C.)

13. *Culpa contractual y culpa extracontractual: Diferencias.*—La Sala expone las diferencias entre ambas clases de culpas, pues partiendo de la identidad del concepto de culpa del art. 1.104 del Código civil declara que mientras la culpa extracontractual representa un daño causado con independencia de cualquier re-

lación preexistente entre las partes, la contractual presupone una relación preexistente —generalmente un contrato— entre el autor del daño y el que lo ha sufrido con cita de sentencias anteriores). Por ello, el deber de indemnizar por infracción de contrato se desenvuelve dentro del ámbito de la preexistente relación; en cambio, cuando la indemnización deriva de acto ilícito extracontractual, la relación obligatoria surge por primera vez al producirse el daño. Como ya tiene declarado la Sala (se citan diversas sentencias), el vínculo obligacional surge en la reclamación extracontractual después de producido el evento indemnizable, como consecuencia de las normas impuestas por la convivencia y de la aplicación del principio «alterum non laedere», por lo que dicho nexo no constituye un «prius» como en la culpa contractual, sino un «posterius», lo que indica que el ámbito de aplicación de ambas clases de culpa es completamente distinto y del todo independiente.

*Es culpa contractual, no extracontractual, la del banco que carga en cuenta de otro banco el importe de tres talones nominativos pagados por el primero a persona distinta de la designada en los talones.*—La Sala entiende que es relación contractual, regida por usos del comercio o de los negocios, la que existe entre el banco pagador de los talones y el otro banco en cuya cuenta se carga su importe. (Sentencia de 9 de julio de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—La Caja de Ahorros A pagó el importe de tres talones nominativos a persona distinta de la designada en ellos como acreedora o legitimada para cobrar. Acto seguido, la citada Caja cargó el importe de los talones en la cuenta del Banco B, a quien entregó los efectos. El Banco B entregó los salones para compensación al Banco C, que hizo efectivo su importe. El Banco C, que era donde la libradora tenía la cuenta contra la que se habían extendido los talones, cargó su importe en la cuenta de dicha libradora. Esta última, al conocer que los talones habían sido pagados a persona distinta de la nominalmente designada en ellos, solicitó y obtuvo del Banco C la devolución del importe de los mismos. Por ello, el Banco C reclamó el citado importe al Banco B, quien se lo reintegró.

Así las cosas, el Banco B demanda a la Caja de Ahorros el reintegro del repetido importe de los talones.

La Audiencia estima de la demanda y el Supremo declara no haber lugar al recurso, en virtud de la doctrina citada más arriba. La demandada había invocado la prescripción del art. 1.968 (culpa extracontractual). (R. de A.)

14. *Sociedad familiar en Guipúzcoa conforme a uso del país: Donación de padres a hijo: Donación impropia: Inaplicación de la reducción de donaciones por inoficiosidad.*—La donación que pretende reducirse tiene su antecedente en una sociedad o mancomunidad a uso del país, de modo que las fincas no fueron donadas puramente sino más bien aportadas por los causantes, padres de los litigantes, a una sociedad familiar, entre cuyas estipulaciones figura las de haber de convivir el matrimonio formado por los padres y el del donatario, en determinado caserío del Barrio de Uribarri, trabajando todos los miembros en beneficio de la casa dentro de la medida de sus posibilidades, asistiéndose y ayudándose recíprocamente todos sus miembros, tanto en salud como en enfermedad y achaques, alimentándose de las ganancias que obtengan, de las que sufragarán todos los gastos; llevándose la administración conjuntamente por el padre y el hijo; y bajo tal condición, o sea, no interrumpiéndose la mancomunidad familiar pactada, es como

tuvo efecto la donación de la nuda propiedad de las fincas ahora reclamadas, constituyendo condiciones expresas las de vivir el donatario en el caserío familiar, ayudando y asistiendo a los padres hasta el fallecimiento; y haciéndose constar que mientras no resulte de documento auténtico la separación de las partes de la sociedad familiar, deberá entenderse subsistente ésta y en pleno vigor la donación realizada, se ha acreditado que la convivencia se mantuvo por más de siete años completos, y al fallecer el padre, la madre hace constar en escritura que teniendo en cuenta el fallecimiento del marido y su avanzada edad, así como el tiempo transcurrido desde la donación, da por cumplida la obligación de convivencia que su hijo tenía con ella, para la plena efectividad de las donaciones realizadas en su favor; supuesto de hecho al que no puede aplicarse la reducción por inoficiosidad, pues se trata de una donación impropia que exige demostrar la medida en que lo donado excedía del gravamen, lo que ni siquiera se ha intentado.

*Prescripción de la acción de reducción de donaciones por inoficiosidad.*—Es inaplicable el art. 1.965 C. c., que tiene por objeto las acciones *familiae arciscundae, communi dividundu* y *finium regundorum*, que son efectivamente imprescriptibles por la paladina previsión de la ley fundada acaso en ser más bien facultades inherentes a los respectivos derechos y sujetas por ello al principio *in facultativis non datur praescriptio*; el plazo de prescripción de la acción de reducción no es con seguridad el de quince años que la Audiencia le reconoce apoyándose en la generalidad del mismo, según los términos del art. 1.964, cabiendo pensar en otro plazo menor, así el de un año del art. 652, o acaso mejor el de cuatro años del 1.299, y más próximamente aún el de cinco años del 646 que contempla un supuesto semejante al litigioso, y entre los que se aprecia identidad de razón, por lo que procedería su aplicación analógica. (Sentencia de 12 de julio de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—La sentencia se refiere a un supuesto de hecho que era frecuente en el campo guipuzcoano, al menos hasta época relativamente reciente. El único hijo varón de la familia recibe el caserío y las demás tierras de labor, abonando una suma en metálico a los restantes hermanos (en el presente supuesto, cuatro hembras). Ante la inexistencia de una regulación foral del caso (Guipúzcoa, como se sabe, no ha sido territorio foral) se acudía a diversos mecanismos jurídicos, más o menos acertados. Mérito de esta sentencia (Pte. Serena Velloso) ha sido discernir adecuadamente el supuesto de hecho para descartar radicalmente la reducción de donaciones por inoficiosidad. Sólo de pasada se discurre sobre el plazo de prescripción de la acción, inclinándose por el de cinco años por analogía con el establecido para la revocación por supervivencia o supervivencia de hijos, en el que coincide un autorizado sector doctrinal (Cfr. LACRUZ, *Elementos* V, 1981, p. 514).  
(G. G. C.)

15. *Compraventa. Incumplimiento. Daños. Cláusula «rebus sic stantibus».*—Una vez más la sentencia que reseñamos refleja la voluntad del T. S. de reservar la aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» para casos excepcionales, en aras de evitar que padezca la seguridad jurídica y el principio «pacta sum servanda».

Así, en el caso que nos ocupa, aunque resulta probado que el contrato de compraventa celebrado entre las partes y que tiene por objeto mil seicientos toneladas de vigas de acero a doscientos veinticinco dólares U.S.A., por tonelada, fue incumplido parcialmente, debido, en principio, a dificultades surgidas en la factoría Altos Hornos del Mediterráneo, S. A., así como al desacuerdo de las

partes para adoptar el cumplimiento del contrato a las especiales circunstancias por las que atraviesa Irán, país destinatario de la mercancía; tan Alto Tribunal, no obstante, considera que no se ha violado por inaplicación la doctrina legal relativa a la citada cláusula «rebus sic stantibus». Y ello por entender que no concurren en esta ocasión los requisitos que esta Sala 1.<sup>a</sup> exige para su aplicación: a) alteración extraordinaria de las circunstancias al momento de la celebración del contrato; b) imprevisibilidad de tales circunstancias; c) desproporción exorbitante entre las prestaciones convenidas; d) la carencia de otros medios para subsanar dicha desproporción. (Sentencia de 27 de junio de 1984; ha lugar.)

(A. M. V.)

16. *Cesión de contrato: Doctrina general: Diferencia con la cesión de créditos.*—Aunque en nuestro Código civil no se contiene una regulación específica de la cesión de contrato, tanto en el campo de la doctrina como de la jurisprudencia está plenamente configurada así en su alcance como en sus efectos, pues doctrinalmente la cesión de contrato entraña la transmisión a un tercero de la relación contractual en su totalidad unitaria, presuponiendo la existencia de relaciones sinalagmáticas que en su reciprocidad se mantienen íntegramente vivas para cada una de las partes, de aquí que tenga el carácter de un contrato trilateral en el que necesariamente han de intervenir —aunque en sus efectos tengan distinta proyección— el cedente, el cesionario y el cedido, cuya presencia es inexcusable a fin de prestar su aquiescencia o consentimiento a la cesión, de tal manera que si la reciprocidad de obligaciones ha desaparecido, por haber cumplido una de las partes aquello a lo que venía obligada, podrá haber una cesión de créditos si cede el cumplidor, o una cesión de deuda si cede el que no ha cumplido, sin que en tales supuestos sea exigible el consentimiento del deudor; orientación doctrinal refrendada por la jurisprudencia de esta Sala en su S. de 26 noviembre 1982, que recoge las SS. de 28 abril 1966, 6 marzo 1963 y 25 abril 1975, y viene a establecer que la transmisión o cesión del contrato, que pasa a lugar a personas distintas de quienes originariamente lo contrajeron, es posible en el derecho patrio a la luz del principio de libertad de pactos que proclama el artículo 1.255 C.c., de tal manera que puede una de las partes contratantes hacerse sustituir por un tercero en las relaciones de un contrato con prestaciones sinalagmáticas, si éstas aún no se han cumplido, en cuyo supuesto sí que es exigible la prestación del consentimiento, anterior, coetáneo o posterior, del contratante cedido.

*Cesión de créditos: Innecesariedad del consentimiento del deudor cedido.*—En aquellos eventos en los que la parte cedente ha cumplido sus obligaciones contractuales, ha desaparecido el carácter sinalagmático del contrato primitivo, y al no existir la reciprocidad de obligaciones se produce la figura de la cesión de créditos, en virtud de la cual sólo se cede, a favor de un tercero, la posición acreedora del contratante vendedor, con todas las consecuencias que tal cesión lleva aparejadas, para lo que no se exige la prestación del consentimiento por parte del cedido, que sólo permanece en el contrato como deudor, frente a la posición acreedora del cesionario, y todo ello como consecuencia del cumplimiento por parte del cedente, de su obligación de entregar la cosa objeto de la compraventa, subsistiendo únicamente la obligación incumplida del deudor cedido, la del pago del precio, supuestos en los que la jurisprudencia (SS. 11 enero 1983, 27 febrero 1891, 28 octubre 1957, 7 julio 1958 y 5 noviembre 1974) mantiene que la cesión de créditos puede

hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor y aun en contra su voluntad, sin que la notificación a éste tenga otro alcance que obligarle con el nuevo deudor, no reputándose pago legítimo, desde aquel momento, el hecho en favor del cedente.

*Compraventa: Resolución por incumplimiento: Legitimación activa del cesionario de los derechos del vendedor: Voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento: Ofrecimiento de pago extemporáneo.*—Procede la aplicación del artículo 1.504 C.c. una vez acreditada la legitimación activa del cesionario del vendedor, pues se trata de la venta de inmuebles, estando cumplidas sus obligaciones por parte del accionante e incumplidas por la entidad demandada, ya que concertada la venta en 1967 el comprador no ha intentado su obligación de pagar el precio, hasta que hizo ofrecimiento de pago con fecha 10 abril 1980, ofrecimiento extemporáneo que determinó su rechazo, pues por acta notarial de 20 marzo 1979 se practicó el requerimiento resolutorio, precisamente en el domicilio social constante en el Registro Mercantil, voluntad rebelde que ha de estimarse reiterada dado que el plazo para abonar el precio, concertado en el año 1967, fue el de un año a contar de la fecha de la escritura, notablemente superado por el transcurso de más de 12 años, teniendo en cuenta que la demanda originadora fue presentada el 13 octubre 1980. (Sentencia de 23 de octubre de 1984; ha lugar.)

NOTA: Sentencia que puede incluirse en el grupo de las «doctas» que reiteran o confirman doctrina general con fines de adoctrinamiento, pues no en vano ambas sentencias de instancia había confundido la cesión de créditos con la de contrato (Pte. Gómez de la Bárcena). El estado actual de la doctrina española sobre la cesión de contrato puede verse en CASTÁN III, 13.<sup>a</sup> ed., 1983, p. 352 ss., pero allí advierto de que tal distinción entre cesión de créditos y cesión de contratos, con la general admisibilidad de esta última figura, dista de estar admitida en los restantes países europeos (loc. cit., p. 264, nota). Por otra parte, la doctrina a propósito de la resolución por incumplimiento se sienta en 2.<sup>a</sup> sentencia como consecuencia de la estimación del recurso y tener que actuar como Tribunal de Instancia.

(G. G. C.)

17. *Estipulaciones en provecho de terceros: Delimitación: Acción procedente.*—Conforme estableció la Sentencia de 9 de diciembre de 1940, para fijar su naturaleza específica es preciso diferenciar el régimen jurídico de la prestación a tercera persona según ésta venga autorizada solamente para recibir la prestación o adquiere además el derecho estipulado. Diferenciación que se traduce en que, en el primer caso, el tercero es únicamente destinatario de la prestación, sin facultad de exigir su incumplimiento al deudor, que nace y persiste en el contratante acreedor; mientras que en el caso de verdadero contrato a favor de tercero —del párrafo 2.<sup>o</sup> del art. 1.257 del Código civil— éste es el titular del derecho hacia él derivado.

En consecuencia, en el primer caso, el tercero sólo puede dirigirse contra el deudor que no cumplió la prestación en reclamación de daños y perjuicios, mediante acción fundada en la culpa aquiliana al amparo del artículo 1.902 del Código civil.

*Congruencia. Acción contractual o extracontractual. Economía procesal.*—Si bien es cierto que el Juzgador ha de atenerse a la clase de acción ejercitada en la demanda sin que pueda variarla, de modo que si se ejercita la acción extracontractual ex artículo 1.902 del Código civil, no puede alterarla para resolver como

si se hubiera ejercitado la derivada del contrato, y a la inversa, tal supuesto sólo podrá determinar la casación del fallo de la sentencia recurrida si la segunda sentencia que, en su caso, hubiere de dictarse al enfrentarse con el tema del fondo debatido llegará a la conclusión de que no concurren en el supuesto enjuiciado los requisitos exigibles para la atribución de la culpa extracontractual a la demandada, pues, según reiterada jurisprudencia de la Sala, por razones de economía procesal, y con criterio lógico y expeditivo, procede denegar la casación en todos aquellos casos en que las infracciones alegadas y estimadas no contradicen el razonamiento que sirve para mantener el fallo recurrido. (Sentencia de 13 de diciembre de 1984; no ha lugar.)  
(J. C.)

18. *Compraventa de Viviendas de Protección Oficial. Precio.*—El art. 28 de la Ley de Viviendas de Protección Oficial, Texto Refundido aprobado por Decreto de 12 de noviembre de 1976, se remite en cuanto a la fijación de los precios de venta de las viviendas acogidas a la misma, a «las normas que a tal efecto se establezcan», y el precepto general del art. 127 del citado Reglamento, a cuyo tenor tales precios máximos «se fijarán en la calificación definitiva», aparece matizado o concretado por el art. 2 de la Orden de 25 de enero de 1977 al disponer que el módulo establecido en el art. 1 no será de aplicación a las viviendas para las que se «hubiesen formalizado contratos de promesa de compra, de opción de compra o de compraventa, o bien los promotores hubieran percibido cantidad alguna a cuenta del precio de las mismas», supuesto en el cual dicho elemento del negocio será el resultante de la aplicación del módulo que se hallase vigente a la fecha de formalización de alguno de los documentos citados, o de la primera entrega a cuenta del precio de las viviendas; como acontece en el caso debatido, pues los adquirentes por virtud de los referidos contratos, todos anteriores en su data a la Orden mencionada, hicieron entrega «como reserva de entrada» de cantidades...

De tal suerte que el total «venía dado por el autorizado por el Instituto Nacional de la Vivienda en la cédula de calificación provisional, incrementado por el importe de una serie de mejoras expresamente encargadas por los actores» (hecho primero), punto este último no suscitado en el recurso y que las sentencias de uno y otro grado no analizan sin duda atendiendo a la categórica prohibición de cualquier subprecio, que en términos rigurosos formula el art. 29 de la Ley de 30 de julio de 1976. (Sentencia de 26 de diciembre de 1984; no ha lugar.)  
(L. R. A.)

19. *Resolución de compraventa. Artículo 1.504.*—En cuanto es doctrina legal reiterada que el requerimiento de resolución verificado con el apoyo del art. 1.504 del Código civil no alude al pago del precio, sino a que se allane el comprador a resolver la obligación, requisito cumplido en el caso contemplado por medio de acta notarial; es decir, que el fin de ese requerimiento estriba en obstar formalmente al pago hecho fuera del término convenido, como antecedente de la resolución del vínculo contractual y su contenido; reiterando lo dicho, implica una intimación a que se avenga el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculos a ese modo de extinguirla...; por consiguiente, una vez efectuado el requerimiento de resolución a que se refiere el art. 1.504, no se le puede conceder al comprador nuevo término para que satisfaga el precio, lo que sí pudo llevar a

cabo con anterioridad y sobre todo cuando por medio de requerimiento en acta notarial de fecha 3 de octubre de 1978 le fue instado el pago sin que lo efectuase, continuando así en la situación de incumplimiento y de verdadera rebeldía frente a lo pactado, lo que justifica sobradamente la debida aplicación del artículo 1.504.

*Cláusula penal.*—La facultad del vendedor de retener las sumas recibidas en concepto de indemnización indiscutible «como cláusula penal indemnizatoria con arreglo a lo establecido en el art. 1.152 del Código civil», según dice el contrato, y como justa compensación por los once años en que el comprador ha estado en posesión del inmueble, según deriva de los hechos probados; todo lo que pone de relieve la inexistencia de infracción alguna de los preceptos legales que se invocan en el motivo y la razón de la desestimación de éste. (Sentencia de 25 de enero de 1985; no ha lugar.) (L. R. A.)

20. *Resolución de compraventa. Artículo 1.504.*—No es admisible que la mencionada compradora tratase de abonar todo lo impagado, pues que esto viene vedado por el hecho de que cumplido el requerimiento de resolución que el meritado art. 1.504 establece carece ya de valor el vínculo jurídico contractual resuelto, sin posibilidad de nuevo término, como lo está poniendo de manifiesto que, según previene el párrafo final de aquel precepto legal, ni el propio juez podrá conceder nuevo término de cumplimiento, puesto que, también en discrepancia con la tesis del recurrente, el incumplimiento dentro del plazo de cuarenta días convenido en el precitado acto de conciliación de 29 de marzo de 1978, en manera alguna determina, a efectos de la resolución contractual en cuestión, la precisión de un nuevo requerimiento judicial o por acta notarial al respecto, toda vez que a ese fin ya es eficiente el llevado a cabo en el tan mencionado acto de conciliación de 29 de mayo de 1978, desde el momento que el expresado plazo de cuarenta días concedido no cabe entenderlo más que como una mera condicionante o aplazamiento para la efectividad de la sanción resolutoria acordada por el vendedor a medio del requerimiento judicial practicado con el meritado acto de conciliación, habida cuenta que requerir de resolución, con señalamiento de un plazo para evitarla, no es más que retardar los efectos de ella, pero no hacerla desaparecer, pues lo contrario conduciría al absurdo, y como de tal índole rechazable, de favorecer con un acto de gracia a quien ya tenía sanción legal definitiva, sin que le hubiere sido concedido tal beneficio.

*Daños y perjuicios.*—La cantidad que pierde el tan citado comprador por causa de la resolución del contrato de compraventa de que se viene haciendo mención queda adecuadamente compensado con el hecho de que desde el año 1972 hubiese estado disfrutando de la posesión del local en cuestión, sin otra causa compensadora que la cantidad de 224.000 pesetas, notoriamente inferior, e incluso altamente desproporcionado, al que hubiere de corresponder a cualquier acto posesorio retribuable, y concretamente al arrendaticio. (Sentencia de 10 de enero de 1985; no ha lugar.) (L. R. A.)

21. *Resolución de la compraventa de inmuebles: Artículo 1.504 del Código civil. Es bastante el requerimiento hecho por carta certificada dirigida por medio de notario.*—El art. 202 del Reglamento notarial, al regular las actas de notifica-



ción y requerimiento, tiene el propósito de que la «noticia» o la «voluntad» ínsitas en el acta lleguen efectivamente al destinatario. Y hay que tener en cuenta que dicho art. ha sido modificado por Real Decreto de 8 de junio de 1984, y que ya no distingue respecto al carácter requisitorio o no de las notificaciones, permitiendo la misma forma de envío por carta en ambos casos, circunstancia que si bien no es aplicable al requerimiento del caso —por su fecha— sí es criterio orientativo de una menor exigencia, así como dulcificador del rigor formal anterior.

*Buena fe y doctrina de los actos propios.*—Admitido por el comprador renuente al pago el haber recibido la carta requisitoria o conminatoria de pago en cuarenta y ocho horas y la notificación, en defecto de abono, de dar por resuelto el contrato, es claro y evidente que no puede ahora dicho contratante escudarse en una interpretación rigorista y formal del art. 202 del citado Reglamento Notarial, so pena de atentar contra el principio de buena fe (art. 7.º del Código civil) en una de sus manifestaciones, tal la del atenuamiento a los actos propios, pues a ello equivaldría sostener que no se ha cumplido dicha norma cuando él mismo reconoce y admite que sí se ha llenado el fin que persigue, o lo que es lo mismo, que supo y se dio por requerido, bien que de todo hiciera caso omiso.

*Falta de ingresos sufrida por el comprador.*—Frente a la alegación del comprador deudor del precio de haberse hallado enfermo y carente de ingresos durante un largo período, la Sala declara que esto es improbable dados los mecanismos de la Seguridad Social (se trataba de un empleado de «Iberia») y habida cuenta de que sería exagerado y desmesurado aceptar tal tesis —especie de estado de necesidad frente a otro interés particular o privado— como justificante del impago de una deuda, máxime cuando se trataba de un crédito de tan escasa cuantía —incluso para una economía modesta, pues los plazos mensuales de pago del precio aplazado eran de 5.000 pesetas—, lo que, sin repugnancia jurídica y moral, permite sentar que el impago de ese precio es constitutivo de incumplimiento y que la alegación del deudor carece de suficiente entidad para legitimar su conducta contraria al normal cumplimiento, tal como apreció la sentencia de instancia.

*La opción del artículo 1.124 del Código civil.*—No puede estimarse que el vendedor hubiere optado por el cumplimiento por el hecho de haber demandado antes al comprador en dos juicios ejecutivos (para el cobro de letras correspondientes a varias mensualidades de las 100 pactadas para el pago del precio aplazado), pues esas reclamaciones, tendentes a la satisfacción periódica de su derecho contractual, no pueden asimilarse a la facultad optativa o de elección que concede al acreedor el art. 1.124, pues se refiere a la entera unidad contractual, no a los impagos periódicos y aplazados, con la añadidura de que en modo alguno puede considerarse cumplimiento el abono por compulsión judicial, hecho que justamente demuestra lo contrario, esto es, la voluntad contraventora del contratante apremiado. (Sentencia de 1 de febrero de 1985.) (R. de A.)

22. *Compraventa de inmuebles: Resolución por incumplimiento: No procede si el vendedor incumple.*—No cabe separar ni aislar, en su eficacia jurídica, los arts. 1.124 y 1.504 C. c., sino que ambos se complementan en el sentido de que la regla general que se establece en el primero para toda clase de obligaciones recíprocas no obsta al desarrollo específico y concreto del art. 1.504 para el su-

puesto de compraventa de inmuebles, significándose con ello que habrá de concurrir en el que insta la resolución el cumplimiento de sus obligaciones, así como el incumplimiento de las suyas por parte del requerido, pero no un incumplimiento unilateralmente apreciado, sino real y verdadero, que supone un auténtico proceder contrario al fin normal del contrato; en el presente caso la vendedora requirente de resolución no había puesto su voluntad al servicio del pacto, siendo esta conducta la que provocó el incumplimiento de las compradoras, que se vieron sin el numerario para pagar el precio por la pasividad en la gestión de la hipoteca por dicha parte, lo que origina que no estén incurso en culpa contractual y se desestima la petición de resolución. (Sentencia de 15 de octubre de 1984; no ha lugar.) (G. G. C.)

23. *Compraventa de finca gravada con servidumbre no aparente: Artículo 1.483 C. c.: «Dies a quo» de la acción de indemnización.*—Las vendedoras no han conseguido probar que el comprador supiera, sea al adquirir la parcela, sea cuando el dueño del fundo dominante le interpuso acto de conciliación, que la finca se hallaba gravada con una servidumbre de paso no aparente, razón por la que ha de entenderse que no tuvo conocimiento de ella hasta el día en que por sentencia firme se declaró oficial y definitivamente la existencia del gravamen, hasta entonces sometido a reconocimiento y declaración judicial, sin que haya transcurrido un año a partir del día siguiente a la sentencia firme hasta el día de la interposición de la demanda. (Sentencia de 8 de enero de 1985; no ha lugar.)

La presente sentencia resuelve meramente cuestiones de hecho, a saber, si el comprador tenía conocimiento de la existencia de la servidumbre al tiempo de la venta y en el momento de ser demandado por el dueño del predio dominante, y con criterio harto discutible traslada tal conocimiento al momento de la firmeza de la sentencia. ¿No cabría aplicar criterios sobre interrupción de la buena fe del poseedor? Deja además fuera la amplia polémica doctrinal que el art. 1.483 suscita, de la que me he hecho eco en el tomo XIX de los *Comentarios al C. c.* dirigidos por Albaladejo (Madrid 1980), pp. 313 ss. (G. G. C.)

24. *Contrato de opción.*—Es reiterada la jurisprudencia que, ante el silencio del Código civil respecto del contrato de opción, ha definido y descrito el mismo como un contrato preparatorio, consensual y casi siempre unilateral y, en cuanto a la forma concreta de opción de compra, configurándola como un convenio en el que es incuestionable la decidida voluntad de las partes de celebrar una auténtica compraventa, cuyo incumplimiento no da lugar simplemente a la indemnización de daños y perjuicios, sino que faculta a la otra parte para exigir el cumplimiento así de la promesa como del contrato definitivo, efecto que se produce mediante la manifestación de voluntad del optante y la vinculación de la oferta —ya irrevocable— por parte del cedente vendedor, sin necesidad de nuevo contrato (salvo el complemento de la entrega según arts. 609 y 1.095 del Código civil); es decir, y conforme a las sentencias de 12 de julio de 1979, 16 de abril de 1979, 26 de mayo de 1976, 7 de noviembre de 1967, 22 de junio de 1966, 17 de octubre de 1961, hasta la de 23 de marzo de 1945, estimándose que la opción supone una compraventa concluida que no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio, bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compra quede

firme, perfecto y en estado de ejecución, obligatoria para el cedente, sin necesidad de más actos (lo que le diferencia del «pactum de contrahendo»), pues es con la aceptación cuando quedan definitivamente fijadas las recíprocas obligaciones que han de exigirse después —no precisamente en el plazo establecido para el ejercicio de la opción— con el nacimiento y perfección de la compraventa por obra del doble consentimiento (que en el optante es simplemente retardado o pospuesto al término previsto), máxime cuando ya en el contrato se fijó de modo claro y preciso el contenido de las prestaciones recíprocas, tales la cosa y el precio.

Ni del contenido del contrato ni de las normas generales de la compraventa puede desprenderse que le sea exigible al comprador aumentar sus deberes de contratante cumplidor con un plus de garantía para el vendedor que se resiste al cumplimiento de modo injustificado, tal como imponerle la consignación judicial del precio, tema que en la compraventa de inmuebles tiene su propia dialéctica (arts. 1.500, 1.504, 1.124 del C. c.) y garantía de los derechos del vendedor, en modo alguno aquí disminuida, sino satisfecha con la opción manifestada y coetáneo ofrecimiento de la cantidad —mitad— estipulada como precio, todo ello independientemente de la consideración de que los argumentos de ambos motivos en nada afectan a la perfección del contrato de compraventa operado —como antes se ha dicho— por la opción, y sí, en su caso, y como acertadamente dice la sentencia recurrida, a las vicisitudes de la compra (su consumación), tema en el que en la contestación a la demanda no se incidía, pues que en ella lo que se solicitaba por el cedente (vendedor) era la resolución del contrato de opción, no de la compraventa. (Sentencia de 9 de febrero de 1985; no ha lugar.)

(R. de A.)

25. *Arrendamiento de local sometido a L. A. U.: Revisión de rentas: Lo pactado prevalece sobre el régimen legal.*—El derecho sobre revisión de rentas en materia de arrendamientos urbanos está sometido a las fluctuaciones debidas a la evolución económica, como ponen de manifiesto los diversos Reales Decretos-Leyes que en lo que interesa a esta litis se han promulgado desde el 17 noviembre 1975 hasta 12 diciembre 1980; en todos ellos se manifiesta el propósito del legislador de acomodar el tráfico de rentas a las restantes medidas económicas, pero respetando lo pactado, de modo que no crean el derecho de revisar la renta ni introducen modificación alguna en cuanto a las fechas en que pueda hacerse, materias en las que se admite la validez de lo pactado, y lo único que hacen es determinar los módulos con arreglo a los cuales debe modificarse aquella cuando sea procedente, no bastando para ello la mera promulgación de dichas disposiciones legales.

*Abuso de derecho.*—Si se pactó que el precio del arrendamiento será revisado al final de cada nuevo período de cinco años, no puede decirse que abusa de su derecho el arrendatario que se opone a la revisión de rentas que pretende el arrendador, según su arbitrio, fundamentado en una interpretación errónea de los preceptos legales. (Sentencia de 20 de octubre de 1984; no ha lugar.)

(G. G. C.)

26. *Arrendamiento de industria: Existencia.*—Hay arrendamiento de industria cuando lo que el arrendador cedió en arrendamiento fue una variedad de elementos debidamente organizados y aptos para obtener un producto económico comercial, es decir, una unidad patrimonial con vida propia, y no el goce o uso de un

local con elementos dispersos y desarticulados. Y ello, aunque los elementos cedidos eran de escaso número, debido a la reducida entidad de la actividad comercial ejercida.

No obsta a esta calificación el hecho de que al producirse una prórroga del arrendamiento las mercancías que existían en el local eran propiedad del arrendatario, pues al mediar la prórroga no cambió de naturaleza el arrendamiento celebrado. (Sentencia de 21 de mayo de 1984; no ha lugar.)

27. *Arrendamientos rústicos. Aplicación temporal de procedimiento.*—Con ocasión de la entrada en vigor de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1981, el T. S. recalca la necesidad, que la seguridad jurídica impone, de la existencia de normas que regulen el tránsito entre la derogada y la nueva legislación sin atenerse a un principio de inexorable retroactividad, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.3 del C.c.

En el caso que nos ocupa el T. S. considera ajustada a derecho la sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla, que a su vez confirma la del juzgador de Primera Instancia, al ser coherente dicha resolución con lo establecido en la disposición transitoria 4.ª del C.c. y 1.ª de la nueva L.A.R., y en el art. 3.º del R.D. de febrero de 1981; en relación con los arts. 131 de la L.A.R. y 51.2 del R.A.R. de 29 de abril de 1959. Pues el estar iniciado el procedimiento antes de comenzar a regir la nueva Ley arrendaticia, el proceso por el que debía de sustanciarse la resolución del contrato por expiración del término, era el de desahucio por aplicación de la normativa derogada, y no el de cognición como establece la L.A.R. en vigor, en cuanto las partes no optaron por continuar según los trámites que la nueva Ley señala. (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1984; no ha lugar.)

A. M. V.

28. *Arrendamiento turístico de «bungalows»: Reclamación de rentas: Falta de legitimación activa.*—El Presidente de la Comunidad de Propietarios de los «bungalows» carece de legitimación activa para reclamar las rentas pendientes dado que el contrato de arrendamiento fue concertado por la Comunidad de Explotación de los mismos, que no comprende todos sino únicamente a los propietarios que persiguen el lucro en la explotación de los «bungalows», y cuyos intereses con frecuencia son contradictorios como los de los restantes.

*Error de hecho: Apreciación conjunta de la prueba.*—El acta de requerimiento notarial, que ya fue tenida en cuenta por la Sala en la valoración conjunta de la prueba, no puede servir de base para denunciar el error de hecho.

*Cuestión Nueva.*—La doctrina jurisprudencial según la cual cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, además de ser una cuestión nueva, resulta inaplicable en el presente caso al existir una Comunidad de Propietarios que es independiente de la Comunidad de explotación. (Sentencia de 20 de octubre de 1984; no ha lugar.)

G. G. C.

29. *Arrendamiento rústico: Derecho transitorio: Desahucio por expiración del plazo contractual: Derecho a la prórroga por ser cultivador personal.*—Es doctrina reiterada de esta Sala la de que el apartado 5 del art. 10 del R.A.R. de 1959 entiendo por explotación directa aquella en que se asumen los riesgos totales de la

empresa agrícola, sin distinguir entre aprovechamiento propiamente agrícola, ganadero o forestal en la finca a que afecte (s. de 26 enero 1981), y que el citado Reglamento define la explotación directa como aquella en que el cultivador de la tierra asume los riesgos totales de la empresa agraria sufragando los gastos a que la misma, lo que significa el desarrollo de la explotación con medios económicos propios, pero no que las operaciones de laboreo y cultivo tenga que realizarlas personalmente el arrendador (s. 14 marzo 1978); análogas conclusiones cabe deducir del artículo 16 de la nueva L.A.R. de 1980; y en el presente caso la prueba documental nos lleva a la conclusión de que el demandado lleva de modo directo y personal, con la ayuda de sus hijos, la explotación ganadera de las fincas del autor.

*Disposición transitoria 1.ª L.R.A. de 1980.*—Al gozar el recurrente de la cualidad de cultivador personal en los términos que define el art. 16 de la vigente L.A.R., por aplicación de la disposición transitoria primera tiene derecho a las prórrogas que la misma determine hasta el límite de 21 años, contados desde la iniciación del contrato. Sentencia de 17 octubre 1984; ha lugar.)

NOTA: Recuérdese que la S. del T. C. de 4 marzo 1982 declaró que la disp. transitoria 1.ª de la L.A.R. de 1980 no era inconstitucional. G. G. C.

30. *Arrendamientos rústicos: Ejercicio del derecho de retracto por el arrendatario: Ha de estarse al precio real, no al señalado en la escritura de venta.*— En punto a la determinación del «quantum» del reembolso que el retrayente ha de satisfacer para devenir adquirente por subrogación, al amparo del artículo 16 de la Ley de arrendamientos rústicos y 1.518 del Código civil, ciertamente no puede sentarse una regla absoluta ni tampoco arbitrar una interpretación literal ni estricta de los preceptos en cuestión, máxime cuando en estos casos las situaciones creadas por los intereses en juego (los de las partes, los de terceros posibles adquirentes e incluso los del Fisco) pueden prestarse a relativizar y aun a disfrazar los datos concretos de las operaciones transmisivas, obteniendo así apariencias y repercusiones unas veces favorables, otras perjudiciales para aquéllos, razones por las cuales pueden lícitamente citarse incluso direcciones jurisprudenciales distintas y posiblemente antagónicas, mas con el designio todas ellas de llegar a una solución justa, acomodada al respeto de la equivalencia de esos intereses contrapuestos.

Justamente esa motivación es la que predomina en la corriente jurisprudencial que ha establecido en los casos dudosos —y más aún en los estridentes— relativamente a la determinación del precio (de «precio» habla el Código civil, de «precio» y «valor» el Reglamento de arrendamientos rústicos), tanto cuando no hay constancia del mismo como cuando el que aparece en la escritura es desproporcionado o escandalosamente inferior al «valor» de la finca vendida, hay que estar por razón de justicia al «precio real», es decir, a la cantidad en metálico —o de otra forma— que se ha entregado por el comprador y, consiguientemente, que, conocido el verdadero precio, ese sea el que se ha de reembolsar aunque no coincida con el que figura en la escritura.

Según doctrina que cita, de anteriores sentencias, si bien en un principio hay que estar al precio escriturado, ello hay que entenderlo con la salvedad de no constancia en metálico o de existencia de fraude, lo que en definitiva autoriza, al menos cuando hay sospecha de simulación o cuando, discutido el precio como en este caso, la prueba acredita una flagrante desigualdad, autoriza, decimos, a la

aceptación de la tesis de la justicia al caso aplicada por la Audiencia mediante su apreciación de la prueba de ese precio real o valor señalado pericialmente y no combatido en el recurso. (Sentencia de 12 de junio de 1984; no ha lugar.)

**HECHOS:** El actor, cultivador de la finca, había ejercitado acción de retracto. En la escritura de venta se había hecho constar el precio de 40.000 pesetas. La Audiencia estimó la demanda, declarando el derecho del actor a retraer la finca previo pago al demandado (comprador) de la cantidad de 2.300.000 pesetas, que se fija, como precio real, juntamente con los demás conceptos a que se refiere el artículo 1.518 del Código civil, condenando al demandado a que en el término del tercer día otorgue a favor del actor la correspondiente escritura de venta.

**NOTA:** Esta doctrina, que nos parece correcta, plantea problema en el caso de que el retrayente hubiese ejercitado su acción precisamente por el precio que se hizo constar en la escritura (cosa que aquí no ocurría). Sería un tanto anómalo que el retrayente viese desestimada su demanda —en razón a la doctrina de esta sentencia— y por ello perdiese la oportunidad de retraer por el precio real, pues es de suponer que habría caducado el plazo para ejercitar su derecho. Y, por otra parte, concederle el retracto por el precio real si él había invocado el de la escritura sería incurrir en incongruencia, a nuestro juicio.

R. de A.

31. *Arrendamientos rústicos: Prórrogas.*—Si para que al arrendamiento litigioso le afectasen las prórrogas otorgadas por los Decretos-leyes de 30 de junio de 1978, 16 de junio de 1979 y 10 de octubre de 1980, y, por tanto, permaneciese en vigor al entrar a regir la citada Ley 83/1980, era requisito indispensable que el arrendatario fuese cultivador directo y personal, es claro que negaba la premisa es decir, dicha cualidad, debe negarse también la consecuencia, es decir, la prórroga pretendida. (Sentencia de 14 de febrero de 1985; no ha lugar.)

R. de A.

32. *Contrato de arrendamiento de servicios y de arrendamiento de obra: Diferencia.*—El llamado «contrato de arquitecto» por ciertos sectores doctrinales puede quedar integrado dentro de los de obra o del de servicios, viniendo determinada su inserción en uno u otro marco negocial por el contenido que al mismo hayan dado las partes contratantes. En consecuencia, y según la mejor doctrina científica, que mantiene también esta Sala entre otras en sentencias de 4 de febrero de 1950, 10 de junio de 1975 y 29 de septiembre y 3 de noviembre de 1983, para determinar la naturaleza del contrato habrá de estarse al objeto inmediato de la obligación, de tal modo que si lo convenido fuere la prestación de un trabajo, labor o actividad en sí mismo considerada y con independencia por tanto del resultado, el contrato será de arrendamiento de servicios, mientras que si lo que se conviene o pacta es un resultado sin consideración al trabajo o actividad que lo produce es de obra, siendo esta última manifestación la que reviste el contrato de autos (se trataba del encargo por un Ayuntamiento a un arquitecto de la redacción de un plan general de ordenación urbana).

*Aplicación de la equidad.*—La equidad, instituto introducido en el Código civil por la reforma que se operó en su Título Preliminar por la Ley de 17 de marzo de 1973, aparece, como ya se indicó en la sentencia de 28 de abril de 1983, a manera de una fase o elemento de interpretación a la par que corrector de la generalidad de la ley, cuya aplicación, con la debida cautela, viene conferida exclusiva-

mente a los tribunales, lo cual conduce a que el criterio mantenido por la Sala *a quo* deba prevalecer sobre el que pretende imponer el recurrente, al no ser arbitrario ni desorbitado. (Sentencia de 29 de junio de 1984; no ha lugar.)

NOTA: El Tribunal Supremo declara pertinente la invocación de la equidad —que nosotros consideramos poco adecuada— hecha por la Sala de Instancia al conceder al demandante arquitecto una cantidad inferior a la por él reclamada, en atención a que el encargo no se había terminado, pero que se habían realizado ciertos trabajos, bien que incompletos e inidóneos.

Aparte de que la alusión a la equidad acaso sea poco afortunada para fundar esa decisión, llama la atención el hecho de que, después de configurarse el contrato de autos como arrendamiento de obra —contrato de resultado—, se conceda al actor una retribución, aun reconociéndose que el resultado (el encargo encomendado) no se había realizado.

R. de A.

33. *Arrendamiento de servicios de aparejador: Ampliación del encargo.*—La Sala extiende el artículo 1.593 del Código civil a los servicios de un aparejador, entendiendo que existe «aumento de obra» cuando se le encomiendan expresa o tácitamente otros trabajos distintos de los iniciales. Lo que justifica la exigibilidad de la retribución por estos trabajos añadidos.

*Contenido de la actividad del aparejador.*—Como colaborador técnico viene sometido a responsabilidad en lo concerniente a la solidez del edificio y perfecta acomodación de las obras a los proyectos del arquitecto, sin que le alcancen las deficiencias en la actividad de aparatos que tienen sus propios fabricantes, sus instaladores y hasta su garantía específica.

*Valoración de la prueba.*—Tal vicio *in iudicando* ha de consistir en no haber concedido el juzgador de instancia a un concreto medio de prueba el valor y la eficacia que le otorga un determinado precepto legal, y su denuncia requiere no sólo la indicación de la norma vulnerada y el concepto de la infracción, sino la referencia al cómo la Sala de Instancia desconoció esa pauta probatoria preestablecida (con cita de abundantes sentencias al respecto). (Sentencia de 8 de enero de 1985; no ha lugar).

R. de A.

34. *Arrendamiento de servicios: Gestión de préstamos hipotecarios: Reclamación de honorarios.*—No procede acceder a la reclamación de honorarios profesionales por la gestión de préstamos, pues si bien éstos se otorgaron, su concesión fue debida a gestiones realizadas por la propia solicitante y no por el actor, pues sería contrario a los más elementales principios de equidad que se condenara a un contratante al pago de honorarios por servicios no prestados.

*Error de hecho: Prueba.*—No son documentos auténticos para demostrar el error de hecho dos fotocopias de sendas comunicaciones dirigidas por el Banco Hipotecario a la entidad demandada, pues de ellas no cabe deducir, sin necesidad de conjeturas o hipótesis que en determinada fecha el actor continuaba realizando actos de gestión en favor de la entidad demandada. (Sentencia de 6 de julio de 1984; no ha lugar.)

35. *Arrendamiento de obra: Proyecto técnico y licencia de obras.*—La única doctrina de cierto interés en esta sentencia es la afirmación expresada como *obiter dictum*, de que todo proyecto lleva inexorablemente para su viabilidad, bien sea de

viviendas o de naves industriales, su aprobación por la superioridad para el otorgamiento de la correspondiente licencia de obras. No se matiza esta afirmación. Se trataba del encargo de un proyecto a un ingeniero de caminos. El comitente alegó la inviabilidad del proyecto, pero la Sala desecha este argumento por no haberse probado que el proyecto no fuese eficaz para el fin constructivo perseguido. (Sentencia de 28 de septiembre de 1984; no ha lugar.)

R. de A.

36. *Contrato de obra: Prescripción: Prueba.*—El hecho de que el día 23 de noviembre de 1978, fecha de presentación de la demanda que inició el presente litigio, había transcurrido con exceso el plazo de un año que para la operancia de la prescripción extintiva de la acción ejercitada fija la preceptiva contenida en el número primero del artículo 952 del Código de Comercio y sin que, de otra parte, el documento de 26 de mayo de 1978 contenga la renuncia a la prescripción ya operada que en el motivo se aduce.

La realidad es que lo que se pretende por la entidad recurrente es una revisión de la apreciación de las pruebas verificada por la Sala de instancia y ello con base en la cita de un numeroso conjunto de elementos probatorios, lo que, como es obvio, no es lícito sean aducidos en casación por la vía del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, significando el motivo, en definitiva, un intento de sustituir por el propio y particular criterio sobre apreciación de las pruebas el más autorizado del juzgador, introduciendo supuestos fácticos que el cauce elegido no autoriza. (Sentencia de 16 de enero de 1985; no ha lugar.)

L. R. A.

37. *Derecho de propiedad: Prueba de la condición de propietario por el adjudicatario de un local en procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.*—Es obvio que el actor presentó el testimonio del acta de remate en que se le adjudicaba el local (que tuvo lugar en un procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria), suficiente para justificar su título dominical, aunque no sea bastante para efectuar la inscripción registral, para lo que se exige el consiguiente auto judicial, indispensable para llevar a cabo dicha inscripción, pero no para acreditar la titularidad que se cuestiona, habida cuenta el sistema español vigente de adquisición y transmisión del dominio de bienes inmuebles; con independencia también de la adquisición de la posesión, que según el artículo 438 del Código civil tiene lugar no sólo por la ocupación material de la cosa o derecho poseídos, o por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad, sino también «por los actos propios y formalidades legales establecidos para adquirir tal derecho»...

*Vicios de la construcción de un local adquirido en venta judicial.*—Se alega aplicación indebida del 1.591 del Código civil, por entender que es incompatible con lo dispuesto en el 1.489, que prohíbe la reclamación de daños y perjuicios en las ventas judiciales, sin tener en cuenta que el precepto añade expresamente «pero sí a todo lo demás dispuesto en los artículos anteriores», referentes a «defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida» y lógicamente también al supuesto de ruina del edificio «por vicios de la construcción», justo porque ambas cosas no afectan a la subasta como tal —que es lo que la ley no permite—, sino a la



cosa que fue objeto de la subasta sometida al régimen de garantía del comprador en las ventas, a las que se asimila la subasta.

*Los artículos 1.484 y 1.490 del Código civil no son aplicables a casos de ruina del edificio por vicios de la construcción.*—Los vicios o defectos de que aquí se trata son específicamente derivados de la ruina del edificio, por vicios de la construcción, del suelo y de la dirección, que tienen una normativa particular, expresamente contenida en el art. 1.591 del Código, que excluye la aplicación de los citados 1.484 y 1.490. (Sentencia de 12 de febrero de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Se trataba del adquirente de un local —por adjudicación en subasta pública— que demandó al arquitecto y a los dos constructores intervinientes en la edificación. La Audiencia estimó la demanda. La Sala declara no haber lugar al recurso, basado sobre todo en que el actor no había probado su dominio sobre el local, al haber presentado sólo el acta de remate de la subasta.

(R. de A.)

38. *Construcción ruinosa. Responsabilidad por materiales inadecuados.*—Es jurisprudencia reiterada la que declara que el arruinamiento de un edificio o parte de él, causado por la mala calidad de los materiales empleados en la construcción lleva consigo, en principio, una responsabilidad múltiple que alcanza solidariamente al contratista ejecutor de la obra en tanto no se produzca la concreción individualizadora acerca de cuál de los dos intervinientes —técnicos y constructores— ha de asumir por su exclusiva negligencia el reproche de culpabilidad, corriendo de su cargo, y no del perjudicado que reclama, la carga de la prueba. (Sentencia de 31 de enero de 1985; no ha lugar.) (J. C.)

39. *Contrato de limpieza: Inexistencia de precio cierto.*—La Sala declara que en el contrato de limpieza no constaba la existencia de un precio cierto y que de ello se deriva la inexistencia del contrato mismo. (Sentencia de 29 de enero de 1985; no ha lugar.)

NOTA.—La doctrina citada se emite por la Sala en un caso en que se trataba del contrato celebrado entre el dueño de un colegio y una empresa de hostelería. En el contrato en cuestión, además de los servicios de alimentación de los alumnos, que se obligaba a prestar la empresa hostelera, ésta asumía trabajos de limpieza, con absorción de los trabajadores del colegio que venían dedicándose a este menester. La Sala denuncia la doctrina citada, que aunque expresada *obiter dictum*, no está de acuerdo con otra anterior y constante, que declara que en los contratos de arrendamiento de servicios y de obra, aunque no se determine de antemano el precio a satisfacer, el contrato es válido, pues el precio puede dejarse a determinación del juez, según el criterio de peritos. En el caso de autos parece que nos hallamos ante un contrato de obra o atípico asimilado a él. (R. de A.)

40. *Fianza. Préstamo concertado con posibilidad de prórroga. Renovación concertada con conocimiento del fiador.*—El contrato de fianza convenido se refiere no al mero aspecto temporal de dos años del contrato garantizado, sino al préstamo en cuestión a que afecta, y en los términos en que el mismo fue concertado, entre los cuales figura la cláusula de renovación tácita convenida y de la que tenía adecuado y completo conocimiento el fiador dada su condición de Presidente y Director General de la entidad a la que el préstamo fue concedido.

El art. 1.851 del Código civil hay que entenderlo referido exclusivamente al supuesto de que la prórroga se conceda sin contemplación y previsión de ella al tiempo de la creación de la fianza, pero no para el caso, que es el ahora producido, en que el fiador, al tiempo de constituir la fianza, conocía claramente y sin duda alguna que la obligación garantizada estaba concertada con posibilidad de prórroga del plazo de dos años convenido. (Sentencia de 8 de mayo de 1984; no ha lugar.) (L. F. R. S.)

41. *Contrato de asunción de responsabilidades hasta cierta suma: Interpretación: Ineficacia de una declaración unilateral.*—El contrato en virtud del cual uno de los socios asume las responsabilidades pecuniarias derivadas de la presencia de un tercero en el restaurante aportado a la sociedad, siempre que no excedan de dos millones de pesetas, no necesita de más explicitaciones ni de aclaraciones complementarias (*in claris non fit interpretatio*), y no puede quedar sin efecto por la manifestación unilateral hecha ante Notario por una de las partes, reduciendo la cuantía de tal responsabilidad, pues la propia naturaleza unilateral de esa manifestación la desprovee de toda eficacia para vincular a la otra parte, y más que elemento interpretativo para hallar el sentido de un contrato es una interpretación particular de un convenio, incapaz de invalidar la exégesis judicial del mismo.

*Prueba: Valor de la confesión.*—La confesión judicial de la sociedad actora relativa a un acto incidental, calificada por la Sala de «aislada y episódica», carece de influjo para desvirtuar la apreciación conjunta de la prueba, pues es doctrina reiterada que no tiene prevalencia sobre el resto de las pruebas, al no ser ya prueba plena, ni hay posibilidad de apreciarla si no es decisiva, clara y terminante. (Sentencia de 16 de julio de 1984; no ha lugar.) (G. G. C.)

42. *Responsabilidad civil. Culpa. Solidaridad.*—Todo el esfuerzo en él desarrollado para eliminar la relación de culpabilidad en el entrenador y en el Estado está condenado al fracaso.

La culpa o negligencia tanto en la órbita del Derecho civil como del «ius puniendi», viene actualmente elaborada con arreglo a un muy amplio y flexible esquema que permite comprender dentro de él, desde lo que viene denominándose en ambos órdenes jurídicos «culpa con previsión», caracterizada por constituir la frontera no siempre fácilmente determinable entre la pura negligencia y el «dolo eventual», tanto civil como penal, hasta la simple omisión de los cuidados, diligencias o cautelas propios de un normal padre de familia, sin olvidar tampoco las conductas asociales peculiares de quienes sobre la base de encontrarse en condiciones psíquicas idóneas para preveer como posible la producción de un resultado dañoso, sus módulos psicológicos o acaso amorales les conducen a eliminar mentalmente la posibilidad de su producción e incluso a que les resulte indiferente que ello acontezca, razón por la cual se abstienen de adoptar las preveniciones oportunas, conductas estas que bien merecen la calificación dada por un conocido jurista de «pecados de desamor», y en la que ha incidido el entrenador en cuestión.

Dado que cual tiene declarado con insistencia esta Sala, en materia de responsabilidad extracontractual preside «el saludable rigor que impone la seguridad de personas y cosas», lo que conduce a «la unidad de responsabilidad frente al perjudicado» y a una correlativa unicidad de la prestación de varios responsables...

Ha de tenerse en cuenta que en los supuestos recogidos en el art. 1.903 y conforme tiene declarado con insistencia esta Sala, la responsabilidad de las personas o entes en él descritos no es nunca subsidiaria sino directa, sin perjuicio de que caso de concurrir con el materialmente causante del daño surja la solidaridad. (Sentencia de 29 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (L. R. A.)

43. *Responsabilidad extracontractual. Doctrina del riesgo (condiciones).*—Si bien es cierto que en los supuestos de causación de riesgos por actos de una persona o entidad la doctrina de esta Sala ha proclamado la necesidad de llegar a una inversión de la carga de la prueba, haciendo recaer sobre aquel que provocó el riesgo el «onus probandi» de que utilizó toda su diligencia para impedir la causación del mal, no sólo no hay constancia de que la empresa demandada provocara riesgo alguno, al constar mediante informe suscrito por la Guardia Civil «que ese día no se abrieron las compuertas y trabajó un solo grupo de la central, que por otra parte está situada a no menos de 30 kilómetros del lugar del accidente», sino que además entre el hecho que se pretende imputar a la empresa recurrida —el aumento del caudal— y el daño producido —la muerte por inmersión en el río del marido de la recurrente— faltaría cualquier clase de nexo causal, al resultar acreditado que, como se apuntó anteriormente, no puede admitirse como conclusión lógica que una subida del nivel del agua de 16 cms. sea suficiente para arrastrar a un buen nadador, de no coincidir otras circunstancias determinantes, habiendo más bien de atribuirse el óbito a la circunstancia, ya señalada, de que la víctima se aventuró a cruzar el río por un lugar en que existe fuerte corriente y considerable profundidad, en ocasión en que el caudal estaba creciendo... (Sentencia de 14 de febrero de 1985; no ha lugar.)

(R. de A.)

44. *Error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba. No existe.*—Como ha sentado con reiteración esta Sala, el error de derecho en la apreciación de la prueba sólo tiene lugar cuando se desconoce el valor probatorio de un medio de prueba, violándose un precepto procesal que lo ampara y que debe ser citado expresamente en el recurso..., es también doctrina jurisprudencial constante la de que las actas de la prueba testifical, cuya valoración, por otra parte, se opera libremente por el juzgador de instancia, no tienen el carácter de documentos auténticos a los fines de casación.

*Responsabilidad extracontractual. Doctrina del riesgo.*—El hecho de que una de las partes, con su actividad, en este caso mercantil, ocasione un riesgo, le obliga a acreditar que, en caso de concretarse aquel riesgo en la producción de un daño, se procedió por parte del agente creador del riesgo a la adopción de cuantas medidas fueren racionalmente exigibles para prevenir el daño, lo que en el caso de autos no consta, toda vez que apareciendo del informe del Ministerio de Industria y Energía la existencia de un riesgo de incendio en la industria del demandado, «dada la naturaleza y combustibilidad de las materias primas», no aparece que la referida demandada recurrente adoptase las medidas precautorias suficientes para evitar un incendio que, producido que fue en su propia industria, llegó a ocasionar daños y perjuicios a la actora...». (Sentencia de 15 de febrero de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

45. *Responsabilidad extracontractual*.—«... declaración de culpabilidad que siempre habrá de conjugarse atendiendo a las circunstancias de persona, tiempo y lugar, a más del sector del tráfico o de la vida social en que tal conducta se proyecte, determinando así si el agente acomodó su actuar al cuidado, atención o perseverancia exigibles y con la reflexión precisa, encaminada a evitar un perjuicio de bienes dignos de protección jurídica», según sentencias que se citan.

*Documento auténtico*.—No tiene este carácter el testimonio emanado de actuaciones penales.

La sentencia absolutoria recaída en un proceso penal no prejuzga la valoración que de los hechos culposos o negligentes pueda hacerse en la vía civil. (Sentencia de 31 de enero de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

46. *Responsabilidad civil: Existencia de nexo causal*.—Aparece clara la responsabilidad del recurrente en la causación de los daños, sin que conste acreditada la intervención de tercero como productora de aquellos, de modo que pudiera interrumpir el nexo causal entre la acción culposa y el resultado perjudicial para la recurrida, ni consta nada probado que permitiera hablar de una autoría alternativa o conjunta en la causación dañosa.

*Concurrencia de varios agentes*.—En el supuesto de concurrencia de varios a un acto ilícito, cada uno de ellos, en defecto de otra prueba, debe responder del mismo.

*Indeterminación del causante del daño*.—En el mismo caso, cuando no puede determinarse cuál de los varios copartícipes ha causado el daño mediante su conducta, responderán todos ellos, lo que no es opuesto a que habiéndose demostrado únicamente culpa en el recurrente y en la entidad concedente responden ambos solidariamente. (Sentencia de 11 de febrero de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad demandada, «Catalana de Gas y Electricidad», tenía abierta una zanja el día 8 de junio de 1978 en una calle de Barcelona para efectuar trabajos de comprobación del estado de sus instalaciones. Aprovechando dicha zanja, la entidad codemandada, «Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S. A.», a través de su contratista, don Alberto Royuela, procedió a la instalación de cuatro cables de tendido eléctrico, situándolos entre la canalización propiedad de «Catalana de Gas» y de la «Compañía Telefónica», pese al escaso espacio existente entre ambas. Como consecuencia de esa operación de instalación efectuada por el señor Royuela, rompió la protección de los cables telefónicos mediante una picadura realizada por una herramienta perforadora, lo que se produjo debido al escaso espacio existente entre los conductos de la «Compañía de Gas» y los de la «Telefónica». Se probó que entre ambas conducciones (las de gas y teléfono) y transversalmente a ellas, el contratista de FECSA dispuso, incorrectamente, cuatro cables singulares para conducción eléctrica, disposición que se modificó posteriormente.

El Juzgado dictó sentencia estimando la demanda en cuanto iba dirigida contra «Fuerzas Eléctricas de Cataluña» y don Alberto Royuela Fernández, a quienes se condenó a satisfacer a la actora «Compañía Telefónica Nacional de España» el importe de los daños, solidariamente, con absolución de la otra demandada, «Catalana de Gas y Electricidad».

La Audiencia confirmó esta sentencia. Interpuesto recurso de casación por don Alberto Royuela, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo, con la doctrina arriba sintetizada.

NOTA.—En esta sentencia se tocan algunos puntos de interés. En primer lugar, se trata, aunque de modo tangencial o implícito, el problema de la responsabilidad o irresponsabilidad del comitente por daños ocasionados a terceros por el contratista. Es una cuestión de la que me ocupé en mi libro *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao, 1978, pp. 69-71, y luego en la obra colectiva *Conferencias sobre el seguro de responsabilidad civil*, Bilbao, 1979, pp. 94-97, en lo que a este punto se refiere. Más tarde volví sobre el tema en el artículo *De nuevo sobre el problema de la aplicabilidad del art. 1.903 del Código civil a las relaciones entre comitente y contratista*. Dado un cierto confusionismo que a mi juicio se daba en la jurisprudencia, recientemente he escrito el artículo *Otra vez sobre el problema de la responsabilidad o irresponsabilidad del comitente por daños causados por empleados del contratista (antecedentes y comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1984)*, actualmente pendiente de publicación en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario». El anterior trabajo fue publicado en «Estudios de Deusto», vol. XXVIII/2, julio-diciembre de 1980, pp. 255-272.

El problema a que vengo refiriéndome fue objeto de una interesante nota en este ANUARIO por parte de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, comentando la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1980, en la que fue ponente —como en ésta que ahora nos ocupa— don Jaime Santos Briz (la nota está en el volumen XXXIV, 3, 1981, pp. 914-916).

En su comentario, CABANILLAS puso de relieve cómo la doctrina de aquella sentencia difería de la sostenida por los autores españoles (citándose, al efecto, como único ejemplo, con suma e inmerecida deferencia, mi referido libro *Lecciones sobre responsabilidad civil*), excepción hecha de SANTOS BRIZ, ponente como queda dicho en aquella sentencia y en ésta de ahora.

Al comentar yo la de 31 de octubre de 1984 (*Otra vez sobre el problema...*, citado), intentaba poner de manifiesto que a pesar de alguna vacilación jurisprudencial parece imponerse en la doctrina del Tribunal Supremo la tesis que personalmente me convence, esto es, la de que el comitente en principio no responde de los daños causados a terceros por el contratista si, como es característico del contrato de obra, el contratista actúa con independencia funcional respecto del comitente y sin seguir las instrucciones de éste. La inexistencia de vínculo de supeditación y la necesidad —a mi juicio— de interpretar restrictivamente el artículo 1.903 del Código civil conduce, a mi entender, a la conclusión citada, susceptible, eso sí, de excepción cuando no concurra la primera circunstancia, esto es, cuando se acredite que el contratista, al actuar, lo hacía siguiendo órdenes o instrucciones del comitente, directamente determinantes de la producción del daño.

Esto último es lo que ocurre en la sentencia que ahora comento, en que la Sala del Supremo da por sentado —sin que sea un hecho debidamente combatido en casación— que hubo culpabilidad por parte de la entidad concedente, denominación con la que se refiere la sentencia al comitente de la obra, es decir, a «Fuerzas Eléctricas de Cataluña», sociedad que por cierto no recurrió en casación, pues sólo lo hizo el contratista señor Royuela. Parece, pues, que los órganos judiciales de instancia apreciaron culpa en el comitente, que probablemente consistió en haber dado instrucciones al contratista sobre la forma de hacer el trabajo, que fue lo que dio lugar al daño. Si es así, estamos plenamente conformes con la doctrina de la Sala, que por otro lado no pudo ser distinta por la manera en que se produjo el recurso de casación y por el hecho de que éste no es una tercera instancia, como reiteradamente tiene declarado ya el Tribunal.

No estaríamos de acuerdo con el desenlace del pleito —independientemente de la doctrina de casación, que tiene que correr por sus propios cauces— si no se hubiera probado en él que la entidad comitente había gobernado la ejecución de la obra mediante instrucciones u órdenes en tal sentido al contratista.

Otro punto que toca la sentencia es el relativo a daños causados por varios

agentes, en el que la Sala se inclina por la responsabilidad solidaria de todos ellos, con lo que reitera impecable parecer de varias sentencias anteriores que no es del caso citar.

Por fin, aunque un poco de soslayo, la sentencia se manifiesta también sobre el supuesto en que no puede determinarse cuál de los varios copartícipes ha causado el daño mediante su conducta, hipótesis en la que la Sala se inclina por la responsabilidad solidaria de todos los implicados.

Este es un problema muy interesante, sobre el que he tenido ocasión de escribir en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» (*Indeterminación del causante de un daño extracontractual*, comentario a las sentencias de la Audiencia Territorial de Burgos de 4 de diciembre de 1980 y de Palma de Mallorca de 24 de enero de 1981, tomo LXXXVI de la segunda época, enero 1983, pp. 23 a 76), y en «Estudios de Deusto», *Notas sobre el daño extracontractual causado por el miembro indeterminado de un grupo*, ampliación del artículo anterior y que se halla actualmente en prensa.

Lo que sí debo hacer notar es que en el caso que nos ocupa no se trataba propiamente de indeterminación del causante del daño, pues la Sala del Supremo dice que se había demostrado únicamente culpa en el contratista y en el comitente, que es a quienes se condena de forma solidaria. Como digo, esta frase excluye la hipótesis propiamente dicha de indeterminación del sujeto causante del daño, que se limita a aquel caso en que varias personas actúan de forma peligrosa y una de ellas causa el daño (sólo una), pero sin que se sepa de quién se trata. Por ejemplo, varios niños disparan fusiles de aire comprimido y un proyectil hiere a otro niño. Se sabe que ha tenido que causar el daño uno de los primeros, pero se ignora quién en concreto. En el caso de autos, insisto, la Sala da por sentado que el daño lo han causado los dos condenados, comitente y contratista, lo que me hace pensar que la doctrina que la Sala sienta al respecto era aquí, en rigor, de innecesaria cita. (R. de A.)

47. *Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual.*—Entablada por una compañía aseguradora —por subrogación en los derechos de la asegurada, a quien indemnizó los daños— acción de reclamación de tales daños contra la empresa transitaría con la que el dueño de la mercancía había contratado el transporte, contra la empresa a quien la transitaría había encomendado el transporte (denominada asentista), contra el dueño del camión en que se transportaba la maquinaria y contra el conductor del mismo, la Sala de instancia acierta al aplicar al caso preceptos relativos a la responsabilidad extracontractual, pues por un lado se da la existencia de una relación contractual de la entidad propietaria de la maquinaria con quienes se encargaron del transporte (la sociedad transitaría), y por otro hay falta de toda relación derivada de contrato con quienes materialmente realizaron el transporte (la entidad asentista —que era la recurrente—, el dueño del camión que con ella contrató y el conductor del mismo. Circunstancias fácticas que no obstan a que se acuerde indemnización que haya de satisfacerse solidariamente por unos en concepto de contratantes de los servicios del actor y por otros en concepto de responsables por culpa extracontractual.

*Responsabilidad extracontractual derivada del contrato.*—A continuación la Sala desarrolla una original doctrina, diciendo que «si bien los daños surgieron en el cumplimiento de un contrato de transporte, no puede decirse que se debieran al cumplimiento normal de dicho contrato, sino mediatamente del mismo y sí directamente de un accidente de circulación durante el transporte con daños en la máquina transportada a consecuencia de la impericia de quienes ordenaron y realizaron el viaje, habiéndose declarado por esta Sala (Sentencias de 14 de abril de 1981, 8 de noviembre de 1982, 9 de marzo de 1983 y 10 de mayo de 1984,

entre otras) que no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial, supuesto que en el caso debatido no se dio, en cuanto se trató simplemente de un accidente sobrevenido por una conducción defectuosa de un vehículo de motor, al no haberse observado por quienes en ella intervinieron las precauciones que venían impuestas por la carga que transportaba, derivándose de todo esto que sin perjuicio de la base contractual entre los interesados en el transporte han de operar, como consecuencia del mismo, relaciones extracontractuales...».

*Solidaridad de quienes intervinieron en la realización del transporte.*—En el siguiente considerando, la Sala declara la procedencia de la condena solidaria de todos cuantos intervinieron en el transporte, independientemente de que estuvieran ligados con el dueño de la mercancía por una relación contractual (el transitario) o extracontractual (los demás demandados), sobre todo teniendo en cuenta la doctrina expuesta en el apartado anterior, esto es, la de que los daños surgieron fuera de la órbita de lo pactado y del desarrollo normal del contenido negocial, lo que determina que el aspecto contractual queda situado al margen.

*Responsabilidad del asentista por hechos de sus dependientes o auxiliares.*—Si bien la sentencia recurrida califica de asentista, desde el punto de vista del transporte, a la entidad recurrente, a tenor del art. 379 del Código de comercio, ello ha de entenderse como limitado al ámbito estricto del contrato, pero no obsta a que tal asentista, considerado en la perspectiva del art. 1.903 del C. c., aludido por la misma sentencia, opere como empresa responsable por los daños que causen sus dependientes o auxiliares en el cumplimiento del contrato, que actuaron, según consta probado, siguiendo las instrucciones que la misma empresa les impartió...».

*Aplicación de los artículos 1.101 y 1.903 del Código civil.*—En cuanto a la no aplicación del art. 1.101, no se descubre esta aplicación como necesaria en el supuesto litigioso, en cuanto que se acudió al art. 1.902, sin perjuicio de sostener que tanto uno como otro precepto pretenden una finalidad común, que es el resarcimiento de daños o la reparación de derechos lesionados, sin más limitación que evitar que se produzca una doble indemnización por un mismo hecho causante de daños resarcibles...». (Sentencia de 9 de enero de 1985; no ha lugar.)

NOTA.—Nos parece que la doctrina que casi, o sin casi, hace entrar en el terreno de la responsabilidad extracontractual los fenómenos de incumplimiento de obligaciones contractuales que, según se dice, salen del cumplimiento normal del contrato, es poco afortunada e innecesaria.

Poco afortunada, porque, por ejemplo, en el caso de autos se trataba claramente, a nuestro juicio, de un incumplimiento de la obligación o un cumplimiento defectuoso característico del deber de actuación del transportista. Colocar mal la mercancía transportada y por ello sufrir un accidente es, según creemos, la forma más característica de incumplir el porteador sus obligaciones contractuales. Si no lo es ello, no vemos qué es lo que pueda serlo.

Lo que acontece dentro de la rigurosa órbita de lo pactado, usando términos de otras sentencias citadas por la que comentamos, es cumplir. Y, por hipótesis, cuando tratamos problemas como el del caso de autos, nos referimos a supuestos en que el obligado ha incumplido. Y, según decíamos antes —siguiendo nuestro razonamiento—, parece que estibar mal la mercancía es la forma paradigmática

de incumplir el contrato de transporte, no de incurrir en responsabilidad extracontractual.

Y decíamos también que la citada doctrina nos parece innecesaria. En la resolución comentada se hacen esfuerzos por sujetar a todos los demandados a responsabilidad o deber de indemnizar los daños. Para ello se recurre, si bien a mayor abundamiento, a la doctrina a que venimos haciendo referencia. Cuando en rigor, a nuestro juicio, eso no era necesario, pues nada impide —como la propia sentencia razona— que de un mismo hecho resulte para unos responsabilidad contractual y para otros la aquiliana, que en definitiva se traduce —para todos— en el deber de reparar los daños ocasionados, cualquiera que sea la calificación jurídica que el acto dañoso merezca.

Sin que, por otra parte, sea preciso acudir a tan distorsionante teoría para justificar la responsabilidad solidaria por la que esta concreta sentencia se inclina, pues basta a nuestro juicio que algunos de los responsables lo sean por la vía de la culpa extracontractual para que todos los condenados a resarcir lo sean en forma solidaria, en virtud de la fuerza atractiva que la fórmula de la solidaridad reviste, según creemos, cuando se trata de un daño causado por varios y no es posible decir de él que se trate de un daño derivado de incumplimiento del contrato, esto es, contractual, y por ende sometido a la presunción de mancomunidad del art. 1.137.

(R. de A.)

48. *Culpa extracontractual: Muerte en accidente minero: Falta de garantías.*—La resultancia probatoria denota una ausencia de garantías determinantes del resultado dañoso, que justifica cumplidamente la condena de los recurrentes, condena que asimismo hubiera procedido aún admitiendo que se adoptaron las prevenciones reglamentarias, por ser doctrina constante que cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales no han ofrecido resultado positivo, ello revela la insuficiencia de las mismas y que algo quedaba por prevenir, no hallándose completada la diligencia.

*Infracción de preceptos laborales.*—Es doctrina uniforme que la infracción de ley a que se refiere el ordinal 1.º del art. 1.692 L.E.C. se refiere única y exclusivamente a «normas de rango y naturaleza civil», de aquí que el art. 93 de la Ley de Seguridad Social no pueda amparar un recurso de casación.

*Independencia de la jurisdicción civil respecto de la laboral.*—La jurisdicción ordinaria no viene vinculada a la laboral, siendo plenamente independiente para valorar conductas cuando se accione al amparo de los arts. 1.902 ss. C. c. (Sentencia de 8 de octubre de 1984; no ha lugar.)

(G. G. C.)

49. *Culpa extracontractual: Daños por excavadora en cable de alta tensión: Obrar diligente.*—A tenor del art. 1.104 C. c., aplicable tanto a la culpa contractual como a la aquiliana dado su carácter genérico, la diligencia exigible en el obrar u omitir es la que responda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, es decir, la racional y ordinaria cautela que debe acompañar a todos los actos de los que puedan derivarse daños posibles; premisas que en el presente caso llevan a la conclusión de negar la concurrencia de un actuar culposo en la conducta de la empresa realizadora de las obras de excavación, pues si se atuvo rigurosamente a la información que previsoramente solicitó, tanto de la Corporación local titular de la vía pública que iba a ser pavimentada, como de la sociedad actora propietaria de la línea de alta tensión que discurría por el subsuelo de la calle, iniciando tales trabajos por lugar que, según tales antecedentes, no ofrecían riesgo alguno para tal instalación, es manifiesto que no puede reprochársele a la



demandada un obrar irreflexivo o falta de cautela y previsión integrador de una conducta culposa sobre la que asentar la responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos por la recurrente. (Sentencia de 18 de septiembre de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Obsérvese que el daño resulta ocasionado por la defectuosa información proporcionada por la propia entidad perjudicada y el Ayuntamiento, un tercero en el pleito, por lo cual no parece equitativo hacer aplicación de la doctrina del riesgo ni de la responsabilidad por hecho lícito. Ni social, ni jurídicamente cabe exigir más a la empresa constructora. (G. G. C.)

50. *Congruencia. Condena solidaria.*—No incurre en incongruencia la Audiencia que, resolviendo el recurso de apelación planteado por uno de los dos demandados condenados solidariamente, revocó la sentencia de instancia respecto de él y del otro condenado que se abstuvo de ejercitar la alzada, puesto que de la propia naturaleza del vínculo solidario que, precisamente declaró e impuso el Juez *a quo*, resulta que los efectos de la actuación procesal de uno alcanzan al coobligado por la fuerza expansiva de la solidaridad, siendo lógico que la declaración obligatoria de la condena al pago respecto de uno, por inexistencia objetiva de la obligación, afecte a los demás condenados solidariamente.

*Responsabilidad contractual. Concurrencia con la extracontractual.*—Postulada la indemnización reclamada por los demandantes, inquilinos de inmueble, arruinado, a los propietarios del mismo, precisamente en tal condición de arrendatarios, carece de sentido pretender la aplicación al caso del art. 1.907 del Código civil, precepto relativa a la responsabilidad extracontractual, para el resarcimiento de los daños causados por la situación de ruina del inmueble por falta de las reparaciones necesarias. (Sentencia de 17 de junio de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—En el caso, los inquilinos del inmueble demandaban a sus copropietarios, así como al de un solar contiguo y al constructor y técnico que llevaron a cabo en este último una obra que, según los demandantes, fue la causante de la ruina del citado inmueble arrendado, que no fue reparado por sus propietarios, quienes procedieron a solicitar la declaración de estado de ruina.

La Sentencia de 1.ª Instancia absolvió al propietario promotor, contratista y técnico y condenó a los arrendadores del inmueble arruinado a indemnizar a los arrendatarios. Estos recurrieron en apelación, pero tan sólo en cuanto a los demandados condenados, pretendiendo el incremento de indemnización (con lo que la Sentencia quedó firme para los restantes demandados no condenados); de otro lado, en casación no se combatió la declaración de la Sala sentenciadora de que la ruina no derivó del incumplimiento de la declaración de reparar del arrendador, sino de actividades de terceros absueltos. (J. C.)

51. *Daños físicos causados por conducción eléctrica. Responsabilidad. Interpretación del artículo 1.902 del Código civil.*—El demandante, ahora recurrido, hallándose trabajando en el terrado propiedad de quien le contrató, al proceder a instalar unos tubos para la conducción del agua al depósito existente en el terrado dicho, recibió una fuerte descarga eléctrica que le produjo lesiones físicas, a consecuencia de la caída sobre el mismo de un cable de alta tensión que existía sobre el referido terrado, para la conducción eléctrica, de la Compañía «Hidroeléctrica de Cataluña. S. A.».

El mero cumplimiento de formalidades administrativas, cuando se aprecia que éstas han sido insuficientes, no exonera de la responsabilidad que resulta, como en el presente caso, del mantenimiento peligroso de conducciones eléctricas de alta tensión, que aunque autorizadas en su día no se adaptan a la realidad existente hoy, sesenta años después, creadora de circunstancias de hecho distintas emanantes de construcciones de mayor altura, y con elementos de diferente índole derivados del avance técnico que en cuanto han sido construidas presuponen consentimiento compatible con dicha conducción eléctrica, que al resultar actualmente generante de posibles peligros, suficientes para generar la responsabilidad que la presente sentencia acoge, en ortodoxa aplicación de la reiterada doctrina jurisprudencial.

*Interpretación del artículo 1.902 del Código civil.*—No hay interpretación errónea del art. 1.902 del Código civil cuando hay una vinculación de causa a efecto y consiguiente nexos causal, como en el presente caso, lo que claramente revela que concurren los requisitos exigidos para la aplicación del artículo en cuestión, a saber, acción u omisión, resultado dañoso y relación causal, aunque pudiera apreciarse un cierto matiz de imprudencia en la actuación del recurrido, lo que únicamente influye a efectos de la determinación del «quantum» indemnizatorio. (Sentencia de 29 de junio de 1984; no ha lugar.) (P. M. H.)

52. *Daños en cable telefónico subterráneo. Responsabilidad extracontractual. Requisitos de matiz fáctico y de índole jurídica. Previsibilidad.*—Reiterada doctrina de esta Sala (SS. 5 de junio de 1948, 12 de mayo de 1964 y 9 de junio de 1969) ha establecido en relación a los supuestos exigibles para la estimación de la responsabilidad extracontractual, que entre los requisitos de ésta a efectos de casación, es necesario distinguir los que participan de un acusado matiz fáctico, de aquellos otros de predominante índole jurídica, destacando entre los primeros la existencia de acción u omisión determinante de la producción del evento dañoso y el propio daño originado, y entre los segundos la culpa o negligencia atribuible al agente y la relación de causalidad entre el daño y la falta, siendo de destacar que la calificación de la acción u omisión como culposa o negligente exige la posibilidad de la previsión por el agente de que el resultado dañoso podía originarse, por omisión de aquella diligencia que exige la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. (Sentencia de 20 de junio de 1984; no ha lugar.) (E. M. S.-R.)

53. *Daños en edificación colindante. Relación de causalidad.*—Aunque resulta acreditado un daño real en las casas, y también existencia de obras efectuadas por el propietario de la finca colindante, sin asistencia de la oportuna dirección técnica, lo que no puede afirmarse justificado adecuadamente es que los daños que se pueden apreciar sean consecuencia directa y necesaria de las obras realizadas, y de lo actuado en el procedimiento no puede deducirse tal relación, pues la vejez y abandono de las casas dañadas hacen dudar que los mencionados daños procedan de ello o de la obra efectuada. Para apreciar la existencia de culpa extracontractual, en este supuesto, faltan dos requisitos que no son otros que la existencia de acción u omisión culposa o negligente atribuible al agente y la relación de causa a efecto entre tal norma de conducta y el resultado dañoso. (Sentencia de 28 de mayo de 1984; no ha lugar.) (E. M. S.-R.)

#### 4. Derechos reales

54. *Casación. Error de hecho resultante de documentos auténticos.*—Es necesario no sólo individualizar y concretar los documentos que muestran la supuesta equivocación, sino aquella parte de los mismos que se halle en contradicción palmaria con los hechos fijados formalmente en la Sentencia combatida.

*Idem.*—Según tiene declarado reiteradamente esta Sala, no goza del carácter de documento auténtico a estos efectos la certificación de conciliación.

Igualmente, tampoco las actas notariales tienen el carácter de documentos auténticos a los fines del recurso de casación.

*Usucapión: Interrupción.*—Conforme declaró la sentencia de 23 de diciembre de 1961, no es justificado invocar, pese a su similitud, el artículo 1.973 del Código Civil, relativo a los modos de interrumpir la prescripción extintiva, en cuanto a la interrupción de la usucapión, ya que su mandato no puede proyectarse frente a la prescripción adquisitiva del dominio y una simple reclamación no es suficiente para interrumpirla, produciéndose tal evento sólo cuando se cesa en la posesión más de un año (artículo 1.944 del Código Civil), o cuando el poseedor se ve demandado judicialmente (artículo 1.943). (Sentencia de 20 de septiembre de 1984; no ha lugar.) (J. C.)

55. *Doble venta: Venta de la nuda propiedad.*—El precepto que regula el conflicto ocasionado por la pluralidad de ventas sobre una misma cosa, es de aplicación, por identidad de razón, aunque alguno de los contratos venga referido a la nuda propiedad ya que se trata también de un negocio traslativo a título oneroso con la específica clarificación de compraventa, y el nudo propietario comprador ostenta un derecho preeminente, al que corresponde un poder dispositivo que el usufructuario no puede menoscabar.

*Principio da mihi factum: Cuestiones planteadas en conclusiones.*—No se infringe este principio por no tener en cuenta cuestiones planteadas en el escrito de conclusiones —trámite no idóneo para plantear cuestiones nuevas— silenciadas en la fase expositiva de la litis, sorprendiendo así al adversario con la alegación de distintos razonamientos o la utilización de preceptos y excepciones por vez primera, que de ser acogidas provocarían una clara incongruencia.

*Casación: Presunciones: Criterio del Tribunal de Instancia.*—La determinación del vínculo entre el hecho básico y el deducido constituye una operación valorativa que es cometido del Tribunal de Instancia sólo revisable cuando su desacierto sea patente. (J. C.)

*Tercero hipotecario. Requisito de buena fe.*—El elemento de la buena fe, esencial al concepto del tercero hipotecario, pone a cargo de quien invoca la protección tabular una diligencia mínima en la formación del estado cognoscitivo, por cuanto no cabe prescindir de un deber moral de averiguación aludido por la jurisprudencia en sentencias de 28 de julio de 1941 y 14 de marzo de 1963.

*Venta con reserva de usufructo y tradición.*—La reserva del usufructo no impide considerar producida la traditio instrumental ínsita en el otorgamiento de escritura pública de compraventa de la nuda propiedad (al amparo del art. 1.462,

párrafo 2.º, del Código civil) por cuanto el alcance y significación literal del artículo 609 de dicho Código ha de ser puesto en concordancia con las particulares notas de la propiedad adquirida. (Sentencia de 17 de diciembre de 1984; no ha lugar.) J. C.

56. *Accesión inmobiliaria: Doctrina general sobre edificación en terreno ajeno.* El acto de edificar en terreno ajeno puede revestir las modalidades que contempló la S. de 17 junio 1961: a) con plena conciencia por parte del constructor de que el suelo no le pertenece, en cuyo supuesto pierde lo construido en beneficio del dueño del terreno sin derecho a indemnización, y si éste no opta por la demolición de lo edificado a costa del propio constructor (arts. 362 y 363 C.c.), rigiendo el principio *superficies solo cedit*; b) en la creencia de que el terreno le pertenece, supuesto en que el dueño del solar tiene la facultad de hacer suya la obra, con indemnización al constructor y si no prefiere obligarle a pagar el precio de lo ocupado (arts. 361 en relación con 453 y 454 C.c.); y c) cuando el constructor rebasa los linderos de su finca e invade la contigua, sin dolo o culpa grave, extralimitándose con lo edificado, en cuya situación ganará el constructor la propiedad del todo, si bien el dueño del terreno tiene el derecho de percibir del edificante, como contraprestación, no sólo el valor del terreno ocupado sino además la indemnización reparadora de daños y perjuicios por imperativo del art. 1.902 C. c., como precisó la S. de 15 junio 1981.

*Construcción extralimitada: Requisitos.*—En el supuesto de construcciones extralimitadas esta Sala ha rechazado la rígida aplicación de la regulación legal de las construcciones en suelo ajeno, con materiales propios y de buena fe, acogiendo la denominada *accesión invertida*, respecto de la cual hay doctrina legal que exige tres requisitos: 1.º) Que la construcción o edificación invada terreno aledaño ajeno, 2.º) que esta inmisión se efectúe de buena fe, para lo cual es indispensable que el propietario que sufre la invasión no se haya opuesto oportunamente, y 3.º) que con la edificación resulten un todo indivisible el terreno ocupado y lo edificado sobre él, por el valor desproporcionadamente superior de lo construido en contraste con el del terreno ocupado o invadido, debiendo señalarse el carácter excepcional de esta doctrina, del que se sigue la exigencia estricta tanto del supuesto para el que fue creada como de sus requisitos.

*Inaplicación de la accesión invertida a la construcción que infringe servidumbre de luces y vistas.*—Tal doctrina es inaplicable al caso de la construcción de una escalera que, en parte, conculca el ordenamiento de una servidumbre de luces y vistas constituida por título, no obstante las advertencias del dueño del predio dominante y hallarse publicada por el Registro de la Propiedad, pues ello significaría alterar el régimen de constitución de las servidumbres y los modos de extinguirse éstas, actuando en el caso a la manera de una redención forzosa de la servidumbre, habiendo advertido la S. de 10 diciembre 1980, no ser la accesión, tanto la continua como la invertida, medio hábil para adquirir una servidumbre de luces y vistas.

*Mala fe del constructor.*—En todo caso, lo determinante y decisivo es que todas las sentencias recaídas en materia de accesión invertida exigen al beneficiario el indispensable requisito de la buena fe, rotundamente negado en este caso. (Sentencia de 1.º de octubre de 1984; no ha lugar.)

NOTA: La sentencia extractada es digna de destacarse bajo distintos aspectos. En cuanto a su fondo, por dejar claramente sentado que la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida no puede invocarse en el caso de que la construcción extralimitada infrinja una servidumbre de luces y vistas legalmente constituida. En cuanto a su forma, por la rigurosidad de la argumentación, depurada selección de los hechos básicos relevantes y claro planteamiento del *thema decidendi*, como resulta ya habitual en el Ponente (Serena Velloso).

Cuando en la doctrina se va difundiendo la opinión de que el principio clásico de la accesión inmobiliaria *superficies solo cedit*, recogido fundamentalmente en el art. 361 C.c., no resulta ya conforme con las modernas necesidades económico-sociales, especialmente en el ámbito de la construcción inmobiliaria, puede sorprender que se le siga considerando como «regla general y legal» (tercer considerando). Sin embargo, parece oportuno su recordatorio cuando recientemente el legislador ha tenido ocasión de reafirmarlo (art. 1.359 reformado en 1981), rectificando, por cierto, la normativa anterior de materia de gananciales. Con ello no se niega la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida, sino que se fijan con más precisión sus límites estableciéndose a modo de un balance general (segundo considerando). Es cierto que el argumento fundamental para rechazar el recurso ha sido la ausencia de buena fe en el constructor, pues la Comunidad de Propietarios, que había actuado tempranamente interponiendo, con éxito, interdicto de obra nueva, hizo saber inequívocamente su oposición al propietario del fundo sirviente; con todo, la aplicación a las servidumbres de la invocada doctrina resulta en extremo forzada y es susceptible de crear mayores problemas que los que trata de resolver. (G. G. C.)

57. *Acción de deslinde: Improcedencia.*—Como ha puesto de relieve reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (S.S. 14 de enero de 1936, S. 27 de abril de 1981, etc.) la confusión de linderos constituye presupuesto indispensable para la práctica del deslinde, y por ello la acción no será viable cuando los inmuebles se encuentran perfectamente identificados y delimitados, con la consiguiente eliminación de la incertidumbre respecto a la aparente extensión superficial del fundo y a la manifestación del estado posesorio; pero en todo caso es manifiesto que el primordial elemento de la confusión en la zona de tangencia de los predios no se producirá, obviamente, cuando se hallan separados por instalaciones de cierre, con independencia de que la superficie abarcada se corresponda o no con la extensión objetiva del correspondiente derecho de dominio, como es el caso del presente recurso, que constituye problema a dilucidar en contienda diversa a la suscitada con la acción de deslinde, estrictamente encaminada a precisar una línea perimetral inexistente en su exteriorización práctica.

La acción de deslinde requiere inexcusablemente la existencia de una situación confusa entre los predios colindantes, de modo que se origine la llamada posesión promiscua a que da lugar la indeterminación del lindero que los separa, circunstancia que no es dable apreciar en el supuesto del presente recurso.

*Diferencia con reivindicatoria, y declarativa.*—No hay interpretación errónea del primer párrafo del artículo 384 del Código civil aunque se argumente que: «este precepto y la acción de deslinde que otorga no precisan la existencia de una situación confusa entre los predios aledaños, pues de lo que se trata es de averiguar si tales alambradas están donde deben estar conforme a los títulos»; ya que al razonar así se desconoce cuál es la naturaleza de la acción esgrimida, cuya exigencia esencial se apoya, en la incertidumbre con la zona colindante de tal manera que si tal confusión no se da en la presente realidad de fondo, la controversia comporta materia propia de la acción declarativa de dominio o, con mayor probabilidad, de la reivindicatoria cuando el actor alega derechos sobre terrenos situados

más allá del lindero existente, pero desde luego no puede ser reconducida al ámbito de la acción de deslinde. (Sentencia de 18 de abril de 1948; no ha lugar.)

P. M. H.

58. *Terceña de dominio: Prueba.*—En desestimar la pretensión del tercerista, al no haberse probado dos de los tres requisitos indispensables para la prosperabilidad de la acción, como son la titularidad del dominio del reclamante y la identificación de la finca que se reclama.

El único documento que se alega es el referido contrato de 1943, que resulta insuficiente, por carecer en sí mismo de la indispensable autenticidad a los fines de casación, al haber sido examinado e interpretado dentro del conjunto de las pruebas practicadas, no demostrando por sí sólo y sin ulterior razonamiento de juicio, lo contrario de lo apreciado por los juzgadores; en cuya valoración, tampoco puede decirse violado el artículo 1.227 del Código civil, como por la vía del número 1 del 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pretende el motivo segundo, pues el indicado precepto lo único que determina es *la fecha de recepción*, respecto de terceros, de un documento privado, al que no atribuye otro valor jurídico que el resultante de su propio contexto, según las manifestaciones de los intervinientes que, en este caso, faltan por lo que se refiere a los supuestos vendedores. (Sentencia de 21 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

L. R. A.

59. *Terceña de dominio: Simulación de compraventa: Prueba.*—En referencia a esa excepción de simulación opuesta a la pretensión reivindicatoria y concretamente al título de propiedad esgrimido, la sentencia lo reputa «suficientemente demostrativo de la titularidad dominical» (considerando tercero) y respecto a la simulación absoluta alegada (considerando sexto) que «la impugnación contractual no ha sido planteada por vía de reconvencción como cauce procesal idóneo», habiéndose limitado la Sociedad demandada a postular la desestimación de *la demanda*», de una parte, y, de otra, que «no se estima la concurrencia de precio envilecido» y «la falta de posesión queda sin respaldo probatorio» amén de las presunciones que en favor de la parte actora fluyen del artículo 1.462 del Código Civil y del 38 de la Ley Hipotecaria; y, fundándose precisamente en la realidad de la compraventa que el Juzgado había negado, revoca la sentencia de primer grado y estima la de terceña, en la sentencia aquí recurrida.

*Anotación de embargo.*—No puede resultar debilitada por el embargo que tiene su acceso al Registro con posterioridad al otorgamiento de la compraventa, ya que los efectos jurídicos del embargo sólo son plenos y por lo tanto alcanzan a terceros a partir del momento en que se haga la anotación, sin que se pueda otorgar a la misma una retroacción que la Ley no establece: doctrina aplicable al caso presente cuanto más que en el mismo la compraventa tuvo acceso al Registro antes que el embargo. (Sentencia de 4 de enero de 1985; no ha lugar.) R. A.

60. *Comunidad de bienes de origen consuetudinario en Galicia.*—«Pues que la posesión, para que produzca sus normales efectos, requiere su desempeño no con aspecto de continuidad, sino con adaptación a las características de las cosas y las posibilidades que las mismas requieran a tal fin...».

«... aparte de que si a tenor de lo normado en el párrafo primero del artículo séptimo del Código civil, tienen amparo los derechos que se ejerciten conforme a las exigencias de la buena fe, teniendo consideración de costumbre «los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad», cual establece el párrafo segundo del número tres del artículo primero del Código civil, unido a que en la aplicación de las normas jurídicas, como pone de manifiesto el párrafo segundo del artículo tercero del mencionado cuerpo legal sustantivo, haya de considerarse la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente el espíritu y finalidad de aquéllas, es de apreciar que la singularidad de una distribución de dominio del monte en cuestión, con asignación de parcelas mediante operaciones particionales llevadas a cabo hace más de un siglo, con posesión indiscriminada entre los adjudicatarios de las parcelas asignadas conforme al ámbito temporal de disfrute que el terreno posibilitaba según sus características, no es significativo más que de una situación fáctica emanante de una manifestación comunitaria de disfrute en modalidad germánica arraigada en Galicia y singularizada, a efectos de atribución de dominio, mediante sucesorias y reflejo en partidas y transmisiones documentadas pública o privadamente y con efectividad provocada con actividades posesorias continuadas o intermitentes adaptadas a las características de la finca, su producción y posibilidades de disfrute». (Sentencia de 20 de diciembre de 1984; ha lugar.) R. de A.

61. *Propiedad horizontal: Gastos.*—El motivo tercero denuncia la violación por inaplicación de la regla quinta del artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal, siendo así que la sentencia recurrida aplicó rectamente tal precepto, pues el mismo dispone que la contribución de los propietarios de los diferentes pisos o locales a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble se hará con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido y precisamente los estatutos por los que se rige la Comunidad demandante establecieron al respecto un régimen especial.

La fijación de módulos distintos a los significados por la cuota de participación de cada piso o local en el valor total del edificio, sistema estatutario de distribución de gastos al que habrá de atenerse la Comunidad en tanto no sea modificado por la misma con observancia de los requisitos legales establecidos en la norma primera del artículo 16 de la Ley tantas veces mencionada. (Sentencia de 28 de diciembre de 1984; no ha lugar.) L. R. A.

62. *Propiedad horizontal: Impugnación de los acuerdos.*—Como entendió ya la sentencia de esta Sala de 4 de abril de 1984, la interpretación del artículo 16, regla cuarta, de la Ley de Propiedad horizontal no comporta la consecuencia de que cualesquiera acuerdos, con abstracción de su contenido, hayan de quedar todos ellos sujetos a la normativa de dicho precepto, la cual es referible únicamente a las más de las ilegalidades que afecten estrictamente al régimen de propiedad horizontal o a los estatutos privativos de la misma, no susceptibles de homologación con aquellas otras en que la nulidad sea radical e insubsanable.

*El plazo de la regla cuarta del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal es de caducidad, no de prescripción.*—La impugnación ante la autoridad judicial no puede sustituirse por las reclamaciones extrajudiciales al ser el plazo de treinta días un plazo de caducidad que descansa sobre la necesidad de dar seguridad a las

situaciones jurídicas y opera por el mero transcurso del tiempo... es susceptible de estimación de oficio... no admite la interrupción..., pues sólo el propio ejercicio de la acción deduciéndola impide el efecto precusivo de su fatal perecimiento. (Sentencia de 18 de diciembre de 1984; no ha lugar.) R. de A.

63. *Propiedad horizontal: El presidente de la comunidad ha de ser uno de los propietarios.*—Después de hacerse consideraciones sobre el juego de la autonomía privada en el régimen de propiedad horizontal, la Sala declara que del artículo 12 de la Ley de esta materia se desprende de modo imperativo que el presidente deberá ser uno de los copropietarios y que no si no recae en uno de ellos la designación ésta será nula, por desobediencia a tan claro mandato. Por ello, en el caso de autos, debe desestimarse la demanda interpuesta por quien no era propietario en la comunidad, lo que determina la inválida constitución de la relación procesal, mal establecida al carecer el que actúa como demandante del «carácter» o representación necesaria para interponer la acción propuesta. (Sentencia de 16 de enero de 1985; ha lugar.) R. de A.

64. *Propiedad horizontal: Constitución de su régimen una vez enajenados diferentes pisos o locales.*—La Sala reitera la doctrina de que una vez operada la división por plantas mediante la enajenación de los diferentes pisos o locales, la situación así surgida no permite al constructor o dueño originario otorgar por sí sólo el título constitutivo de la propiedad horizontal, sino que tendrá que serlo por acuerdo de los propietarios existentes, y ello aunque los distintos contratos—en favor de dueños de pisos o locales— carezcan de forma solemne.

*Cancelación de asientos registrales del artículo 38, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria.*—Sólo es preceptivo instar la cancelación, conforme a los términos literales del Precepto, en la hipótesis de formular pedimento reconvenional contra el derecho inscrito, pero no si el demandado se limita a enervar la acción promovida por el titular registral oponiendo como defensa la nulidad del negocio básico, aunque la excepción pugne con el asiento y en tal sentido se pronunció este Tribunal en sentencias de 9 de junio de 1955, 11 de junio de 1958, 30 de enero de 1960, 28 de mayo de 1965 y 4 de febrero de 1967, cuya doctrina descarta que aquél, para oponerse a una pretensión reivindicatoria o declarativa basada en título inscrito, venga obligado a reconvenir para obtener la declaración de nulidad del derecho registrado y la cancelación del asiento que produjo, a pesar de que subsista la discordancia entre el Registro y la realidad extratabular, que podrá corregirse ulteriormente a instancia de quien venga legitimado para ello.

*Actos propios.*—No puede tener este alcance la simple pasividad o el silencio, pues ello equivaldría a presumir una renuncia de derechos por la sola circunstancia de un temporal aquietamiento, con olvido de las constantes enseñanzas de la doctrina legal acerca de la necesidad de que el acto dispositivo en que esa causa de pérdida del derecho consiste por abandono o dejación, ha de fundarse en una manifestación volitiva precisa, clara y terminante, sin que sea lícito deducirla de actos o expresiones de dudosa significación o del retraso en el ejercicio del derecho (sentencias que cita).

*Carácter de una cubierta o terrado.*—Es por definición elemento común y para que se produjese su atribución para uso particular o exclusivo por el titular



de un piso determinado sería menester que así constase en el título otorgado con intervención de los dueños de todos los demás, puesto que ya estaban enajenados aunque no en forma solemne, o que en las escrituras públicas posteriores se hiciese constar un extremo de tanta relevancia, manifestando los compradores su aquiescencia a la radical desviación de la pauta legal.

Tampoco la atribución de un elemento común, como es la cubierta, al particular uso del departamento del recurrente aparece basada en un estado de cosas que la hicieran previsible desde la construcción del edificio, evidenciándola a los posibles adquirentes de los pisos, antes al contrario, no existe comunicación directa, sino que tiene lugar a través de la escalera común y en ese terrado se observan numerosos indicios de uso común. (Sentencia de 25 de mayo de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

65. *Servidumbre de acueducto: Adquirida en virtud de título: Interpretación del contrato.*—El actor que ejercita la acción negatoria pretende que la autorización para construir el acueducto fue dada gratuitamente por razones de parentesco y vecindad, sin que la misma pudiera servir de base para constituir derecho alguno a favor del constructor; pero la sentencia que desestima la demanda se basa no sólo en el contenido literal del documento de autorización, sino en todos los actos anteriores y posteriores, y entre ellos la falta de oposición del concedente al paso del agua por su misma finca durante más de diez años, falta de oposición que continuó después de su fallecimiento, el elevado coste de la construcción de la tubería y, asimismo, el alto importe de la explotación agrícola de regadío de una finca de más de 30 Has. cuya subsistencia no se comprende pudiera quedar supeditada al simple capricho de un tercero y, por último, la declaración de un testigo que dice haber presenciado el trato, por todo lo cual la interpretación de la Sala no puede calificarse de contraria a la lógica, ni atentatoria a la letra y al espíritu del citado documento. (Sentencia de 19 de octubre de 1984; no ha lugar.)

En documento privado se había autorizado la construcción del acueducto, haciéndose constar que «ha sido autorizado por el dueño, don V. E., gratuitamente, por razones de parentesco y vecindad, sin que tal autorización sea base de constitución de derecho a favor de don A. E.». La interpretación de la Sala no deja de sorprender pues los términos del documento parecen claros. La posible prescripción, cuyo plazo difícilmente pudo haber transcurrido, queda soslayada en el penúltimo considerando, pese a haber sido invocada por la Sala, aduciendo que lo fue *ex abundantia*. (G. G. C.)

66. *Derecho de superficie: Rige el principio de libertad de forma.*—El derecho de superficie no requiere para su constitución el otorgamiento de escritura pública, o sea, a modo «ad solemnitatem», salvo concretos supuestos en que así se establezca, como vino siendo en normativa referida a la Ley del Suelo, rigiéndose en consecuencia, cuando esta exigencia no venga legalmente establecida, por las reglas generales que al respecto establecen los arts. 1.278, 1.279 y 1.280 del Código civil, y por tanto por el principio espiritualista de la libertad de contratación (sic) que contiene dicho art. 1.278.

*Libertad de forma en la contratación.*—La Sala desarrolla la conocida doctrina que interpreta los arts. 1.278, 1.279 y 1.280, que reduce la necesidad de forma a los contratos estrictamente formales (sic), o sea, en los que la ley exija la forma como elemento esencial, imponiéndolo «ad substantiam», bajo pena de nulidad.

*Improcedencia de la acción de división de cosa común.*—Resultando incuestionable la constitución de un derecho de superficie en relación con la finca X, sobre la que se edificó la granja a que afecta la controversia, no cabe invocar la acción de división propia de la comunidad de bienes (arts. 402 y 404 del C. c.). (Sentencia de 15 de junio de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

67. *Solicitud de cancelación de inscripción registral del artículo 38, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria: Casos en que no es exigible.*—El precepto que se cita como infringido —considerado como uno de los de la Ley Hipotecaria que ofrece más dificultades para desentrañar su exacto significado y alcance— (se refiere al 38, 2 de la Ley Hipotecaria) tiene como finalidad la de mantener en lo posible el paralelismo entre el Registro y la realidad extrarregistral, tratando de impedir que la inscripción de un título pueda coexistir con una sentencia judicial que no obstante declarar la inconsistencia del mismo, no decrete a la vez la cancelación de la correspondiente inscripción..., el precepto sólo es aplicable en los supuestos en que del éxito de las acciones haya de derivar el reconocimiento de un derecho inconciliable con el contenido de una inscripción supuestamente contradictoria o cuando la acción ejercitada persiga la nulidad de un título inscrito; de lo que se deduce que el presupuesto de aplicación de la medida consiste en que se ejercite una acción que contradiga la existencia del derecho registrado, que, de prosperar, implique la cancelabilidad del mismo, debido al antagonismo o incompatibilidad entre el título inscrito y la sentencia que dé lugar a la acción contradictoria; pero no cuando el ejercicio de la acción conduzca a una nueva inscripción que lejos de suponer una contradicción con el anterior derecho inscrito derive precisamente de él... Y en el presente caso es visto que el objeto de la tercería figuraba inscrito a nombre del ejecutado, que efectúa la transmisión a la entidad tercerista que no inscribe en el Registro, no obstante lo cual es válida a todos los efectos, al no ser constitutiva la inscripción en el sistema español de transmisión inmobiliaria, no afectándola la posterior anotación preventiva de embargo, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923 del Código civil; por lo que la acción ejercitada no contradice el dominio inscrito, ya que lo único que persigue, una vez justificada la adquisición de la propiedad, es que no se vea afectado el bien adquirido por el embargo consiguiente a un crédito contra el anterior propietario, sin pretender la nulidad o cancelación de la anterior inscripción, que no sólo no es incompatible con la nueva titularidad, sino que constituye la base indispensable para poder observar el principio de tracto sucesivo en la subsiguiente inscripción registral del nuevo propietario que ejercita la acción de tercería. (Sentencia de 15 de enero de 1985; no ha lugar.)

(R. de A.)

## 5. Derecho de familia

68. *Matrimonio putativo: Derecho transitorio: Presupuestos: Matrimonio.*—No se declara inexistente el matrimonio, sino improbadado, pues en las sentencias de instancia se dice «realmente existente, aunque no justificado, originado bajo el signo de la buena fe».

*Matrimonio celebrado en inminente peligro de muerte: Prueba: Ausencia de inscripción: Posesión de estado de hijo legítimo: Inscripción del hijo como legíti-*

*mo.*—El principio referido a la probanza del matrimonio por medio de las actas del Registro Civil, que se establecía en el derogado art. 53 C. c., no es de tan estricto rigor que no admita que esta prueba no pueda ser suplida por otras cuando no existan aquéllas, o hayan desaparecido o se suscite contienda ante los Tribunales; en el presente caso se da la posesión constante de estado y la concesión por los mismos padres de tal posesión cuando inscriben al hijo como legítimo, generando los requisitos de *nomen, tractatum, fama*, que requería el derecho antiguo y la S. de 15 junio 1934.

*Buena fe.*—Se presume existente en quienes ignoraban no cumplir los requisitos del matrimonio celebrado en inminente peligro de muerte.

*Interpretación de los considerandos de las sentencias de instancia: «Nexo de relaciones para-matrimoniales».*—Según reiterada jurisprudencia, los considerandos forman un todo con la parte dispositiva en el sentido de que contribuyen a esclarecer y vivificar los pronunciamientos que integran el fallo; en el presente caso se declara probado que «a pesar de no justificarse en los términos que exige el art. 53 C. c. ... La celebración del matrimonio civil que se dice contraído entre don P. L. L. y doña P. M. M., sin embargo entre éstos debió de existir un nexo de relaciones para-matrimoniales plenamente acreditadas, con posesión de estado de hijo legítimo de esa unión por parte del demandante ... bajo el signo de la buena fe»; conforme al «Diccionario de la Lengua Española», la preposición reflejo de prefijo, «para», además de otros significados intrascendentes al caso, tiene el de «finalidad y propósito de una acción», «relación», «causa o motivo», «aptitud, capacidad o preparación para hacer algo», y antepuesto a la expresión «matrimonial» la Sala sentenciadora no ha querido decir que se trata de relación «meramente extramatrimonial», cual pretende la recurrente, sino la de relación o causa matrimonial, aun con los defectos formales que pudieran haber concurrido, derivada de medios de prueba reconocidos al efecto para acreditarlo, ante la falta de posibilidad de acreditación por certificación de acta de Registro Civil». (Sentencia de 29 de mayo de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Se trata de la liquidación sucesoria de unas situaciones familiares que tienen su punto de arranque durante la Guerra Civil y cuyos hechos básicos se presentan muy confusos. Resulta aplicable la legislación derogada pues el causante falleció el 19 de octubre de 1978, si bien, de alguna manera, el espíritu de la nueva legislación parece inspirar a los juzgadores, sin mencionarlo de modo expreso, al menos en la S. del T. S. (Pte. Fernández Rodríguez). La *quaestio juris* gira en torno al presupuesto del matrimonio que constituye la base del matrimonio putativo (antes en el derogado art. 69 y ahora en el vigente art. 79 C. c.), pues la doctrina consideraba necesario un principio de celebración conyugal, de suerte que una mera relación fáctica (concubinato según la terminología clásica, o relación extramatrimonial o afectiva según el *usus modernus*, no era suficiente. Lo alegado, al parecer, era un matrimonio celebrado en el frente, en enero de 1937, a continuación de haber sufrido graves heridas el causante, naciendo con posterioridad al actor, que es inscrito como hijo legítimo en el Registro Civil. El padre, exiliado en Francia, retorna hacia 1950 y contrae matrimonio con otra mujer, de la que no tiene descendencia. Fallece bajo testamento en el que declara tener un hijo natural reconocido (el inscrito como legítimo), nombrando heredera universal a su esposa, sin perjuicio de la legítima del hijo y de sus padres. Tanto en primera como en segunda instancia se declara la nulidad del primer matrimonio y la condición de legítimo del hijo, modificándose en consecuencia las disposiciones testamentarias. El T. S. emplea amplia argumentación para aclarar y perfilar el sentido de algunas expresiones ambiguas de las conformes sentencias de instancia.

En efecto, aluden a que el matrimonio es «inexistente por improbable», lo que tomado al pie de la letra haría inaplicable la doctrina del matrimonio putativo si se acepta la inexistencia como categoría independiente de la nulidad absoluta. La prueba que aparece reflejada en el pleito sobre tal matrimonio resulta en extremo precaria, pudiendo considerarse el testamento como manifestación de actos propios contrarios. ¿Se trataría de un «matrimonio de guerra» de los celebrados en la llamada zona roja y de tan dudosa validez? En todo caso, parece que la convivencia se interrumpió al terminar la guerra, y no se reanudó al regresar a España hacia 1950. E. T. S. se cuida de advertir que la frase «inexistente por improbable» hay que interpretarla «según el acta del Registro Civil», pues admite la prueba supletoria que la legislación derogada regulaba.

Más desafortunada es, todavía, la expresión «nexo de relaciones para-matrimoniales» que se consideran acreditadas. Realmente, en un sentido vulgar, no jurídico, habría que decir que con esta sentencia el simple concubinato estaba admitido por el T. S. como generador de los efectos del matrimonio putativo. No hay tal, y son plausibles los esfuerzos de la sentencia para encontrar a la frase un sentido no disconforme con la doctrina tradicional. En consecuencia, no hay cambio en la doctrina de los presupuestos del matrimonio putativo, aunque puede pensarse que los datos fácticos se han apreciado con benevolencia. Por lo demás, el resultado así conseguido hubiera coincidido con la aplicación de la legislación vigente. (G. G. C.)

69. *Apreciación de la prueba: Cita del artículo 1.214 del Código civil.*—Siendo este precepto un principio general sobre atribución de la carga de la prueba, de carácter esencialmente genérico, sin regla alguna encaminada a valorar o dar eficacia a los diversos medios de prueba, no puede servir de base para la casación, puesto que la propia doctrina legal ha exigido muchas veces que el error de derecho requiere la invocación de preceptos relativos a la apreciación de la prueba alegando su infracción y el concepto en que lo hayan sido, y el artículo invocado, como se ha visto, no tiene carácter de valorativo de la prueba.

*Separación de hecho: Pactos al respecto.*—Lo estipulado en la escritura de capitulaciones matrimoniales y en el documento privado por el que los cónyuges acordaron la separación de hecho y también sobre la situación de los hijos y vivienda familiar no infringe lo ordenado por el art. 1.316 del Código civil, puesto que ese documento se limita a un acuerdo de separación de hecho motivado, como se comprobó en el posterior proceso matrimonial canónico, por el adulterio del esposo y sin que en esa situación pueda en modo alguno imponerse a la esposa la continuación de una convivencia con el cónyuge adúltero, siendo en tal situación lo lícito y moral pactar la separación y proceder a acordar sobre la situación de los hijos y alguna cuestión de carácter económico. Porque ello no afecta a los fines y esencia del vínculo conyugal.

No puede afirmarse que tales convenios impliquen una transacción, pues en el caso debatido no había incertidumbre acerca del matrimonio de los litigantes ni cuestión alguna que hubieran de regular (sic); pero aunque hubiera habido esa incertidumbre, no cabe incluir lo acordado en la prohibición del art. 1.814 del Código civil, cuando ello se refirió a la situación económica del matrimonio y no afectó para nada a la sustancia del vínculo, ni a los derechos de filiación que son indisponibles.

*Donación a la esposa.*—Se acusa la violación del art. 1.334 del Código civil vigente en julio de 1977, sosteniendo que en la escritura de capitulaciones existió una donación encubierta de 1.450.000 pesetas en dinero efectivo del esposo a la

esposa, apreciación errónea y contraria a la de la Sala de instancia que negó toda existencia de «animus donandi» en este supuesto; motivo también rechazable, porque si bien la intención de donar como estado anímico deducido de ciertos hechos podría ser investigado por esta Sala de casación, sin embargo no puede olvidarse que la Sala de apelación tuvo en cuenta unos hechos de desavenencia matrimonial que no han sido eficazmente impugnados, de los que no cabe deducir «animus donandi» alguno, y a esta conclusión no puede superponerse la apreciación parcial e interesada del recurrente.

*Prueba de presunciones.*—Cuando se han utilizado como decisivas las pruebas directas no es preciso acudir a la indirecta de presunciones judiciales, ni puede impugnarse el resultado de las primeras acudiendo a las segundas. (Sentencia de 31 de enero de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

70. *Comunidad conyugal aragonesa: Embargo de bienes comunes por deudas privativas del marido: Improcedencia de la tercería de dominio ejercitada por la mujer.*—En el juicio de tercería no puede discutirse, no ya si el dominio de la mujer es desconocido, sino si los bienes comunes embargados deben, o no, responder de las deudas privativas del marido.

*Artículo 46. Compilación aragonesa: Procedencia del embargo de bienes comunes.*—El art. 46 de la Compilación de Aragón, al prevenir que las deudas posteriores privativas gravan los bienes del cónyuge deudor y, siendo éstos insuficientes al patrimonio común, a salvo siempre el valor que en él corresponde al otro cónyuge, sitúa la cuestión litigiosa en términos de los que claramente resulta la procedencia del embargo trabado sobre bienes del patrimonio común, habida cuenta de que la suficiencia de los bienes privativos del marido era prueba, no efectuada, que correspondía a la esposa demandante.

*Salvaguarda de los derechos de la esposa.*—Es cuestión distinta la que el artículo 46 de la Compilación significa al expresar «a salvo siempre el valor que el corresponde al otro cónyuge», lo que podrá dar lugar a la correspondiente acción de la mujer de carácter bien distinto a la cuasi-reivindicatoria que la tercería de dominio entraña, sin perjuicio de que en el procedimiento de apremio deba procederse, en primer lugar, contra el inmueble embargado de la exclusiva propiedad del marido, y, de ser el importe que por el mismo se obtenga insuficiente para saldar la deuda que se reclama, dirigirse a continuación contra los bienes comunes de la sociedad conyugal. (Sentencia de 2 de julio de 1984; no ha lugar.)

*HECHOS.*—El marido casado en segundas nupcias afianza la deuda que un hijo de su anterior matrimonio había contraído como avalista de una letra de cambio, y en el juicio ejecutivo se trata embargo sobre varias fincas que tienen la consideración de bienes comunes del segundo matrimonio. La esposa de este último interpone tercería pretendiendo que quede a salvo el valor que en dichos bienes le corresponde. La demanda es desestimada en ambas instancias, y el T. S. no da lugar al recurso (Pte. Sánchez Jáuregui).

*NOTA.*—Aunque la cuestión se plantea, sobre todo desde un punto de vista práctico, aparecen implicadas interesantes cuestiones de derecho sustantivo aragones como ha puesto de relieve DELGADO ECHEVERRÍA (cfr. comentario a esta S. en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, de próxima publicación, y que

manejo por amabilidad de su autor). Están en juego los derechos e intereses de los cónyuges sobre los bienes comunes cuando se procede a su embargo por deudas privativas. Es marginal la circunstancia de que ambos cónyuges se casan en estado de viudos y que la deuda base del embargo era la fianza prestada por el marido a una deuda contraída por un hijo de anterior matrimonio; no deja de ser, sin embargo, una incidencia de la binubia cuya frecuencia aumentará entre nosotros debido al nuevo matrimonio de los divorciados. Con invocación de los antecedentes históricos del art. 46 de la Compilación, el citado autor foralista discrepa de la sentencia en cuanto que reduce los derechos del cónyuge deudor a una hipotética acción de reembolso al tiempo de la disolución del matrimonio, proponiendo la aplicación en Aragón del nuevo art. 1.373 C. c. (G. G. C.)

## 6. Derecho de sucesiones

71. *Permuta de terreno por construcción de edificio. Legitimación de la esposa supérstite, actuando por sí y en beneficio de la comunidad hereditaria, a la que no obsta que se haya nombrado un albacea universal.*—Tiene acción la esposa supérstite (favorecida con el legado del tercio libre y el usufructo de la totalidad del caudal), aunque no se haya producido la adjudicación de cosas concretas en los términos previstos por los arts. 1.061 y ss. del Código civil.

En el ámbito de la ejecución testamentaria la existencia de un albacea universal conforme a lo previsto en el art. 894, es decir, investido de todas las facultades precisas para cumplir la voluntad del *de cuius* hasta la adjudicación y entrega de los bienes y por lo tanto las de contar y partir (S. de 15 de abril de 1982), condición que sin duda conviene al designado en dicha disposición de última voluntad, no puede impedir la gestión procesal de los herederos en cuanto subrogados en la situación jurídica del causante como efecto de la *successio in ius* (arts. 659 y 661 del mismo Código), acudiendo al ejercicio de las acciones que correspondían al difunto para reclamar de extraños bienes que pasarán a integrar la masa partible, legitimación que se extiende al cónyuge viudo (SS. de 30 de mayo de 1950 y 16 de junio de 1961), pues ellos son los principales interesados y no existe precepto legal que les impida entablar el litigio. (Sentencia de 22 de marzo de 1984; no ha lugar.) (L. F. R. S.)

72. *Partición hereditaria.*—El art. 1.079 del Código civil se inspira en el principio de la conservación de la partición o del «favor partitionis», según el cual hay que considerar o presumir válida toda partición mientras no se demuestre una causa de nulidad; por ello se pasará por la efectuada en juicio de testamentaria y habrá de ser mantenida esta partición en cuanto es posible, sin perjuicio de las adiciones o rectificaciones que procedan (SS. de 5 de noviembre de 1955, 30 de abril de 1958 y otras), y en tanto no se demuestre la omisión de las formalidades esenciales desde su origen, y, por otra parte, como se deduce de la S. de 27 de febrero de 1963, siguiendo la norma general en materia de prueba, el que alegue la omisión de algunos objetos o valores de la herencia ha de acreditarla y sólo una vez probada procederá la aplicación del art. 1.079, prueba que ha de ser inequívoca. (Sentencia de 18 de enero de 1985; no ha lugar.)

(R. de A.)

73. *Retracto de coherederos: Cómputo del plazo para su ejercicio.*—El plazo de un mes para el ejercicio de la acción de retracto de coherederos se cuenta

desde el momento en que el retrayente tuvo conocimiento de la venta de los derechos hereditarios. (Sentencia de 16 de octubre de 1984; no ha lugar.)

(R. de A.)

74. *Interpretación de las disposiciones testamentarias: Supremacía de la voluntad real del testador. Proceso interpretativo unitario. Fijación del alcance de las cláusulas testamentarias: Función de los Tribunales de Primera Instancia.*—El art. 675 del Código civil, referente a la interpretación de disposiciones testamentarias, concede supremacía a la voluntad real del testador, sobre el sentido literal de la declaración, pues sólo prima tal sentido literal cuando el texto de la cláusula testamentaria debatida no dé lugar a dudas en cuanto a su contenido y alcance, supuesto de duda que el precepto legal contempla y que, como es obvio, conduce rectamente, en averiguación de la verdadera interpretación del testador, a la aplicación de las normas hermenéuticas.

*Proceso interpretativo unitario.*—En la aplicación de las normas de hermenéutica, los elementos de las mismas a conjugar: gramatical, lógico y sistemático, no pueden aislarse unos de otros, ni ser escalonados, como categorías o especies diversas de interpretación, pues no son más que medios o instrumentos que se han de poner en juego dentro de un proceso interpretativo unitario; razón por la que el citado art. 675 del Código civil no impone un orden de prelación en que deban utilizarse dichos criterios, pues no excluye que para determinar si hay una clara voluntad del testador que obligue a no dar a sus palabras su sentido literal o para apreciar, si hay, cuando menos, motivos de duda a este respecto se deba utilizar, conjunta y combinadamente, los instrumentos todos de la interpretación (SS. 5 de marzo de 1944; 25 de mayo de 1971; 26 de noviembre de 1974).

*Fijación del alcance de las cláusulas testamentarias: Función de los Tribunales de Primera Instancia.*—Es función de los Tribunales de Instancia la de fijar el verdadero alcance de las cláusulas testamentarias, cuyo criterio ha de prevalecer en casación en tanto no se evidencie que es manifiestamente erróneo o equivocado por contrariar de modo muy patente la voluntad del testador (SS. de 5 de julio 1966; 30 de abril 1981; 8 de junio 1982). (Sentencia de 9 de marzo de 1984; no ha lugar.)

(D. A. G.)

75. *Derechos sucesorios de los hijos adoptivos: Derecho transitorio: Adopción perfeccionada en 1956: sucesión abintestato del adoptante: Institución hereditaria en el quinto de la berencia.*—No se viola el art. 177 C.c. en su redacción primitiva al declarar el derecho de los colaterales a suceder abintestato en los 4/5 restantes, dado que dicho precepto proclama el derecho del hijo adoptivo a heredar al adoptante si éste se hubiera obligado en la escritura a instituirle heredero, y no consta acreditado que el adoptante hubiera contraído la obligación de hacerlo en proporción superior a aquella en la que le instituyó en el testamento.

*Falta de adaptación a la reforma de 1958.*—No se ha acreditado que la adopción realizada en 1956 se hubiera adaptado a la nueva normativa instaurada por la Ley de 24 de abril 1958, a efectos de atribución de los derechos sucesorios establecidos en ésta.

*Disposiciones transitorias primera y octava de la Ley de 13 de mayo 1981.*—Según la disp. transitoria 1.ª de la Ley de 1981 «la filiación de las personas, así como los efectos que haya de producir a partir de la entrada en vigor de la presente ley, se regirán por ella con independencia de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada», pero tal disposición limitada la aplicación de la ley tan sólo a los efectos que se hayan de producir a partir de la entrada en vigor de la misma, pero no a aquellos que hayan de producirse con anterioridad a ella; máxime cuando la disp. transitoria 8.ª ordena que «las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación», constando en el presente caso que la adopción se formalizó en 1956, el otorgamiento del testamento por el adoptante en 1966, y el fallecimiento del testador el 6 mayo 1970, momento éste a partir del cual habrán de comenzar a surtir sus efectos los derechos hereditarios de la hija adoptiva recurrente, por lo que resulta obvia la inaplicabilidad del artículo 180 C.c., en su nueva redacción dada por la Ley de 13 mayo 1981.

*La violación del art. 6.º Ley Registro Civil no funda recurso de casación por infracción de ley.*—En el último pár. del art. 6.º de la Ley del Registro Civil de 1957 se ordena que en las certificaciones que no se refieran a todo el folio debe hacer constar el Encargado que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja o modifique lo inserto, pero con ello se alude a una actividad probatoria, de contenido estrictamente procesal, por lo que su violación no puede alcanzar virtualidad suficiente para fundar un recurso basado en infracción de ley. (Sentencia de 29 de junio de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Nada que oponer a la argumentación utilizada por el T. S. para rechazar el recurso, en materia tan polémica como la de los derechos a suceder abintestato de una hija adoptiva, que se enfrenta a sobrinos carnales del adoptante. Los hechos ofrecen claridad meridiana: La adopción se formaliza en 1956, por tanto, bajo la normativa originaria del C. c., sin que se aporte copia de la escritura. En 1966 el adoptante otorga testamento designando heredera a la adoptada en un quinto de la herencia, falleciendo el 6 mayo 1970 (obsérvese que el óbito ocurre antes de entrar en vigor la reforma de la adopción de ese mismo año). En noviembre de 1970 la hija adoptiva obtiene un auto de declaración de herederos abintestato a su favor respecto a la totalidad de la herencia del padre adoptante, cuya validez se impugna en este proceso, aceptándose la impugnación en ambas instancias. Sin embargo, cabe hacer algunas consideraciones sobre la problemática general. Resulta evidente que el legislador no ha calculado suficientemente el efecto psicológico de las sucesivas reformas legislativas en materia de adopción —seis desde la entrada en vigor del C. c.—, las cuales de modo genérico pueden decirse orientadas hacia la mejora de la posición jurídica de los adoptados. Tampoco se han arbitrado mecanismos de adaptación, fáciles y flexibles, a cada nueva regulación; ni se han dictado específicas normas de derecho transitorio (salvo en lo aplicable de la reforma de 1981). Ciertamente, en el presente caso, y dado que los adoptantes carecían de hijos, parece significativa de su voluntad el que únicamente instituyan heredera en la quinta parte de sus bienes a la adoptada, pudiendo hacerlo de la totalidad. Por otra parte, dada la fecha del fallecimiento, cabe conjeturar que el adoptante no se enteró del contenido de la reforma de 1970. Y ningún apoyo legal hay para una aplicación retroactiva —que por ello sería arbitraria— del actual pár. 4.º del art. 180: «En la sucesión intestada, el hijo adoptivo o sus descendientes y el adoptante son llamados inmediatamente después del cónyuge viudo, con exclusión de los colaterales». Cabe esperar, sin embargo, una reiteración de litigios sobre los derechos sucesorios, en general, de los hijos adoptivos, motivados tanto por la frecuencia de los cambios legislativos, como por su falta de previsión de las situaciones transitorias.

(G. G. C.)



76. *Fideicomiso de residuo: Interpretación.*—Que dicha impugnación, amparada en el número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal y fundada en la violación del artículo 1.281 del Código Civil, aplicable por remisión del 622, carece de toda base estimable; pues la interpretación de los negocios jurídicos, sean *inter vivos* o *mortis causa*, materia susceptible de ser cometida a una doctrina general con reglas primordiales de hermenéutica, es tarea privativa del Tribunal de Instancia, que habrá de ser respetada en tanto no resulte absurda, arbitraria o reñida con la lógica (Sentencias de 5 de octubre de 1970, 30 de abril de 1971, 30 de abril de 1981 y 29 de febrero y 9 de marzo de 1984, entre otras), y es incuestionable que la fijación del sentido de la cláusula controvertida efectuada por la Sala *a quo*, no sólo se atiene a su clara dicción sino que la actividad interpretativa se ajusta también a la voluntad inequívoca de los padres instituyentes, obteniendo una conclusión congruente con el significado de las palabras utilizadas y el propósito perseguido, labor que vendría corroborada además por las reglas que propugnan la producción de efectos de la declaración de voluntad (*favor contractus vel testamenti*). (Sentencia de 18 de enero de 1985; no ha lugar). L. R. A.

77. *Sucesión en títulos nobiliarios: Cesión.*—La cesión del título nobiliario sancionada por acto regio, implica una alteración en cuanto al acto de suceder de la primitiva concesión, pues lleva consigo la instauración de una nueva cabeza de línea realizada por quien puede conceder y quitar los títulos de nobleza, lo que otorga la condición de poseedor legal a quien de ese modo los ostenta, y la cualidad de más propinquo pariente a quien resulta ser más próximo del mismo.

*Mejor derecho entre colaterales.*—Es doctrina jurisprudencial que, tratándose de la línea colateral, ninguna ley positiva establece si el entronque ha de ser con la línea paterna o la materna, siendo la circunstancia del parentesco más próximo, no con el fundador, sino con el último poseedor, la que basta y es suficiente para que el título se transporte a la línea secundaria; y que, derivada la sucesión en la línea colateral entre parientes de un tronco común, y al ser el título de tracto regular, no es prevalente la línea de varón; y que cuando se han extinguido las líneas directas de sucesión del concesionario, la ley y la jurisprudencia sólo exigen la regulación consanguínea con dicho concesionario, que es la base del derecho, y la relación también consanguínea con el último poseedor legal, cuya proximidad es la determinante del mejor derecho; completado todo ello con el principio de propinquidad.

*Proximidad al último poseedor o al fundador.*—La preferencia para determinar el mejor derecho al título nobiliario viene determinada por la proximidad de quien lo reclama con el último poseedor, si bien se admite la posibilidad, en ciertos casos de relacionar dicha proximidad con la del fundador, e incluso se llega a declarar que el hecho de no hacer falta llegar hasta la persona del cesionario o fundador del título, es puramente permisivo, y no puede confundirse con la exigencia de imponer la referencia al último poseedor cuando la línea genealógica supone menos grados de parentesco para llegar al primer titular que al postrero. (Sentencia de 14 de abril de 1984; ha lugar.)

## II. DERECHO MERCANTIL

78. *La deuda contraída por factor mercantil obliga al titular del negocio: No se aprueba la existencia de sociedad.*—Únicamente aparece se trata de una actividad mercantil en la que la titular única era la recurrente, que tenía en concepto de factor mercantil con poderes o facultades tácitos para aplicar en el tráfico negocial al mencionado señor, con el ámbito de actuación y efectos jurídicos que describe el artículo 286 del Código de comercio, complementado por el artículo 1.710, párrafos 1 y 3 del Código civil, que permite el mandato tácito; en ningún caso se prueba la existencia de una sociedad, que requiere, según el artículo 1.665 del mismo Cuerpo legal, «poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias», circunstancias de hecho de la que no hay prueba alguna en la instancia, y que son básicas para cualquiera de las modalidades del contrato de sociedad, ya sea regular constitutiva de persona jurídica distinta de la de los socios que la componen o ya irregular que haya de regirse, conforme al artículo 1.669 del Código civil, por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes. (Sentencia de 5 de julio de 1984; no ha lugar.) L. F. R. S.

79. *Constitución de hipoteca por administradores sociales: nulidad: Certificación de acuerdos sociales: Su valor probatorio.*—Aunque se admitiera que la certificación de acuerdos sociales ha alcanzado el rango de documento público al ser legitimadas sus firmas por un notario, es doctrina de esta Sala, en relación con la fuerza probatoria de tales instrumentos, la de que el artículo 1.218 no contiene regla alguna que dé fuerza preponderante a los documentos públicos sobre los demás medios probatorios cuando se aprecian todos conjuntamente —sentencias de 8 de mayo de 1954 y 2 de julio de 1963—.

*Facultades de los administradores sociales y constitución de hipoteca: Giro o tráfico de la empresa.*—Si bien es cierto que el art. 11 de la Ley Reguladora de Sociedades de Responsabilidad Limitada atribuye a los socios que asumen la representación de la sociedad la facultad de obligarla con sus actos y contratos en todos los asuntos relativos al giro o tráfico de la misma, también lo es que, siendo la sociedad de autos una entidad dedicada a la manufactura de maderas, en modo alguno puede entenderse como operación relativa a su giro o negocio la constitución de unas hipotecas que, sin duda alguna, resultarán muy beneficiosas o, si se quiere, necesarias para la adecuada capitalización de la empresa referida, pero que no constituye operación contenida dentro del giro o tráfico de la aludida entidad, dedicada a la manufacturación y venta de materiales confeccionados en madera, máxime cuando se extienden también a responder por deudas ajenas.

*Publicidad material del Registro: Ambito de cobertura.*—La ficción de realidad de lo que figure en el Registro, no sólo Mercantil sino también de la Propiedad, únicamente cubre el hecho estricto inscrito en el mismo, que en este caso es el carácter de administradores de los referidos socios, pero no puede, en forma alguna, extenderse a sanar las operaciones que los mismos realicen sin hallarse autorizados para ello por la sociedad a la que representan, máxime cuando, además, no se refieren al giro o negocio propio de la empresa. (Sentencia de 6 de abril de 1984; no ha lugar.) (A. G. C.)

80. *Propiedad industrial: Modelo de utilidad. Carece de legitimación pasiva quien se ha limitado a adquirir el producto en un establecimiento abierto al público.*—Ejercitada acción de reclamación de daños y perjuicios por causa de la presunta utilización por la demandada de un modelo de utilidad inscrito en el Registro de la Propiedad Industrial a nombre del actor (una especie de moqueta de fibras sintéticas), la Sala declara que no existe legitimación pasiva en la demandada, que no tuvo intervención alguna en la fabricación, suministro e instalación de una cubierta de mini-golf, habiéndose limitado a adquirirla en un establecimiento mercantil abierto al público. (Sentencia de 25 de junio de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

81. *Propiedad industrial: Modelo industrial (novedad).*—El mencionado número 3.º del art. 188 del Estatuto de la Propiedad Industrial, al efecto de apreciar su errónea interpretación, era requisito ineludible destacar la prueba documental demostrativa de que el modelo industrial registrado carecía de la condición de novedad y al propio tiempo el error del tribunal sentenciador en la instancia al apreciarla en el sentido en que lo hizo, e igual conclusión es dable predicar con referencia a los párrafos primero y segundo del art. 49, habida cuenta que su aplicación también exigía una demostración probatoria acreditativa de que el modelo industrial cuestionado estaba incurso por su falta de novedad en alguno de los casos en la norma previstos, lo que, como es obvio, había de deducirse de una prueba que la resolución impugnada niega se haya efectuado... (Sentencia de 1 de febrero de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

82. *Letra de cambio. Acción cambiaria declarativa. Naturaleza y requisitos.*—Según tiene reiteradamente declarado la Sala, debe rechazarse la confusión que hacía coincidir la acción cambiaria con la ejecutiva y la causal con la declarativa, quedando claro, por contra, que existe acción de naturaleza estrictamente cambiaria y para ser hecha valer fuera del juicio ejecutivo, nacida de la letra misma y desligada de las relaciones extracambiarías, cuyo objeto es el pago o reembolso del capital de una letra de cambio. Siendo los requisitos de esta acción cambiaria declarativa: que tenga como base una letra de cambio, con cuantos requisitos exige el art. 444 del Código de comercio para que nazca; que se esté ante alguno de los supuestos que facultan al legítimo portador de la letra para exigir su pago, entre los que figura el contemplado por el art. 516 del mismo Código —defecto de pago de una letra presentada y protestada en tiempo y formas y que no hayan sobrevenido la caducidad o decadencia o prescripción de la acción. (Sentencia de 27 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (J. C.)

83. *Por haberse omitido la diligencia del protesto de la letra no se ha perdido la acción cambiaria utilizable en vía ordinaria.*—Cuando el legítimo tenedor de la letra, por habérsela endosado a su favor por tomador distinto del librador, no practica la diligencia de protesto, no por ello pierde la acción cambiaria utilizable en vía ordinaria. Se cita una abundante doctrina jurisprudencial al respecto, superadora de la confusión que hacía coincidir la acción cambiaria con la ejecutiva y la causal con la declarativa. (Sentencia de 17 de octubre de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—Se trataba del ejercicio por la vía de juicio declarativo ordinario de una acción de reclamación de cantidad, siendo demandante el Banco X y demandado el librado aceptante de dos letras de cambio, que el banco había re-

cibido por endoso hecho a su favor por el tomador de la letra, sociedad Y. El librador era don Z. Las letras no habían sido protestadas a su vencimiento.

El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia revocó su sentencia, por no haberse practicado el protesto. El Tribunal Supremo, como decimos, declaró haber lugar al recurso de casación y en su segunda sentencia confirmó la del Juzgado.

(R. de A.)

84. *Fianza extracambiaria: El fiador no puede ejercitar la acción cambiaria contra el librado, como tampoco las acciones de reembolso y de subrogación derivadas de los artículos 1.838 y 1.839 del Código civil.*—No puede ejercitar las acciones emanadas de la letra de cambio quien es ajeno a las relaciones jurídicas constatadas en la letra.

La acción de reembolso que emana del art. 1.838 y la de subrogación del 1.839 se entienden en relación con el 1.822, es decir, considerando deudor al tercero por quien se obliga el fiador, no al deudor de dicho deudor garantizado, pues él es ajeno al contrato de fianza y de tal negocio jurídico no pueden nacer acciones contra el mismo. (Sentencia de 11 de junio de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor había suscrito, junto con otros, póliza de afianzamiento personal sobre todas las operaciones de descuento de letras, endosos, aceptaciones que realice o haya realizado «N., S. A.», en favor del Banco X. La entidad afianzada libró una letra contra el demandado. Llegado el vencimiento de la cambiál, que había sido descontada por aquélla en el Banco, el librado no la hizo efectiva, por lo que, previo protesto, el banco cargó su importe, más gastos e intereses, en la cuenta corriente del actor-fiador, que lo era solidario junto con otros, como queda dicho. Por ello, este último entabló juicio declarativo ordinario contra el librado, por entender que se estaba en el supuesto de un fiador que reclama del deudor lo que ha pagado por él. La Audiencia desestimó la demanda.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, en virtud de la doctrina antes expuesta.

NOTA.—En este caso cabe preguntarse qué derechos asisten al fiador. Es claro que los propios de un fiador que ha pagado por el deudor, por lo que podía haber reclamado el importe de las letras, más los intereses, a «N., S. A.». Además, en su caso, podía haber ejercitado contra el librado, en su calidad de deudor, la acción subrogatoria del art. 1.111 del Código civil, si se dieran los presupuestos necesarios para la misma.

(R. de A.)

85. *Préstamo gratuito: Abono de letra de cambio sin provisión de fondos: Causa.*—Se declara probado que el actor abonó la letra de cambio sin que por parte del librador se hubiera efectuado la causal provisión de fondos y únicamente para proporcionar a éste el capital de maniobra preciso para el desenvolvimiento de su industria conservera, de suerte que tal entrega no puede merecer jurídicamente otra calificación que la de préstamo gratuito, con lo que no se desconoce la existencia de causa sino que se alude al contrato de préstamo gratuito cuya causa es la liberalidad, pero cuyo desarrollo no impide que el que lo efectuó pueda reclamar, en su día, la cantidad prestada.

*Actos propios.*—Los actos contra los que no es lícito accionar son aquéllos que por su carácter trascendental, o por constituir convención, causen estado, de-

finiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto; por lo que el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubiesen creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla, y en este supuesto no puede entenderse que el pago por el actor de la letra de cambio aceptada constituya un acto creador de derecho ni una relación jurídica que impida al actor reclamar su importe. (Sentencia de 5 de octubre de 1984; no ha lugar.) (G. G. C.)

86. *Compraventa mercantil: Vicios ocultos: Caducidad de la acción redhibitoria: Diligencias del art. 2.127 L.E.C.: Desistimiento por huelga auxiliares Administración de Justicia: «Dies a quo» del plazo de caducidad.*—Se declara probado que recibida la mercancía el 8 octubre 1979, se comunica telegráficamente, el 11 siguiente, la existencia de los defectos apreciados en ella, dando por rescindido el contrato, y ese mismo día se presenta en el Juzgado de Instrucción de Guardia escrito solicitando el reconocimiento pericial por el procedimiento del art. 2.127 L. E. Civ., que no pudo practicarse debido a las anormales circunstancias derivadas de la huelga de los Auxiliares de la Administración de Justicia, determinante de una providencia de suspensión del trámite del aludido procedimiento y, finalmente, a que el actor en el mismo desistiese de ese trámite el 12 noviembre 1979 e interpusiere el 6 mayo 1980 demanda de rescisión del contrato; siendo de advertir que, por mero cómputo temporal, desde el 12 noviembre 1979 hasta el 6 mayo 1980, no ha transcurrido el plazo de caducidad de seis meses que establece el art. 1.490 C. c., pues ha declarado la S. de 11 mayo 1926 que cuando a partir de la recepción de la mercancía —concretamente, dentro del plazo de los 30 días a que alude el art. 342 C. com. e incluso de los cuatro a que se remite el art. 335 del mismo Cuerpo legal mercantil— se siguieron gestiones entre las partes interesadas, que sin interrupción continuaron hasta otra fecha determinada —en este caso, hasta el desistimiento del procedimiento regulado en el art. 2.127 L. E. Civ.— a partir de esta última fecha debe contarse el relacionado plazo de seis meses para la extinción de la acción redhibitoria. (Sentencia de 26 de septiembre de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Se trata de una hipótesis singular por la concurrencia de diversas circunstancias: 1.ª Tratarse de una compraventa mercantil, lo que obliga a tener en cuenta los nada claros arts. 336 y 342 C. com.; 2.ª Haberse paralizado la actividad judicial por una huelga de Auxiliares de la Administración de Justicia; y 3.ª Incidir en una materia que cual la de los vicios redhibitorios en la compraventa dista de ser pacífica en la doctrina (cfr. GARCÍA CANTERO, comentario al art. 1.490 C. c. en tomo XIX *Comentarios Albaladejo*, pp. 358 ss.). En cuanto al plazo de seis meses, la S. se inclina por calificarlo de caducidad, con lo que se acomoda a la más reciente dirección jurisprudencial; pero en relación con el *dies a quo* se realiza una exégesis que no puede menos de calificarse de correctora del citado art. 1.490, aceptando una distinción implícita entre un plazo de denuncia de los vicios y un plazo de ejercicio de la acción que con carácter general se propugna por la doctrina (cfr. *Comentarios*, cit., p. 358). Y aunque no se explicita, parece claro que la existencia de una huelga del personal judicial ha de producir algún efecto suspensivo en el primero de los plazos indicados.

(G. G. C.)

87. *Concesión de venta en exclusiva. Puesta a disposición. Admisión de compensación y rechazo de la «mora accipiendi».*—Claramente aparece la obligación de la compañía alemana recurrente de «hacerse cargo» de las discutidas mercancías y de pagar después de su recepción, lo que no llevó a cabo, sin que pueda admitirse que la demandada amplió su obligación de «puesta a disposición» que no significa *entrega*, sin previo inventario y avalúo, sino poner a disposición para que éstos puedan verificar lo que, de hecho, se realizó.

Para la efectividad de la referida «puesta a disposición», no es preciso recurrir al procedimiento de la consignación judicial del art. 1.176 del Código civil, por tratarse de obligaciones recíprocas, recíprocamente incumplidas, las derivadas del contrato, que autoriza a las partes el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus* para enervar la acción de la contraparte, que descarta igualmente la posibilidad de la *mora accipiendi*, a tenor de lo establecido en el último párrafo del art. 1.100 del Código.

Quedando firme el hecho del incumplimiento de la actora (ahora recurrente) y fijada concretamente la cantidad de la que es deudora, siendo al propio tiempo acreedora, concurren todos los requisitos legalmente exigidos para que tenga lugar la compensación solicitada de contrario; e impide, de un lado, el funcionamiento de la facultad resolutoria del art. 1.124 también de nuestro primer Código sustantivo, al exigir que sea *uno* de los obligados el que no cumpliere lo que le incumbe, no cuando sean *los dos*, como sucede en este caso; y de otro, no permite la reclamación de intereses de demora porque además de no tratarse de una comisión mercantil sino de una venta en exclusiva, que son cosas diferentes, es conocida por lo reiterada la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, en el sentido de que no se deben intereses por el retraso en el pago cuando dicho retraso es imputable al actor y porque no incurre en mora el deudor a quien se le reclama mayor cantidad de la debida, cual aquí sucede. (Sentencia de 14 de junio de 1984; no ha lugar.) (L. F. R. S.)

88. *Transporte marítimo. Falta de legitimación activa de la aseguradora para reclamar por incumplimiento contractual.*—No podía estimarse a dicha demandante legitimada activamente para la reclamación pecuniaria que había formulado por vía de incumplimiento contractual del contrato de transporte marítimo de mercancías, pues era presupuesto ineludible para dicha legitimación que el pago efectuado por la aseguradora, aquí demandante, a la entidad vendedora de la mercancía lo fuera con base en el presupuesto de que esta última hubiera sido subrogada en los derechos que las pólizas atribuían, con el carácter de beneficiaria, a la entidad extranjera compradora de la mercancía dicha. (Sentencia de 2 de junio de 1984; no ha lugar.)

La entidad actora, como aseguradora a virtud de pólizas que cubrían los riesgos de un transporte marítimo de mercancías, reclamaba la cantidad que hubo de satisfacer al cargador, como indemnización de los daños sufridos con ocasión del transporte, dirigiendo su acción contra el naviero-porteador. Es de destacar que la sociedad vendedora y al propio tiempo cargadora contrató el seguro en beneficio de la sociedad adquirente en régimen de compraventa C.I.F. de los géneros transportados. La aseguradora defendía —sin éxito— que la compradora cedió los derechos que las pólizas de seguro como beneficiaria le atribuían a la entidad vendedora, la que, a su vez, fue indemnizada en la cantidad importe del daño por la aseguradora reclamante. (L. F. R. S.)

89. *Contrato de seguro. Fecha del contrato. Prueba testifical y presunciones.*— Pero no impide a esta Sala valorar tal medio de prueba en relación con el citado art. 659 de la Ley Procesal, a cuyo tenor, la libre apreciación de los Tribunales habrá de tener en cuenta no sólo la «razón de ciencia que los testigos hubiesen dado», sino también las *circunstancias que en ellos concurran*; lo que tiene forzosamente que conectarse en este caso con el hecho de que se trate de la declaración de *un solo testigo* que además era empleado de la entidad aseguradora, reconociendo la propia sentencia que su contestación inicial fue que «recibió la ampliación de la póliza en la fecha de su data» añadiendo que «al responder a la repregunta tercera, muestra una evidente vacilación, cuando dice que cree que el mencionado documento se le exhibió el mismo día de su fecha», que es el día 20 de junio, con la particularidad de que la repregunta le fue formulada por la representación de la empresa aseguradora, de la que como se ha dicho, el testigo era funcionario. Todo lo cual permite fijar en sus justos límites lo declarado por la sentencia recurrida respecto de la indicada prueba, aunque como se dijo, no sea susceptible de impugnación casacional estimable.

Que ninguno de los datos que se acaban de indicar se ajusta a la normativa de los arts. 1.249 y 1.253 del Código civil, para el funcionamiento de la prueba de presunciones, pues la exigencia primaria del 1.249, en cuanto al hecho de que se obtiene, de acuerdo con la conocida, por lo reiterada, doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, tiene que estar *completamente acreditado*, no siendo posible establecer una presunción, sobre otra presunción, ni bastando los simples *indicios*. (Sentencia de 9 de enero de 1985; ha lugar al recurso.)

(L. R. A.)

90. *Quiebra: Actos posteriores a la fecha de retroacción.*—Al margen del origen e inspiración del precepto del párrafo 2.º del artículo 878 del Código de Comercio, resulta evidente la extremada rigidez de su enunciación y contenido, reflejados una y otro en la radicalísima imperatividad del «serán nulos» referido a «todos sus actos», criterio del legislador manteniendo sin alteración a través de las sucesivas reformas del Código de comercio y reflejado en la jurisprudencia.

En consecuencia, no admite discusión la nulidad de la cancelación anticipada de las imposiciones constituidas por la quebrada por plazo de un año en determinado banco, para satisfacer letras de cambio cuyos vencimientos, al igual que la precitada cancelación, tuvieron lugar dentro del período de retroacción de la quiebra. Consiguientemente, tanto el desplazamiento monetario operado por el banco como el numerario de las imposiciones para el abono de las cambiales como la cancelación anticipada de dichos depósitos no son válidos y carecen de eficacia con relación a la quiebra, en cuanto violan un precepto claramente prohibitivo. (Sentencia de 28 de enero de 1985; ha lugar.)

(J. C.)

91. *Quiebra: Retracción absoluta: Nulidad de los actos realizados por el quebrado.*—El pár. 2.º del art. 878 C. comercio establece un sistema de retroacción judicial absoluta conforme al cual todos los actos de dominio y administración posteriores a la fecha a que la declaración de la quiebra se retrotraiga, serán intrínseca y radicalmente nulos sin que sea precisa la declaración judicial, a salvo que alguien resista la entrega de las cosas del quebrado; siendo tal nulidad consecuencia de la incapacitación del quebrado, que se sigue de haber quedado, con efectos de la fecha en que se fije la retroacción, separado de derecho de todo su

patrimonio, reflejándose la obligada inhibición del mismo en la correlativa ineficacia, absoluta o frente a todos, de cuantos actos de dominio y administración haya realizado contraviniéndola, no cabiendo tipo alguno de confirmación o convalidación.

*Validez de las hipotecas constituidas antes del período de retroacción, pero inscritas después: La inscripción es facultad del acreedor hipotecario.*—Aunque la hipoteca no existe como derecho real hasta tanto no sea inscrita y la retroacción de la quiebra no es sino la manifestación de la incapacidad del quebrado, debe tenerse en cuenta que las escrituras de hipoteca aparecen otorgadas en tiempo en que la sociedad deudora estaba capacitada, no sólo para obligarse a constituir la hipoteca, sino también para facultar a la Caja prestamista al efecto de que, obrando por sí misma, y, por tanto, en cualquier momento, incluso posterior a la fecha de la retroacción de la quiebra, completara la creación del derecho de hipoteca, como así lo hizo en este caso, no procediendo la declaración de nulidad solicitada por el Administrador de la quiebra, por cuanto que el contrato de hipoteca quedó perfeccionado en la fecha de las escrituras, e inmune desde entonces a la sobrevenida incapacidad de la sociedad prestataria, pudiendo ser inscrita por la Caja, con autonomía respecto de la sociedad, y a favor de lo que dispone el art. 6.º L.H. conforme al cual la inscripción de los títulos podrá pedirse indistintamente, tanto por quien adquiera como por quien transmita el derecho o por quien tenga interés en asegurar el derecho que se inscriba. (Sentencia de 13 de julio de 1984; ha lugar.)

NOTA.—Importante sentencia de la que ha sido Ponente Serena Velloso, en la que se ofrece, junto a una minuciosa descripción y análisis de los hechos básicos de la demanda, y una profundización del significado de la retroacción en la quiebra y de la eficacia del contrato de hipoteca en garantía de un préstamo en su complejo *iter* hasta alcanzar la plenitud de efectos reales, en este caso distanciados varios meses el otorgamiento de la escritura y la inscripción, en cuyo período de tiempo se produce o alcanza la retroacción de efectos de la declaración de quiebra del deudor hipotecario. Nítida es la afirmación de que la retroacción de la quiebra no es sino la manifestación de la incapacidad del quebrado, lo que parece decantar el *status* o situación jurídica de este último en una dirección sobre la que apunta dudas la doctrina más generalizada. No menos tajante es la distinción entre el momento perfectivo del contrato de hipoteca voluntaria, que por formalizarse en escritura pública, tiene garantizada su fecha frente a terceros, y el del nacimiento del derecho real de garantía, a través de la inscripción registral, para la cual está legitimado, tanto el deudor como el acreedor (art. 6.º L. H.), de suerte que si la realiza este último queda «inmune ... a la sobrevenida incapacidad de la Sociedad prestataria». Con esta argumentación se estima el recurso interpuesto por la Caja acreedora, y se rectifican las decisiones de ambas instancias. La lectura de los hechos convence de la buena fe del recurrente, animado del loable propósito de salvar de una crisis económica a la empresa prestataria, olvidándose de asegurar eficazmente sus propios intereses. Cuando se ponen ejemplos didácticos de simulación y de fraude, se acude al deudor que en el período sospechoso constituye hipotecas por créditos inexistentes en favor de sus amigos o familiares; supuesto que no es el aquí contemplado, sino más bien el de una entidad financiera que trata de ayudar al deudor a salir de sus apuros, y que descuida inscribir la hipoteca a su nombre. Con todo, de la doctrina extractada se deduce que la solución hubiera sido otra si el solicitante de la inscripción es el propio deudor hipotecario, pues afectado por la retroacción hubiera realizado un acto radicalmente nulo. (G. G. C.)

92. *La entidad en suspensión de pagos debe provisión de fondos a los interventores cuando son demandados en asunto de la supensa.*—Aunque el artículo 7.º de la Ley de suspensión de pagos no lo establece, cabe, por analogía, que los in-



terventores de la suspensión soliciten de esta provisión de fondos para actuar como demandados en un pleito en que se les demanda por asunto de la propia suspensión y en interés de ella. (Sentencia de 2 de julio de 1984; no ha lugar.)

(P. de A.)

93. *Suspensión de pagos: Gozan de derecho de abstención los créditos reconocidos en sentencia de remate.*—El problema planteado en el recurso radica en determinar si los dos créditos objetos de debate (se trataba de los importes de dos letras de cambio que habían dado lugar a sendas sentencias de remate, incurriendo luego la librada en suspensión de pagos) merecen o no la calificación de «preferentes» o «privilegiados» a los efectos de gozar del derecho de abstención, cuestión que ha de resolverse afirmativamente, porque: A) Ambos créditos han sido declarados y reconocidos en sentencia firme —artículo 1924, número 3.º, C del Código civil, en relación con el 913, número 3.º, del de comercio. B) El único requisito que exige el citado precepto del Código civil para la efectividad «prelativa» de los créditos sin privilegio especial a que se refiere es que consten «por sentencia firme». C) Es constante doctrina de esta Sala que a los efectos del citado precepto del Código civil merecen la consideración de firmes las sentencias de remate. (Sentencia de 21 de junio de 1984; ha lugar.)

R. de A.

94. *Abordaje: Legitimación del naviero-armador para exigir los daños ocasionados por el abordaje.*—Los daños derivados de un abordaje pueden afectar no solamente al dueño de la embarcación abordada, sino también al naviero-gestor o armador, que es, a todas luces, el más directamente afectado por el abordaje de que ha sido víctima, diferencia de figuras que en el Considerando tercero de la sentencia impugnada se especifica con acierto, para destacar que el naviero-armador, por el hecho de serlo, es el verdadero titular de la empresa marítima y, por ende, el directamente afectado por el abordaje. (Sentencia de 13 de junio de 1984; no ha lugar.)

HECHOS: Se planteaba por la sociedad demandada, dueña del buque causante del abordaje, la falta de legitimación activa del demandante, por no haber probado que el buque que experimentó los daños era de su propiedad en el momento del abordaje. El Supremo da por buena la estimación de la Sala de Instancia de que tal extremo se había probado, pero además añade que en todo caso la legitimación del actor era incuestionable, pese a no ser propietario del buque, visto que era su naviero armador cuando la colisión se produjo y en tal concepto resultó perjudicado.

Hay que hacer notar que el daño no era el hundimiento del buque que había sufrido el abordaje, pues su valor se había indemnizado en vía penal, sino el que suponía la paralización obligada de otro buque gemelo suyo, con el que trabajaba en pareja, propiedad del mismo armador.

R. de A.

### III. DERECHO PROCESAL

95. *Tercería de dominio.*—No es competente la jurisdicción civil para conocer de la reclamación entablada por vía de tercería de dominio por una sociedad declarada responsable solidario del pago de ciertas deudas tributarias, pues falta

lo característico de una tercería de tal clase, esto es, que se ejercite por una tercera persona distinta del acreedor ejecutante y del deudor ejecutado y el que dicha persona reivindique frente a ambos el dominio de los bienes embargados en el procedimiento de ejecución. (Sentencia de 15 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS: Hacienda promovió expediente de apremio contra la sociedad A. Dentro de ese procedimiento dispuso la continuación del mismo contra la sociedad B, como sucesora en la titularidad de la explotación de aquélla, decretando el embargo de una finca propiedad de esta última sociedad B. Esta promovió tercería de dominio que fue desestimada en primera y segunda instancia. El Supremo declara no haber lugar al recurso, en virtud de la citada doctrina, manifestando que la vía procedente tenía que haber sido la contencioso-administrativa.

R. de A.

96. *Renuncia de derechos: Requisitos.*—Tiene reiteradamente declarado esta Sala que las renunciaciones de derechos, aunque pueden ser tácitas, deben hacerse constar siempre de forma clara, explícita y terminante.

*Cese del procurador.*—La Audiencia, en cumplimiento de una doctrina emanada de esta Sala y en interpretación del número 2 del artículo 9 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no debió tener por cesado al anterior Procurador hasta tanto no hubiera decretado tal cese, como tal precepto previene, evitando con ello una carencia de representación de la parte que pudiera acarrear la declaración de tenerla por apartada del recurso. (Sentencia de 24 de mayo de 1984; ha lugar.)

NOTA: Se trataba de un asunto sobre resolución de contrato de arrendamiento. El Juzgado estimó la demanda. El demandado interpuso recurso de apelación ante la Audiencia, señalándose día para su vista. Antes de esa fecha, la representación del demandado presentó escrito por el que se anunciaba la decisión de cesar el Letrado de dicha parte, así como el desistimiento formal y voluntario del procurador de continuar ostentando la representación de la parte. La Audiencia suspendió la vista y requirió a la parte para que se personase de nuevo ante la misma, con apercibimiento, en caso contrario, de tenerla por apartada del recurso. Se personó de nuevo el demandado a través de una procuradora que no estaba incluida en el poder otorgado por el recurrente, por lo que la Audiencia dictó auto teniéndole por apartado y desistido del recurso. Se interpuso contra dicho auto recurso de súplica, que fue denegado. Contra esta última resolución se formula el presente decurso de casación.

La Sala del Supremo estima el recurso y dicta segunda sentencia por la que declara eficaz la comparecencia o personamiento del demandado recurrente por medio de otro procurador, antes de que se tuviese por desistido al precedente y en aras de economía procesal, mandando seguir el trámite del recurso de apelación.

R. de A.

97. *Tercería de dominio: Apreciación de oficio de la situación de litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido demandado en la tercería la parte ejecutada.*—Procede estimar el único motivo en que se apoya el recurso de casación, al no haber sido sustanciada la tercería planteada con la entidad ejecutada, dado que la demanda inicial fue solamente dirigida por la tercerista contra el embargante del piso en cuestión, produciéndose la situación excepcional de litis consorcio pasivo necesario, desde el momento que el artículo 1.539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece, con indudable consideración sustantiva a efectos de casa-

ción al afectar al esencial principio de adecuada viabilidad de la acción ejercitada, que «las tercerías se surtanciarán con el ejecutante y el ejecutado».

No es obstáculo el que la correspondiente situación de litisconsorcio no hubiere sido alegada por el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda inicial, puesto que es apreciable de oficio, en cualquier momento, tal situación. (Sentencia de 22 de junio de 1984; ha lugar.) L.F.R.S.

98. *Letra de cambio: Litisconsorcio pasivo necesario.*—No está bien planteada la demanda, por falta de litisconsorcio pasivo necesario, cuando se demanda a dos bancos por causa de enriquecimiento injusto derivado de falsedad en el endoso de una letra si no se demanda también a quien de hecho fue el último tenedor y cobró efectivamente el importe de la cambial. (Sentencia de 8 de junio de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

99. *Sociedad cooperativa.*—Las letras de cambio en que sustenta su acción el demandante carecen de valor para hacer viable su pretensión, en relación con los arts. 29, 22, 28, 31 y 32 de la Ley sobre régimen general de las sociedades cooperativas de 19 de diciembre de 1974 y los artículos pertinentes de los estatutos de las cooperativas de autos, al establecerse que los entonces presidentes que libraron dichas cambiales no tenían facultades para efectuarlo y en consecuencia para generar consecuencias vinculantes para las expresadas entidades por las que aquellos presidentes decían actuar.

*Litisconsorcio pasivo necesario.*—Ante la postura de impago de las indicadas cambiales por las expresadas cooperativas, cambiales suscritas por los entonces presidentes de dichas entidades, claramente se pone en evidencia que para decidir adecuada y correctamente sobre las pretensiones del actor se precisa no demandar exclusivamente a las meritadas cooperativas, cual ha sido efectuado, sino que también a los entonces presidentes que libraron las letras (quiere decir que las aceptaron), puesto que vienen directamente afectados por la cuestión, dado que de apreciarse su actividad al respecto no era vinculante a las cooperativas tan citadas (sic) llevaría a que fuesen personalmente responsables, lo que significaría que se decidiese tan singular e importante cuestión sin ser oídos, haciendo por tanto ilusorio el pronunciamiento que al respecto se hiciese, ya que resultarían vulnerados los principios de contradicción y audiencia imperantes en nuestro ordenamiento civil y singularmente reconocidos en el art. 24 de la Constitución.

Lo expuesto conduce a la apreciación de una situación de litisconsorcio pasivo necesario obstativa a establecer pronunciamiento sobre la cuestión planteada, toda vez que... se produce esa situación procesal impeditiva cuando no son llamados al proceso todos aquellos que se encuentren interesados en la relación jurídica discutida, cual se requiere para impedir el eventual riesgo de fallos contradictorios, evitar los efectos de la cosa juzgada a terceros no presentes en el pleito e impedir el quebranto del principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio ... cuya apreciación es posible apreciar de oficio por su indudable trascendencia de orden público. (Sentencia de 3 de diciembre de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—El actor había avalado letras de cambio aceptadas por dos cooperativas, no satisfechas y protestadas. El Banco de España interpuso juicio ejecutivo contra dicho avalista, dictándose sentencia de remate. En consecuencia, el actor

formula demanda de juicio de mayor cuantía contra dichas dos cooperativas, en reclamación del importe de las letras y de indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia revocó en parte la sentencia del Juzgado, pero manteniendo los pronunciamientos sustanciales.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por las cooperativas, en base a la doctrina mentada, y en su segunda sentencia, apreciando de oficio situación excepcionante (sic) de litisconsorcio pasivo necesario y sin entrar en el examen de la cuestión de fondo planteada, declaró no haber lugar a pronunciarse en orden a las pretensiones formuladas en el suplico de la demanda interpuesta contra las reiteradas cooperativas.

NOTA.—En mi opinión, la doctrina de esta sentencia sobre el litisconsorcio pasivo necesario, en cuanto formulación teórica, es irreprochable. Ahora bien, albergó dudas de que sea aplicable al caso debatido, porque si el punto de partida es el de que según la Ley de Cooperativas y los estatutos de las entidades del caso dichas sociedades no podían quedar vinculadas por actos de su presidente (como aceptar letras de cambio en nombre de ellas), por carecer este último de facultades al efecto —por no ser órgano de gobierno o gestión—, creo que lo precedente habría sido, sin más, hacer uso de esta doctrina de fondo o material, para en la segunda sentencia desestimar la demanda por razón de dicho argumento.

Estimo que recurrir a la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario es aceptar que una sentencia desestimatoria de la demanda, sin más, habría producido efectos sobre las personas de dichos presidentes, cosa que en mi opinión no hubiera sucedido. Así, precisamente, se dice por la Sala que decidir que las cooperativas no quedaban vinculadas por los actos de su presidente (librar o aceptar las letras) sería tanto como concluir que dichos presidentes eran personalmente responsables del pago de las cambiales.

Si se acepta este punto de partida, la apelación al litisconsorcio pasivo necesario es acertada.

Lo que ocurre es que me parece que falla esta premisa, pues, por un lado, precisamente por no haber sido demandados dichos presidentes, mal podía resolverse sobre su presunta responsabilidad personal. Y, por otra parte, creo de todo punto infundada la idea de que si un presidente de cooperativa acepta una letra sin facultades para vincular a la entidad, pero constando expresamente que lo hace en tal concepto (con antefirma de la sociedad), queda por ello obligado personalmente al pago de la cambial el propio presidente. Es posible que él pudiera haber contraído alguna responsabilidad al actuar así —por ejemplo, si hubo engaño por su parte—, pero en ningún caso se trataría de responsabilidad consistente, precisamente, en abonar el importe de la letra y en base a la letra en sí.

Por ello, repito, me habría parecido más lógico entrar a conocer el fondo del asunto —en la segunda sentencia del Supremo— y haber desestimado, sin más, la demanda del actor, sin perjuicio de sus posibles acciones contra los presidentes de las cooperativas, por causa de su eventual responsabilidad, que acaso sería la de una *culpa in contrahendo*.

Sin embargo, hay un extremo que permanece oscuro en la sentencia y que codiciona en buena medida lo que he dicho. Me refiero al hecho de que los considerandos de la resolución hablan de haber *librado* las cambiales los respectivos presidentes, siendo así que en el primer resultando (donde se resume la demanda) parece decirse que dichos presidentes libraron las letras como tales personas físicas, no en nombre de las entidades cooperativas. Lo que sí aparece claro es que actuaron como presidentes de las mismas al *aceptar* las cambiales.

Sea como fuere, creo que si al hablar la sentencia de la posible responsabilidad personal de dichos presidentes se refiere a la que tendrían como libradores a título personal, tampoco cabe aquí la apelación al litisconsorcio pasivo necesario, pues es claro que el fiador demandante afianzó a las cooperativas en cuanto *aceptantes*. Y las demandó por ese motivo.

Considero que la pista la da el único motivo de casación formulado por las recurrentes (las cooperativas) que habla de la carencia de facultades de sus presidentes para *aceptar* las letras en cuestión. (R. de A.)

100. *Letra de cambio: Juzgado competente para conocer del juicio ejecutivo.*—Reiterada jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que en los juicios ejecutivos derivados de letra de cambio, aceptada por el ejecutado, la competencia para su conocimiento corresponde al Juzgado del lugar en que las cambiales fueron domiciliadas para su pago y protestadas al ser desatendidas a su vencimiento, todo ello a tenor de lo preceptuado en la regla primera del art. 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y art. 1.171 del Código civil. (Sentencia de 31 de enero de 1985; se decide la cuestión de competencia por inhibitoria.) (R. de A.)

101. *Cuestión de competencia. Lugar del cumplimiento.*—Conforme al artículo 1.171 - 2.º Código civil, al no constar expresamente el lugar designado para el pago, éste deberá hacerse donde las cosas existían en el momento de constituirse la obligación, y este lugar es aquél que el art. 62 - 1.º L. E. C. señala como fuero preferente cuando se ejercitan acciones personales, es decir, el lugar en que debe cumplirse la obligación; sin que por tanto haya necesidad de acudir a ninguno de los fueros supletorios que con carácter electivo para el actor señala la misma norma procesal citada, y sin que tampoco sea determinante de la competencia la circunstancia de haberse girado varias letras de cambio para el pago del precio, cuyo impago provocó el pleito, ya que se trata obviamente de un medio de pago del precio, que, según el art. 1.500 - 1.º C. c., ha de hacerse en defecto de pacto expreso, en el lugar de entrega de la cosa vendida, así como que el mero hecho de haber girado cambiales para el pago del precio sólo significa una finalidad de pago intrascendente a efectos de competencia, para deducir el lugar de cumplimiento de lo convenido; por otra parte, se ha declarado como determinante del lugar de entrega de las mercancías, y consiguientemente del lugar de cumplimiento, el hecho de que aquéllas viajaron por cuenta del comprador (SS. 18 y 25 de marzo de 1947 y 28 de noviembre de 1944). (Sentencia de 9 de abril de 1984; no ha lugar.) (E. M. S.-R.)

102. *Cuestión de competencia. Cláusula de sumisión expresa estampillada en el acepto de una letra de cambio.*—La cuestión debe ser resuelta en favor del Juzgado de Madrid, lugar al que aparece sometida la competencia en virtud de cláusula figurada en el original de la letra de cambio, toda vez que no sólo no se ha acreditado que efectivamente la estampilla de sumisión fuera impresa con posterioridad al momento de su firma, sino que, por el contrario, basta un detenido examen de la letra original para deducir del mismo que la firma aparece superpuesta a la estampilla, razón por la que al figurar la citada cláusula con anterioridad al acepto, y ser ésta conocida y aceptada por el librado, procede decidir la competencia. (Sentencia de 22 de mayo de 1984.) (L. F. R. S.)

103. *Competencia: Acción derivada del contrato de compraventa mercantil.*—Dado que lo ejercitado ha sido una acción personal derivada de un contrato de compraventa mercantil; que no se acredita la existencia de una concreta y específica sumisión a Tribunales de ningún lugar; que tampoco está acreditada la forma en que la mercancía vendida viajó desde el establecimiento del vendedor al del

comprador; conjunto de circunstancias éstas que dan lugar a que como tiene declarado esta Sala reiteradamente, por aplicación de lo dispuesto en la regla primera del art. 62 de la L. E. C., en relación con los arts. 1.171 y 1.500 del C. c., la mercancía debe entenderse entregada en el lugar del domicilio del vendedor que es donde habrá de realizarse el pago (SS. 23 noviembre 1981, 26 abril 1982, 5 diciembre 1983). (Sentencia de 9 de abril de 1984. Se declara competente para conocer la «litis» el Juzgado de Primera Instancia en cuyo territorio tenga el domicilio el vendedor.)

104. *Cuestión de competencia. Declinatoria: Acto de parte.*—Conforme dispone el art. 74 de la L. E. C., la cuestión de competencia por declinatoria es un acto de parte que ha de sustanciarse por el procedimiento correspondiente, no pudiendo considerarse como planteamiento de la misma el dictamen emitido para mejor proveer por el Ministerio Fiscal por cuanto, aparte de no tener en el caso de autos legitimación para estar en el juicio de divorcio —pues ello se dará cuando alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes, y esto último en el sentido de los arts. 181 y ss. del C. c., no en el de haber sido declarado rebelde—, en su momento, en representación del rebelde contestó la demanda, solicitó recibimiento a prueba e interesó señalamiento de la vista sin denunciar la falta de competencia. (Sentencia de 23 de enero de 1985; no ha lugar.) (J. C.)

105. *Ejecución de sentencia de divorcio dictada por Juzgado de Estados Unidos.*—Se considera aplicable el art. 954 de la L. E. C., cuyos requisitos se cumplen. (Auto de 12 de febrero de 1985; se otorga el cumplimiento en España de la sentencia citada.) (R. de A.)

106. *Ejecución de sentencia de divorcio dictado por Juzgado de Alemania Federal.*—Se considera aplicable el art. 954 de la L. E. C., cuyos requisitos se cumplen. (Auto de 21 de enero de 1985; se otorga el cumplimiento en España de la sentencia citada.) (R. de A.)

107. *Ejecución de sentencia de divorcio dictada por Juzgado de Alemania Federal.*—Se considera aplicable el art. 954 de la L. E. C., cuyos requisitos se cumplen (Auto de 23 de enero de 1985; se otorga el cumplimiento en España de la Sentencia citada.) (R. de A.)

108. *Ejecución de sentencia: Carácter.*—El recurso a que hace referencia el art. 1.695 de la L. E. C. persigue evitar las extralimitaciones de los tribunales con merma de los derechos de los litigantes, por lo mismo que en fase de ejecución no puede ser alterado el contenido de la sentencia aun cuando compete al organismo jurisdiccional la indeclinable facultad de determinar su alcance, complementándolo armónicamente si preciso fuere, valiéndose de la fundamentación jurídica del fallo, elemento de auténtica interpretación, lo que permitirá obtener las consecuencias lógicas de la situación resuelta, pero sin extenderse a la decisión de puntos sustanciales que no fueron planteados en la controversia ni la sentencia en trance de ejecución ha resuelto.

*No presunción de solidaridad.*—La Sala de instancia incurrió en extralimitación al imponer la condena con carácter solidario, a pesar de que la segunda sentencia de esta Sala (se refiere a la del Tribunal Supremo) nada dice al respecto. Exceso que no viene autorizado por el cauce de la correcta integración de lo decidido ni cabe fundar en la norma expresamente invocada del art. 1.084 del Código civil, pues obviamente no se trata de una deuda o carga del *de cuius* que como tal obligación pasa a los herederos como consecuencia del fenómeno sucesorio y con responsabilidad solidaria, incluso *ultra vires*, sino de las consecuencias patrimoniales de una situación surgida con posterioridad a la muerte del testador y en cuya creación tan relevante protagonismo tomaron los recurrentes, contra las cuales habrá de ser entendida la condena en mancomunidad simple, en debida acomodación a la regla del art. 1.137 del C. c. (Sentencia de 14 de julio de 1984; ha lugar.) (R. de A.)

109. *Exequatur. Competencia del Tribunal francés: Sumisión conforme al Tratado.*—No cabe oponerse al exequatur interesado alegando la demandada española la incompetencia del Tribunal del Estado de origen para conocer la cuestión planteada, conforme a lo preceptuado en el art. 3.º del correspondiente Tratado, cuando compareció ante el mismo y formuló oposición en cuanto al fondo del litigio sin discutir la competencia, aceptando, por tanto, la misma en los términos exigidos en el art. 7-6 del referido convenio. (Auto de 15 de enero de 1985; se otorga el exequatur.) (J. C.)

110. *Exequatur. Divorcio: Rebeldía del demandado.*—Debe interpretarse flexiblemente el requisito del art. 954, párr. 2.º, de la L. E. C. y, en consecuencia, no reconocerse como situación de rebeldía la de la demandada española, emplazada personalmente en el juicio de divorcio planteado por su esposo, también español, en el lugar de su residencia en el extranjero, que no compareció, pues en otro caso bastaría una incomparecencia arbitraria para hacer imposible el exequatur.

*Competencia del Tribunal extranjero en el divorcio de españoles.*—No obsta la competencia del Tribunal extranjero del lugar de residencia la nacionalidad española común de ambos cónyuges, ya que si, conforme a la disposición adicional 1.ª-2 de la Ley 30/1981, los órganos jurisdiccionales españoles son competentes para conocer de la acción de divorcio cuando ambos cónyuges, aun no teniendo nacionalidad española, residen en España, no se advierte razón alguna para desconocer la de los Tribunales extranjeros cuando ambos cónyuges, aun siendo españoles, residieran en el extranjero al tiempo de ejercitarse por uno de ellos la acción; criterio que confirma el art. 107 del C. c.. (Auto de 23 de enero de 1985; se otorga el exequatur.) (J. C.)

111. *Prueba documental: Asientos, registros y papeles privados (art. 1.228 del Código civil).*—Los asientos, registros y papeles privados, a los que se refiere el art. 1.228 para restringir su eficacia demostrativa, son los de índole estrictamente particular o «doméstico», en expresión del artículo correspondiente, 1.211) del Proyecto de 1851, nota que en manera alguna concurre en los extractos de operaciones contables cuya utilización y destino no son exclusivamente personales, por lo que es manifiesto que la norma en cuestión no alude a la fuerza probatoria

que puedan tener los libros y registros llevados por una de las partes o suscritos por ella, sobre todo si se hace en cumplimiento de una obligación legal, y que son utilizados en litigio, hipótesis en la cual queda al arbitrio de los organismos jurisdiccionales de instancia fijar su alcance atendiendo a la clase de documentos de que se trate, a sus formalidades, a la relación jurídica proclamada y a la intervención que en la misma o en su reflejo documental pueda haber tenido la contraparte.

*Certificación intervenido por agente de cambio y bolsa o corredor colegiado de comercio.*—No se vulnera el art. 1.256 cuando en la póliza se dice que «se considerará como saldo líquido por el o los acreditados para ser reclamable por vía judicial, en su caso, el que resulte al cerrar la cuenta en la contabilidad» del acreedor, debiendo acompañarse, cuando de un juicio ejecutivo ordinario se trate, «una certificación intervenida por agente de cambio y bolsa o corredor colegiado de comercio» dando fe de su correspondencia con el resultado que la cuenta arroja, pacto acomodado a lo dispuesto en la Orden Ministerial de 21 de abril de 1950, tanto más cuanto que la resolución objeto de recurso alude también y se apoya en otros medios demostrativos, como son los recibos y talones obrantes en los autos así como las cambiales en poder del deudor que tiene como atendidas con cargo al crédito, e incluso se deja de valorar en el aspecto probatorio la actitud misma del recurrente, absteniéndose de deducir en su momento oposición a las liquidaciones parciales ni a las copias de cargo que, en su día, le serían enviadas de cada partida deudora (letras, cheques, recibos). (Sentencia de 21 de enero de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

112. *Artículo 1.214 del Código civil: Alcance.*—Dicho precepto, como ha repetido esta Sala, no tiene otro alcance que el de señalar las consecuencias de la falta de prueba, en cuanto que sobre quien pesa su carga deben recaer las consecuencias perjudiciales de su no demostración, sin ser aplicable tal norma a supuestos como el presente, en que el hecho se da por acreditado, independientemente de si lo ha sido por la actividad probatoria de aquel sobre quien pesaba su carga o del contrario. (Sentencia de 21 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

113. *Presunción de hecho y hechos concluyentes.*—En la hipótesis del artículo 1.253 del C. c., aunque el enlace preciso y directo que religa el hecho-base con el hecho-consecuencia haya de ajustarse a las reglas del criterio humano, con todo no se exige que la deducción sea necesaria y unívoca, residiendo en ello la diferencia existente entre la verdadera presunción regida por el artículo mencionado y los *facta concludentia* que han de ser inequívocos, sin que puedan ofrecer diversas interpretaciones. La estimación de las presunciones corresponde al Tribunal de instancia, siendo sólo revisable dicha estimación en casación cuando se demuestre que la conclusión es manifiestamente equivocada, ilógica o inverosímil. (Sentencia de 11 de junio de 1984; desestimatoria.)

**HECHOS.**—Determinadas personas, que actúan en interés propio y en el de una sociedad irregular, exigen a un consocio y prestatario el pago de una cantidad de dinero con determinadas condiciones y garantías, después de haber recibido, sin reserva ni protesta alguna, pagos parciales de capital e intereses en las condiciones queridas por el citado prestatario.



NOTA.—Conviene diferenciar los hechos concluyentes, que provocan la existencia de una manifestación tácita de voluntad, de cualesquiera otros hechos de los que quepa inferir, por la vía de la presunción especial contemplada en el art. 1.253 del C. c., una concreta conclusión de efectos jurídicos; los primeros demuestran inequívocamente la existencia de la voluntad caracterizadora de la declaración tácita de que se trate; los segúndos, por el contrario, admiten, en el terreno de la lógica, diversas interpretaciones. No obstante, creo que el art. 1.253 engloba ambas figuras, así como, tal vez, la de los actos propios, que, según la doctrina más autorizada, puede actuar incluso si los actos invocados no denotan obligadamente una determinada intención negocial, a diferencia de lo que sucede en las manifestaciones tácitas. Por otra parte, cabe impedir el carácter concluyente de un acto o hecho mediante la protesta o reserva expresa encaminada a romper dicho enlace, no siendo suficiente, en el caso, la alusión de los demandantes al hecho de haber aceptado los pagos parciales como mal menor y no como constitutivos de un convenio de cancelación del saldo, si nada declararon sobre este punto al recibirlos. (L. H. C. G.)

114. *Prueba de confesión: Eficacia.*—La Sala reitera su doctrina de que la prueba de confesión bajo juramento indecisorio tiene fuerza probatoria en función no de una posición aislada, sino del conjunto armónico e indivisible de todo lo confesado, sin que en ningún caso puedan escogerse fragmentariamente manifestaciones aisladas, aceptando solamente lo que al confesante perjudique y rechazando lo que le favorezca. Por otra parte, la fuerza probatoria de ese medio no es superior a la de los restantes medios de prueba y debe apreciarse por el Tribunal en combinación con la demás practicadas. (Sentencia de 2 de julio de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

115. *Incongruencia.*—La incongruencia de una sentencia solamente opera cuando no existe correlación entre los pedimentos de las partes y la parte dispositiva de la misma, sin que alcance a los razonamientos vertidos en ella, cuando éstos no son determinantes del fallo.

*Interpretación de los contratos.*—Es función de los tribunales de instancia, cuyas conclusiones deben ser respetadas, a no ser que pudiesen ser racionalmente tachadas de absurdas o ilógicas.

*Cuestión nueva.*—Al no haberse suscitado en los escritos de alegaciones no puede ser debatido en casación, sin grave riesgo del principio de indefensión del demandado, a quien se privaría de la posibilidad de hacer en tiempo oportuno sus alegaciones y probanzas sobre tal cuestión. (Sentencia de 18 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

116. *Principio de congruencia.*—El principio de congruencia obliga a que exista concordancia entre lo pretendido y lo resuelto, pero no exige que el juzgador tenga que dictar su fallo ajustándose a los términos literales en que están redactadas las pretensiones de las partes, bastando con que acate la renuncia de lo solicitado (sic), en conexión con los antecedentes de hecho y los razonamientos jurídicos expuestos por los contendientes en los escritos iniciales del pleito. por lo que, habida cuenta que la resolución recurrida acepta determinados pedimentos de la demanda, rechazando expresamente y absolviendo del resto de ellos a los demandados, no puede en modo alguno entenderse que haya dejado de resolver ninguno de los puntos planteados por el actor en su demanda...

*Disposiciones contradictorias.*—La contradicción entre los pronunciamientos de la sentencia ha de desprenderse de los propios términos del fallo, que dificulta su ejecución, siendo necesario que en el fallo se produzca una incompatibilidad absoluta y notoria entre los distintos pronunciamientos y que al interpretar el núm. 4.º del art. 1.692 tiene sentado el Tribunal Supremo que la acusada contradicción ha de resultar entre los términos del fallo entre sí, y no entre los hechos sentados por la Sala y el fallo, siendo preciso que se produzca una notoria incompatibilidad entre los distintos argumentos básicos del fallo, de forma que suscite dudas su ejecución.

*Contrato simulado.*—Una vez apreciado por el juzgador que el contrato ha sido simulado, nada significa en contrario ni puede desvirtuar la eficacia de esta apreciación el hecho de estar otorgado ante Notario, porque su eficacia en materia de contratos no alcanza a la veracidad intrínseca de las declaraciones de los contratantes, ni a la intención o propósito que ocultan o disimulan, porque ésta y aquélla escapan a la apreciación notarial, por lo que, apreciándose por la resolución que se recurre, al igual que hizo la del Juzgado, que el contrato escriturado se halla aquejado de una simulación relativa, integrando un simple contrato de garantía, en lugar de uno de compraventa para, en virtud del pacto contraído (sic), es obvio que al negar virtualidad al contenido de la escritura no se ha desconocido el valor probatorio de los documentos públicos, ni se ha infringido el citado art. 1.218 del C. c., por lo que debe rechazarse este tercer motivo. (Sentencia de 17 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Como curiosidad, pues este extremo no llegó a desvelarse en los Considerandos de la sentencia del Supremo, hay que hacer constar que se trataba en este caso de un ejemplo de la discutida figura de la «venta en garantía», por la que un cosechero de plátanos transmitió a un exportador varias fincas, en garantía de los anticipos que este último le entregaba a cuenta de la exportación. (R. de A.)

117. *Interpretación del contrato. Defectos en la interpretación del recurso de casación.*

*Interpretación del contrato*

Tal y como es doctrina jurisprudencial reiterada por las sentencias recientes de 24 de enero de 1983, 29 de enero de 1983, 28 de febrero de 1983, 1 de junio de 1983, 24 de noviembre de 1983, etc..., ha de prevalecer el criterio de la Sala de Instancia sobre el interés del particular, siempre que la labor exegética de aquélla no resulte ilógica, desorbitada o intrínja, claramente, alguna norma interpretativa de obligada observancia.

*Defectos en la interposición del recurso de Casación. Infracción del artículo 1.720, 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*—Entre los motivos del recurso, son traídos a examen, como supuestamente infringidos, una serie de preceptos sustantivos de naturaleza tan dispar como los del artículo trescientos noventa y seis del Código civil, que contempla la propiedad horizontal y señala la concurrencia, en ella, de elementos comunes y privativos, los del mismo cuerpo legal relativos a la interpretación de los contratos, el que enumera los requisitos de los mismos y el que se refiere a los modos de manifestación del consentimiento, que así, globalizados, bajo un solo motivo, no respetan el mandato del artículo mil setecientos veinte, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, inci-

diendo en la causa de inadmisión del artículo mil setecientos veintinueve de esta Ley.

*Introducción de cuestiones no planteadas en la fase expositiva del litigio.*—El suscitar por primera vez cuestiones no planteadas en la fase expositiva del litigio, ni por tanto, debatidas, está vedado a la casación, cuya censura en tanto que revisora, exige que cada parte interesada haya conocido y tenido ocasión de pronunciarse acerca de las posturas de ataque y defensa de las otras y se haya permitido al Tribunal de Instancia el acabado conocimiento de las facetas delimitadoras del litigio en presencia. Doctrina, ésta, reiterada por el Tribunal Supremo en sentencias de 26 de marzo de 1970, 24 de febrero de 1983, 9 de marzo de 1983, 17 de mayo de 1983, 2 de junio de 1983 y 8 de julio de 1983 entre otras. (Sentencia de 15 de junio de 1984; no ha lugar.) (P. M. H.)

118. *Error de derecho.*—El error de derecho exige no sólo invocar normas sobre apreciación de la prueba, sino indicar preceptivamente el concepto en que han sido infringidos, y el recurso se limita a involucrar seis artículos sin especificar cómo han sido infringidos cada uno de ellos, aparte que los de la Ley procesal que cita no son normas valorativas de prueba.

*Interpretación del contrato.*—Los preceptos sobre obligatoriedad y existencia del contrato tienen naturaleza distinta de los relativos a la interpretación de sus cláusulas y no pueden contenerse en el mismo motivo. (Sentencia de 6 de febrero de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

119. *Alcance de la casación.*—Como es sabido, la casación por infracción de ley sólo procede contra la parte dispositiva de las sentencias y no contra sus considerandos, a no ser que éstos constituyan premisa obligada de aquélla, siendo por consiguiente ineficaz combatir los considerandos cuando el fallo, por otros fundamentos legales, deba mantenerse dentro de los hechos que fueron objeto del debate judicial, procediendo, en consecuencia con lo expuesto, desestimar los tres indicados motivos. (Sentencia de 5 de febrero de 1985; no ha lugar.)

(R. de A.)

120. *Casación. Carga de la prueba.*—Se comete infracción del artículo 1.214 del Código Civil, por alteración del principio del «Onus probandi», cuando la Sentencia atribuye a la parte que no ha alegado el hecho constitutivo el acreditamiento de la no existencia de dicho hecho con abstracción de su prueba por el que lo invoca; pero no hay tal infracción cuando el Tribunal conjuga y aprecia una serie de elementos probatorios suministrados precisamente por el litigante que articuló la pretensión, siendo cuestión distinta a la del «Onus probandi» la que puede determinar la incorrecta apreciación del alcance de las pruebas por la Sala sentenciadora en la Instancia. (Sentencia de 21 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (J. C.)

121. *Casación. Apreciación de la prueba. Valor de la confesión.*—La regla del artículo 1.232, párrafo 1.º, del Código Civil de que la confesión hace pruebas contra su autor, no es aplicable cuando se trata de considerar aisladamente una

posición, que interesa al recurrente de las demás que fueron formuladas y de lo afirmado en los escritos de alegaciones, lo que infringiría la norma del artículo 1.233 del propio Código de que la confesión no puede dividirse contra el que la hace.

Por otra parte, es reiterada doctrina jurisprudencial la de que el valor de la prueba de confesión ha de apreciarse en juicio en combinación con las demás practicadas, no pudiendo combatirse en casación el resultado de la apreciación conjunta por el aislado de uno de sus elementos integrantes, ni siquiera de la confesión judicial, cuya fuerza probatoria no es superior a los demás medios de prueba. (Sentencia de 7 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (J. C.)

122. *Congruencia. Condena a pago de intereses.*—No incurre en incongruencia la Sentencia que condena al abono de los intereses legales cuando se suplicó el pago de los intereses pactados —que se habían referido a los bancarios— cuya determinación cuantitativa no pudo acreditarse, por cuanto no concede cosa diferente a la pedida, sino tan solo cosa menor de lo solicitado en la demanda, en tanto que condena al abono de los intereses precisamente por haber sido pactados, si bien reduciendo su montante por falta de pruebas. Por lo mismo no se infringe el artículo 1.108 del Código civil. (Sentencia de 24 de septiembre de 1984; no ha lugar.) (J. C.)

123. *Arbitraje de equidad: Plazo de emitir el laudo: Cómputo.*—Dado el carácter negocial del contrato de compromiso, el término de emisión del laudo —que es el pacto esencial de dicho negocio— es un plazo de naturaleza sustantiva y no procesal que tiene su origen en la voluntad de los compromitentes y en la aceptación del árbitro y no en una notificación, emplazamiento o requerimiento de un órgano jurisdiccional; por tanto, ha de aplicarse en cuanto al cómputo lo dispuesto en el artículo 5.º del Código Civil, de modo que los plazos fijados por días a contar de uno determinado (el de la aceptación del árbitro) quedará éste excluido del cómputo del que, en cambio, no se excluirán los días inhábiles.

De otro lado, la fecha de emisión del laudo, según se infiere del párrafo último del artículo 29 de la Ley de Arbitrajes, no es la que el árbitro colocó en el documento que presenta a la protocolización, sino la del acta por la que se efectúa ésta, ya que el laudo —dice la Ley— «habrá de dictarse por escrito ante Notario». (Sentencia de 24 de septiembre de 1984; ha lugar.) (J. C.)

124. *Casación: Error de hecho y de derecho: Escritura pública.*—La autenticidad del documento evidenciador del error de hecho sólo es predicable de aquellos que a su originaria legitimidad y fehaciencia unan la condición de hacer prueba plena, esto es, acreditar lo que se dice omitido en la instancia sin la necesidad de interpretaciones ni deducciones. Y en lo tocante al error de derecho, también es doctrina jurisprudencial constante que la vinculación del Juez a la escritura pública sólo alcanza a su fecha y al hecho que motiva su otorgamiento, no al resto de su contenido.

*Casación: Error en la apreciación de la prueba: Valoración conjunta.*—Es contrario a la doctrina del Alto Tribunal fundar un presunto error en la apreciación de la prueba aislando del conjunto probatorio un particular extremo de una de

las probanzas hechas y concederle un relieve superior a las restantes tenidas en cuenta por la Sala Sentenciadora. (Sentencia de 27 de septiembre de 1984; no ha lugar.) (J. C.)

125. *Casación: Procedimiento inadecuado.*—Como tiene establecido esta Sala en su Sentencia de 24 de enero de 1984, reiterando otras anteriores todos los supuestos de incompetencia jurisdiccional, incluido el de procedimiento, han de ser denunciados por la vía del ordinal 6.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a excepción de los eventos de incompetencia territorial, acusables al amparo del número 6.º del art. 1.693 de la propia ley.

*Casación: Presunciones: Criterio del Tribunal de Instancia.*—Es reiterada la doctrina de la Sala de que sólo en aquellos supuestos en que para llegar el Juzgador de Instancia a la consecuencia derivada del hecho básico, no controvertido en el recurso, se haya prescindido de las reglas de un criterio prudencial que lleve a conclusiones contrarias a la recta razón, ilógicas o absurdas es dable acoger el recurso, debiendo en los demás casos respetarse el criterio del Tribunal de Instancia. (Sentencia de 2 de octubre de 1984; no ha lugar.) (J. C.)

126. *Casación: Incongruencia.*—Como tiene reiteradamente sentado esta Sala el juzgador de instancia no está obligado a resolver explícitamente todas las excepciones planteadas por las partes, quedando aquéllas resueltas cuando la estimación de la demanda comporta la implícita desestimación de las excepciones.

*Idem.*—Únicamente cabe apreciar incongruencia cuando se produzca una falta de correlación entre el suplico de los escritos de alegaciones y el fallo en la resolución recurrida, no pudiendo extraerse, en cambio, tal incongruencia de la comparación entre el contenido de los escritos alegatorios y el de los considerados de la sentencia.

*Idem.*—No supone incongruencia la condena al pago de los intereses legales no solicitados cuando en el suplico se instaba la condena a indemnizar al actor «por todos los demás daños y perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones», además de que, si la obligación consisten en el pago de una cantidad de dinero, como en el caso, por aplicación del mandato de art. 1.108 del Código Civil, la indemnización de daños y perjuicios se transforma en el abono de los intereses legales si no hay otros convenidos y nada se ha pactado en contrario.

*Idem.*—No se produce incongruencia por el hecho de que habiendo pedido la demanda en contestación la condena del actor al cumplimiento del contrato en la parte no cumplida, tal pretensión, calificable de reconventional, no fue objeto de tratamiento procesal ni resuelta en la sentencia, pues al razonar ésta el cumplimiento por el actor de sus obligaciones y condenar al demandado por incumplimiento de las suyas, rechaza implícitamente la petición reconventional. (Sentencia de 23 de enero de 1985; ha lugar.) (J. C.)

127. *Defectos en el recurso: Formulación separada de los motivos.*—Atenta a la claridad y precisión exigida por el art. 1.720 de la L. E. C., la formulación dentro del mismo motivo de dos conceptos de infracción dispares, aunque sean

referidos a preceptos distintos, cuales son en este caso el art. 1.256 C. c. y el art. 100 del Reglamento de Contratación de Corporaciones Locales, para lo que se exige la formulación separada de los motivos como esta Sala tiene dicho en sus SS. de 10 de abril de 1981, 4 de octubre y 15 de noviembre de 1982 y 14 de febrero y 20 de abril de 1983, lo que en este trámite deviene en causa de desestimación del art. 1.729 - 4.º de la L. E. C.

A ello ha de añadirse que los preceptos de carácter administrativo y reglamentario no son idóneos para fundar en ellos la casación civil (S. 8 de julio de 1983); tampoco pueden tener acceso a la casación por infracción de ley la infracción de normas procesales tales como el art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo (SS. 23 de junio y 3 de octubre de 1983).

*Facultad moderadora de las cláusulas penales.*—El uso de esta facultad moderadora regulado en el art. 1.154 C. c. viene atribuido a los Tribunales de instancia, sin posible revisión en trámite casacional, según impone reiterada doctrina establecida por esta Sala (SS. 4 de julio de 1981, 20 de abril y 30 de marzo de 1983). (Sentencia de 9 de abril de 1984; no ha lugar.) (E. M. S.-R.)

**Suscripción anual: España, 4.900 pesetas**  
**Extranjero, 5.700 pesetas**  
**Número suelto: España, 1.600 pesetas**  
**Extranjero, 2.000 pesetas**