

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXIX
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE
MCMLXXXVI

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 NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

RODRIGO URÍA GONZÁLEZ
Catedrático de D. mercantil y Abogado
del I. C. de Madrid

Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, <i>El principio aragonés «Standum est Chartae».</i>	683
JUAN ROCA JUAN, <i>Sobre el deber general de respeto a la persona</i>	763
JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, <i>La teoría general del negocio jurídico: Su oportunidad e importancia</i>	787
TOMÁS GIMÉNEZ DUART, <i>La responsabilidad de los gananciales por precio aplazado, la libertad de pacto en capitulaciones y otras controversias.</i>	807
JUAN VALLET DE GOYTISOLO, <i>Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima</i>	853

Estudios de Derecho extranjero

Profesor Dr. HANS-LEO WEYERS, <i>Apuntes sobre la evolución del Derecho de la República Federal de Alemania en 1985</i>	851
--	-----

Información Legislativa

A cargo de Pedro de Elizalde y Aymerich	865
--	-----

Vida Jurídica

JOSÉ MIGUEL RODRÍGUEZ TAPIA, <i>Centenario de la Unión de Berna: 1886-1986. Precedentes históricos</i>	885
---	-----

Bibliografía

Libros	923
-----------------	-----

ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Derecho inmobiliario registral*, por José Bonet Correa.—CARRASCO PERERA, Angel, «*Ius aedificandi*» y acción (*La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos*), por Luis-Humberto Clavería Gosálvez.—GARCÍA CUADRADO, Antonio, *El gobierno por orden ministerial*, por José Bonet Correa.—MUERZA ESPARZA, Julio-Javier, *El motivo 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y su evolución*, por José Bonet Correa. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho civil*, por José Bonet Correa.—SEMINARIO DE ESTUDIOS DE LA MUJER DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID, *Ordenamiento jurídico y realidad social de las mujeres. Siglos XVI a XX. Actas de las IV Jornadas de investigación interdisciplinaria*, por José Bonet Correa.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

I. SENTENCIAS COMENTADAS

<i>Cláusula revisora de aumento del 10 por 100 de la renta urbana para una vivienda y dos locales de negocio</i> , por José Bonet Correa	937
---	-----

II. SENTENCIAS	941
-------------------------	-----

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 XXXIX
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE
MCMLXXXVI

**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**

El principio aragonés «Standum est Chartae» (Comentario al art. 3.º de la Compilación)

JOSE LUIS LACRUZ BERDEJO

SUMARIO: I. APARICION DEL PRINCIPIO. 1. El marco europeo. La regla *convenances vainquent loi*, y sus traducciones. a) Francia. b) Inglaterra. c) Alemania. d) El Derecho común. e) Explicaciones de la regla.—2. El marco hispánico. a) Las traducciones del proverbio francés. El Fuero de Navarra. b) El primado de la «carta». El Fuero de Teruel.—3. El sistema contractual aragonés.—4. Manifestaciones de la máxima en las fuentes aragonesas.—II. LA DESVIACION DE LA OBSERVANCIA 1.ª «DE EQUO VULNERATO». 5. El romanismo de Jaime de Hospital. La observancia, al servicio del Derecho común.—6. La doctrina de los fueristas.—7. Los foralistas.—8. La prohibición de interpretación extensiva y los documentos.—III. DE LA OBSERVANCIA 16 «DE FIDE INSTRUMENTORUM» AL ART. 3.º DE LA COMPILACION. 9. La observancia, y su interpretación. a) Los textos. b) Entendimiento y aplicación de la observancia. c) Continuidad del precepto.—10. Los fueristas.—11. Los foralistas. Joaquín Costa.—12. Formulación del principio en el Apéndice y la Compilación.—IV. SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO «STANDUM EST CHARTAE» EN EL DERECHO VIGENTE. 13. La «carta», ¿es fuente del Derecho?—14. Valor de la voluntad privada en el ordenamiento aragonés. La liberación de las prohibiciones del Código y la construcción de nuevos institutos.—15. El destinatario del mandato.—16. Los presupuestos de la autonomía. a) Capacidad. b) Consentimiento. c) Forma. La exigencia de «carta».—V. EN PARTICULAR, LAS FRONTERAS DE LA AUTONOMIA.—17. Los límites físicos y morales. a) Lo imposible. b) El límite ético. c) La supresión del Derecho natural.—18. La limitación proveniente de las leyes imperativas, y el Derecho de los Fueros y Observancias.—19. Lo que el Apéndice se llevó.—20. La restauración discreta del principio por la Compilación de 1967. Alcance.—21. La cuestión en el momento actual. a) La influencia de la Constitución. b) La influencia del Estatuto de autonomía. c) La influencia de la reforma de 1985. d) La «materia no disponible».—VI. LAS APLICACIONES DE LA AUTONOMIA. 22. En materia de obligaciones y contratos. a) Fuentes. b) Los caracteres de la prestación. c) El acuerdo contractual. d) Causa y motivos. e) Compra-venta. f) Sociedad. g) Otros contratos.—23. Los derechos sobre las cosas.

- a) Las cosas. b) Tipificación de los derechos reales. c) La transmisión. d) Situaciones de cotitularidad. e) Derechos sobre cosa ajena.—24. La familia. a) Naturaleza de la materia. b) El régimen de la familia extensa. c) El régimen económico conyugal y sus derivaciones. d) Filiación, autoridad parental y tutela. e) Alimentos entre parientes.—25. Sucesiones y donaciones. a) Las coincidencias con el Código civil. b) El Derecho sucesorio aragonés, más allá del Código civil. a') Testamento mancomunado. b') Sucesión contractual. c') Fiducia. d') El problema de los sujetos en el contrato sucesorio o la fiducia. e') Testamento de confianza. c) Otros preceptos imperativos. d) La donación.

I. APARICION DEL PRINCIPIO

1. *El marco europeo. La regla «convenances vainquent loi» y sus traducciones.*

Sin duda posible la observancia 16 *De fide instrumentorum* contiene, en sus palabras iniciales, la máxima más invocada, controvertida y fecunda en secuelas de todo nuestro sistema en todos los tiempos: *Iudex debet stare semper et iudicare ad chartam et secundum quod in ea continetur, nisi aliquod impossibile vel contra ius naturale continetur in ea.*

Esto es: «el juez debe estar siempre a la carta y juzgar según lo que se contiene en ella, salvo que contenga algo imposible o contra el Derecho natural».

La doctrina ha venido entendiendo este pasaje como si el principio de *libertad civil*, o de *autonomía de la voluntad* que proclama fuera algo exclusivo del Derecho aragonés: no sólo la más alta muestra de la calidad de nuestro ordenamiento regnicola, cifrada en su específico sentido de la libertad individual y la eficacia organizativa de la declaración de voluntad, sino un rasgo original y único. En esto nuestros autores llegan a una conclusión harto precipitada, pues, como vamos a ver, apotegmas y principios de tenor semejante se extienden por muchos territorios de Europa en la misma época (hacia 1310) en que podemos fechar la más antigua formulación conocida de la que luego fue obs. 16 *De fide instrumentorum*, y también en siglos anteriores (1).

Por cierto, la proclamación de la superioridad del pacto más difundida entonces en Europa es, como vamos a ver, de un tenor

(1) Debo a la amabilidad del notario y gran foralista Juan García Granero el envío en fotocopia de toda la bibliografía que cito a continuación —los artículos de Hagemann, Scholten y Ourliac— y algo mucho más importante: su extenso trabajo inédito sobre «El principio *Standum est chartae* en el Fuero de Teruel», que descubre la fuente más temprana y próxima de la redacción cesaraugustana de las Observancias. Doy desde aquí las gracias a este jurista y amigo de excepción, por su muestra, rara hoy, de generosidad y desinterés.

literal bastante distinto al de la observancia aragonesa: su traducción al aragonés es el proverbio «pactos rompen fueros» que citan los autores desde Joaquín Costa, pero cuyo origen ignoramos, ni creo que pueda darse de él una demostración directa (aunque su tenor literal convence de una antigüedad remota).

a) En *Francia* se conoce ya en la literatura jurídica y las fuentes del *Droit coutumier* del siglo XII el proverbio *convenances vainquent loi*, repetido continuamente y consignado como una norma fundamental en diversas obras doctrinales y recopilaciones de costumbres.

Por ejemplo, en la obra titulada *Conseil a un ami*, de mediados del siglo XIII, que concede preferencia al convenio sobre la costumbre del país (2); y señaladamente —es el texto más citada por la doctrina—, en las *Coutumes de Beauvaisis*, con arreglo a cuyo § 999, «toutes convenances sont a tenir, et por ce dit on: *Convenance vaint loi*, exceptees les convenances qui son fetes par mauveses causes». Poniendo cómo ejemplo de convenio contra Derecho la infracción de la legítima de los hijos mediante una liberalidad *inter vivos*. «Quar condicions son plus fortes que droit ne que costumes, s'ils ne sont contre bones mours» dice la «Muy antigua costumbre de Bretaña» (§ 224), compilación privada de la primera mitad del siglo XIII. Los textos son innumerables a lo largo de los siglos siguientes, llegando hasta las *Institutes coutumieres* de Loysel, año 1607 (§ 536).

b) Los testimonios de *Inglaterra* son aún más antiguos: el adagio aparece en una Compilación que se supone anterior al año 1118, las *leges Henrici*, a propósito de si las reglas procesales pueden dejar de aplicarse por convenio entre las partes, a lo que el autor (cap. 49) contesta afirmativamente añadiendo: *pactum enim legem vincit... et amor iudicium*. Más tarde, se encuentra la máxima —entre otras obras— en las de Glanville (hacia el año 1187) a propósito del derecho de arrepentimiento pactado para la venta, y Bracton (1250-1258): *modus enim legem* —dice este autor— *dat donationi et modus tenendum est contra ius commune et contra legem, quia modus et conventio vincunt legem* (II, 6).

c) *Alemania*. En los países germánicos la formulación más conocida reza así: *Gedinge* (o *Willkiür*) *bricht Landrecht*. La palabra *Gedinge* viene a significar «pacto», «convenio», «arreglo entre particulares». *Willkiür* es el arbitrio individual, la expresión de la voluntad propia. Hagemann, con todo, no atribuye a estos proverbios o paremias la misma antigüedad que sus homónimos franceses: la primera aparición tiene lugar en el libro de Derecho de Ruperto De Freisinga, concluido en el año 1328, difundándose el

(2) *Conseil à un ami*, XV, 6. «Mès tu me demandes coment tu entendras donc une parole que on seult dire selonc nostre usage, que *convenance loi veint*, et certes ele entent einsi: se aucuns fet convenance de la seue chose propre, et soit la convenance encontre la costume dou país, s'il la jure, tenir la doit, et ausi sanz jurer s'il la convenance sor peine, ou la peine paier».

adagio ulteriormente por el Sur de Alemania y lo que hoy es Suiza. Las aplicaciones alemanas del proverbio me parecen más bien intrascendentes: en la glosa al *Weichbildrecht* sajón, explicando los derechos y deberes del tutor; y en los Estatutos de Münster, a propósito de la situación del prestatario en relación con el objeto prestado. Más congruentemente, en Suiza se aduce a propósito de las capitulaciones matrimoniales (véase, para todo ello, el extenso trabajo de Hagemann).

d) *El Derecho común*. La idea de la soberanía de las partes llega, es de suponer que a través de estas manifestaciones de los Derechos nacionales, a Italia (3), y en ella a algún autor del Derecho común, como Juan Andrés, el canonista, quien explica cómo *dicunt vulgares*, «*pactum rumpit leges*» (com. in VI, *de reg. iur.*, 85); en plano más erudito no dejan de hallarse en otros escritores indicaciones sobre el carácter de ley del contrato, deducidas a partir de textos justinianos (D. 16, 3, 1, 6; 50, 17, 23); idea que a través de Domat llegará al artículo 1.134 del Código civil francés. Mas el proverbio mismo sigue siendo patrimonio del Derecho popular y ajeno al sistema libresco y romanista.

e) *Explicaciones*. El historiador francés Ourliac explica el adagio *convenances vainquent loi* como un expediente de necesidad en una época en la se eclipsa el Derecho: esto es, en el siglo X. En tal momento la *convenientia* —dice— desempeña su papel esencial de crear reglas jurídicas e imponerlas. Más tarde tal *convenientia* se hace costumbre: las reglas creadas por aquélla se imponen como norma jurídica vinculante para la generalidad. Por eso —razona el citado autor (pág. 419)— una primera versión del adagio dice: *convenence loi vault*: no es que el arreglo particular derogue a la ley, sino que equivale a la ley, es la ley en un tiempo y lugar en que la ley falta: ulteriormente se pasa a la versión definitiva (*convenances vainquent loi*) y, paralelamente, a expresar que el ordenamiento particular de cada territorio es superior al Derecho romano: *Coutume vainct Droit*.

Scholten —en un planteamiento que parece limitar al Derecho de obligaciones— apunta a otro elemento del contrato que, con la forma, da validez a la convención frente a las prohibiciones legales: la causa lícita, que dota de título al derecho de crédito (pág. 195). El adagio expresa que la palabra dada es vinculante, precisamente cuando la obligación está justificada —por la causa— desde el punto de vista social, en cuyo caso la obligatoriedad de lo convenido se impone frente a las reglas romanas que limitan los tipos contractuales.

Uno de los puntos que quedan oscuros en el análisis de la eficacia del proverbio es el del contenido y reconocibilidad de las reglas imperativas, las de Derecho necesario. Nadie niega que

(3) Formulación popular es la del adagio *i patti rompono leggi*: más probablemente, aparecido en época tardía y sin pretensión de validez general.

existan; algunos piensan que son exclusivamente las del Derecho propio, y no las del Derecho común; otros exigen, para que éstas valgan en el territorio, un especial acuerdo con la moral, o la protección de los débiles. Por supuesto, en cualquier caso las reglas de forma y las que salvaguardan la libertad y la voluntad son vinculantes.

Más recientemente ha examinado Hagemann el valor de la regla alemana de autonomía de la voluntad (*Gedinge bricht Landrecht*) en un extenso trabajo, en el que concluye que «los presupuestos para una confrontación entre *pacto* y *Derecho* se daban entonces (en la edad media), manifiestamente, en muy escasa medida. Ciertamente hallamos incluso en aquel tiempo preceptos generales vinculantes, acaso relativos a la forma del negocio jurídico, pero al parecer no encontramos ningún ordenamiento normativo exhaustivo: la formación del Derecho mismo reside, por tanto, en buena parte, en la práctica jurídica negocial. Incluso en la baja edad media encontramos este panorama jurídico. Con todo, cabe comprobar, desde acaso el siglo XIII, más temprano en unas partes y más tarde en otras, una paulatina ampliación del orden normativo. Con esto se altera correlativamente la situación de las convenciones frente a la ley y se amplía la base para una contraposición de principio entre convenio y Derecho».

3. *El marco hispánico.*

a) *Las traducciones del proverbio francés. El Fuero de Navarra.*

En España, la preferencia de la *conventio* sobre la ley o la costumbre viene explicitada, según García Granero, por ciertos pasajes de las *Costums generals de Catalunya* entre señores y vasallos, pero referente a las tenencias feudales, y por tanto con ámbito muy limitado.

Fuera de ésto, las traducciones del proverbio *convenances vainquent loi nos* llegan mediante testimonios muy modernos: el de Costa en Aragón; el de colecciones de refranes castellanos y el de diccionarios y vocabularios de lenguas regionales (véanse las abundantes citas de García Granero) dando cuenta de expresiones como «pactos rompen leyes» y «hablen cartas y callen barbas»: muy extendidas por la península, pero cuya antigüedad es difícil de calcular, y cuyo significado ha de ser muy diferente en el sistema castellano y en los otros: vuelvo a remitir a García Granero.

Supone una excepción a esa tradición meramente oral de las indicadas expresiones el Fuero General de Navarra, texto del siglo XIII donde aparece el aforismo «paramiento fuero vience» (2, 4, 20), que en la misma época, poco más o menos, en los Fueros de la Novenera (pero parece una adición ulterior) se formula con la expresión «paramiento ley uence».

Ciertamente en el Fuero General navarro —en el cual la palabra «paramiento» indica el contrato, el acuerdo de las partes—, el proverbio se aduce de modo accidental y a propósito de un problema muy concreto de partición de herencia. En forma más próxima al Ordenamiento de Alcalá explica luego otro texto navarro, el Amejoramiento de Felipe III (capítulo II), cómo «razón es et fuero antigo que por auenencia toda obligança recibe ualor». De que luego el aforismo se independiza de su anécdota da testimonio un *Repertorio* del Fuero General formado el año 1590 por mandato de las Cortes y que cita García Granero, en el cual la frase «paramientos vencen fuero» aparece como rúbrica aislada.

b) *El primado de la «carta». El Fuero de Teruel.*

Con el mismo intento que la regla *convenances vainquent loi* en sus diversas manifestaciones, se formula en Aragón la que ordena «estar a la carta»: *standum est chartae*, por cuanto si el Juez ha de pronunciar la sentencia necesariamente y en primer lugar con arreglo a lo convenido por las partes (ha de *estar a la carta* en la que éstas expresaron su voluntad), es claro que el arbitrio de los otorgantes es preferente a lo dispuesto en las leyes.

Mas, si en la expresión «pactos rompen leyes» hay cierta equivocidad (pues su sentido varía según que las *leyes* vulnerables sean todas, o bien sólo los textos del Derecho común, o las leyes o costumbres supletorias de la voluntad e interpretativas de las convenciones y negocios jurídicos de cualquier género, o simplemente de los contratos); asimismo en el mandato de «estar a la carta», *standum est chartae*, dirigido al Juez, se puede ver (aparte su posible pero improbable sentido de norma de interpretación), ya la concesión, al particular, de la más amplia posibilidad de ordenar sus relaciones interindividuales (eso sí: llenando la forma exigida por la ley), sin otros límites que los que deriven de la naturaleza física o el imperativo moral; ya, simplemente, la libertad del contratante de pactar, de llenar el contenido del convenio que celebra, sin someterse a un elenco predeterminado de tipos negociales y/o normas ordenando en cada caso los derechos y deberes de las partes (4); ya la única sumisión a los preceptos prohibitivos del *ius proprium*, etc.

La máxima *standum est chartae* aparece por vez primera —así lo hace notar García Granero— en el Fuero de Teruel (anterior

(4) Es por esto por lo que resulta dudoso, a falta de una tradición, el sentido de ciertas expresiones de textos catalanes similares al *standum est chartae* aragonés: una rúbrica que reza *quo modo iudex debet iudicare secundum testamenta vel instrumenta firmata* puesta en un manuscrito al usatge 144; o la opinión de Marquilles comentando el usatge 148: *statur testamento seu alii instrumento*; pero ello *nisi per testes seu aliis convincatur*: estas últimas palabras limitan acaso el sentido que puede atribuirse a las iniciales. Todo ello citado por García Granero en el trabajo inédito a que hice referencia al comienzo de este comentario.

en bastantes decenios a las más antiguas observancias conocidas, que son las de Salanova. El Fuero establece, y además con extremo detalle, la misma doctrina que las observancias ahora citadas, en pasajes como éstos (de la versión romanceada) (5):

95. *De iudicio de carta por a. b. c. Et es assaber que en todo fecho o en iudicio do carta por a. b. c. partida fuere et scripta d'es-riano iurado e firmada con testigos, otro fuero noy sea judgado ni passe si non lo que la carta defeneçra* (definirá) *por su scripto, si non fuere tan solamiente en trançamiento de heredades.*

114... *Mas assaber es que los alcaldes non deuen judgar otro fuero ni otro iudicio alli do carta sea partida por a. b. c., si non lo que la carta defeneçra por su escripto* (6).

Finalmente, en el año 1564 se reexamina, refunde y adiciona el fuero de Teruel y el rey Felipe I de Aragón (II de Castilla), al sancionar el nuevo texto, discierne auténticamente el sentido del antiguo en una disposición interpretativa que figura en el libro II bajo la rúbrica *De pactis*. Dice así: «Philippus primus, 1564. Proueyendo assi mesmo a los pactos y conuenciones, por no estar aquello por Fueros antiguos de Teruel, como conuiene proueydo: Quere- mos y mandamos que todos y qualesquiere pactos, e conuenciones que se haran entre partes, aun que sean contra natura de tal contracto (7), se hayan de obseruar y guardar en juyzio, y fuera del: pues dichos pactos ni el otro dellos no sean contra ius natu- rale, ni impossibles: pues por fuero de Teruel *sit standum chartae*. El qual pacto se pueda prouar por testigos, sino quando fuere contra instrumentos».

(5) García Granero señala algunos pasajes del Fuero de Alfambra que podrían ser precedentes del de Teruel. Copia del fuero de Teruel, y por tanto con idénticos pasajes a los aquí transcritos, es el Fuero de Abarracín.

(6) Otros pasajes igualmente expresivos son éstos:

108. *De alcalde que otra cosa iudgase si non lo que la carta dictare. Et es assaber que si algún alcalde otra cosa judgare si non lo que la carta puramente dictare por su escrito, o el iudicio d'esti libro querrá piçiar, peche C morauedis alfonsis et el danno dupplado que'nt auerná, de los cuales sea meytat del sensor rey e la otra meytat del querelloso. Empero, si caso abiniere que el patrón (carta) non defeneçra (definirá) algún iudicio, sea en bienuista de los bonos omnes de Teruel e del iudez e de los alcaldes.*

207. *Otrosí, si el júdez o algún alcalde judgará si non lo que la carta puramente dictará por su escripto, peche C marauedis alfonsis al conceio et el querelloso. Empero, si caso auerná qu'el padrón non podrá deffener el juicio, sea bienujsta del júdez et de los alcaldes.*

Finalmente, otro párrafo del fuero (García Granero cree que es adición tardía) señala los límites de la voluntad privada: el 746, *De conuincencias*. *Otrosí mando que todas conuincencias e las auinencias ualan después que fueren fechas, fueras de aquellas que pueden ronper esti fuero.*

A mi modo de ver, cabe entender referido el final del texto a las leyes imperativas del fuero, como las que tasan el interés de los préstamos que se puede cobrar el usurero judío (§ 555: no más del 100 % al año, ¡no está mal!).

(7) Acaso procede esta expresión (*pactum contra natura contractus*), de la obra de Miguel del Molino, que era en este tiempo el único libro impreso importante de Derecho aragonés. Véase la cita completa *infra*, núm. 10, al principio.

La Ley filipina es de la mayor trascendencia, no ya para Teruel (cuyo ordenamiento privativo se extingue poco tiempo después), sino para el Derecho aragonés general de cuya obs. 16 *De fide instrumentorum* es el transcrito texto turolense una interpretación auténtica, con alcance y significado importante que veremos más adelante.

3. *El sistema contractual aragonés.*

De los siglos X a XIII, es decir, hasta la época de la Compilación de Huesca, han llegado hasta nosotros muchos documentos de venta, donación y otros contratos típicos evidentemente recibidos por el Derecho aragonés del visigodo —romano y plenamente válidos. La influencia romana, siquiera mediata, existió siempre. Fuera de ella, cabe suponer que nuestro sistema admite desde el primer momento ciertos contratos formales de origen consuetudinario, y paulatinamente, por influencia de los canonistas y las necesidades de una economía más abierta, ciudadana y mercantil, acaba por reconocer la fuerza de obligar —cumpliendo algunos requisitos de forma— de las promesas aceptadas y, en general, de cualesquiera pactos con cualquier contenido que establezcan las partes, frente a los conocidos brocados, procedentes del sistema romano, *nuda pacta obligationem non parit; ex nudo pacto actio non nascitur*.

Esta es la evolución hasta el siglo XIII. Acaso ningún texto más instructivo acerca de nuestro sistema contractual de entonces, que la explicación que suministra don Vidal de Canellas al fuero *De Homagio* (VII, 23).

Distingue el Obispo entre la promesa hecha *sin razón* y el *paramiento o prometimiento... feito por cosa razonable et honesta*.

En el primer supuesto, *ninguno es obligado civilment, salvo si fizo homenaje prometiendo de complir aqueillo que prometio*. Es decir, que en este primer supuesto, aun cuando la promesa se haya hecho sin causa conocida (eso quiere decir *sin razón*), si se ha prestado *homenage*, acto solemnisimo de Derecho feudal de sumisión personal al señor, entonces el promitente puede ser obligado a cumplir, *quar bien puede ser asmado que non prometio sin razón depues que se obligo por homenaje*: tal era la fuerza de esta ceremonia. A ella se asimiló ulteriormente, sin duda por influencia canonista, la obligación confirmada con juramento (8).

(8) Sobre este punto del juramento promisorio, y, en general, sobre el Derecho medieval aragonés de las obligaciones y su evolución, escribí con algún detalle, y allí remito ahora, en mi primer trabajo de investigación, *Notas para el estudio de la «promissio sine causa» en los Fueros de Aragon*, presentado a la 2.ª Semana de Derecho aragonés de Jaca (verano de 1943) y publicado en el volumen del mismo nombre. Traté en ese trabajo inicial de enseñar con el ejemplo un aspecto esencial del método de investigación del Derecho aragonés: la actitud de historiador frente al dato histórico, aportando las fuentes precisas y distinguiendo las épocas.

En cambio, si media una razón o causa, cualquiera que sea el contenido del contrato, *aqueill qui fizo el paramiento o la promesa deue complir aqueillo sin escusa alguna*. Ahora bien: si no se expresa la «causa», el acreedor debe probar que la promesa se hizo *propter servicium quod ei fecit tempore necessitatis, aut propter adiutorium in pleyto aut in alia causa* (fuero *De promissione sine causa*, lib. VI: anteriormente en la recopilación de Derecho de Jaca, E, § 62).

Es de creer que en una etapa anterior, de contratos nominados, la promesa no era vinculante ni siquiera hecha con homenaje (9).

La evolución ulterior confirma estas orientaciones. La promesa se considera válida y su cumplimiento puede ser reclamado, sea cualquiera el contenido de aquélla, por la presencia de la *causa* o, alternativamente, por obligarse el promitente en la *carta* (10). Esto último —la validez del negocio abstracto, en suma— no es sólo un efecto del respeto al querer del sujeto de derecho, sino asimismo de la forma en que aquél ha de expresarse: no cualquiera,

(9) Véase, en mis «Notas» citadas (pág. 12 y ss.) cómo, en textos anteriores de recopilaciones jurídicas privadas, el *homenaje* no obliga en absoluto si el que lo presta no quiere cumplir: únicamente puede ser retado, pero por su parte no tiene deber de responder al desaffio. Es el fuero «De homagio» de 1247 el que le obliga, ahora, a responder, añadiendo un párrafo a la versión antigua que desfigura el sentido de ésta: «si homagio —explica— fuerit cum carta pública, pignoret et demandet cum carta: et si homagium fuerit sine carta, ex quo probatum fuerit homagium per bonos testes, poterit similiter pignorare: tamen possit tornare testes sine carta». O sea que, excepcionalmente, es tal la fuerza del homenaje que se puede prescindir de la carta y probar su prestación por testigos.

Originariamente, ya he dicho que el homenaje es una sumisión de la persona, propia del Derecho feudal: el que presta *homenaje* queda en una situación de servidumbre. Acaso si el fuero primitivo no concede fuerza de obligar a la promesa en forma de homenaje, es por no crearla idónea para contener obligaciones civiles.

(10) Lo primero resulta —aparte lo ya dicho— de la obs. 40 *De generalibus privilegiis totius regni Aragonum* (libro VI): «si quis sine carta promiserit aliquid dare sine causa, on tenetur dare nisi voluerit, vel nisi iusta causa probetur promissionis (si alguien promete algo sin documento, y sin manifestar la causa, no está obligado a dar si no quisiera, salvo que se pruebe la justa causa de la promesa) (Salanova, 214; Hospital, 52). Y lo otro, de la obs. 6.^a *De Confessis* (lib. II): «Item si quis confiteatur in instrumento se debere aliquam quantitatem non expressa aliqua causa, nihilominus condemnatur ad solvendum Regni quia iudex stat instrumento» (si uno confiesa en secundum obs. instrumento deber alguna cantidad sin expresar alguna causa de la deuda, con todo es condenado a pagar según la observancia del reino porque el juez está al instrumento) (Hospital, 8). La *carta*, en un régimen que ya tiene precedentes en Vidal de Canellas (VI, 23, al final), sustituye aquí a la causa: el promitente hace valer en aquella su voluntad sin necesidad de justificar sus manifestaciones y sin más límites que los de la obs. 16 *De fide instrumentorum*: lo imposible y el Derecho natural.

No cabe entrar ahora en el tema de la fuerza ejecutiva que presta, además, la carta pública a la deuda que con ella se demuestra. Desde Salanova se señalan diferencias, en este aspecto (§ 234), *inter debitum cum carta et debitum sine carta, quia pro debitis sine carta non pignoratur secundum obseruanciam siue usancia regni per iusticias locorum nisi probato debito, sed pro debito cum carta pignorantur in continentí per iusticias locorum etiam sine citatione*.

sino, en homenaje a la seguridad jurídica y en busca de la más meditada decisión del declarante, el instrumento público: la *carta* por excelencia. El sistema permanece invariado desde entonces, y así lo acepta la jurisprudencia (11).

4. Manifestaciones de la máxima en las fuentes aragonesas.

a) En la colección de Pérez de Salanova, a principios del siglo XIV, aparece la que luego será obs. 16 *De fide instrumentorum* con un texto prácticamente igual (§ 309): también en otro lugar se ordena que si se celebran *in cartis* convenciones sobre constitución o distracción de prendas, *debet stari chartae et illa est sequenda* (§ 243).

b) Jacobo De Hospital, a mediados del propio siglo XIV, explica en dos pasajes (2, 16, 59; 2, 18.5) que *contractus ex conventione partium legem accipiunt*, por lo que *iudex debet stari chartae*; pero, sobre todo, recoge de Salanova (2, 16, 29) sin variación alguna de sustancia la fundamental observancia *De fide instrumentorum*, con una parte inicial que manifiestamente es un añadido innecesario; y aporta, además, como nueva, la octava *De confessis*.

c) Las observancias en cuestión pasan a la colección «oficial» de 1437. De la una he dado lo esencial del texto al inicio de este comentario y lo repetiré completo *infra*, núm. 9. La *De confessis*, que pasa con el núm. 6 (véase en nota 10) representa un ejemplo concreto de la fuerza de la autonomía de la voluntad: la confesión abstracta de deuda vale, pese a no constar su causa, *quia iudex stat instrumento*.

Añade la colección oficial una nueva y sin duda más reciente aplicación del principio: según la obs. 24 *De probationibus faciendis cum carta*, la excepción de dinero no contado (la que podía oponer el prestatario a la reclamación del prestamista cuando éste no acreditare fehacientemente la entrega del dinero), no tiene lugar en Aragón si el deudor confiesa en instrumento que recibió la cantidad, *quia statur chartae*.

d) García Granero aduce, contemporáneo de la colección oficial, el fuero 4.º *De testamentis*, promulgado en Alcañiz, el año 1436, por el rey Juan de Navarra lugarteniente de Aragón, y en el cual, a propósito de la interpretación de los testamentos con disposiciones fideicomisarias, se recuerda que el *iudex deva estar a la carta*.

(11) Según cuenta FRANCO DE VILLALBA (*Fororum*, II, pág. 216), *cum casus occurrerit die 10 aprilis 1688 in processu capituli de los Pelayres super apprehens. Actuario Blasco, decisum fuit: confessionem seu promissionem instrumentalem absque tituli seu causa expressionis obligatoria vel válidaet effi-cax est.*

II. LA DESVIACION DE LA OBS. 1.^a «DE EQUO VULNERATO»

5. *El romanismo de Jaime de Hospital. La observancia, al servicio del Derecho común.*

a) Frente a la función que venimos presuponiendo hasta ahora en el apotegma *standum est chartae*, de vehículo de la autonomía de la voluntad, ser alza, en un pasaje de la obra de Jaime de Hospital, y enfrente de los restantes, una lectura diferente que reconduce el precepto a otro terreno y otros empleos.

El discordante no es un pasaje cualquiera: está en el proemio de esta colección de observancias. Estudia el autor allí, al hilo del prólogo de los Fueros, cuestiones preliminares y generales: el valor de la obra extensa (o *maior compilatio*) de don Vidal; la potestad impositiva de los monarcas en Aragón; la obligación de los infanzones de servir al rey en la guerra; la de los vasallos de estos nobles que lo son del rey en segundo grado; la situación jurídica de los infieles; la trascendental cuestión del Derecho supletorio, y, antes que ninguna de ellas, la del ámbito de interpretación de los Fueros.

Y se pregunta en este punto «si los fueros y leyes municipales o estatutos de las ciudades reciban interpretación, o bien tal cual se han escrito deben observarse y juzgar conforme a ellos» (proemio, núm. 4). Por esta última solución milita el que son de Derecho estricto, y por tanto no reciben interpretación (12).

Pone el autor, en este punto, como piedra de toque de su tesis, un ejemplo. Supongamos —dice— que por fuero o estatuto de la ciudad, estuviera ordenado que el caballo muerto en la guerra debe ser enmendado, es decir, que el dueño del mismo ha de ser indemnizado por el perjuicio sufrido. Un caballero o ciudadano que hace la guerra con su caballo, sufre la pérdida de éste que fue herido en la guerra por los enemigos, pero que viene a fallecer (en algún manuscrito se dice que herido de nuevo) después de la guerra. ¿Se ha de prestar indemnización por este caballo muerto así fuera de la guerra, al caballero o ciudadano? Hospital considera que si la ley municipal dice que se debe enmendar el caballo muerto en la guerra, entonces, si la muerte ocurre *extra proelium, non est emendandus* (núm. 6). Y da como razón, y esto es lo fundamental: *quia leges municipales seu statuta non recipiunt interpretationem, maxime quia de foro chartae statur et secundum eam iudicatur*: por eso el caballo no será enmendado, *licet de scripta rationi per supra allegata debeat emendari*: aunque por razón escrita, esto es, por el Derecho común romano-canónico, debe prestarse la indemnización. Y remite a Dino Mugello, que así lo determina en relación a D. 27, 1, 18 (13).

(12) «Item constat municipalem legem ac statutum esse legem, sed verbis legis standum est, ut Dig. *qui et a quibus* 1. *prospexit* (40, 9, 12); ergo non recipiunt interpretationem lex municipalis nec statutum».

(13) El caso práctico que relata la observancia no es original: según se

Con esta parte del prólogo, que verosíblemente es del propio Hospital (desde luego, no figura en las anteriores colecciones de observancias de Salanova), elaboran luego los autores de la recopilación «oficial» la observancia 1.^a de un título inicial que denominan, tomando por categoría la anécdota, *De equo vulnerato*, y que, traducida, dice así:

«Por costumbre del reyno, los Fueros no reciben interpretación extensiva y por Fuero estamos á la carta; por esto el caballo herido y no muerto en el combate, no debe ser indemnizado, cuando por fuero o estatuto de ciudad, el caballo muerto en la guerra debe serlo».

El texto ahora transcrito se ha explicado, de ordinario, sin conexión con los señalados antecedentes, desconocidos o no utilizados, y tratando de ponerlo en relación con las otras observancias donde se ordena *estar a la carta*, como si en estas otras, que se refieren a la lectura de *documentos*, se impusiera la misma prohibición de interpretación que en la anterior pesa sobre *las leyes*, y concretamente sobre *los fueros*.

El estudio de los antecedentes muestra, de modo inmediato y sin necesidad de otro razonamiento, lo equivocado de este enfoque. La obs. 1.^a *De equo vulnerato* no se refiere en absoluto a los documentos: contempla sólo el problema de la interpretación de la ley en Aragón, y dentro de él, exclusivamente el choque de la ley foral con el Derecho común.

b) Para determinar el alcance exacto de la regla, hemos de situarla precisamente en esa confrontación entre Derecho particular y Derecho común romano-canónico, recordando cómo, en la edad media, desde los siglos XI y XII, lucha aquél en todos los territorios de la Europa occidental y central por imponer sus reglas y convertirse en el ordenamiento del Derecho privado de todos ellos: en un ordenamiento con pretensiones de validez universal—frente al particularismo jurídico de la época— porque es el del Imperio, y los reinos medievales se supone que son partes de ese Imperio: a veces, uno u otro reino se cree cabeza de él, pero aun sin eso los juristas suelen explicar en cada territorio que el rey es emperador en sus dominios.

Además, un ordenamiento técnico, sofisticado, con calidades intelectuales excelsas, que los juristas profesionales han estudiado en las Universidades, y por eso es el que saben, y pretenden imponer (14).

ve en PORTOLÉS (vº *Forum*, núm. 14, pág. 740), está copiado de un ejemplo que ponen Baldo y Bartolo, entre otros, de alguien que toma en arriendo un caballo con pacto de que si el animal muere en la guerra indemnizará de su valor al dueño. Mas si bien el caballo es herido mortalmente en la guerra, muere después de ella, en cuyo caso —dicen los comentaristas— conforme a Derecho hay que indemnizar, *quia non verba praecisa attenduntur, sed effectus et occasio mortis consideratur*, lo cual no sucede cuando el Estatuto ordena que las palabras se entiendan a la letra.

(14) En la Europa medieval, tras las invasiones de los llamados «bárbaros»

Pero precisamente el Derecho romano choca contra los usos y concepciones propios de los territorios donde se quiere aplicar. Ciertamente, es aquél un sistema mucho más perfecto que el autóctono de cada lugar, compuesto acaso por rudimentarias determinaciones jurisprudenciales, costumbres y leyes inconexas y fragmentarias, pero es un Derecho de fuera, no es un ordenamiento

y los siglos subsiguientes de vida incierta y atomizada, cuando comienza a posarse la población en núcleos urbanos, cuando la gente piensa en vivir una vida de mayor relación, cuando se inicia un mínimo comercio y las unidades políticas van adquiriendo mayores dimensiones, hay una suerte de demanda de reglas jurídicas. Se ha perdido el Derecho romano, del cual quedan sólo referencias muy corruptas en las colecciones de los epígonos, inferiores en calidad y en exactitud. Es entonces cuando, hacia finales del siglo undécimo, se descubren en Bolonia y en Florencia ejemplares de las *Pandectas*, de los textos del emperador Justiniano recogiendo lo mejor y más valioso de la jurisprudencia anterior, fragmentos de los grandes jurisconsultos, que habían caído en el desconocimiento de la gente. Los gramáticos se ponen a estudiar, desde el punto de vista filológico, los ejemplares en cuestión, porque su latín es bastante superior al que se está manejando en aquella época de civilización incipiente. Encuentran allí reglas jurídicas, y se ponen a discutir sobre ellas. Llamen en su auxilio a los juristas, quienes aprecian que en aquellos textos hay un sistema muy perfecto de regulación de las relaciones interpersonales. Tales textos, además, tienen el prestigio de los grandes nombres romanos que los suscriben: Paulo, Papiniano, Ulpiano... Finalmente, después de los gramáticos y los juristas, llegan los profesores, y éstos se percatan de que aquellos libros son un medio óptimo de formación de nuevos jueces, abogados y funcionarios: de juristas profesionales, y ello en el momento en que, dada la creciente complejidad del Estado y la Administración, se profesionaliza la gestión de los negocios públicos y la actividad de (y ante) los tribunales. Hasta entonces, en una civilización más ruda y primitiva, el Derecho era algo entregado a todos los ciudadanos: no eran especialistas, sino personas de buen sentido y de edad (la ancianidad se considera un mérito preferente), quienes resolvían los pleitos, y no mediante leyes escritas que se hubieran de interpretar, sino con su sentido común y su idea de lo justo. Pero luego, una organización social más compleja, con relaciones más artificiosas, exige un tratamiento más técnico y una mayor seguridad. Esto es lo que pueden proporcionar los juristas profesionales formados en el Derecho romano y más tarde también en el canónico. Juristas que, así, van ocupando los rangos de la judicatura y también los grandes cargos de la Administración.

Estos juristas se han formado, a partir del descubrimiento de los manuscritos, en las escuelas jurídicas de Italia, y luego en otras similares que nacen en todos los países de la Europa occidental, pero como estudiosos de unos libros, los de su carrera y profesión, resuelven conforme a ellos y tratan de imponer en cualquier lugar a donde vayan la aplicación de esos libros, porque esos son los que ellos conocen, los que han estudiado y hasta los que materialmente poseen. Y como estos juristas ocupan lugares de influencia, cancillerías reales, organismos legislativos incipientes, consiguen establecer, casi como si fuera ley, el imperio de uno textos que, ciertamente, no han sido promulgados por las asambleas o poderes legislativos del país donde se encuentran, sino por un emperador romano muchos años antes (procedentes de unos juristas todavía más remotos); pero que utilizan quienes tienen poder y saber. Así, la gente empieza a aceptar o soportar que aquellos textos, que le son extraños, y que por su perfección técnica sólo pueden ser comprendidos por los técnicos, sean los que gobiernen sus relaciones civiles. Esta idea de la vigencia del Derecho romano se extiende por toda la Europa civilizada, hasta el punto de que al ordenamiento en cuestión se le llama Derecho *común*: es decir, común a todo el continente.

propio, y en ese sentido no cuenta con la adhesión de los naturales del lugar.

La lucha entre el Derecho romano y el ordenamiento propio de cada territorio se prolonga a lo largo de toda la edad media, y termina en una transacción: el Derecho romano, con su superior categoría científica y su masa de preceptos bien trabados y discorridos, al menos se impone como Derecho supletorio aplicable por los Tribunales a falta de reglas propias, y como éstas son escasas, bien se puede suponer que el mayor volumen del ordenamiento civil efectivo de cada país está representado, en donde no alcance o no actúe la autonomía de la voluntad, por el conjunto de normas que se deduce de los textos del *Corpus iuris civilis*.

En Aragón, el Derecho romano se acepta, en principio, como fuente supletoria, o simplemente a modo de *ratio scripta*, y así ya el propio Hospital, tan romanizado, advierte que *ubi est forum seu ius municipale vel sensus aut usus seu consuetudo regni, de foro non est de iure curandum nisi cum foro et usu regni concordet*. La doctrina ulterior sigue la misma vía: Miguel del Molino, por ejemplo, dice bien claramente *quod ubi a foris nostris casus occurrens decisis non reperitur, per ius commune decidendus est* (vº Forus, fol. 155) (15). En otro lugar dice que el Derecho común se aplica a modo de *ratio scripta*, punto de vista en el que luego se sitúan muchos fueristas.

Mas esa mera supletoriedad que se predica del Derecho común es una conquista de los ordenamientos territoriales con la que están en desacuerdo los legistas, que no se resignan a pechar con el estudio y aplicación de unos sistemas toscos e incógnitos. Predican, por tanto, la interpretación restrictiva de la norma foral. A partir de la antigua pretensión de vigencia universal del Derecho romano y de la especialidad del Derecho que se llama «municipal», recuerdan la regla según la cual el Derecho propio de cada país se aplica *ut minus corrigat vel deroget iure commune*, lo que quiere decir, en román paladino, que el Derecho propio se va a considerar como una regla excepcional, casi como un mal necesario que se soporta en la mínima cantidad posible, mientras el Derecho común se aplica por regla general. Y esto es, exactamente, lo que pretenden decir, primero Jaime de Hospital en el proemio de su obra, y luego la observancia *De equo vulnerato*: que los fueros y leyes municipales son de Derecho estricto y no reciben interpretación extensiva, cediendo siempre en favor del Derecho común. Lo cual era falso en el Aragón del siglo XIV —ni en otro siglo: nunca fue así—, pero pasó a la observancia citada.

(15) Portolés, eclesiástico, se inclina por la preferencia del Derecho de la Iglesia: «in hoc Regno, deficiente foro, potius ad ius canonicum quasi magis aequum, quam ad ius civile romanorum recurrendum sit» (vº Forus, núm. 2).

6. La doctrina de los fueristas.

Aunque la regla de hermenéutica de la observancia 1.^a tiene por su parte una interpretación bastante clara si se atiende a su letra y al pasaje de Hospital que le sirve de precedente, en cambio contemplada fuera de este contexto, como privación general de un recurso interpretativo, carece de sentido y choca frontalmente con la regla de principalidad de nuestro ordenamiento propio, y aun antes que con ella, con el sentido común (16).

No lo vieron así, empero, nuestros juristas, entre los cuales la controversia discurre por cauces argumentativos más bien abogaciles. Esto es: cuando la solución que el legista o la sentencia propugnan encuentra su apoyo en una interpretación estricta del Fuero, el autor de turno invoca la prohibición de la obs. 1.^a *De equo vulnerato* y, adicionalmente, a veces, las restantes observancias que formulan la regla *standum est chartae* (¡para los documentos!), considerándolas como estableciendo a su vez la misma regla hermenéutica. En cambio, si la solución del conflicto no está contenida expresamente en la ley y es el resultado de una labor de discurso en la que han intervenido los textos y su finalidad, el preopinante trata de circunvenir la supuesta prohibición general de la observancia explicando que no es aplicable al caso, sea porque la interpretación no es, exactamente, extensiva; sea porque la prohibición se ha establecido para el supuesto de no haber solución deducible en la ley, pero no para el contrario (de haber una solución expresa de la ley mediante una interpretación que no es extensiva); o mediante otro efugio parecido.

En último término, podríamos decir que la observancia en cuestión ha forzado el ingenio de nuestros juristas ante la necesidad, tantas veces manifiesta, de eludir su prohibición, y por cuanto ellos, ante el hecho de que está ahí, en la colección «oficial», no se atreven a declararla inaplicable. Los fueristas aceptan, en tal situación, la real existencia de una regla jurídica aragonesa que veda la interpretación extensiva: «in hoc Regno —dice Miguel del Molino— a littera recedi non posse, sed illi tenaciter inherendum esse» (fol. 156, column 1). Tras de lo cual tratan de ampliar, a fuerza de distinciones y excepciones, los recursos hermenéuticos de que pretende privarles la observancia. Miguel del Molino admite la interpretación extensiva de los fueros, del mismo modo que la restrictiva, si la intención de la ley va más allá de la reflejada en su letra. En todo caso, de cualesquiera de estas interpretaciones dice que son *intelectivas*, es decir, que hay que apreciar la ley en

(16) En efecto: si es explicable, en un planteamiento meramente lógico de la cuestión y prescindiendo de razones políticas que se prohíba la interpretación extensiva de unas reglas (los fueros y observancias) en beneficio de otras (las del Derecho común), no lo es, y ataca la esencia del Derecho mismo, que, simplemente, se ampute al sistema un recurso interpretativo, y esto es lo que sucede si la prohibición de interpretación extensiva se aplica a todas las leyes de cualquier procedencia.

su justo valor y que eso no está prohibido por la obs. *De equo vulnerato*. (Su comentarista Jerónimo Portolés, hombre con mayores conocimientos de Derecho común, subraya, empero, que el estatuto debe interpretarse, cuando corrige al Derecho común, de la forma que lo altere lo menos posible).

Portolés estudia monográficamente el tema de la interpretación (17), aunque concediendo acaso más lugar a la del negocio jurídico que a la de la ley (18). La interpretación, para él, es siempre posible por cuanto aun *statutum prohibens interpretationem, tollere necqueat interpretationem quae de iure naturali est* (número 39). A partir de ahí, cabe aquella extensión que se pueda incluir en el sentido lato de las palabras (53), o que se contiene virtualmente en la escritura (54), o si, de no hacerse la extensión, alguien sufriría un daño indebido o se seguiría algún gran absurdo (56). Admite —como buena parte de los autores— el argumento *a contrario* (23) (19), y considera errada la opinión que prohíbe la extensión por identidad de razón y *a maiore*, porque para él, *extensio non dicitur, sed comprehensio, ubi eadem ratio viget, etiam si simus in statuto iuris communis correctorio* (58); y, en general, dice, *mens potius quam verba attendi debet, etiam quando chartae standum est* (63).

De los autores posteriores cabe citar a Sesse, quien pondera (decis. 430, por ejemplo), el valor del argumento «tomado de la razón que hubiere movido el ánimo del disponente»; y el del fin de la ley: el que se hubiere propuesto el legislador (20). Y para

(17) El autor distingue entre diversas prohibiciones de interpretación posibles. Según dice, *hoc statutum prohibens interpretationem extensivam, et iubens, verba intelligi ad litteram prout iacent, maxime differt a statuto quod interpretatione tantum vetat: quoniam statutum quod simpliciter interpretationem prohibet et non procedit ultra iubendo quod verba ad litteram intelligantur, solum frivolum interpretationem vetare intelligitur... At statutum quod non simpliciter interpretationem prohibet, sed ultra procedit statuendo, verba ad litteram intelligi debere, et chartae standum esse, non solum litteram interpretationem, sed etiam aliam quamcumque, seu coniecturam declarationem excludit*. Las palabras, por tanto, se entenderán a la letra según su inteligencia gramatical (38 y 20).

(18) A los documentos se refiere preferentemente cuando afirma que en la expresión *hijos* no se comprenderán las *hijas* (núm. 25: con dudas), ni los nietos (47); que no se aprecian la sustitución pupilar y la vulgar tácitas (27); o que, en general, el masculino no incluye el femenino (31), ni el hijo legítimo por subsiguiente matrimonio se equipara al legítimo (32).

(19) Según Miguel del MOLINO (vº *Diffinimentum*), se da una aplicación práctica muy elocuente de la interpretación *a contrario* en la observancia *Fori editi apud Exeam* (libro 9, que en su propio texto dice haber sido escrita por Pérez de Salanova).

De la obs. 5.ª *De iniuris* (libro 8.º) se deduce una regla interpretativa que admiten también generalmente los fueristas, a saber, que el fuero general no corrige el especial.

(20) Cfr., sin embargo, decis. 404, 11 y 12: fueros que son correctores del Derecho común, han de interpretarse, *in quantum fieri possit, ut minus ius commune corrigant, quoniam ita interpretandum vitamus correctionem iuris communis quae est odiosa et regredimur ad ius commune quod est summe favorabile*.

Suelves (Semic. 1.^a, cons. 34), en las acciones humanas el fin es el móvil, la razón por excelencia. Para él, debe seguirse «la razón especial no expresa antes que la general expresa». Por su parte Casanate viene a considerar la regla que prohíbe la interpretación extensiva como una manera de eliminar el arbitrio judicial, en pro de la seguridad jurídica (21).

Pero más que en las reglas de hermenéutica que muy saltuariamente enuncian estos autores y otros muchos, donde mejor se ve su posición ante el problema es precisamente en el manejo de las leyes y la solución de los casos. Sobre todo, los prácticos aragoneses de los siglos XVI a XVIII admiten y emplean todos los procedimientos de interpretación que estamos utilizando hoy en el tratamiento de la ley, y la regla de interpretación restrictiva o prohibición de interpretar no ha sido ninguna rémora en su trabajo: prácticamente se puede decir que sólo han hecho caso de ella cuando les convenía.

7. *Los foralistas.*

Los foralistas del siglo XIX, si bien consideran vigente y operante la observancia (tampoco se percata ninguno de ellos de su finalidad de limitar el alcance del Derecho aragonés en favor del romano-canónico), aceptan asimismo, por lo general, las muchas matizaciones de la doctrina de los siglos anteriores.

Es más: con ocasión del Congreso de jurisconsultos aragoneses de 1880, se planteó el interrogante de si, en el terreno de la política legislativa, debía mantenerse la prohibición de la obs. 1.^a *De equo vulnerato* o era preferible derogarla y dejar paso a todos los recursos de la interpretación: tema que se formuló en el cuestionario que sirvió de base a las discusiones preguntando «si debía sostenerse el principio *standum est chartae*», como si éste fuera, nada más, una regla de interpretación. En el curso de los debates se aclaró, sobre todo desde la intervención rotunda y brillante de Joaquín Costa, el sentido genuino del apotegma, rechazándose en las conclusiones la regla hermenéutica de la observancia 1.^a *De equo vulnerato*, aunque con el sentimiento de algunos, como Naval, que deploraron la derogación de «este principio eterno del Derecho aragonés» (pág. 113).

En la jurisprudencia del siglo pasado se reproduce el aprove-

(21) «Ideo aragoneses (ut iudicis causas ex scripto, non ex arbitrio et coniecturis deciderent) voluerunt litteram (ut scripta reperitur) tenaciter observari, quibuscumque coniecturis, vel circumstantiis casum particularium exclusis, si contra vel praeter litteram allegentur. Sentientes potius standum esse legi municipali praecipienti, cartas standum esse, quam arbitrio iudicis vario et inconstanti» (pág. 59). Por su parte, Francisco Diego de Sayas en la carta dedicatoria a la última edición oficial de los Fueros, afirma que *estar a la carta* quiere decir que el fuero no está sujeto a comentario ni a interpretaciones sutiles ni metafísicas.

chamamiento de la obs. 1.^a *De equo vulnerato* en favor de soluciones al caso concreto previamente halladas. Diversas sentencias de la Audiencia afirman que se ha de estar siempre al contexto literal de los fueros (2 julio 1862; 8 octubre 1873; 12 febrero 1894; 7 julio 1896, 6 junio 1898); y la S. 10 junio 1914 no se limita a vedar la interpretación extensiva, u ordenar la literal, sino que dice que los fueros de Aragón se interpretan restrictivamente (22): en el caso, para dejar espacio a la aplicación del Código civil.

Opuestamente, muchas sentencias hacen uso de todos los procedimientos hermenéuticos habituales sin expresar nada en relación con la supuesta regla aragonesa. Hay que esperar, con todo, a la publicación del Apéndice para que una Sentencia del T. S. de 28 octubre 1935 sienta doctrina clara a este respecto, reivindicando para el Tribunal el libre uso de la interpretación extensiva (23).

La última crítica a la vieja norma inaugural de las observancias es, en el momento de quedar éstas sin vigor, la de don Marceliano Isábal, para quien (pág. 72) «por mucho que el legislador se empeñe, la interpretación es función de que no podrán prescindir los que han de cumplir o aplicar las leyes. Porque antes hay que conocerlas: y la interpretación es eso; el conocimiento exacto de la ley, de su espíritu, de su alcance, de lo que en ella quiso el legislador mandar, prohibir o permitir». Pero ni siquiera este gran foralista, como se ve, plantea el problema previo de la legitimidad y validez de la observancia.

(22) Los fueros de 1564 y 1585 sobre contratación de los menores de veinte años —expone— prohíben a éstos vender o donar sino con voluntad de sus padres, y el segundo de ellos explica que esto se entiende cuando tal padre o madre no se hubiera casado otra vez; pero esta limitación no puede extenderse a la representación en juicio de los hijos por los padres, porque los fueros de Aragón se interpretan restrictivamente». Por consiguiente el actor, casado en segundas nupcias, está facultado para representar en el juicio a su hija menor de edad.

La S. 6 junio 1898 prohíbe extender la costumbre inmemorial de un caso a otro por identidad de razón. La S. 31 octubre 1914 todavía repite que «en este país foral, donde constituye una verdadera esclavitud, por decirlo así, el principio intangible de *standum est chartae*, no puede darse al fuero una extensión que no consigna su letra».

(23) «Pese a los términos absolutos de la observancia 1.^a *De equo vulnerato* no cabe pensar que por ellas quedase proscrita en Aragón, de una manera incondicionada, la interpretación extensiva de las leyes, que la práctica y la doctrina han venido aplicando siempre por imperiosas exigencias de la técnica jurídica y por entenderse que el precepto foral, lo único que quiso condenar fue el abuso de esa forma de interpretación que pudiera llegar a desfigurar o alterar el pensamiento y propósito del legislador; aparte de que la observancia indicada no establece ninguna regla que directamente se refiere a la interpretación de los negocios jurídicos y pueda hacer revisable en casación la que el Juzgador de instancia ha formulado».

Obsérvese que esta S. se profiere en una fecha en la que la obs. 1.^a *De equo vulnerato* ya no estaba en vigor: a su vez, en el Apéndice, el apotegma *Standum est chartae* no tenía valor hermenéutico.

8. *La prohibición de interpretación extensiva y los documentos.*

Estar al sentido literal del documento, es algo que ninguna fuente aragonesa ordenaba: la obs. 1.^a *De equo vulnerato* se refiere al fuero; y ya hemos visto que las restantes observancias que hablan de «estar a la carta», aun contemplando los documentos, no tratan de su interpretación, sino de la libertad de darles cualquier contenido.

No obstante, fue corriente la creencia de que el principio *Standum est chartae* significaba una limitación en las posibilidades hermenéuticas del documento, y esa es la dificultad que los autores tratan de salvar ampliando tales posibilidades. Se ha de estar —explican— a todo el contexto del documento, no a una sola parte de él, y por eso las observancias dicen *chartae* y no *litterae* (24). Incluso, en nombre del propio principio *Standum est chartae* Sesse (decis. 404, núm. 41) combate la interpretación restrictiva de la letra del documento cuando en éste se utilizan palabras que por su naturaleza comprenden muchas significaciones.

Se discutió en la doctrina sobre la admisibilidad de las conjeturas, que rechaza Portoles (vº *Forus*, núm. 21), pero de las cuales hicieron uso los decisionistas, que mantuvieron, por razones de necesidad práctica, la posibilidad de utilizarlas cuando estuvieran bien fundadas (25).

En la jurisprudencia, si bien son numerosas las sentencias que ordenan entender las palabras como suenan (Aud., 28 junio 1864; 27 octubre 1896); o atenerse al sentido literal del documento sin darle interpretación extensiva (Aud. 28 enero 1873, 10 julio 1891, 5 marzo 1892, 6 abril 1894, etc.), sin embargo, visiblemente, cuando el texto necesita interpretación, el Juzgador sigue un muy distinto camino. Por ejemplo, preconiza el examen de todo el contexto (26); ordena salvar la validez jurídica de los pactos (Aud., 31 marzo 1882); pretende buscar siempre la verdadera

(24) SESSE, pág. 483, decis. 65, núm. 24: *Forus non iubet stari ad litteram sed ad chartam, id est ad totum scripturae contextum*. En igual sentido MONTER, decis. 33; FRANCO DE VILLALBA, 1, pág. 3. El propio SESSE (decisión 236) y SUELVES (Semic. 2.^a, cons 48) exigen que las palabras se entiendan de manera que surtan algún efecto, pues de lo contrario resultarían vanas y puestas sin objeto alguno, lo cual no puede racionalmente presumirse. CASANATE, en el consejo 60, sobre un problema de interpretación de testamento, explica asimismo que *ubi chartae standum sit, nullatenus censeatur sublata nec reiecta interpretatio expositiva seu declarativa litterae* (20)... *quod statutum praecipiens cartae standum esse, solum censeatur tollere interpretationem extrinsecam, nunquam autem censeatur sublata interpretatio intrinseca (qualis est illa quae a vitando absurdo procedit)*, (núm. 30)... *Prohibitio enim extensionis non procedit quando non facta extensione dispositio redderetur elusoria* (núm. 32).

(25) Cfr. SESSE, decis. 65, pág. 484: *no obstante statuto de stando chartae et litterae, conjecturas admitendas fore si tamen leves non sint, sed tales quae vincant mentem et multum vocationem concludant*.

(26) «Se ha de entender en el sentido de estar a todo el contexto del documento, no a una sola parte de él, y por eso se dice *chartae* y no *litterae*, como debería decir si sólo se atendiere a la letra».

voluntad del testador (27) o de los contratantes (28); trata de interpretar los contratos «sin una sumisión ciega a la ley del documento con postergación de los demás factores» (T. S. 28 octubre 1935) y, bajo el Apéndice, reivindica la libertad de los tribunales para asumir, sin restricciones, la función interpretativa (T. S. 26 mayo 1952). Actualmente, la supuesta prohibición de interpretación extensiva, carente ya de cualquier fundamento, ha dejado de alegarse.

III. DE LA OBSERVANCIA 16 «DE FINE INSTRUMENTORUM» AL ARTICULO 3.º DE LA COMPILACION

9. *La observancia y su interpretación.*

a) *Los textos.* Recordemos, ante todo, el tenor de la observancia 16 *De fide instrumentorum*:

«El Juez debe estar siempre y juzgar a la carta, y según lo que en ella se contiene, si no se contenga en ella algo imposible o contra el Derecho natural; o si no se hubiera pactado otra condición entre los contratantes que no estuviera escrita en dicho instrumento. Y si (se) quisiera probar (esta condición) con el notario y los testigos escritos en el mencionado instrumento, oígaselos: pero con otros testigos, en modo alguno se admita (la prueba). Lo mismo si dicha condición o cualquiera otra cosa se quiere probar por otra carta, porque entonces se admitirá».

Que el Juez se atiene a la voluntad declarada por las partes, lo dicen también las obs 6.^a *De confessis* y 24 *De probationibus faciendis cum carta* (29). Estas dos observancias (que desde luego, y

(27) Cometido error en un testamento al escribir el nombre del instituido, averiguar el verdadero designado no vulnera el principio de interpretación literal: Aud. 27 diciembre 1899.

En el caso de la S. T. S. 17 mayo 1918, aun cuando se establece que no es lícito extender la institución más allá de lo que comprende, se acepta que en la palabra *hijos* están comprendidos, por lo regular, los *nietos*. Esta regla general deja de tener aplicación cuando éstos aparecen expresamente excluidos por el testador, como es el caso de esta S.

(28) La regla de la obs. 1.^a *De equo vulnerato* no llega a prohibir la interpretación declarativa y la restrictiva en cuanto tiendan y sean absolutamente necesarias para fijar el recto sentido que a una cláusula dudosa deba darse, en cuyo caso las reglas de hermenéutica a que ella debe subordinarse, son las que el Derecho común tiene establecidas. Aud., 2 abril 1904.

S. T. S. 9 diciembre 1908. No se infringe la obs. 16 *De fide instrumentorum* por la sentencia que interpreta la intención de los contratantes sin apartarse de la letra del contrato, fundándose en su situación a la fecha en que lo celebraron, en los fines que lo inspiraron, claramente expresados, y en el conjunto de sus estipulaciones, todo lo que constituye una serie de elementos de juicio y de los cuales racional y lógicamente, atemperándose al artículo 1.124 del Código civil (?), se deduce la inteligencia del Tribunal sentenciador.

(29) Obs. 6.^a *De Confessis*. «Item, si quis confiteatur in instrumento se debere aliquam quantitatem, non expressa aliqua causa, nihilominus condemnatur ad solvendum secundum observantiam Regni, quia iudex stat instrumentum».

Obs. 24 *De probationibus faciendis cum carta*. «Item, exceptio non numeratae pecuniae, locum non habet in Aragonia ubi quis confitetur instrumento se pecuniam recepisse, et est ratio: quia statur cartae...».

contra lo que comúnmente se dice, no contienen norma alguna de interpretación), dirigiéndose al juzgador, directamente le reenvían a la *carta*, al *instrumento*. Lo hacen a partir de sendas hipótesis concretas —la confesión abstracta de deuda; la confesión de haber recibido una cantidad— en las que, frente a los principios del Derecho común, conceden acción al acreedor; pero el mandato al Juez de *estar a la carta* no se produce en vista de tal o cuál hipótesis, sino que es aplicación, recordatorio, de una regla general. Cuya regla general es la contenida en la fundamental obs. 16, precepto que, al igual que los antes citados, tampoco pretende disciplinar la hermenéutica negocial (véase qué distinto es el tenor de los actuales artículos 1.281 y ss. Cc.), sino que impone al Juez el deber de aplicar las disposiciones del declarante consignadas en el documento que sirve de base al litigio y hacerlas valer en la sentencia (*iudicare*): asimismo, de respetar y tener debidamente en cuenta el documento veraz aportado al pleito (*stare*). Documento que en la obs. 16 es, evidentemente, notarial, y presumiblemente también en las otras dos.

Ninguno de los tres textos tiene, pues, nada que ver con la obs. 1.^a *De equo vulnerato*, que versa sobre la *interpretación de la ley*: aquí, se trata de documentos (no de leyes) y de su eficacia y posible contenido: de su fuerza, no de su entendimiento (30).

«La voluntad del disponente o de las partes, consignada en la carta, es eficaz, tiene la protección del ordenamiento a través del Juez», viene a decir la primera parte de la obs. 16. La segunda parte descende a una cuestión particular, fundamentalmente de prueba: si los contratantes han pactado, en relación con las estipulaciones de la carta, alguna más que no se ha consignado en ella, ¿cómo demostrarla? Estableciendo la observancia que valga como prueba el dicho del notario que autorizó el instrumento, junto con todos los testigos que lo suscribieron (no solos éstos), y también otro instrumento (31).

El hecho de figurar la regla que ordena *estar a la carta* en una *observancia*, y no en un fuero, lleva a Palá Mediano a la conclusión de que se trata de una regla consuetudinaria. Realmente, las observancias no contienen costumbres propiamente tales, sino

(30) Joaquín COSTA (*La libertad civil*, pág. 129) plantea otra posibilidad, a saber, la de entender en las observancias citadas la palabra *charta* por *forus*, lo cual rechaza y, en efecto, es absurdo.

(31) Las Observancias regulan con minuciosidad las cuestiones de prueba por documentos y por testigos, discerniendo cuándo una promesa puede probarse sólo mediante éstos y cuándo no, tema que excede del presente comentario. Sobre él véanse MOLINO, v^o *Pactum*, fol. 247, y v^o *Instrumentum*, fol. 184: en este último, relaciona los supuestos de excepción en los que no se admite la prueba del notario y testigos frente al instrumento.

Aplica la obs. 6.^a *De confessis* la S. Aud. 3 junio 1873 negando eficacia a la prueba testifical contra el documento en el que el demandado confiesa haber recibido dinero.

resoluciones de diversos tribunales y doctrina de los juristas: este segundo es, según hemos visto, el caso de la observancia 1.^a *De equo vulnerato*, que parece proceder de unas reflexiones doctrinales planteadas por Jacobo de Hospital.

b) *Entendimiento y aplicación de la observancia*. El significado de la obs. 16 es inequívoco: expresado en lenguaje moderno, el de establecer el primado de la autonomía de la voluntad, del imperio del arbitrio individual, en las relaciones intersubjetivas. La regla viene a dar validez a lo pactado por las partes, o lo dispuesto por el declarante, tenga o no precedente en la legislación o la jurisprudencia, hállese o no practicado o admitido expresamente. Convierte al hombre, se ha dicho, en legislador de sí mismo.

Tiene, así, el apotegma, un inicial sentido de reacción contra el sistema del Derecho romano, en el cual los contratos se admitían sólo en un *numerus clausus*, bastante reducido, con repulsión de todos los demás, y en particular de los que no tenía figura legal: los *nuda pacta*. Pero va más allá: no se trata sólo de salir de un sistema de contratos típicos para llegar al punto en que se sitúa actualmente el artículo 1.255 Cc., sino también de hacer una crítica de las leyes que limitan el contenido y la eficacia de los negocios jurídicos en general y de cada uno en particular: la observancia prolonga las fronteras del querer individual de modo que en ella ni siquiera se menciona, entre sus límites, a la propia ley positiva, trasladando éstos al *ius naturale*; y aunque este modo de expresarse encierre una cierta hipérbole, porque en último término difícilmente se podría negar al legislador el poder de limitar, en servicio del bien común, el albedrío de los otorgantes, con todo el tenor de la observancia sigue teniendo un significado trascendental: de una parte suprime las prohibiciones, y en general las reglas imperativas, del Derecho supletorio, en su tiempo el Derecho común, que no es Derecho aragonés más que para suplir las lagunas de la voluntad de los regnícolas; y, de otra, establece un programa para el legislador y un *principio constitucional* que sirva de piedra de toque al ciudadano: imperativas sólo pueden ser aquellas leyes que (de modo más o menos remoto) explicitan y traducen al Derecho positivo el contenido del *ius naturale*: leyes cuyo mandato no supone una artificiosa limitación de la voluntad del disponente en homenaje a un rito o a un preconcepto, sino la sanción o prohibición de un acto inmoral, o de un daño, o cualquier otro evidente servicio al bien común.

Ese significado y valor de la observancia no resulta desvirtuado por el carácter aparentemente más anecdótico de su segunda parte, cuya función es también importante porque, tras la proclamación del imperio de la voluntad de los declarantes, trata de determinar la prueba suficiente de su expresión: la consignación en la *carta*, y también, en cuanto a aquellos otros pactos que no se escribieron en ella, pero que realmente mediaron entre las

partes; su constancia en otra carta o, excepcionalmente, la declaración unánime del notario y los testigos que concurrieron al otorgamiento (32).

La preponderancia de la voluntad del declarante sobre la ley desborda el radio de acción de la mera autonomía contractual en cuanto que se predica de todas las declaraciones de voluntad, aun no contractuales, *inter vivos* y *mortis causa*, y permite a todas ellas surtir efectos que inciden secundariamente en la esfera jurídica de los terceros, como la constitución de tipos específicos de derecho real, o el establecimiento del estatuto familiar y sucesorio de la «casa». Es un cuadro de libertad, cuya máxima dimensión, acaso, no reside en su faceta individual y específica de respeto a lo declarado, sino en su aspecto social y genérico de la falta de prohibiciones en el Derecho de Aragón: en la idea de que las normas de nuestro ordenamiento se presumen de Derecho voluntario y sólo son imperativas cuando así se expresa, y aun entonces al amparo de su concordancia con el Derecho natural.

c) *Continuidad del precepto*. García Granero ha aducido, a este propósito una contraprueba de la continuidad del significado y valor de la observancia 16 que considero muy importante por la expresión, la solemnidad del mandato y la época: esto es, la rúbrica *De pactis*, aportada al fuero de Teruel en el año 1564, dos siglos y medio después de la observancia de Pérez de Salanova, por el rey Felipe I de Aragón y II de Castilla: cuya disposición, al emplear las mismas palabras del texto medieval, que ahora son manifestación de la voluntad de las Cortes y del rey, no sólo confirma en Teruel la vigencia de algo que es Derecho general de Aragón, sino que refuerza para todo el reino la interpretación y el alcance de la observancia. En diversos puntos, incluso, añade alguna precisión: las convenciones se han de guardar, a) «aunque sean contra natura del contracto», es decir, aunque desfiguren el tipo contractual con estipulaciones divergentes y aun contrarias elaboradas por las partes para aquel caso; y b) también «fuera de juicio», y por tanto mereciendo el respeto de todos, autoridades y particulares. Volviendo a reiterar el límite único, para los pactos de los turolenses, como los de los restantes aragoneses, del Derecho natural y lo imposible.

10. *Los fueristas.*

Sea por su formación fundamentalmente romanista, que les llevaría a mirar con recelo una regla que venía a poner en tela de juicio el sistema de dogmas y tipos negociales del Derecho común; sea porque no repararon suficientemente en sus ilimitadas posibilidades, lo cierto es que nuestros clásicos no conceden

(32) Aun esto último no es aplicable a todos los contratos: véanse las excepciones en MOLINO, vº *Instrumentum*.

a la máxima *Standum est chartae*, el lugar principal y rector que debía ocupar en el ordenamiento en cuanto cifra y síntesis de la libertad civil aragonesa, ni advierten y señalan las consecuencias trascendentales que se deducen de su contenido. No la desconocen; no la niegan, pero nunca la erigen en clave del sistema y menos conceden a su tratamiento la extensión que merece.

Por supuesto, ningún escritor discute, a partir de las observancias, la validez general de las convenciones atípicas, y así, en primer lugar, Miguel del Molino, que escribió su «Repertorio» en el año 1507 y para quien *pactum contra naturam contractus tenet in Aragonia secundum foristas antiquos, quia omne pactum tenet in Aragonia et est servandum inter partes, dum tamen non contineat aliquod impossibile vel contra ius naturale* (así en vº *Pactum*). Doctrina que refiere el autor, como se ve, a «foristas antiquos».

Del Molino, bastante consciente de la virtualidad de la observancia pese al corto espacio que le dedica, trae en otro lugar (vº *Instrumentum*) ejemplos de dogmas del Derecho común que, en Aragón, puede desconocer la declaración de voluntad: el testamento sin institución de heredero, que es válido entre nosotros, y asimismo la herencia dejada en codicilo, o la donación de todos los bienes (33).

También funda Miguel del Molino (vº *Pactum*, fol. 248), en la observancia 16 la validez del pacto por el que alguno obliga alguna cosa para seguridad de algún contrato, y asimismo la del precontrato: de la promesa de dotar, aunque *aliud sit dotare et aliud pactum seu promissio de dotando*; y también la promesa de venta, aun cuando *aliud sit vendere et aliud pactum de vendendo*. Portolés se fija precisamente en este último supuesto, subrayando que la promesa de venta debe cumplirse por el promitente: *coegi potest, nec praestando interesse liberabitur, quia chartae standum est* (vº *Pactum*, núm. 17, págs. 21 y 22). «Todo lo que puede hacer la ley —explica (vº *Instrumentum*)— puede ser hecho por

(33) Es éste el pasaje más orientador de la obra de Molino, en cuanto a la inteligencia del proverbio. «Omne instrumentum —dice— valet in Aragonia, dum tamen non contineat aliquod impossibile, vel contra ius naturale, quia iudex debet iudicare ad cartam...». Al amparo de la observancia, «foristae fecerunt plures conclusiones, quas tenuerunt pro constanti. Primo, quia valet testamentum in Aragonia absque institutione haeredis, quia potest testator in Aragonia distribuere in suo testamento omnia bona sua per legata particularia, et valebit testamentum, ex quo non continet aliquid impossibile... Teneurunt id etiam foristae quod haereditas potest dari et adimi in codicillo, licet secus sit de iure... quia valet instrumentum ex quo non continet aliquid impossibili... Teneurunt etiam foristae per verba dictae observantiae quod in Aragonia valet pactum appositum in instrumento etiam si sit contra naturam contractus... Et tenuerunt etiam foristae per dictam observantiam quod licet de iure no valeat donatio generalis omnium bonorum habitorum et habendorum, ex eo quod aufert donanti testandi facultatem... tamen de foro bene valeret». Acaba diciendo que los fueristas sacaron otras muchas conclusiones de esta observancia, «quae non sunt scriptae in foris nec in observantias, sed consistunt et conservantur in capitibus prudentium».

medio del pacto, siendo válido, aunque fuese contrario al Derecho público o en perjuicio de la pública utilidad; por ejemplo, el pacto por el que se limitase el uso de un baño, horno, molino, etcétera». También subsiste el pacto —añade— contra lo que es natural en el contrato, es decir, el que, por ejemplo, suprime la obligación de sanear en caso de evicción.

Tampoco la doctrina ulterior constituye al principio proclamado por la obs. 16 en eje del sistema, ni lo invoca con frecuencia o pone algún énfasis en su mención. Es algo que se da por supuesto y a lo que no parecen conceder los autores singular trascendencia. No encuentro en ninguno de ellos la máxima *pactos rompen fueron* o expresión equivalente, aunque sí tienen claro casi siempre el papel subsidiario del Derecho romano y cómo, precisamente a causa del apotegma *Standum est chartae*, no valen en Aragón sus normas prohibitivas. Por lo demás, la principal utilización que la doctrina hace del principio es la, ya criticada, de precepto interpretativo.

Aduciendo la observancia en su sentido propio de regla de libertad contractual, cabe citar un pasaje de Sesse (decis. 397, número 22) en el que hace notar cómo *in hoc regno... voluntas contrahentium declarata verbis illud omne inducit quod non est impossibile vel contra ius divinum vel naturale*; y otro de Suelves (cons. 73) afirmando que el pacto se equipara a la ley, pero sacando la consecuencia de que por ello se ha de interpretar como menos repugne al Derecho común.

Límites al contenido del pacto son, en primer lugar, las disposiciones prohibitivas aragonesas: las que vedan la usura, por ejemplo (fueros *De usuris*); o el pacto de *quota litis* (fueros 1.º y 2.º *De quota litis*). Para Sesse, no se debe cumplir el pacto de cuya ejecución resultaría pecado (decis. 269); y en opinión de Portolés, aunque no ante el tribunal seglar, sí podría ser impugnado ante el eclesiástico el pacto manifiestamente contrario a la equidad natural (vº *Instrumentum*).

11. Los foralistas. Joaquín Costa.

La doctrina del siglo XIX acentúa la supuesta versión hermenéutica de la obs. 16 y concordantes, minusvalorando su significado propio que limitan a un recordatorio, en el capítulo de los contratos, sobre la libertad de las partes de pactar en ellas cuanto deseen. Incluso en obra de algún mayor aliento que sus contemporáneas, como la de Marton y Santa Pau (tomo 1.º, único aparecido), se omite toda alusión al *Standum est chartae* en sede de las cuestiones generales del Derecho aragonés, y sólo al tratar de las capitulaciones matrimoniales (la obra no llega a los contratos) se aborda el tema; si bien, entonces, con muy amplio y acertado criterio (34).

(34) «Entre nosotros —dicen— por disposición de la observancia 16, título *De fide instrumentorum*, lib. 2.º, lo estipulado por los cónyuges, siempre y

El Congreso de jurisconsultos aragoneses de 1880 al entender en su cuestionario al *Standum* únicamente como una regla de hermenéutica contractual, dio ocasión a la reacción ya relatada de Joaquín Costa, quien no sólo rechazó tal consideración, negando —con razón— a la obs. 16 cualquier valor o función interpretativos, sino que llevó el principio de autonomía al lugar que le corresponde en el sistema jurídico aragonés, de regla general de validez y precedencia de la declaración de voluntad sobre las propias leyes; de presunción del carácter meramente dispositivo de éstas, principio aplicadero por el Juez e inspirador del ordenamiento todo y de sus singulares preceptos.

Logra Costa aprehender la verdadera esencia del *Standum*, si quiera, al exponerla, incurra acaso en alguna hipérbole. Para él, el «aforismo, como principio generador de toda una legislación es de tal virtud y excelencia y envuelve una concepción tan elevada de la vida, que determina por sí solo todo un régimen civil en frente del régimen civil romano, y el único también original que registra la historia del Derecho positivo desde Justiniano hasta nuestros días. La Libertad civil es todavía un problema de ciencia, pero no lo es en la realidad y en la vida: hace siglos que el legislador aragonés le halló una solución en aquella famosa observancia». Añadiendo en otra obra que «la mitad de Aragón entero tiene su ser en la *charta*, y suprimir este régimen valdría tanto como apagar esa llama que mantiene vivo el calor en nuestro pecho desde el día en que descendió a su ocaso el sol de la nacionalidad aragonesa, y herir de muerte aquel espíritu de independencia por el cual Aragón ha sido grande».

Reconoce Joaquín Costa, evidentemente, la existencia de unas relaciones «de Derecho necesario, obligatorio... respecto de las cuales el Estado, supremo regulador y fiador del Derecho natural y de las buenas costumbres, impone una determinada conducta a las personas privadas»; a la par de (y en oposición a) otras «de Derecho voluntario... que consienten variedad de formas y libertad de acción, que sólo los particulares pueden regular con pleno conocimiento de causa en cada caso, y que no caen, por tanto, dentro de la jurisdicción y competencia del Estado. Las pri-

cuando no sea imposible ú opuesto á la naturaleza será la única regla en la materia, y solamente pueden invocarse las disposiciones forales, á falta de espresión en los pactos matrimoniales».

«Tanto es así, que pasa por subsistente en nuestro reino el instrumento que se hace contra Derecho común, pero que no contenga nada contra el divino y natural: y es tan lata la libertad de pactar, que, según PORTOLÉS, *Instrumentum*, son un axioma popular las siguientes palabras: *Aragon tiene en la carta plena potestad, por lo mismo que excepto dos cosas, nada se le puede resistir, á saber: el Derecho divino, como inmutable, y el natural, como necesario*. Por esto mismo, no puede pactarse contra lo dispuesto en nuestros Fueros y Observancias, relativamente al poder pátrio, autoridad marital, sistema de tutelas, orden de sucesiones, etc., etc., pero sí constituir una sociedad puramente convencional, porque la ley respeta tanto la voluntad de los contrayentes, que no legisla mas que á falta de espresión de los mismos».

meras constituyen el aspecto público de la institución, y a ellas es inaccesible la *charta*; las segundas, «pertenecen a la esfera inmanente de las personas privadas». Inspirándose en esta bipartición solicitaría en 1886 Gil Berges, al Congreso Jurídico Español, que el poder público «establezca, sí, en el Código, las condiciones necesarias e ineludibles de toda institución..., pero fuera de ahí reconozca y proclame con valentía que la libertad individual en la contratación civil, en las capitulaciones matrimoniales, en la constitución de derechos reales, etc., no debe tener otros límites que los que la moral señala a los actos humanos».

Esta es, desde entonces, la versión que acepta la nueva doctrina en orden al significado de la observancia 16, lo cual tiene importancia en el momento —año 1889— de promulgarse el Código civil. En ese momento, como señala Palá Mediano, a no ser por el *Standum*, «al entrar el Cc. en el ordenamiento jurídico aragones como Derecho supletorio de aplicación directa... hubiéranse aplicado a los actos jurídicos realizados por los aragoneses el sinnúmero de prohibiciones contenidas en el Código general, procedentes en su mayor parte del Derecho justinianeo», rechazando la obs. 16 «la aplicación en Aragón de aquellas prohibiciones en tanto no fueran conformes al Derecho natural, cosa que olvidaron muchos juristas prácticos y aun muchos jueces y tribunales» (*Notas*, pág. 278).

Hace Jesús Delgado una interesante observación sobre la actitud mental de quienes escriben desde 1880 sobre el *Standum*, y es que «en cualquier caso el desarrollo del principio de libertad civil no lo sitúan en el terreno de la circulación de bienes y servicios, sino en la determinación, por los individuos (el «Estado individual» de los krasuistas, que tanto influiría en Costa), de sus relaciones personales y familiares, sobre todo estas últimas, sobre el suelo de las instituciones tradicionales no legisladas. La libertad civil es entonces el reconocimiento, tanto del pacto o la disposición testamentaria del individuo como, más esencialmente, de la actividad del pueblo creadora de la costumbre» (*Los aragoneses*, pág. 222) (35).

(35) El propio autor hace, asimismo, una valoración de política jurídica. Para él, «lo más valioso de la libertad civil, que enlaza con el pactismo del antiguo Derecho público aragonés, es su oposición frontal al autoritarismo, su antiestatalismo. Los individuos, las familias, las colectividades municipales, las asociaciones de toda clase, tienen existencia jurídica *per se*, anterior a la del Estado, por lo que se autogobiernan libremente en todas las materias en las que no hayan cedido competencias a aquél».

El enlace del *Standum est chartae* con el pactismo aragonés fue puesto de relieve por LÓPEZ DE HARO (prólogo a las «Observaciones al proyecto de Apéndice», de PALA MEDIANO, pág. 17); quien hace una historia un tanto alucinante de la unión de los señores aragoneses en el primer momento de resistencia del hipotético reino pirenaico a la invasión árabe; del surgir de la segunda nobleza que mantiene el equilibrio entre los ricos-hombres y la corona; del justiciazgo, etc. Para él, «el espíritu orgánico que fue la base del Derecho público se reprodujo en las relaciones civiles». Martín Ballester, por su parte, habla de pactos con los reyes francos, con Navarra, con los propios

En la jurisprudencia del siglo pasado se invoca la obs. 16 y concordantes en justificación de las peculiaridades de nuestro régimen familiar y sucesorio, según veremos *infra*, cap. VI. Aquí señaló únicamente dos SS., importantes por la generalidad de su expresión. Según la de 21 abril 1882, «en Aragón se tiene gran respeto al documento o carta, por la amplia facultad que su Derecho concede para estipular lo que no sea contrario a la moral o físicamente imposible, atribuyendo a lo convenido fuerza de obligar *aunque contravenga a Fuero*, según doctrina de las Observancias 6.^a *De confessis*, 16 *De fide instrumentorum*, 24 *De probationibus faciendis cum carta* y 1.^a *De equo vulnerato*, de cuyas disposiciones hase deducido el principio de Derecho foral *Standum est chartae*, base y fundamento de la libertad civil característica de esta legislación». Y según la S. Aud. 12 julio 1894, «es axiomático en Derecho aragonés, sin que haya un solo Fuero ni tampoco una sola Observancia que lo contradiga, que en este antiguo Reyno y su territorio, sus naturales tienen la indiscutible facultad de disponer de sus cosas con entera y completa libertad, así por contrato entre vivos como por testamento, siempre que en uno y otro no falten á las buenas costumbres ó á la moral ó al Derecho natural».

Bajo la vigencia del Apéndice, la S. 18 marzo 1954 habla del *Standum est chartae* como «base y fundamento de la libertad civil características de esta legislación».

12. Formulación del principio en el Apéndice y la Compilación.

a) La semilla sembrada por Costa fructificó en los proyectos de Apéndice: en primer lugar, en el de Franco y López, que al redactar su «Adición a la memoria» incluye, dentro del Derecho de obligaciones, el principio de autonomía de la voluntad que en la primera versión había omitido (36). Y, sucesivamente, en el proyecto Ripollés, que llega a considerar al apotegma como «fuente del Derecho» (37) y el proyecto Gil Berges, quien prácticamente traduce al castellano en su artículo 4.º la observan-

árabes; «pactos con el Justicia y con el propio rey, creado el uno como juez medio para garantizar los derechos de los aragoneses», en un tiempo en que «el poder real, el caudillaje, hasta sin tiempo material para ocuparse de una ordenación del Derecho privado, dejaba a éste total y absolutamente en manos de aquellos jefes de casas aragonesas». En todo lo que sean datos históricos, conviene, con todo, atenerse a la realidad conocida, en este punto incierta y parca. El pactismo se manifiesta en la segunda mitad de la edad media y en sucesos históricos concretos bien comprobados y documentados.

(36) Artículo 169: «Los que tienen aptitud legal para prestar consentimiento y obligarse pueden establecer en los contratos que celebren cuantos pactos, cláusulas y condiciones tengan por conveniente; y deberán respetarse y cumplirse con arreglo al apotegma *Standum est chartae*, siempre que no sean de imposible ejecución o contrarios al Derecho natural».

(37) «Las fuentes del Derecho civil aragonés son:

cia 16 (38): años después diría de ella que es «un Código completo en una sola disposición».

Llegado el momento de la formulación del que fue Apéndice de Derecho foral de Aragón, encontró don Marcelino Isábal, vocal foral (único) en la Comisión que redactó el Apéndice, para la conservación de la máxima, la oposición de don Antonio Maura, político imbuido de un elevado concepto del principio de autoridad y para quien la autonomía privada, tal como se concibe en Aragón, representaría establecer «un Estado dentro de otro Estado». Se consiguió, *in extremis*, una mención pro forma del apotegma, en el artículo 59, conforme al cual,

«Cuantas estipulaciones otorguen los interesados acerca de la aportación de bienes, del régimen o de la disolución de la sociedad conyugal, serán obligatorias con arreglo al principio *Standum est chartae*, siempre que no infrinjan prohibición expresa en la legislación vigente en Aragón, ni sean opuestas a los fines esenciales del matrimonio».

La alusión a los «fines esenciales del matrimonio», que había de ser conservada por la Comisión General codificadora (contra el criterio aragonés) en el artículo 25 de la Compilación («fines propios del matrimonio»), no tenían mucho que hacer en relación a unas estipulaciones que, tal como está redactado el precepto, se refieren al régimen económico, y no a las relaciones personales, que por lo demás estaban y están monopolizadas por el título IV del libro 1.º. Y al poner como límite del pacto la «legislación vigente en Aragón», por cuanto ningún precepto (al faltar el propio *Standum est chartae*) elimina, en Aragón, la vigencia de las prohibiciones y en general los preceptos imperativos del Código civil, se establecía como límite del apotegma todo el Código civil, para cuyo resultado era innecesario el artículo, ya que bastaba con el artículo 1.255 de aquel cuerpo legal y lo dispuesto en él sobre capitulaciones matrimoniales (39).

Aragón perdió una batalla en la que se enfrentaban, en muy

«1.º El acuerdo o convenio, no siendo de imposible cumplimiento o contrario al Derecho natural».

Y además se agrega en el artículo 3.º: «El axioma foral *Standum est chartae*, que sanciona el principio de libertad de pactar y de disponer cuanto no sea imposible o contrario al Derecho natural, regirá también como regla de interpretación de lo dispuesto o convenio».

(38) «Artículo 4.º «Conforme al apotegma de la antigua legislación aragonesa *Standum est chartae*, los Tribunales fallarán ante todo por el tenor de las cláusulas de los documentos públicos o de los privados, debidamente autenticados, que los interesados aduzcan, siempre que dichas cláusulas no resulten de imposible cumplimiento o contrarias al Derecho natural».

(39) Sin embargo, la Exposición de motivos del Apéndice configura como un logro esta conservación anecdótica de la letra del apotegma. Después de hablar de que se han «redactado algunos artículos en términos que subordinan su positiva observancia a la realidad de las costumbres, que de este modo quedan respetadas, sin extenderlas ni uniformarlas», añade «Este temperamento, único eficaz al dicho designio, es también el adecuado al apotegma *Standum est chartae*, que en Aragón vino amparando y enaltecendo las espon-

desigual posición de fuerza, una concepción restrictiva, que entendía ser mucha concesión la inclusión en el Apéndice de las instituciones aragonesas inspiradas en el principio, y otra, la representada por foralistas como Palá Mediano, en pro de la formulación amplia y genérica del principio como inspiración y garantía de la vitalidad y la evolución del orden jurídico aragonés.

El tratamiento dado al apotegma en el cuerpo legal de 1925 y, en particular, la presunción de haberlo trasfundido a instituciones concretas «que ya no cabía ampliar» representa una perversión total de su significado y modo de actuar (precisamente ante un número ilimitado de hipótesis continuamente cambiantes con el tiempo, los modos de vida, las técnicas y las costumbres); y, en definitiva, supone la más importante quiebra del Apéndice.

b) Cuando, casi treinta años después, se iniciaron los trabajos preparatorios de la Compilación, la mayor madurez de los estudios e investigaciones sobre el problema permitió a la Comisión aragonesa percatarse de que la clave de la cuestión estaba, no simplemente en la concesión de la autonomía al declarante, sino en los límites que se pusieran a la expresión de la voluntad individual. De poco podría servir una manifestación más o menos lírica del poder del individuo, si anteriormente la ley le rodeaba de un espeso tejido de prohibiciones y condicionamientos. Sobre todo, importaba que quedase clara la primacía de la voluntad, a través de una presunción de supletoriedad de las leyes.

No se abordó directamente en dichos trabajos el problema de las prohibiciones contenidas en el Código civil, por entender la Comisión que en las circunstancias políticas del momento cualquier alusión que la instancia aragonesa hiciera a la superioridad de lo convenido en la *carta* hubiera podido ser considerada como un atentado contra la unidad del Estado español predicada por la doctrina política oficial y los textos fundamentales. Teniendo en cuenta esas consideraciones, el Seminario redactó, y la Comisión hizo suyo ulteriormente, un proyecto de artículo 3.º, que dice así:

«Conforme al apotegma *Standum est chartae*, en aquellas materias capaces de regularse por pacto o disposición unilateral, la ley, mientras no se deduzca claramente lo contrario, tiene sólo valor supletorio del arbitrio del individuo. En consecuencia, los tribunales habrán de atenerse a la voluntad de las partes, reflejada en las cláusulas de los documentos, siempre que no resulten éstas de imposible cumplimiento o sean contrarias a las normas y principios señalados en el artículo anterior».

taneidades del albedrío. Culmina en el Fuero este apotegma y estuvo infundido en el Apéndice desde su primera redacción, con cuantas derivaciones positivas se le pueden atribuir, pero los aragoneses lo aman con tanto fervor que la Comisión acabó por añadir, a las realidades que ya no cabía ampliar, un enunciado literal como rasgo fisonómico, cuya omisión bastaba para mudar a los ojos de muchos el semblante de la especialidad jurídica regional».

«El pacto o la disposición se interpretarán e integrarán mediante la costumbre, y, en su defecto, la ley».

La redacción que se dio a este precepto obedecía también al propósito de presentar el juicio de los Tribunales sobre la voluntad de las partes como el cumplimiento de la autonomía, y sometido a ella. Los Tribunales juzgarán *de la carta con la carta*: no con la ley, que, en principio, tiene simple valor supletorio. Esta es la consecuencia más notable del proyectado artículo 3.º, consecuencia que persiste, en mi opinión, en las ulteriores revisiones de la Comisión General de Codificación: ciertamente con un tenor que no es el propuesto y deseado por los aragoneses, porque entonces no teníamos autonomía legislativa.

En la redacción que dio al precepto la Sección especial de la Comisión de Codificación, éste dice así:

Standum est chartae.

Artículo 3. «Conforme al principio *standum est chartae*, se estará, en juicio y fuera de él, a las cláusulas de los documentos que sean expresión de la libre voluntad individual, manifestada en pacto o disposición unilateral, siempre que no resulten aquéllas de imposible cumplimiento o sean contrarias al Derecho natural o a una Ley imperativa».

El texto que fue ley simplifica bastante el anterior, con una modificación (las palabras «norma imperativa *aplicable en Aragón*») sugerida desde el territorio para salvar cualquier veleidad de aplicar el Derecho del Código, y otra que, en mi opinión, pretende ser exclusivamente de estilo. Dicho texto es del tenor siguiente:

«Standum est chartae

Artículo 3.º Conforme al principio *standum est chartae* se estará en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria al Derecho natural o a norma imperativa aplicable en Aragón.»

En la Exposición de motivos del texto que aprobaron las Cortes se alude a la aceptación del principio, «en acatamiento a la tradición jurídica del país sobre autonomía de la voluntad y libertad civil, concretada en la obs. 16 *De fide instrumentorum*».

La reforma de 1985 ha suprimido, en este precepto, sin sustituirla por ninguna otra, la mención del Derecho natural.

IV. EL PRINCIPIO «STANDUM EST CHARTAE», EN LA COMPILACION. SIGNIFICADO Y EFICACIA GENERAL

13. La «carta», ¿es fuente del Derecho?

En ciertas expresiones de Joaquín Costa la declaración de voluntad en la *carta* queda constituida en fuente jurídica al lado o por encima de la ley y la costumbre. Por su parte, el Fuero

nuevo de Navarra parece situar dogmáticamente en el mismo punto de vista al *paramiento*, al afirmar en su ley 7.^a que «la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente del Derecho»: acaso una *superfuente*, pues. Y, según hemos visto, el proyecto Ripollés concedió a dicha voluntad la primacía en el elenco de las fuentes. ¿Es correcta tal calificación?

Advirtamos que, la presente, es más bien, para lo que aquí interesa, una *quaestio nominis* (o, si se quiere, de conceptos): la solución depende, en último término, de a qué llamemos *fuentes*; y la eficacia respectiva de la ley y la declaración de voluntad del particular seguirán siendo la misma cualquiera que sea la solución.

No voy a hacer, pues, una exposición extensa de las tesis en presencia y la solución aceptable a mi entender. Baste decir que a la declaración de voluntad privada o al convenio entre partes le falta, para ser fuente del Derecho objetivo, el carácter de *abstracción* propio de la norma jurídica en general (ley, costumbre, principio), al dirigirse a regular una situación concreta. La norma no contempla personas con nombre y apellidos ni bienes identificados ni relaciones existentes entre aquéllas o con éstos: al contrario, proviene, por motivos impersonales de política legislativa, lo que se ha de hacer, los derechos y deberes de cada uno, en situaciones hipotéticas que podrán darse luego o no en la realidad; y procede de legisladores —se supone— desinteresados. A diferencia del negocio, por el que una o ambas partes regulan, crean o extinguen sus propias relaciones prestando un consentimiento interesado sobre asuntos personales e irrepetibles (40).

(40) En la doctrina española se citan más comúnmente, como atribuyendo en algún modo la condición de fuente del Derecho a la declaración de voluntad, las opiniones Manigk y Ferri.

Manigk plantea el asunto desde su ideología nacional-socialista. Con Cicerón, asimila la expresión de la voluntad individual a la ley, considerando que aquélla tiene la misma virtualidad que ésta en lo que atañe al propio ámbito de intereses del individuo. Para él, la norma que establece la autonomía de la voluntad es una norma «de apoderamiento» (*Ermächtigungsnorm*), mediante la cual el legislador autoriza al particular para dictar su propia ley (pág. 54).

El contrato es ley, lo mismo si se pacta entre Estados (tratados internacionales) que entre particulares: es una cuestión de radio de acción (pág. 42). El aspecto público de la actuación del sujeto privado deriva de la condición de *fiduciario* de la comunidad jurídica que a aquél incumbe: el comunero (*Rechtsgenosse*) actúa gestionando intereses que también son del conjunto, de la *totalidad* estatal, de la cual es él una célula y de cuyo poder normativo participa. Su precepto produce la misma sumisión que los otros (*Rechtsunterworfenheit*): que la sentencia o que la ley, siquiera con ámbito más limitado. Que la conducta de los particulares puede ser fuente del Derecho lo muestra asimismo la existencia de la costumbre: la fuente originaria de la autonomía privada en aquellos siglos y aquellas incipientes comunidades políticas en los que la ley no alcanzaba a ocuparse de las incumbencias de los particulares.

Cabría preguntarse si se inserta también en esta corriente la concepción del negocio jurídico de Betti, como «precepto de la autonomía privada», «dis-

La norma es fuente del Derecho; la *carta*, fuente de derechos; la una supone una actividad creadora de reglas, y la otra constitutiva de relaciones (Scognamiglio, pág. 30).

Cosa distinta es que en Aragón, aun sin constituir legislación, la «voluntad de los otorgantes» expresada en capítulos y testamentos prolongue su vigencia y su imperio a través de las familias y de las generaciones, imponiéndose a personas que no pactaron, respecto de las cuales tiene la condición heterónoma de una ley, y como la ley se habrá de interpretar entonces, con arreglo a la voluntad del emitente y a la objetividad de su *ratio*, con abstracción de lo que pueda pensar o desear el sujeto pasivo.

14. *Valor de la voluntad privada en el ordenamiento aragonés. La liberación de las prohibiciones del Código y la construcción de nuevos institutos.*

El grado de autonomía que cada sistema concede al individuo se mide según el ámbito de vida y decisión personales que las normas del correspondiente Código dejan a la voluntad privada, desde la imposición total de una disciplina (el Estado donde «todo lo que no está prohibido, es obligatorio»), a la libertad plena,

posición por la que el particular dicta una regla sobre sus propias relaciones con otros... establece una relación de valor normativo». Tal precepto «surge por primera vez con la declaración». Pero el autor distingue, todavía, entre «la competencia normativa del orden jurídico» y «la competencia de los particulares», siendo la ley la que traduce en términos jurídicos el resultado práctico perseguido por las partes: la que vincula a la declaración «los efectos más conformes a la función económica-social que caracteriza su tipo». Más que alinear a la voluntad entre las fuentes, expropia esta tesis el contenido de voluntad del negocio en homenaje a la ley.

Sí mantiene la tesis normativa Luigi Ferri, para quien «la autonomía privada es un poder de crear normas jurídicas, de naturaleza y estructura semejante a la que tienen las normas del Derecho objetivo, respecto de las cuales sólo existe una diferencia de grado» (*La autonomía privada*, trad. esp., 1969, pág. 10).

Empero la diferencia no es simplemente *de grado* o *de radio de acción*: hay algo más, y ese *algo más* lo ha visto bien Federico de Castro cuando habla del «distinto significado político (organizatorio) que tienen la ley y el negocio jurídico y la diversa posición en que, a consecuencia de ello, se encontrarán a la una y al otro los funcionarios y los particulares». La promulgación de una ley —o el nacimiento de una costumbre— «constituye una alteración política de la organización social», resultado que nunca consigue un negocio jurídico (pág. 371, Parte general, I). A esto apuntan los caracteres que se predicán de la norma, de *abstracción* y *generalidad*, de los que carece el negocio jurídico (y también la sentencia judicial en aquellos países en los que no tiene valor de precedente vinculante): al contenido hipotético de la norma, dictada por el poder público en vista de situaciones que pueden producirse, y no (en la ley en sentido material) en vista de una situación concreta y para producir un resultado inmediato en relación a las personas o el patrimonio de tal individuo. Correlativamente, la ley, a diferencia del contrato, no es necesariamente producto de una decisión unánime ni emana de los afectados por ella. La ley no es producto de unas *partes* que persigan fines propios, ni crea regularmente relaciones entre ellas, como el contrato.

pasando por la elección entre un número dado de tipos predeterminados por la ley (de regímenes matrimoniales, de clases de disposición testamentaria, de derechos sobre las cosas, de contratos) (41).

En Aragón, la parquedad de los preceptos prohibitivos y la convicción de que todos los restantes preceptos pueden ser superados por el pacto o la disposición testamentaria produce esa excepcional amplitud del espacio a disposición de los particulares que caracteriza a nuestro ordenamiento. Según dice Delgado Echeverría, «*prohibido prohibir* podría ser el lema que presidiera todo el Derecho aragonés, como expresión del respeto que al legislador merece la iniciativa jurídica de los grupos e individuos, hasta el punto de que sólo excepcionalmente y sintiéndose obligado a dar explicaciones pone trabas o limita aquella iniciativa». En efecto, el ordenamiento civil aragonés restringe las leyes imperativas a lo que reclaman las necesidades de la convivencia según la ética corriente y las necesidades sociales de protección al débil y a los intereses del procomún (en el navarro, a la vista de un principio similar, las únicas leyes a las que no puede atender el *paramiento* son los «preceptos prohibitivos de esta Compilación con sanción de nulidad»: cfr. ley 7.^a).

Esta actitud liberal del Derecho de Aragón ha tenido en el tiempo varias lecturas según el contexto legislativo de la época.

En la edad media, el significado y la operatividad del principio *Standum est chartae* se manifiestan, frente a un sistema de tipos como el romano (que tras haber sido inicialmente de acciones pasa luego a ser de figuras preestablecidas puestas a disposición del sujeto para que elija entre ellas), por la posibilidad de conferir validez jurídica a cualesquiera creaciones del arbitrio humano, sin tener que respetar el elenco del *ius commune*. Valen las estructuras que, en la *carta*, diseña el declarante, y el Juez

(41) En esta línea, y para el Derecho alemán, entiende FLUME (*Das Rechtsgeschäft*, pág. 5) que los particulares, sobre la base de la autonomía privada, únicamente pueden establecer aquellas relaciones jurídicas que «son adecuadas como figuras del ordenamiento». Habría un *numerus clausus* de relaciones jurídicas a las que se puede dar cuerpo a través de la autonomía privada. Es en este punto donde se marca la diferencia entre los sistemas sujetos a una dogmática y unas prohibiciones tradicionales y los que, como el aragonés, no predisponen un elenco de *figuras* convencionales ni trazan otros límites a la voluntad del individuo que los que «naturalmente» encuentra ésta en la ética o la física.

Von Hippel (pág. 61) hace rotar que quedan al margen de la autonomía privada aquellos casos en los que la voluntad del particular trata de conseguir un cambio jurídico a través de un acto de la jurisdicción y conforme a una reglamentación legal: la esposa que solicita la separación, o el divorcio, o bien la incapacitación del marido loco, etc. Y todavía, en cualquier caso, el primado de la voluntad no significa que el acto esté sustraído, en su contenido, a las reglas del Derecho: la declaración de voluntad es, asimismo —dice Lalaguna—, «expresión social de una conducta. Las consecuencias que no pueden atribuirse a la voluntad pueden, en cambio, asociarse a la libertad de la persona en la medida en que ésta, al actuar libremente en el orden social, se hace responsable de sus actos» (cfr. art. 1.258 Cc.).

ha de aplicarlas como aquél las quiso y hacerlas producir los efectos que aquél programó. La observancia 16 viene a sustituir el monopolio de la jurisdicción concedido a una serie de tipos que preparó la ley, por la tutela plena a las combinaciones y estructuras que en cada caso elabora el declarante, con arreglo a sus necesidades y conveniencias. Sustituye un sistema de *numerus clausus* por otro de *numerus apertus*.

Más tarde, la idea de la libertad de contratar se generaliza en Europa y finalmente se formula en los Derechos codificados. Los *nuda pacta* son dotados de acción, y el sistema de tipos contractuales prefabricados ya no es vinculante: el sujeto puede adoptarlos (presentan la ventaja de lo conocido, de una estructura probada y exenta de sorpresas), o bien componer él mismo una combinación atípica. Se enmascara, entonces, en una situación así, la virtualidad esencial, diferencial, del principio aragonés, porque la libertad de contratar se deduce de otras fuentes: de la ausencia de prohibiciones (al ser el Derecho común mero instrumento técnico de ayuda), o de la tradición del Ordenamiento de Alcalá y luego del Código de Napoleón. Pasa a primer término, con ello, un carácter secundario del *Standum*: la licencia para hacer caso omiso —sobre todo, en tema de contratos— de las prohibiciones provenientes del Derecho supletorio: la ampliación de la libertad (que ya es menos preciso que conceda la observancia 16, porque, al menos en el campo contractual, es patrimonio de todos los sistemas) hasta confrontar con el terreno vedado por la ley natural o lo imposible.

Empero —tercera y definitiva lectura— no debemos perder de vista, latente tras ese carácter recesivo del *Standum*, el sentido original del precepto: el de *autorización para construir*, y no sólo *para destruir*. El de proclamación —dice Palá— de «la libertad de la voluntad privada para moldear o regular las relaciones entre particulares: las llamadas relaciones de Derecho privado», atendiendo al querer de las partes por encima de las categorías facticias que ha ido configurando la llamada «ciencia del Derecho» (42).

Es este aspecto de «libertad de moldear» frente a los esquemas recibidos el que da la exacta razón y el verdadero alcance del precepto, que no se limita a liberar al aragonés de la exigencia de

(42) «Nuestros juristas —explica Palá—, singularmente los jueces de aquella época, corrían peligro de caer en la creencia de que todo el sistema de Derecho positivo se hallaba encerrado en un número limitado de categorías lógicas regidas por dogmas inflexibles; y por tal creencia podían llegar al absurdo de aplicar a manifestaciones de la vida del pueblo aragonés la dogmática jurídica que en aquellos tiempos no era otra ni podía ser otra más que la producida por los juristas romanos o sus glosadores.

«Contra aquella creencia y estos peligros reaccionada el legislador aragonés y aun la misma costumbre jurídica, en muchos preceptos del Cuerpo legal de Fueros y Observancias, que no tienen otro sentido ni pueden explicarse de otra manera más que como una reacción violenta contra aquella tendencia. Tales son, por ejemplo, aquellos preceptos que rechazan el concepto de

tipicidad que establecía el ordenamiento supletorio, sino también de las limitaciones que aporta, en él, la estructura de los institutos. Lo primero, se pone de relieve en el Derecho de obligaciones, terreno propio de la libertad contractual extendida a toda Europa desde los Derechos territoriales del medievo y, en cuanto a su formulación, desde el Código de Napoleón. Pero la libertad de construir es común a todo el Derecho privado, y supone algo más: la manumisión de la tiranía de los dogmas y las estructuras legales, que también hoy suponen una merma considerable de las posibilidades de autodeterminación, y así lo hemos de ver enseguida al examinar la aplicación del principio a la legislación vigente: cómo libera del *numerus clausus* en materia de derechos sobre las cosas, con la correlativa viabilidad de derechos atípicos; el mantenimiento de las disposiciones testamentarias sin necesidad de identificarlas necesariamente con la institución de heredero o el legado; cómo en la ordenación de la economía familiar se crean nuevos tipos y combinaciones... No, pues, simple licencia para desconocer prohibiciones, sino reconocimiento de los derechos y estructuras fabricados artesanalmente y para el propio consumo. Se podrá poner en tela de juicio la conveniencia, en política jurídica, de esta «exaltación del albedrío», que diría don Antonio Maura; se podrá opinar que los valores de la seguridad jurídica exigen unas relaciones individuales más estandarizadas: todo esto es una cuestión de política del Derecho en la que no voy a entrar. Aquí me limito a exponer lo que creo ser el meollo del principio aragonés: la exaltación de la libertad individual a unos límites que me parece exceden a los de cualquier otro ordenamiento civil de nuestro tiempo, y aun de cualquier tiempo.

Por lo demás, la declaración consignada en la *carta* no precisa de su calificación como fuente jurídica —no lo es, técnicamente, ni puede serlo—, para alcanzar el valor y rango singulares que el principio *Standum est chartae* le confiere. Valor que se justifica en nuestro ordenamiento por contemplar ésta en la autonomía de la persona, como dice Lalaguna —cuyas palabras son

la *patria potestas* romana; los que se oponen a la aplicación en Aragón de la regla *nemo pro parte testatus*; la afirmación de que en Aragón no existen bienes parafernales; la norma que rechaza la responsabilidad *ultra vires* del heredero basada en el concepto lógico de que éste continuaba la personalidad del causante; y otros muchos».

Mas, todavía, por encima de las aplicaciones particulares, era precisa «una norma de carácter general para alejar el peligro de que los juristas, singularmente los jueces, no usarán y abusarán de una técnica que habían obtenido en el estudio de los juristas romanos y no en la investigación directa de los fenómenos que ofrecía la vida del pueblo aragonés». «En Aragón se rechazó, no ya sólo la aplicación de la legislación romana, sino también la de los principios y procedimientos técnicos que los juristas de Roma elaboraron, ordenando al Juez que examinara las manifestaciones de la vida jurídica aragonesa a la luz del Derecho natural y apartándose, por consiguiente, de todo Derecho positivo extraño y aún de toda técnica elaborada sobre instituciones de otros pueblos».

especialmente aplicables aquí—. no «un poder derivado, que le confiera el Derecho objetivo, sino un poder originario que tiene su fundamento, no ya en la voluntad humana (tesis voluntarista de la autonomía), sino en la realidad radical de la persona, cuyas manifestaciones en el orden social, en cuanto responden a exigencias de la naturaleza humana, se imponen al Derecho objetivo». La persona «alcanza la plenitud de esa libertad en un vivir solidario» (pág. 36).

Un ulterior punto de vista sobre el principio aragonés de autonomía pone en relación la creación particular de relaciones jurídicas, al amparo de la libertad de pactos, con la costumbre. Pues una disposición peculiar, una estructura de derechos y obligaciones predispuesta por los otorgantes, sobre todo en capitulaciones matrimoniales y testamentos, y repetida habitualmente por muchos, es una fuente de Derecho consuetudinario, y en todo caso habrá de tener influencia interpretativa sobre las cláusulas correspondientes.

15. *El destinatario del mandato.*

La observancia 16 se dirigía precisamente al Juez: era él quien, en la sentencia, había de «estar a la carta».

Probablemente el tenor de la observancia se debería a la ocasión en que se escribiera, acaso en relación a un pleito en el que la discusión versaba sobre la fuerza obligatoria y eficacia de unas declaraciones consignadas en cierta escritura pública que luego el declarante quería desvirtuar con testigos (planteándose la cuestión en dos alternativas, según sean los mismos testigos del instrumento u otros), alegando que lo consignado en el documento no era más que una parte del total negocio y que había otras estipulaciones (condiciones, les llamaría) que modificaban y modalizaban lo pactado en la escritura pública. En esta situación, alguien con autoridad se dirige al Juez ante el que se tramita el litigio y le hace saber su deber de juzgar con arreglo a la carta y respetar lo convenido en ella por los pacientes según expresan las cláusulas de la misma: ajustándose a las estipulaciones en ella consignadas aunque infrinjan las prohibiciones o no se ajusten a las categorías del Derecho común; pero también sin tener en cuenta cualquier otra voluntad externa de tales otorgantes, salvo en las circunstancias excepcionales que la observancia señala.

Empero, que la observancia se dirija al Juez, no quiere decir que se trate de una regla válida sólo en el litigio, ni mucho menos. El proyecto aragonés prescindió, por ello, de designar un destinatario específico: la norma no lo tiene en este caso. La Comisión de Codificación prefirió completar el tenor de la observancia: «en juicio y fuera de él», dice. En cualquier caso se trata de una regla general, que afecta a todos los declarantes, y éstos son los verdaderos destinatarios de su mensaje.

16. *Los presupuestos de la autonomía.*

La libertad de contenido del negocio jurídico; el que las manifestaciones de los contratantes o el testador, etc., sean eficaces en virtud de la soberanía de su voluntad, está condicionado a la regularidad del acto: a que la expresión del consentimiento cumpla las condiciones precisas de libertad y sinceridad de una parte, y de otra a que se consigne en la forma requerida por la ley según el contenido.

a) La capacidad del declarante es un presupuesto de validez de la declaración: tanto de la del testador (arts. 663 y ss Cc.) como de la del otorgante de un negocio *intervivos*. Permanecen, pues, sustraídas a la voluntad, puesto que son un presupuesto de su manifestación eficaz, las reglas de capacidad y las exigencias de complemento de ésta, tanto en general como para los singulares contratos (por ejemplo, arts. 1.810 y 1.811 C. c.).

b) En cuanto al consentimiento, innecesario es decir que la voluntad consignada en la *carta* ha de ser consciente y libre, rigiendo en este punto, a falta de propias normas, los preceptos del Código civil sobre la voluntad en los contratos y en los testamentos: ya Miguel del Molino (vº *Instrumentum*, pág. 185) considera sin valor ni efecto el documento público *factum per metum... vel quod est factum in fide et pro cubierta*.

Rigen, pues, por encima del principio de autonomía y como garantía de éste, aquellos preceptos que seleccionan las manifestaciones de voluntad válidas y sancionan las viciadas. El vicio, hace inoperante a la manifestación, que ya no es expresión de voluntad, y por tanto no está bajo la protección del principio de autonomía. Presupuesto de ésta es una voluntad sin mácula. Por eso, no puede acogerse al principio *Standum est chartae*, ni produce efecto, una renuncia anticipada a las acciones de nulidad por vicios del consentimiento: la voluntad no puede excluir su realidad, que es la que produce la vinculación.

Es más: pienso que cuando el Código exige, por la naturaleza y gravedad del resultado, una determinada calidad de la declaración, tal exigencia tiene validez general: la de que «se declare terminantemente» la novación (art. 1.204), o que se establezca «con claridad» la subrogación (art. 1.209): estos preceptos, como tantos otros, condicionan la «voluntad estimable» a un cierto nivel de manifestación, dada la importancia del resultado.

Asimismo, la voluntad que vale a efectos del principio de autonomía es la que resulta del entendimiento de la *carta*, y por eso a él se aplicarán las normas de interpretación de los artículos 1.281 y ss.

c) *Forma*.—El artículo 3.º hablaba en los proyectos aragoneses y en el anteproyecto de la Comisión de Codificación de «las cláusulas de los documentos», y en la observancia se emplea la

palabra *carta*, generalmente en el sentido de documento notarial. En el resto de la Compilación la alusión a los documentos es constante, y para los más trascendentales lo normal es, *inter vivos*, la imposición de escritura pública: para las capitulaciones matrimoniales, ante todo.

El documento, en efecto, supone mayor garantía de reflexión y de consciencia, y también una fijación más exacta de los derechos y deberes, así como una prueba mejor y más duradera; y por eso entiendo que lo exige indispensablemente el artículo 3.º, como antes —en general, documento público— las observancias.

En mi opinión no se estará, pues, simplemente a la voluntad del declarante o los declarantes por el hecho de constar la declaración, sino precisamente a la voluntad contenida en la *carta*. Tal voluntad es soberana para determinar el *contenido* del negocio, pero en modo alguno la *forma* en que se va a expresar: al contrario, y frente al principio castellano de libertad de formas, el *Standum est chartae*, según se deduce de su propia formulación, requiere la carta como presupuesto de su eficacia, y sólo una vez cumplida esta exigencia la voluntad impone su contenido tal como se expresó, es decir, objetivado en la carta (43).

Con relación al Derecho histórico Palá Mediano parece identificar la *charta* con «una declaración de voluntad, hecho conocido por manifestaciones exteriores y sensibles»; «el acto o acuerdo exterior; no el documento o el escrito... la declaración de voluntad conocida o, en caso de duda, reconocida por el juez mediante la prueba ordenada por la ley» (*Notas*, pág. 280). No creo que sea ése el sentido de las Observancias, muy claras en cuanto a la exigencia de la materialidad del escrito y que, desde luego, identifican la *charta* con él, casi siempre con la escritura notarial.

La propia observancia se encuentra bajo un título, *De fide instrumentorum*, que no deja lugar a dudas sobre la naturaleza del asunto que contemplan los textos correspondientes.

Para el Derecho vigente los hermanos José y Rosa Bandrés opinan que si bien el artículo 3.º «parece invocar también el elemento material del *standum est chartae* cuando dice que la voluntad de los otorgantes habrá de estar *expresada en pactos o disposiciones*», lo cual «apuntaría a la idea de *charta* como documento, necesariamente público en unos casos, privado en la mayor parte; sin embargo, con arreglo a la propia tradición antiformalista del

(43) Según la S. T. S. 24 junio 1920, «la aplicación del principio supone que los documentos reúnen los requisitos legales intrínsecos y extrínsecos necesarios para que se consideren válidos y auténticos». En cambio dos sentencias de la Audiencia equivocan la efectividad del principio *Standum est chartae* confundiéndolo con el de libertad de forma: la de 14 octubre 1926 al afirmar que conforme al referido principio las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse en Aragón por escrito y aun de palabra, y la de 4 de julio de 1945 en el mismo sentido, y añadiendo que la observancia 16 no establece forma o solemnidad alguna especial para la validez de los capítulos matrimoniales (no es ésa la finalidad de la observancia en cuestión, evidentemente).

Derecho aragonés, no cabe en absoluto rechazar la obligatoriedad del pacto verbal» (pág. 48). A la vista de los trabajos preparatorios de la Compilación podría argumentarse, en favor de esta opinión, a partir del cambio sufrido por la redacción del artículo 3.º, que en el proyecto aragonés habla de «atenerse a la voluntad de los otorgantes reflejada en las cláusulas de los documentos»; y en el primer esquema de la Comisión de Codificación, de estar «a las cláusulas de los documentos que sean expresión de la libre voluntad individual»; mientras que en la redacción definitiva se suprime la alusión a «las cláusulas de los documentos». Mas, tratándose de una tradición aragonesa tan sólida y acreditada por tantos testimonios y aplicaciones, no es de creer que el pleno de la Comisión de Codificación —cuya voluntad, en el texto legal, debe ser más la que objetivamente se deduce de él y su historia que el hecho psicológico— tratase de suprimir de un plumazo el requisito de la *carta*, y sí sólo de agilizar la expresión del párrafo, entendiendo que la palabra *carta* ya consta en el precepto, y que —salvando la opinión de Palá, que no parece fundada en este punto (él no da argumento alguno a su favor)— la *carta* en Aragón supone siempre y necesariamente la existencia de un documento, e incluso las más veces, cuando se habla de *charta* en los textos, se entiende ésta como documento público. En suma, la doble mención del apotegma *Standum est chartae*, en el epígrafe del artículo y en el cuerpo del mismo, es más que suficiente para fundar en ella la exigencia de documento; y entender ahora el apotegma como «estar a lo hablado» es la negación de toda su historia y todo su significado anterior, que es el de prohibir al Juez precisamente salirse de la *carta* para pasar a las palabras, salvo el caso realmente excepcional de la declaración concorde de los testigos instrumentales y el notario.

Al hablar el artículo 3.º, pues, de «la voluntad de los otorgantes», se está refiriendo a la que consta en la *carta*, amén de que el apelativo de *otorgante* no suele aplicarse a quienes celebran un contrato verbal, aunque en rigor tampoco sería inexacto llamarles así.

La expresión «pactos y disposiciones», en el precepto, presente en él desde el primer proyecto, apunta a que a la *carta* pueden concurrir, ya unos contratantes, ya un solo disponente que declara su propia voluntad (testador, habitualmente); y así, en todos los proyectos, incluso en el de la sección especial de la Comisión de codificación, se especificaba: «pacto o disposición *unilateral*».

Por último: la exigencia de *carta*, vale a los efectos previstos en la propia observancia: a la obligación del Juez de juzgar conforme a ella cuando se le presente, con preterición de cualquier otra fuente, incluida la ley. Es un presupuesto del primado de la voluntad sobre la norma. No es, en cambio, un requisito de validez de los contratos, o al menos no de todos los contratos (44).

(44) Observancia 17 *De Probationibus*: «Item, de consuetudine Regni, nu-

Al contrario, en Aragón tienen eficacia las manifestaciones verbales, los documentos privados y las declaraciones demostradas por cualquier medio, pero la capacidad de sobreponerse a las disposiciones imperativas del Derecho común y valer frente a ellas, o de obligar al firmante aun sin manifestar la *causa debendi*, sólo la tuvieron los negocios y declaraciones consignados en la *carta*. O sea, y aplicando la regla en el contexto jurídico y fáctico vigente: fuera de la *carta* valen hoy todos los contratos en virtud del artículo 1.255 del Código civil, mas la virtud de dar validez en Aragón a contenidos obligacionales y reales que excedan de tal precepto —y es a partir de estos límites cuando aparece la singular operatividad del principio— sólo la tiene el documento, y eso es lo que quiere decir el artículo 3.º Comp., que, por tanto, no representa una exigencia general a efectos de validez o de prueba, sino un condicionamiento de determinada eficacia excepcional de la declaración de voluntad. El legislador aragonés (o para Aragón) no ha podido pensar que la creación de un derecho real nuevo, por ejemplo, pueda realizarse mediante un pacto verbal; con mayor riesgo, entonces, de los intereses de los terceros para quienes la escritura supone una garantía y un medio de conocer el estado del patrimonio (derechos y obligaciones) de las personas con las que tratan.

V. LAS FRONTERAS DE LA AUTONOMIA

17. *Los límites físicos y éticos.*

La Compilación de 1967 puso, como límite a la voluntad de los otorgantes de la carta (aparte el de las leyes imperativas, del que trato después):

- a) resultar de imposible cumplimiento, o bien,
- b) ser contraria al Derecho natural.

a) *Lo imposible*. La imposibilidad puede referirse a obstáculos físicos, morales o legales, de modo que interfiere en los otros límites. La Compilación de Navarra no la menciona, sin duda por su evidencia.

Actualmente, un entendimiento amplio de la imposibilidad es necesario, en Aragón, para suplir la falta de cualquier límite ético expreso.

La imposibilidad física total es, en el C. c., referida a la prestación, una causa de nulidad plena del contrato y, siendo inculpable, de extinción de las obligaciones. Dígase lo mismo del Derecho aragonés.

Ilum debitum ex mutuo proveniens potest probari nisi per cartam publicam, secus tamen in deposito quod non consistit in pecunia numerata, vel pignore, vel ubi agitur ex promissione facta, vel super venditione alicuius rei mobilis, ista enim probantur per testes».

Si se promete algo parcialmente imposible, será una *quaestio voluntatis* determinar si vale la promesa en la parte posible o la nulidad alcanza a toda ella; pero esto ya no es materia de la observancia 16, que se limita a decir al Juez algo tan obvio como que cuando es imposible que produzca su efecto propio lo dispuesto y/o pactado en la *carta*, no tendrá que atenerse a ella ni condenar al cumplimiento: nada dice sobre las ulteriores consecuencias del pacto o disposición que no pueden ejecutarse.

b) *El límite ético*. La obs. 16 al poner como límite de la autonomía al Derecho natural, se refería, sin duda, a los imperativos de la moral de su época, y así lo interpretó, en tiempo mucho más reciente, la jurisprudencia de la Audiencia (45).

El artículo 3.º, en su redacción de 1967, respetando una tradición de casi siete siglos (observancias de Pérez de Salanova), conserva el condicionamiento de la eficacia de la voluntad de los otorgantes de la carta a que ésta no «sea contraria al Derecho natural», que sin duda en la mente de los redactores representaba lo mismo que «la moral» o «las buenas costumbres» en diversos preceptos del Código civil.

En Navarra, la ley 7.ª, muy inspirada en el Derecho aragonés, habla de voluntad «contraria a la moral o al orden público», o que «vaya en perjuicio de tercero».

El problema de los límites éticos de la autonomía no parece que suscitase dificultades a las generaciones anteriores. En nuestros tiempos, de mayor preocupación social, tan influyente y reflejada en la Constitución, la autonomía individual se contempla a veces en cierta pugna con el bien común, y planteando un difícil problema de equilibrio que se habrá de tener en cuenta en lo sucesivo, y para cuya solución la expresión «Derecho natural» podía ser apropiada (46).

(45) La S. 9 febrero 1907 considera que excedería los límites de la obs. 16 una cláusula capitular que autorizase a unos fiduciarios —parientes del futuro causante— para nombrar heredero de la casa a uno de los hijos, si se entendiera que tal facultad existía ya en vida de dicho causante, padre de los posibles herederos, de modo que quedase éste privado del derecho de disponer de sus bienes, por ser «contrario al Derecho natural y depresivo para la autoridad del padre privarle de la importante facultad de nombrar heredero de sus bienes y de la libertad de disponer de ellos». La cláusula se había de entender, por tanto, una vez fallecido el otorgante.

En el caso de la S. 16 junio 1908 un hombre y una mujer que al parecer tenían el propósito de casarse entre sí (o así lo supone la sentencia), celebraron un contrato de sociedad universal. Casado el varón años después con otra mujer, se entiende incompatible el antiguo contrato con la nueva sociedad conyugal: en general, aquellas estipulaciones son contrarias en su origen a la moral y las buenas costumbres, con respecto a los bienes de ambos contratantes, cual si estuvieren éstos unidos por el vínculo matrimonial, y habrían de pugnar mucho más con lo posible, con la ley y con las buenas costumbres de reconocerse la eficacia y subsistir lo contratado después de haberse unido una de las partes en vínculo matrimonial con persona distinta de la que pactó con ella, creando (ahora) una sociedad legal de todo punto incompatible con aquellas convenciones».

(46) «Es indudable —dice Felipe ARAGUES (pág. 60)— que el criterio de

c) *La supresión del Derecho natural.* La reforma de 1985 ha suprimido en la Compilación la mención del Derecho natural, es decir, de un condicionamiento ético que, en una u otra versión, tiene su equivalente en todos los cuerpos legales del mundo civilizado; de modo que si la supresión se entendiera a la letra, como expulsión de la ética sin sustituirla, cabría entender que los contratos de contenido inmoral son válidos en Aragón en cuanto no infrinjan preceptos de Derecho público (47); sobre todo no procediendo en Aragón, como vamos a ver, la aplicación de las normas prohibitivas del Código civil.

la autonomía de la voluntad, como aplicación de la justicia conmutativa, no es un criterio cristiano, un criterio ajustado al Derecho natural cristiano, más que cuando los contratos, los otorgantes, comprenden, aceptan y se rigen por una equivalencia objetiva de las prestaciones. Si esto no ocurre, el resultado es una injusticia que ha tenido que corregirse con normas de orden público».

(47) «La supresión —dije en mi conferencia de Jaca (pág. 36)— con plena seguridad no responde a un criterio meditado y elaborado, siendo obra, pienso, de la precipitación y el apriorismo. Se ha suprimido la limitación del Derecho natural, acaso porque un preopinante entendió que el Derecho natural no existe, o por alguna razón ideológica, o porque se consideraría contraria a la libertad religiosa o a la neutralidad religiosa del Estado, etc., sin aquella extensa y documentada motivación, sin aquella información técnica, sin aquella meditada discusión y aquel conocimiento del asunto por la instancia política que es presupuesto indispensable de toda buena decisión, pero mucho más cuando se trata de algo tan entrañable y entrañado en nuestro secular ordenamiento».

«Razono mi opinión, y en primer lugar mi calificativo, a la reforma, de *precipitada*. El articulado de la Compilación pasó primero, en esta última etapa en la que se pensó adaptarlo a la Constitución, por dos Comisiones técnicas, integradas por gente de ideas políticas y éticas muy diversas, y siempre por juristas distinguidos. Nadie, en ambas Comisiones, propuso la supresión de la limitación aludida. Como la misión de las Comisiones era sobre todo la de señalar las contradicciones del ordenamiento civil aragonés con el texto de la Ley fundamental de 1978, es de ver que ningún vocal, en aquellos grupos de trabajo compuestos por una élite de especialistas, estimó que la alusión al Derecho natural fuera contraria a la Constitución. Ha sido únicamente la instancia política, mucho menos técnica, la que ha propiciado, y ello sin suficiente discusión interna y ninguna externa, la supresión de un condicionamiento que nos viene del siglo xiv y que realmente es característico del Derecho aragonés.

Es de presumir, y con esto contemplo el fondo de la cuestión, que los supresores de la mención del Derecho natural lo hicieron pensando que el tal Derecho es algo más bien «carca» y religioso. Olvidaron con ello que... el Derecho natural es una creencia de la humanidad existente desde siempre. En la literatura podemos retroceder hasta el teatro griego para ver un Sofocles que pone en boca de Antígona esta frase, frente al tirano Creonte: «tu mandato no sirve para borrar las leyes divinas, pues no son de hoy ni de ayer, sino que siempre han estado en vigor», Siempre se ha creído en la existencia de unas leyes que estaban por encima del Derecho puramente positivo. Más tarde, aunque ciertamente el Derecho natural tiene un lugar importante en la teología cristiana, en la católica, existe también el que se estudia por los racionalistas y por deístas como Rousseau o por ateos como Helvetius: en su calidad de principio organizativo racional de las relaciones interhumanas de acuerdo con una humanidad y una racionalidad que se suponen connaturales al hombre. Y en el pasado más próximo, vemos cómo, terminada la segunda guerra mundial, cuando en Alemania llega el momento de juzgar a

Quizás, si se quería cambiar la expresión del precepto compilado, por parecer que tenía connotaciones de otros tiempos, se hubiera podido hablar de la *ética común*, del *mínimo ético común*; se hubieran podido buscar otros sucedáneos, y así fue como, inteligentemente, la enmienda socialista abordó el problema. Yo no creo que hiciera falta el cambio, pero, puestos a cambiar, tal enmienda proponía sustituir por los *Principios Generales del Derecho*, la expresión del *Derecho natural* (48). Y podría tener razón desde el punto de vista de la Convención Europea de Derechos del Hombre, cuyo artículo 7.º se refiere a los crímenes que tienen la consideración de tales según los «Principios Generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas». En ese sentido, me parece perfectamente pensable referirse, en lugar de al Derecho natural, a los Principios Generales del Derecho. En cambio lo que se ha hecho, suprimir el Derecho natural pura y simplemente, es un daño gratuito infligido, por motivos ideológicos mal entendidos, al Derecho aragonés.

¿Qué efectos tiene la supresión?

Pienso que no altera el panorama legal, en el cual siempre tendrá un lugar la ética común como principio del Derecho aragonés de los del artículo 1.º de la Compilación. Sin duda posible la moral corriente sigue siendo un límite al albedrío de la voluntad en la formulación de las estipulaciones y disposiciones. En todo caso, prefiero esta solución a tener que aplicar los artículos correspondientes del Código civil, lo que supondría dementir cuanto aquí he dicho y, sobre todo, diré a continuación, sobre el papel, meramente supletorio de la *carta* —y, por tanto, sin imperio sobre ella—, del Código civil.

quienes, al amparo de las leyes nazis, llevaron al horno crematorio a tantas víctimas inocentes, sólo al Derecho natural se pudo recurrir, pues el horno era Derecho positivo. Y es que no puede dejar de haber una instancia externa a la ley, para juzgar de la ley: de si su mandato es bueno, es lícito. A menos que pretendamos canonizar como bueno todo lo que es Derecho positivo. Es en aquella instancia en la que, forzosamente, hubieron de colocarse los Tribunales que consideraron a las leyes antijudías como nulas en el momento de su promulgación por contrarias —dijeron— al Derecho natural. Se habló entonces entre los iusfilósofos alemanes del Derecho de un *ewige Wiederkehr des Naturrechts*: el eterno retorno del Derecho natural. El Derecho natural no es de hoy ni de ayer, no es de éste ni del otro bando: es, sencillamente, el resultado de la necesidad de tener alguna norma superior a la ley positiva para enjuiciar el contenido de ésta. Es decir, ¿en nombre de qué podemos decir que la democracia es buena, si no tenemos ninguna norma que nos lo diga, superior a una ley? Porque si es la ley el único criterio, todo, también la democracia, se valorará de acuerdo con el cambiante criterio de la norma: será bueno, en cada comentario, lo que plazca al legislador.

(48) La enmienda socialista se motivó alegando que «los Principios Generales del Derecho es un concepto más globalizador y acorde con el espíritu de nuestro texto constitucional» (Boletín de las Cortes, núm. 57). Esta enmienda —dice el Boletín de las Cortes, núm. 69— motiva un texto de carácter transaccional (?) apoyado por los grupos parlamentarios socialista y mixto, absteniéndose el grupo parlamentario popular, por el que se suprime la referencia «el Derecho natural».

18. *La limitación proveniente de las leyes imperativas, en el Derecho de los Fueros y Observancias.*

La obs. 16 no pone, como límite a la voluntad del declarante, el representado por la ley: concretamente, por la ley imperativa o prohibitiva: sólo habla de imposibilidad o inmoralidad.

Acaso en «lo imposible» se pudiera entender que entraba también lo no permitido por el Derecho: pero ningún comentarista llegó a decirlo. Mas aun así, nunca en Aragón se pensó que la voluntad de los particulares pudiera sobreponerse a prohibiciones legales como la de cobrar intereses por el préstamo (prohibición de los fueros *De usuris*, que estuvo en vigor hasta ser superada por las reglas permisivas que sucesivamente se promulgan desde la época de Carlos IV), y tantas otras: leyes que se observaban sin que la utilización del instrumento público hiciera válidas o eficaces las estipulaciones que se convenían frente a la prohibición (49): bien es verdad que las prohibiciones expresas en la ley eran escasas (50).

(49) Los fueros 1.º y 2.º *De quota litis* prohíben ir a la parte en las ganancias el abogado con el cliente, estipulación mal vista todavía hoy, en general, por las curias europeas, mientras que en las norteamericanas es práctica corriente, lícita y honesta. El fuero 9.º *De pignoribus* prohíbe pactar al deudor, con el acreedor, que éste retenga los frutos de la cosa pignorada sin computarlos en la cantidad debida principalmente. El fuero 2.º *De donationibus* prohíbe ceder acciones civiles o criminales al monarca o a los suyos, ni por persona interpuesta; ni renunciar en favor de cualquier otro al resultado económico de las acciones criminales. *Et si contrarium fiat ipso foro non valeat*; y ello no obstante que medie juramento o estipulación penal.

Exagera, por tanto, el alcance de la obs. *De fide i.* la S. Aud. 21 abril 1882 cuando habla de la amplia facultad que concede «para estipular lo que no sea contrario a la moral o físicamente imposible, aunque contravenga a Fuero» (el subrayado es de Ripollés).

(50) Con las excepciones ahora indicadas y alguna otra, es cierto, como hace notar PALA MEDIANO («Observaciones», pág. 111), que «nuestros mayores... apenas si dictaron *leyes prohibitivas perfectas*. Nuestras disposiciones forales son todas o supletorias de la declaración de la voluntad individual; o si, por acaso, contienen alguna prohibición, no pretenden con ella poner límite a la autonomía jurídica que consagra el Fuero en todo momento, sino que más bien declaran la imposibilidad jurídica del negocio prohibido, que resulta, no del precepto legal, sino de su propio contenido; o tratan de impedir la simulación de un negocio, o recuerdan su incompatibilidad con otra voluntad o con otro derecho».

«Examínense algunas, muy pocas serán las demás, prohibiciones de nuestros Fueros: la enajenación de bienes muebles por el marido a la mujer (obs. 25 *De jure dotium*); la donación de muebles otorgada por el marido durante su última enfermedad en perjuicio de la mujer, y la hecha en cualquier tiempo cuando el marido retiene en su poder la cosa donada (obs. 1 y 4 *Ne vir sine uxore*, 1 *De rerum amotarum*, 24 *De jure dotium* y 20 *De donationibus*); y la donación de todos los bienes habidos y por haber en perjuicio de los descendientes legítimos (fuero 4 *De donationibus*).

LÓPEZ DE HARO, en el prólogo a estas «Observaciones» (pág. 22) entiende que la autonomía de la voluntad en Aragón, por lo que se refiere a las leyes «sólo debe ceder ante... las disposiciones legislativas de carácter político-social».

La eficacia del apotegma, por el contrario, era plena en relación a los textos romanos: ninguno, ni aun los prohibitivos, podía sobreponerse a lo dispuesto en la *carta*.

La situación no cambia tras los Decretos de Nueva Planta, y ni aun tras la aparición del Código civil, que si bien impone en Aragón ciertos preceptos de su título preliminar y todo su Derecho matrimonial personal (título IV del libro I), salvo esto, conserva el Derecho aragonés *en toda su integridad* (art. 12). A esta *integridad* no se opuso el artículo 13, destinado a eliminar en Aragón cualquier otra fuente supletoria que hasta entonces estuviera en vigor, contra lo que ocurría en Cataluña o Navarra (donde persistía la supletoriedad del Derecho común); pero que no impidió que el Código se aplicase en Aragón en la misma condición que las fuentes romano-canónicas cuya supletoriedad (perdida hace siglos) pretendía eliminar, esto es, «en cuanto no se oponga a aquellas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes» (art. 13), y por tanto tampoco a la observancia 16 *De fide instrumentorum*, de cuya vigencia nadie dudaba.

Los preceptos prohibitivos del C. c., por tanto, no regían en Aragón sino en cuanto fuesen traducción de reglas del Derecho natural.

19. *Lo que el Apéndice se llevó.*

Durante la dictadura del general Primo de Rivera, con derogación total del cuerpo legal de Fueros y Observancias, se promulga el Apéndice de Derecho foral de Aragón, texto legal a cuya redacción concurrió, viajando cada semana desde Zaragoza, un solo aragonés, don Marceliano Isábal, y sin facultades decisorias: el Apéndice, a falta de parlamento, fue impuesto a Aragón por el gobierno central.

Visto con antipatía por don Antonio Maura, el principio *standum est chartae* desaparece prácticamente con la promulgación del Apéndice, pues aun cuando figura su enunciado característico en el artículo 59, no sólo se reduce en tal precepto al régimen económico del matrimonio en su sentido más estricto (es decir, sin comprender la viudedad, ni, probablemente, la comunidad continuada), sino que, aun dentro del régimen del matrimonio, la libertad de pactos queda limitada por cualquier «prohibición expresa en la legislación vigente en Aragón», entre la cual se cuenta el Código civil. La antigua preponderancia de la voluntad individual sobre el ordenamiento supletorio tiene, a partir de ese momento, difícil defensa (51).

(51) Las peticiones de incorporación del principio *Standum est chartae* al Apéndice fueron numerosas: muy contundente, la de PALA MEDIANO («Observaciones», pág. 113), para quien «no reconocida en el Apéndice con la

Todavía Palá Mediano, en un breve «Estudio crítico» aparecido en ADA durante la vigencia del Apéndice, año 1944 (el mejor trabajo publicado sobre el asunto, que inspiró la labor de la codificación aragonesa), trata de demostrar la vigencia del principio en la legalidad de la época. No elude el problema de la confrontación del *Standum* con las prohibiciones del Código civil; se hace cargo de la objeción que supone, frente a la subsistencia del apotegma, el carácter fragmentario que la propia ley de bases del Código civil atribuye al futuro Apéndice («instituciones que convenga conservar»); y por causa del cual, según la doctrina, «no se puede hablar de un sistema de Derecho positivo aragonés, ni, en su consecuencia, de unos principios generales que lo informen. Pero a esto hemos de decir, que todas las instituciones jurídicas vigentes en un país han de guardar entre sí una relación íntima, han de ser coherentes, han de responder a un concepto general de la vida jurídica, de sus necesidades y de la manera de satisfacerlas; han de constituir, en suma, un sistema más o menos completo asentado firmemente sobre los cimientos de principios generales, de ciertas particularidades económicas y sociales del país que justifican la especialidad de su legislación».

20. *La restauración discreta del principio por la Compilación de 1967. Alcance.*

Los primeros proyectos de Compilación hicieron valer, como significado del apotegma, la presunción de supletoriedad de la ley: ésta, «mientras no se deduzca claramente lo contrario, sólo tiene valor supletorio del arbitrio del individuo» (art. 3.º). La superioridad del arbitrio individual es, entonces, una consecuencia que habrán de aceptar los tribunales: «atenerse a la voluntad de los otorgantes reflejada en las cláusulas de los documentos, siempre que no resulten éstas de imposible cumplimiento o sean contrarias a» —dice, por referencia al art. 2.º del propio proyecto— «las normas del Derecho natural, los preceptos imperativos o prohibitivos aplicables en Aragón, o a los principios generales en los que tradicionalmente se inspira el ordenamiento aragonés».

extensión del Fuero la eficacia de la declaración de voluntad, aunque se respete expresamente en varias instituciones y se hayan recogido algunas de sus originales creaciones, habrán de regir en Aragón, no sólo la disposición general prohibitiva del artículo 1.255 Cc., tan extraña a nuestro Derecho, sino todas las de carácter particular que limitarán la esfera de la autonomía individual, resultando así reformada hondamente la vida jurídica aragonesa».

La Exposición de Motivos del Apéndice da una «larga cambiada» a estas peticiones, al hablar de la necesidad de atemperar a las necesidades de la observancia práctica «el apotegma *Standum est chartae*, que en Aragón vino amparando y enalteciendo las espontaneidades del albedrío» (frase, evidentemente, de don Antonio Maura). Véase el resto del párrafo y su comentario en la nota 11 del cap. III.

El problema que se planteaba a la Comisión aragonesa era el de dejar en el texto legal, sin hacer una declaración que pudiera despertar los recelos de la tendencia unificadora, argumentos que bastasen para demostrar que, en Aragón, la declaración de voluntad hecha en la carta se impone (y permite desconocerlos) a aquellos preceptos imperativos del Código civil que no fueran expresión del Derecho natural y la ética corriente. Porque el trabajo aragonés lo revisaría y modificaría a su voluntad la Comisión General de Codificación, compuesta por no aragoneses o por aragoneses residentes en Madrid con escasa proclividad por el Derecho foral: una Comisión inevitablemente uniformista (pese a la buena voluntad de sus integrantes y a la presidencia de un gran aragonés: don José Castán) que ya había podado en su tiempo implacablemente el proyecto catalán, y no toleraría un retorno desmedido del viejo ordenamiento a sus orígenes. Esto explica que no se aludiera de modo directo y expreso a la superioridad, no ya de la Compilación, sino del arbitrio individual, sobre el Derecho necesario de la fuente supletoria: era suficiente que, entre los «principios generales» del Derecho aragonés, estuviera el de autonomía privada, que entonces, como tal principio, sería de aplicación preferente al Código. No es que con esto se pensase que la autonomía era una *fuerza*, pero que sí que lo eran los principios generales del Derecho aragonés, y por tanto el *Standum est chartae*, cuya aplicación legitimaba la preferencia del arbitrio individual.

La Comisión madrileña (aumentada, para este menester, con un vocal aragonés, que acudió a todas las sesiones y defendió con empeño y habilidad dialéctica nuestras propuestas: don José Lorente y Sanz) examinó, primero en una sección especial, el articulado aragonés, y con particular minuciosidad los tres primeros preceptos, a los que recortó un tanto en sentido centralista. Algo mejoró el tenor de tales preceptos, y a ello no fue ajena la labor incesante del vocal aragonés, en el pleno de la Comisión.

Ramón Sainz de Varanda (pág. 55) criticó el tratamiento dado al principio en la Compilación entendiéndolo que venía a «quedar aquí con un valor muy similar al del artículo 1.255 Cc.», y que el único límite que debía haberse puesto a la autonomía de la voluntad era el de las normas prohibitivas, y no todas las imperativas. Pienso que, escribiendo en los primeros momentos de vigencia del nuevo cuerpo foral, fue engañado por la apariencia, según trataré de explicar seguidamente.

Los hermanos José Manuel y Rosa María Bandrés deducen «de la enumeración que de las fuentes hace el artículo 1.º de la Compilación (en donde no se menciona al *Standum est chartae*), y de la privación de la eficacia del pacto o de la disposición cuando sean contrarios a las normas imperativas del Código civil y de la Compilación», que «el principio de libertad civil quedaba en Aragón postergado al valor de la Ley». «De esta manera el valor

autónomo que el *Standum est chartae* podía desempeñar como fuente del Derecho, quedaba reducido a las propias menciones que sobre el pacto realiza la Compilación, sin capacidad para completar la parca regulación que la misma contiene en materia de Derecho de bienes y Derecho de obligaciones (a los que se aplica el C. c., en defecto de la norma expresa foral, de acuerdo con el artículo 1-2.º Comp.), y quedando así circunscrito casi exclusivamente al Derecho de familia y al de sucesiones». Suponiendo que sólo el Estatuto y la conversión de la Compilación en ley aragonesa han podido variar más tarde este planteamiento.

Pienso que no es ése el significado del precepto en la Compilación de 1967. Al contrario, la vigencia, en virtud del artículo 1.º1, y a título de principio general del Derecho aragonés, del apotegma *Standum est chartae* (al que como tal *principio* se califica literalmente en el artículo 3.º), elimina la aplicación de las normas imperativas del Código civil, el cual sólo se aplica —dice el artículo 1.º2— «en defecto de tales normas». A la luz de esta interpretación se ha de entender el artículo 3.º: el principio no rige cuando las cláusulas sean contrarias «a norma imperativa aplicable en Aragón», con cuya expresión ya viene a sugerirse que hay normas imperativas aplicables en Castilla y no en Aragón, que no pueden ser otras que las de su Derecho propio, es decir, el Código civil. Una norma imperativa no es aplicable en Aragón frente al principio de autonomía de la voluntad que, ese sí, es una fuente del Derecho, en virtud del artículo 1.º, y se antepone, como aragonesa, al Código civil.

Las declaraciones de las partes que reciben su fuerza del principio de autonomía, por supuesto no son fuente del Derecho, pero el principio que les da vigor sí, y es el principio el que traza el ámbito posible de tales declaraciones, ámbito que no podrá ser sino el del propio principio, para el cual no son «norma imperativa aplicable en Aragón» las del Código civil, porque éste es de rango inferior al principio y no se aplica simultáneamente con él.

Este es el razonamiento que nos hicimos los autores del proyecto y que vimos confirmado por la redacción definitiva, que en este punto no fue ajena a nuestras sugerencias.

21. La cuestión en el momento actual.

a) *La influencia de la Constitución.* La Constitución, por sí y aun sin su ulterior desarrollo en el Estatuto, determina un cambio, una ampliación en la virtualidad del *Standum est chartae*. Hasta que entró en vigor el texto constitucional, la efectividad del principio venía dependiendo de la legislación general, que podía limitar su alcance y hasta —teóricamente— suprimirlo. Bastaba con publicar una ley general que así lo estableciera, y que por ser ley posterior emanada del órgano legislativo se sobrepo-

nía a las leyes anteriores de Derecho común y foral. En cambio, desde la Constitución, el poder central ya no tiene vía legal para incidir en tal principio, y por tanto para delimitar su esfera de influencia, que será la que resulte de la ley vigente en Aragón: ley —la Compilación— todavía estatal hasta 1985, pero sustraída a la competencia del Estado en virtud del artículo 149-1-8: la modificación y el desarrollo del Derecho propio corresponde, desde que dicho precepto se promulgó, a cada territorio foral como competencia exclusiva, y, por tanto, no a cualquier otra instancia (52). Aun si se entendiera que el principio aragonés es una fuente del Derecho, su integridad frente al poder legislativo central estaría tutelada por el «respeto a las normas del Derecho foral o especial» que ordena el artículo 149-1-8.^a en cuanto a la «determinación de las fuentes del Derecho».

Es, pues, la Constitución la que, desde el momento de ser promulgada, arrebató a las Cortes Generales la competencia para legislar en orden a la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales (art. 149-1-8.^a), de modo que desde ese momento, y aún a falta de Estatutos de autonomía, una ley de Cortes en esa materia hubiera sido inconstitucional.

¿En qué materia? Dicho de otro modo: ¿hasta dónde llega la competencia legislativa de la Comunidad aragonesa —por tanto, la incompetencia del poder central— en cuestiones de Derecho civil? Es claro que las Cortes Generales pueden legislar sobre Derecho civil sin límite alguno por razón de la materia, habiéndolo sólo por razón del territorio; y que tendrán vigencia en Aragón

(52) El cambio de orientación que la Constitución significa tardará en ser asumido totalmente por nuestra doctrina: tan alto es el nivel de sus consecuencias, que se pierde de vista. En la época inmediatamente anterior a la codificación, la que va de Isabel II a Alfonso XII, los ordenamientos territoriales vinieron siendo recortados por una serie de «leyes generales» en materia civil que representaban un adelanto de la programada unificación legislativa. Cambiado el programa en el último momento —a partir de 1880— y presupuesta en la ley de Bases de 1888 la subsistencia, *por ahora*, de los Derechos forales, se entendió que su aplicación sería preferente a la del Código, más que, siendo ellos mismos leyes ordinarias, se hallaban sujetos a la derogación procedente de cualquier ley posterior, y es así como les afectaban no sólo las leyes declaradamente unificadoras —la de mayoría de edad de 13 diciembre 1943, por ejemplo—, sino los preceptos civiles de toda la legislación general, a menos que ésta exceptuase expresamente las normas peculiares de las regiones.

Era cada Derecho foral, en este planteamiento, una auténtica *peau de chagrin*, siempre en espera de la disminución proveniente de las disposiciones generales con rango de ley, que valían frente a él, por su fecha más tardía.

La defensa de los Derechos forales suponía, entonces, una labor de continua vigilancia para impedir que se deslizaran en las disposiciones generales derogaciones larvadas que redujeran su complejo normativo. El problema no cambia con la promulgación de las Compilaciones, si bien la aragonesa supuso, para Aragón, una restauración y un paso adelante de extrema importancia, recuperando el antiguo reino una posición que había perdido con el Apéndice.

las leyes civiles por aquéllas aprobadas (la reforma de la tutela por ejemplo), en tanto no colisionen con la Compilación. Mas, ¿podrán dictar las Cortes Generales leyes imperativas que rijan en Aragón por encima de la autonomía de la voluntad, en materias no reguladas hasta ahora por el Derecho aragonés?

No voy a entrar aquí en la controversia sobre el alcance y límites de la competencia de las Comunidades autónomas forales para legislar sobre Derecho civil, punto que ha sido ya examinado en la parte preliminar (véanse también mis *Elementos*, I, 1, página 99). Personalmente creo que, en cualquier caso en que se trate de una Comunidad que constituyó en otro tiempo una unidad política independiente dotada de ordenamiento civil propio, su competencia en este punto debe ser ahora —con la sola salvedad de las materias reservadas en exclusiva al poder legislativo central por el art. 149, 1, 8.^a de la Constitución— la misma que tenía entonces su órgano legislativo: la disciplina de su Derecho civil *in potentia*; el ámbito al que se extendía, sobre fuentes propias o recibidas, el juicio de sus tribunales, el trabajo de sus abogados y la doctrina de sus juristas; todo lo cual es, en Aragón, «Derecho aragonés» y «jurisprudencia aragonesa», también cuando se invoca y estudia el Derecho común.

Si el ordenamiento aragonés abarca ese ámbito, dentro de él no valdrá la legislación del poder central sino como Derecho supletorio. Y si hasta ese ámbito llega la competencia legislativa de la Comunidad aragonesa a título de «desarrollo del Derecho foral», hasta ahí mismo alcanza la virtualidad del *Standum est chartae*.

Nótese, por lo demás, que la reserva de la «legislación civil» que hace la regla 8.^a en favor del poder central, no arguye una nota de *excepcionalidad* en los ordenamientos forales, sino la de *generalidad* en la legislación común en virtud de la cual ésta se extiende hasta llenar los huecos de la foral y no a la inversa; pero siempre, salvo las materias reservadas por la regla 8.^a, en calidad de Derecho supletorio.

El *Standum est chartae*, principio general del Derecho foral aragonés, queda así consagrado, en virtud de la Constitución —y ésta es la gran prestación de nuestra Ley fundamental al Fuero— como de rango superior al Derecho supletorio, igual que la actividad del legislador aragonés y la del pueblo aragonés en la formación de la costumbre y por el mismo título: el legislador central no puede interferir la acción de esas fuentes, porque su superioridad es ahora un *valor constitucional*.

b) *La influencia del Estatuto de autonomía*. En obediencia a la Constitución atribuye el Estatuto a la Comunidad autónoma de Aragón como competencia exclusiva, «la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés» (art. 35-4.º del Estatuto), añadiendo el artículo 42 que «en las materias de competencia exclusiva de la Comunidad autónoma el Derecho propio

de Aragón será aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro», cuya preferencia deja claro el papel subsidiario de la legislación general, y así lo recalca el mismo artículo 42 al decir que se aplicará «en defecto de Derecho propio, como supletorio, el Derecho general del Estado».

Si el principio de autonomía privada tiene entre nosotros el sentido —así lo ha señalado Delgado Echeverría— de que en Aragón está *prohibido prohibir* (por supuesto, con todas las salvedades y los matices que lleva consigo la vida en comunidad), su valor ahora, frente a los preceptos, no sólo del Código civil (salvo los de aplicación general), sino de cualquier ley civil (una vez que la competencia para legislar sobre nuestro Derecho civil es *exclusiva* de la Comunidad; que el Parlamento nacional no podría interferir en ella), es el de reducir al rango de normas supletorias de la voluntad del declarante todas las que no representen una especificación de lo que cabría llamar «orden público nacional», en el cual entran aquellos límites que, establecidos en su día para todo el territorio, vienen considerándose tradicionalmente como Derecho recibido en Aragón: estoy pensando, por ejemplo, en la prohibición de la perpetuidad de las sustituciones fideicomisarias, que tiene un significado político de alcance general.

Como señalan los hermanos Bandrés Sánchez-Cruzat, conforme al Estatuto —antes, a la Constitución— no ya sólo el Código civil, sino todo el sistema de Derecho civil común, con excepción de las cuestiones de principio enumeradas por el artículo 149-1-8 Constitución y la legislación hipotecaria y notarial (en la relativo a sus ámbitos propios de competencia: no a sus aplicaciones sustantivas), está subordinado a la normativa aragonesa presente y futura (53).

(53) Los citados autores piensan —ya lo he dicho antes— que es el artículo 42 del Estatuto, y sólo él y a partir de él, el determinante de que no sean aplicables las normas imperativas del Código frente al principio *Standum est chartae*. Estoy de acuerdo con ellos en su interpretación del precepto, favorable al principio, y también en que el artículo 42 sirve para fundar su validez; pero el principio había renacido y su validez estaba ya fundada a partir de la Compilación de 1967. En efecto: que sólo «en defecto de Derecho propio» se aplica el Código civil, lo expresó ya el artículo 1.º 2 de la Compilación de 1967, y que el Código civil se aplica «como supletorio» es algo evidente y que se deduce de la expresión «en defecto de tales normas» (art. 1.º Comp.): la supletoriedad que, a mayor abundamiento, ordena el artículo 42 del Estatuto, es (en el ámbito del Derecho civil) una redundancia, acaso conveniente, pero no indispensable.

En otras palabras: el artículo 42 Est. ciertamente ordena la aplicación preferente del Derecho aragonés y por tanto, a) la de los principios generales a que se refiere el artículo 1.º de la Compilación y, a su amparo, b) la de «la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones» con tal que no infrinjan ley imperativa, que no lo será el Derecho supletorio. Pero que el Derecho general del Estado se aplique como supletorio, o bien a') ya lo estableció la Compilación de 1967 a partir de la cual las prohibiciones del Código no alcanzaban de modo automático (y sí sólo por su coincidencia con el Derecho natural) a la declaración de voluntad; o bien b') si entonces, pese

Paradójicamente el artículo 42 del Estatuto fundamenta y hace posible la aplicación supletoria de las normas civiles generales en Aragón, pues sin esta regla del Derecho propio que invoca la aplicación subsidiaria de las leyes generales, las normas civiles nuevamente promulgadas por el poder central bajo la vigencia del artículo 149-1-8 de la Constitución sobre materia en algún modo pertinente al Derecho foral *no tendría aplicación alguna* en nuestro territorio, ni aun defectiva, porque versarían sobre materia sustraída, en él —como en los otros territorios—, a la competencia del Congreso y el Senado. No sería bastante para justificar su aplicación la referencia del desvalorizado artículo 13 Cc.; sólo el reclamo de la legislación peculiar de cada Comunidad a las leyes civiles comunes en tema foral justifica que éstas sean aplicables en ella.

c) *La influencia de la reforma de 1985.* Finalmente, no puede dejar de representar un argumento adicional en favor de la lectura *aragonesa* de la Compilación, su «integración en el ordenamiento jurídico aragonés» dispuesta por el artículo 1.º de la Ley de las Cortes aragonesas de 16 de mayo de 1985.

Al reasumir nuestro órgano legislativo el texto de la Compilación de 1967, que ahora vale como establecida por él, corta los lazos que podían relacionar el tenor literal de los artículos con la historia y los antecedentes prelegislativos de su tramitación por las instancias de la Administración central y por las «Cortes españolas», y reconduce su entendimiento al significado que a cada norma corresponde en relación con sus precedentes regnícolas y con su principalidad, en un sistema pluralista, frente al Derecho general.

d) *La materia no disponible.* A partir de la posición ancilar de las leyes civiles de Derecho común en las Comunidades autónomas con ordenamiento privativo, ha de establecerse ahora el ámbito de aplicación del principio *Standum est chartae*. El problema más arduo se plantea, entonces, en relación con aquellas disposiciones que en cualquier legislación y desde luego también en el Código civil, son de «orden público», es decir, de la clase de normas que regulan materias de Derecho necesario y tradicionalmente sustraídas a la autonomía de la voluntad: la patria potes-

a la supletoriedad del Código, los preceptos de éste se hubieran superpuesto a la carta, no sería seguro ni aun probable el argumento de que ahora el mismo Derecho supletorio ya no impone sus leyes imperativas. Pues en cuanto límite de la declaración de voluntad las normas del Código no vienen eliminadas ni por el artículo 42 del Estatuto, ni por el artículo 3.º Comp., que habla de «norma imperativa aplicable en Aragón», sin especificar si en esta denominación entran los preceptos del Código civil. Es fundamentalmente el artículo 1.º el que, desde 1967 cumple la misión de restaurar la aplicación del principio tal como lo entendió nuestra mejor doctrina, sobreponiéndose a la *norma imperativa* del Derecho común: a tal efecto, en el último momento de elaboración de la ley, se restaura el condicionamiento de «aplicable en Aragón», que la Comisión aragonesa había consignado con un propósito muy claro, y que la de codificación, en un primer momento, suprimió.

tad, por ejemplo, o la tutela, o el reconocimiento de la filiación extramatrimonial, o los alimentos, etc. Para supuestos como éstos, el proyecto aragonés de artículo 3.º había limitado expresamente el ámbito de la autonomía de la voluntad a «aquellas materias de posible regulación autonómica», habiendo suprimido la Comisión General de Codificación esas palabras en el texto legal, no porque entendiera ampliar la libertad del aforado aragonés, sino porque todo ello se sobrentendía: es claro que el principio de autonomía privada no tenía nada que hacer si las materias no eran de las confiadas al arbitrio individual.

El problema que surge ahora es el de delimitar el campo de acción de la autonomía en Aragón, en cuanto a las reglas del Código (aplicables aquí) que están —según el propio Código— sustraídas a ella.

Antes de la Constitución, sobre la relación de materias reservadas a la ley y reglas inderogables, el llamado «Derecho necesario», había acuerdo entre civilistas y foralistas, y lo mismo sobre las consecuencias de tal condición: estaba claro que la voluntad del declarante no podía interferir el régimen legal, por estimarse que su contenido era *materia no disponible*. En cuanto a ella, no importaba la condición de supletoria del Derecho foral que tuviera la norma común: era supletoria dentro de lo indisponible de su materia, que se gobernaba por la ley del territorio mientras la hubiera, pero a falta de ésta, inmediatamente, por las normas imperativas del Código civil. Ahora, la Constitución confiere asimismo a la Comunidad foral la competencia legislativa principal sobre la *materia no disponible*, sustraída a la autonomía privada, pero no al legislador aragonés, salvo que entre en las reservas del artículo 149, 1, 8 Const.

Sabemos, entonces, que las reglas imperativas aragonesas se sobrepone a la voluntad privada: para ellas no rige la máxima *Standum est chartae*. Inversamente, y según he explicado, las reglas imperativas de la legislación general, en principio pueden ser desconocidas, en Aragón, por la voluntad de los declarantes manifestada en la *carta*. Pero hay esa *materia no disponible* acaso regulada, a falta de normas forales (o sea, en defecto de ellas) por el Código civil y otras leyes generales, que está siempre reservada a la ley. Surge entonces el problema de discernir cuáles sean las reglas imperativas generales que en Aragón se consideran superiores a la voluntad del declarante y cuáles no; y cual el criterio válido para discernir las unas de las otras. Dicho en otras palabras, y con la vieja expresión del proyecto aragonés, cuales son aquí las materias de «posible regulación autonómica por pacto o disposición unilateral».

La forma de proponer el problema permite una primera aproximación: lo indisponible, desde esta perspectiva, son, como decía el proyecto aragonés, las *materias*, sin perjuicio de que en cualquier ámbito de libre regulación encuentren también unos límites éticos los preceptos de autonomía privada, y aparezcan aquí y

allá al servicio de aquéllos, reglas imperativas emanadas del legislador.

Hay ámbitos del Derecho civil, creo, que por *general consenso*, se entienden sustraídos en bloque al arbitrio del individuo, y en ellos, por tanto, las reglas del Derecho general se imponen a continuación del régimen aragonés sin dejar otro lugar intermedio a la *carta*, que aquél que el propio ordenamiento aragonés permite.

El criterio para delimitar los terrenos vedados a la autonomía privada o en los que ésta tiene sólo un papel limitado podría ser entonces, en primer lugar, ese «general consenso» que acabo de mentar, pero con una importante matización: tal consenso no supone, por sí, restricción alguna para nuestro legislador regnicola, que podría, en principio, por motivos de política jurídica aragonesa, «levantar la veda» y abrir la materia correspondiente a la autonomía de la voluntad.

Para el legislador mismo sí avizoro un ulterior límite —y lo digo con dudas— en lo que antes he llamado «orden público nacional»: valga el ejemplo que he puesto de la prohibición de las vinculaciones perpetuas (¿sería posible en Aragón, hoy, la fundación de un mayorazgo?).

Fuera de esto, las fronteras de la autonomía no pueden ser otras que las que indiquen las propias fuentes de nuestro ordenamiento: nunca las del castellano, porque también en estas cuestiones es sólo y exclusivamente el legislador aragonés, nuestro ordenamiento, quien tiene la palabra.

De donde, en definitiva, serán la ley aragonesa, la costumbre y los principios generales del Derecho aragonés, los elementos que sirvan para discernir qué *materias* pueden ser reguladas, en bloque y como regla general, por el poder del individuo incorporado a la *carta*, y cuáles escapan a ese querer y dependen, en principio, de la acción del legislador y las demás fuentes del ordenamiento. Por cierto que la ley no siempre establece, como cuestión de principio, la inderogabilidad de sus normas, por hallarse ésta sobreentendida, pero a donde no llegue la ley alcanzarán los principios generales, según veremos al examinar las aplicaciones de la regla aragonesa de autonomía de la voluntad.

e) *Referencia a la ley de defensa del consumidor*. Un excepcional banco de pruebas de cuanto llevo dicho lo supone la ley de 1984, de las Cortes Generales, sobre defensa del consumidor. Esta ley fue precedida por otra, sobre la misma materia, de la Comunidad Vasca (ley de 18 noviembre 1981), que dio lugar, al ser recurrida por la Presidencia del Gobierno a una sentencia del Tribunal Constitucional de 30 noviembre 1982 delimitando la competencia de las Comunidades Autónomas en la materia, así como correlativamente, las fronteras a donde se extiende la competencia estatal. Se trata de un tema con relevante aspecto público, pero que, en el privado, afecta directamente a la libertad de contratación.

La sentencia, a partir de la reserva que hace el artículo 149-1-8.º Constitución, en favor del poder central, de las «bases de las obligaciones contractuales», determina que el tratamiento de las *cláusulas abusivas* «es —y debe ser—» materia de «una regulación general, como comprendida en lo que dispone el artículo 149-1-8.º de la Constitución»; y que «el tratamiento de la materia y las soluciones al respecto deben ser una y la misma para cualquier parte del territorio del Estado». En términos aún más amplios viene a decir, al referirse al deber de información al consumidor, que «una configuración del deber de información con un carácter que excede de lo sectorial, y que pueda significar una modificación en el Derecho contractual, tendrá que hacerse por el legislador estatal». En general, parece entender la sentencia que no le es viable a una Comunidad autónoma «legislar sobre materia contractual»: y esto lo dice en relación a la Comunidad Vasca, en parte de la cual rige un Derecho civil propio. Con todo, el argumento del Derecho civil propio no se alegó en el litigio.

Si planteamos el problema en el plano del Derecho foral, vemos que en tema de contratos la Constitución reserva al poder central en exclusiva la legislación sobre «las bases de las obligaciones contractuales», quedando el resto de la materia entregado a la posible competencia legislativa de cada Comunidad con Derecho civil propio. Las *bases* acaso podrían permitir, entonces, al poder central determinar con exclusividad la ilicitud general de ciertos contenidos del contrato, pero no sería posible que se pueda considerar como *básico* a efectos de sustraer la correspondiente competencia legislativa a los territorios de fuero, cualquier contenido del contrato; negando entonces a la expresión *bases* su concepto de *generalidad*: su oposición a la *determinación particular*. La legislación estatal sobre las bases no podría exceder de los requisitos generales del contrato.

Una disciplina general de los contratos, en defensa del consumidor, sólo puede considerarse monopolio del poder central y sustraída a las Comunidades forales (por tanto, al principio aragonés de autonomía) partiendo de la condición «mercantil» de los contratos afectados por ella, discutible en sentido técnico pero aceptable en una interpretación que tenga en cuenta la intención del legislador constitucional en la regla sexta del artículo 149-1 en relación con la expresión «comercio interior» en el artículo 51-3: los contratos «de masa» estarían sustraídos, en cuanto tales, al Derecho foral y a la potestad legislativa de las Comunidades. En nuestro caso, por tanto, al principio aragonés de autonomía de la voluntad (59 bis).

(59 bis) Por otra vía puede llegarse igualmente a sustraer las cláusulas censuradas por el artículo 10.º de la ley estatal de 1984 a la libertad contractual aragonesa, a saber, considerando que aquella ley atribuye a las cláusulas que en ella se especifican una nota de inmoralidad que las excluye de la lícita contratación. Las cláusulas, entonces, entrarían en el ámbito de lo «imposible ético». Esta segunda vía es importante por cuanto el citado pre-

VI. LAS APLICACIONES DE LA AUTONOMIA

22. *En materia de obligaciones y contratos.*

En materia de obligaciones, donde la presencia de peculiaridades forales actuales es, además, mínima, apenas se pretenden en nuestra doctrina y jurisprudencia aplicaciones del principio *Standum est chartae*, enmascarado como está por la regla del artículo 1.255 Cc., merced a la cual tienen igualmente general acogida en España los contratos atípicos. Sin embargo, un repaso al régimen positivo permite señalar divergencias de cierta entidad entre el Derecho del Código civil y el aragonés, como consecuencia de la aplicación del principio.

a) Así, en primer lugar, en materia de *fuentes de las obligaciones*, en general y en tema de la validez de la *voluntad unilateral*. El Derecho aragonés no aborda este asunto de modo directo, pero, aparte lo que se deduce en orden al valor de la costumbre como fuente de las obligaciones del artículo 2.º-1 de la Compilación, el artículo 3.º suministra base positiva suficiente para entender que consagra expresamente como fuente de la obligación la voluntad unilateral, pues no distingue al referirse a «la voluntad de los otorgantes», plural que comprende más de dos otorgantes, pero también menos, y por tanto también al otorgante único: ello se aclara en el proyecto de la Comisión aragonesa, donde se habla de «pacto o disposición unilateral», y todavía más en la sección especial de la Comisión de Codificación («la libre voluntad individual, manifestada por pacto o disposición unilateral»). Por supuesto, y por cuanto ello corresponde con el espíritu del principio, habrá de exigirse a la promesa unilateral cierta validez social (54).

cepto de la ley estatal de 1984 no se aplica directamente sino a los contratos celebrados con el consumidor final, de modo que a ella estarían sustraídos todos los que no cumplan esa condición; pero evidentemente la nota censoria, la calificación de inmoralidad, afecta por igual a todos los contratos, celebrados o no con el consumidor final, mercantiles o civiles, y el criterio ético general que inspira la especificación de las cláusulas ilícitas en la ley citada sí que podría considerarse, en aplicación del principio constitucional *pro consumatore*, como constituyendo o expresando una *base de las obligaciones contractuales*, válida para toda España.

(54) De fuerza obligatoria de la promesa unilateral podría hablarse en el contrato en favor de tercero, si se entendiera que en Aragón la voluntad del estipulante, en fuerza de la *carta* que la contiene, quedaba vinculada frente al tercero favorecido por el hecho de constar en aquélla, y no podía revocarse una vez manifiesta: a diferencia del régimen del Código civil, de libre revocabilidad por el estipulante de la promesa en tanto no sea aceptada por el tercero (art. 1.257-2.º Cc.). Mas el principio aragonés lo es de libertad para el declarante, que puede dar a su declaración el contenido que desee y vincularse mediante ella: no de sujeción inmediata del estipulante contra su voluntad. Este, por tanto, igual que en el Código civil, no quedará obligado hasta la aceptación, a menos que haga constar en el propio contrato su voluntad de no revocar la atribución o lo convenga así con el promitente, casos en los

b) Según el artículo 3.º, el único límite que tiene el declarante para vincularse es la imposibilidad física o moral, o la ley aragonesa; de donde las prohibiciones del Código civil sólo valdrán en tanto coincidan con estos parámetros.

A lo imposible se refieren en el Código los artículos 1.116 (condición imposible) y 1.272 (cosas o servicios imposibles); y sobre la imposibilidad se funda la regla del artículo 1.460, todos ellos evidentemente válidos para Aragón (55).

Rigen igualmente en Aragón, como límite al principio de autonomía privada, la prohibición de renunciar a la acción de responsabilidad por dolo (art. 1.102 Cc.) y la de eximir de responsabilidad por evicción al vendedor de mala fe (art. 1.476: ver también 1.681), preceptos que salvaguardan la propia libertad y dignidad del declarante, muy de acuerdo con los postulados de la ética común o «Derecho natural».

Cabría pensar que, por tratarse de preceptos deducidos de la *aequitas* y la *humanitas*, tampoco podría ser eliminada en Aragón, la operatividad de los artículos 1.103 y 1.154 C. c. mediante una estipulación incluida en el contrato que crea obligaciones para las partes, en la que se conviniese que el Juez no podría hacer uso de la facultad moderadora. Pero la censura de una estipulación así, en Aragón, es más discutible, ante la precisión de *estar a la carta* en un punto que no resulta necesariamente contrario a los principios éticos elementales.

Por lo demás, en términos generales, la ilicitud de las cláusulas del contrato es una suerte de imposibilidad moral que anula la obligación. En principio, el concepto y la eficacia de la ilicitud en Aragón son los mismos que en el Código civil, que se aplica aquí. Sin embargo, en ocasiones, el Código —en tema de herencia, ciertamente— entra a deslindar las posibilidades de las condiciones de no contraer matrimonio en términos cuya aplicabilidad en Aragón según habré de explicar *infra*, núm. 25, es dudosa, y lo mismo ocurre cuando estas condiciones se incluyen en un contrato *inter vivos* (56).

El principio aragonés puede ser un argumento para quienes niegan que la patrimonialidad sea requisito de la prestación obligacional.

c) Es discutible si en Aragón rige con absoluta plenitud el artículo 1.256 del Código civil, con el que concuerdan el 1.115

cuales no deja de ser la aceptación requisito de la perfección de la liberalidad en cuanto tal, pero sin duda no puede el estipulante arrepentirse.

(55) Es cierto que la condición imposible podría tenerse en Aragón por no puesta en los actos *inter vivos*, como hace el artículo 792 Cc. en tema de testamentos; pero esa solución no sería «estar a la carta», por lo que debe imponerse, también en nuestro ordenamiento, la del artículo 1.116.

(56) La S. Aud. 19 abril 1963 declara lícito, con arreglo a la obs. 16 *De fide instrumentorum*, subordinar la perfección del contrato a la celebración del matrimonio entre el comprador y una hija de los vendedores. La solución, para el C. c., debe ser la misma.

(condición puramente potestativa), el 1.449 (señalamiento del precio en la venta), y algún otro. Se fundan estos preceptos en algo que, a primera vista, parece deducirse de la naturaleza de las cosas: la necesidad de que en el contrato, que se ha definido como acuerdo de las partes sobre un objeto (*duorum vel plurium in idem placitum consensus*), el contenido de lo pactado sea querido por una y otra parte. No hay más obligación que aquélla sobre la cual ha recaído el consentimiento de las dos (o varias) partes, ni la obligación se extiende a nada que no haya sido incluido (por las partes o el artículo 1.258 Cc.) en ese consentimiento. Mas esta exigencia de coincidencia absoluta de los consentimientos sobre un objeto determinado (o determinable por un factor ajeno a los contratantes), a) procede de un precepto de Derecho positivo y no de la «naturaleza de las cosas», como lo demuestra la admisión de la «compraventa con precio del vendedor» en los Cc. italiano y portugués; y b) en ese contexto positivo presupone la existencia de una categoría dogmática de «el contrato» que no viene definida por el Derecho aragonés.

Ahora bien: cuando, en la *carta*, no hay realmente un acuerdo de dos comprendiendo todas las condiciones del contrato, porque una parte dictará esas condiciones a las que de antemano ha accedido la otra sin conocerlas, ciertamente no habrá contrato sinalagmático en su concepto habitual, pero —con el solo límite de «el Derecho natural», que rechazaría combinaciones antisociales y abusos del *bargaining power* de la parte más fuerte— puede haber una promesa susceptible de cumplimiento y justificada, en último término (yendo más allá de la «compraventa con precio del vendedor»), por el ánimo liberal de una de las partes (del que prometió sin cuantificar o cualificar el objeto de su obligación, o del que se obliga en firme), porque se abandona en ello a la voluntad de la contraparte. Falta, entonces, el concepto habitual de *contrato*, pero es comprensible que una combinación así pueda tener validez en un sistema al que no alcanzan las normas del Código civil.

Lo importante es que haya una promesa determinada (aunque no lo sea la contraprestación), o una determinación suficiente del máximo y el mínimo de la promesa unilateral, aunque tal determinación quede entregada a la voluntad de una de las partes. Y que la atribución, tal como se presenta en la práctica, sea realmente querida por el atribuyente o por ambas partes si entre ellas hay intercambio de prestaciones. En mi opinión, así, no sería nula en Aragón la combinación que consistiera en dar *Secundus* una cosa determinada y concreta a *Primus*, a cambio de la cantidad de dinero que éste crea que vale, o bien, incluso, la que querrá pagar, o que *Secundus* quiera cobrar *hasta un límite determinado*: todo está en que se considere que el exceso del precio de la cosa que pudiera reclamarse o prestarse, o su defecto (exceso o defecto sobre el precio de mercado), se aceptan even-

tualmente con ánimo liberal. Y aun si no se señalara límite, a la objeción de que se podría pedir por el «vendedor» o señalar por el «comprador» un precio imposible, cabría responder que es entonces cuando el pacto es nulo, por infringir los límites del artículo 3.º de la Compilación, pero no si la ejecución de lo convenido entre las partes se desenvuelve en términos que puedan estar cubiertos, en cuanto al exceso de una prestación sobre otra, por el riesgo de error del que ha de señalar un precio objetivo, o bien por el *animus donandi*.

d) Asimismo, puede ofrecer diferencias el régimen aragonés de la *carta* con el del Código civil en materia de *causa*. Desde luego, y ya lo he señalado *supra*, núm. 3, el concepto de *causa* no es en absoluto desconocido para el Derecho aragonés de los Fueros y Observancias, que de una parte consideró a este elemento, al igual que muchos ordenamientos medievales, como justificación de los pactos que no tenían figura típica en el Derecho romano ni forma en el propio; y que, de otra, admitió la promesa abstracta de pago cuando consta en la *carta* (obs. 6.ª *De confessis*, libro 2.º).

Podemos preguntarnos ahora si un requisito del contrato según el Cc., pero que no exigen otros Códigos europeos (el alemán), y del que se podía prescindir al constituirse la obligación en el régimen de los Fueros y Observancias, viene impuesto en Aragón como tal elemento constitutivo del contrato, o, por el contrario, vale éste sin él (*prima facie*) cuando el acuerdo se haga constar en la *carta*. Yo me inclinó por esta segunda opinión, para el Derecho de las Observancias, en mis *Notas para el estudio de la «promissio sine causa»* ya citadas: la causa —dije allí— no fue, en tal ordenamiento, requisito de validez del contrato. Entiendo que esto mismo sucede ahora en cierta medida en la Compilación: el requisito de la causa no es, como componente estructural del contrato, una exigencia de Derecho natural, y los preceptos del Código que lo exigen no rigen en Aragón frente a la *carta*, aunque sí fuera de ella. Sin perjuicio, en los casos de desequilibrio o empobrecimiento, del juego ulterior de la regla de la equivalencia de las prestaciones o de la que ordena la corrección del enriquecimiento injustificado, tema que merece un estudio que aquí no cabría hacer.

Por supuesto, la ilicitud del motivo determinante del contrato, como la del objeto, anula la obligación en virtud del artículo 1.275 Cc., que sí es aplicable en Aragón, precisamente porque la *causa* a la que alude no es la de los artículos 1.274 y 1.261 3.º, y sí la que se encarna en unos propósitos y representaciones de las partes que han de ser examinados a la luz de la moral corriente, a fin de que el ordenamiento no acoja combinaciones que traspasen sus fronteras.

e) En tema de compraventa cabría preguntarse si son apli-

cables en Aragón las prohibiciones del artículo 1.459: yo me inclino por la solución afirmativa, por tratarse de normas de ética contractual, socialmente aceptadas, y hasta es posible que de esa aceptación social pudiera deducirse la existencia de una costumbre (cosa difícil, por el carácter negativo de este posible hecho consuetudinario); mas también cabría oponer a su vigencia que representan un factor de desconfianza en una de las partes contratantes que no viene impuesto por el Derecho natural.

La promesa de vender o comprar (art. 1.451 Cc.) tradicionalmente pudo ejecutarse en Aragón en especie al amparo del principio de autonomía y contra la doctrina del Derecho común: *debet servari* —dice Miguel del Molino (vº *Instrumentum*, folio 248 r)— *et est standum chartae*.

f) En tema de contrato de sociedad, la influencia del principio *standum est chartae* se reduce a la sociedad civil: la legislación mercantil es de aplicación general, y por tanto también en Aragón, y toda ella.

En mi opinión, en el ámbito de vigencia de nuestro Ordenamiento, cabría configurar mediante la *carta* válidamente,

a') Una sociedad que, contra lo preceptuado en el art. 1.666-1.º Cc., no sea en interés común de los socios, si hay una causa liberal que justifique la pertenencia al grupo social de la persona desinteresada que asume, no obstante, los correspondientes derechos y obligaciones.

b') Una sociedad universal a la que se aporten los bienes que los socios adquieren posteriormente por herencia, legado o donación, contra lo prevenido por el artículo 1.674. En realidad, esto ha sucedido en Aragón, en las sociedades familiares del Derecho consuetudinario pirenaico y del norte de la provincia de Teruel de que se trata en los artículos 33 y 34 Comp.

c') Una sociedad en la que se excluya a un socio de toda parte en las ganancias o pérdidas, pacto que el artículo 1.691 declara nulo, y que lo será en Aragón cuando no esté justificado por el ánimo liberal de un socio o sus consocios, o por otras consideraciones de valor equivalente, pero que estando justificado puede ser válido.

g) De la condena tradicional del juego (de suerte, envite o azar y la apuesta, que acoge el Código civil en los artículos 1.798 y 1.799, pienso que cabe exceptuar también el régimen de la *carta*, si bien no será corriente el otorgamiento de una escritura pública (yo creo que tal documento sería preciso) en la que los jugadores prometan pagar las pérdidas que experimenten en el juego ulterior. Tal escritura validaría el contrato de juego, frente a una prohibición que figura en el Derecho supletorio y que no es genuinamente aragonesa, si bien sólo en el supuesto de que aquel juego concreto no sea considerado, en sí, como inmoral y contra-

rio a la ética común, o simplemente como desprotegido por el ordenamiento en nombre de tal ética.

23. *Los derechos sobre las cosas.*

a) *Las cosas.* Ante todo, la libertad civil en esta materia se expresa, en Aragón, en relación con las cosas mismas. Vemos, así, en el artículo 29 de la Compilación, cómo es posible dar a los bienes muebles, por voluntad privada, el trato jurídico de los inmuebles, y viceversa; posibilidad que, tratándose del régimen matrimonial, tiene eficacia en diversos aspectos frente a terceros. Fuera de esto, los convenios en cuestión difícilmente podrían conservar este radio de acción, y más bien parece que deben restringir su eficacia a la relación *inter partes*.

b) *Tipificación de los derechos reales.* Don Joaquín Gil Bergés en la comunicación presentada al Congreso jurídico español en 1886 fijando el alcance del *Standum est chartae* considera como consecuencia suya «la libertad individual... en la constitución de derechos reales» sin «otros límites que los que la moral señale a los actos humanos». En efecto, el principio no se detiene en la libertad de contratación, y desde luego alcanza a la configuración de los derechos sobre las cosas.

No suelen los foralistas fijar su atención en este punto, en el que, sin embargo, la aplicación del principio de autonomía zanja en Aragón una controversia que mantienen los civilistas en relación al Derecho común sobre si el sistema legal de reconocimiento de los derechos reales se atiene al *numerus apertus*, o bien al *numerus clausus*.

Por mi parte, he explicado en mis «Elementos» (III, 1) que el criterio del Cc. es el de admitir sólo un número limitado de tipos, siquiera las descripciones legales de tales tipos sean muy amplias y flexibles, permitiendo acoger y dar forma jurídica adecuada a las más diversas aspiraciones y necesidades del sujeto.

Empero, por lo que respecta a Aragón, el principio *Standum est chartae* representa la conservación del sistema medieval de libre creación de derechos sobre las cosas, tan rico en combinaciones y estructuras en las que el derecho de propiedad se disuelve entre una multiplicidad de titulares y titularidades, con facultades y deberes distintos según las comarcas, las clases sociales y los individuos, y en el que siempre caben nuevas y no conocidas modalidades. En la línea de este precedente, el artículo 3.º de la Compilación puede ser un argumento decisivo en favor del *numerus apertus*. Nuestro precepto, por su historia secular y por el modo como lo entendieron los compiladores (muestra de él, importantísima, es el lugar que ocupa en nuestro texto legal), se distingue radicalmente del artículo 1.255 C. c., limitado éste a autorizar la libertad de contenido de los contratos al modo cas-

tellano y francés, mientras el artículo 3.º comprende también las otras relaciones de Derecho privado, y entre ellas los derechos sobre las cosas. Frente a un sistema como el del Código civil, en el que a algunos derechos se les niega «realidad», unas veces por motivos de dogmática jurídica y otras porque no coinciden con los tipos legales, nuestro precepto ha de entenderse como autorizando a *la voluntad de los otorgantes* a dar la consideración de derecho real, eficaz *erga omnes*, a cualquier combinación de facultades sobre la cosa que ofrezca autonomía, identificabilidad y cognoscibilidad suficientes: a toda aquélla que no resulte «de imposible cumplimiento» (57) aunque no coincida con ningún tipo legal. El sistema aragonés de derechos reales es, por obra del principio *Standum est chartae*, y con los condicionamientos y limitaciones ya estudiados, de *numerus apertus* (58).

En la práctica, podría ser valioso este planteamiento para la solución de diversos problemas que se discuten en la doctrina y la lucha forense, sin que hasta la fecha se haya pensado en esta apertura aragonesa.

Así, en primer lugar, a propósito de las variedades atípicas de la propiedad horizontal o las relaciones entre condueños y con los objetos comunes, sobre todo en las urbanizaciones o en las comunidades que comprenden varios edificios y terrenos: si reúnen cualidades técnicas suficientes para su reconocibilidad como derecho real, basta el querer de las partes y su consignación en la *carta* para que las variedades en ella configuradas adquieran la *realidad*, sin que para eso sea preciso encontrar y señalar una figura típica de las del Código o la Ley hipotecaria (o su Reglamento), en la que incluir y estructurar los correspondientes conjuntos de facultades y obligaciones, derechos y deberes, creados por los contratantes relativamente al inmueble. La misma propiedad individual de pisos y locales tal cual se practica en España masivamente desde los años 40, hubiera podido fundamentarse en

(57) Las palabras «de imposible cumplimiento» en el artículo 3.º se refieren, en los proyectos, a «las cláusulas de los documentos». El cambio de redacción que introdujo en el último momento la Comisión codificadora no altera el sentido global del precepto de ser *la carta* la que se ha de cumplir: la voluntad ya objetivada y convertida —en términos de Betti, que aquí caen bien— en precepto de autonomía privada. En ningún caso cabría interpretar que el artículo 3.º limita su sentido, al emplear la palabra «cumplimiento», al pago o cumplimiento de las obligaciones por las partes contratantes, lo que reduciría el principio aragonés a mera repetición del artículo 1.255 Cc. En nuestro caso, la imposibilidad de cumplir se refiere a la de que se traduzcan en obligaciones y derechos, ya de las propias partes, ya de los terceros que por la carta resulten afectados (y en último término, en figuras jurídicas), las disposiciones consignadas en ella.

(58) Alguna dificultad de Derecho interregional podría plantear la constitución de derechos reales al amparo del *Standum est chartae* y frente a las prescripciones del Código civil. Sobre todo, hay que preguntarse si esos derechos reales contrapuestos al régimen del Código, valen sólo, frente al tercero no aragonés, cuando se constituyen en Aragón, sobre bienes situados en Aragón y por aragoneses, o se puede prescindir de alguna de estas condiciones.

Aragón en la observancia 16 *De fide instrumentorum* cuando estaba vigente la redacción originaria del artículo 393 del Código civil, es decir, antes de la reforma de 1939, quedando firme y valedera la propiedad aislada de partes concretas (apartamentos, tiendas, etcétera) del edificio por imperio de la *carta*, y lo mismo los Estatutos de comunidad que pactasen los condueños en la *carta* y que de ella recibirían su vigor.

Más recientemente, el fenómeno de la *multipropiedad* puede encontrar en la *carta* un medio de obtener eficacia real: el Juez habrá de sentenciar conforme a lo pactado en aquella, y no sólo en las convenciones que medien entre las partes, sino frente a quienes de tales partes deriven su derecho o con ellas entren en conflicto, pues la *voluntad de los otorgantes expresada en pactos o disposiciones* es bastante para dar figura real al dominio por tiempos, que no es un *quid* imposible ni contrario a la ética, aunque sea difícil ponerlo de acuerdo con los dogmas de un Código civil que en Aragón, en lo que no sea traducción del «orden público» nacional, es Derecho puramente supletorio.

Al amparo del principio cabría asimismo apoyar la realidad de derechos como el de *reserva de tesoros* que pacta el dueño de la casa que se sospecha contenerlos con el comprador, en la escritura pública de venta: al constar esta reserva en la *carta*, adquiere eficacia frente a cualquier tercero (es inscribible), y por tanto permitirá luego reivindicar del propietario que por tiempo fuere, en el momento —si llega— de realizarse el hallazgo, la parte del tesoro a él correspondiente.

También he visto en la práctica derechos de retracto voluntario cuya *realidad*, más dudosa en el sistema del Código civil, puede ser afirmada en el de la Compilación: por ejemplo, el pactado por unos coherederos que se reparten las fincas de sus padres y se confieren mutuamente derecho de preempción en el caso de vender uno de ellos a extraños los inmuebles recibidos: derecho que en Aragón, pactado y constituido en la *carta*, ha de tener eficacia *erga omnes*, y acaso, de no señalarse plazo, pudiera someterse al del artículo 1.508-1.º C. c., pero que, de señalarse, no estaría sujeto necesariamente al de diez años del artículo 1.508-2.º, que no rige en Aragón para el retracto convencional por el mismo motivo de respeto a la *carta*, y cuya aplicación analógica no procedería en caso alguno porque el Código suple a la voluntad privada, mas no la limita salvo la actuación de los preceptos de orden público, caso en el cual no creo que se encuentre esta modalidad (59).

Mayor dificultad ofrece la realidad de las prohibiciones de

(59) Una S. Aud. 22 febrero 1870, sobre venta con pacto de retro, pronuncia la negociabilidad del derecho de readquisición del vendedor (frente a la tesis entonces imperante en Castilla —S. T. S. 18 marzo 1865— de tratarse de un derecho personalísimo e intransferible), «en virtud del axioma aragonés *Standum est chartae*».

disponer, porque disciplinadas por los artículos 26 y 27 Lh., que son de aplicación general (en virtud de la reserva que hace en favor del poder central, de la disciplina registral, el artículo 149-1-8.^a Const.), de ellos se desprende el criterio del legislador en cuanto a la posible eficacia *erga omnes* de tales prohibiciones: recuérdese que no tienen acceso al Registro las impuestas en actos a título oneroso, y no porque la ley las contemple como ilícitas o inconvenientes (pues expresamente permite que su cumplimiento sea asegurado con garantía real), sino, es de creer, porque el legislador estima que la voluntad de los otorgantes no es suficiente para configurar tales prohibiciones como cualidad de la cosa. Todavía podemos pensar, empero, que la postura del legislador hipotecario interpretando la disciplina del Código civil, mas no el Derecho aragonés (no podría hacerlo más que en el terreno estrictamente registral), si bien puede negar el acceso al Registro a cualesquiera estipulaciones que no cumplan las condiciones propuestas por la Lh., en cambio no puede arrebatar el carácter real (excepcionalmente, sin derecho a ingreso en los libros) de los derechos y limitaciones que, conforme a la voluntad del declarante o de las partes, hayan de tener dicho carácter.

c) *Transmisión*. Si la voluntad privada puede moldear los derechos reales, parece que también —dejando a salvo los preceptos hipotecarios, en su caso— debería ser soberana para transmitirlos, guardando la misma formalidad del otorgamiento de la *carta*.

Esa soberanía puede hacer más viable en Aragón el contrato abstracto de transmisión, en particular el instrumento mediante el cual se transmite el dominio de un bien inmueble sin expresar la causa, limitándose las partes a manifestar, respectivamente, la una que transmite y la otra que recibe. En mis *Elementos* (III bis, núm. 73) expliqué las razones que me convencían de la improcedencia de que un pacto así tuviera acceso al Registro, mas pienso que estas razones no tienen, en Aragón, fuerza bastante para impedir su inscripción, que tiene siempre un aspecto de Derecho material importante, por lo que su admisión o negativa no podía depender de la competencia formal que la Constitución (art. 149-1-8) atribuye en exclusiva, en materia de Registros, al poder legislativo central. También el *Standum* refuerza las razones que se aducen en la doctrina en pro de la admisibilidad de la cancelación por consentimiento formal.

Fuera de esto, la diferencia que puede haber aquí entre el sistema transmisivo de los derechos sobre las cosas del Código civil y el del antiguo Derecho aragonés es de matiz: el artículo 1.462-2.º de aquel cuerpo legal establece que «el otorgamiento de escritura pública equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato»; mientras que la obs. 22 *De fide instrumentorum* consideraba el instrumento de venta o donación en el que se estipula que se entienda mediante él entregada la posesión, como suficiente para transmitir, no sólo ésta, sino también la propiedad; y ello

aunque tal posesión no se haya entregado de hecho ni la tenga el adquirente, quien, pese a ello, podrá hacer uso de todos los derechos del poseedor (60).

d) *Cotitularidad*. Es de creer que, por pacto, cabría reproducir entre personas no unidas por vínculos de parentesco las situaciones de cotitularidad plurifamiliar del Derecho consuetudinario aragonés, que por cierto hoy apenas se conocen más que por los libros: el «juntar dos casas» del Derecho pirenaico, y la comunidad tácita del Bajo Aragón.

En todo caso, no hay razón para considerar operante entre nosotros la prohibición del artículo 400-2 del Código civil de pactar la indivisión por tiempo superior a diez años, norma a la que se antepone la *carta*, pues tal pacto no es contrario a la ética o al «orden público».

Tampoco lo será la declaración de voluntad que establezca una servidumbre de pastos en favor de una universalidad de individuos —los que en cada momento sean vecinos de tal pueblo, por ejemplo—; que vale en Aragón contra lo que parece ser la prohibición del artículo 600 C. c. si se entiende que en su expresión *comunidad de pastos* entra también la servidumbre, recíproca o simple.

e) *Derechos reales limitados*. Pasando ahora a los derechos sobre cosa ajena, las mayores divergencias entre las posibilidades de la voluntad en el Derecho aragonés y las reglas imperativas del Código civil las presenta el régimen de los censos (61).

De los preceptos del Código en esta materia, que no rigen en Aragón, por impedirlo el principio *Standum est chartae*, podemos señalar:

Art. 1.618. No veo razón suficiente para que en Aragón no puedan dividirse entre varias personas las fincas gravadas con censo, sin el consentimiento expreso del titular de la pensión, siempre y cuando este titular tenga la garantía de poder cobrar la pensión completa de cualquiera de los ulteriores propietarios, o de todos ellos.

Art. 1.629. Por supuesto, acepto que la redimibilidad del censo enfiteútico es de orden público nacional. Mas para ella no es indispensable fijar en la escritura de constitución del censo el valor de la finca, y por tanto entiendo que este requisito de mera

(60) También la observancia única *De pactis inter emptorem et venditorem* dice que si la venta se ha hecho con *carta* queda transferido al comprador el dominio de la cosa. La S. Aud. 14 diciembre 1914 prescinde de la alegación de preceptos concretos para afirmar que «en Aragón, donde rige en todo su vigor el principio *Standum est chartae*, para la tradición basta, mediante él, la voluntad de las partes».

(61) Ya Miguel del Molino señala en este punto cómo, en Aragón, aunque sean *contra naturam contractus* valen las desviaciones de las figuras típicas de los censos, *quia omne pactum tenet in Aragonie et est servandum inter partes*. A modo de ejemplo alega haber visto cómo *sunt formati plures contractus tributationis sine commisso, laudimio et fatiqua* (vº *Pactum*).

conveniencia no rige en Aragón. En todo caso, la cifra que expresa el valor de la finca podrá ser sujeta a una cláusula de estabilización.

Art. 1.657. Prohíbe, en el censo consignativo, que la pensión pueda consistir en una parte alícuota de los frutos que produzca la finca acensuada, prohibición fundada en motivos muy concretos de política legislativa que no puede oponerse a la voluntad de las partes manifestada en la *carta*, ya que hacer consistir la pensión en una parte alícuota de los frutos, como retribución de la cantidad consignada, no infringe la moral ni el orden público.

Art. 1.661. Como en el caso del artículo 1.269 entiendo que no es indispensable en Aragón para la válida constitución del censo reservativo que preceda la valoración de la finca. Evidentemente, es preferible la tasación previa a tener que llegar a ella, cuando entra en crisis la relación entre las partes, en el curso de un juicio y por un perito dirimente, pero las partes, en Aragón, son dueñas de asumir estas desventajas.

Artículo 1.663. Véase lo dicho para el 1.657.

En cambio sí que rige en Aragón el artículo 1.608, sobre la redimibilidad del censo, que es una aspiración consagrada por diversas leyes generales y particulares y pertenece al «orden público» nacional.

De las reglas sobre el derecho de usufructo, pienso que cabe mantener, para Aragón, la posibilidad de derogar el art. 515 C. c. que limita a treinta años la duración del derecho de goce de las personas jurídicas. A este propósito cabe preguntarse, en primer lugar, si un usufructo puede ser perpetuo, lo cual podría pensarse que no viene prohibido por la esencia de la propiedad, porque en Aragón no nos cuidamos de los argumentos conceptuales; pero representa una división del dominio que, prolongada por tiempo indefinido, puede ser inconveniente hasta vulnerar el «orden público económico», según se deduce de la necesaria redimibilidad de los censos y de la prohibición de las vinculaciones perpetuas, que sí son de orden público y rigen en toda España al ser el Código civil sucesor de las leyes desvinculadoras. Parece, pues, que el usufructo no puede ser de duración indefinida. Viene entonces una ulterior cuestión, esto es, si el tiempo máximo del usufructo de las personas jurídicas en Aragón ha de ser precisamente el de treinta años, límite que me parece muy discutible, por cuanto en las personas físicas un usufructo que exceda de esa duración no es un fenómeno desconocido. Por ejemplo, se podría pensar que el usufructo se pudiera asignar a una persona jurídica, en la *carta*, por todo el tiempo que viva una determinada persona física, aunque exceda de los treinta años, e incluso, también, por el tiempo de varias vidas, con la limitación del artículo 781 que reproduce, para el usufructo, el 640.

Por lo que se refiere a los derechos reales de garantía, pienso que la prohibición del pacto comisorio en todos ellos, por su naturaleza ética, rige también en Aragón.

La prenda sin desplazamiento está sometida hoy a una ley especial. Mas cabe preguntarse si en Aragón, anteriormente, mediante la *carta*, no hubiera sido posible configurar una prenda sin desplazamiento de posesión, frente a la exigencia del artículo 1.863 C. c. O bien si, por el contrario, la desposesión del dueño —salvo una ley especial— es un presupuesto de la preferencia concedida al acreedor pignoraticio, en virtud de su derecho real, frente a los otros acreedores.

24. *La familia.*

a) *Naturaleza de la materia.* Tradicionalmente ha venido considerándose el Derecho de familia como *materia indisponible*, con excepción de los arreglos económicos del matrimonio, que desde el Derecho romano, mucho más desde los llamados «germánicos», fueron susceptibles de transacción. En Aragón, es amplísima la libertad en este punto desde las primeras fuentes históricas, según se verá al tratar de las capitulaciones matrimoniales.

Las relaciones personales no podían ser, en principio, materia de pacto, porque estaban sustraídas al Derecho en buena medida: el deber de sumisión de la mujer al marido llega a nuestro ordenamiento, y en general a los europeos, procedente de normas religiosas no jurídicas; y la ley positiva apenas entra en ese santuario. La autoridad de los padres sobre los hijos, moderada por la moral cristiana y por tanto no absoluta, tampoco tiene en la Europa medieval unos límites jurídicos concretos. Por lo demás, en España, desde 1889 y aun desde 1870 (ley de matrimonio civil), las relaciones personales entre los cónyuges fueron asumidas en exclusiva —para el C. c., véase la referencia del art. 12 al tit. IV— por la ley civil general.

La reforma del Código en 1981 puede tener trascendencia para el Derecho aragonés porque, en un tema cuya disciplina necesariamente se extiende a todo el país, como el del matrimonio (cfr. artículo 149-1-8.^a Const.), autoriza la disponibilidad de ciertas relaciones paternofiliales en los convenios reguladores, y la de la situación misma de cónyuge efectivo al admitir la separación por consentimiento de marido y mujer. Si la autonomía de la voluntad tiene un papel relevante en la organización de la familia aragonesa, cabe pensar que,

a') Ante esta mayor flexibilidad con que se contemplan los poderes y deberes familiares en los convenios reguladores (y que no hay por qué limitar necesariamente a ellos), y,

b') Teniendo en cuenta asimismo la ampliación del concepto de familia que supone la equiparación de la filiación adoptiva a

la biológica y la igualación de las diversas clases de hijos en derechos y obligaciones;

c') Ya no podemos decir con tanta seguridad como antes que nos hallamos en un terreno en el que todos los preceptos, deberes, derechos y facultades son de Derecho necesario, siendo viable ahora en estos temas de relaciones personales una cierta disponibilidad cuando se entiende que el interés público coincide con el privado, y aumentando, por tanto, las posibilidades, muy menudadas hasta la reforma, del principio de autonomía (62).

b) *El régimen de la familia extensa.* El imperio de la autonomía de la voluntad, a lo largo de siglos vino configurado en Aragón, preferentemente en las regiones pirenaicas, tipos de comunidad familiar en los que las relaciones se prolongan a los nietos y a los hermanos, incluso a otras personas: relaciones de autoridad y cooperación desconocidas para el Código civil y que combinan el vínculo de sangre o matrimonio y la obligación de alimentos con el vínculo social y la participación en una masa de bienes y en unos beneficios.

De todo ello trata la Compilación en el artículo 33. Baste decir aquí que la formación de esas comunidades y la repetición de actos que conduce a que todas las de una misma clase se sometan a un régimen *standard* consuetudinario como síntesis de innumerables escrituras de capítulos, tiene su origen en la regla de libertad que autorizó, en un primer momento y siempre, su constitución.

No implica esto que la *carta* —la capitulación, por lo común— tenga en materia de ordenación familiar un contenido necesariamente uniforme. Al contrario, como dijo Joaquín Costa, «la familia, merced a la carta, no es un elemento atómico componente del

(62) En la jurisprudencia, una S. Aud. 23 octubre 1900 mantiene una tesis notoriamente restrictiva. Según dice, «si bien no existen preceptos que impidan el que pueda pactarse además en los capítulos sobre cosa distinta de los bienes, sino que de lo contrario y a virtud de lo dispuesto en la obs. 16 *De fide instrumentorum* se deduce claramente que los cónyuges pueden pactar sobre todo lo que no sea imposible o contrario a la naturaleza, es indudable que por razón del carácter jurídico de las capitulaciones matrimoniales no se concibe su otorgamiento al solo efecto de pactar que los cónyuges no residan en un pueblo determinado sin que en ellas se ocupen para nada de los bienes respectivos, porque en tal caso perderían la condición de capitulaciones matrimoniales para convertirse en un contrato común, en el cual no podían tener intervención todas las personas que se pretende en este caso hacer figurar como contratantes». La S., por lo que se ve, no se atreve a entrar en el análisis de la licitud del pacto, y para negarle validez se vale del efugio de considerar que la clase de negocio jurídico en cuyo instrumento se incluye, no es la adecuada: afirmación sumamente inexacta, porque si en alguna forma podían ser válidas, en el año 1900, estipulaciones como ésta, sería en capítulos. Hoy, si la fijación del domicilio conyugal corresponde a ambos cónyuges de acuerdo, cabría pensar que también es lícito el pacto en cuanto a la fijación de un *no domicilio*, si bien el acuerdo sobre el domicilio no es vinculante para el cónyuge que lo consintió, y que por causa justificada puede disentir de él en otro tiempo ulterior sin incurrir en culpa.

municipio o de la nación, porque no está sujeta en su constitución ni en su interior a una regla uniforme e impuesta por fuerza exterior, sino un verdadero Estado de Derecho, ante cuyos linderos se detiene el Estado nacional como ante jurisdicción ajena, reconociéndose incompetente».

Pero sí es cierto que la satisfacción de necesidades parecidas mediante recursos jurídicos iguales condujo a la formación de series uniformes de pactos, cuyo fundamento invariable en la autonomía de la voluntad viene hoy enmascarado por la circunstancia de haberse practicado constantemente hasta poder entender que los autoriza la costumbre y que conforme a ella deben interpretarse.

La *carta* es, aquí, la capitulación matrimonial. Al amparo de la costumbre y, antes, de la autonomía privada, se convienen (o se convenían) en su caso, y según las comarcas y las necesidades familiares, la institución de heredero con obligación de convivencia que en otros ordenamientos podría ofrecer dificultades por su carácter de sujeción personal; adicionalmente la reserva de señorío mayor, de tan difícil caracterización hipotecaria y desde luego sin acomodo en la dogmática romanista del Código civil; se previenen los fallos en la convivencia, tema de relaciones personales que ordinariamente se sale de la órbita de lo jurídico y aquí persiste fundamentalmente en ella en virtud de la libertad de modelar la *carta* y su contenido (63); se regula la suerte de los bienes de los padres comparecientes (o de otros parientes, titulares de la «casa») a partir de la institución de heredero y, tras ella, las obligaciones del instituido con sus hermanos; se autoriza a veces al viudo forastero el «casamiento en casa», relación inimaginable en el ordenamiento castellano que la jurisprudencia funda en el principio de autonomía (SS. Aud. 7 febrero 1863 y 21 marzo 1961). Dígase otro tanto de las comunidades familiares y plurifamiliares, que son algo mucho más trabado y personal que la sociedad universal del Código, y cuyo tejido de relaciones personales —obligaciones de convivencia y sumisión— y patrimoniales sólo al amparo del principio *Standum est chartae* puede tener efectividad (cfr. SS. T. S. 5 julio 1901; Aud. 13 octubre 1933) (64).

(63) En este punto, y fuera de lo que habitualmente es materia de la costumbre, véase S. T. S. 10 octubre 1863: «la declaración hecha por el marido en capitulaciones matrimoniales, según el Fuero de Aragón, concediendo a su mujer viudedad universal en todos sus bienes, y facultándole, dado el caso que no pudiera vivir en armonía con el heredero, para separarse de la compañía de éste y tomar un cuarto en la casa de su habitación, con otros bienes, debe considerarse puesta, exclusivamente, en beneficio de la viuda a quien se concedió ese derecho, siendo ella, por consiguiente, quien puede ejercitarlo». En el caso era el heredero en cuestión quien pretendía que el cónyuge sobreviviente optase por esa alternativa.

(64) Observemos que el hecho de que ya no necesiten estos pactos y relaciones fundar su validez en el *Standum est chartae*, cuando pasan a ser creaciones del Derecho consuetudinario, «tipos» normativos, favoreció, al redactarse el Apéndice, la política de don Antonio Maura de privar de efectivi-

A ejemplo de la comunidad familiar sería posible constituir ahora, al amparo de la autonomía de la voluntad, un patrimonio destinado a subvenir a las necesidades de una concreta familia —de una compuesta por varias generaciones, incluso— dotado de los caracteres de inalienabilidad e inembargabilidad, vieja aspiración del Derecho agrario con traducción legislativa en diversos países y tiempos, y asimismo, en cierta medida, en la legislación agraria española.

c) *El régimen económico conyugal y sus derivaciones.* El tema del régimen económico conyugal abarca una parte muy importante del articulado de la Compilación, supletorio siempre de lo convenido por los esposos.

El régimen de la comunidad continuada y la viudedad pertenece también al dominio de la voluntad de los cónyuges, quienes pueden, ambos de acuerdo, modelar tales institutos con arreglo a sus conveniencias.

d) *Filiación, autoridad parental y tutela.* El tema de la determinación de la filiación por naturaleza no tolera la intromisión de la voluntad sino en la medida marcada por el Código civil, cuyos preceptos rigen en Aragón, no simplemente porque sean de Derecho necesario dentro del propio Código para los sometidos a él, sino porque *la materia* se halla sustraída, en la jurisprudencia universal, a la voluntad de generantes y generados. Es éste un caso claro de aplicación de los criterios establecidos *supra*, núm. 21, d): al faltar norma imperativa aragonesa, se aplica, siempre con carácter imperativo y por encima de la voluntad individual, el régimen del Código civil.

La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial no puede ser regulada tampoco, por consiguiente, por la voluntad del declarante o por convenio con el reconocido o tercera persona.

En cuanto a la adopción, el margen de posibilidades de pacto debe ser, también, el mismo señalado por la ley: en el caso, el Código civil.

dad al principio en cuestión. El legislador dijo enonces —en la E. de m.— estar conservando la esencia de la obs. 16 *De fide instrumentorum* al consignar en el Apéndice, con desarrollo legislativo o mediante simple mención del instituto correspondiente, las principales aplicaciones que *hasta entonces* había tenido el *Standum* en el ámbito del Derecho civil familiar y sucesorio, ya incluyéndolas en el elenco de las instituciones consuetudinarias que se respetaban, ya en forma de autorización expresa para desconocer reglas prohibitivas del Código (la de contratar sobre la sucesión futura, por ejemplo). Sólo en materia de régimen económico del matrimonio la libertad se formula como regla general, lo cual escasa virtualidad podía tener cuando el Código había hecho lo propio. Pero al omitir el legislador la proclamación de la *regla de libertad* como máxima de todo el Derecho civil aragonés, y al frente del cuerpo legal, cegó la fuente de ulteriores manifestaciones de la autonomía privada e impuso los preceptos imperativos del Código civil que caían fuera del marco de las instituciones concretas que se conservaban.

La autoridad del padre y la madre sobre el hijo; la convivencia y comunicación con él y, en general, las relaciones personales y patrimoniales, no están en el Código civil totalmente sustraídas a las estipulaciones que celebren los progenitores entre sí, según puede observarse —ya se ha dicho aquí— en los supuestos de separación, divorcio y nulidad del matrimonio, cuyas reglas admiten cierta extensión analógica a las relaciones entre progenitores fuera de esos eventos. En el Derecho aragonés veremos cómo el artículo 9.º-1, en tema de autoridad sobre la persona del hijo, remite a lo *licitamente pactado al respecto*. Mas, por supuesto, no es ésta un material que pueda, en términos generales, ser regulada por pacto: remito para todo ello la disciplina de los artículos 9 y siguientes.

La tutela, en cambio, es de los asuntos que tradicionalmente han tolerado, en el establecimiento de su estructura, la intervención de la voluntad de los padres del pupilo y, en relación a los bienes, la de los donantes o testadores que favorecieron a aquél, si bien no he visto relacionar tales posibilidades, en la doctrina o la jurisprudencia, con el principio de autonomía.

e) *Alimentos entre parientes*. En esta materia hoy no regulada directamente y de modo general —y sí solo para algunos eventos concretos— por el Derecho aragonés, recobran su fuerza, para excluir el imperio de la voluntad, las razones ahora alegadas en materia de filiación.

La obligación de alimentos del C. c., así, modalizada por los artículos 53, 65, 84 y 121 Comp., se impone en Aragón como de Derecho necesario y sin contar con la voluntad de los obligados. Sobre ella no cabe transacción (art. 1.814) ni el crédito por alimentos es compensable (arts. 1.200-2; 151-1); ni el derecho a los alimentos puede renunciarse o transmitirse a un tercero en virtud del principio *Standum est chartae*, que aquí carece de aplicación.

25. Sucesiones y donaciones.

Como en el Derecho de familia, también en el sucesorio la regla aragonesa de libertad se ha manifestado en forma de simplificación del sistema romanista superando estructuras, cauces y prohibiciones en homenaje a la voluntad del disponente, que entre nosotros debe valer tal como se manifiesta. Parte de este planteamiento es común con el del Derecho castellano y ahora el Código civil; otra parte es original: el Derecho aragonés va más allá del Código, prescindiendo tranquilamente de múltiples restos de la concepción sucesoria romanista que todavía, recibidos a través de las Partidas o directamente del *Corpus iuris*, persisten en la disciplina de la herencia en el resto de España.

Nótese, con todo —y esto es importante—, que el planteamiento informalista y liberal del Derecho aragonés en tema de suce-

sión *mortis causa* se ha traducido en él en reglas permisivas expresas y costumbres, de modo que al principio de libertad le queda ahora una tarea menos visible o inmediata en un campo que ya despejaron la ley y —mediante el ejercicio continuado de la autonomía de los disponentes— la costumbre. El principio es, hoy, más bien una garantía del futuro: de que también en el terreno de la herencia sigue siendo posible arbitrar, por iniciativa privada y superando los tipos legales, nuevas combinaciones y más adecuados institutos.

a) *Las coincidencias con el Código civil.* En Aragón no se recibió nunca la exigencia romana de la institución de heredero para la validez del testamento, y Miguel del Molino atribuye esta facilidad precisamente a que el Juez tenga que juzgar según la carta: con arreglo a ella, *potest testador in Aragonia distribuere in suo testamento omnia bona sua per legata particularia, et valet testamentum, ex quo non contineat aliquid impossibile* (vº *Instrumentum*, fol. 186 v.).

Tampoco surgen en Aragón los problemas que en el Derecho romano plantean la institución en cosa cierta y el legado de parte alícuota, que aquí se resuelven simplemente con «estar a la carta», lo que entiendo que vale hoy, a través de una larga evolución, también para el Código civil (65).

En general, la disciplina del Código relativa a los institutos básicos de la sucesión a causa de muerte, tiene igualmente vigencia en Aragón, interpretada siempre en su sentido más liberal y favorable a la voluntad privada: ésta es aquí, por ejemplo, el fundamento del derecho de acrecer y el derecho de representación con exclusión de las construcciones *objetivas* que parte de la doctrina preconiza para el C. c.

En tema de aceptación de la herencia, parece que rige también en Aragón el artículo 990, porque la aceptación «en parte» que pudiera realizar el aforado aragonés en virtud de la *carta*, iría contra el interés de los terceros, que tienen derecho a esa integridad de la voluntad del aceptante.

La voluntad es soberana en materia de partición de herencia, pero a falta de acuerdo valen en Aragón los condicionamientos del Código civil (arts. 1.061, 1.062, etc.), que son traducción de la equidad y de la conveniencia económica. Por consiguiente, habrá de guardarlos el contador partidario nombrado por el causante (y con mayor razón, el nombrado por el Juez), y a ello tienen derecho los partícipes.

En cuanto a la prohibición de dividir a que alude el artículo 1.051, en Aragón no está sujeta al límite del artículo 400-2, del que se trató *supra*, núm. 23. Asimismo de las «causas por las cuales se extingue la sociedad», sólo serán aplicables a la división aquéllas en las que, presumiblemente, pudo pensar el causante.

(65) Afirma la libertad de distribuir la herencia en legados, la S. Aud. 4 diciembre 1874.

La libertad de disponer a causa de muerte, con el solo límite de las legítimas (distinto en Aragón), es también común al Código y al Derecho aragonés (66).

b) *El Derecho sucesorio aragonés, más allá del Código civil.* La ley o la costumbre, a lo largo de siglos, han consagrado, tipificado y disciplinado instituciones aragonesas que, en un primer momento —en la edad media—, se plasmaban en declaraciones atípicas y valían al amparo del principio de libertad. Suprimida la eficacia general de tal principio por el Apéndice de 1925, continuaron subsistiendo en nuestro ordenamiento privativo, autorizadas por la normativa escrita o consuetudinaria y frente a las prohibiciones del Código civil. En el Derecho de la Compilación reciben ahora un tratamiento pormenorizado, sirviendo el principio de autonomía de cláusula general permisiva en todo aquello que no esté delimitado por las normas imperativas de nuestro cuerpo legal propio.

a') Así, en primer lugar, el testamento mancomunado, prohibido por el Derecho común en homenaje a un supuesto principio de personalidad del testamento, que suscribió el Código civil en su artículo 669; y autorizado desde siempre en Aragón, con una disciplina que ha experimentado cambios de importancia, según puede verse en los artículos 94 y ss. de la Comp. Tales cambios afectan, sobre todo, al problema de la correspectividad o mera simultaneidad de las disposiciones y los efectos —en su caso— de aquélla, materia que, por lo demás, puede ser moldeada por las partes en su disposición conjunta estableciendo unas normas de revocación diferentes de las legales, pues los preceptos de la Compilación no son imperativos, y a ellos puede sobreponerse lo prevenido al respecto en el propio testamento mancomunado.

b') El contrato sucesorio, el pacto sobre la herencia futura, fue una combinación mal vista por el Derecho romano y el común, prejuicio que heredó, a través del Código de Napoleón, nuestro Código civil. En el Derecho aragonés nunca se admitió la regla prohibitiva romanista, afirmándose en la doctrina sin interrupción la posibilidad teórica de los pactos sobre la herencia de un causante todavía vivo, celebrados con dicho causante (no entre ter-

(66) Resolviendo un recurso contra la calificación del Registrador, el Auto presidencial de la Audiencia de 27 enero 1954 considera válido el pacto de «casamiento al más viviente» o institución mutua recíproca de herederos entre los cónyuges, «en virtud del principio *Standum est chartae*». En realidad este pacto, que en Aragón fue viable en un primer momento sobre la base del principio de autonomía; más tarde, al amparo de la costumbre (aprobada por el Apéndice), y finalmente, al de la Compilación (en ésta, arts. 33, 95 y, sobre todo, 108), es posible también con arreglo al Código, y en Aragón representa un punto de inflexión del principio de solidaridad familiar en obsequio a la solidaridad conyugal, más tutelada por el Código civil: una muestra de cómo el individualismo y el desarraigo propios del Derecho común se impone también, en ocasiones, en el ámbito sucesorio, frente a los imperativos de la troncalidad y el culto a las generaciones pasadas.

ceros), si bien en la práctica los contratos sucesorios propiamente tales que conocemos son de época relativamente reciente, recurriéndose antes a la donación *mortis causa* (67).

c') También la fiducia sucesoria, rechazada por el Código civil (arts. 670 y concordantes), es admitida, siquiera dentro de ciertos límites, por la Compilación, como antes por el Apéndice y por la costumbre. Diversas sentencias la reconducen al principio *Standum est chartae*, al que también —dicen— hay que estar, para el desempeño de aquélla (por ejemplo, SS. Aud. 18 marzo 1954 y 7 diciembre 1967, con cita de la obs. 16 *De fide instrumentorum* y las demás que establecen el principio de libertad; aunque también —incorrectamente— de la 1.^a *De equo vulnerato*). La jurisprudencia ha entendido, en este último aspecto, que *estar a la carta* supone una interpretación razonablemente rigurosa de las disposiciones que autorizan al cónyuge y los parientes o a éstos solos, en su caso, para nombrar un heredero único de la casa (68).

d') Examinando los proyectos aragoneses de Compilación en lo

(67) La S. Aud. 20 enero 1888 atribuye la irrevocabilidad de esta clase de donación (que tiene tratamiento específico en los Fueros: véanse los comentarios a los artículos 99 y siguientes) al principio de la obs. 16 *De fide instrumentorum*, pero la conceptúa como un acto *inter vivos*, ya que «desde el momento en que se celebra el matrimonio adquiere el hijo la nuda propiedad de los bienes en que es instituido heredero». Promulgado el Apéndice (que proporciona al instituto una base legal entonces necesaria), no deja la jurisprudencia de la Audiencia de señalar el origen de la disposición permisiva de los pactos sucesorios en el principio *Standum est chartae*, que con anterioridad a ella era suficiente —dicen las SS. 9 abril y 30 junio 1954— para justificar el instituto. El principio de autonomía impulsó a interpretar el Apéndice con amplitud, entendiendo la Audiencia, con razón, no ser indispensable que conste el contrato sucesorio en capitulaciones matrimoniales (S. 2 abril 1958), y asimismo que eran válidos tanto el pacto adquisitivo como el renunciativo: en particular, la renuncia a la legítima del hijo dotado por sus padres —y que se da por contento con lo recibido— en los capítulos que otorga al casarse (S. 22 enero 1962).

(68) En el caso de la S. Aud. 8 marzo 1954, se declara nula la actuación de los fiduciarios que ante el encargo de nombrar heredero de los bienes de la casa, instituyen a un hijo en los bienes del padre y a otro en los de la madre; entendiéndose que era un solo sucesor quien debía recibir unos y otros juntamente. La S. Aud. 8 octubre 1962, confirmada por el T. S. en 3 marzo 1965, considera nulas las designaciones de heredero hechas, de una parte por el padre en su testamento sin intervenir la madre, y de otra por la madre, en escritura y muerto el padre, pero contra los deseos de éste. La S. Aud. 7 diciembre 1967, revocatoria de la del Juzgado, anula la decisión de los fiduciarios por no concurrir todos, de modo que hubiera acto corporativo con discusión y voto: en el caso el único pariente de la línea materna había renunciado «para que pudieran hacer el nombramiento de heredero los dos restantes miembros fiduciarios»: el cura y el pariente de la línea paterna.

En efecto, el dictamen de los fiduciarios ha de ajustarse estrictamente a la ley que les dictaron los fiduciarios o el fiduciante: ellos no pueden decidir con eficacia, en la *carta* de nombramiento de heredero, lo que tengan a bien, pues a ellos no alcanza el principio de autonomía: su voluntad está estrictamente subordinada y debe funcionar al dictado, sin otro ámbito de actuación que la designación del nombre del favorecido, en la forma, modo y condiciones previstos por el o los disponentes.

referente a sucesión contractual o fiducia sucesoria, observamos que el criterio que muestran en cuanto a quiénes sean las personas que pueden pactar sobre la herencia futura (sea en posición de instituyente o bien en la de presunto sucesor) o nombrar o ser nombrado fiduciario de la que causarán cuando fallezcan, es muy amplio. Según el proyecto del Seminario (los siguientes, son prácticamente del mismo tenor), «los pactos sobre la sucesión futura, otorgados por la persona de cuya sucesión se trata, son válidos y vinculan a los otorgantes», e incluso lo son, «sin el consentimiento del causante», los pactos «que sobre la porción legítima de su herencia otorguen todos sus parientes legitimarios» (art. 58). Asimismo, «todo causante puede nombrar uno o varios fiduciarios comisarios que regulen su sucesión», aunque sin poder excluir al cónyuge si tiene hijos de él (art. 51), no requiriéndose en los nombrados ninguna relación de parentesco u otra con el causante ni condición de autoridad o prestigio.

La Comisión de codificación redujo la posibilidad de nombrar y ser nombrado fiduciario, limitándola a la designación que podría hacer cada cónyuge en favor del otro; y la de ser elegido como heredero por el fiduciario, al gremio de los consanguíneos hasta el cuarto grado (art. 110). En cuanto a la sucesión contractual, fue la instancia parlamentaria la que se ocupó de recortar la institución aragonesa tratando, incluso, de reducir la admisibilidad de la contratación sucesoria a la que se hiciera en capítulos matrimoniales (por tanto, por los futuros o actuales cónyuges y los parientes que concurren a los capítulos); consiguiéndose en el último momento, como fórmula transaccional (y actuando de abogado de *Standum est chartae* un jurista aragonés, el notario Ballarín Marcial), la que figura en el artículo 99 de la Compilación.

Esto supuesto, ¿son de Derecho necesario las normas de los artículos 99, 110 y 114 de la Compilación? Es decir, desde otro enfoque: ¿es posible que pacten sobre la propia sucesión, fuera de capítulos, personas que no están unidas por vínculos de parentesco, o bien que nombre fiduciario a cualquier persona un testador para que ordene a su vez su sucesión entre cualesquiera personas?

A decir verdad, los autores de las limitaciones (que habrán de ser suprimidas cuando se revise la Compilación), imbuidos en la superioridad del Código y el carácter excepcional del Derecho foral, no se percataron de la posible acción del principio *Standum est chartae*, estimando que si se declaraba válidos a determinados pactos sobre la sucesión futura, o bien si se autorizaba a nombrar fiduciario sólo al cónyuge o para resolver el concreto problema de la sucesión en la «casa», todos los demás supuestos estaban excluidos por las normas prohibitivas de la sucesión contractual y de la fiducia sucesoria contenidas en el Código civil. No repararon en que, al interponerse el principio *Standum est chartae* entre las normas de la Compilación y las del Código, podía legítimamente

plantearse la duda sobre si vale la interpretación *a contrario* de los preceptos mencionados de la Compilación (de modo que sean ilegales los pactos sucesorios distintos de los mencionados en el artículo 99, o el nombramiento de fiduciario en favor de persona distinta y/o por persona distinta de las explicadas en los artículos 110 y 114), o bien si, por obra del principio de autonomía, y entendiendo que las autorizaciones de los citados preceptos no eliminan la posibilidad de otras, provenientes de fuente distinta, se puede concluir que en Aragón la libertad es total en cuanto a las personas que pueden contratar sobre su sucesión futura y nombrar o ser nombrado fiduciario.

La intención del legislador es absolutamente clara, examinando la historia de los respectivos preceptos; pero también es cierto que la intención del prelegislador aragonés era exactamente la opuesta y que en estos momentos la Compilación vale por el poder legislativo de unas Cortes aragonesas.

e') La S. Aud. 12 julio 1894 dio por válido el testamento de confianza: en el caso, una cláusula ordenando al fiduciario que invirtiera el importe de determinados valores en las atenciones que reservadamente le tenía comunicadas el testador.

En la actualidad, la solución de si es posible el testamento de confianza depende en alguna parte de la que se dé al problema de la fiducia sucesoria. Si se entiende que los correspondientes preceptos de la Compilación son imperativos, no parece que sea viable el encargo de confianza, que siempre supone una manera de fiducia. Si se considera aplicable el principio de libertad, todavía surge un ulterior obstáculo: aquí, no se trata de facultar a otra persona para que designe un heredero, sino de dictar unas instrucciones para que las ejecute otra persona, y estas instrucciones no observan la forma testamentaria (recuérdese que los preceptos de forma son un presupuesto de la aplicación de la regla de autonomía).

f') Finalmente, entiendo que la libertad aragonesa de disponer a causa de muerte, inaugurada a principios del siglo XIV, no es ningún resultado de la regla de autonomía, sino una decisión de política jurídica, para la conservación de los patrimonios familiares y en primer lugar de las casas nobles.

c) *Otros preceptos imperativos.* Sin ánimo de abarcar toda la normativa vinculante de la sucesión en el C. c., examinaré algunos supuestos de mayor relieve.

a') Como ya se ha explicado en términos generales, es presupuesto de la aplicación del principio *Standum est chartae* el respeto a las reglas de forma. Por eso rigen en Aragón el artículo 672 C. c. y, en general, y en defecto de norma aragonesa, el régimen ritual de los testamentos que dicho cuerpo legal establece (por supuesto, las normas notariales, competencia del poder central según la Constitución); habiendo quedado superadas las anti-

guas cuestiones sobre la validez y eficacia del codicilo (69), y habiendo de ajustarse a la normativa general las cédulas testamentarias y los papeles privados e instrucciones escritas que el causante deja, mencionándolos o no en su testamento: aparte de lo que pueda haber en estos últimos casos de fiducia, hay una previa cuestión de forma, siendo obligatorias las de la Compilación y, subsidiariamente, el Código civil (70).

b') A la regla de los artículos 781 y 785 de limitación del alcance temporal (generacional) de las sustituciones fideicomisarias ya se ha hecho alusión anteriormente: si bien es cierta la libertad de que gozaba el testador aragonés para fundar vínculos y mayorazgos hasta el siglo XVIII, siendo su voluntad la ley que gobernaría en el futuro la vinculación, ahora las reglas del Código —en mi opinión— son imperativas por su procedencia de la legislación desvinculadora, que rigió también en Aragón. Ciertamente sí podría la Compilación, dentro del criterio general prohibitivo de la perpetuidad, establecer un límite distinto al de los preceptos citados, o aclararlos; pero no el causante.

c') No creo que valga en Aragón, en principio, la prohibición de la condición de no casarse del artículo 793-1.º C. c. Este precepto ha de contemplarse, principalmente, desde el punto de vista político del fomento de la nupcialidad (propio de los autores del Código: no, en esta medida concreta, del Derecho aragonés), siendo ajeno su contenido, en los términos tan generales en que se expresa, a las reglas morales.

Impedir casarse a una persona es, incluso, inconstitucional (art. 32-1 Const.); ofrecer algo a un casado bajo condición de que pida el divorcio es, sin duda, inmoral; pero condicionar la liberalidad que se hace a una persona a que ésta permanezca soltera o viuda, no vulnera —en términos generales— el Derecho natural o la ética corriente: no coarta de modo directo la libertad matrimonial. Si el posible favorecido se casa, en nada disminuye su patrimonio, y la privación de un aumento posible no entra en el campo de la coacción, sino en el de la elección entre dos bienes. A su vez el ofrecimiento se hace en vista de un hecho —una abs-

(69) Al respecto, S. Aud. 15 diciembre 1858 en sentido restrictivo; y Miguel del Molino, vº *Instrumentum*, en el de su equiparación al testamento, doctrina mucho más aragonesa.

(70) La S. T. S. 8 mayo 1862 da validez a una cédula testamentaria en la que se hacía el nombramiento de herederos del testador. En el caso, el testamento decía, como simple manifestación, que la cédula en cuestión se hallaría cerrada entre los papeles del testador, y aunque no se encontró de esta forma, la S. la declara válida y eficaz, explicando, ante la alegación, por el recurrente, de la obs. 16 *De fide instrumentorum*, que ésta se refiere a las obligaciones y contratos y no es aplicable para decidir sobre la validez o nulidad de una cédula testamentaria; interpretación manifiestamente rechazable, si bien la solución del caso me parece justa.

La S. Aud. 30 marzo 1871 considera válidas y eficaces las instrucciones escritas que dejó el testador, fuera del testamento, aunque de ellas no tuvieran conocimiento los fiduciarios en el testamento nombrados.

tención— que no es ilícito. Cosa distinta sería si la prohibición tratase de impedir un matrimonio que constituye un deber moral.

La materia ha sido harto discutida en la doctrina, principalmente la italiana: no cabría seguir especulando aquí sobre ella.

La prohibición de las condiciones captatorias, del artículo 794, es una herencia del Derecho común que no puede extenderse al sistema aragonés, al no ser censurables tales condiciones —de ordinario— desde el punto de vista de la moral corriente. Podrá no ser *elegante* condicionar el beneficio *mortis causa* a una cierta correspondencia, pero nada tiene de ilícito. Acaso la prohibición del Código civil es, en la mente del legislador, una prolongación de la de contratar sobre la herencia futura.

d') La ejecución de las disposiciones a causa de muerte puede ordenarse con plena libertad de estructura y contenido en Aragón, donde tiene tan larga historia y práctica (desde los siglos X y XI: *manumissores, spondalarii*), en tanto se contenga en el ámbito de la ejecución y no se interfiera con la fiducia. Con esta limitación, se guardarán siempre, lo mismo en cuanto a la composición y duración del albaceazgo como a los poderes y misiones de los albaceas, ejecutores, etc. (también contadores-partidores), las determinaciones del causante: los preceptos del Código son aquí puramente supletorios.

d) *La donación.* Tratándose de un contrato (no regulado, ciertamente, por la Compilación: tampoco los otros), volvemos en la donación a preterir las normas prohibitivas del Código frente a la regla aragonesa de libertad (71): siempre dejando a salvo los preceptos de forma del Código, que rigen en el reino como supletorios de la Compilación: en particular los artículos 632 y 633, este segundo, además, muy de acuerdo con el formalismo (insinuación, fianza de salvedad) de nuestro Derecho histórico.

Muy dudoso es que el donante de todos los bienes haya de reservarse lo necesario para vivir con arreglo a sus circunstancias, según exige el artículo 634, pero no el Derecho tradicional en Aragón. Y por supuesto, tampoco rige la prohibición de que la donación comprenda bienes futuros, del artículo 635. En cuanto a la limitación de las sustituciones (arts. 640 y 641), véase lo dicho ahora mismo, epígrafe b').

(71) Miguel del Molino afirma la validez incondicional de la donación universal de todos los bienes habidos y por haber, que el Derecho común negaba, y permitía, en cambio, el fuero 4.º *De donationibus*, por interpretación *a contrario* y salvando la legítima de los hijos.

En la obs. 16 *De fide instrumentorum* funda la validez de la donación con reserva de la facultad de disponer la S. Aud. 5 mayo 1866.

OBRAS CITADAS EN EL TEXTO

ARAGÜES PÉREZ: «*Standum est chartae*», en el BCAZ., núm. 63, 1 octubre 1976, pág. 3; BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel y Rosa: Comentario al art. 3.º de la Comp. aragonesa, en los de Edersa, Madrid, 1986; CASANATE, Luis: *Consiliorum sive responsorum*, Caesaraugustae, MDCVI; COSTA, Joaquín: *La libertad civil y el Congreso de jurisconsultos aragoneses*, Madrid, 1883; DELGADO, Jesús: *El Derecho aragonés*, ed. Alcrudo, Zaragoza, 1977; FERRI: *La autonomía privada*, trad. esp., Madrid, 1969; FLUME: *Das Rechtsgeschäft*, 3.ª ed., Berlín, 1979; FRANCO DE VILLALBA, Diego: *Fororum atque Observantiarum Aragoniae Codex*, Caesaraugustae, MDCCXLIII; HAGEMANN: «*Gedinge bricht Landrecht*», en ZSS., germ. abt., 1970, págs. 114 y ss.; VON HIPPEL: *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, Tubinga, 1936; LALAGUNA: *La libertad contractual*, en RDP., 1972, pág. 871 (y en sus «Estudios», Madrid, 1976, pág. 5); LORENTE SANZ Y MARTÍN BALLESTERO: *La norma en el ordenamiento jurídico aragonés*, en ADA., I, 1944, págs. 7 y ss.; MANIGK: *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen*, Berlín, 1935; MARTÍN BALLESTERO, Luis: *Más acerca del concepto y naturaleza del «Standum est chartae»*, en «Estudios Castán», III, Pamplona, 1969, pág. 303; MARTÓN, Joaquín y SANTAPAU, Francisco: *Derecho y jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla*, tomo 1.º (único publicado), Zaragoza, 1865; MOLINO, Miguel del: *Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum*, Caesaraugustae, 1585; NAVAL Y SCHMIDT: *Compilación articulada del Derecho foral vigente en Aragón*, Zaragoza, 1881; OURLIAC: *La «convenientia»*, en «Etudes Petot», París, 1959, págs. 413 y ss.; PALÁ MEDIANO, Francisco: *Notas para un estudio crítico del apotegma «Standum est chartae»*, en ADA., 1944, pág. 280; el mismo: *Observaciones al proyecto de Apéndice*, Barbastro, 1924; PORTOLÉS, Jerónimo: *Scholia sive Adnotationes ad Repertorium Micaelis Molini super Foris et Observantiis Regni Aragonum*, Caesaraugustae, MDLXXXVII; SAINZ DE VARANDA, Ramón: *Las normas en el Derecho civil especial de Aragón*, en el BCAZ., número 26, 1 julio 1967, pág. 3; SCHOLTEN: «*Convenances vainquent loi*», en Med. der Kön. Akad., tomo 70, serie B., Amsterdam, 1930, págs. 187 y ss.; SESSE, José: *Decissionum Sacri Senatus Regii Regni Aragonum, et domini iusticiae Aragonum caesarum civilium, et criminalium tomii duo*; Franco Furti, MDCXIX; SUELVES, Juan Cristóbal: *Consiliorum decissionum centuria prima*, Caesaraugustae, 1641; *Post primam centuriam, semi-centuria*, Caesaraugustae, 1642; *Semicenturia secunda*, Caesaraugustae, Anno MDCXLVI; VARGAS MACHUCA, Juan Crisóstomo: *Decissiones utriusque Supremi Tribunalis Regni Aragoniae*, Neapoli, MDCLXXVI.

Sobre el deber general de respeto a la persona (Derecho Civil y Medio Ambiente)

A la memoria
de Don Federico de Castro

JUAN ROCA JUAN

SUMARIO: I. Justificación del tema y planteamiento. Dificultad de la concepción del «ambiente» como objeto jurídico. Los «bienes ambientales» y los intereses «difusos» o colectivos.—II. La protección preventiva de la Administración: Valores legales y prioridades. Cosas y acciones «peligrosas». Insuficiencia de las medidas preventivas.—III. Alusión al Derecho extranjero.—IV. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo: Encuadramiento en las «relaciones de vecindad», y la admisión de medidas judiciales de prevención de la «persistencia» del daño. Preferencia de la jurisdicción civil.—V. Abuso de derecho y la base constitucional: Protección del «interés legítimo»: La «amenaza de daño». La jurisdicción ordinaria y la protección judicial frente al daño previsible.—VI. Dificultades procesales para la ejecución efectiva de la Sentencia condenatoria a la abstención del perturbador.

— I —

Hace años escribía el profesor De Castro, maestro de todos, que «la doctrina moderna no ha sabido destacar la existencia del deber general de respeto a la persona que imponen los principios del Derecho civil; hecho lamentable —añadía— que, a pesar de que la Jurisprudencia ha encontrado remedios a los supuestos más graves, ha dificultado o impedido la justa resolución de muchos casos prácticos». Y más adelante, que «aceptado el daño de algo que no es un derecho subjetivo, que es precisamente una cualidad de la misma persona, se acoge implícita, pero necesariamente, la figura de la situación protegida y el correspondiente deber general de respeto a la persona» (1).

Sobre esta base, resulta ciertamente extraño que no aparezcan muy abundantes, en nuestra doctrina civilista, las expresiones de preocupación ante el horizonte que se anunciaba ya, en 1965: «Que la realización técnica llegó a un punto en el que la autoaniquilación del hombre entra en el horizonte de lo posible» (2), ni aparezca en nuestra doctrina mucha participación en esos «esfuerzos intensivos que propenden a

(1) Federico DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, II, págs. 35, 36 y 38, respectivamente.

(2) Karl JASPERS, *La pregunta acerca del hombre*, Universitas, vol. III, número 3, 1965, págs. 230, 231.

proteger a la persona, en su totalidad, de las repercusiones negativas de la técnica» y, sobre todo, «frente a la falta de consideración y la codicia del hombre» (3), ni siquiera mediante el intento de una nueva reconsideración de las llamadas «relaciones de vecindad», sobre la base constitucional, salvo alguna alusión (4).

Esta especie de apartamiento privatista de tema tan importante contrasta, evidentemente, con el hecho de la general preocupación social ante las continuas agresiones a lo que se ha venido en denominar el «entorno», y con más frecuencia el «ambiente», por la contaminación amenazante, las perturbaciones del descanso y el uso abusivo de los recursos naturales escasos. Casi no pasa día sin que los medios de comunicación nos traigan noticias reveladoras del incremento de la sensibilidad popular, masiva, que demanda en forma más o menos espontánea, pero cada vez con más fuerza, una protección. Movida esta demanda —en abstracto muchas veces— por un sentimiento emocional que se traduce en exigir una actividad jurídica del Estado, preventiva y represiva. A veces, conformándose en movimientos de alcance y significación política, bajo el lema ecologista.

Acaso, la sensación de impotencia ante los hechos que la persona particular experimenta, le mueva a integrarse en las más diversas colectividades, con la fe puesta en la presión masiva que logre poner en movimiento la actividad del Estado omnipotente, y quizá por eso la cuestión se centre con criterios de muy diversa amplitud, aunque en todos subyace, posiblemente, la convicción de la imposibilidad práctica de una defensa individual y privada: Así, la amplísima aspiración a una reforma integral de las concepciones políticas y sociales que pretende, unas veces, instaurar una «ética sin fronteras» (5), y otras, un cambio social sobre la base de «una más activa participación de los ciudadanos en el plano político» (6); o, en fin, con visión más reducida, la que parte de considerar que el objeto sobre el que incide el interés protegible es el bien mismo, el «ambiente», que es común a todos.

Más el «ambiente» resulta ser un bien indefinido, complejo e integrado de muchísimos factores; tantos que, ante el formidable desarrollo industrial y los avances de la técnica, acaso podría comprender cuantos recursos existen en el planeta —y quién sabe si fuera de él— pero que se influyen recíprocamente constituyendo un sistema en equilibrio, cuya alteración puede dañar lo que, en ocasiones, se ha llamado «orden público ecológico» (7), e incluso el «orden público

(3) Hans FISCHEROFF, *Técnica y Jurisprudencia*, Universitas, vol. VIII, 1970, pág. 53.

(4) Debo consignar aquí que encuentro una alusión a los «valores esenciales de la Constitución», que aconsejan inclinarse más por la tranquilidad y salud de la persona que por las exigencias seductoras de la industrialización «a todo precio y riesgo», en el buen trabajo de M. ALONSO PÉREZ, *Las relaciones de vecindad*, conferencia, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», t. XXIII, pág. 74, nota 79.

(5) Vid. PECCIEI, *Quale futuro?*, Milano, 1974, pág. 75.

(6) Vid. DI GIOVANE-SQUILLANTE, *Ambiente e potere*, Milano, 1975, pág. 100.

(7) M. PICARD, *La notion de police administrative*, Paris, 1978.

de la naturaleza» (8), expresiones que, en realidad, puede que no logren cosa distinta que añadir apellidos a esa noción que ha sido calificada de «ilimitada» e «indefinida en sí misma» (9).

Desde otro punto de vista, no parece fácil una concepción unitaria del «ambiente» como objeto protegible, al menos en sentido jurídico. Porque el «ambiente», en cuanto circunda y condiciona la vida de la persona, comprende intereses variadísimos, que exigen muy dispares formas de protección jurídica. Habría que pensar, acaso, en ese concepto de procedencia germánica, de amplísimo contenido y no poca indeterminación, que son los «bienes de la vida» (*Lebensgüter*), que pienso pueden convertirse en «bienes jurídicos» sólo a través de que los asuma el Ordenamiento, mediante un reconocimiento puramente abstracto; y aún así, sólo se materializan como atribución a un sujeto determinado por medio de las consecuencias de la violación, en un aspecto concreto, del precepto fundamental que los reconoce; o, posiblemente, a través de los llamados «efectos reflejos», porque benefician indirectamente la esfera jurídica de sujetos determinados, pero sin atribuir un verdadero derecho subjetivo.

La dificultad de concebir el ambiente como «objeto jurídico» ha sido también observada desde el campo del Derecho administrativo, para concluir que las normas que quieran disciplinar los problemas del ambiente no pueden ser más que sectoriales (10), e incluso que la planificación territorial, que intenta armonizar y coordinar intereses diversos, no es fuente de protección de bienes jurídicos, si carecen de reconocimiento en otras normas, lo que no hace más que confirmar «la indeterminación del interés ambiental» (11).

Sin embargo, a veces se ha hecho directa alusión al ambiente —más en concreto, al «entorno»— encuadrándolo en fórmulas muy amplias e imprecisas: En Francia, el «environnement» ha sido definido como «conjunto, en un momento dado, de agentes físicos y químicos, biológicos y factores sociales susceptibles de tener un efecto directo o indirecto, inmediato o a término, sobre los seres vivientes y las actividades humanas» (12), lo que al incluir, además, los «factores sociales», puede comprender —y así hay quien lo ha observado, no sé si con cierta ironía— desde las enseñanzas o los transportes, hasta los medios de comunicación, la gastronomía y la sexualidad (13).

(8) M. PRIEUR, *La pollution atmosferique*, en *Droit et economie de l'environnement*, 1975, pág. 5.

(9) D. TALLÓN, *Considérations sur la notion d'ordre public en Droit français et en Droit anglais*, en *Mélanges Savatier*, 1963, pág. 883. Vid., también, FRANCIS CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, París, 1981, páginas 19 y ss.

(10) Así, GIANNINI, «Ambiente»: *Saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, en *Riv. Trim. Dir. Pubblico*, 1973, I, pág. 22. Vid. sobre este tema, MARTÍN MATEO, *Derecho ambiental*, Madrid, 1977.

(11) Así, TORREGROSA, *Profili della tutela dell'ambiente*, en *Riv. Trim. Dir. e Proced. civile*, 1980, pág. 1338.

(12) Conseil international de la langue française. Cit. por TERNISSIEU, *Environnement et nuisances. Précis général des nuisances*, París, 1971.

(13) Así, LAMARQUE, *Droit de la protection de la nature et de l'environnement*, París, 1973, pág. 15.

Ello justifica que concepto tan amplio trate de reducirse a la sola realidad material y sensible, pero compartimentada en aspectos diferentes: Como equilibrio de elementos naturales, que se entiende beneficioso o indispensable a la salud humana; como conformación que se considera útil a los fines de goce estético, o a la investigación científica o histórica; o como dimensión espacial, sede de la actividad de la persona, comprendiendo las obras destinadas a la utilidad del hombre. Lo que permite hablar de «bienes ambientales», de «bienes culturales» y de «urbanismo» (14).

Así, en estricto sentido, los «bienes ambientales» que integran la primera categoría, se han ido delimitando sobre la base de valorar y tomar en consideración su utilidad, y como consecuencia, al mismo tiempo, crear una exigencia de conservación, para que se mantenga el modo de ser —o, si se quiere, el modo de vida— de los destinatarios del disfrute, como personas humanas. Pero, todavía, el concepto de «ambiente» se va reduciendo a dimensiones espaciales-territoriales en las que se desarrolla la vida asociada del hombre (como son la habitación, el lugar de trabajo, las escuelas...), por lo que la agresión que produce una perturbación del equilibrio de los elementos naturales, originando un perjuicio, o creando peligro de que éste se produzca, envuelve al mismo tiempo y uniformemente a todos aquellos que viven, habitan, trabajan o estudian en su radio de acción: A cada persona, considerada en sí misma y en su vida de relación (15), y por supuesto, las cosas.

La expresa alusión a los «bienes ambientales», que afectan a cuantos desenvuelven su vida de relación en el radio de influencia a que la perturbación alcanza, o sea, a las «colectividades», da lugar a los puntos de vista desde los que se enfoca el problema, y también a los puntos de conexión de intereses contrarios, que parecen explicar, por uno u otro camino, el escepticismo acerca de la eficacia de los medios de protección que el Derecho civil pueda ofrecer para la prevención del daño a las personas o a las cosas, por entender que protege solamente frente al daño *causado ya*, reparable a través de la tutela aquiliana, y ello mediante adaptaciones más o menos convenientes del concepto de la culpa.

En nuestra doctrina se ha escrito que «los bienes ambientales determinan la característica de un lugar», por lo que «el medio ambiente se considera hoy tutelado fundamentalmente por la Administración, en cuyo plano los particulares sólo pueden pedir que la Administración adopte las medidas necesarias», en cuanto interesados, sin perjuicio de que el medio ambiente «objeto de una especial valoración, constituye parte integrante de los bienes de la naturaleza, y por consiguiente, *objeto específico* de los derechos de uso, goce y disfrute». Es decir —parece— que objeto específico de derechos subjetivos sobre cosas, que lleva a la conclusión de que «cada propietario tutelaré su propio medio

(14) GIANNINI, cit. antes, págs. 15 16 23 y ss.

(15) En ese sentido, CORASANITI, *La tutela degli interessi diffusi davanti il giudice ordinario*, Riv. Dir. Civile, 1978, pág. 194 ss.

ambiente», salvo que «si el deterioro se proyecta sobre la zona entera, y procede de una causa externa al bien considerado, estando organizada en una comunidad de intereses, las medidas a adoptar deberán engarzarse en las relaciones internas de tal comunidad», «siempre que el medio ambiente forme parte de las características de la zona» (16).

Con ello, parece apuntarse a que la legitimación individualizada de cada persona para defender «su propio medio ambiente», puede quedar diluida en (o excluida por) esa «comunidad de intereses», en cuyas relaciones internas debe engarzarse. Lo que insinúa el tema de la legitimación para obtener la tutela preventiva y privada de los llamados «intereses difusos», o «colectivos», concepto que todavía no parece completamente delimitado (17). Porque tanto puede referirse a intereses que, por estar ligados, los representa una entidad de Derecho público (regional, municipal o profesional), o una asociación privada, que sustraen la protección al poder dispositivo del sujeto aislado. O colectividades no organizadas, pero que tienen como centro de referencia un bien jurídico que interesa a cada uno de los que integran esa colectividad (por ejemplo, una cierta «Asociación de propietarios perjudicados por los Humos Industriales» que aparece significativamente, como parte, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1980).

En este tema de lo «individual» y lo «colectivo» otros puntos de vista se han utilizado, a propósito de los llamados «derechos del hombre», señalándose como criterios diferenciales, unas veces el *modo de ejercicio*, siendo colectivos los derechos que sólo pueden ejercitarse si varias personas se conciertan para utilizar juntas y en el mismo sentido el derecho que corresponde a cada una de ellas (y se cita como ejemplo el derecho a sindicarse); otras veces, se alude al sujeto pasivo, en cuanto se consideran como derechos que se ejercitan *frente a la colectividad*, que debe garantizar, por ejemplo, el derecho a la salud o al empleo; o por razón de la *titularidad*, según correspondan a cada persona o a las colectividades organizadas en las que se integra (18).

Esto explica, posiblemente, la dificultad que en el ámbito privado encuentra la protección jurisdiccional preventiva del daño por alteraciones ambientales, al no concretarse la necesaria delimitación del objeto, ni ser las pretensiones referibles a un solo sujeto. De manera que dentro del marco ideológico liberal del Código civil, dirigido a la protección de derechos subjetivos, la protección del «medio ambiente» parece encontrar el obstáculo de que no encajan claramente los conceptos de titularidad y legitimación, ni incluso las situaciones tutelables son previamente delimitables sin una clara referencia a un concreto derecho subjetivo lesionado.

(16) Díez PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, 1978, página 163.

(17) Vid. CONSTANTINO, *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile*. Con otros autores, en *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Padova, 1976, y TORREGROSA, loc. cit., págs. 1397 y ss.

(18) Jen RIVERO, *Les droits de l'homme. Droits collectifs ou droits individuels*, en *Actes du Colloque de Strasbourg*, 13 et 14 Mars 1980. *Rapport général introductifs*, págs. 17 y ss.

Y no sólo explica, sino que parece justificar también: La exclusiva de la Administración, representando el interés público, para la tutela preventiva de esos «bienes ambientales»; la utilización de la tutela aquiliana, como único medio privado de protección de la persona frente al daño que individualmente haya sufrido ya por las agresiones de otro al «propio medio ambiente», y la referencia a la propiedad de las cosas como concreción de la titularidad sobre un objeto determinado.

Porque el Código civil tiende a la protección de situaciones típicas formalmente individuales, y además, literalmente, sólo alcanza a los derechos absolutos y en situaciones muy concretas («a fin de evitar todo el daño a las heredades y edificios vecinos» —dice el artículo 590 del Código civil—), para proteger frente a toda lesión que pueda causar una ingerencia no justificada por el Ordenamiento, que produzca alteración de las cosas en propiedad, o de los bienes físicos de la persona. Y así la acción de responsabilidad aquiliana completa el cuadro, porque viene a ser el instrumento que protege aquellas situaciones de poder privilegiado, en exclusiva, sobre las cosas, aunque se extienda también a los daños a la persona, físicos y morales, y en una reconsideración de la responsabilidad civil haya llegado a comprender casos en los que se protegen situaciones que no pueden ser consideradas verdaderos derechos subjetivos, y precisamente frente al ejercicio abusivo de verdaderas facultades o derechos subjetivos; lo que mediante una elaboración jurisprudencial progresiva, plasmó en el párrafo segundo del artículo 7.º del Código civil.

De manera que, en definitiva, hoy la lesión de un *bien*, a efectos de la acción indemnizatoria, no ha de coincidir necesariamente con la lesión de un derecho subjetivo, siempre que la acción perjudique un interés legítimo que no goce de «una especial prerrogativa jurídica», según la terminología jurisprudencial. Por otra parte, la Constitución española reconoce expresamente, en el artículo 24, para todos los ciudadanos, el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e *intereses legítimos*.

— II —

La preocupación estatal por la protección preventiva del ambiente se manifiesta en la cada vez más numerosa elaboración de normas administrativas, casi siempre dispersas y de carácter sectorial (19), sin duda en cumplimiento del deber de proteger a los ciudadanos. Acaso,

(19) Ley 22 Diciembre 1972, de «protección del ambiente atmosférico»; D. 6 febrero 1975; Ley 19 noviembre 1975; Ley del Suelo, art. 236, y O. 22 diciembre 1959 —rectificada en 2 febrero 1960— sobre «protección de radiaciones iónicas»; Reglamento de «Actividades molestas, insalubres y peligrosas», D. 30 noviembre y O. marzo 1963. Sobre sanidad Pública, R. D. 12 enero 1904; R. D. 12 octubre 1910, R. O. 3 enero 1923, R. D. 9 febrero 1925..., etc. Sobre instalaciones nucleares y radioactivas, D. 21 junio 1972 y Acuerdo 19 noviembre 1974 con el Organismo Internacional de Energía Atómica —B. O. 2 enero 1975—; sobre «Desechos y residuos sólidos»..., etc.

en principio, frente a los grandes poderes, no siempre controlados, de los grupos industriales y empresas, que imponen sus propios intereses y fines lucrativos, invocando con frecuencia el nombre del Progreso; expresión ésta, también utilizada con la misma o mayor frecuencia, no ya para designar un «ir hacia adelante», como simple fenómeno, sino para expresar juicios de valor sobre las conductas en el plano socio-político. Y el hecho es que entre «Progreso» y «progresismo» en la valoración de intereses, la protección estatal se manifiesta en que la Administración establece limitaciones, concede licencias, etc., de acuerdo con múltiples exigencias y en el marco de los vertiginosos avances de la industria, en función de la protección preventiva de intereses generales.

Mas con ello, el Estado crea lo que podríamos llamar «valores legales», de prevención genérica, que no siempre cubren las situaciones colectivas, ni menos las individuales. Y es que si la prevención del daño a las personas y a las cosas y la represión de las actividades dañosas se proyecta al «ambiente», como *objeto* de la protección, en cuanto bien colectivo exclusivamente (aunque sea en función de la persona), parece lógico concluir que prevención y represión no incumben al Derecho civil, por ser materia pública, administrativa y penal.

Planteamiento distinto, pero compatible y complementario, puede ser, a mi juicio, apuntar directamente a la protección *de la persona*, lo que supone una visión del problema de la tutela preventiva del daño al sujeto individual desde un ángulo diferente, cual es la posición actual del sujeto individualizado respecto a esos «bienes ambientales», cuyo equilibrio —natural o artificialmente logrado— si se rompe por la acción humana (polución del agua, del aire, ruidos, abuso de la publicidad estentórea, incluso lo que alguien denominó en Francia, muy expresivamente, «matraquage musical», etc.), produciendo un daño inmediatamente valorable, dará lugar a la acción de reparación, pero también debe procurar la protección del interés legítimo en la prevención del daño previsible. Punto éste que exige, con toda evidencia, establecer la delicada, pero imprescindible, conexión entre la acción humana y la previsibilidad del daño resultante a las personas o a las cosas. Previsión derivada en la opinión social, de la alteración que la acción produce en el medio físico, natural o artificial en el que el sujeto desarrolla su personalidad (aunque se tenga muy en cuenta que no toda alteración del medio ha de ser dañosa, necesariamente).

Sucede así que si la acción humana, alterando el medio, crea la probabilidad de un daño resultante y previsible (por ejemplo, si no nos deja descansar, o infecta nuestros pulmones) es, en sí misma, una «actividad peligrosa» (o «nociva», o «molesta»), categorías que aún teniendo un reconocimiento en la Ley («peligrosas» y «nocivas» son expresiones que empleaba ya el artículo 590 del Código civil) y, por tanto, un significado jurídico, no son más que nociones relativas, cuyo contenido no puede definirse sino en relación a una conducta humana, activa u omisiva, tomando en consideración todas las circunstancias del

(20) Jean RIVERO; loc. cit.

caso concreto. Lo que no impide, sin embargo, que en la conciencia social exista una especie de noción apriorística de «cosas y acciones peligrosas»: Acaso, aquellas que aún empleadas de acuerdo a su propio fin, o si se quiere de modo normal, se piensa que pueden crear para terceras personas peligros más posibles y probables, según la experiencia, que los que, también normalmente y según la experiencia, pueden esperarse de otras cosas o acciones de distinta naturaleza. Lo que, respecto a las cosas, puede derivar de sus específicas cualidades, de su particular estructura, de su situación, y de la liberación de las energías que acumulen, cuya descarga puede ser provocada y regulada por el hombre.

Esta posibilidad de regulación por el hombre conduce —pienso— a dos resultados: Uno es que la distinción entre una «acción humana peligrosa» y una «cosa peligrosa», en orden a la prevención del daño, puede no ser esencial si todo habrá de reducirse a la posibilidad de control por aquel que las utiliza, y a las medidas suficientes o insuficientes que adopte, en relación a las que puedan y deban adoptarse en cada caso. Con lo que se llega por ese camino, si el daño se produce, a una valoración de la conducta humana utilizando el instrumento jurídico de la culpa. El otro resultado al que antes me refería es de pura observación de la realidad, pues no parece dudoso que las medidas preventivas exigidas administrativamente, sobre bases técnicas, pero en abstracto y genéricamente, aún siendo absolutamente necesarias para el interés público, pueden dejar sin protección, en muchos casos concretos, legítimos intereses privados que están expresamente reconocidos a la persona (protección de la salud, conservación de la naturaleza para su disfrute adecuado...), aunque su protección se confíe, en principio, a los poderes públicos.

La posible y real insuficiencia de las prevenciones adoptadas por la Administración puede proceder, posiblemente, de que en las limitaciones y condicionamientos que impone valora los intereses de la colectividad organizada; pero hay el otro plano, que se proyecta en el ámbito particular y privado, por ser una exigencia vital que tenemos todos, y que en cada uno engendra, sin embargo, una posición jurídica diferenciada, aunque pueda referirse del mismo modo a un número más o menos concreto y generalizado de personas.

Por otra parte, es cierto que cada día con mayor intensidad se amplía la actuación sectorial de la Administración por medio de Reglamentos que, tendiendo a proteger a la colectividad, protegen también el interés individual. Pero no parece menos cierto —y hay quien lo ha observado agudamente— que su protección está afectada por un «coeficiente de relatividad», ya que las normas reglamentarias se determinan en función de los medios y de las prioridades, que dan la medida en la cual entiende —o se entiende— por la Administración que pueden ser satisfechos esos intereses.

Se crean así prioridades que resultan de la valoración de intereses «objetivamente antagonistas» (21) y confluyentes, que obligan a de-

(21) Así РОДОТА, *Introduzione, a La responsabilità dell'impresa per i danni*

finir los límites de preeminencia del interés del sujeto privado respecto al interés general de las actividades productivas.

Esta realidad aflora claramente en el Código civil italiano de 1942 (fecha significativa), cuando en materia de inmisiones de humos, ruidos, olores, etc., además de fijar el límite de la *tolerabilidad*, manda a los jueces contemperar las razones de la propiedad con las exigencias de la producción, pudiendo tener en cuenta las prioridades de un determinado uso (art. 844). Y, con una elasticidad y ambigüedad casi indescriptibles, en nuestro Reglamento de 30 de noviembre de 1961 se manda —art. 5— que para hacer la calificación de una industria como molesta, insalubre, nociva o peligrosa, «aun sin merma de la comodidad de los vecinos, *no se pongan excesivas trabas* al ejercicio de las industrias...». Lo que da margen, posiblemente, para que observadas las *trabas*, o límites (por cierto, no excesivas) impuestas por la Administración, se esté produciendo una concreta amenaza de daño, materialmente injusto, a terceros, tras el parapeto de la licitud del acto que lo causa, según las normas administrativas. (Cabe recordar las licencias municipales de ocupación de la vía pública por establecimientos de bar o cafeterías, con sus terrazas, que acumulando centenares de personas hasta altas horas de la madrugada, hacen imposible el descanso nocturno a los vecinos, creando a veces verdaderos estados de tensión ante la imposibilidad del reposo indispensable).

Y así cabe preguntarse si las disposiciones administrativas, que se dirigen a la prevención y control de las actividades contaminantes y perturbadoras de los núcleos sociales excluyen, o no, la defensa individualizada del sujeto en vía preventiva ante la jurisdicción civil ordinaria, cuando la actividad se mantiene dentro de los límites o baremos fijados por la Administración, pues de ser así quedan a la persona dos posibilidades: Excitar la actividad administrativa (que no tendrá resultado mientras no haya infracción del reglamento vigente u ordenanza en vigor) o presionarla en forma masiva o de grupo, que es fenómeno de todos los días (y basta recordar la actuación de las asociaciones de vecinos). En cualquier caso, podemos preguntarnos si la jurisdicción ordinaria queda vinculada por las limitaciones que la Administración haya fijado al perturbador, al decidir unilateralmente sobre lo que es «tolerable», sin duda, considerando esas prioridades sobre los intereses en conflicto.

La duda aparece con la lectura de las propias disposiciones administrativas: Sin ir más lejos, en el artículo 236 de la Ley del Suelo, se legitima exclusivamente a «los propietarios y titulares de derechos reales...», y sólo para exigir ante los tribunales ordinarios la «demolición de pozos, cisternas o fosas...» que vulneren lo estatuido sobre distancias en las construcciones, y «para exigir la aplicación de las disposiciones relativas a usos incómodos, insalubres y peligrosos»; en el artículo 2 de la Ley de 22 de abril de 1972, sobre «protección del am-

all'ambiente e ai consumatori, Milano, 1978, págs. 19-20: Afirma que las exigencias de la tutela del derecho a la salud deben medirse con las razones de un interés «objetivamente antagónico», cual es el del empresario.

biente atmosférico», parece dejarse exclusivamente en manos de la Administración las medidas preventivas que «fijan niveles de inmisión», y sin que puedan ser denegadas las licencias o autorizaciones por razones de protección del ambiente atmosférico «cuando se respeten los niveles de inmisión establecidos, y los de emisión que les sean aplicables» (arts. 3 y 4). Ciertamente que, a cambio, se establecen sanciones para los infractores, sin perjuicio de las responsabilidades civiles (y penales) «en su caso» —art. 12—, pero partiendo de la infracción sancionada previamente por la Administración, que pueden —como sabemos— haber sido puestos «sin excesivas trabas» para el ejercicio de las industrias.

De aquí que la prevención del daño a las personas o a las cosas, por las alteraciones del ambiente aparezca, de hecho, como «desprivatizada». La situación, a mi juicio, no se explica solamente por la frecuente tendencia —ya en retroceso en las modernas corrientes del pensamiento— (22) a sustituir el fenómeno de «interpenetración» necesaria de la esfera pública y la privada, por el de absorción de la esfera privada de la persona en el área de intervención del Estado, sino también porque el Código civil dedica, en el Título de las Servidumbres, y bajo la rúbrica «De las distancias y obras intermedias para algunas construcciones y plantaciones», un solo precepto, el del artículo 590, que crea limitaciones dirigidas a prevenir conflictos que podían surgir, en su época, entre propietarios. Ciertamente que no podían prever los legisladores de 1889 las incomodidades y perturbaciones creadas hoy por el desarrollo industrial; pero cierto también que en su redacción se da margen para una interpretación más flexible y práctica de lo que a primera vista pueda parecer, y que ha iniciado ya nuestra Jurisprudencia.

Por otra parte, la parquedad de tal regulación del Código contrasta con el hecho de que el fenómeno de la defensa del ambiente, desde el punto de vista del interés general, no es sólo un problema de interés público nacional, sino que los problemas suelen ser los mismos en todas las naciones, y en la mayor parte de los casos «la contaminación no reconoce fronteras», hecho que justifica el que la Comunidad Europea haya fijado objetivos para ayudar «a hacer de Europa un continente en el que resulte más sano y agradable vivir» (23), siendo forzosa una reacción conjunta (24), ante lo que el sujeto individual es inoperante.

(22) Vid. COTTA, *La dimensione sociale nell'alternativa tra il pubblico e il privato*, en *Riv. Dir. Civile*, marzo-aprile, 1980, págs. 121 y ss.

(23) *La Comunidad Europea hoy*, monografía, junio 1982, pág. 20, Comisión de las Comunidades Europeas.

(24) Guido GONELLA, vicepresidente del Parlamento Europeo, en *Studi dedicati ai problemi dell'ambiente*, Note introduttiva (Ricerca diretta dal Prof. Gustavo VIGNOCCHI) en *Arch. Giurid. F. Serafini*, 1982, págs. 249 y ss. Y en el mismo lugar, GORDINI, *La tutela dell'ambiente nella Comunità Europea. Aspetti giuridici*, págs. 209 y ss., y S. ERCMAN, *L'activité du Conseil de l'Europe dans le domaine du Droit d'environnement*, loc. cit., pág. 673. También ANGULO RODRÍGUEZ, *El Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1974, págs. 921 y ss.

Más desde nuestro punto de vista, mucho más limitado (que es la prevención del daño, mediante la petición de medidas judiciales en la jurisdicción ordinaria, frente a la actividad perturbadora amenazante), la cuestión se reduce, en el plano teórico-práctico inmediato, a una concreta localización, con la posibilidad de utilización de los medios que las normas civiles ofrecen para defender el «propio medio ambiente», sin perjuicio de que las normas de prevención en interés público hayan sido confiadas a la autoridad administrativa, pues estas normas pueden desconocer, y de hecho desconocen, el interés individual y privado, como parece derivarse de algunas de ellas: Así el artículo 15 de la Ley de Protección del ambiente atmosférico, que reserva la determinación de las medidas de corrección que se hayan de imponer a cualquiera de los focos emisores, a la exclusiva competencia de la Administración, y sólo revisables en la jurisdicción contencioso-administrativa, contemplando los problemas de la prevención del daño amenazante desde el solo ángulo visual del interés público.

— III —

Una brevísima alusión al Derecho extranjero nos dará acerca del planteamiento del problema, el siguiente resultado:

En la República Federal de Alemania, el punto de partida estaba en el § 906 del BGB, en el que se dispone que el propietario de un fundo no puede prohibir las inmisiones de gas, vapores, olores, humos, calor, sacudidas, etc., provenientes de otro fundo, si no provocan daños, provocan un daño no importante, o son usuales en el lugar donde se verifican. Lo que a partir de 1960 (Ley de 22 de diciembre de 1959, en vigor en 1 de junio de 1960) se modificó en el sentido de considerar tolerables sólo las inmisiones no evitables adoptando las medidas adecuadas, y en todo caso estableciendo el derecho a indemnización cuando las perturbaciones impidan la utilización normal del fundo o reduzcan su productividad (§ 906-II). Más tarde, partiendo de que la conservación del ambiente es presupuesto necesario para el desarrollo de la personalidad, la doctrina entendió que las alteraciones dañosas del ambiente suponen la violación de un derecho de la personalidad, que en cuanto tiene un carácter absoluto, le es aplicable el § 1.004 del BGB, protección preventiva o inhibitoria, que aunque el precepto la refiere literalmente al derecho de propiedad, puede también aplicarse a los derechos de la personalidad (25).

Pero la Ley Federal de 1 de abril de 1974, sobre protección del ambiente, señaló como bienes protegibles, frente a «importantes daños y molestias», a las personas, animales, plantas y «otras cosas», con lo que se planteó el problema de hasta qué punto, al entrar la protección en su sentido más amplio, en el ámbito del Derecho público, podía aplicarse ya el artículo 906 del BGB, ya que éste se refiere a la pro-

(25) Así, FORKEL, *Inmissionsschutz und Persönlichkeitsrechte*, Köln-Berlin-Bonn. München, 1968.

tección de derechos individuales frente a las inmisiones, ofreciendo variadas dificultades prácticas. Mas la doctrina reciente considera que la Jurisprudencia, a través del § 906 ha penetrado en el Código civil, que la defensa individual es siempre posible, y que del conjunto de soluciones a los casos individuales puede, en determinadas circunstancias, lograrse una efectiva protección del medio ambiente, en interés general. Por último que, aún pudiendo apoyarse la demanda de medidas para excluir la inmisión en otros preceptos del código (singularmente en los artículos 862 y 1.004), el más amplio círculo de bienes jurídicos afectados por las perturbaciones del medio ambiente sigue siendo perfectamente defendible en el marco del Derecho privado, de acuerdo con el artículo 906 (26).

En Francia, se ha destacado el gran número de disposiciones administrativas que tienden a la protección del ambiente, legislación cuyas características han sido fijadas, incluso, señalando tres rasgos principales: Su *proliferación*, su *sedimentación* y su *parcelación* (27), lo que en materia de entorno o ambiente, ha revestido un carácter tan acentuado en cuanto a *proliferación*, que algún autor ha hablado de verdadera «pollution réglementaire» (28), singularmente a partir del año 1975.

Sin embargo, los daños por alteraciones del ambiente ha encontrado su campo de natural desarrollo en el área de las llamadas «relaciones de vecindad», basadas en el principio de «no dañarse y soportarse», según expresión de Carbonnier (29), cuya ordenación evoluciona, desde concebirse en un sentido estricto, como relaciones *entre fundos*, a una concepción más amplia, como relaciones entre personas, independientemente de su condición de propietarios (30), lo que conduce los problemas al área de la responsabilidad civil por perturbaciones de vecindad. Así, se encajan los daños por perturbaciones ambientales, sobre la base de una elaboración jurisprudencial amplia y progresiva, que abandonó el concepto de «vecindad», referido a propietarios de fincas «contiguas», para centrarlo en cualquier situación estable de la persona que la exponga a los daños. De manera que la cualidad de vecino, en la práctica, se reduce a una situación de puro hecho, sin una necesaria conexión con la cualidad de propietario. Dato que resulta deducido de la construcción jurisprudencial, que la doctrina ha señalado (31).

(26) Hay amplia indicación bibliográfica y jurisprudencial sobre el tema en el comentario de SÄCKER (Franz Jürgen) al § 96 del BGB, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 4. Sachenrecht* (§§ 854-1296), págs. 484 y ss. En cuanto a lo demás, que aquí se recoge, págs. 448-5 y 6.

(27) CABALLERO, Francis, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Paris, 1981, pág. 25.

(28) CHARBONNEAU-S., *L'Etat et le droit de l'environnement*, en *Revue Esprit*, Octubre 1976 (tomo la citada literalmente de CABALLERO, nota anterior).

(29) CARBONNIER, *Les biens*, 8.º edit., 1975, núm. 58: «Ne pas nuire et se supporter».

(30) BLAISE, *Responsabilité et obligations coutumières dans les rapports du voisinage*, en *Revue Trim. Droit Civil*, 1965, 261, núm. 43.

(31) Entre otros, SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en Droit français*, t. I, núm. 70, MARTY et RAYNAUD, *Droit Civil. Les obligations*, t. II, núm. 462.

La independencia de la cualidad de vecino respecto a la de propietario se refiere, tanto al perturbador, como al que sufre el daño: El arrendatario, el poseedor, el usufructuario... pueden estar, sin ser propietarios de inmuebles, en tales situaciones. Y como hoy son enormes las posibilidades de propagación de humos, ruidos, olores, etc., en extensiones muy grandes, tal y como señala un autor francés (32), el «trouble de voisinage», en sentido estricto, se ha convertido en «trouble d'environnement».

En Italia, se manifiesta claramente la tendencia, cada vez más acentuada, ante la realidad de la insuficiencia de las medidas preventivas de la Administración, a la utilización de instrumentos puramente privatísticos, además de influir la exigencia teórico-práctica de colocar a cada sujeto en una posición autónoma en el área del sistema de protección, ofreciéndole la posibilidad de utilizar los medios de defensa para la conservación de un bien que afecta en todo momento a su existencia y al desenvolvimiento de su personalidad, agregando que de ello puede derivar una eficaz tutela para los intereses de la colectividad (33).

En general, la doctrina parece discurrir sobre el análisis del artículo 844 del Codice, mediante una interpretación amplia, adaptando las normas sobre responsabilidad civil y prescindiendo de la atribución de verdaderos derechos subjetivos al ambiente. A veces, en relación con el «derecho a la salud», reconocido constitucionalmente, y mediante un examen minucioso de una muy abundante jurisprudencia, se invocan los preceptos constitucionales, no como *fuerza*, sino como *fundamento* de la protección. La conclusión práctica a la que parece llegar la doctrina más reciente es la de que es posible la utilización de la acción de cesación, o inhibitoria, e incluso de las acciones de tutela provisional, o interdictales (34).

En USA, el problema se ha planteado desde el punto de vista de las agrupaciones de interesados, con una técnica procesal que, prescindiendo de una verdadera organización del grupo, se basa únicamente en una multiplicidad de interesados. Es la técnica de las «class actions», instrumento procesal que ofrece a la parte la posibilidad de hacer valer en juicio, cuando concurren determinados presupuestos, no sólo el derecho propio, sino también el de otros muchos sujetos, sin que sean parte en el juicio de un modo formal, aunque la eficacia de la sentencia se extiende a todos los interesados. La dificultad práctica que se señala está en las limitaciones impuestas, dada la cuantía mínima que

(32) NICOLAS, *La protection du voisinage*, en *Rev. Trim. Droit Civil*, 1976.

(33) Así, PATTI, S., *Ambiente (Tutela civilistica)* en *Dizionario del Diritto privato IRTI*, 1980.

(34) Además del anteriormente citado, vid. TORREGROSA, ob. cit.; DI GIOVANNI, *Strumenti privatistici e tutela dell'ambiente*, CEDAM, 1982; CUTRUPA, *Responsabilità civile da inquinamento dell'ambiente e copertura del rischio relativo*, Relazione al terzo Congreso Internacional de l'Associazione giuristi Italia-USA, svoltosi a Trieste e a Grado l'8 e il 9 maggio 1981, en *Giustizia Civile*, II, 1982, págs. 95 a 106; VISINTINI, *Il divieto de immissioni e il diritto a la salute nella giurisprudenza odierna e nei rapporti con le recenti leggi ecologiche*, en *Riv. Dir. Civile*, II, 1980, págs. 249 y ss.; TUCCI, *Il danno ingiusto*, Napoli, 1970.

se exige, y la frecuente dificultad de que se dé una pluralidad de daños individuales análogos (35).

Se observa que, partiendo del criterio jurisprudencial de aplicar los principios del «common law», parece que el control de las actividades contaminantes por medio de instrumentos de derecho privado tiene un papel marginal en el ámbito de los programas de protección del ambiente, pero se señala también la tendencia, que cada vez tiene mayor predicamento, de los que consideran que las reglas de Derecho privado son un útil instrumento de defensa de los valores ecológicos (36)

— IV —

Con estos antecedentes, es preciso aludir ya a la posición adoptada por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, cuando ha tenido que enfrentarse con el tema de los daños producidos a las personas o a las cosas por alteraciones del medio ambiental. De modo general, nuestro Tribunal Supremo ha acudido al instrumento de la responsabilidad civil aquiliana, sobre la base de una progresiva interpretación de los artículos 1.902 y siguientes del Código civil, y a una adaptación del concepto de la culpa que va, desde un estricto concepto subjetivo, hasta hacer valoraciones de «culpa objetiva», y de «creación del riesgo», en concretos supuestos de daños por inmisiones. Con ello se trata de hacer posible la aplicabilidad de los apartados 2.º y 4.º del artículo 1.908 que tratan, como es sabido, de la responsabilidad de los propietarios «por los humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades», y por «las emanaciones de cloacas o depósitos de materiales infectantes, construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuvieren». Aunque en alguna sentencia aparenta sostener un criterio literal y restrictivo (como en la sentencia de 28 de junio de 1979, Considerando 2.º), en realidad la *ratio decidendi* fue la falta de prueba de la relación de causalidad, y en otras adopta claramente el criterio de una interpretación extensiva del artículo 1.908 (caso de la Sentencia de 14 de julio de 1982).

De un breve repaso a los criterios jurisprudenciales, creo que pueden extraerse algunas conclusiones: La primera es la afirmación de que no es prueba de la diligencia que exonera de responsabilidad el mero cumplimiento de las disposiciones reglamentarias (Sentencias de 25 de marzo de 1954, 30 de junio de 1959 y 11 de mayo de 1971); la segunda consiste en que tales disposiciones no bastan para exonerar de responsabilidad cuando las garantías para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revelando su ineficacia respecto al fin perseguido (Sentencias de 5 de abril de 1963 y 2 de febrero de 1976).

(35) ZANUTTIGH, *Processo e tutela dell'ambiente nell'esperienza nord-americana*, en *La tutela degli interessi diffusi nel Diritto comparato*, Milano, 1976, páginas 248 y ss., y en *Riv. Dir. Civile*, 1976, págs. 227 y ss.

(36) Sobre el tema, vid. ALPA-BESONE, en *Riv. Dir. Commerciale*, 1974, Parte Prima, págs. 248 y ss. Y en *Riv. Diritto Civile*, 1976, págs. 227 y ss.

Tales criterios encierran importancia, porque revelan la conciencia de los juzgadores respecto a la insuficiencia que pueden tener, y tienen de hecho, las previsiones técnico-administrativas dirigidas a lograr una protección preventiva, genérica y abstracta, de las alteraciones del ambiente para evitar el daño a las personas o a las cosas.

Cierto que hay casos en los que invoca la falta de licencia administrativa como indudable negligencia del autor de daños en el ejercicio de una industria, pero lo hace porque tuvo «repercusión directa en el siniestro» (Sentencia de 8 de julio de 1982); o que exonera de responsabilidad aludiendo a que en la instalación de un cable de alta tensión no hubo infracción de los preceptos reglamentarios que eran aplicables, pero la razón en que la Sentencia se apoya para exonerar de responsabilidad a la empresa demandada no fue esa, sino «la conducta imprudente de los siniestrados».

Parece, por tanto, que nadie puede parapetarse tras las licencias administrativas y condicionamientos reglamentarios para causar daños o molestias sin responsabilidad, porque el resultado dañoso revela la insuficiencia de las medidas administrativas adoptadas.

Mas los anteriores criterios se han expresado en supuestos de daños «ya causados» por inmisiones, en aplicación del instrumento de la responsabilidad civil que, en ocasiones, se ha encontrado con el hecho de que ha sido puesta en duda la competencia de la jurisdicción ordinaria para ordenar medidas preventivas, cuando las disposiciones de la Administración no han sido suficientes para prevenir el daño *causado ya*, y evitar que el daño *se siga produciendo*.

En este punto es significativa, pero sobre todo esclarecedora, la Sentencia de 12 de diciembre de 1980, que en un supuesto de indemnización de perjuicios en la vegetación de una zona por humos industriales, polvo y gases, procedentes de una empresa eléctrica, que los expulsaba por sus chimeneas, tuvo ocasión de sentar criterios importantes. Mas lo que importa es que el Tribunal Supremo enmarcó el supuesto en el área de las «relaciones de vecindad», y consideró que, aún no conteniendo nuestro Código normas semejantes a la del artículo 844 del Código civil italiano y 1.346 del portugués, que acuden a los principios de *normalidad* y *tolerabilidad* de las molestias, se pueden, sin embargo, inducir de «una *adecuada* interpretación del artículo 1.902, y de la exigencia de una correcta vecindad y comportamiento, según los dictados de la buena fe, que se obtienen por *generalización analógica de los artículos 590 y 1.908*». Esta Sentencia introduce dos elementos ideológicos de importancia, cuales son la «adecuada» interpretación de los preceptos reguladores de la culpa aquiliana, y el de la «generalización analógica» de las normas limitativas del artículo 590, que la doctrina ya había sugerido. Además, la expresa referencia que hace al Reglamento de Actividades molestas y a la Ley sobre Desechos y Residuos sólidos como «simples pautas orientadoras».

Pero aún más importante me parece la afirmación que hace esta Sentencia de que «no obstante su interés para la economía nacional, el ejercicio de una industria debe desenvolverse en su funcionamiento

guardando el debido respeto a la propiedad ajena, pues no le autoriza para suprimir o menoscabar, sin el justo contravalor, los derechos de los particulares». Lo que supone, a mi juicio, la corrección posible, por parte de la jurisdicción ordinaria, de la valoración de intereses que la Administración haya hecho al fijar baremos y conceder licencias y autorizaciones. Lo que reafirma más adelante, con toda claridad, cuando afirma que el interés público no excluye la obligación de *evitar los daños, además de la indemnización*, «prescindiendo de toda idea de culpa, por tratarse de responsabilidad *con nota de objetiva*».

Todavía, esta importante Sentencia del Tribunal Supremo contiene otro elemento no menos significativo del esfuerzo de adaptación de las normas del Código civil a las necesidades actuales impuestas por el desarrollo industrial, pues declara también que el perjudicado puede reaccionar frente el deterioro *«instando la cesación de la actividad lesiva»*, a fin de evitar la prosecución del menoscabo patrimonial, pues la necesidad de poner término a la actividad dañosa ha de ser calificada efecto jurídico del agravio»; y singularmente que la protección de los derechos *«no se contrae exclusivamente* a la reparación de los perjuicios originados ya, sino que también ha de extenderse a las *medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones patrimoniales»*.

El Considerando 6.º de esta resolución de nuestro Tribunal Supremo adquiere también un valor singular, pues rechaza la alegación de que la Sentencia que imponía determinadas medidas técnicas de prevención invadía la jurisdicción correspondiente a la Administración pública, infringiendo la competencia positiva de ésta, atribuida por los artículos 15 y 1 de la Ley de 22 de diciembre de 1972, y también lo dispuesto sobre competencia de la jurisdicción ordinaria en los artículos 51 y 53-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La Sentencia rechaza tal alegación sobre la base de que la Ley citada atribuye a la Administración exclusiva competencia para determinar las medidas correctoras que se hayan de imponer a los focos emisores (lo que reiteran los artículos 1, 2 y 3 del Decreto de 6 de febrero de 1973), porque tales disposiciones aluden en locuciones de gran amplitud, a la defensa contra la contaminación atmosférica, pero refiriéndose en su preámbulo a «los estados generales de perturbación del medio ambiente, de clara referencia a intereses públicos, no equiparables a las lesiones que demandan, no sólo indemnización, sino también el remedio a la actividad que ocasiona el menoscabo». El Considerando concluye estableciendo que «una cosa es el permiso de instalación de una industria y la indicación de los elementos que deben ser acoplados para evitar daños y peligros, cometido propio de la Administración, y otra bien distinta que, cuando por no cumplir los requisitos ordenados, o porque los elementos empleados sean deficientes o adolezcan de insuficiencia, se produzca un daño a la propiedad de terceros y se siga un conflicto, su conocimiento compete a los órganos de la jurisdicción civil; citando, por último, la propia Jurisprudencia de la Sala (Sentencias de 1 de febrero de 1966, 8 de julio de 1968 y 5 de junio de 1976) en las que establece la doctrina de que la jurisdicción ordinaria es fuente o

raíz de todas las demás, y por ello tiene vis atractiva en los casos dudosos.

Sin embargo, la Sentencia sigue la dirección consistente en adoptar los criterios de normalidad y tolerabilidad de las molestias —como hemos visto— invocando preceptos del Derecho extranjero (lo que no ha dejado de fatigar la mente de los juristas en cuanto a la determinación de tales límites, y también en España en cuanto al uso «normal» de los derechos), pero en nuestro Código no existen en materia de relaciones de vecindad preceptos semejantes en los que apoyar esos criterios, y la Sentencia acude a otros, aún más evanescentes, como son los de «correcta vecindad» y «comportamiento conforme a los dictados de la buena fe», «aunque prescindiendo de toda idea de culpa por tratarse —dice— de responsabilidad con nota de objetiva», parece que a fin de hacer viable la aplicabilidad de los artículos 590 y 1.908, mediante una «generalización analógica».

Y es que hay que reconocer que el precepto del artículo 590 establece solamente limitaciones de la propiedad referidas a un elenco abierto de cosas y actividades, pero cuya relación con la amenaza de daño por perturbaciones ambientales (humos, polvo, ruidos, etc.) es manifiesta, siendo su fin evitar la *nocividad o peligrosidad*, con lo que liga así los conflictos de vecindad por inmisiones con la prevención frente a las perturbaciones ambientales, aunque literalmente se dirija el precepto «a evitar» todo daño a las heredades o edificios vecinos». Y como el artículo 1.908 atribuye responsabilidad a los propietarios de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia, sustancias explosivas, humos excesivos «nocivos a las *personas* o a las propiedades», el proceso interpretativo por «vía de generalización analógica» —según dice la Sentencia— conduce rápidamente, aunque por tortuosa vía, a entender que vecindad no es necesariamente contigüidad de *propiedades*, ya que como la responsabilidad se extiende por cuanto resulte nocivo «a las personas y a las propiedades», el evitar esos daños a «propiedades y heredades» —según la literalidad del artículo 590—, no puede dejar de extenderse a *evitar* también el daño a las personas.

Cierto que el propio artículo 590 exige para toda actividad que pueda ser perturbadora que «se ejecuten las obras de resguardo necesarias con sujeción a los reglamentos y en las condiciones que los mismos reglamentos prescriban», pero también dice que «a falta de reglamento se tomarán las precauciones necesarias, previo dictamen pericial», a fin de evitar el daño. Y parece que cuando las prevenciones reglamentarias adolezcan de *insuficiencia*, es que *faltan reglamentos para el caso concreto*, y produciéndose un conflicto entre particulares, el conocimiento compete a la jurisdicción civil, como ha declarado nuestro Tribunal Supremo, porque la observancia del reglamento es, como también ha declarado, simple «pauta orientadora» para el juzgador.

En resumen, la doctrina jurisprudencial expuesta supone, evidentemente, un esfuerzo de adaptación muy estimable; pero cabe observar —quizá por el carácter del caso planteado y resuelto— que la respon-

sabilidad civil se considera con referencia a un concreto derecho subjetivo absoluto, cual es el derecho de propiedad, y que las medidas de prevención se adoptan para excluir *la persistencia de un daño causado ya*; para evitar que se siga produciendo, lo que deja en pie el tema de la adopción de medidas que eviten la de otro modo inevitable producción (y no «reproducción») de los efectos dañosos, y también cuando la amenaza de daño se proyecte, no a un concreto derecho subjetivo, sino a la situación jurídica de la persona, a la esfera de sus intereses legítimos.

— V —

Un primer apoyo para la protección del interés privado, en vía preventiva y ante la jurisdicción civil, frente a las agresiones del ambiente realizadas tras el parapeto reglamentario, podíamos encontrarlo en la aplicación del límite del abuso del derecho, pero hoy lo encontramos también en los preceptos constitucionales, que mandan la tutela efectiva por los Jueces y Tribunales de los *intereses legítimos de toda persona*, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, lo que en abstracto reconoce expresamente el artículo 24-1 de la Constitución, pero que puede referirse en concreto al derecho a «la protección de la salud», que también reconoce expresamente el artículo 43-1, separadamente de la atribución a los poderes públicos de la competencia para «organizar y tutelar la salud pública», que hace el apartado 2 del propio artículo 43. También el artículo 45-1 atribuye «a todos» el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo; lo que —como en el precepto referido a la salud— no excluye que, en precepto aparte (párrafo 2) se atribuya a los poderes públicos, con base en la indispensable solidaridad colectiva, velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, dejando previstas sanciones administrativas y penales para los infractores, sin perjuicio de la obligación de reparar el daño causado (apartado 3).

De manera que, junto a la tutela confiada a los poderes públicos, que deberá proteger los intereses de la colectividad organizada, se reconoce también expresamente el plano en el que la protección se proyecta en el ámbito particular y privado, ya que «todos tenemos derecho a «disfrutar», y a «la protección de la salud», que al ser cosa de todos, engendra en cada uno una posición jurídica diferenciada en su esfera personal, aunque pueda referirse del mismo modo a un número inconcreto de personas. Ciertamente que es lícito pensar que no siendo la «salud» y el «medio ambiente» conceptos absolutos e inamovibles, sino relativos y variables, no hay en esos preceptos constitucionales la atribución de un verdadero derecho subjetivo específicamente determinado a cada persona, pero sí un interés legítimo, expresamente reconocido, a que se respete su individualidad, y que debe protegerse por Jueces y Tribunales, ya que la protección alcanza, no sólo a los derechos, sino —diferenciadamente— a los legítimos intereses (art. 24).

Distinción no intrascendente, porque mientras la reparación del daño *causado ya* a las personas o a las cosas, se refiere a un concreto derecho subjetivo a la indemnización correspondiente, la «prevención del daño» está en el área del interés legítimo de la persona en que el daño *no llegue a producirse*, en su persona, en sus cosas o en sus actividades.

La utilización por la doctrina civilística del concepto «intereses legítimos» (surgido en la doctrina administrativa), ha llevado a una reconsideración de la tutela aquiliana, evolucionando el concepto de «daño»: Desde la concepción antigua, que lo entendió como alteración de las cosas en propiedad y de los bienes físicos de la persona, que el Ordenamiento protege en su concreta individualidad, identificando así el daño con la lesión de un derecho subjetivo (que es poder concreto y privilegiado), se llega a que no toda perturbación del derecho subjetivo constituye un daño resarcible (caso, por ejemplo, de una oposición a la titularidad, o la creación de un peligro de daño todavía no producido); y al contrario, a que la alteración de un *bien* no coincide tampoco, necesariamente, con la lesión de un verdadero derecho subjetivo, como sucede en el caso de los intereses legítimos de la persona, contenido de su esfera personal como situación protegida. El «interés legítimo» puede así utilizarse —pienso— para referirse a que toda atribución de poder concreto, que conlleva la posibilidad de un ejercicio discrecional, impone implícitamente una genérica restricción: La de no lesionar a otro en su esfera individual.

Ciertamente que la palabra «interés» tiene un significado múltiple, por lo que el jurista puede considerar interés —como dice Maroi (37)— «todo aquello que importa o conviene a la justa utilidad de cada uno»: lo que sucede es que la protección del interés, en cuanto legítimo, es específica y directa en el derecho subjetivo, pero también es legítimo el que forma parte de las situaciones que la Ley reconoce sin una concreta atribución de poder, y que es igualmente digno de protección. El concepto se utiliza en materia de responsabilidad por lesión de tales intereses legítimos, que no gozan de especial protección, y probablemente por dos motivos: Para extender la discrecionalidad de los jueces, necesaria para colmar las lagunas que deja una concepción excesivamente rígida del derecho subjetivo, y porque no es fácil encerrar en categorías herméticas toda una realidad social y económica, que cambia constantemente y crea el clima propicio para aprovecharlo con fines particulares en perjuicio de la esfera personal de terceros.

El concepto está ampliamente recogido en nuestra jurisprudencia, a propósito del ejercicio abusivo de los derechos: El daño a «*un interés no protegido por una especial prerrogativa jurídica*», o a «*intereses que carecen de otra protección jurídica*», o «*la utilización de un derecho de modo contrario a la convivencia*», son conceptos explícitamente contenidos en las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944; 6 de febrero de 1959 y 10 de junio de 1963, respectivamente. En cuanto a que el abuso puede referirse, tanto a daños producidos

(37) MAROI, *Interesse*, en *Enciclopedia italiana*.

«con carácter reparatorio, como a los futuros y previsibles», lo admitieron Sentencias, como la de 9 de marzo de 1961, 4 de mayo de 1967 y 30 de junio de 1969 (38).

Hoy, con mayor motivo, porque al estar expresamente reconocido en la Constitución, a «todos», y por tanto a cada uno, el interés legítimo en la conservación del ambiente y en la protección de la propia salud, no parece que se encuentre obstáculo para la protección preventiva por los Tribunales ordinarios, ya que los preceptos de la Constitución que los reconocen sirven —a mi parecer— como una concreta «garantía constitucional», básica, para la interpretación extensiva e integradora de los preceptos del Código, máxime cuando la directa alegación ante los Tribunales está expresamente reconocida por la propia Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (39).

Hemos visto que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo admite que la jurisdicción ordinaria pueda adoptar medidas de prevención del daño previsible, pero sobre la base de un daño producido ya, en vía de responsabilidad civil, y para evitar que el daño se *siga produciendo*; lo que implica una acción «post damnum». Sin embargo, la prevención puede no partir de un hecho dañoso ya producido en el que fundar la acción: Puede que el hecho en que se funde consista en una infracción de las limitaciones impuestas por la Administración, y en consecuencia, si el daño no se ha producido —o individualizado— en primer lugar la Administración podrá sancionar, a instancia de los interesados, o de oficio, las infracciones. Pero cuando no se ha producido ninguna infracción de las limitaciones impuestas administrativamente, la acción de prevención ante la jurisdicción ordinaria, dirigida a que se adopten medidas que eviten un daño previsible, no queda excluida, a mi parecer, porque ha de fundarse también, necesariamente, en un hecho concreto: La situación premonitoria de un daño. Si se admite la adopción judicial de medidas preventivas, partiendo del hecho de que el daño ya se ha producido, no se ve inconveniente en admitir también que el temor fundado en circunstancias objetivas de que el daño se produzca, justifique tales medidas preventivas, pues tanto da que el daño *se siga produciendo*, que evitar que el daño *llegue a producirse*.

Por otra parte, la adopción de medidas de prevención ante el daño previsible, está expresamente contemplada en nuestro Ordenamiento, restringiendo la libertad de acción de los particulares antes de que se

(38) Vid. mi trabajo sobre el Abuso del derecho, en el Comentario al artículo 7-2.º del Código civil, en el que se recoge sistemáticamente la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, en *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*. Con otros autores, vol. I, págs. 271 y ss., Tecnos, 1977.

(39) Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de abril de 1982, en la que afirma: «... la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediato cumplimiento hasta que no sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro Ordenamiento... Por ello es *indudable* que sus preceptos son alegables ante los Tribunales». Y la de 23 abril 1982 sólo admite como excepciones aquellos casos «en que así lo imponga la propia Constitución, o en que la naturaleza de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable».

produzca el daño al interés protegible (función de los interdictos de obra ruinosa).

La situación premonitoria del daño es el *peligro*, lo que resulta más determinado que el simple riesgo. Acaso, la diferencia entre el peligro y el daño no esté solamente en la manera de reaccionar el Ordenamiento (medidas de prevención, en un caso; indemnización en el otro), sino en el objeto sobre el que recae o se proyecta el interés que es la causa de la acción protectora: Si el objeto es el bien mismo, la consecuencia es que el interés protegible se concreta solamente en el daño, mientras que si el objeto del interés lo constituyen *las condiciones necesarias o favorables a la existencia y conservación del bien, o la posición actual del bien respecto al sujeto*, el perjuicio aparece cualificado como peligro, entendido éste como *fundada probabilidad* de un evento lesivo, y no como simple *posibilidad* de un daño, porque la simple posibilidad puede darse aún en las acciones más corrientes y ordinarias de la vida.

Claro que el peligro, como probabilidad de daño futuro, constituye una amenaza, que en sí es, ya, una infracción del deber general de respeto a la persona, además del futuro daño que se prevé. De manera que quizá pueda concluirse: 1.º Que la de prevención es acción que ha de fundarse en *hechos actuales* que son anunciadores de un daño, mientras que el daño es en sí, todavía, un hecho futuro y eventual (amenaza de daño). 2.º Que la acción de prevención no se dirige solamente a borrar o a hacer desaparecer los hechos amenazantes, sino a paralizar el proceso que irremediablemente habría de conducir al sacrificio del bien que se quiere proteger, o a ponerlo en evidente peligro de ser sacrificado. Y 3.º La acción de prevención se justifica *antes* de que el daño se produzca, pero siempre *después* de que se produzcan los hechos sintomáticos o premonitores de la peligrosidad, y para hacer cesar la «amenaza de daño».

Estas consideraciones no estaban ausente, sino muy expresadas, en el Proyecto de Código civil de 1851, cuya Sección 8.ª, Capítulo II, Título V, ostentaba la rúbrica «De la obligación de prevenir un daño que amenaza», y desde antiguo, aún con referencia al interdicto de obra ruinosa, se vio la confluencia de las dos zonas de intereses en la prevención del daño amenazante: El público y general y el del particular directamente amenazado, al que se legitima, por eso, para interponer el interdicto de obra ruinosa (arts. 1.676-1.685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero también se facultó a la autoridad administrativa para adoptar resoluciones preventivas, y ya en la Novísima Recopilación aparece (40). De manera que el carácter complementario de las dos vías de protección preventiva frente a la amenaza, sin que la actuación pública y administrativa excluya a la jurisdicción ordinaria, está desde hace mucho tiempo reconocido.

El punto concerniente a la legitimación de los particulares para exigir ante la jurisdicción ordinaria medidas de protección, se solucionó

(40) Vid. Nov. Recop. Libro VII, Tít. 32, 1 y 2. Además, R. D. 5 marzo 1897.

por la vía de apreciar judicialmente la directa e inmediata amenaza que se derive de la particular situación de la persona (transeúnte que tenga necesidad de pasar por las inmediaciones, o los que tengan alguna propiedad contigua —artículo 1.677 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—), lo que le permite pedir la adopción de medidas urgentes de precaución, a fin de evitar los riesgos de daño a las personas y a las cosas (art. 1.676 de la citada Ley procesal). Así que, en definitiva, no se circunscribe la legitimación a quien sea titular de un derecho subjetivo absoluto, sino también a los que tengan necesidad de pasar por las inmediaciones, entendiéndose por tal necesidad la que no puede dejar de satisfacerse sin quedar privado el denunciante del ejercicio de un derecho, o sin que se le siga *conocido perjuicio en sus intereses o grave molestia*, a juicio del juez (art. 1.678 de la misma Ley).

Con todos estos antecedentes, en el área estrictamente civil la cuestión viene a reducirse, en orden a las medidas de prevención del daño, a las situaciones en las que un sujeto produce una alteración de las condiciones naturales o artificiales, que origine un daño a las personas o a las cosas, o amenace producirlo si persiste, a quien o quienes por razón de habitar, o de trabajo o por cualquiera otro motivo de localización, se encuentran dentro del radio de acción a que alcanza el daño, el peligro de daño o la grave molestia de la actividad perturbadora: lo que justifica la pretensión de aquel cuyo derecho va a ser lesionado, está siendo lesionado, o en peligro de que la lesión se produzca en el futuro, de obtener, en protección de su interés legítimo, una sentencia del juez ordinario que condene al perturbador a hacer cesar el estado de peligro o el comportamiento lesivo.

Claro es que debe ser considerado, sin embargo, que no toda alteración ambiental debe ser impedida siempre, sino sólo cuando el resultado de la experiencia, según la opinión social, provea al juzgador de elementos de previsibilidad suficientes acerca de que una determinada actividad, o conducta omisiva, constituye una amenaza cierta para la situación de la persona, que el Ordenamiento protege, independientemente de que se observen, o no, los condicionamientos administrativos, simple «pauta orientadora» para el juzgador, según palabras de nuestra Jurisprudencia. Y creo que el punto de equilibrio puede estar en desechar simultáneamente la idea de que toda ventaja inmediata, derivada de una valoración más o menos circunstancial del interés público, justifica cualquiera alteración, y la contraria: que se excluya cualquier mejora de la calidad de vida, a pretexto de que toda modificación de las condiciones naturales constituya, en sí misma, un fenómeno lesivo.

— VII —

Y dejo, con lo hasta ahora expuesto, parado el tema. Pero tengo consciencia de que ha quedado sin aludir un aspecto práctico importante que, aunque sale de mi competencia, no quiero dejar de mencionarlo aquí, enunciándolo con palabras del clásico Vicente y Caravan-

tes (41): Que el resultado verdadero y eficaz de una reclamación judicial no consiste sólo en el reconocimiento o declaración que hace públicamente el Juez del derecho que se reclama ante él, sino en la realización efectiva de lo que constituye y sobre lo que versa este derecho... Y lo cierto es que nuestra Ley procesal no parece dar muchas facilidades para la realización efectiva de ciertas condenas.

La prevención del resultado dañoso, probable y previsible, sólo puede resolverse mediante la condena a hacer algo (por ejemplo, tomar las medidas necesarias para que el resultado no llegue a producirse) o dejar de hacer algo, lo que se resuelve en el efectivo cumplimiento de obligaciones de hacer, o de no hacer (dejar de hacer en nuestro caso), que derivan de la ejecutoria dictada contra el perturbador.

Conforme a las reglas del artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si el condenado a tomar las medidas necesarias para que cese la perturbación no hace lo que se le ordene (por ejemplo, medidas técnicas de insonorización, de depuración de humos..., etc.), se hará a su costa, si no lo hace por sí mismo dentro del plazo que el Juez le señale, ya que el hacer a que se le condena no es personalísimo.

Pero si la condena consiste en que cese la actividad, que «deje de hacer», la norma del artículo 925 de la Ley de procedimientos abre una inmensa puerta para eludir la efectividad de la condena, ya que, si quebrantare la Sentencia, el precepto le concede esa extraña facultad de optar (entender que opta) por el resarcimiento de perjuicios, precisamente en materia de prevención, o sea, cuando éstos no se han producido todavía, pero quieren evitarse, que es la finalidad de la condena. La mera, inconcreta alusión a las «medidas que según las circunstancias fueren necesarias para la efectividad de la condena», de que habla el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento, nada resuelven, si en la ejecución hay que atenerse al contenido del artículo 925, puesto que tales medidas no se concretan en este caso, ni a mí me resulta claro que las medidas cautelares, o de aseguramiento, puedan aplicarse en la ejecución.

Cierto que es opinión compartida —parece— que la laguna del artículo 925 de la Ley procesal, queda llena por la aplicabilidad del artículo 1.099 del Código civil que, como se sabe, manda deshacer lo hecho a costa del deudor, lo que puede solucionar el problema cuando la perturbación proceda de la instalación de máquinas o elementos industriales que la Sentencia haya prohibido. Pero cuando la condena consista en cesar en una actividad perturbadora, o en limitar esa actividad (por ejemplo, a ciertas horas), en las que no hay nada que deshacer al consistir en una abstención, el precepto de la Ley de Enjuiciamiento deja realmente a la voluntad del deudor el cumplimiento de la condena, pues le basta con no cumplirla para que se presuma que opta por pagar indemnización (pero ésto, sólo cuando se hayan producido ya los perjuicios), con lo que para ese resultado, acaso no valía la pena haber seguido el procedimiento y esperar pacientemente

(41) VICENTE Y CARAVANTES, *Procedimientos judiciales*, T. III, 1856, páginas 656-657.

a que las plantas se mueran, el insomnio nos produzca una enfermedad nerviosa, disminuya nuestra capacidad auditiva o la polución haya destruido nuestros pulmones, y reclamar entonces por los perjuicios sufridos...

En materia interdictal, el artículo 1.658 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que la Sentencia condenatoria contenga el requerimiento al perturbador «para que en lo sucesivo se abstenga de cometer tales actos», u «otros que manifiesten el mismo propósito», haciéndolo bajo el apercibimiento que «corresponda con arreglo a Derecho», con lo que aquí no se tropieza con esa presumida facultad de optar por la indemnización que reconoce el artículo 925. Pero no dice el precepto qué apercibimiento corresponde con arreglo a Derecho, y como no puede referirse a constricciones de índole procesal civil, una muy autorizada opinión (42) entiende que el efecto de la desobediencia ha de ser punitivo, debiendo considerarla incluida en el Código penal.

La deficiencia ha sido corregida en otros Ordenamientos, mediante la aplicación de «astreintes», que obligan al deudor de una obligación de hacer personalísimo, o de no hacer, al pago de una cantidad por cada día de retraso en el cumplimiento de la condena, penas pecuniarias, o condenas penales a toda infracción del deber de respetar a la autoridad judicial, caso del «contemp of Court» del Derecho inglés.

En España, se ha llevado a cabo la llamada reforma «urgente» de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la Ley de 6 de agosto de 1984. Acaso, una reforma más amplia dé ocasión para evitar las dificultades que ofrece la efectividad de esta clase de condenas, teniendo en cuenta que, ya en 1982, la autorizada opinión del profesor Prieto Castro (43) se expresaba así: Si se quiere que el Derecho referido a estas condenas sea útil, sería preciso establecer astringencias y constricciones, que no cree que sean anticonstitucionales teniendo en cuenta el artículo 118 de la Constitución.

Acaso, sería posible hoy añadir algo más, utilizando palabras del propio Tribunal Constitucional, en reciente Sentencia de 16 de mayo de 1984: Que el artículo 24 de la Constitución, además de proclamar la defensa de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos «*comprende* el derecho a que la Sentencia, que eventualmente haya puesto fin al proceso, se cumpla en sus propios términos, pues sólo de esta manera el derecho al proceso se hace real y efectivo, ya que si fuera de otro modo el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria».

(42) PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, Segunda parte, 1965, pág. 116.

(43) PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, II, Pamplona, 1982, págs. 844.

La teoría general del negocio jurídico: Su oportunidad e importancia

JOSE LUIS DE LOS MOZOS
Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: 1. Planteamiento.—2. Origen y desarrollo de la teoría. Algunas consecuencias.—3. Nuevas críticas a la teoría y recapitulación.

1. PLANTEAMIENTO

La categoría general del negocio jurídico presenta un interés pedagógico indudable, muy necesario para la formación del jurista, especialmente en un momento en que los cambios sociales imponen más que nunca la necesidad de una recapitulación, de una toma de conciencia, intelectualmente hablando, ante la realidad o la apariencia de lo cambiante que, muchas veces, se superpone de manera perturbadora al caudal fluyente de la continuidad que viene a ser una constante en la evolución jurídica, por encima de la temporaneidad. Interés que se mantiene, por lo demás, en todo momento, cuando se trata de aproximar Derecho y Justicia, para lo que es imprescindible y necesario, como una exigencia derivada de la tradicional «historicidad» del Derecho, asimilar los modelos del pensar que nos ha transmitido la experiencia jurídica, es decir, lo que pensaron los juristas que se ha convertido en positivo beneficio del Derecho para siempre (1).

Afirmación que también es aplicable a la teoría general del negocio jurídico, cuando se hace una utilización cabal de la misma, pero como recientemente han surgido nuevas críticas respecto de la utilización de dicha categoría conceptual, de las que más adelante nos ocuparemos, es preciso hacer unas breves consideraciones sobre el tema que sirvan de marco a una reflexión que consideramos es oportuna.

La construcción de la *teoría general* del negocio jurídico no deja de ser una creación artificial de la dogmática jurídica, cuya exposición didáctica se hace en ocasiones desconectada, tanto de la realidad social, como de sus presupuestos regulativos, habida cuenta, sobre todo, la separación terminante existente entre contrato y testamento. Pero esto no es un defecto mayor de la formulación de la teoría, sino de la trivialización de la misma, pues, no hay que olvidar que ofrece muchas

(1) K. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. esp., Madrid, 1967, págs. 15 y ss.

ventajas si se sabe huir de la excesiva abstracción y generalidad que se le atribuye, lo que, modernamente, hace la mejor doctrina, entre nosotros (2). Otro tema es si no sería conveniente reducir su estudio en la *Parte General* a lo más imprescindible (origen, fundamento y sucinta exposición a nivel elemental), para luego retomar el tema en un *Curso de ampliación*, como los que ahora diseñan la nueva Ley de Reforma Universitaria y sus disposiciones complementarias, para los estudios del Doctorado. Pero lo que no cabe duda es que, de una u otra manera, debe mantenerse por razones que son evidentes.

Entre las ventajas que ofrece, seguramente la más significativa está en que acostumbra al jurista a una manera de pensar racional, pues, sin olvidar que el conocimiento del Derecho es casuista (3), puesto que su *sistema* nunca es un sistema cerrado, sino abierto (4), tampoco hay que olvidar que los modelos de pensar que ofrecen los ideales pedagógicos modernos se instrumentan conforme a patrones racionalistas que tienen más que ver con el mismo modelo metodológico que dio vida a la teoría general del negocio jurídico que con el método de los juristas romanos, p. ej., pues, en definitiva, el método de la ciencia del Derecho, y aún de su conocimiento práctico, es el *método dogmático*, entendido, naturalmente, con todas las atenuaciones, modificaciones y cautelas que se quiera (5).

Precisamente, los ataques y las críticas que se han dirigido a la oportunidad de una teoría general del negocio jurídico, a salvo la falta de adecuación con la regulación jurídica concreta (6), no dependen, como vamos a ver más adelante, de una renovación metodológica, sino

(2) Destacando la brillante monografía del maestro F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967; también, entre otros estudios monográficos: M. ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958; A. GULLÓN, *El negocio jurídico*, Madrid, 1969; DORAL Y DEL ARCO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1982; entre las exposiciones sistemáticas modernas del Derecho civil, destacan: J. L. LACRUZ-A. LUNA, *Elementos de Derecho civil*, I-3, Barcelona, 1984, págs. 160 y ss.; L. Díez-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, 4.ª ed., Madrid, 1981, págs. 500 y ss.; D. ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, I, 8.ª ed., Madrid, 1982, págs. 503 y ss., y la clásica obra de J. CASTÁN TOBEÑAS (J. L. DE LOS MOZOS), *Derecho civil español, común y foral*, I-2, 14.ª ed., Madrid, 1984, págs. 661 y ss.

(3) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Metodología y ciencia en el Derecho privado moderno*, Madrid, 1977, págs. 36 y ss.

(4) Por todos, de nuevo, K. ENGISCH, *Introducción*, cit., págs. 171 y ss.

(5) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Metodología*, cit., págs. 114 y ss.

(6) Este es el caso de la doctrina francesa frente al notable impacto del BGB, en este sentido, sobre todo: R. SALLEILLES, *De la déclaration de volonté. Etude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, París, 1901. Sin embargo, en un nivel elemental, desde la reforma de los estudios de BUENOIR (1985), se estudia en el primer año de Derecho civil, entre otras nociones generales sin las cuales —se dice— es imposible comprender nada de Derecho, una teoría general de los actos jurídicos, lo que se mantiene en la reforma de 1904, aunque por la cantidad de materias que se incorporan los autores se lamentan de la excesiva extensión que ha alcanzado el curso: en este sentido, M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, I, 10.ª ed., París, 1925, pág. 104, dedicando a los actos jurídicos unas pocas páginas (*Ibid.*, 104-137), tónica que mantendrá la doctrina posterior. Sin que se aluda para nada expresamente a la teoría general del negocio jurídico cuando se haga la exposición relativa al contrato, salvo

única y exclusivamente de un prejuicio ideológico (7) que va dirigido contra el *fundamento* mismo de la teoría, por lo que corre la misma suerte la teoría general del contrato.

Efectivamente, la teoría general del negocio jurídico queda formada en la primera mitad del siglo XIX, por obra del *Pandectismo*, presentándose como la expresión dogmática del reconocimiento de la *autonomía privada*, como fuente creadora de efectos jurídicos. Por ello, el concepto de autonomía privada se integra en el núcleo central de la noción de negocio jurídico y, de ahí que la mayoría de los tratados y monografías sobre el tema comiencen estudiando el concepto de autonomía privada y su *función* conforme al ordenamiento jurídico (8). Esto, bajo una u otra forma —teoría general del negocio jurídico o teoría general del contrato— es común a toda la tradición jurídica europea, salvo el Derecho inglés, y procede de la influencia del Derecho natural (9) y, específicamente, del racionalismo, como vamos a ver seguidamente.

Como dice F. de Castro, el principio de la autonomía privada no es extraño en el origen, afianzamiento y organización del «ancien régime» frente al Derecho del emperador y de los reyes, afirmándose en la regla «*modus et conventio vincunt legum*», aunque los hombres de la Ilustración lo desconozcan, pues, como dice tan esclarecido maestro, «ven sólo el presente, una organización ya anquilosada, trabada por los innumerables viejos vínculos heredados, ataduras que estorban el desarrollo y el progreso social. Contra ello reaccionan violentamente. Su entusiasta y admirable actuación liberalizadora, va unida a la creen-

alusiones incidentales e implícitas al hacer remisiones al Derecho alemán: vid. *Traité*, cit., II págs. 325 y ss.

(7) Desde un punto de vista claramente neo-liberal, si no me engaño, L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, págs. 308 y 310 y ss., hace una crítica al fundamento de la autonomía privada en cuanto «*causa*» del negocio, por estimar que su construcción como *función social* del mismo se corresponde con los ideales «corporativos» que consagra el *Codice civile* de 1942 —lo que parece absolutamente exagerado e inexacto— añadiendo que, actualmente, después de la promulgación de la Constitución republicana, se debe volver a la idea del *fin* o de los fines queridos por las partes que se hallan más de acuerdo con el reconocimiento de la libertad de la iniciativa económica privada que consagra el artículo 41 de la propia Constitución. Desde otro punto de vista y abriendo un proceso de intenciones que alcanza, por igual, a la configuración dogmática del negocio, viene a decir P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, pág. 275, que la burguesía activa es la defensora de la libertad contractual, etc. Este antagonismo ideológico ha sido estudiado por VARRONE, *Ideologia e dommatica nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1972. También, y desde distintas posiciones: P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, en *Iustitia*, 1967, págs. 3 y ss.; LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970; LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975; F. GALGANO, *Il problema del negozio giuridico*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1976, págs. 449 y ss., etc.

(8) Así, F. DE CASTRO, *El negocio*, cit., págs. 11 y ss.; J. L. LACRUZ-A. LUNA, *Elementos*, cit., 1-3, págs. 142 y ss.; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschaäft*, 3.ª ed., Berlin, 1979, págs. 1 y ss.; K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, München, 1967, págs. 91 y ss., etc.

(9) J. L. DE LOS MOZOS, *El Derecho natural en la formación del Derecho civil moderno*, ahora en *Metodología*, cit., págs. 249 y ss.

cia ingenua de que bastaba con la supresión de las viejas vinculaciones, y con ella, como consiguiente, el establecimiento de la igualdad jurídica (entre nobles, dignatarios y los pudientes del estado llano), para que reine para siempre la libertad. El Derecho estatal —piensan— debe limitarse a servir la voluntad individual y, en su caso, a completarla y suplirla, conforme a lo que pueda presumirse querido. Lo que se expresa en el axioma: "*voluntas facit legem*". Estas ideas se verán consagradas primero en los textos constitucionales... y pasarán después a los Códigos» (10). De esta manera, así concebida la autonomía privada, mediante la fuerza que se reconoce a la «convención» o «contrato» (11), o a las «declaraciones de voluntad», con carácter más general, según la fórmula divulgada por F. C. von Savigny (12), sirve a lo que se ha llamado la «mercantilización» del Derecho civil (13).

Por otra parte, lo que habían conseguido los Códigos de la Ilustración, con la oposición de la Escuela Histórica a que se lleve a cabo la codificación en Alemania, lo iba a conseguir allí el Pandectismo, elaborando de forma definitiva el concepto de negocio jurídico (14) como una de las grandes figuras teóricas de la dogmática moderna. Pero al hacerlo, debido a los propósitos prácticos del Pandectismo, a partir de G. F. Puchta (15), se orienta en una dirección claramente positivista, el «normativismo positivista» que dice F. de Castro (16), y, en el que la voluntad individual como expresión práctica de la «autonomía privada» queda reducida a *elemento* del supuesto de hecho («*Tatbestand*») o tipo legal de negocio, como ponemos de relieve en «*causa y tipo en la teoría general del negocio jurídico*». Lo que, en su resultado práctico, potencia la «mercantilización» del Derecho privado, como dice el propio maestro citado y, con lo que, la autonomía privada, en apariencia rebajada de categoría alcanza, en la práctica, su máximo desarrollo, potenciándose la fuerza de la voluntad al máximo, por vía de los negocios abstractos, fiduciarios, etc., en los que la tipicidad o la forma, escamotean el control de su reconocimiento, al desaparecer el requisito de la causa (17). De este modo, el Pandectismo se separa de la tradición jurídica que había servido de base a las codificaciones iusnaturalistas y emprende un camino nuevo que se consagra, de forma definitiva, en el BGB y que apenas es seguido por otros códigos posteriores (18).

(10) *El negocio jurídico*, cit., pág. 14.

(11) Cfr. arts. 544, 1.154 *Code civil*, §§ 18, 354, 860, 861 ABGB, art. 1.255 Código civil español.

(12) *Sistema de Derecho romano actual*, trad. esp., Madrid, 1879, II-III, § 104, págs. 141 y ss., etc.

(13) F. DE CASTRO. *El negocio jurídico*, cit., págs. 14 ss.

(14) F. CALASSO, *Il negozio giuridico (Lezioni di storia del diritto italiano)*, Milano, 1959, págs. 339 y ss. (2.ª ed., 1967); F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 21 y ss.

(15) Ahora, por todos, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.ª ed., Göttingen, 1967, págs. 399 y ss.

(16) *El negocio jurídico*, cit., págs. 15-16.

(17) *Ibid.*

(18) El Código brasileño y el griego y, posteriormente, el Código civil portugués de 1966.

Pero es precisamente en este estado, en que la categoría del negocio jurídico, como un producto acabado de la gran ciencia jurídica a'emana del siglo XIX, será recibida por el «pandectismo tardío italiano», primero, y, después, en todas partes, por lo que ha dado en llamarse la Escuela científica (con la excepción, en este caso, de una buena parte de los autores franceses), penetrando en España por obra de Valverde, Sánchez Román, F. Clemente de Diego y J. Castán Tobeñas (19), entre otros. Sin dejar de advertir sus inconvenientes y defectos, si no se tienen en cuenta las salvedades oportunas.

Efectivamente, la soberbia arquitectura dogmática del negocio jurídico se resiente de colosalismo, como tantas otras construcciones de la llamada «jurisprudencia conceptual», padeciendo de forma típica y sintomática sus clásicos defectos: abstracción y generalización. Abstracción, porque la vida social se resuelve en particulares y concretos negocios, socialmente típicos (20), generalmente y, generalización, porque el proceso de formación histórica de la categoría general del contrato que lentamente se ha ido desarrollando a lo largo del Derecho común europeo, sobre la base de un «*usus modernus Pandectarum*», se extiende dogmáticamente a toda clase de actos o negocios, contrastando la fuerte antinomia entre contratos y testamentos, aunque los dos sean actos de autonomía privada e inquietando también su extensión, por una parte, a otros actos unilaterales, como la promesa, o como cualquiera aceptación o renuncia, u otra manifestación de voluntad (dirigida al juez o al funcionario del Registro fundiario, p. ej.) y, por otra, incluyendo aquellos otros de índole bilateral que carecen de contenido patrimonial (actos relativos al estado de la persona y de la familia, etc.), por el solo hecho de que, unos y otros, configuran una «declaración de voluntad». Con lo que al hacer de todo ello una construcción dogmática esta resulta, en parte, artificial, sobre todo en la medida en que se desconecta de su formación histórica, aunque luego esta dificultad queda obviada por su integración en el BGB. Pero, precisamente esto, es lo que va a suponer que se marquen más las diferencias entre el Derecho alemán y los restantes Derechos europeos, que no han seguido aquel modelo.

Sin embargo, a pesar de estos inconvenientes y, hechas estas salvedades, la doctrina de la teoría general del negocio jurídico se ha instalado en todas partes, ejerciendo, de una u otra manera, una influencia extraordinaria y, sin duda alguna, unos efectos altamente beneficiosos en la formación de los juristas, apareciendo y quedando, desde entonces, como paradigma de la construcción dogmática de la «autonomía privada» (21).

(19) Vid., por todos, J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 1-2, 11.ª ed., Madrid, 1971, págs. 593 y ss.

(20) Lo que ya era advertido por H. C. NIPPERDEY-L. ENNECERUS, *Tratado de Derecho civil*, 1-2, *Parte General*, trad. esp., Barcelona, 1944, págs. 289 y ss.

(21) F. von HIPPEL, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, Berlin, 1935; MANIGK, *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen*, Tübingen, 1935.

2. ORIGEN Y DESARROLLO DE LA TEORÍA. ALGUNAS CONSECUENCIAS

La teoría general del negocio jurídico tiene su antecedente remoto, en la formación de la teoría general del contrato y que, como nadie, ha estudiado F. Calasso (22), entre otros (23), en el paso del *sistema romano*, de singulares tipos de contrato, reconocidos por el ordenamiento, al sistema moderno, en que se admite el contrato como categoría general, expresión técnica del reconocimiento del dogma de la autonomía privada, vivo en la tradición jurídica europea desde la Baja Edad Media. Pero su antecedente próximo, hay que encontrarle en la influencia del *racionalismo* (24).

Esta influencia, no sólo la vamos a ver bien patente en un J. Domat, a propósito del fundamento o *causa* de los contratos (25), sino que aparecerá, propiamente hablando, como una consecuencia del intento de construir el saber jurídico como una ciencia «*more geometrico demonstrata*» y que se va a aplicar al término conceptual «*factum*» o «*negotium*», que se ha extendido en la doctrina después del Humanismo y por influencia del Derecho natural (26).

Por otra parte, lo que tampoco cabe duda es que se había formado ya, para entonces, una categoría general, aunque recibiera nombres diversos: contrato, convención, pacto o negocio (27). Pero lo importante es que la «teoría del negocio» forma parte de un capítulo —si bien importantísimo— en la construcción de lo que puede llamarse el «sistema jurídico» (28), no en vano el que consagra su terminología, D. Nettelblatt, hablando de «*actus juridicus seu negotium juridicum*», lo que se traduce por negocio jurídico («*rechtliches Geschäft*») y, posteriormente, «*Rechtsgeschäft*»), como anota F. de Castro (29), se encuentra inmerso plenamente en las discusiones que, en el último tercio del siglo XVIII, se desarrollan entre «*usus modernus Pandectarum*» tardío y los albores del Pandectismo, en torno a la formación del «*Systema iuris*».

(22) *Il negozio giuridico*, cit., págs. 53 y ss.

(23) Así, MEIJERS, *Les théories médiévales concernant la causa de la stipulation et la causa de la donation*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1936, págs. 378 y ss.; y SÖLLNER, *Die causa im Kondiktionem-und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (rom. Abt.)*, 1960, págs. 182 y ss.

(24) F. WIEACKER, «*Contractus*» und «*Obligatio*» im *Naturrecht zwischen Spätscholastik un Aufklärung*, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1 (1973), págs. 223 y ss.

(25) *Les lois civiles en leur ordre naturel*, Lib. I, sec. 1.^a, núm. 4, en *Oeuvres complètes*, ed. Rémy, I, Paris, 1835, pág. 122 e *Ibid.*, núm. 5.

(26) F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 19-20, da una lista bastante completa de autores que encajan en la alusión del texto.

(27) Mezcla estas expresiones, pero no utiliza todavía la de negocio, G. HEINECIO, *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum commoda auditoribus methodo adornata*, Giessae, 1775, págs. 378 y ss.

(28) Para esto la brillante investigación de P. CAPELLINI, *Systema iuris*, 2 vols. que constituyen los 17 y 19 de los «*Quaderni fiorentini*», cit., 1984 y 1985.

(29) *El negocio jurídico*, cit., pág. 20.

Por eso, merece la pena que hagamos una breve digresión metodológica, para entender la afirmación de que la teoría general del negocio jurídico es una creación del *racionalismo* sobre la que, posteriormente, construirá el Pandectismo, de manera definitiva, su sólida construcción conceptual. Pero antes, hemos de dar alguna noticia de Daniel Nettelbladt que nace en Rostock en 1719 y muere en Halle en 1791, de cuya universidad es profesor, como discípulo y continuador de Ch. Thomasio y de Ch. Wolff, influyendo juntamente con J. C. Daries, como anota F. Wieacker, en los creadores del «Sistema de Pandectas» (30), siendo autor de numerosas obras, entre las que destaca su *Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis in usum praelectionum academicarum adornata* (1767) (31), donde según observa F. Calasso, aparece la delimitación de los elementos del negocio (naturales esenciales y accidentales) (32), en lo que es imitado por otros autores contemporáneos (33), reconociéndole nada menos que G. Hugo, el fundador de la Escuela histórica, indirectamente, la paternidad de la nueva terminología conceptual, negocio jurídico (34) que, a pesar de las polémicas entre ambos, queda incorporada al afortunadísimo *Sistema Hugo-Heise* que llegará a ser luego el *sistema* de las Pandectas del Pandectismo por antonomasia (35). Pero volvamos ahora a la cuestión metodológica, por la que batalló tan denodadamente D. Nettelbladt (36).

El más sobresaliente epígono del *racionalismo* en Alemania será G. W. Leibniz (37), cuya influencia, si bien no se dejará sentir, inmediatamente, en la jurisprudencia práctica, se hallará, en cambio, mediatamente presente, en la formación del *sistema de Pandectas*, a cuya construcción contribuyen, también, del mismo modo los grandes maestros del llamado Derecho natural racionalista (S. Puffendorf, Ch. Thomasio y, sobre todo, Ch. Wolff) (38). El planteamiento de Leibniz es bien conocido y aparece con bastante precisión expresado en su *Nova Methodus* (1667), donde trata de hallar un orden *racional* para

(30) F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., págs. 321-322 y 373.

(31) Halae Magdeburgicae, 1767.

(32) *Il negozio giuridico*, cit., págs. 340-341, texto y nota 33.

(33) Como C. C. HOFACKER, perteneciente al grupo de los «sistemáticos de Göttingen», discípulo de Boehmer, pero sobre todo de Pütter y autor, entre otras muchas obras, de unos *Elementa iuris civilis Romanorum*, Göttingen, 1784.

(34) Daniel Nettelbladt. *Bemerkungen, über seinen litterarischen Charakter*, en *Civilistisches Magazin*, II (1797), págs. 39-40.

(35) Sobre esto, magistralmente, P. CAPELLINI, *Systema iuris*, cit., II, págs. 3 y ss.

(36) Aparte de la ya citada, y de otros *sistemas*, en sede metodológica su obra se inicia con las varias *Praecognitae* que adquieren una configuración más general en su *Nova introductio in Jurisprudentiam positivam germanorum communem*, Halae Magdeburgicae, 1772 (2.ª ed), que luego continúa en las sucesivas *Propedéuticas*: *Sammlung kleiner Juristischen Abhandlungen*, Halle, 1792.

(37) Vid. por todos, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., págs. 204 y ss.; también, F. STURM, *Das römische Recht in der Sicht von Gottfried Wilhelm Leibniz*, Tübingen, 1968; G. OTTE, *Leibniz und die juristische Methode*, en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 5 (1983), págs. 1 y ss.

(38) *Privatrechtsgeschichte*, cit., 280 y ss.

el estudio de los institutos jurídicos, rechazando el «*ordinem librorum*» de las *Instituta* y tratando de hallar otro criterio definidor que guarda relación con el fundamento de la institución misma, lo que llama el «*modus causandi*» (39), cuestión que había de tropezar, de inmediato, con los hábitos de la jurisprudencia práctica fiel al «*usus modernus Pandectarum*» (40). Sin embargo, en el modelo leibniziano ya se hallaba prefigurada, metodológicamente hablando, una noción abstracta y general como la que luego va a llegar a ser el *negocio jurídico* en el sistema de Pandectas.

De todos modos, para que esto tenga lugar había de pasar mucho tiempo todavía y tenían que intervenir otros factores en apoyo del racionalismo. *Grosso modo*, podemos decir que sucede aquí algo parecido al maridaje que pone de relieve F. Wieacker, cuando habla del encuentro entre el racionalismo y la Ilustración, como presupuesto teórico de las llamadas codificaciones iusnaturalistas (41). Efectivamente, los ideales de la Ilustración con el tiempo, y debido también a la influencia, o concurrencia, de nuevos factores (especialmente la filosofía kantiana), se hacen realidad al ofrecer, a través del sistema de Pandectas, un Derecho para la vida real, cuando por obra de G. F. Puchta (42), y según hemos indicado anteriormente, se hace «positivismo científico» del propio Pandectismo, desviándose de la Escuela histórica (43). Pero no en vano, y volviendo a la formación

(39) *Nova methodus docendae discendaeque Jurisprudentiae*, ed. Pisis, 1771, págs. 45 y ss.

(40) Desde otro punto de vista, interesante también para el argumento y con una notable proyección moderna: el volumen, *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*, *Atti del Convegno Torinese (in onore del Prof. Silvio Romano)*, Milano, 1981.

(41) *Privatrechtsgeschichte*, cit., págs. 322 y ss.

(42) Para esto, también, ahora por todos, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., págs. 399 y ss.; también, vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Derecho civil español*, I, *Parte General*, 1, *Introducción al Derecho civil*, Salamanca, 1977, págs. 202 y ss. Siendo de añadir que SAVIGNY no fue discípulo de PUCHTA, ni tampoco PUCHTA discípulo de SAVIGNY. Lo que pasa es que fue un seguidor de la Escuela histórica, aunque un seguidor heterodoxo que acentuó una cierta tendencia hacia el «*Lebenssystem*» que se manifiesta en la Escuela histórica y que se ha atribuido a la influencia de G. HUGO, proveniente del influjo en Göttingen de la «escuela de Halle», lo que, en menor medida, también se encuentra en SAVIGNY. Pero lo que hizo PUCHTA, en su segunda época, fue transformar aquella tendencia hacia la práctica en una unidad superior de científicidad bajo la soberanía del jurista docto (la «Jurisprudencia de conceptos»). Finalmente, PUCHTA ocupó algún tiempo la cátedra de Marburg (1835-1837) que había tenido SAVIGNY y que en 1810 pasa a Berlín, sucediéndole luego en ésta, desde 1842. Por su parte, SAVIGNY fue discípulo de P. F. WEIS y de HOPFNER, en Marburg, de donde fue nombrado profesor en 1803, hasta que pasó a Landhust en 1808 y, posteriormente, a Berlín. En aquella época de Marburg hizo su viaje de estudios a París: vid. las cartas dirigidas a su maestro WEIS, publicadas por W. FELGENTRAEGER, *Briefe F. C. von Savigny an P. F. Weis (1804-1807)*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (rom. Abt.)*, 48 (1928), págs. 114 y ss.

(43) No en vano se ha hablado de una paternidad «putativa» de la Escuela histórica respecto de la «*Begriffsjurisprudenz*» que, probablemente por ello, y con un cierto juego de prestigio, se conoce por Pandectismo por autonomasia. Para esto, vid. también P. CAPELLINI, *Systema iuris*, cit., II, págs. 283 y ss. Buscando un fundamento a la desviación de PUCHTA, mi maestro H. THIEME, dirá que éste

del sistema de Pandectas, en los albores de aquella, y a través de la influencia en G. Hugo, su fundador, de uno de sus maestros, J. S. Pütter, se muestra la influencia ilustrada, en la recién creada Universidad de Göttingen, impulsada y fomentada por el príncipe elector de Sajonia, empeñado especialmente en la construcción del saber jurídico conforme a los modelos del enciclopedismo (44) y aquí es precisamente donde tiene lugar la larga polémica entre G. Hugo y D. Nettelbladt (45) y aquí es donde, de nuevo, reaparece G. W. Leibniz.

Ch. Wolff, como es sabido, asume la tarea de reeditar la *Nova Methodus* leibniziana que debe ser considerada, después de las tentativas de Ch. Thomasio, como un ulterior y ciertamente más sólido y fundado planteamiento enciclopédico en atención a la finalidad de afirmar una nueva estructura unitaria para toda la ciencia jurídica globalmente considerada en todas sus ramificaciones. Pero mientras Leibniz trataba de construir el sistema con un instrumentario ofrecido por el «*ars combinatoria*» y la matemática, prescindiendo de lo existente. Para Wolff, lo nuevo estaba, únicamente, en dotar a lo existente de una certeza superior, demostrativa, sin necesidad de incorporar elementos nuevos (46), postura que fundamentalmente va a seguir Nettelbladt en su larga polémica con G. Hugo que, en ocasiones, toma dimensiones de una polémica entre dos escuelas, dos universidades y hasta dos ciudades, una prusiana, la otra sajona (Halle y Göttingen), todo ello entorno a la fijación de un *sistema* de Derecho romano actual, en lo que difieren, contraponiéndose un «*usus modernus Pandectarum*» fuertemente racionalizado, con los ideales y propósitos de la Escuela histórica, en lo que puede llamarse una lucha por el sistema. Pues bien, en el seno de esta lucha y por una cierta «incongruencia» metodológica que no pasa desapercibida a su oponente, G. Hugo (47), D. Nettelbladt introduce, abandonando el modelo wolffiano, el *concepto* de negocio jurídico (48), verdaderamente clave para todo el desarrollo sucesivo. Bien que, en su descargo, no era del todo extraño en la terminología de la jurisprudencia práctica, como anteriormente hemos indicado.

La historia ulterior, en cuanto al desarrollo de la teoría, es más conocida y sabido es que, en aquel ambiente va a aparecer el joven

contemplaba el término «*Volksgeist*» construyéndole conforme a la doctrina de MONTESQUIEU, de acuerdo con el «*esprit des lois*» y con el «*génie de la nation*» (*Savigny und das Deutsche Recht*, en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 8 (1963), págs. 8-9 y en otros trabajos anteriores). F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, págs. 399 y ss., lo atribuye, en cambio, a la influencia de FICHTE y de HEGEL, bastante evidente en Erlangen en su etapa formativa. Por otra parte, se ha dicho que mientras la Escuela histórica «ortodoxa» recibe la influencia del KANT de la *Metafísica de las costumbres*, PUCHTA, recibirá, además, la influencia del KANT de la *Crítica de la razón pura*: en este sentido, B. MONTANARI, *Arbitrio normativo e sapere giuridico ... a partire da G. F. Puchta*, Milano, 1984, pág. 151, seguido por P. CAPELLINI, *Systema iuris*, cit., II, pág. 283.

(44) *Entwurf einer Juristischen Encyclopädie*, Göttingen, 1757.

(45) P. CAPELLINI, *Systema iuris*, cit., I, págs. 325 y ss. II, págs. 3 y ss.

(46) P. CAPELLINI, *Systema iuris*, cit., I, págs. 371-372.

(47) *Op. cit.*, en *Civilistisches Magazin*, II (1797), pág. 39.

(48) P. CAPELLINI, *Systema iuris*, cit., II, págs. 3-4.

Savigny (49), cuya aportación es decisiva, como es sabido, para consolidar la teoría general del negocio jurídico, si bien en la evolución de su pensamiento, donde queda un rescoldo del iusnaturalismo wolffiano, asumido como «*Kriptonaturrecht*» por la Escuela histórica, influida por la metafísica de las costumbres kantiana, se pueden apreciar los ecos, perfectamente diferenciados, de la doctrina de sus precursores, orientando su construcción científica no tanto hacia un «*Lehrsystem*» como a un «*Lebensystem*», en donde confluyen tanto los ideales prácticos del iusnaturalismo, de la Ilustración, o del idealismo (50). Posteriormente, como dice F. de Castro, admitida la categoría del negocio jurídico, la atención de los juristas se centra en una grandiosa polémica sobre la naturaleza y esencia del mismo (51), como se muestra ya en B. Windscheid (52). Lo que da sentido a la expresión de F. Calasso, cuando, refiriéndose al momento en que queda formado el concepto como categoría, históricamente hablando, al final de su investigación, dice que donde termina la historia empieza la dogmática (53).

Sea como fuere, el hecho es que el estudio de la nueva categoría se extiende por todas partes, penetrando a través de Zachariae en la escuela francesa de la Exégesis (54), aunque allí predomine, como en la doctrina francesa ulterior, la terminología de «*acte juridique*» (55), pasando con su propio nombre al Código civil portugués de 1966 (56). Finalmente, es muy interesante la penetración de la teoría en Italia y, a lo que anteriormente me he referido, casi de pasada, aludiendo al momento más brillante de la moderna ciencia jurídica italiana y que me complace calificar como «pandectismo tardío», por comparación con el alemán y por haber recibido de éste una gran influencia. Este período, que abarca, en sentido amplio, tres generaciones, constituye

(49) H. THIEME, *Op. cit.*, en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 8 (1963), páginas 16-7; F. WIEACKER, *Friedrich Karl von Savigny, en Gründer und Bewahrer*, Göttingen, 1959, págs. 111 y ss.; W. KUNKEL, *Savigny Bedeutung für die deutsche Rechtswissenschaft und das Deutsche Recht*, en *Juristenzeitung*, 1962, páginas 457 y ss.

(50) En lo que coincide, P. CAPELLINI, *Systema iuris*, cit., II, págs. 329 y ss., con lo que había afirmado F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 27 y ss.

(51) *El negocio jurídico*, cit., pág. 21.

(52) *Diritto delle Pandette*, trad. it., I, Torino, 1930, §§ 67 y 68.

(53) *Il negozio giuridico*, cit., 341 y ss.

(54) Suele decirse que los juristas de la Escuela de la exégesis se dedicaron a comentar el *Code civil* con un excesivo respeto por su texto (fetichismo legal), contribuyendo de esta manera al «positivismo legalista», pero esto no tiene otro fundamento que la famosa frase de BUGNET, «*Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code Napoleon*» y la idea que de ella se hicieron los fundadores de la escuela científica francesa. Para deshacer este equívoco resulta muy interesante el brillante trabajo de Ph. REMY, *Eloge de l'exégèse*, en *Droits. Revue française de théorie juridique*, 1 (1985), págs. 115 y ss.

(55) Precizando que «esta palabra tiene en el lenguaje dos sentidos diferentes: tanto designa una *operación jurídica* que se corresponde con la voz latina *negotium*, como la *prueba* destinada a constatarla que se corresponde con la de *instrumentum*: M. PLANIOL, *Traité*, cit., I, pág. 104.

(56) Vid. por todos, C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria geral do Direito civil*, Coimbra, 1976, págs. 241 y 259 y ss.

uno de los momentos más interesantes de la ciencia jurídica de todos los tiempos, siendo de gran importancia para nosotros y para la cultura jurídica de habla española, a un lado y a otro del Atlántico, por su extraordinaria influencia, comprendiendo propiamente tres períodos que se corresponden con el pandectismo tardío, en sí mismo considerado (C. Ferrini, V. Scialoja, C. Fadda, P. Bonfante, etc.), la escuela científica (F. Ferrara, G. Stolfi, F. Messineo, etc.), y la superación del positivismo (E. Betti, L. Cariota Ferrara, F. Santoro Passarelli, etc.) y por no citar más que a los más representativos (57), con la particularidad de que el nuevo Código de 1942 no acoge la categoría, con lo que esta doctrina, desde el punto de vista práctico, por las salvedades que de su aplicación se hacen, generalmente, presenta un interés indudable.

Por último, hay que decir que la admisión de una categoría general, como la teoría del negocio jurídico, comporta, como ha observado F. de Castro, que el concepto de negocio jurídico se haya impuesto sin necesidad de textos legales, tal sucedió en Alemania antes del BGB, por la aplicación de las reglas de los contratos y de los testamentos a los demás actos (o negocios) de la autonomía privada. Modelo que según el propio autor citado, también han seguido algunos Códigos, al extender la regulación de los contratos a otros supuestos (58), lo que es aplicable, igualmente, a nuestro Derecho, a pesar del silencio del Código, sobre el particular (59) y, en lo que hay que ver una función dogmática «expansiva» de todo concepto general que, como en el presente caso, se comunica a otros conceptos paralelos: tal el de la categoría general del contrato. Por otra parte, la admisión de un concepto general, se halla mejor en la «*communis opinio*» que dentro de la propia regulación legal.

Efectivamente, muchos de los inconvenientes que se atribuyen a la teoría del negocio jurídico, como algunos de los ya señalados, están pensados para el Derecho alemán, pero no pueden aplicarse de la misma manera en relación con otros ordenamientos, donde sin hallarse consagrado el concepto en el Código se utiliza la teoría por la jurisprudencia práctica, como una categoría especulativa que se «interpone» entre el intérprete y la norma que se aplica. Claro que esto resulta, en cambio, en el BGB, como consecuencia de constituir la «declaración de voluntad» un presupuesto del tipo («*Tatbestand*») de donde se derivan, mecánicamente, las «consecuencias jurídicas» («*Rechtsfolge*»), lo

(57) Para una referencia más amplia, vid. J. L. DE LOS MOZOS, *La causa del negocio jurídico*, en *Revista de Derecho Notarial*, 33-34 (1961), págs. 370 y ss.

(58) *El negocio jurídico*, cit., pág. 22. Refiriéndose al art. 7.º CCS, que dice que «las disposiciones generales del Derecho de obligaciones sobre nacimiento, cumplimiento y extinción de los contratos se aplicarán también a las demás obligaciones civiles». Igualmente, el art. 1.324 C. c. it., según el cual, «salvo disposiciones distintas de la ley, las normas que regulan los contratos se observarán, en lo que sean compatibles, para los actos unilaterales entre vivos de contenido patrimonial».

(59) *Ibid.*, con base en el mismo criterio y a la vista de lo establecido en el art. 1.090 C. c. que sin pronunciarse sobre el particular, da la misma solución por supuesta.

que facilita la abstracción (60), etc. y con ello la llamada mercantilización del Derecho privado. De este modo, no sólo han quedado desnaturalizados algunos negocios, sino que la propia transmisión del dominio, y de la mayoría de los derechos reales, queda convertida en un negocio anómalo (61). Lo cual es debido a una especie de reajuste de la *sistemática interna* del Derecho civil patrimonial. Pero, en contra de lo que pudiera parecer, este reajuste sistemático va mucho más lejos (62): así, mientras en el «*usus modernus Pandectarum*» los derechos patrimoniales se agrupaban en dos categorías, conforme al criterio clasificatorio gaiano, acogido por la *Instituta* de Justiniano, sin que existieran entre ellos grandes separaciones, a saber: derechos *a la cosa* y derechos *sobre la cosa* (63), entendidos los primeros como una «*obligatio*» y los segundos como un «*ius in re*» y respecto de los cuales el contrato, convención o pacto, despliega una función paralela (64), pero constituida en escalones diferentes (65), al generalizarse la categoría general del negocio jurídico, y algo parecido había sucedido con la categoría general del contrato en un panorama extraño al «*usus modernus Pandectarum*», no hay más remedio que separar, tajantemente, los derechos reales y los derechos de obligación, como hace el BGB (66), ya que no vienen separados por el «*modus causandi*», según la expresión del propio Leibniz (67), abandonando el modelo de las *Institutas*, al cual siguen fieles, a pesar de todo, la mayor parte de los Códigos latinos (68).

(60) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Negocio abstracto y reconocimiento de deuda*, en *Anuario de Derecho civil*, 19 (1966), págs. 369 y ss.

(61) Antes del BGB, ya STROHAL, *Rechtübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, en *Jhering's Jahrbücher*, 27 (1889), págs. 335 y ss.; posteriormente, F. HECK, *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, Tübingen, 1937; recientemente, W. FLUME, *Allgemeiner Teil*, II, cit., págs., 152 y ss.

(62) Surgiendo de un remoto voluntarismo que apoya el consensualismo frente al formalismo primitivo se desarrolla en virtud de un proceso de racionalización que se aplica, por igual, al saber jurídico, para aplicarse después a una reinterpretación de la tradición romanista con un intento de actualización y llevar a cabo, finalmente, una síntesis conceptual de ambos propósitos que es lo que cristaliza en el sistema de Pandectas, en la primera mitad del siglo XIX, época que deja marcada su impronta, como no podía ser menos.

(63) J. G. HEINECIO, *Recitaciones del Derecho civil romano*, trad. esp. (de L. DE COLLANTES), II, Valencia, 1879, págs. 219 y ss.

(64) En cuanto «*causa de la obligación*» (*Recitaciones*, cit., II, págs. 60-61) y en cuanto «*causa traditiones*» como *causa remota* (*Recitaciones*, cit., I, páginas 223-224).

(65) Los que separan el «*ius ad rem*» del «*ius in re*» (*Recitaciones*, cit., I, págs. 219 y ss.).

(66) Es decir, a través de una despersonalización de las cosas y en cuanto objetos corporales, ajenos al sujeto, rompiendo la antigua unidad. En este sentido, M. WOLFF y L. RAISER, *Tratado de Derecho civil* de ENNECERUS, III, *Derecho de cosas*, I, trad. esp., Barcelona, 1971, pág. 3. Ya en el mismo sentido se había expresado F. C. VON SAVIGNY, *Sistema*, cit., I, pág. 285, diciendo que la unidad aquí atribuida a los bienes descansa sobre la persona del que los posee.

(67) *Nova methodus*, cit., págs. 39 y ss.

(68) Que siguen hablando de *bienes*: así el *Code civil* (arts. 516 y ss.), el Código de Chile (arts. 565 y ss.), el español (arts. 333 y ss.), e incluso el *Código civile* de 1942 (arts. 810 y ss.), etc. Con la excepción del Código civil argentino,

3. NUEVAS CRITICAS A LA TEORIA Y RECAPITULACION

Como es evidente, no basta con salvar las disfunciones sistemáticas y sus repercusiones cuando se trata de utilizar la teoría del negocio jurídico, porque todo ello es superable y lo ha demostrado, especialmente, buena parte de la doctrina italiana. El problema está en que, siendo esta una traducción dogmática del concepto y valor de la «autonomía privada» y teniendo en cuenta que éste cambia en la estimación de las fuerzas sociales, no cabe duda que nunca puede llegarse, en una sociedad pluralista, a un «*status quaestionis*» pacífico y, en tal sentido, la apreciación de F. Calasso, anteriormente referida (69), queda sometida a revisión, ya que la historia no termina nunca, y con ella la dogmática, se están haciendo constantemente.

Pero, sin llevar esto a sus últimos extremos, bien podemos señalar momentos de aguda crisis de la teoría y, asimismo, indicando las críticas más señaladas de que ha sido objeto, durante los últimos tiempos.

F. de Castro, que estudia esta cuestión magistralmente (70), refiere cómo en los años anteriores a la segunda guerra mundial, convergen las críticas al Pandectismo y al negocio jurídico, coincidiendo en ellas, nacional-socialistas, neo-hegelianos, marxistas y conservadores de la escuela de la jurisprudencia de intereses. Posteriormente, cambiadas las circunstancias, las críticas continúan en un tono menor, olvidándose su radicalización anterior (71). Por otra parte, la doctrina de los *límites* de la autonomía privada queda incorporada a la propia lógica interna del concepto de negocio jurídico, de manera que éste, como autorregulación de intereses privados productor de efectos jurídicos, tiene que ser conforme al ordenamiento jurídico, es decir, a los valores que el mismo reconoce y consagra, de acuerdo con lo establecido por las leyes imperativas («orden público») y por las buenas costumbres que sirven de base a una valoración moral de los comportamientos sociales, en la línea que definiera G. Ripert (72), en la doctrina francesa, y que tanto ha contribuido por el mismo y, a través de sus numerosos seguidores, en todas partes, a la superación del positivismo y a un nuevo renacimiento del Derecho natural (73). Factores que, en este período, confluyen, coincidiendo con una brillante floración doctrinal de la teoría del negocio jurídico, sobre todo en Italia (74), de donde nos llega

que habla de *cosa*, como *objeto corporal* (arts. 2.311 y 2.312): vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Los derechos reales en la sistemática de Vélez Sarsfield*, en *Revista de Derecho Privado*, 1986, págs. 491 y ss.

(69) *El negozio giuridico*, cit., págs. 239 y ss.

(70) *El negocio jurídico*, cit., pág. 22.

(71) *Ibid.*

(72) *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1925. Volviendo al argumento en otras obras posteriores: *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2.ª ed., París, 1948; *Les forces créatrices du droit*, París, 1955, etc.

(74) E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp. Madrid, 1943; L. CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, trad. esp., Madrid, 1956; SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1951, 2.ª ed., (1969), G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, 2.ª ed., Padova, 1961, etc., aparte obras generales.

rápídamente (75), como anteriormente señalaba, conservándose en Alemania la misma tendencia, con un aire renovador, y al margen de las tensiones anteriores (76).

Pero esta situación y la ilusión de «neutralidad» de los saberes jurídicos (¡ un paraíso siempre soñado por los juristas !), no podía durar mucho, apareciendo, recientemente, en Italia, una nueva ola de ataques y de críticas al concepto de negocio jurídico, extensivo también a otras categorías fundamentales del Derecho civil, como el contrato, la persona jurídica, la responsabilidad civil, etc.

No se trata de hacer aquí un examen riguroso y exhaustivo de esta doctrina, simplemente quiero llamar la atención sobre la misma, por el eco que ha tenido, aunque no se trate de una doctrina nueva, ni mucho menos, pues procede del viejo campo marxista (77). Sin embargo, aparece en un contexto muy particular que le da una cierta ilusión de novedad.

Este contexto hace referencia a algunos de los rasgos más característicos de la vida jurídica italiana en la actualidad. Efectivamente, al advenimiento del régimen republicano se plantea el problema de la «cohabitación» entre el *Codice civile* y la Constitución, aunque no se trate, como pretenden los que hablan de la cuestión, trivializándola, de la antinomia entre un Código fascista y una Constitución *democrática*, sino más bien, de un Código «neo-pandectista» y liberal con algunas concesiones fascistas de tipo social, que no satisfacen a nadie y que encuentran la enemiga de todos, y una Constitución transaccional, entre enfrentadas posiciones políticas, que se separa del viejo liberalismo e irrumpe en un campo incierto al confundir los fines con los medios: lo que se llama el Estado *social* de Derecho (78). Durante algún tiempo, la cohabitación no suscitó mayores problemas y, a lo sumo, unas pocas leyes especiales, progresivas y bien intencionadas, les fueron resolviendo. La propia jurisprudencia de la Corte Constitucional, durante este período, nos lo confirma.

Sin embargo, hay un momento en que las cosas van a cambiar, lo que tiene lugar a partir de los primeros años sesenta, debido a causas sabidas por todos. Italia ha conocido el milagro económico y el debate

(75) Aparte de las traducciones de A. MARTÍN PÉREZ de la obra de E. BETTI y de M. ALBALADEJO de la de L. CARIOTA FERRARA, no hay que olvidar la de PELSMAKER de la obra de V. SCIALOJA, *Negocios jurídicos*, Sevilla, 1942, de 3.ª ed. italiana y que constituyó un Curso de lecciones del maestro en Roma (1892-1893), sin olvidar la espléndida monografía de U. ALVAREZ SUÁREZ, *El negocio jurídico en Derecho romano*, Madrid, 1954.

(76) Vid., especialmente, W. FLUME, *Allgemeiner Teil*, cit., II, págs. 1 y ss. y 23 y ss. y allí otras referencias.

(77) A. MENDER, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 4.ª ed., Tübingen, 1908; G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato* (1906), reimp. núm. 10 de los «*Quaderni fiorentini*», cit., Milano, 1980; K. RENNER, *Die rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion* (1905), reimp. Stuttgart, 1966, entre los más significativos.

(78) Donde la vieja fórmula latina, «*ubi societas ibi ius*», entra en una curiosa dinámica con referencia al art. 3.º-2 de la Constitución de 27 de diciembre de 1947. Vid., sin embargo, el reciente libro de N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Roma, 1984.

sobre la planificación del desarrollo se hace muy intenso, a la vez que se reactiva el debate ideológico, en un marco revisionista que, como es sabido, excede de las meras discusiones político-sociales. Esto se traduce en el plano de la política legislativa en una intensa proliferación de *leyes especiales* que todavía domina en el panorama jurídico italiano actual (79).

Tal situación lleva consigo, el que el *Codice civile* quede relegado a un segundo plano, lo que plantea problemas constantes de interpretación y de aplicación del Derecho, contribuyendo al desprestigio de las categorías jurídicas asumidas por el Código, y a una cierta inseguridad, elocuentemente expresada, por otra parte, por eximios juristas, en cuanto al propio *sistema* del Derecho privado. Es en esta línea en la que, precisamente, se ha llegado a hablar del «*tramonto del codice civile*» (80) o, como N. Irti, del advenimiento de una «*età della decodificazione*» (81).

Por otra parte, en este contexto y como el único medio de salir de una situación como la descrita, desde posiciones ideológicas distintas, se acude al recurso del Derecho constitucional (82), desde el que, no sólo la legislación ordinaria se apresta a poner de acuerdo el ordenamiento jurídico, con numerosas reformas, sino que, en ocasiones, la jurisprudencia constitucional también se anticipa a las mismas (83), mientras que la doctrina trata de construir el *sistema*, prescindiendo del Código, puesto que las leyes especiales son las que verdaderamente regulan las relaciones socio-económicas, según dice S. Rodotà y quedando, por tanto, el Código relegado a un segundo término, con escaso relieve e importancia (84); o haciendo derivar la construcción del sistema, directamente, de la Constitución, como propugna P. Perlingieri (85), para quien habría que dar la vuelta al Derecho civil y llegar a fundar un «Derecho civil constitucional» (86).

Pues bien, en este contexto esquemáticamente descrito, aunque oportunamente contestado por la propia doctrina italiana (87), aparece

(79) F. LUCARELLI, *Diritti civili e istituti privatistici*, Padova, 1984, págs. 74 y ss.

(80) Entre otros P. SCHLEISINGER, *Il tramonto del codice civile*, en el vol. *Temi della cultura giuridica contemporanea*, Padova, 1981.

(81) *L'età della decodificazione*, Milano, 1979.

(82) Lo que parece un poco excesivo y más de uno habrá exclamado seguramente: «*Non bisogna prendere la scimitarra per tagliare il salame*» (!).

(83) Efectivamente, la Corte constitucional, en 27 de julio de 1973, declara inconstitucional la prohibición de donaciones entre cónyuges (art. 781 C. c. it., que quedó vacío de contenido), lo que no dejó de suscitar polémicas en la doctrina: A. TRABUCCHI, *L'abolizione del divieto di donazioni fra coniugi*, en *Rivista di diritto civile*, 1974, II, págs. 418 y ss.

(84) *Ipotesi sul diritto privato*, en el vol. *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, pág. 13, relativa, según dice, a la microeconomía de los pequeños tráficó de la actividad doméstica.

(85) Aparte de otras manifestaciones anteriores, vid. *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, en *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, págs. 95 y ss.; posteriormente: *Por un Derecho civil constitucional español*, en *Anuario de Derecho civil*, XXXVI (1983), págs. 1 y ss.

(86) *Tendenze e metodi*, cit., págs. 129 y ss.

(87) Por todos, aquí, F. D. BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione*

la crítica de F. Galgano que ha tenido bastante resonancia, con ocasión de un encuentro de estudio sobre el negocio jurídico, promovido por el «Istituto Gramsci» y celebrado en Roma el 17 de enero de 1976 (88). Para este autor, tomando como pretexto unas palabras de L. Lombardi (89), y apoyándose en una afirmación de G. Tarello (90), la teoría del negocio jurídico constituye un intento de elevar esta categoría a ordenación del entero ámbito de la autonomía privada, colocando al contrato en una relación de especie a género. La cual, al quedar consagrada como construcción legislativa en el BGB, traduce la elección de una determinada política de la construcción jurídica separada de la tipología histórico-social. Y citando en su apoyo a U. Cerroni (91), añade: «típica construcción generalizante, sin contenidos históricos: una abstracción-volatilización de lo real» (92). Por lo demás, según el propio Galgano, la figura tiene (93) como objetivo la igualación *formal* del Derecho, es decir, «realizar un Derecho igual para todos los ciudadanos, sin distinción de clase» (94), un Derecho pensado en función de la «unidad del sujeto jurídico» (Tarello), dejando al margen, como predicados accidentales —viene a decir— su verdadera situación real (95). Aduciendo, más abajo, que con ello se consigue «una igualación de los desiguales» y —como ha escrito Cerroni, dice— la «máscara moderna de la desigualdad». Concluyendo el apartado con un recuerdo de Savigny, al que parece inculpar, tanto por la teoría del negocio como por la de la persona jurídica, de introducir conceptos que pueden dar lugar «a situaciones de derecho desigual, como el privilegio de la responsabilidad limitada...» (96). Con un planteamiento de esta naturaleza, puede fácilmente comprenderse que el resto de sus observaciones no tengan mucho interés, tanto en la parte crítica en la que rechaza, por igual, la teoría general del contrato que ya no considera apta para mediar en el conflicto de intereses de las partes, como consecuencia de la quiebra del principio de la igualdad formal, como en el pretendido aspecto constructivo ya que, tanto una como otra, no garantizan en la sociedad actual la defensa de los débiles frente al predominio de los fuertes (97).

speciale, Napoli, 1984, y, especialmente, en las págs. 22 y ss. interesantes referencias.

(88) *Il problema del negozio giuridico*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1976, págs. 449 y ss.

(89) *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, págs. 317, que no le parecen del todo convincentes.

(90) *Teoria e ideologia nel diritto sindacale*, Milano, 1967, al que vuelve luego a citar en su conocida obra, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Genova, 1973, págs. 27 y ss.

(91) *Per una critica sistematica della categoria giuridica*, en *Democrazia e diritto*, 1974, pág. 487.

(92) *Op. y loc. cit.*, págs. 449-450.

(93) «Es construida como solitaria declaración de voluntad, por lo que es suficiente referirla a un solo individuo» (*Op. y loc. cit.*, pág. 451).

(94) *Op. y loc. cit.*, pág. 451.

(95) *Op. y loc. cit.*, pág. 451.

(96) *Op. cit.*, pág. 452.

(97) *Op. y loc. cit.*, págs. 452 y ss.

Otro tanto vamos a encontrar en otros autores que siguen la misma tendencia, caracterizada por la uniformidad de pensamiento y por su inamovilidad, por más que se pretenda adaptar a la realidad, desde un cierto oportunismo. Es el caso de F. Lucarelli, que bien merecería un análisis más detallado, el cual, retomando argumentos anteriormente expuestos (98) y pretendiendo llevar a cabo una reconstrucción «sistemática» más amplia (99), plantea la cuestión del negocio (o contrato) desde la perspectiva de la relación socio-económica y desde la superación de la metodología voluntarista del Código, pretendiendo reconstruir el sistema a partir del artículo 3-2 de la Constitución (100), lo que le lleva a una graduación o prioridad de los valores en las relaciones socio-económicas (trabajo, iniciativa económica, propiedad), dando preferencia a la tutela del trabajo, para terminar mediante un recurso a la equidad con una recualificación de las relaciones entre el ciudadano y el Estado, donde aparece, con toda su fuerza, el retorno apasionado a la utopía (101).

Pero no es este el momento de rebatir puntualmente estas doctrinas, ni de señalar tampoco la deformación del contexto en el que se producen, en cambio, si podemos indicar, en el momento de hacer una recapitulación de todo lo expuesto, algunos de sus fallos más significativos y, en virtud de los cuales, la crítica efectuada, en este caso a la noción del negocio jurídico, carece de fundamentos sólidos. Para ello, debemos de proceder ordenadamente (102).

(98) *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970. Una crítica más ponderada, en cambio, podemos encontrar en G. B. FERRI, *Causa y tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, aparte de hacer un análisis entre teoría normativa y realidad social; una línea semejante encontraremos en F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, y así podríamos aportar otros testimonios.

(99) *Diritti civili*, cit. (en colaboración con E. BRIGANTI, M. CIANCIO y L. RUSSO), dividiéndose en tres partes: introducción al sistema, ideología de la codificación, constitución y derechos civiles..., el jurista y las ideologías...; una segunda parte, bajo la rúbrica «Estado social» e institutos privados: familia, propiedad, negocio, etc., y, finalmente, una tercera parte (principio de igualdad y derechos civiles): principio de igualdad y procedimiento equitativos, política de la vivienda y urbanística, planificación, etc.

(100) Cfr. «Corresponde a la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País».

(101) *Diritti civili*, cit., págs. 205-306.

(102) Esta crítica estaría muy bien si, tanto los Códigos como la jurisprudencia práctica, o la doctrina propugnaran una construcción del negocio jurídico como la designada por el Pandectismo, pero es, precisamente, por el hecho de haber sufrido una serie de adaptaciones, cuando, actualmente, tiene mayor utilidad al ofrecer todas sus ventajas y ninguno de sus inconvenientes, puesto que el intérprete se halla perfectamente advertido de las exageraciones en que pudo incurrir aquella teoría que, según me parece, no hay que atribuir tanto al Pandectismo como a una idealización que se hizo del mismo por el normativismo positivista y por el formalismo que se corresponden con el predominio de la llamada «escuela científica». Es más, siempre será útil tomar como referencia la teoría del negocio consolidada por el Pandectismo, como hipótesis de estudio, porque el análisis crítico que ello supone sirve, perfectamente, al desarrollo de la «dialógica» jurídica. A lo que no sirve, en cambio es una crítica, como la denunciada, que

Teniendo en cuenta el contexto en que esta crítica se produce, o mejor dicho, lo que hemos calificado de tal, hay que decir, en primer lugar, que la proliferación de *leyes especiales*, por mucho que se comprenda el estado de ansiedad que genera en el jurista, no acaba por desnaturalizar la relación entre Derecho común y Derecho especial que siempre ha estado presente en el panorama jurídico, ya que uno y otro son perfectamente compatibles, como ha destacado, brillantemente, en la doctrina italiana, F. D. Busnelli (103). Por otra parte, esto no supone «*il tramonto*» del *Codice civile*, al contrario, viene a ser hasta un testimonio de su vitalidad y vigor (104). Tampoco es exacto que las leyes especiales sean las que verdaderamente regulan las relaciones socio-económicas, pues, actualmente, como ha dicho recientemente J. Carbonnier, los verdaderos contratos especiales surgen de la autonomía privada y, para darse cuenta de ello, no hay más que tener presentes una serie de figuras nuevas que han surgido a espaldas del legislador, como los contratos de «*leasing*», o de transferencia de tecnología, etc. (105) y entre los que habría que incluir, también, a la «multipropiedad» y a otras operaciones derivadas del turismo, o del comercio internacional. Finalmente, la idea de construir el *sistema* desde la Constitución, parece un poco desorbitada, otra cosa es que los «principios constitucionales» sirvan para la renovación del ordenamiento civil, o de cualquiera otro, en lo que la Constitución y el

confunde o pretende confundir las causas con los efectos, el fundamento con los instrumentos especulativos de su realización social. Pero de ello se da uno cuenta, cuando semejante crítica se extiende también a la categoría general del contrato, a la persona jurídica, a la responsabilidad civil extracontractual, etc. Entonces, se da uno cuenta de que lo que está en juego es la libertad individual, libertad de utilización de las facultades que confiere el ordenamiento a los particulares, que también se hallan amparadas por la Constitución, para crear efectos jurídicos (o al menos, mediatamente considerados) y, consecuentemente, para responder de los propios actos y omisiones, incluso extracontractualmente (ya que compartir el riesgo, socialmente, puede suponer un traslado de responsabilidades al contribuyente). Por otra parte, en una época en que, la omnipresencia del Estado y la creciente intervención administrativa, acosan por doquier a la libertad individual, el argumento utilizado por esa doctrina no parece ni muy convincente ni muy oportuno, sobre todo porque pretende realizar el Estado *social* con detrimento de la *libertad* individual y aquél sólo puede realizarse a través de la propia libertad, lo que con frecuencia olvidan los legisladores cuando pretenden hacer *política social*: vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Derecho de reforma y justicia material en el campo del Derecho civil*, en el vol. *Derecho y Paz (Actas del I Congreso Nacional de Filosofía del Derecho)*, Madrid 1965, págs. 363 y ss.

(103) *Il diritto civile*, cit., págs. 47 y ss.

(104) Un Código es algo más que un reglamento o una ordenanza, el creer lo contrario supone una visión de un positivismo, tan degradado, que ni siquiera es imaginable pueda ser concebido por un jurista. Efectivamente, un Código está pensado, diríamos, no para hacer frente a las necesidades coyunturales que suscitan las leyes especiales, o a las reformas que introducen las «novelas», lo mismo que lo está para ser interpretado, en uno u otro sentido, por la doctrina y por la jurisprudencia, de manera que, al cabo de los años, una misma norma puede dar lugar a aplicaciones distintas. En el sentido de la crítica a la doctrina expuesta, vid. F. D. BUSNELLI, *Il diritto civile*, cit., págs. 30 y ss.

(105) *Théorie générale du contrat*, en *Journées René Savatier (L'évolution contemporaine du Droit des Contrats)*, Poitiers, 24 y 25 de octubre de 1985 (inédito).

Código no se estorban recíprocamente (106). Solamente en cuanto que los «principios constitucionales» son, para el jurista, un aliciente para potenciar la función de los «principios» en el juego total del ordenamiento, se puede hablar de «Derecho civil constitucional» (107), pero el *sistema*, y con independencia de la vinculación del legislador a los «principios constitucionales», no se puede construir sólo con los principios (108) y esto que sería perfectamente válido para el Derecho italiano, lo es mucho más, y de forma más evidente, por razones obvias, para el Derecho español.

Por lo que se refiere a los términos de la propia crítica respecto del concepto de negocio jurídico, muy poco hay que decir, pues, las razones son tan gordas que se caen por su propio peso. De una parte, en cuanto al surgimiento de la teoría y en cuanto a su inserción en los Códigos o en lo que se refiere a su utilización por la jurisprudencia teórica o práctica, no puede hacerse depender, únicamente o de forma predominante, de un criterio político, pues esto supone trivializar la cuestión, como hemos visto al hablar del origen y desarrollo de la misma en relación con los antecedentes del sistema de Pandectas y por simple comparación con lo que allí se dice. De otra, y en cuanto al desfase existente, en diversos períodos históricos entre, justicia *formal* y justicia *material*, cuestión que es más amplia que la idea de igualdad que tanto se utiliza por aquella doctrina, no depende únicamente, ni mucho menos, de un modelo dogmático (contrato o negocio), sino de otros muchos factores, de modo que, los que acusan de generalización y de abstracción, caen precisamente en ese defecto, con mucha menos justicia y ante el descrédito, casi unánime, de su crítica desde la perspectiva de la experiencia jurídica. Finalmente, y en tercer lugar, desde la propia experiencia jurídica se sabe muy bien que, en las relaciones económico-sociales, precisamente, el diseño de una política de *finés* y de *resultados* (como conseguir la igualdad *real*), es siempre, en cualquier situación, mucho menos efectiva que una política

(106) El pretender discurrir jurídicamente conforme a cláusulas generales (buena fe, equidad, enriquecimiento injusto, etc.) es uno de los peligros que derivan del bajo nivel intelectual de tantos que ejercen profesiones jurídicas (no me atrevo a llamarles juristas), lo que con escarnio llega a los tribunales, frecuentemente, y, en ocasiones, a la casación civil. Algo parecido sucede cuando del principio de *igualdad* de los ciudadanos se quiere extraer una *regla universal* que valga tanto para la «interpretación» de los contratos (habida cuenta la previa estimación, puramente mecánica, de una «desigualdad» de clase), como para juzgar en equidad, lo que supone la liquidación del «ordenamiento jurídico» en su conjunto: en este sentido, S. COTTA, *Diritto e Politica, in Iustitia*, 1974, págs. 15 y ss. Por otra parte, como dice R. SACCO, un gran comparatista italiano, en *Codificare: modo superato de legiferare?*, en *Rivista de diritto civile*, 1983, pág. 120, «la Constitución nunca ha hecho morir de asfixia un Código civil».

(107) En este sentido, F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, 3.^a ed., Madrid, 1955, págs. 448 y ss. y 469; J. L. DE LOS MOZOS, *Norma, principio y sistema en la integración del ordenamiento jurídico*, ahora en *Metodología*, cit., páginas 85 y ss.

(108) Como dice F. D. BUSNELLI, *Il diritto civile*, cit., pág. 30, «los principios constitucionales no pueden constituir ellos mismos un sistema y, mucho menos, un contrasistema», remitiéndose a los *Atti* de un *Convegno* sobre contratos típicos y atípicos que tuvo lugar en Pisa en 1981.

jurídica de *medios* y de *garantías*, como expresión de los derechos civiles, pues los fines ya les buscará cada uno, en el ejercicio de su *libertad* individual, de la que se olvida, por completo, semejante crítica.

Tampoco es necesario acudir a ella para estar alerta, respecto de los inconvenientes que puede presentar la teoría general del negocio jurídico, o del contrato, en la actual sociedad de masas, como ha demostrado F. de Castro (109), y como uno de sus más directos discípulos, A. M. Morales Moreno, ha puesto oportunamente de relieve, destacando la importancia del «propósito práctico», y su relevancia, en la manera de entender el negocio jurídico, en la obra del maestro (110) y que, por mi parte, traigo aquí, como colofón de estas desordenadas digresiones, porque ninguna otra se compagina mejor con otra idea de la que me he servido, en ocasiones, para expresar un adecuado equilibrio, necesario en el mundo del Derecho y que, en tema de negocio jurídico, debe traducir también el desarrollo paralelo entre los poderes de los particulares y los poderes del ordenamiento.

(109) Quien en el último de sus trabajos, publicado ya después de su muerte, y enlazando con otros anteriores que están en la mente de todos, vuelve a ilustrarnos y a enseñarnos, sobre un viejo tema, para la dogmática civilista, que ha vuelto a ponerse de actualidad: *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, en *Anuario de Derecho civil*, XXXV (1982), págs. 987 y ss.

(110) *El «propósito práctico» y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro*, en *Anuario de Derecho civil*, XXXVI (1983), págs. 1529 y ss.

La responsabilidad de los gananciales por precio aplazado, la libertad de pacto en capitulaciones y otras controversias

TOMAS GIMENEZ DUART

Notario

A primeros de 1982 publiqué, en ésta y otras revistas, algunos trabajos sobre la reforma de la sociedad de gananciales (1). Tales estudios, inicialmente elaborados como comentarios destinados a opositores a Notarías, no pretendieron ser más que un principio de divulgación de la reforma, de ahí su concisión innegable. Prueba de ello es que una sola línea en aquéllos, a propósito del artículo 1.375, será aquí objeto de un amplio tratamiento, o que un comentario de media página escasa al artículo 1.378 ha dado lugar a una monografía específica (2). Desde esta perspectiva creo que los trabajos cumplieron la labor de divulgación propuesta. Obtuvieron, por lo demás, una acogida normal por parte de la doctrina: a unos gustaron más, a otros menos y otros los ignoraron, bien por no conocerlos, bien por conocerlos y no valorarlos. Pero todos dentro de los límites del debido respeto y fieles al principio de veracidad en la cita.

Bueno, no todos. Hubo un autor que, sea por un estudio precipitado o por trabajar en base a resúmenes ajenos mal elaborados, me obsequió con unos desafortunados comentarios a propósito de dos de tales escritos: los publicados en esta misma revista y en la de Derecho Privado (3). Es tal la inexactitud

(1) *La gestión de la comunidad de gananciales*, Anuario de Derecho Civil, 1982, págs. 571 y ss.; *Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 548, 1982, páginas 117 y ss.; *La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981*, Revista de Derecho Notarial, CXIII-CXIV, 1981, páginas 73 y ss.; *Cargas y obligaciones del matrimonio*, Revista de Derecho Privado, junio 1982, págs. 542 y ss.; *El artículo 1.320 del Código Civil ¿es aplicable en Cataluña?*, Revista Jurídica de Cataluña, T. I de 1982, págs. 193 y ss.

(2) Me refiero al estudio sobre «La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge», de próxima publicación en Anales de la Academia Matritense del Notariado.

(3) Vide DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo XXV, Vol. 2.º, particularmente págs. 244, 298, 369, 372 y 387.

en las citas que la réplica se hace de todo punto obligada, sin perjuicio de ser todo lo respetuosa que los límites de la legítima defensa justifican (4).

I. LAS CARGAS DERIVADAS DEL NEGOCIO, PROFESION, ARTE U OFICIO

Según el número 4.º del artículo 1.362 C. c. son carga de la sociedad de gananciales, esto es, responsabilidad definitiva del consorcio, los gastos que se originen por «la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge». Comenta DE LOS MOZOS que la cuestión del ámbito del precepto es tan evidente que no requeriría razonamiento alguno pero... dado que alguien (un servidor) ha manifestado... que la norma no tiene sentido más que para los negocios comunes... no hay más remedio que razonarlo». Acto seguido dedica dos páginas largas a «explicarme» el precepto (5).

Mas, ¿cuándo he dicho lo que se me imputa? Veamos «todo» lo que en su día escribí a este respecto: «En lo relativo al número 4.º (del art. 1.362) hay que relacionarlo con el número 8.º del artículo 1.346, porque, si según éste no son comunes sino privativos los instrumentos necesarios para el desempeño de la profesión u oficio, no es lógico que los gastos originados por su adquisición sean a cargo del consorcio, por lo que, aunque tales adquisiciones entren en el concepto de gastos ordinarios de explotación o del oficio, no

(4) Tal como resulta del texto, la presente réplica se limita aquellos casos en los que, sin justificación alguna, he sido malinterpretado. Quiero constatar que en otros varios puntos, aunque no replique, continúo manteniendo las posturas que en su momento defendí: así, pensando que el artículo 1.362-1.º debe relacionarse con el artículo 1.319; que la interpretación lógica del artículo 1.366 exige entender que «la excepción por *dolo o culpa grave se refiere al cargo*, esto es, al aspecto interno, mas no a la responsabilidad o garantía de terceros»; continúo opinando no es del todo correcta la expresión «mitad» que utiliza el artículo 1.379, afirmación que, desde luego, no constituye ninguna originalidad por mi parte, aunque moleste a alguno por entender que la expresión legal es válida «por castiza»; por supuesto insisto en que la donación de cosa ganancial hecha por un sólo cónyuge es sanable «a posteriori» por el consorte, sin que se oponga a ello la literalidad ni el espíritu del artículo 1.378, me remito a este respecto al estudio monográfico antes dicho; igualmente sigo creyendo, respecto del artículo 1.382, que el cónyuge puede no sólo tomar como anticipo numerario ganancial del que tiene a su disposición, sino «también reclamar a su consorte parte del que él guarde», pues no parece lógico que la mujer del boyante profesional, licenciada en paro o propietaria rústica, no pueda exigir de aquél los fondos necesarios para un cursillo de perfeccionamiento profesional o para no dejar incultas sus fincas. En definitiva, quede claro que no porque me limite a contestar unos puntos concretos me allano en los restantes. Simplemente en éstos la discrepancia es correcta y la acepto, mientras en aquéllos la improcedencia en la forma es tal que no deja otra alternativa que la réplica.

(5) Op. cit., págs. 261 y siguientes.

serán de cargo sino, en todo caso, responsabilidad de la comunidad» (6).

¿Se deduce de lo transcrito que ya haya defendido que la norma no tiene sentido más que para los negocios comunes? Precisamente todo lo contrario, como lo demuestra la alusión que hice al artículo 1.346-8.º y al carácter privativo de la adquisición, puesto que si la explotación fuera común la adquisición también lo sería y, obviamente, constituiría carga del consorcio. Así, por ej., lo ha entendido TORRALBA sin ninguna duda (7). El precepto pues es bastante claro en su aplicación al negocio privativo, no obstante conviene nos detengamos brevemente en el mismo.

A) *El negocio*.—Los gastos de explotación regular del negocio son a cargo del consorcio, pero ello no significa que sólo sean «cargo» los gastos ordinarios, es decir, no es válida la asimilación que efectúa DE LOS MOZOS entre «explotación regular» y «expensa ordinaria». Aquí el término regular tiene un sentido más económico que jurídico, de modo que explotación regular se contrapone a explotación irregular, pues el adjetivo no viene referido al gasto, sino a la explotación en sí, «al modo de llevarla». Por ello dicho término no equivale necesariamente a administración ordinaria, sino a la administración necesaria en orden a la adecuada producción, aunque ello pueda dar lugar a algún desembolso extraordinario. Así, por ejemplo, la entrada de España en la C. E. E. obliga a gastos extraordinarios de adaptación a la nueva coyuntura, cuyas expensas, pese a lo extraordinario, deben entenderse incluidas en el espíritu del artículo que examinamos.

B) *La profesión, arte u oficio*.—Según DE LOS MOZOS también en este caso sólo los gastos ordinarios son a cargo del consorcio. En cambio, para mí *todos los gastos* del profesional o del artista son a cargo de la comunidad, sean ordinarios o extraordinarios; salvo, como observa TORRALBA, el caso extremo de gastos claramente desproporcionados con el presumible montante de los ingresos (7 bis). Repárese en que el Código refiere el término regular al negocio, que puede tener un contenido económico privativo, mas no al oficio (pintor, médico, trapecionista) del que difícilmente se podrá predicar el adjetivo ganancial o privativo.

(6) Op. cit., en Rev. D.º Pr., pág. 543.

(7) TORRALBA SORIANO y otros, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Ed. Tecnos, 1984, Vol. 2.º, pág. 1669.

(7 bis) Precisamente éste es el sentido que hay que atribuir al término «ordinario» en el artículo 1.365-2.º, a propósito de la responsabilidad «provisional» o frente a terceros. Obsérvese que el precepto no habla de gastos ordinarios de la profesión, sino de «ejercicio ordinario», lo que puede implicar ciertas expensas extraordinarias, para establecerse por ejemplo. Ejercicio ordinario significa «ejercicio normal», lo que puede dar lugar a algunos gastos extraordinarios. A ejercicio ordinario no se contrapone ejercicio extraordinario (¿), sino ejercicio anormal o irregular de la actividad profesional o del oficio.

Los profesionales comprenderán fácilmente cuanto se dice. Según un sector de la doctrina no son a cargo de la comunidad las expensas extraordinarias del ejercicio profesional, «no se incluirán, por tanto, los gastos de establecimiento» (8). Ello significa que cuando un médico monta consulta o un abogado despacho o un notario concursa desde Bermeo a Sevilla, los gastos de instalación o traslado son a su exclusivo cargo. Lo mismo que si deciden pintar, enmoquetar o hacer reformas en el despacho, a poco que se restrinja el término «gasto ordinario». La solución no es en absoluto lógica y puedo asegurar no es la comunis opinio entre los profesionales.

Por el contrario, lo más razonable y, a mayor abundamiento, lo más ajustado al texto del precepto, es estimar que todos los gastos del profesional son gastos del consorcio. Salvo que tales gastos generen un incremento en el patrimonio privativo del profesional, por ejemplo, mejoras en un local de titularidad privativa (en cuyo caso habrá que deducir del cargo ganancial el incremento de valor experimentado por el bien privativo) o adquisiciones de bienes necesarios para la actividad que, por tal motivo, tengan la consideración de privativos. De ahí el comentario en la «Revista de Derecho Privado», tan breve y tan mal interpretado: si el artículo 1.346-8.º dice que los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión son privativos, también, «*en este caso concreto*», el gasto habrá de serlo, en tanto en cuanto los instrumentos no hayan sido consumidos en el ejercicio de la actividad, o lo que es igual, en la misma cuantía en la que hayan determinado un incremento en el patrimonio privativo del profesional al tiempo de la liquidación. ¿Se deduce de cuanto antecede que el párrafo que nos ha ocupado sólo se refiere a negocios comunes? Mas, sigamos.

II. LA AFECCION DE LOS GANANCIALES EN EL CASO DE SEPARACION DE HECHO

Según el artículo 1.368 C. c. «también responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales». Defendí que el sentido de este precepto no puede ser otro que el de reforzar la posición del cónyuge separado de hecho que continúa al cuidado del hogar y de los hijos; que el artículo 1.368 no está excepcionando la regla general del artículo 1.365, no supone una mayor afección de los bienes, sino un dotar de «credibilidad en el tráfico», respecto de los gastos familiares, al cónyuge cuya especial situación podría dar

((8) DE LOS MOZOS, Op. cit., pág. 263.

lugar a dudas en lo relativo a la facultad de afectar a los gananciales; que se trata de una norma de evidente alcance práctico dirigida, por ejemplo, al proveedor de la familia o al director del colegio de los hijos para que sepan, sin lugar a dudas, que, aun estando los cónyuges físicamente separados, el consorcio sigue respondiendo de las obligaciones «familiares» contraídas por uno solo, y concluía afirmando que «no es una norma excepcional, sino especial... que sólo pretende disipar cualquier duda respecto de la solvencia del cónyuge que continúa al frente de la familia y de los hijos...» (9).

Mas, llega un autor y, sin aportar prácticamente una sola idea original, anatemiza en nota a pie de página: «Carácter, extensión y efectos del precepto que no ha sido bien comprendida por algunos prácticos, es el caso de T. Giménez Duart». Aparte de lo que de despectivo pueda tener el calificativo *práctico* (a menos que pretenda oponerse a quien por «teórico» está en las nubes) lo cierto es que resulta inadmisibile coincidir con un autor hasta en el sistema de exposición, al tiempo que gratuitamente se le descalifica y, en el colmo del despropósito, apropiarse de la conclusión ajena al afirmar que «se trata, en fin, de una norma especial no de una norma excepcional, en cuanto a la concreción de responsabilidad» (10). Luego, aunque el práctico no ha entendido nada, la conclusión interpretativa correcta es la suya.

III. LA RESPONSABILIDAD POR PRECIO APLAZADO EN LAS COMPRAS POR UNO SOLO DE LOS CONYUGES

Si hay un precepto confuso tras la reforma de 1981, en sede de cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, es el artículo 1.370, a cuyo tenor: «Por el precio aplazado del bien ganancial adquirido por un cónyuge sin el consentimiento del otro responderá siempre el bien adquirido, sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código». ¿Cuáles son esos *otros bienes* que también responden con arreglo a las normas del propio Código?

Para DE LOS MOZOS está muy claro que la responsabilidad «no puede ser otra que la que establece el artículo 1.369, es decir, se trata de la responsabilidad indistinta de los bienes privativos del cónyuge comprador y de los demás bienes gananciales, sin necesidad de retorcer el argumento y de tratar de distinguir situaciones por las que se pueda hablar de una graduación de responsabilidad, lo que no es más que un puro artificio armonístico... es el caso de T. Giménez Duart, op. cit., en «Revista de Derecho Privado», 1982, pág. 546» (11). Obviamente no se molesta en argumentar la tesis para no incurrir en «artificios armonísticos».

(9) Op. cit., en Rev. D.º Pr., pág. 551.

(10) DE LOS MOZOS, op. cit., págs. 306 y 307.

(11) DE LOS MOZOS, op. cit., pág. 319.

Mas ha querido el destino que precepto tan diáfano haya sido interpretado de forma diferente por la casi totalidad de los autores, así LACRUZ, DIEZ PICAZO-GULLON, ALBALADEJO, TORRALBA, BLANQUER, AVILA ALVAREZ, MATA, CAMARA, etc., no admiten la afección inicial de la totalidad de los bienes gananciales (12), de forma que, paradójicamente, la hasta hoy «nuestra tesis» no tiene más argumentación a favor que la por mí suministrada en el aludido trabajo. Porque en él no distinguía a propósito del artículo 1.370 «situaciones» (de nuevo la cita inexacta), sino tres posibles «interpretaciones», a saber:

a) De responsabilidad *mínima*, con arreglo a cuya interpretación sólo respondería el bien comprado y el patrimonio del cónyuge que lo ha adquirido: es la actual tesis de LACRUZ y de la inmensa mayoría de los autores (13).

b) De responsabilidad *media*, interpretación según la cual a

(12) LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, IV, págs. 436 y 385; DIEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, pág. 245; ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, IV, pág. 173; TORRALBA, *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, Ed. Tecnos, Vol. 2.º, págs. 1720 y ss.; BLANQUER, *La idea de comunidad en la sociedad de gananciales*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo XXV, págs. 132 y ss.; AVILA ALVAREZ, *El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario número 547, pág. 1399; MATA PALLARÉS, *Deuda y responsabilidad en la contratación por persona casada*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo XXV, págs. 348 y 349. DE LA CÁMARA ALVAREZ, *La autonomía patrimonial en el actual derecho español sobre la familia*, Separata del Boletín del Colegio Notarial de Granada, mayo 1986, p. 82 y 115. Transcribiré parcialmente la opinión de LACRUZ a este respecto: El artículo 1.370, dice, «pone de relieve la notable especialidad de esta adquisición forzosa del consorte, pues, como dice Schlesinger, la relación jurídico-negocial surgida entre el cónyuge comprador y el tercero vendedor no pasa a la comunidad ni en lo referente a sus perfiles pasivos (por ejemplo, la obligación de pagar el precio de lo adquirido: véase, con todo, art. 1.370) ni en cuanto concierne a sus aspectos activos (acciones de responsabilidad, nulidad o resolución frente al enajenante)... De lo dicho se deduce la necesidad de distinguir entre la eficacia obligacional de la operación y su incidencia real definitiva. La compra es válida y eficaz, y por tanto el objeto adquirido ingresa de momento en el acervo común... el bien comprado por un cónyuge y pagado con numerario cuya procedencia no demuestra, es ganancial porque no puede ser privativo. Mas la cuestión tiene un segundo aspecto. La adquisición, cuando es definitivamente ganancial, su pone un destino unilateral de fondos comunes que no podía realizar el comprador sin el asentimiento de su consorte. El adquirente ha operado con validez «erga omnes», pero puede haber realizado una compra ruinosa o meramente innecesaria ... Todo ello es una cuestión a ventilar entre la pareja, pudiendo pedir el no comprador la restitución de los fondos al consorcio por el adquirente y que éste se quede con el bien adquirido como privativo suyo... Realizada la adquisición por uno solo de los cónyuges, cualquiera que sea la condición del bien adquirido la masa consorcial no responde del pago del precio, salvo el propio bien en cuestión...».

(13) No se olvide que «el patrimonio» de un cónyuge viene formado por sus bienes privativos y su participación ganancial, que también podrá ser agredida vía artículo 1.373.

los anteriores bienes se sumarían los comprendidos en el artículo 1.384: es la tesis que sostuvo LACRUZ anteriormente (14).

c) De responsabilidad *máxima*, interpretación que defendí y con arreglo a la cual deben responder «todos los gananciales», aparte de los bienes propios del cónyuge adquirente y el mismo bien adquirido. En el mismo trabajo expuse, cinco argumentos en favor de esta tesis que se hayan a disposición del lector en el lugar y páginas antes citados. Me limitaré a reiterar aquí aquél que para mí es más evidente: si del artículo 1.362-2.º se deduce que el gasto de adquisición de un bien común es responsabilidad «definitiva» de la sociedad, la responsabilidad «provisional» también ha de ser de la comunidad; y añadía que «sólo en los casos excepcionales en que la adquisición se haya hecho en beneficio exclusivo del adquirente será dudosa la responsabilidad primaria de los gananciales», párrafo este que también provoca ciertas iras, al no alcanzarse a comprender cómo una cuestión inter-cónyuges puede compaginarse con una regla de responsabilidad y llegar a afectar a terceros. Me detendré pues en este extremo.

Tras la reforma de 1981 el respeto del Código a la persona, a la individualidad y autonomía de cada uno de los cónyuges es muy superior al existente bajo el régimen anterior. En sede activo GARRIDO CERDA ha llegado a apuntar que hoy, más que de titularidad ganancial o privativa, cabe hablar de bienes de la titularidad de la mujer o del marido «de carácter ganancial o privativo» (15). Aunque no esté de acuerdo con las conclusiones que

(14) LACRUZ, *la reforma del Derecho de Familia del Código Civil español*, págs. 45 y 46.

(15) GARRIDO CERDA, *Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro*, A.A.M.M., Tomo XXV, págs. 143 y ss. Para este autor «en el régimen de gananciales la titularidad de los bienes pertenece a los cónyuges, individual o conjuntamente en proindivisión, según quien haya sido el que los ha aportado al consorcio conyugal ... la cotitularidad, o mejor, la comunidad ha perdido aquel sentido jurídico que parecía atribuirle el artículo 1.344 del Proyecto del Gobierno, y se ha extrapolado hacia un terreno puramente económico».—No coincido con la tesis brillantemente expuesta por GARRIDO recogiendo aires de la ponencia sobre la Reforma celebrada en 1981 en la Academia Matritense del Notariado. Y no coincido porque el actual artículo 1.344, al apartarse en su redacción definitiva del Proyecto del Gobierno, no hace más que seguir las pautas del legislador de 1889, que ya en el antiguo artículo 1.392 se expresaba en similares términos, pese a lo cual la inmensa mayoría de la doctrina rechazó la tesis de la comunidad de valores en pro de la tesis de la comunidad de bienes. Incluso tras la Reforma hay menos motivo que con anterioridad a ella para sustentar tal teoría, dada la redacción actual de los artículos 1.396 y ss. en orden a la liquidación del consorcio. De ser cierta la teoría de la comunidad de ganancias y no de bienes, la primera partida del activo debieran ser «todos los bienes de uno y otro cónyuge» y no sólo los gananciales; y la primera del pasivo el «patrimonio inicial» de ambos consortes. Precisamente antes de la Reforma gozaba de mayor apoyo legal la tesis del sentido no jurídico sino económico de la titularidad, dado que en la liquidación (arts. 1.418 y ss. derogados) se formaba un «totum revolutum» con los bienes del matrimonio y se procedía a restituir sucesivamente la dote, los parafernales, el capital del marido y «el sobrante», si lo había tras pagar a los acreedores, eran los gananciales. En cambio la nueva

el citado autor deriva de tal planteamiento, lo cierto es que en sede de pasivo sí cabe formular la cuestión en esos términos: hay deudas de la mujer y deudas del marido. Es decir, cuando marido o mujer contratan por sí solos vinculan, en principio, únicamente su patrimonio (constituido por los bienes privativos y la participación en los gananciales vía art. 1.373) porque ello constituye el principio general del artículo 1.911. Sólo cuando el otro cónyuge «entra» en el negocio jurídico la responsabilidad se extiende a todo o parte de su patrimonio. Tratándose de negocios de atribución patrimonial (compras y ventas), a todo si la entrada es «in obligatione», o sólo a «la parte» ganancial si la entrada se limita a ser «in attributione». Teniendo en cuenta que el otro cónyuge puede entrar en el negocio de atribución patrimonial de tres formas diferentes:

a) Co-contratando (entrada «in obligatione»), en cuyo caso la responsabilidad se extiende a todo su patrimonio ganancial y privativo por mor del artículo 1.911.

b) Asintiendo la atribución (entrada «in attributione»), en cuyo supuesto afecta sólo parte de su patrimonio: su participación ganancial, según resulta del artículo 1.367 proposición final. La diferencia estructural entre este caso y el anterior estriba en que en aquél el cónyuge ha consentido el negocio por entero, el título y el modo, el contrato y el desplazamiento del bien a la sociedad de gananciales, mientras que en este segundo caso el consentimiento se limita al modo, atribución o desplazamiento.

c) Aprovechando las ventajas del negocio concluido por el otro cónyuge (entrada tácita «in attributione»), en cuyo caso en base al principio recogido en el artículo 1.893 «quien aprovecha las ventajas será responsable de las obligaciones contraídas en su interés», compromete también la parte ganancial de su patrimonio.

Porque el «aprovechamiento de la ventaja» implica una ratificación tácita de la «gestión adquisitiva» del cónyuge comprador, y sabido es que la ratificación de la gestión (por parte del codestinatario de la atribución) produce los efectos del mandato expreso, según cabe deducir ex artículo 1.892. Ratificación que abarca no el entero negocio, no «todo el contrato de compraventa» celebrado «proprio nomine» por el cónyuge comprador, sino únicamente la atribución, el desplazamiento patrimonial de vendedor o consorcio. Pues quien expresa o tácitamente adquiere «para la comunidad» aun actuando «proprio nomine in obligatione» está actuando «proprio et alieno nomine in attributione».

redacción del Código debe alejar toda tentación de convertir la comunidad de gananciales en un pseudo-régimen de participación. La adquisición por un solo cónyuge determina la atribución de la *titularidad formal* a dicho consorte, con las consecuencias que de ello pueden derivarse (art. 1.384 principalmente), mas la *titularidad material*, con todos los poderes inherentes a ella, corresponde a uno y otro cónyuge.

En efecto, cuando un cónyuge compra para el consorcio lo indudable es que implica al otro consorte en la adquisición, pues, en el patrimonio de éste ingresa una participación del bien adquirido. No implica el cónyuge en el contrato, pero sí en las consecuencias del contrato, esto es, en la atribución. Luego, en el aspecto atributivo del negocio el comprador está actuando en interés propio y en interés ajeno (de su cónyuge) lo que expresa con la frase «adquiero para la sociedad de gananciales» u otra equivalente. Hay *contemplatio domini* (*dominus* o *condominus* en este caso es el cónyuge) no en el aspecto obligacional del negocio, pues sólo el comprador contrata, sino en el aspecto real: en la atribución (adquisición de nuestro caso) que efectúa para sí y para su cónyuge.

Pues bien, para los negocios de atribución patrimonial que nos ocupan, el Código responde escrupulosamente a esta lógica:

1) De los negocios concluidos por un solo cónyuge únicamente responde su patrimonio: artículo 1.373.

2) Salvo que el otro cónyuge consienta expresamente el negocio: artículo 1.911 (responsabilidad total) ó 1.367 *in fine* (responsabilidad circunscrita a los gananciales), según ese consentimiento implique un devenir «*dominus negotii*» o mero «*dominus attributionis*».

3) Y salvo, también, que el otro cónyuge, aun sin consentir expresamente, aproveche las ventajas del negocio, ratificando la atribución a la comunidad tácitamente: artículo 1.369.

En unos casos la ley presume el aprovechamiento, o mejor, califica objetivamente la ventaja para la familia y, por ende, para el otro cónyuge que así ve comprometida la parte ganancial de su patrimonio: tal sucede con los actos (no sólo negocios) ex artículo 1.365. E incluso, excepcionalmente, todo su patrimonio: artículo 1.319.

En cambio en otros casos resulta muy difícil dilucidar si la actuación del cónyuge es o no provechosa al consorcio. Tal sucede precisamente en el supuesto de compras por uno solo de los cónyuges y de ahí la ambigüedad del artículo 1.370.

Lo normal, lo habitual, será que el otro cónyuge asienta tácitamente la adquisición (*tacita ratihabitio attributionis*), no se oponga a la entrada del bien en la comunidad y aproveche sus ventajas, en cuyo caso la responsabilidad ganancial debe proclamarse por así resultar de la combinación de los artículos 1.369, 1.892 y 1.893 C. c. Insisto en que el «aprovechamiento» implica una ratificación tácita no del entero negocio (concluido por el comprador «proprio nomine» sino sólo de la atribución consecuencia de aquél. Si la ratificación de la gestión del comprador se refiriera a «todo el negocio», el cónyuge pasaría a ser «*pars obligationis*», respondiendo entonces con todo su patrimonio ex artículo 1.911.

Lo excepcional, en el sentido de inusual, consistirá en la no aceptación por parte del cónyuge del ingreso del bien en el consorcio, lo que provocará la entrada en juego del principio general en cuya virtud cada uno de los cónyuges responde de las obligaciones contraídas con su solo patrimonio, lo que determinará la exclusión de los gananciales *in genere*.

El problema se traslada entonces a si cabe reconocer a cada uno de los cónyuges la posibilidad de no aceptar la entrada en el consorcio de los bienes adquiridos por su consorte. La respuesta, a mi entender, debe ser positiva. Imaginemos al obrero en paro que compra para su exclusivo solaz una costosa motocicleta, o a su cónyuge que adquiere una carísima joya. Supongamos además que las compras son con precio aplazado, mediante la entrega de una mínima entrada que se satisface con fondos gananciales. Parece de lógica y de justicia permitir al cónyuge negar la ganancialidad de aquello que para nada le aprovecha y que, además, le empobrece.

Incluso encaja mucho mejor con el respeto a la individualidad y autonomía de los cónyuges y con el sistema general del Código, considerar que el cónyuge que no ha aprovechado la adquisición, no ha ratificado la atribución sólo aceptada «proprio et alieno nomine» por el cónyuge comprador. Hay que tener en cuenta que en la normalidad matrimonial hay un a modo de mandato tácito y recíproco entre cónyuges. Mandato tácito que incluso podría deducirse por vía de interpretación extensiva del artículo 1.439 C. c. que, como dice LACRUZ, es un precepto en sede de régimen de separación de bienes pero extensible a cualquier otro régimen. Cuando el mandatario (cónyuge comprador) actúa correctamente dentro de los límites del interés familiar, la adquisición aprovecha al consorte y el bien ingresa en el consorcio. Mas, cuando el cónyuge comprador se haya excedido, nada justifica que el bien adquirido ingrese fatal y automáticamente en el consorcio. En este caso el bien no será ganancial si el otro cónyuge no lo quiere. Consecuentemente el patrimonio ganancial queda exento de responsabilidad por un acto que para nada le atañe (15 bis).

Todo lo cual no implica una disminución de solvencia respecto del vendedor por puras cuestiones internas, sino una «no ampliación» que es algo muy diferente. Insistimos en que el principio general es que cada sujeto de derecho cuando actúa compromete sólo su patrimonio y esa es la garantía del vendedor; si además ese sujeto está casado en régimen ganancial y el bien ingresa normalmente en el consorcio, mejor para el vendedor que podrá,

(15 bis) Obsérvese que el artículo 1.370 habla de adquisición por un cónyuge de un bien ganancial *sin* el consentimiento del otro y no *contra* tal consentimiento, que es algo muy diferente. Del artículo 1.370 resulta que el bien ingresado por un consorte puede ser ganancial, aunque no conste expresamente la aceptación por el otro, más de ahí no se deriva que el bien haya de ser fatalmente ganancial si el otro razonablemente se opone, es decir, si un cónyuge actuó *contra* la opinión de su consorte.

según esta interpretación, agredir, caso de impago del precio, parte de los bienes «de otro»: la parte ganancial no correspondiente al cónyuge contratante.

Llegados a este punto quizás se tache de incoherente el partir del principio de la responsabilidad individual para sentar, en el caso que contempla el artículo 1.370, la regla de la responsabilidad compartida, al quedar afectos los gananciales in genere. Mas no hay en ello contradicción alguna. En sede de gananciales el principio de responsabilidad universal «única» del deudor se yuxtapone al de «quien aprovecha las ventajas debe estar a los inconvenientes», y la regla general es que la adquisición lo sea en provecho del consorcio, lo que determina la coincidencia de los dos «principios» dichos. De donde resulta la regla de «la afección de todos los gananciales salvo alegación razonable del otro cónyuge por ser la adquisición en provecho exclusivo del comprador».

Luego, mientras para la doctrina mayoritaria no responden los gananciales «salvo prueba del aprovechamiento», para mí «responden los gananciales salvo prueba del no aprovechamiento», porque la regla-pauta general de comportamiento es que las compras del marido aprovechan a la mujer y viceversa, lo que provoca la conjunción de los principios ex artículos 1.893 y 1.911 tantas veces dichos (16).

(16) De entre los defensores de la tesis mayoritaria cabe destacar al profesor Torralba por ser su postura la mejor fundamentada. Apoya este autor la exclusión inicial de los gananciales en las siguientes consideraciones:

a) El artículo 1.363 del Proyecto de 1978, a cuyo tenor: «Si uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro adquiere bienes con dinero ganancial que obre en su poder, según lo prevenido en el número 2.º del artículo 1.381. y una parte del precio queda aplazado, la obligación sólo podrá hacerse efectiva sobre los mismos bienes adquiridos, salvo ratificación expresa o tácita del cónyuge que no haya intervenido en la adquisición. Esto se entiende sin perjuicio de la responsabilidad personal del adquirente y de la aplicación, en su caso, del número 1.º del artículo anterior». Dicho número 1.º del artículo 1.362 preveía la responsabilidad de los bienes gananciales por las obligaciones contraídas individualmente por uno de los cónyuges «cuando dimanaren de los actos realizados por cualquiera de los cónyuges relativos a cosas o servicios para atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y las circunstancias y posición de la misma».

Deriva Torralba de la diferente redacción del definitivo artículo 1.370 un cambio de criterio en orden a la inicial exclusión de los gananciales.

A mi entender, en cambio, sucede todo lo contrario. El artículo 1.363 del Proyecto de 1978 pone de relieve la importancia que para el legislador tuvo la aceptación tácita de la adquisición y el criterio del aprovechamiento. Y ello precisamente es lo que quiso significar el proyecto de 1979 al redactar el definitivo artículo 1.370 con la desafortunada fórmula «sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código». Si una de las reglas del Código es la derivada del artículo 1.893, esto es, la responsabilidad derivada de la ratificación tácita por aprovechamiento de ventajas, ¿por qué excluirla en este caso concreto?

b) Alega Torralba en segundo lugar la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado inmediatamente anterior a la reforma y fundamentalmente la resolución de 4 de mayo de 1978 respecto de las compras

Obsérvese, para concluir, que hasta aquí me he venido refiriendo exclusivamente a las compras efectuadas por un solo cónyuge «para» la comunidad, derivando de ahí la expresa, tácita o presunta «contemplatio domini (condomini en nuestro caso) attributionis». En la práctica notarial es muy frecuente redactar las escrituras en los siguientes términos: «Ticio vende a Cayo que

por mujer casada con precio aplazado. Dicha resolución, como no podía ser menos, declaró válidas dichas compras, si bien la responsabilidad por precio la redujo a los bienes parafernales y al propio bien adquirido. Precepto central de toda la argumentación vino a ser el antiguo artículo 1.416 que exigía el consentimiento del marido para la afección de los gananciales.

De allí deduce Torralba que el artículo 1.370 responde al planteamiento de la D.G.R.N. y doctrina dominante al tiempo en que la reforma se iba fraguando, en orden a la no sujeción de los gananciales por obligaciones contraídas por un solo cónyuge: la mujer en el período de vigencia de la reforma de 1975 y cualquiera de los consortes tras la reforma de 1981.

Mas, esta misma resolución contiene otra afirmación que constituye el quicio de la cuestión que nos ocupa. En efecto, afirma en el 5.º considerando que, por aplicación supletoria del artículo 1.698-2, «la sociedad no queda obligada respecto de terceros por los actos que haya realizado un socio no gestor, *salvo cuando dichos actos hayan redundado en provecho de ella*, de donde se deduce que los actos realizados por el cónyuge no administrador producirán todos sus efectos en cuanto a su autor, y de su cumplimiento responderá su patrimonio privativo y no el de la Sociedad de gananciales, *salvo que ésta se hubiera aprovechado*».

Y, ¿acaso no constituye aprovechamiento el no poner objeción al ingreso del bien en el consorcio? ¿Acaso en la inmensa mayoría de los supuestos la adquisición por un cónyuge no es tácitamente aprobada por el consorte? ¿Por qué entonces en sede de responsabilidad interpretar el artículo 1.370 a contrario?

c) Alega en tercer lugar Torralba el carácter fatalmente ganancial que tendrá el bien adquirido por un solo cónyuge si no llega a demostrarse que el desembolso inicial es privativo, lo que podría llevar, de interpretar ampliamente el artículo 1370, a una afección excesiva de los gananciales que incluso podrían llegar a ser totalmente absorbidos.

Tampoco coincide con esta apreciación en tanto he defendido que el cónyuge no comprador puede oponerse al ingreso del bien en el consorcio limitando con ello la afección de los gananciales «in genere». Incluso creo mucho más justo recabar una especial diligencia en el consorte del comprador que hacer sufrir las consecuencias al vendedor quien se vería privado, en orden al cobro del precio aplazado, incluso de los frutos generados por el propio bien y ya percibidos.

d) El gran argumento en favor de la tesis mayoritaria, perfectamente enunciado por Torralba, lo constituye el artículo 1.367 en tanto exige, para que los gananciales queden afectos, que la obligación haya sido contraída por ambos cónyuges o «por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro». En consecuencia, argumenta Torralba« hay que entender que el cónyuge que no ha intervenido en la adquisición no necesita realizar ningún acto formal de oposición a la misma para evitar la vinculación de los bienes gananciales; tal vinculación no se producirá mientras el referido cónyuge no manifieste *expresamente* su consentimiento a tal adquisición».

El argumento hay que reconocer que impresiona, en tanto del artículo 1.367 parece deducirse que la vinculación de los gananciales exige siempre el consentimiento expreso del cónyuge del no contratante, careciendo de valor a este respecto el consentimiento tácito.

Pero, si damos un paso más, habremos de preguntarnos por qué el Código deroga en este punto la norma del artículo 1.893, exclusión tanto más absurda

compra y adquiere...» en una clara alusión a las figuras de título y modo. Adaptando este esquema a nuestro caso, podríamos decir:

a) Hay «expresa contemplatio domini attributionis» si «Ticio vende a Cayo que *compra por sí y adquiere para sí y para su cónyuge* con carácter ganancial».

b) Hay «tacita contemplatio domini attributionis» si «Ticio vende a Cayo que *compra y adquiere para su sociedad de gananciales*» o «con carácter ganancial», fórmula en la cual el verbo *comprar* viene referido a Cayo y el verbo *adquirir* a la comunidad

cuando el artículo 1.370 se remite a las reglas generales del Código y no a las de esta sección únicamente.

Planteada la cuestión en estos términos, habremos de llegar necesariamente a la conclusión de que el artículo 1.367 es un precepto de carácter general, referido tanto a las obligaciones de carácter común como a las inicialmente particulares, queriendo significar que incluso en éstas, si son expresamente consentidas, responden los gananciales. El Código no está restando valor al consentimiento tácito cuando se trata de asuntos comunes, sino exigiendo consentimiento expreso cuando se trata de asuntos ajenos al cónyuge que consiente, esto es, privativos del contratante. *El artículo 1.367 no significa que no valga el consentimiento tácito, sino que el consentimiento expreso vale siempre, se trate de asuntos privativos o gananciales.* El Código está diciendo al tercero que contrata con uno de los cónyuges que hay dos casos en los que responden indubitablemente los gananciales: Cuando se trata de asuntos de interés común (art. 1.365) y cuando cuenta con el consentimiento expreso del otro consorte (art. 1.367), con independencia, en este caso, de que el asunto sea en provecho del consorcio o de uno solo de los cónyuges.

Circunscribiéndonos a las compras, el artículo 1.367 nos está diciendo que aunque la adquisición sea privativa (compra, por ejemplo, en ejercicio de un derecho de retracto de carácter privativo), si el contrato concluido por el cónyuge comprador es expresamente consentido (suscrito, podríamos decir) por el consorte, los gananciales responden. Sin perjuicio, desde luego, de los reintegros en la relación interna. Solución totalmente lógica en tanto el consentimiento en estos casos tiene una clara función de garantía.

Pero de ahí no puede deducirse con carácter general la carencia de valor del consentimiento tácito, cuando afecta a asuntos o intereses claramente consorciales. Porque una cosa es que la garantía haya de ser expresa y otra muy distinta que el artículo 1.893 no actúe en sede de gananciales.

e) Alega finalmente Torralba que con la interpretación que propongo el artículo 1.370 deviene inútil, pues hubiera bastado con incluir en el artículo 1.365 la adquisición de gananciales.

Ello sería así si el consorcio respondiera «siempre» de las adquisiciones por un cónyuge de bienes inicialmente calificados de gananciales. Pero tal es la postura de De los Mozos, mas no la mía. Precisamente la discrepancia con este autor deriva del hecho de que para tal el artículo 1.370 es un precepto «abierto», en tanto hace depender la afección o no del patrimonio consorcial de la ratificación o no de la ganancialidad del bien inicialmente adquirido por uno de los cónyuges con tal carácter.

Es con las interpretaciones dominantes cuando el artículo 1.370 carece de utilidad y de sentido. De utilidad porque, evidentemente, el patrimonio del comprador (art. 1.911) y el propio bien comprado (art. 1.124) nunca puede haber duda de que responden. De sentido, porque no se comprende el ambiguo inciso final del precepto que nos ocupa, con lo sencillo que hubiera sido decir «sin perjuicio de la responsabilidad de los bienes del adquirente». Parece más lógico entender que tras la ambigua redacción legal se esconde una casuística mucho más compleja.

y, por carecer ésta de personalidad, al propio comprador y a su cónyuge.

c) Hay «presunta contemplatio domini attributionis» si «Ticio vende a Cayo que *compra y adquiere*», sin más, en cuyo caso, respecto de los acreedores al menos, habrá de entenderse efectuada la compra para el consorcio.

En cambio es totalmente diferente desde la perspectiva de la responsabilidad frente al acreedor-vendedor (no tanto respecto de otros acreedores) el caso en el que «Ticio vende a Cayo que compra y adquiere *para sí*». En este supuesto no existe obviamente la «contemplatio domini attributionis» referida al otro cónyuge. Ello no será óbice para que respecto de los acreedores en general el bien se considere como ganancial ex artículo 1.361. Pero respecto del acreedor-vendedor la situación es diferente, pues él ha sido parte en un contrato en el que no sólo no se ha contemplado el interés del otro cónyuge, sino que se le ha excluido expresamente. Por ello la solución no debe ser la misma que cuando la adquisición se efectúa para el consorcio. El vendedor sabe que contrata con un solo cónyuge y que él es el único destinatario de la adquisición, lo cual acepta, por lo que desde el punto de vista *negocial* no hay conexión alguna con la comunidad de gananciales. Ello sin perjuicio de que vicisitudes posteriores determinen el efectivo ingreso del bien en el consorcio, lo que normalmente requerirá una ratificación impropia (al no haber habido la inicial contemplatio domini) por parte del otro cónyuge.

Por lo dicho, únicamente en este supuesto de adquisición «para sí» coincido con la postura que excluye la responsabilidad de los gananciales: tal responsabilidad, prima facie, será exclusiva del cónyuge comprador, sin afectar los gananciales in genere, «salvo prueba del aprovechamiento», esto es, del ingreso del bien adquirido, por y para sí, en el consorcio. A diferencia de las compras efectuadas directamente para la comunidad, en las que el silencio del otro cónyuge puede valorarse perfectamente como aquiescencia y subsiguiente aprovechamiento por ingreso del bien en el consorcio, lo que determinará la afección de los gananciales salvo «prueba del no aprovechamiento».

Lo claro, en cualquier caso, es que el artículo 1.370 no es, en absoluto, un precepto fácil.

IV. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE PACTO Y EL ARTICULO 1.375 DEL CODIGO CIVIL

Según el artículo 1.375 «en defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes». Comentando este precepto escribí en esta misma revista que «el principio de cogestión mancomunada cuenta con excepciones de dos tipos: Convencionales, en

base a lo pactado en capitulaciones, y legales, según lo dispuesto en los artículos siguientes... En lo concerniente a las excepciones de índole convencional —seguía diciendo—, sólo una cabe: el pacto en virtud del cual la gestión corresponde de forma solidaria a ambos cónyuges. No cabe la atribución de facultades de administración o disposición a un solo cónyuge, con exclusión del otro. Ni tan siquiera la atribución de facultades dispositivas a uno con consentimiento habilitante del otro, a la manera del régimen anterior, pues cualquiera de estos pactos infringiría lo dispuesto en el artículo 1.328, en cuanto limitaría «la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge» en el matrimonio. Cosa diferente será que, extracapítulos, un cónyuge confiera al otro plenos poderes, de modo que el favorecido por ellos pueda actuar en solitario, mientras que el otro precise siempre el concurso de su consorte. La permisibilidad en este caso deriva de que el apoderamiento es siempre revocable, por lo que no supone limitación alguna a la libertad individual, mientras que el pacto capitular es individualmente irrevocable» (17).

Parece interesante transcribir lo que sobre esta misma cuestión DIEZ PICAZO-GULLON han escrito. Según estos autores «a primera vista, el pacto capitular que rompe la igualdad en la gestión es válido en virtud del artículo 1.375, aunque pueda considerarse nulo por el artículo 1.328. La posible contradicción tiene que salvarse considerando como norma de mayor rango el artículo 1.328. La ruptura pactada de la gestión conjunta no puede suponer merma de la igualdad jurídica. Esa pactada ruptura tiene que mantenerse dentro del círculo de la igualdad jurídica. Puede pactarse una gestión solidaria o indistinta, que no signifique discriminación, pero no podrá en cambio desposeerse totalmente a uno de los cónyuges del derecho a administrar». Para añadir posteriormente: «el problema que aquí se plantea es saber si al pacto capitular, a que alude el artículo 1.375, le es aplicable la limitación contenida en el artículo 1.328... la respuesta al interrogante anterior es decididamente afirmativa. Los cónyuges pueden rechazar la regla de la cogestión y establecer entre ellos un sistema diferente, pero no pueden establecer un sistema que desequilibre por completo el derecho a la igualdad. En este sentido... es nulo... un pacto por el que se atribuya de manera absoluta la administración a uno solo» (18).

Pues bien, los citados profesores representan para DE LOS MOZOS la buena doctrina al dar «un amplio juego a la posibilidad de pacto sobre la administración de los bienes gananciales, considerando válida la cláusula de administración por uno solo de los cónyuges» (!!). Mientras que un servidor, cuando afirma la preferencia del artículo 1.328, efectúa una interpretación totalmente

(17) Op. cit. en Anuario de Derecho Civil, 1982, págs. 571 y 572.

(18) DIEZ-PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, págs. 185, 186 y 251.

incorrecta y equivocada y que parte de un defecto inicial de planteamiento». Continúa bautizando mi postura de «café para todos» y pasa a exponer su teoría en cuya virtud si todo es posible por vía de apoderamiento, todo ha de ser posible por vía de estipulaciones capitulares, pues «sería absurdo, por ejemplo, que se reconociera la posibilidad del mandato entre cónyuges para administrar, gestionar o disponer, y no se reconociera la de un pacto de naturaleza y finalidad semejante efectuado en capitulaciones, aunque fuera irrevocable, en atención a una mala inteligencia del principio de igualdad a que alude el artículo 1.328 y que, como consecuencia de una aplicación simplista del mismo, los cónyuges no pudieran organizar libremente sus asuntos» (19). A mi entender, en cambio, todo el trayecto que media entre la revocabilidad y la irrevocabilidad justifica la total inadmisibilidad de esta tesis.

En un punto, sin embargo, tiene razón DE LOS MOZOS: cuando me reprocha que «el buscar fórmulas demasiado rotundas puede cumplir una función contraria a la que se pretende» (20). Porque exactamente eso ha sucedido con mi afirmación de sólo haber «el pacto en virtud del cual la gestión corresponde de forma solidaria a ambos cónyuges». Entendió DE LOS MOZOS que sólo admitía «un pacto» cuando quería significar «un tipo de pacto en general» sin perjuicio de las muchas variedades particulares (así, por ejemplo, también el artículo 1.375 emplea el singular «pacto»). Por otra parte utilicé en esta fórmula el término solidaridad en un sentido amplio, por oposición a mancomunidad, queriendo abarcar con él todos los supuestos de actuación «disjunta», esto es, los de solidaridad strictu sensu y los de «exclusividad», pero siempre que ésta, respetando el principio de igualdad, sea referida a ambos cónyuges, salvo que, como veremos, el pacto no abarque los bienes en general, sino sólo bienes concretos.

Quizás, por lo dicho, la fórmula quedara mejor enunciada como sigue: el pacto a que se refiere el artículo 1.375 no debe ser otro que «*aquel en cuya virtud la gestión se atribuye en forma disjunta a los cónyuges*». Esto es lo que quise decir y no me detuve a demostrar, en parte porque la justificación de la, a mi entender, inadmisibilidad de los pactos de mancomunidad, había sido formulada en un trabajo publicado en la «Revista de Derecho Notarial» pocas semanas antes. Recojamos aquí algunos párrafos de aquel estudio: «lo que más interesa... del artículo 1.315, es la constatación de que el régimen de bienes que los cónyuges pueden pactar no es absolutamente libre, sino que está sujeto a limitaciones. Así expresada la cuestión, parece que tales limitaciones sean mínimas y reducidas a unos pocos preceptos concretos, cuando, si profundizamos en las normas, se observará que las restricciones son más intensas de lo que a primera vista parece, en efecto: el

(19) DE LOS MOZOS, op. cit., págs. 345 y ss.

(20) DE LOS MOZOS, op. cit., pág. 341, nota 4.

artículo 1.315 ha de completarse con el artículo 1.328 que determina: «será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge». Luego, prescindiendo de la un tanto decimonónica alusión a las buenas costumbres, tenemos dos grandes fuentes de restricciones: «la Ley y la igualdad entre los cónyuges».

«La necesaria igualdad entre los cónyuges, incide tanto en el aspecto interno como en el externo, por lo que no cabe, por ejemplo, que a un cónyuge se atribuyan y al otro no facultades de administración o disposición sobre los bienes comunes, o que un cónyuge precise consentimiento de su consorte y el otro no, o que para la disposición de los bienes propios de uno haga falta licencia del otro y no a la inversa...».

«En torno a las limitaciones derivadas de la Ley, baste decir que... la mayoría de las que el Código llama «disposiciones generales» son de carácter imperativo, con las consecuencias que de ahí se derivan en orden a estimar también imperativas las correspondientes disposiciones dictadas para los regímenes de gananciales y de separación de bienes. Así, la imperatividad del artículo 1.324 arrastrará la de las presunciones contenidas en los artículos 1.361, 1.441 y 1.442 para cualesquiera regímenes de comunidad o de separación respectivamente; la imperatividad parcial que veremos hay que atribuir al artículo 1.322 impedirá que los cónyuges pacten, con trascendencia respecto de terceros, un régimen de comunidad absoluta o relativa en cuya virtud sea siempre inexcusable en el tráfico el consentimiento de ambos cónyuges, de manera que la falta del de uno de ellos determinare la invalidez total del acto, en lugar de la anulabilidad que predica el precepto; el carácter de derecho necesario de los artículos 1.318 y 1.319, imprimirá igual carácter a los artículos 1.365, 1.373 y 1.440 en lo afectante a terceros; del mismo modo que el superior principio de seguridad del tráfico debe llevarnos a estimar de «*ius cogens*» para cualquier régimen de comunidad el artículo 1.384. De todo lo señalado resultará que las limitaciones legales no son tan escasas ni mucho menos, pues los capitulantes estarán vinculados en gran medida, aparte de por las normas de régimen primario, por los dos prototipos básicos que regula el Código: el régimen de gananciales y el de separación de bienes...».

Y añadía posteriormente: «el artículo 1.322 es norma de seguridad para los terceros porque, al establecer una sanción determinada, la anulabilidad, señala indirectamente y en beneficio del tráfico una caducidad para el ejercicio de la acción que dimana de la omisión o vicio, que, en nuestro caso, es de cuatro años (art. 1.301)».

«Por ello los cónyuges, aún acogiendo al régimen de gananciales o a cualquier otro de comunidad, pueden pactar que cualquiera de ellos administre y disponga libremente de los bienes

comunes (facultades solidarias), porque esto para nada afecta a la seguridad de quienes con ellos contraten. Mas, no podrán hacer lo inverso, a saber, pactar un régimen de gestión absoluta con facultades mancomunadas, en cuya virtud el defecto de consentimiento de cualquiera de ellos determine la invalidez total del acto. Se opondrá, probablemente, que la publicidad de los diferentes registros (Civil, de la Propiedad, Mercantil) es suficiente para informar a los terceros, pero a ello cabe contraargumentar que no es del caso obligar a los terceros a un continuo peregrinaje por los Registros y Notarías de España, cuando nuestro sistema de publicidad es tan deficiente que el auténtico Registro de regímenes convencionales son los Protocolos notariales que, paradójicamente, son secretos».

«A mayor abundamiento, la cogestión absoluta con trascendencia a terceros equivaldría a prorrogar convencional y unilateralmente el plazo de caducidad que señala la Ley para la acción correspondiente, declarándola imprescriptible. Lo dicho, desde luego, no se opone a que en el aspecto interno pueda pactarse la cogestión absoluta, con la subsiguiente responsabilidad entre cónyuges, pero siempre sin trascender a terceros más allá de los límites del artículo 1.322 en relación con el artículo 1.301».

«Recapitulando pues, el artículo 1.322 hay que estimarlo imperativo sólo en cuanto determina una "sanción máxima" en perjuicio de terceros: la anulabilidad. Lo que no impide los arreglos entre cónyuges, que incluso pueden consistir en la supresión del asentimiento, con lo que "el supuesto de hecho" de la sanción desaparece. Lo que nunca podrá hacerse es agravarse la sanción para los casos de falta de consentimiento».

«Finalmente, ¿podrán los cónyuges pactar un régimen que contenga más supuestos de "asentimiento" que los previstos legalmente? O lo que es análogo, ¿podrán pactar sea necesario el asentimiento también en aquellos casos en que la Ley expresamente lo excusa? Pensemos en el artículo 1.384 por ejemplo. A nuestro entender, podrán en el ámbito interno, mas no con trascendencia a lo externo, valga para argumentarlo lo hasta ahora dicho, a lo cual cabe añadir el argumento resultante del propio texto del artículo 1.322 que señala la sanción para «cuando la Ley requiera... que uno de los cónyuges actúe con consentimiento del otro...» y no para cuando por Ley o por pacto se requiera tal asentimiento. De donde cabe concluir que... el régimen de gananciales es algo más que el sistema supletorio para los casos de ausencia de pacto, pues en realidad es, en lo tocante a terceros, el paradigma al que todos los regímenes de comunidad deberán ajustarse. La imperatividad del «régimen primario» y preceptos complementarios tiene pues mucha mayor trascendencia de lo que a primera vista parece» (21).

(21) Op. cit. en Revista de Derecho Notarial, págs. 78 y ss. y 120 y ss.

A tenor de lo anteriormente expuesto analicemos ahora los posibles tipos de pacto. Estos pueden ser pactos de actuación conjunta o pactos de actuación disjunta.

A) *Pactos de actuación conjunta*: cabe subdividirlos en pactos de mayor extensión y pactos de mayor intensidad.

1) *Pactos de mayor extensión*: son aquellos en cuya virtud los cónyuges pretenden sea preciso el consentimiento de ambos para la gestión (entendida ésta en sentido amplio, abarcando la administración y la disposición) de toda clase de bienes. Como tal actuación conjunta está ya prevista por el Código como regla general, con la sola excepción del artículo 1.384, resultará que un pacto de este tipo lo que pretende es derogar convencionalmente este precepto, lo cual, por la razón apuntada de ser un precepto de protección al tráfico jurídico, no es posible respecto de terceros. Sería, salvando las distancias, algo similar al caso en que los cónyuges pactaran que en su matrimonio la posesión de los bienes muebles adquirida por un tercero de buena fe *no* equivale al título.

2) *Pactos de mayor intensidad*: Se pretende con ellos que el consentimiento de ambos cónyuges sea siempre inexcusable, de modo que el acto realizado por uno sea ineficaz absolutamente. Ello equivaldría a derogar el artículo 1.322, que también es un precepto de tráfico, convirtiendo la acción en imprescriptible. De admitir ello, admítase también que los cónyuges puedan pactar que, no obstante lo dispuesto en el artículo 1.301, la acción no caducará hasta transcurridos siete, diez o quince años, por ejemplo (22).

B) *Pactos de actuación disjunta*: Cabe subdividirlos en pactos de solidaridad «*strictu sensu*» y pactos de exclusividad.

1) *Pactos de solidaridad «strictu sensu»*: Son aquellos en cuya virtud puede actuar cada uno de los cónyuges indistintamente respecto de todos o alguno de los bienes del consorcio. Son los pactos más claros de todos y cuya admisibilidad no debe ofrecer duda, ni inter partes, ni respecto de terceros, pues no hacen otra cosa que favorecer el tráfico al reforzar la posición de cada uno de los cónyuges.

2) *Pactos de exclusividad*: Son aquéllos mediante los cuales se conviene que sean válidos los actos exclusivamente realizados por

(22) Más dudoso resulta si podrán limitarse los cónyuges a excluir el recurso a la autorización judicial supletoria: entiendo que ello equivaldría a legitimar la negativa caprichosa y, a mayor abundamiento, no parece probable la admisibilidad de la renuncia previa al recurso a los Tribunales.

En similares términos LACRUZ, op. cit., pág. 459, para quien un pacto de ese tipo es «contra bonos mores», pues la falta de decisión puede paralizar la economía del matrimonio y afectar a las relaciones personales familiares.

un cónyuge, con exclusión del otro. Si el pacto de exclusividad es dual (unos bienes para el marido y otros para la mujer) la situación es próxima a la solidaridad, con la diferencia de que en ésta la gestión corresponde al marido o a la mujer «indistintamente» y en el caso que ahora contemplamos al marido o a la mujer «exclusivamente».

Son estos los pactos más complejos en tanto en ellos incide directamente el artículo 1.328 y la subsiguiente «igualdad que corresponda». Desde luego no nos sirve de pauta el criterio de DE LOS MOZOS. Decir que caben todo tipo de combinaciones porque lo mismo podría lograrse por la vía del apoderamiento, es no decir nada. Como apuntaba, todo el tramo que media entre la revocabilidad y la irrevocabilidad (con lo de autolimitación de la propia autonomía que supone ésta), demuestra lo inadmisibile de tal tesis.

Mucho más matizada es la postura del profesor Lacruz Berdejo. En principio este autor parece admitir el pacto de exclusividad referido a todos los bienes gananciales (23). Su argumentación puede resumirse en dos puntos básicos: a) La desigualdad de circunstancias puede justificar una desigualdad de facultades; b) el artículo 1.375 admite expresamente el pacto en contrario.

El argumento derivado del artículo 1.375 no es, a mi entender, convincente, puesto que cabe el pacto de solidaridad y quizás el de doble exclusividad, sin que ello pruebe la validez del pacto de exclusividad referido a un solo cónyuge.

Respecto del argumento deducido de la desigualdad de circunstancias, no creo sea bastante para derivar una desigualdad de posición en el matrimonio en orden a las facultades sobre los bienes. Y ello es así porque paralelo al principio de igualdad discurre el principio de libertad individual que, en lo que aquí interesa, se traduce en el principio de autonomía personal. Recuérdese que de la libertad deriva la igualdad y no a la inversa. Por ello, la autolimitación de la propia autonomía, con la dejación de la parte del yo que supone, es admisible por causas esenciales

(23) Así, cuando dice: ... «la interpretación literal entendería que el artículo 1.328 no permite pactar, en la sociedad de gananciales, que sea alguno de los esposos el administrador de los bienes comunes... no creo que sea así ... ya porque el artículo 1.375 admite expresamente pacto en contrario; ya porque como dice AVILA la administración conferida a un solo cónyuge no es sólo un derecho sino también un deber...».

«Dicho de otro modo: el artículo 1.328 no impide a cada cónyuge limitar sus propias facultades cuando el plan de la economía familiar parte de una desigualdad inicial en las bases, como en el indicado caso en que el esposo que proporciona a la familia la totalidad de sus medios de vida desea que sea su criterio el que prepondere en la gestión y endeudamiento de los gananciales, a fin de tener mayor agilidad y libertad de movimientos en el desarrollo de sus negocios, en beneficio común. En favor de esta interpretación opera el Derecho comparado, en el cual es siempre posible un pacto de tal contenido; y la consideración de que «la igualdad que corresponde» a cada esposo, en razón de la desigualdad de circunstancias ... es desigual en estos extremos accidentales» (LACRUZ, op cit., págs. 328-329).

(por ejemplo, el matrimonio supone una autolimitación de la libertad de fijación de residencia, de relación sexual, etc.) pero no por causas meramente coyunturales como pueden ser la mejor o peor posición profesional, económica o social de uno de los cónyuges sobre el otro. Dicho en otros términos: admitir la desigualdad de facultades en base a la desigualdad de posición, es ahondar en la desigualdad misma.

Si en régimen de gananciales se pacta, por ejemplo, que sea un solo cónyuge el administrador, el otro cónyuge (normalmente la mujer), de carecer de bienes propios, ve autolimitados ¡para siempre! sus posibilidades de actuación en el tráfico; nunca podrá administrar un solo bien si no tiene la fortuna de heredar o recibir donaciones. Ello ha de llevar a afirmar que las cláusulas de administración exclusiva *de todos los bienes* por un cónyuge, no son posibles en capitulaciones. Ello no es materia de capítulos, ni se ve la necesidad de conveniencia de que lo sea, sino de mandato y apoderamiento; con lo que se cumplirá exactamente la finalidad perseguida por los cónyuges, mas con la diferencia de la revocabilidad, lo cual en una relación de tracto continuado no sólo es lo más lógico, sino también lo deseable.

Coincido, por lo dicho, con ALVAREZ SALA cuando afirma ser nula «la estipulación capitular estatutaria de un sistema de dirección económica unitaria, concretada en uno solo de los cónyuges como administrador de los bienes comunes con exclusión de su consorte» o «una estipulación que dispensase del preceptivo consentimiento del cónyuge sin reciprocidad», sin perjuicio de que lo nulo como estipulación capitular «puede valer como apoderamiento o consentimiento general y preventivo... que sería revocable unilateralmente "ad nutum" y en cualquier tiempo».

Sin olvidar que una cosa es que un pacto nulo como estipulación capitular pueda valer por conversión material en apoderamiento o similar, y otra cosa muy distinta atribuirle validez como tal estipulación capitular. Por lo demás, la solución que se preconiza no es, ni mucho menos, extraña al Derecho comparado; como el propio ALVAREZ SALA pone de relieve, tal solución es la adoptada por el legislador italiano de 1975, que declara expresamente inderogables las disposiciones legales que establecen el sistema de participación de ambos cónyuges en la administración o dirección de los bienes comunes. En cambio el B. G. B., en el parágrafo 1.421, permite a los cónyuges «determinar si el patrimonio común habrá de ser administrado por el marido o por la mujer o por ambos conjuntamente». Pero ello, de momento, es derecho alemán únicamente (24).

(24) ALVAREZ-SALA WALTHER, «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», Revista de Derecho Notarial, núm. 112, 1981; sobre cuestiones de Derecho comparado véase este mismo autor en op. cit. y en «Régimen económico matrimonial en Derecho italiano», Anuario de Derecho Civil, abril-junio 1981.

¿Y las cláusulas de gestión exclusiva por un cónyuge referidas a bienes concretos? Estas sí son posibles, porque si un cónyuge puede donar un bien al otro, renunciando por ello a todas las facultades sobre el mismo, podrá también hacer lo menos, consentir la gestión de ese bien en exclusiva por su consorte. Aquí no hay ninguna autolimitación de la propia autonomía.

¿Y las cláusulas genéricas de gestión exclusiva referidas a ambos cónyuges? También las veo posibles en tanto no supongan merma de la libertad y autonomía personal. Es el caso en el que los cónyuges pactan la administración exclusiva de un grupo genérico de bienes por el marido y de otro por la esposa. Mas son pactos cuya redacción debe ser muy cuidadosa pues en otro caso pueden dar lugar a resultados no queridos. Supongamos que los cónyuges desean pactar que la gestión de los bienes de Andalucía corresponda en exclusiva a la mujer y la gestión de los de Castilla al marido. Si se trata de bienes concretos ya existentes en el consorcio no hay problema, el caso entra en el apartado inmediatamente anterior. Mas si el pacto tiene carácter genérico, estaremos negando a cada uno de los cónyuges la posibilidad de gestionar bienes en las respectivas zonas del otro, de no haberlos ya privatizados o recibirlos con tal carácter. ¿Constituye ello un resultado deseable? A mi juicio no, sobre todo cuando, como enseguida veremos, el mismo resultado puede lograrse perfectamente sin merma de la seguridad del tráfico jurídico y de la igualdad y libertad individuales (25).

(25. Es curioso constatar lo poco que la doctrina en general se ocupa del principio de seguridad del tráfico en relación con el régimen económico del matrimonio. Sucede como si las relaciones patrimoniales se agotasen en la relación marido-mujer cuando, obviamente, no es así, pues los bienes traspasan las barreras del matrimonio y entran en juego terceros ajenos a éste.

Veamos brevemente, excediéndome un poco de los límites de esta réplica, un par de cuestiones referidas respectivamente a la disposición de muebles y a la de inmuebles.

1) *Disposición de muebles*: ¿Qué sucede cuando un solo cónyuge dispone de un bien mueble ganancial y el adquirente es de buena fe por ignorar que el bien tuviera tal carácter? Como apunté en la Revista de Derecho Notarial (números CXIII-CXIV, 1981, página 90) probablemente en la práctica prevalecerá la opinión contraria a la protección del adquirente ex artículo 464, pues se alegrará: de una parte, la interpretación amplia que el Tribunal Supremo hace del término privación ilegal (véase por todas la Sentencia 19-6-45); y de otra, el argumento deducido del artículo 1.384, pues, se dirá que si el artículo 1.384 protege al tercero solamente respecto del dinero y títulos, ello significa que respecto de los demás muebles no está protegido, sobre todo cuando dicho tercero es parte en un contrato nulo. Mas tales argumentos en absoluto convencen.

a) El argumento derivado de la interpretación jurisprudencial del artículo 464 puede superarse de seguirse la interpretación germanista del precepto (privación ilegal igual a robo o hurto), pues, en puridad, el otro cónyuge no fue objeto de robo o hurto, aparte la eximente del artículo 564 del Código Penal. Incluso con la tesis del Tribunal Supremo se hace difícil mantener que el cónyuge se enajena haya estado poseyendo indebidamente, por lo que toda-

Así, LACRUZ, por ejemplo, plantea el caso de que sea el marido quien proporcione la mayor parte de los medios pecuniarios precisos para el mantenimiento de la familia, deseándose sea él el administrador del consorcio, quedando reservados a la mujer únicamente sus salarios. Pues bien, este supuesto puede resolverse perfectamente sin merma de la igualdad, ni dejación de la libertad individual, redactándose el pacto como sigue: «serán válidos los actos de administración y disposición realizados exclusivamente por el cónyuge a cuyo nombre figuren los bienes o en cuyo poder

vía será más difícil argumentar que su consorte se ha visto privado de la posesión ilegalmente.

b) En cuanto al argumento derivado del artículo 1.384, tampoco convence. Este precepto lo que está haciendo es legitimar directamente al cónyuge poseedor, mientras que el artículo 464 juega en los casos de falta de legitimación en el transmitente; en otros términos: el artículo 1.384, al legitimar al transmitente poseedor, protege al adquirente con independencia de que éste conozca o no el carácter del bien, pues, en cualquier caso, aquél está legitimado para disponer. Pero ello no puede ser obstáculo para aplicar el artículo 464 en aquellos supuestos en que el cónyuge transmitente no está legitimado y, sin embargo, el adquirente ha procedido de buena fe.

c) Respecto del argumento deducido del carácter anulable del negocio que impide proteger a quien es parte en él me remito a lo que acto seguido se expondrá sobre inmuebles.

2) *Disposición de inmuebles*: Si el bien inmueble no está inscrito en el Registro de la Propiedad el adquirente resultará afectado en caso de disposición por un solo cónyuge. La solución es lógica, quien adquiere un bien inmueble no inscrito pecha con el riesgo de la falta o defecto de titularidad en su transmitente, aunque éste haya manifestado ostentar la plena titularidad del bien.

Mas ¿qué sucede si un bien probadamente ganancial accede al Registro como privativo? La cuestión tiene una gran trascendencia práctica porque, por ejemplo, casos de este tipo son frequentísimos en Cataluña. En esta zona es muy normal que, sea por ignorancia, sea por comodidad o por la vis atractiva de la catalanidad, personas originarias de otras zonas, casados en régimen de gananciales manifiesten estarlo en régimen de separación de bienes.

Unas veces el Notario deshará el malentendido, pero otras muchas el comprador insistirá en ser de régimen catalán e incluso falseará los datos sobre sus anteriores residencias. El bien, obviamente, se inscribe en el Registro como propio. Si posteriormente ese bien es dispuesto ¿diremos que el adquirente no está protegido en base al artículo 33 de la Ley Hipotecaria en relación al artículo 1.322 del Código Civil? En principio esa es la solución que parece imponerse. La inscripción, se dirá, no convalida los actos nulos o anulables y el artículo 1.322 califica el acto de tal. A mayor abundamiento, se añadirá, el adquirente no es tercero sino parte en el negocio que se impugna en base a la anulabilidad.

Mas, aunque sólo fuera por pura lógica, la solución al interrogante no puede ser esa.

a) Porque según el artículo 38 de la Ley Hipotecaria se presume el derecho inscrito pertenece a su titular «en la forma» determinada en el asiento. De donde resulta una legitimación para disponer respecto de terceros de buena fe que contratan confiando en la apariencia que el Registro publica. Si para algo sirve el Registro es para purgar los defectos de titularidad, para asegurar al adquirente que su transmitente es el titular, «aunque no lo sea».

b) Porque el adquirente es tercero respecto de la relación marido-mujer, del mismo modo que el tercero lo es respecto de la relación verus dominus-

se encuentren» (26). Con un pacto de este tipo o similar, si el marido es un próspero profesional y la mujer ama de casa, resultará que, de hecho, todos los gananciales podrán ser ingresados en el consorcio por el marido y gestionados en exclusiva por éste, mas «de derecho» en nada se habrá discriminado ni atentado a la dignidad del cónyuge (27).

titular registral. Sería absurdo que un bien perteneciente proindiviso a ambos cónyuges, si uno consigue inscribirlo a su nombre y disponerlo, fuera eficaz tal disposición y tratándose de un bien ganancial no. O que el bien totalmente ajeno pudiera ser válidamente dispuesto y, en cambio, el bien ganancial no.

c) Porque el caso que nos ocupa no entra en el espíritu del artículo 33 de la Ley Hipotecaria, por la sencilla razón de que en 1946, año de la actual Ley Hipotecaria (por no remontar a las precedentes), esta causa de anulabilidad «no existía».

d) Porque, en definitiva, aunque los artículos 1.322 y 1.301 califiquen la falta de asentimiento como un supuesto de anulabilidad, técnicamente no lo es. La anulabilidad clásica, la propia anulabilidad es la que procede por defecto de capacidad o vicio del consentimiento. El defecto de titularidad nunca ha dado lugar a un supuesto de anulabilidad. Si la venta de cosa ajena, diríamos, es válida, la venta de cosa casi-propia todavía más. El negocio del «non dominus» no es nulo, sino totalmente válido, aunque ineficaz si el «non dominus» no adquiere la cosa, o el tercero no goza de la protección derivada de la posesión (muebles) o de la apariencia registral. Sólo por comodidad, por un principio de economía normativa, se ha calificado de anulabilidad a lo que técnicamente no lo es y por ello no debe entrar en el espíritu del artículo

(26) Si se pretende atender a casos muy concretos podrá redactarse el 33 de la Ley Hipotecaria.

pacto como sigue: «La administración y disposición de los bienes gananciales se regirá por lo dispuesto en el Código Civil; por excepción serán válidos los actos realizados por un solo cónyuge respecto de los bienes ingresados en el consorcio como consecuencia de su actividad agrícola o (profesional, o artística, etc.), para cuya prueba, respecto de terceros, será suficiente con que así se declare».

(27) El propio Lacruz está reconociendo que una cosa son los pactos de exclusividad relativos a bienes concretos y otra cosa los de carácter general que abarquen también bienes futuros. Así se deduce de lo que escribe respecto de la posibilidad de pactar hoy un régimen dotal; vale la pena transcribirlo: «El citado precepto (artículo 1.328) impide cualquier forma de sumisión personal o de limitación de la propia capacidad, pero mientras se respete ese mínimo, no prohíbe entregar en administración o en disfrute un esposo al otro, la fortuna que tiene en el momento de casarse (con mucha mayor razón, lo que recibe en dote), supuesto que cada uno puede enajenar sus bienes por cualquier título y en cualesquiera condiciones, con la sola barrera del artículo 634. O sea: si un contrayente puede donar al otro sus bienes, con mayor razón podrá entregarle sólo la administración y el usufructo de éstos».

«La dificultad no reside aquí, en las atribuciones, sino en las estipulaciones capitulares, es decir, las que regulan también la suerte de los bienes futuros; de los que pueda recibir o ganar el capitulante. En este punto podría entenderse, buscando un planteamiento más amplio del problema, que si el artículo 1.328 prohíbe cualquier arreglo de las relaciones económicas en el que un cónyuge resulte manifiesta e irrevocablemente aventajado en el reparto de poderes y beneficios respecto del otro, no es compatible con dicho precepto un régimen, como el llamado «régimen dotal», en el cual, según explica la doctrina francesa, la mujer pasa a ser una pensionista del marido («la femme en pension chez le mari»). Ni siquiera cambian las cosas si la supuesta pensión es un hotel de cinco estrellas; lo reprochable no son las condiciones materiales

Con un pacto de este tipo la seguridad del tráfico queda totalmente a salvo pues, si bien se mira, no supone otra cosa que la supresión del consentimiento conyugal para los actos del titular o, si se prefiere, la prestación genérica de tal consentimiento. Con lo cual, se observará, estamos en un terreno muy próximo al del poder irrevocable (28). Sin entrar en tan ardua cuestión, sólo recordaré que la irrevocabilidad únicamente es real cuando es medio específico de ejecución de un negocio no unilateralmente denunciabile, de un «me comprometo porque te comprometes». Luego, ¿por qué una cuestión tan clásica interpretarla de un modo tan diferente en la relación entre cónyuges? ¿Por qué han de ser irrevocables las facultades que la mujer otorga al marido sin correspectividad y no los poderes que aquélla otorga a su padre o a un amigo?

La irrevocabilidad y por ello el carácter de pura estipulación capitular del pacto de gestión de bienes en exclusiva, sólo tiene sentido cuando es dual, referida a ambos cónyuges. En otro caso no hay ningún interés jurídicamente protegible que la justifique.

que se aseguran a la esposa, sino las reglas que coartan su autonomía patrimonial, en contraste con las que aumentan la esfera de poder del marido.

Conforme a estos principios pueden constituir en dote (en el sentido que tiene ahora esta palabra) la mujer o el marido toda su fortuna actual, lo cual no crea sino un poder particular sobre un conjunto de bienes determinado; puede un cónyuge encomendar al otro en escritura pública que no sea de capítulos la administración de todos sus bienes presentes y futuros, porque la encomienda no es irrevocable y en rigor supone sólo un contrato de servicios o un mandato que no afecta a la paridad de los esposos; pero lo que lesiona la igualdad y choca contra la prohibición del artículo 1.328 es atribuir a un consorte en capítulos (que sólo son revocables por acuerdo de los otorgantes), facultades exorbitantes sobre el entero patrimonio personal del otro o sus ingresos y frutos. Tras esa atribución fácilmente se podrá rastrear la presencia de condiciones depresivas para la personalidad de uno de los cónyuges, pues a través de estipulaciones de carácter económico cabe limitar de tal modo las posibilidades de actuación del capitulante, privándole de los oportunos recursos, que se pueda apreciar en ellas una forma de sumisión lesiva para sus derechos personales. Pensemos que, en este régimen, todos los salarios e ingresos de la mujer, aún siendo los únicos que percibe la pareja, se harían propiedad del marido» (LACRUZ, op. cit., págs. 328-329).

Así pues, en el texto no se hace otra cosa que trasladar a los bienes gananciales lo que la doctrina ve claro respecto de los bienes propios. Quizá portener la convicción de que en un grandísimo porcentaje de los matrimonios españoles los únicos bienes «propios» de los cónyuges son los gananciales.

(28) En la práctica hay una gran similitud entre otorgar al cónyuge la gestión en exclusiva, o el consentimiento de los artículos 1.375 y siguientes, u otorgarle poder para administrar y disponer de los gananciales.

Sin que ello signifique que sean lo mismo el poder y la prestación del consentimiento «a priori». En el caso del poder el cónyuge que lo otorga autoriza a su consorte para que contrate en nombre de aquél, para que asuma obligaciones en nombre del poderdante. En cambio, en el supuesto del consentimiento «a priori», el que lo presta no autoriza al otro para que contraiga obligaciones en nombre del concedente. Por eso, tras el consentimiento, la responsabilidad queda limitada a los gananciales y a los bienes del actuante, mientras que tras el poder quedan también comprometidos los bienes del poderdante.

Muy al contrario, se opondría a ello el principio de igualdad que late en el artículo 1.328 que es un mero trasunto del superior principio de libertad y dignidad de la persona.

Así pues, cabe concluir con la afirmación que sentaba al principio: *el pacto en capitulaciones a que se refiere el artículo 1.375 no debe ser otro que «aquél en cuya virtud la gestión se atribuye en forma disjunta a los cónyuges», a ambos necesariamente si el pacto es de alcance general y no necesariamente si sólo a bienes concretos se refiere.* De donde resulta:

a) La inadmisión de los pactos de mancomunidad salvo, por supuesto, que se limiten a repetir la Ley.

b) La total admisión de los pactos de solidaridad.

c) La admisibilidad de los pactos genéricos de exclusividad si atribuyen derechos similares a ambos cónyuges.

d) La validez de las atribuciones exclusivas a un solo cónyuge relativas a bienes concretos, mas no las genéricas comprensivas de la totalidad de los bienes.

Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima

Por

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Anuario de Derecho Civil, en su número de mayo-junio de este año de 1986 publica, sobre este tema, una *Nota final* de MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (1).

Mucho temo que a los jóvenes en vías de formación esta nota poco les aclare la discutida naturaleza de la legítima en el derecho común español, que es el tema que puede interesar al lector más, sin duda, que saber quién tiene razón en nuestra discusión. Conste que, al decir esto, no insinúo, en modo alguno, que él «ejerce la crítica paso a paso, en lo fundamental y en lo accesorio, en los resultados y en el método», por el motivo de que he contradicho su tesis —como él afirma de mí—. Por el contrario, pienso que la expone para esclarecer la cuestión discutida, tal como pretendo yo.

Por ese motivo, trataré —en esa mi dúplica— de centrar el tema partiendo para comenzar:

a) De que la misma palabra «legítima» es empleada usualmente por lo menos en tres significados diversos:

— como *derecho* a un determinado contenido;

— como expresión de la protección normativa para la efectividad de su adquisición, o, si se prefiere, como reflejo del *conjunto normativo* que la protege y asegura, y,

— como ese mismo *contenido* al que ese derecho y esa protección se refieren.

b) Y de que —después de muchos años de esfuerzo en la investigación y el estudio del tema, de vivirlo cotidianamente en mi práctica profesional y de reflexionar relacionando ésta con aquél— cada vez me he reafirmado más en la convicción de que, a fin de captar bien la naturaleza de las legítimas, es preciso examinarlas pluridimensionalmente —es decir, sin encerrarse en una visión monolineal, que siempre resulta incompleta—, enfocándolas en todos sus aspectos y viendo cada uno desde el ángulo en que mejor se le observe, aunque sin per-

(1) MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La naturaleza de la legítima. Nota final*, A.D.C. XXXIX-II, abril-junio 1986, pp. 571 y ss.

der la perspectiva general. O sea, hay que analizar: su atribución, el título de por el que se adquiere su contenido, el *quantum* y el *quale* de éste y su normativa protectora.

La confusión de estos aspectos o de algunos de ellos, así como la de los tres diversos conceptos —o de dos cualesquiera— que la misma palabra «legítima» significa, produce inevitablemente confusiones y es fuente de errores, como en estas líneas trataré de señalar, a fin de dotar de la mayor claridad, que esté a mi alcance dar, a la intelección de la naturaleza de la legítima en el derecho español común actual.

Pero, antes, pienso que conviene concretar cuál es la tesis que PEÑA sostuvo, en este mismo ANUARIO, en el último número del pasado año (2), y que motivó mi contestación (3).

Las primeras palabras de su estudio enunciaron: «La tesis fundamental contenida en el presente trabajo es que los legitimarios son herederos» (4). El sistema castellano —afirma páginas después (5)— «recoge la tradición germánica de la *primacia de la sucesión legal*». Y, al hablar de la legítima regulada en el Código civil, afirma que se produce un «llamamiento forzoso» como herederos de los legitimarios (6). Por ello, siendo heredero forzoso, «su título sucesorio de heredero arranca directamente de la Ley; por tanto frente al heredero forzoso de nada pueden valer las disposiciones del testador que sean contrarias a la Ley»; y, por igual razón, dice líneas antes, que «el régimen del Código es más sencillo y también más justo y práctico que el que resulta de la atormentada historia del derecho común» (7). [Para mis ojos de viejo práctico esa perspectiva sólo es más «simplista», pero no es más justa y nada práctica por su falta de flexibilidad. Y, a mis ojos de modesto pero tenaz investigador, la historia del derecho común no es «atormentada», aunque admito que pueda resultarlo para quienes quisieran dominarla con sólo asomarse a ella].

Es decir, para él, la legítima del Código civil responde a los caracteres de la denominada legítima germánica: delación legal forzosa a título de heredero, que la deja totalmente fuera de la disponibilidad del causante.

Por mi parte, creo haber demostrado repetidamente, frente a esa simplificación —y sin que nadie haya rebatido mis razones—, que la legítima es una institución formada en la historia, como todas las del derecho privado, modelada en la vida, puestas en contacto leyes y práctica jurídica, que las ha interpretado y adecuado en su aplicación, con sucesivas aportaciones de unas y otras, para ajustar la voluntad del testador —ley de la sucesión— y la protección de los justos intereses de los legitimarios.

(2) MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La naturaleza de la legítima*, A.D.C. XXXVIII-IV, octubre-diciembre 1985, pp. 849 y ss.

(3) *Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima*, A.D.C. XXXIX-I, enero-marzo 1986, pp. 3 y ss.

(4) A.D.C. 1985, p. 850.

(5) *Ibid.*, p. 852, *in fine*.

(6) *Ibid.*, pp. 864 y ss.

(7) *Ibid.*, p. 886.

Así se forjaron en Castilla las legítimas, que el Código civil debió recoger a tenor de las bases 15 y 16 de la Ley de 11 de mayo de 1888, sin otras reformas que las —principalmente cuantitativas— resultantes de una transacción entre ese derecho de Castilla y el de las regiones forales (8). No olvidemos que —según ha expresado lúcidamente RAFAEL NÚÑEZ LAGOS (9)— «los artículos del Código civil son, como las islas, picachos visibles de montañas sumergidas, pero de indudable masa y realidad»; pues: «La significación de un artículo no viene definida únicamente por su texto, sino por sus antecedentes morfológicos y funcionales, por su contenido histórico presente y decisivo para el redactor». Por lo cual, «el fenómeno hereditario hay que referirlo al ciclo de significaciones precisas que ha tenido durante siglos en nuestros juristas clásicos».

* * *

Teniendo en la mente esta premisa fundamental y a la vista las posiciones contrapuestas, repasaremos la naturaleza de la legítima del derecho común español diferenciadamente en cada uno de sus aspectos.

A) ATRIBUCIÓN DE LAS LEGÍTIMAS

Para el examen de este primer aspecto de las legítimas, si queremos evitar involuciones que lleven a percepciones distorsionadas, nos vemos ya obligados a ponderar la diversa significación de la palabra «legítima».

Cierto es que no ocurre así en el denominado sistema germánico, en el cual derecho y contenido están unidos como el alma y el cuerpo, puesto que su adquisición y su satisfacción se producen simultáneamente, *ope legis*, mediante una vocación legal forzosa, que no requiere aceptación, puesto que la adquisición del contenido se produce *ipso iure*.

En cambio, en el sistema romano, en el desarrollado en el *ius commune*, en el castellano recogido por el Código civil y, consecuentemente, en éste, discurren por vías distintas y pueden proceder —como ocurre generalmente— de fuentes diversas, por lo cual deben distinguirse: el genérico derecho a la legítima, de una parte; el conjunto de derechos en que éste se descompone para asegurar al legitimario la obtención de su contenido, de otra; y, en fin, la vocación, la delación —o en su caso el *dies veniens*— y la adquisición de este contenido. Así se deben descomponer y diferenciar:

- la adquisición del derecho —o haz de derechos— a la legítima;
- el surgimiento concreto, en el conjunto en que éste se descompone como haz, del procedente e individualizado al darse su supuesto

(8) Así lo explicó MANUEL ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, cap. IV, sec. IV, pp. 146 y ss.; cfr. 2.ª ed., Madrid, Ed. Plus Ultra 1947, pp. 146 y ss.

(9) RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, Prólogo a la obra de MARIO ARMERO DELGADO, *Testamentos y particiones*, Madrid, Ed. Reus, 1951, pp. V y VI.

de hecho específico, para asegurar y obtener el contenido efectivo al cual da derecho;

— la adquisición del contenido material al que aquellos se refieren.

a) El *derecho a la legítima*, sin duda, dimana *ope legis* y surge *ipso iure* al fallecer el causante.

b) En cambio, el *derecho o derechos a que da lugar, al descomponerse, para la protección normativa de la adquisición del contenido que constituye su objeto*, sólo surgen en concreto cuando —por incumplimiento por el causante de su deber de otorgar las legítimas a su respectivo destinatario o, al menos, de dejarla a salvo, respetándola— se produce su respectivo supuesto de hecho. Así nacen los derechos de impugnación por causa de preterición, desheredación injusta, inoficiosidad cualitativa o cuantitativa, y los de reclamación del suplemento, de rescisión de donaciones inoficiosas, etc.

c) Finalmente, el *derecho en o sobre el contenido material* puede dimanar de uno o varios actos dispositivos del causante —*inter vivos* o *mortis causa*—, o bien, subsidiariamente, de la ley, *praeter* o *contra tabulas*; y en ese último caso, es hecho efectivo a consecuencia del ejercicio con éxito de los correspondientes derechos de impugnación o reclamación.

SÁNCHEZ ROMÁN, en el texto al que se aferra PEÑA (10), se refiere al primer significado de la palabra «legítima», cuando dice que, «como se observa dentro del Código civil», éstas son «una institución y una doctrina de carácter *positivo* y *necesario*, es decir, *obligatorio* para el testador con los herederos forzosos y para éstos entre sí» (11).

En cambio, al tratar de los «principios, precedentes y derecho anterior» —cuando dice que las legítimas «en el concepto de institución legal, en España, ni aún en Roma, no tuvieron un carácter sustantivo y esencial, sino más bien *negativo* y de limitación mayor o menor del *ius disponendi* por causa de muerte» (12)— se refiere a la legítima como *conjunto normativo protector del derecho a obtener su contenido material*, es decir, al segundo significado de la palabra «legítima».

No contrapone, pues —en contra de lo que cree PEÑA—, el derecho anterior al Código civil, al que se refiere este texto (lo cual, sin embargo, bastaría para ponerle en contra de la opinión del mismo PEÑA respecto de la legítima castellana), y el dimanante de este Código, como si en aquél la legítima fuera de naturaleza *negativa* y en éste de naturaleza *positiva*. Lo que realmente contempla son dos diferentes conceptos o acepciones de la palabra legítima de las tres en que, como hemos visto, es empleada. Así, a mi parecer, resulta evidente:

1.º Dada la percepción de SÁNCHEZ ROMÁN de cómo fue el tránsito del derecho castellano, anterior al Código civil, al consignado en

(10) A.D.C. 1986, p. 573 y nota 16.

(11) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de derecho civil*, VI-2.º cap. XV, 31, cfr. 2.º ed., Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1910, p. 790.

(12) *Ibid.*, 5, p. 764.

éste como derecho común español en esta materia, no cabe la menor posibilidad de que estimara que se hubiese producido un cambio tan sustancial de su naturaleza —que de ser *negativo* se convertiría en *positivo*—. Así lo muestra en el siguiente párrafo: «De las deliberaciones de la Comisión de Códigos, que precedieron a la formación del *civil* vigente, las más interesantes fueron las debidas con motivo al patriótico deseo de venir a fórmulas de armonía, en materia de sucesiones entre la legislación *castellana* y las llamadas *forales*, especialmente las concernientes a la fijación del *sistema* y *cuantía de legítimas* de los descendientes y determinación de aquella parte en que el ascendente pudiera mejorar a alguno de ellos, y de aquella otra en que tuviera la libre disposición; de todo lo cual da minuciosa cuenta tan autorizado y luminoso testimonio, como el del ilustrado Presidente de dicha Comisión, D. MANUEL ALONSO MARTÍNEZ» (13), ¿Cómo pudo, pues, entender que, aproximándose el Código a las legislaciones forales, se alejase de ellas tan notoriamente, caminando en dirección contraria, para cambiar su contenido sustantivo de *negativo* en *positivo*?

2.º El mismo texto citado por PEÑA, después de las palabras que hemos reproducido, continúa: «Respecto del primero [es decir, del testador], en cuanto en vida y en muerte limita los actos de su libre disposición de bienes y su eficacia ulterior y definitiva, en completa subordinación al derecho a la legítima de sus herederos forzosos, constituyendo con esto una especie de *reserva*, impuesta a aquél en cuanto a los actos de disposición de bienes, limitando considerablemente el *ius disponendi* que como propietario le correspondería y que el párrafo primero del artículo 763 le reconoce a todo propietario *que no tenga herederos forzosos*, así como el segundo se lo niega a quien los tuviere» (14).

Vemos, en efecto, que SÁNCHEZ ROMÁN en este texto: a) Habla de la legítima como *limitación* «de los actos de libre disposición de bienes y su eficacia ulterior y definitiva», y lo pone «en completa subordinación el derecho a la legítima de sus herederos forzosos», es decir, contrapone la «legítima» como *limitación* —o sea, con un contenido *negativo*— y el derecho a la legítima, «de carácter *positivo* y *obligatorio*». Es decir, en las dos primeras significaciones que hemos observado.

b) Y reitera, ya en el régimen del Código civil, que la legítima es una limitación considerable del *ius disponendi*. O sea: continúa siéndolo como lo era en el derecho de Castilla. Así lo expresa con palabras correlativas a las dichas, por el mismo, al hablar del derecho anterior al Código civil, con relación al concepto de las legítimas, como institución legal en España «de limitación mayor o menor de la libertad del *ius disponendi*».

3.º Sin salirnos de la frase de SÁNCHEZ ROMÁN en la que se apoya PEÑA, y puesto que dice, en ella, que las legítimas son de «carácter

(13) *Ibid.*, 26, p. 787.

(14) *Ibid.*, 31, p. 790.

positivo y necesario, es decir, *obligatorias* para el testador», con estas palabras nos muestra que no las considera atribuidas directamente por vocación legal; ya que, en ese caso, se *impondrían* al testador pero no le serían *obligatorias*. No le crearían obligación alguna. Contempla, pues, la *portio debita*, con su correspondiente *debitum*, característico de la legítima *iure romano* y que no existe en el germánica, en cuanto en éste la ley obra directamente y el testador a nada está obligado. La ley prescinde de él; mientras que en aquel sistema reacciona según el causante cumpla o no, total o parcialmente, ese débito.

Lo mismo hay que recordarle a PEÑA, respecto de su interpretación (15) de la expresión *debitum naturale*, referida por GARCÍA GOYENA (16) a la legítima. En contra de cómo él interpreta, la expresión *debitum* es incompatible con cualquier atribución directa por la ley del contenido debido al sujeto beneficiario de éste; pues, de darse esa atribución directa, el padre nada debería por derecho natural, ya que la ley lo atribuiría directamente al hijo. Y, en ese caso, aunque la legítima fuese de derecho natural, no sería *debitum*, ni obligación natural de los padres.

Ya en este punto, parece oportuno enlazar con mi referencia a las muestras que señalé para mostrar que ROCA SASTRE no fue el primero, después del Código civil, en hacer notar que la legítima era de «configuración fundamentalmente negativa», implícita en su naturaleza de *portio debita*. A ese efecto, cité por orden cronológico algunos textos de: *La Gaceta del Notariado* de 1890, SÁNCHEZ ROMÁN, MANUEL CALDERÓN NEIRA, JERÓNIMO GONZÁLEZ, FELIPE CLEMENTE DE DIEGO y JOSÉ ALGUER (17). Me discute PEÑA (18) el sentido de las citas de SÁNCHEZ ROMÁN —que acabo de analizar— de FELIPE CLEMENTE DE DIEGO y de ALGUER. Nada alega en contra de las demás. Pero su tacha, que hemos visto desvanecerse respecto de SÁNCHEZ ROMÁN, tampoco parece consistente en los otros dos testimonios que él rechaza.

FELIPE CLEMENTE DE DIEGO (19), en el texto que PEÑA transcribe, llega al final a esta conclusión, «teniendo en cuenta además lo dispuesto sobre el suplemento de legítima (815), que aproxima éste a un derecho de crédito, y la permisón de la indivisión de aquellas cosas que desmerezcan mucho con la división (1062), parece orientarse la legislación hacia la legítima *pars bonorum* o simple derecho de crédito».

Finalmente, ante la cita de quien fue muy admirado y querido

(15) A.D.C. 1986, p. 577.

(16) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, Sociedad Tipográfica, 1852, art. 640, p. 92 y apéndice 7, pp. 430 y s.

(17) A.D.C. 1986, pp. 7 y s. Conste que no saqué a colación a estos autores para contradecir a PEÑA, sino para aclarar la cuestión; y que, en varias ocasiones, ya los había citado a ese mismo fin; v. gr., en mi tratado, *Las legítimas*, Madrid, INEJ, 1974, vol. II, cap. VIII, notas (p. 736), 66 y 67 (pp. 748 y s.).

(18) A.D.C. 1986, pp. 572 y ss.

(19) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de derecho civil español*, volumen III, Madrid, Impr. Juan Pueyo, 1932, lec. 90, pp. 225 y s.

maestro mío, JOSÉ ALGUER, objeta (20) que éste, en el texto que transcribo, se refiere al derecho *moderno* y no sólo al del Código civil, no aborda directamente el tema de la naturaleza de la legítima, y no se manifiesta claramente en favor de la tesis de la *portio debita*.

El texto de ALGUER (21), ciertamente, habla en términos generales. Pero de ellos no excluye el régimen del Código civil sino en un solo punto, al decir «la contractual, allí donde se admite», siendo así que constantemente se refiere a este Código (así, en el párrafo inmediato siguiente, cita sus artículos 767, 789, 790, 791, 792, 794, 795, 797, 799, 800, 801, 802, 805 y 987). Por otro lado, aparte la indicada interpolación referida a la sucesión contractual, la frase parece una glosa del artículo 658 Código civil, §§ 1 y 2: [*«La sucesión se defiere por voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley - La primera se llama testamentaria y la segunda legítima»*]. No hay, pues, sucesión legal forzosa. Por eso, dice ALGUER: «El llamamiento forzoso no es más que un límite al llamamiento voluntario». Siendo así, que no hay delación forzosa, es claro como enuncié, que ALGUER entendía la legítima «con configuración fundamentalmente negativa»; y, en ese caso, ¿cómo puede jugar la legítima sino conforme al sistema romano y del *ius commune*?

La conmoción que, dice PEÑA (22), originó el estudio de ROCA SASTRE (23) publicado en 1944, debo advertir que, por una parte, se produjo frente la resaca dejada por la sexta de las conferencias desarrolladas, en la Universidad de Madrid en abril de 1928, por el profesor italiano FRANCESCO FERRARA (24) —pese a la crítica que de ella hizo JERÓNIMO GONZÁLEZ (25)— y, de otra parte, se debió —muy especial y principalmente— a que la tesis de ROCA iba mucho más allá, pues sostenía que la legítima del Código civil es *pars valoris bonorum* y que las cualidades de heredero y de legitimario son incompatibles, enunciando que donde hay herencia no hay legítima.

B) TÍTULOS DE ATRIBUCIÓN DEL CONTENIDO DE LAS LEGÍTIMAS

En el sistema germánico no hay más título de atribución del contenido de las legítimas sino la delación legal forzosa.

(20) A.D.C. 1986, p. 575.

(21) J. ALGUER, *Ensayos varios sobre temas fundamentales del derecho civil*, VI, en Rev. Jurídica de Cataluña XXXVII, 1931, pp. 132 *in fine* y s.: «La delación puede tener tres causas diferentes: la testamentaria, la contractual, allí donde se admite, y la legítima. El llamamiento forzoso no es más que un límite puesto al llamamiento voluntario».

(22) A.D.C. 1986, p. 572.

(23) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, *Naturaleza jurídica de la legítima*, Rev. Der. Priv. 1944, pp. 185 y ss.

(24) FRANCESCO FERRARA, *El sistema de la legítima y la mejora en el derecho civil español*; cfr. su resumen efectuado por JERÓNIMO GONZÁLEZ, en Rev. Crít. Der. Inmob., V, 1929, pp. 53 y ss.

(25) JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Observaciones a la cit. conf. del doctor FERRARA*, loc. cit., pp. 65 y ss., donde llegó a decir (p. 68) que el Dr. FERRARA «se lanzó a este estudio con valentía que se aproxima a la temeridad, por prescindir de la ayuda didáctica de nuestros clásicos».

En los sistemas donde no existe delación legal forzosa de ese contenido, su atribución *mortis causa* al legitimario sólo puede producirse testamentariamente o *ab intestato*, aparte de su posible complemento por la acción de suplemento y por las de reducción de legados y donaciones. La atribución *intestada* puede llegar a falta de testamento o contra el testamento, previa su invalidación e instancia del preterido o el desheredado injustamente.

Ahora bien —y ahí es preciso hacer otra distinción— cabe que la legítima, aún sin existir delación legal forzosa, se reciba a título de heredero. Bien sea porque el causante instituya herederos a legitimarios, sea voluntariamente o porque así se lo imponga la ley —como lo exigió la novela CXV de Justiniano— para no incidir en preterición. Por eso, los legitimarios fueron llamados herederos forzosos del testador, tanto en el derecho romano justiniano como en el de Castilla, sin que hubiera delación legal forzosa en uno ni en otro.

PEÑA dice en su *Nota final* (26): «Insisto en las peculiaridades del sistema legitimario castellano, tal como quedaron expuestas en mi trabajo. Nuestros clásicos, como ya dije, tendían a explicarlas dentro del sistema de derecho común. Pero también tuvieron conciencia de las diferencias del derecho real frente al derecho común». Son muy ciertas las peculiaridades del sistema legitimario castellano, respecto del sistema del *ius commune*, y las diferencias entre uno y otro. Desde 1950 lo he hecho notar en todos mis trabajos, sin excepción, y nunca lo he negado. Lo que sí he rechazado, y sigo rechazando, es que esas diferencias fueran «tal como quedaron expuestas» en el trabajo que motivó mi contestación, y muy en especial, que se debieran a que el derecho de Castilla hubiera recogido «la tradición germánica de la *primacia de la sucesión legal*» (27). Creo haber demostrado plenamente que no fue así. Tampoco creo que sea del todo exacto decir que nuestros clásicos tendían a explicar el derecho castellano, e incluso sus peculiaridades, dentro del sistema del derecho común; lo correcto es decir, no sólo que tendían a explicarlas, sino que todos —yo no he hallado, ni nadie ha señalado que yo sepa, excepción alguna— de un modo u otro las explicaban dentro de ese sistema del derecho común.

PEÑA cree, aún, hallar un asidero para su tesis en las opiniones de PARLADORIO. He de reconocer, naturalmente, que en el texto impreso de mi cita de este autor vallisoletano (28) se saltan unas líneas (29)— así se nota con sólo leer la cita, pues su conclusión de que la mejora «es *pars hereditatis* y no *pars bonorum*», es evidente que no cuadra con la falsa, premisa literalmente resultante del salto, de que las leyes que las establecieron concordaban con las del derecho común que disponían sobre parte de bienes. El texto latino exacto es: «*Regiae illae leges ad amussum conveniunt et quadrant cum legibus iuribus communis quae de parte hereditatis loquuntur: nec mirum, si differentiam cum legibus iuris communis, quae disponunt de parte bono-*

(26) A.D.C. 1986, pp. 575 y s.

(27) A.D.C. 1985, p. 852, *in fine*.

(28) A.D.C. 1986, p. 23.

(29) PEÑA lo advierte bien A.D.C. 1986, p. 571, nota 3.

rum» (30). O sea, dice que, en esa materia, las leyes reales de Castilla concuerdan y cuadran «con las leyes de derecho común que hablan de parte de herencia» y disienten «de las leyes de derecho común que disponen sobre parte de bienes». Lo saltado es importante, sin duda alguna, pero precisamente lo es para demostrar que PARLADORIO —que como es sabido consideró como *pars hereditatis* no sólo la legítima sino también la mejora de tercio y aún la de quinto— consideró que esas leyes castellanas estaban de acuerdo con los *textos del derecho común* que tratan de *pars hereditatis*. En cambio, en lugar alguno expuso que tuviera lugar una atribución legal del contenido de las legítimas por la vocación legal característica del derecho germánico. Es decir, entre los pocos autores castellanos que consideraban que en el derecho de Castilla la legítima era necesariamente *pars hereditatis*, ni uno solo siquiera la estimó adquirida por efecto de una vocación legal de ese tipo germánico. Todos entendieron que, si se recibía *contra tabulas*, era por aplicación de las normas de la preterición o de la desheredación injusta. E, incluso PARLADORIO entendía —como reconoce PEÑA (31)— que, conforme la doctrina más seguida en derecho común, la legítima debía ser dejada a título de heredero para que no tuviera lugar la sucesión intestada contra tal testamento.

No obstante esta evidencia, todavía en la misma página, quiere PEÑA conservar latente una duda: «¿Pensaba en concreto, PARLADORIO en una delación inmediata de la legítima?». Su respuesta es: «Lo que está claro es que, para él, en Castilla la legítima íntegra —que era *pars hereditatis* (como ya vimos) [luego volveremos a esto]— tenía por Ley fuerza *contra* el testamento en el que se dispusiera *de todos los bienes* en legados y fideicomisos». Pero esto ocurría igualmente, desde la novela CXV, en el derecho romano justinianeo.

Es bien sabido que la ley única, título 19 del Ordenamiento de Alcalá trajo la duda de si, a partir de ella, era válida la disposición de la legítima de los hijos a título de legado. De ese tema me ocupé, hace ya más de treinta años, en mi *Apuntes de derecho sucesorio* (32) —donde mostre la posición conciliadora de MATIENZO. PICHARDO DE VINUESA y AYLLÓN LAÍNEZ— y me extendí más en él en mi tratado de *Las legítimas* (33). En éste distinguí:

1.º La posición de RODRIGO SUÁREZ, a quien siguieron otros autores como JUAN GUTIÉRREZ, según la cual, al suprimir esta ley la necesidad de la institución de heredero para la validez del testamento, la legítima pudo dejarse por cualquier título.

2.º La del doctor LUIS DE MOLINA y de MARCO SOLÓN DE PAZ, quienes observaron que una cosa era dar por válido un testamento que

(30) JUAN YÁÑEZ PARLADORIO, *Quotidianarum differendarum sesquicenturia*, Diff. CXLVI, 12; cfr.: «Opera jurídica», ed. Colloniae Allobrogum, sumptibus, Fratrum de Tournes, 1741, p. 384.

(31) A.D.C. 1986, p. 576.

(32) *Apuntes*, II, 1, C, pp. 135 y s.

(33) *Las legítimas*, vol. I, cap. VI, § 2, 13, p. 617 en rel. § I, 2, pp. 571 y ss. y § II, 2, pp. 590 y s.

no contuviera institución de heredero y otra diferente permitir que la legítima se dejase por título que no fuera el de heredero. Por lo cual este requisito no pudo entenderse derogado por la abolición de aquél.

3.º La de quienes tendieron a conciliar estas dos posiciones contrapuestas, como VÁZQUEZ DE MENCHACA, MATIENZO, AYLLÓN LAÍNEZ, PICHARDO DE VINUESA, PARLADORIO, que distinguían: si en el testamento se hubiese instituido heredero —ya fuera a algún hijo o bien a un extraño—, supuesto en el que se aplicaban las leyes romanas de la preterición; o si a nadie se hubiese instituido, caso en el cual, conforme esa ley castellana, los hijos —ya fuera como herederos intestados o bien como presuntamente instituidos en el testamento (34)— debían cumplir las disposiciones a favor de los instituidos en el testamento, como si fueran legados o fideicomisos.

4.º Y la también conciliadora pero más restrictiva, como la de Covarrubias, que exigía para la aplicación de esa ley, no sólo que no se hubiera instituido heredero alguno, sino que las mandas favorecieran por igual a todos los hijos.

PARLADORIO (35) siguió la posición de VÁZQUEZ DE MENCHACA, al distinguir:

a) El supuesto de que el testador no instituyera heredero alguno sino que distribuyese sus bienes en legados y fideicomisos, «eo casu filius habebit legitimam suam integram, salvis legatis et fideicommissis, quae iuri debeantur; neque filius poterit rescindere testamentum patris ex causa pretericiones, ex *decis. Illius Regiae legis*, quae quidem in hoc majorem in modum notabilis est; nam corrigit iura omnia anteriora, quibus cautum erat ut sine heredis institutionem valeret testamentum». Es decir, la ley única tít. XIX del Ordenamiento de Alcalá derogó el derecho anterior, por el cual en caso de faltar institución de herederos no valía el testamento del padre. Derecho antiguo constituido, según cita el mismo jurista vallisoletano, por el § *ante heredis, Insti., de legatis* (*Inst.* II, 2, 20, 34), y la ley 1, *ff. de vulgari et pupillari* (*Dig.* 28, 6, 1, 3), textos todos referentes a la invalidez total del testamento en el que no se hubiera instituido herederos, y, en cuya virtud, se daba lugar a la sucesión intestada. La citada ley del Ordenamiento determinó —como si el testamento contuviera la cláusula codicilar— la validez de legados y fideicomiso que quedaban a cargo de los herederos intestados —en ese caso, hijos del testador—, cosa que ocurría siempre que no hubieran herederos testamentarios válidamente instituidos.

b) El supuesto de que el testador no instituyera ni desheredare a hijo alguno pero sí a extraño, en el cual no era aplicable la ley castellana —«*lex illa Regia cessat*»— y sí la *authentica ex causa* (extracto

(34) Estas fueron, respectivamente, las posiciones de VÁZQUEZ DE MENCHACA, como expuse en A.D.C. 1986, texto correspondiente a la nota 36, y de MATIENZO, según recogí en la p. 13, texto correspondiente a la nota 47.

(35) PARLADORIO, op. cit., diff. CXLVIII, 28 y 29, pp. 390 y s.

de la novela 115), en virtud del cual «*testamentum quantum ad institutionem attinet irritum est, cetera vero affirmata remanent*», es decir, se invalidaba la institución y valía en lo demás el testamento.

No queda, pues, excepción alguna entre los autores castellanos en favor de la tesis germanista; es decir, que pretendiera que en el derecho anterior al Código civil, la delación legal forzosa era título atributivo de la legítima.

Sin embargo, PEÑA (36) busca algún apoyo en la época más tardía; y, en tiempos de la preparación del Código civil, y cree hallarlo en una opinión de BENITO GUTIÉRREZ. Este, recordó las opiniones contrapuestas de PALACIOS RUVIOS y de GÓMEZ acerca de la validez de la mejora dejada a título de institución en un testamento que se rompiera por preterición. Validez rechazada por aquél y que era aceptada por éste ya que consideraba puesta siempre la cláusula codicilar en el testamento en favor de los hijos, para que valiesen de la mejor manera que valer pudiesen. «Nosotros —comenta BENITO GUTIÉRREZ (37)— somos de este dictamen, no por la razón que alega ANTONIO GÓMEZ, pues ningún valor damos a la cláusula codicilar sino porque la Ley de Toro es terminante: aunque el testamento se rompa, como no sea a instancia del mejorado, éste sacará su legítima sin perder la mejora: *omnes filii succedent cum ipso meliorato, et in super melioratus consequetur integram meliorationem tertia et quinta* (Mat. glosa 3.º)».

La salvedad «como no sea a instancia del mejorado» y la cita de MATIENZO son especialmente reveladoras en sentido contrario al que PEÑA cree inferir. Notemos que las opiniones de los autores no pueden extraerse de expresiones o frases sueltas, sino después de conocer su pensamiento completo. En efecto:

1.º MATIENZO (38), en los casos de preterición distingue: el supuesto de que no haya institución de heredero, en el cual aplica la ley 1, tít. XIX del Ordenamiento de Alcalá que, según entiende él, presume que los hijos han sido llamados e instituidos por partes iguales (presuposición que, como advertimos en nuestra contestación, es lo más opuesto a la posición del derecho germánico), y el caso de que se hayan instituido heredero o herederos, prefiriéndoles a un hijo del testador, supuesto en el cual no estima de aplicación esta ley castellana, sino la auténtica *ex causa*, en virtud de la cual, invalidado por esa causa el testamento en cuanto a la institución y lo demás contenido en el mismo se mantiene firme. Es decir, conforme esa *authentica*, los hijos, como herederos intestados, vienen obligados a cumplir legados y fideicomisos en cuanto no sean inoficiosos (39).

(36) A.D.C. 1986, p. 578.

(37) BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, lib. III, cap. V, sec. III, II, ley 8.ª (24 de Toro); cfr. ed., Madrid, Impr. D. E. Sánchez, 1863, vol. III, p. 526.

(38) JUAN MATIENZO, *Commentaria in librorum quintum recollectionis legum Hispaniae*, tít. 4, 1, 1, gloss. 10, 49; cfr. ed. Mantuae Carpetane, Franciscus Sanctius, 1580, fol. 80 vto.

(39) Cfr. nuestro tratado *Las legítimas*, vol. II, cap. X, nn. 1 y 2, pp. 903 y ss.

2.º En el texto que de él cita BENITO GUTIÉRREZ, el mismo MATIENZO (40) estima que la mejora dejada a título de institución a un hijo que no haya ejercitado la acción de preterición («rupto testamento ad petitionem alterius filii») —dice), es válida en virtud de lo dispuesto en la ley 24 de Toro que, en esto, llega más allá de la *auténtica ex causa*, que no salvó lo dejado a título de heredero. Es decir, sólo en esto se aparta del derecho común, sin afectar al modo de atribuirse la legítima propiamente dicha —o sea, en cuanto no sea mejora— por la sucesión intestada consecuente a la invalidación de la institución.

3.º El expresado requisito exigido para beneficiarse de la mejora, de que el mejorado no haya impugnado la institución por acción dimanante de la preterición —que vemos exigido tanto por MATIENZO como por BENITO GUTIÉRREZ— tiene también su apoyo en el derecho común (41). Es una cuestión que discutieron CYNUS DE PISTOIA y MARTINUS SYLLIMANUS y que resolvió e impuso BARTOLO a quien, entre otros autores, siguieron BALDO, PAULO DE CASTRO, JASÓN y nuestro PALACIOS RUBIOS —éste respecto de las mejoras—. Esta solución de BARTOLO —de acuerdo con la opinión de MARTINUS y en contra la de CYNUS, a pesar de que éste había sido su maestro— se basó en que la otra: resultaría contraria a la voluntad del testador en lo que ésta era válida; en que sería absurdo que el desheredado o preterido tuviera más que el hijo instituido, y, especialmente, porque quien impugna un testamento se hace indigno de adquirir en virtud del mismo (42).

No parece, pues, que exista el menor resquicio de duda de que, antes de la vigencia del Código civil, los legitimarios debían recibir la legítima como herederos testamentarios, o bien subsidiariamente la recibían como herederos *ab intestato* sea a falta de testamento válido o bien por ruptura de éste o invalidación de la institución de herederos.

Y, llegados al Código civil, éste en materia de legítimas —conforme hemos visto que señaló ALONSO MARTÍNEZ (43)— se aproximó transaccionalmente a las legislaciones forales. Por ello, sería contrario a esa corriente que se hubiere pasado del expuesto sistema anterior al de delación legitimaria forzosa, propio del derecho germánico; y, en cambio, resulta en la dirección transaccional el avance de permitir, sin la sanción de la preterición, que se disponga de la legítima a título de legado, tal como resulta del artículo 815 Código civil, como lo han entendido casi toda la doctrina —las excepciones pueden contarse con los dedos de una mano— y reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin que haya sentencia alguna en contra (44).

(40) MATIENZO, op. cit., tít. 6, l. VIII (24 de Toro), gl. III, fol. 155 vto., en rel. gl. 1, n. 8, fol. 155.

(41) Cfr. lo que, al respecto, expuse en mi estudio *Cautelas de opción compositiva de la legítima* I, A, a, B, en «Centenario de la Ley del Notariado», sec. III, vol. I, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1964, pp. 437 y ss.

(42) BARTOLO DE SASSOFERRATO, *In secundam Codicis partem commentaria*, lib. VI, tít. *De liber. praet.*, auth. *Ex causa*, n. 19; cfr. ed. Augustae Teurinorum 1589, fol. 32 vto.

(43) Cfr. supra texto correspondiente a mi nota 8.

(44) Cfr. mi tratado *Las legítimas*, vol. I, cap. VI, 3, pp. 574 y ss. y mi *Co-*

C) CONTENIDO CUALITATIVO Y CUANTITATIVO DE LAS LEGÍTIMAS

Otra posible confusión, que suele producirse, interfiere la cuestión del título, por el cual es atribuido o debe atribuirse el contenido de la legítima, con la de la naturaleza de este contenido. Esa confusión es institucionalmente real —y no por defecto de percepción— en la denominada legítima germánica, puesto que el título de su atribución es el de heredero y su contenido es de una parte de la herencia. En cambio, en la legítima romana, en la del derecho común, en la castellana y en la recogida en el Código civil, no ocurre necesariamente así; por lo cual, su confusión significa un defecto de percepción en quien la contempla, sin perjuicio de que, en estos sistemas, también sea posible, e incluso frecuente, la concordancia de título y de contenido.

He mostrado repetidamente (45) que, si bien —de conformidad a la novela CXV de Justiniano— la legítima se debía a título de heredero, su contenido podía ser una *pars bonorum* y no necesariamente *pars hereditatis*. Así se admitía:

1.º Conforme mismo al texto de la Novela CXV, cap. V, que se satisficiera con una *institutio in re certa*, aun concurriendo con uno o varios llamamientos *ex asse*.

2.º Que se instituyera a un hijo sin atribuirle bienes relictos, v. gr., instituyendo a una hija en la dote que el causante le había donado *ob causam*.

Y, además, la común opinión de los autores entendía:

1.º Que el suplemento de legítima se recibía como *pars bonorum* y no como *pars hereditatis*.

2.º Que no se identificaban el derecho de los legitimarios a ser instituidos herederos y el que tenían a recibir su legítima, puesto que el hijo preterido o injustamente desheredado que renunciaba al *ius dicendi nullum* o a la *querella*, si bien no podía ejercitarlos, conservaba la *actio ad supplementum* para completar su legítima material.

3.º Que la prescripción de la *actio ad supplementum* tenía un plazo más largo de que el de la *querella*, y, por lo tanto, podía ejercitarse después de prescrita ésta.

Esta fue la opinión común entre los autores del derecho de Castilla, incluso la de aquellos que excepcionalmente consideraron que la legítima era siempre *pars hereditatis*, es decir, de VÁZQUEZ DE MENCHACA, MATIENZO, PARLADORIO y SARMIENTO (46). El primero señaló 24 excepciones a su regla, y concluyó que el hijo no instituido heredero y beneficiado con un legado podía o bien ejercitar la *querella* o aceptar el legado, y, en ese segundo caso, le cabía reclamar el suplemento, en

mentario a dicho art. 815, C. c. en el tomo XI de los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, cfr. 2.ª ed., Madrid, Ed. Rev. Dr. Priv., 1982, pp. 209 y ss.

(45) Cfr., especialmente, *Las legítimas*, vol. I, cap. II, 6, pp. 69 y ss.

(46) Cfr. las citas que hace en las notas 41 y 42, de A.D.C. 1986, p. 15.

cuyo caso no recibía como heredero ni legítima ni complemento. El segundo, dijo que siempre vio practicar en la Real Cancillería de Valladolid que «el hijo a quien le fue dejado algo por cualquier título no impugnara el testamento y recibiera al complemento de la legítima por los medios previstos en derecho romano». Y SARMIENTO distinguió que la legítima es *pars hereditatis* cuando debe dejarse a título de institución, pero que donde sea posible el título de legado es *quota bonorum* (47). No queda sino PARLADORIO, a quien —como acabamos de ver— ni siquiera se le ocurrió que la legítima fuera objeto de una delación legal forzosa al modo germánico, sino que, incluso tratándose de las mejoras, dijo que las leyes regias que regulaban su naturaleza concordaban con las de derecho común referentes a las legítimas como *pars hereditatis* (48).

La gran diferencia entre la legítima castellana y la justiniana radicaba en su respectiva cuantía y en la posibilidad de la mejora. Si bien la existencia de ésta atenuaba la diferencia cuantitativa, por cuanto la mejora sólo era legítima frente a extraños y no lo era entre los descendientes (49).

El Código civil, al reducir la cuantía de la legítima y ampliar la mejora al tercio del total, ha reducido notablemente esa diferencia cuantitativa.

Bajo el aspecto cualitativo del contenido, las legítimas se clasifican en *pars hereditatis*, *pars bonorum*, *pars rerum*, *pars valoris bonorum*, *pars valoris*. Especies que es preciso diferenciar, y no confundir. Así podemos advertir:

— Que entre las posiciones ROCA SASTRE y la general, que yo sigo, existe en ese punto, la notable diferencia de que mi maestro califica el contenido de la legítima en el Código civil como una *pars valoris bonorum* que normalmente debe satisfacerse en cuerpos hereditarios, mientras que yo sostengo, conforme el común criterio, que es una *pars bonorum*.

— Que —conforme ya he advertido (50)— el artículo 806 del Código civil se refiere a la legítima *como contenido*, mientras quienes han sostenido que la definición de este artículo corresponde a la legítima germánica, equivocadamente han atendido que la define *como un derecho «en» o «sobre» ese contenido material*, que implicaría una *delación legal* a favor del legitimario.

Creo haber demostrado reiteradamente el significado de este artículo (51). Y que la expresión «*por haberla reservado la ley*» no significa algo equivalente a la *reserve* francesa. No se lo dio GARCÍA GO-

(47) *Ibid.* notas 48 a 52.

(48) Cfr. *supra* texto correspondiente a la nota 30.

(49) Cfr. las citas que hice en A.D.C. 1986, notas 102 a 117 y su texto correspondiente, pp. 25 y ss.

(50) *Panorama del Derecho de sucesiones*, vol. I, Madrid, Civitas, 1982, parte III, cap. III, 240 *in fine*, p. 529.

(51) Cfr. *Apuntes...*, I, 4, pp. 36 y ss.; *Las legítimas*, vol. I, cap. IV, 1, pp. 181 y ss.; *Comentario* al art. 806, II, en el tomo XI, de los *Comentarios*, cit., pp. 5 y ss. *Panorama del derecho de sucesiones*, loc. cit., pp. 527 y ss.

YENA (52), al glosar el artículo 640 del Proyecto de 1851, ni tal palabra era señalada como equivalente a legítima en las obras de derecho más en uso en España durante el período anterior al Código civil, ni en los diccionarios jurídicos de la época. Por ello, parece claro que debe dársele su acepción gramatical y, entre las que señala el *Diccionario de la Real Academia Española*, parecen las más adecuadas las de «Destinar un lugar o una cosa, de un modo exclusivo, para uso, o personas determinadas» y «separar o apartar uno algo de lo que distribuya, reteniéndolo para sí o para entregárselo a otro». Siendo así que, ni *destinar*, ni *separar*, ni *apartar*, equivalen a *transmitir* ni a *disponer* en sentido técnico.

Esa «*reserva*» sintoniza con la naturaleza de la legítima como *pars bonorum* e indica la causa de la indisponibilidad por el heredero de los bienes de la herencia mientras no hayan sido satisfechas las *legítimas*, aunque estén dispuestas a título particular, así como actúa de garantía real en los casos en los cuales la legítima pueda satisfacerse en dinero mientras éste no haya sido pagado.

Naturalmente que con la naturaleza de la legítima en su acepción de contenido, tiene relación la responsabilidad personal por las deudas de la herencia, y que, con referencia a la de las mejoras, pudo tenerla lo dispuesto en ley 21 de Toro. PEÑA (53), a este respecto, me imputa «VALLET, ni siquiera me reconoce el mérito de haber traído por primera vez a la cuestión de la naturaleza de la legítima la norma contenida en la Ley 21 de Toro». Lo cierto es que, en mi conferencia *La mejora tácita*, que pronuncié en la Academia Matritense del Notariado el 24 de enero de 1950, incluí este epígrafe: «V, 4 *Explicación de la ley 21 de Toro antecedente del artículo 833 del Código civil*» (54), donde traté de su incidencia en la naturaleza de la mejora, cité las opiniones de ANTONIO GÓMEZ, ALVAREZ POSADILLA, SANCHO LLAMAS y JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO. Pero no pasé de ahí; y, por eso, reconocí (55) que no llegué a profundizar en ella. PEÑA, sin duda, ha tenido el mérito —que gustosamente le reconozco, subsanando mi anterior omisión—, si no de haber traído la ley 21 de Toro a esa cuestión, sí la de aportar acerca de su interpretación las opiniones de PALACIOS RUVIOS, COVARRUBIAS, MATIENZO, GREGORIO LÓPEZ, el doctor LUIS DE MOLINA, PARLADORIO, AZEVEDO, IBÁÑEZ DE FARIA. Estas citas motivaron que yo me sintiera obligado a profundizar en precisar cuál fue el criterio de los autores castellanos de los siglos XVI y XVII —revisando y completando el examen efectuado por PEÑA— y esto sí que debo agradecerse, tal como, aunque tardíamente, hago.

Pero, con referencia a esa responsabilidad por las obligaciones del causante, concluye PEÑA (56): «Lo que debe hacer el jurista, atendiendo, "en la pugna de los intereses en juego", a lo que resulte "más

(52) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cit., art. 640, p. 92.

(53) A.D.C. 1986, p. 571.

(54) Cfr. en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», vol. III, pp. 41 y ss.

(55) A.D.C. 1986, p. 5.

(56) A.D.C. 1986, p. 579.

justo conforme a la naturaleza de las cosas” es interpretar restrictivamente —para uno y otro tipo de herederos— los supuestos de responsabilidad *ultra vires* (y cuando el llamado no esté en posesión de la herencia es importante, a esos efectos, lo dispuesto en el artículo 1.021 Código civil)».

Y, en nota 37, dirige esta pregunta: «¿Cómo entender en cambio, que quede a voluntad del testador hacer de peor condición en cuanto a las deudas, a un legitimario instituyéndole en su legítima (cfr. artículo 813-II C. c.?)».

Distingamos, serenamente, y vayamos por partes:

— Ante todo, lo de «peor condición» en cuanto a las deudas, está contrabalanceado por la «mejor condición» de entrar en la posesión, administración de liquidación de la herencia; y, por lo demás, al legitimario instituido heredero en su legítima le cabe no entrar en la posesión de bien hereditario alguno y de aceptar a beneficio de inventario.

— En cuanto a la «pugna de los intereses en juego» y a la «naturaleza de las cosas»: es natural que quien puede entrar en posesión del caudal hereditario y así lo haga, responda mayormente que quien no se halle en esa situación. Esto es lo que apreció el Tribunal Supremo en sus sentencias —que cité en mi contestación (57)— en especial, la de 10 enero 1920, que atiende al hecho de administrar bienes hereditarios.

— Finalmente la norma justísima del artículo 1.021 Código civil —«*El que reclame judicialmente una herencia de que otro se halle en posesión por más de un año, si venciere en juicio, no tendrá obligación de hacer inventario para gozar de este beneficio, y sólo responderá de las cargas de la herencia con los bienes que le sean entregados*»— no sólo no contradice mi opinión, concorde con el de la referida sentencia, sino que la confirma. El legitimario no instituido heredero no puede inmiscuirse por su sola voluntad en los bienes de la herencia, por lo cual es natural que no responda personalmente de las deudas hereditarias sin necesidad de utilizar beneficio de inventario alguno, y sí es natural que en principio responda personalmente el legitimario instituido heredero, aunque sólo lo sea en su legítima, ya que de él depende inmiscuirse o no en ella y aceptarla a beneficio de inventario o sin él.

D) ASPECTO NORMATIVO PROTECTOR DE LA OBTENCIÓN DEL CONTENIDO MATERIAL DE LAS LEGÍTIMAS

También de este último punto me he ocupado en varias ocasiones (58). A ellas me remito; y, en especial, con respecto a la contro-

(57) A.D.C. 1986, pp. 54 y ss.

(58) *Las legítimas*, vol. II, caps. X, pp. 901 y ss., XI, pp. 997 y XII, pp. 1143 y ss. hasta el final, y, más resumidamente, en *Panorama*, cit., vol. II, sec. VII, cap. III, pp. 671 y ss.

versia de que me ocupó, reitero cuanto expuse en el epígrafe VII de mi replicada contestación (59).

* * *

Antes de terminar esta dúplica, y ante las expresiones de PEÑA en el primer párrafo y en el último de su número I, (pág. 575) de su *Punto final*, no puedo dejar de decir que ni yo me he molestado porque él, en el trabajo que le contesté, haya contradicho la tesis que yo sostengo, ni ahora tampoco me molestó, con él, por su réplica. Ni mi contestación ni esta dúplica las he dirigido contra él. Sólo he tratado de defender la concepción de las legítimas que creo correcta, más conveniente por su flexibilidad, requerida por la práctica, y por resultar más ponderada ante los intereses en juego.

Siempre ha sido este mi criterio. Nunca quiero molestar a nadie y menos aún a un viejo amigo tal como PEÑA, a quien así le considero desde hace muchos años. Y conste que, cuando alguien me ha convencido de su opinión, contraria a la mía, lo he reconocido. Así recuerdo que me convencieron AZURZA Y OZCOZ, respecto de la naturaleza de la reserva pendiente, CALVO SORIANO, en cuanto a la esencia fideicomisaria de la cláusula de sobrevivencia puesta en compraventas; MANOLO CÁMARA acerca del modo de atribuirse según el Código civil la legítima vidual no dejada testamentariamente, JOSÉ MARÍA CABRERA, en algunos aspectos de la compraventa con pacto de sobrevivencia.

Cuando redacté mi respuesta a PEÑA procuré no escribir nada en detrimento de su persona. Incluso suavicé la fuerza expresiva de algunos argumentos, y luego la di a leer a dos amigos comunes, quienes aunque me dijeron que en ella no hallaban nada hiriente, me insinuaron que suavizara aún más la fuerza argumental en algún punto; y así lo hice del mejor grado, conforme me proponían. Sí, a pesar de todo y en contra de mis deseos, he molestado a PEÑA, le pido perdón, aunque sin abdicar un ápice de mis opiniones, ni deponer mis razones, pues estimo que esto no sería honesto por mi parte mientras no sean superadas por otras mejores.

Apuntes sobre la evolución del Derecho de la República Federal de Alemania en 1985

Prof. Dr. HANS-LEO WEYERS

Ayudante DETLEF KOCH

Frankfurt

A) LEGISLACION

Durante el año 1985 no se han observado cambios esenciales en el ámbito de la legislación civil. A nivel supranacional debe citarse la directiva aprobada por el Consejo de la CEE, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Por razón de su actualidad, sin embargo, y aunque no corresponda al año 1985, procede examinar aquí dos leyes que contienen esenciales modificaciones para el Derecho civil alemán.

1. En el ámbito del Derecho de familia, tras larga y en parte controvertida discusión del Parlamento Federal (Bundestag), se aprobó una ley modificativa de normas en materia de pensión de alimentos en caso de divorcio, normas procedimentales y otras (en adelante, «Unterhaltungsänderungsgesetz») (1).

La Ley, dirigida exclusivamente a modificar normas ya en vigor, tiene como finalidad primordial corregir en un sentido más justo determinados supuestos que pueden darse en las causas de divorcio. Además, el Tribunal Constitucional, al declarar la inconstitucionalidad de algunas partes de la primera ley de reforma del Derecho matrimonial —que, en su momento representó pasar del divorcio basado en la culpa al divorcio-ruptura («Zerrüttungsprinzip»), obligaba a la reforma de la legislación.

Las modificaciones adelantadas por el Tribunal Constitucional afectan a los parágrafos 1.568 y 1.579 BGB. Así, el Tribunal Constitucional, en la sentencia de 21-10-1980 (2), había afirmado que el § 1.568 II BGB, según el cual el divorcio debe declararse sin

(1) BGBl. (Bundesgesetzblatt, «Boletín Oficial del Estado»), I, 1986, p. 301.

(2) Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) (Colección oficial de Sentencias del Tribunal Constitucional), 55. 134.

excepción cuando los cónyuges hubiesen vivido separados cinco años, era incompatible con el principio de protección a la familia proclamada en el artículo 6, I de la Constitución. Esta sentencia mereció opiniones controvertidas, pero el legislador, según el § 31 de la Ley del Tribunal Constitucional, se encuentra vinculado por la sentencia. Actualmente el § 1.568 II BGB ha sido derogado por el artículo 1, nr. 6 de la «Unterhaltungsänderungsgesetz».

En su resolución de 14-7-1981 (3), el Tribunal Constitucional declaró que el § 1.579 BGB infringía lo dispuesto en el artículo 2, I de la Ley Fundamental, porque dicho artículo 1.579, en su párrafo segundo, impedía con carácter general que se aplicara la llamada «cláusula de dureza» («Härteklause») —comprensiva de los supuestos en los que se puede excluir la pensión— a quien tuviera la custodia de los hijos. Con la declaración del Tribunal Constitucional, el legislador ha suprimido el párrafo II del § 1.579. Ahora, el catálogo de supuestos en los que cabe excluir el derecho a la pensión de alimentos, se aplica con la condición de que en cada caso queden salvaguardados los derechos de los hijos.

Las demás modificaciones del § 1.579 BGB, así como todos los otros cambios introducidos por la «Unterhaltungsänderungsgesetz», se deben exclusivamente a consideraciones de política jurídica. Ahora, el § 1.579 incluye no sólo la posible denegación de la pensión, sino su eventual pérdida, así como su limitación temporal. Además, el elenco de supuestos en los que cabe denegar la pensión, se ha ampliado de cuatro a siete.

En particular se excluye el derecho a alimentos (aplicación de la «Härteklause»), cuando el cónyuge con derecho a la pensión actúe de mala fe en relación con aspectos económicos del pago de la pensión (Nr. 4); cuando, antes de la separación y durante largo tiempo, el legitimado hubiere incumplido su obligación de contribuir a las cargas de la familia (Nr. 5); y, por último, cuando el legitimado hubiere incurrido inequívocamente en una grave infracción frente al obligado (Nr. 7).

Todas estas modificaciones deberán garantizar soluciones más justas que las que podían lograrse al amparo de la regulación anterior. Sobre todo han recibido nueva regulación supuestos en los que, según la legislación anterior, debía pagarse una pensión, a pesar de que el cónyuge divorciado con derecho a ella viviere en situación de convivencia marital con otra persona.

Desde la entrada en vigor de la primera ley sobre Derecho matrimonial y hasta tiempos muy recientes (4), tales supuestos habían provocado discusiones muy controvertidas, trascendiendo a la opinión pública. Pero con igual vehemencia se critica la nueva regulación, calificada de «retorno al principio de la culpa» («Rückkehr des Verschuldensprinzip»).

(3) BVerfGE, 57, 361.

(4) Cfr. WEYERS (Herg.), *Unterhalt nach Ehescheidung, Betrag, Dauer, Billigkeit*, 1986.

Menor trascendencia para la opinión pública presentan otras normas de la «Unterhaltungsänderungsgesetz». Según la nueva redacción del § 1.578 I BGB, la pretensión de alimentos posterior a la ruptura de la convivencia puede limitarse temporalmente y fijarse atendiendo a las necesidades razonables; en especial cuando, considerando la duración del matrimonio, la dirección de la vida doméstica y la actividad laboral, sería injusto aplicar la regla general de una pensión de alimentos ilimitada en el tiempo. Con la introducción del 1.573 V BGB se reconoce asimismo la posibilidad de limitar temporalmente pretensiones de alimentos derivadas de situaciones de paro (§ 1.573 I BGB) así como la pensión complementaria cuando los ingresos obtenidos por otras vías no cubren lo que se estima como necesidades razonables. («Aufstockung-sunterhalt»).

En cuanto al procedimiento, la ley contiene un elevado número de modificaciones, cuyo contenido se refiere primordialmente a la competencia, medios técnicos, así como detalles del denominado proceso unificado («Verbundverfahren») para el tratamiento unitario del divorcio y sus consecuencias.

La nueva ley entró en vigor el 1 de abril de 1986.

2. Tras un lento proceso legislativo iniciado en 1976, el Parlamento Federal ha aprobado el 16-1-1986, la Ley sobre revocación de negocios a domicilio y otros negocios análogos («Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften», en adelante *HaustürWG*) (5). La duración del proceso legislativo deriva, en último término, de las divergencias existentes en esta materia, tanto en cuestiones fundamentales como de detalle.

La Ley presenta un interés especial para España, que desde su adhesión a la CEE se encuentra vinculada por la directiva referente a la protección del consumidor en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (aprobada) el 20-12-1985, que en el plazo de veinticuatro meses ha de ser objeto de recepción en el Derecho interno español.

Los distintos supuestos de hecho contemplados por la norma permiten explicar su finalidad: el cliente debe ser protegido del peligro que supone la exigencia de una exagerada rapidez en su decisión negocial, ya que en las ventas a domicilio, generalmente, no dispone de la posibilidad de examinar otras ofertas, ni puede reflexionar adecuadamente sobre la conveniencia del contrato (7).

Este peligro se presenta en primera línea para aquel círculo de personas que permanecen en casa durante el tiempo normal de la jornada laboral y de apertura de los comercios: amas de casa,

(5) BGBl. 1986, pág. 122.

(6) Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. L 372/31 de 31-12-1985.

(7) Bundestagsdrucksache (Boletín Oficial del Bundestag), 10/2876, p. 1.

jubilados, así como otras personas que no participan activamente en la vida laboral.

Este sector de la población, según demuestra la experiencia, dispone de menor práctica en el tráfico, y por el procedimiento del «Direktmarketing» (8), a domicilio o por la calle, o con ocasión de reuniones especialmente organizadas con esta finalidad, se les vende determinado bien o servicio. Tal política de ventas ofrece, sin duda, al cliente la ventaja de poder examinar la mercancía en lugar donde se encuentra, pero carece de algo típico de las ventas realizadas en establecimientos comerciales, como es «dar media vuelta» y reflexionar. Además, a menudo no consigue desembarazarse de vendedores especialmente entrenados por su respectiva empresa para tales situaciones (9) y termina adquiriendo bienes o servicios que exceden sus posibilidades financieras o que, simplemente, no necesita.

Para suprimir este estado de cosas, estimado abusivo, el legislador se ha servido de instrumentos ya conocidos en la Ley de ventas a plazos («Abzahlungsgesetz»): en particular, el cliente dispone de una facultad de revocación durante el plazo de una semana; el plazo se extiende a un mes, cuando la otra parte no hubiere observado el deber que le incumbe de informar al cliente sobre esta facultad de revocación. Consecuencia de la revocación es la restitución de las prestaciones realizadas.

En concreto, la ley establece para empezar en el § 1 la facultad de revocación del cliente. El ejercicio de esta facultad exige como presupuesto la celebración de un contrato oneroso, obtenido por el vendedor en el lugar de trabajo del cliente, en su vivienda particular, o con ocasión de una excursión u otra actividad ociosa («Kaffeefahrt») organizada en interés de la otra parte, o como resultado de una oferta imprevista realizada en lugar público. En esencia, se trata de situaciones en las que la sorpresa juega a favor del vendedor. Lo que se concede al cliente es una semana de «reflexión», es decir, el negocio sólo deviene eficaz en defecto del ejercicio de la facultad revocatoria durante el plazo de una semana, estimándose suficiente a estos efectos que, el comprador haya remitido su declaración en tiempo oportuno.

Según el § 2, sin embargo, el plazo sólo comienza a correr cuando el cliente disponga de una información escrita sobre su facultad de revocación y la haya firmado. En defecto de esta información, la facultad de revocación sólo se extingue al mes de la total consumación del contrato, es decir: cumplimiento íntegro de ambas prestaciones. La carga de la prueba del cumplimiento del mencionado deber de informar incumbe al vendedor.

Las consecuencias jurídicas de la revocación son, fundamentalmente, la restitución inmediata de la prestación realizada, incluso en los casos de deterioro, pérdida u otro supuesto de imposibi-

(8) Cfr. GILLES, «Das Recht des Direktmarketing», 1982.

(9) El volumen de ventas anual se valora en unos cuarenta-cincuenta mil millones de marcos.

alidad (§ 4). Si la restitución no fuese posible por causa imputable al cliente, la otra parte, siempre que haya observado el deber de informar, puede exigirle un descuento o una indemnización. Si aquella información era defectuosa o si no tuvo lugar, el comprador sólo responde en caso de culpa grave. Como el § 1 dispone que el contrato sólo se estima perfeccionado una vez transcurrido el plazo de revocación, la indemnización correspondiente se fijará según las normas sobre el enriquecimiento injusto (§§ 812 y ss. BGB).

El Juez competente para entender de las demandas basadas en la HaustürWG es el del lugar del domicilio del comprador. El cliente carece de la facultad revocatoria si él mismo hubiere solicitado la visita de la otra parte, o cuando su declaración de voluntad conste en documento público, así como en aquellos supuestos en los que se hace inmediatamente el pago al contado y el precio sea inferior a 80 DM.

Hasta el último momento se discutió si la ley debía comprender o no los contratos de seguro, que representan una parte muy significativa de los negocios a domicilio. Al final se decidió por la exclusión, teniendo en cuenta que dichos contratos se excluyen igualmente del ámbito de aplicación de la directiva de la CEE antes citada. La HaustürWG tampoco comprende aquellos negocios que el comprador realice en ejercicio de su actividad profesional ni aquellos en los que el vendedor no actúa en el marco de su actividad comercial o profesional.

La ley entró en vigor el 1-5-1986.

3. Debemos examinar brevemente la Directiva del Consejo de la CEE, de 25 de julio de 1985, relativa a la «aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos» (10), y su proyectada recepción en el Derecho interno. En la RFA esto habrá de tener lugar antes del 30-7-1988, y para España el plazo es hasta el 1-1-1989. Hasta el momento la directiva de la CEE ha sido acogida con escepticismo. En general se profetizan «relaciones americanas» («amerikanische Verhältnisse») en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos, es decir, una desmesurada extensión de la responsabilidad por productos defectuosos, lo que conllevará numerosos problemas en el ámbito de coberturas de seguros.

La modificación esencial que para el sistema alemán de responsabilidad por productos defectuosos presenta la directiva de la CEE, radica en la introducción de una responsabilidad independiente de la culpa. El BGH, en 1968, ya había establecido en su famosa sentencia sobre la «peste de las gallinas» (11), una inver-

(10) Diario Oficial de la CEE L 210, de 7-8-1985, p. 29.

(11) BGHZ (Colección oficial de sentencias del BGH en asuntos civiles), 51, p. 91.

sión de la carga de la prueba en favor del perjudicado; pero, según la directiva de la CEE, el perjudicado sólo habrá de probar la existencia del vicio del producto, el daño y la correspondiente relación de causalidad. En comparación con la situación actual en la RFA, puede afirmarse que esto no supone sino una confirmación de los resultados a que de hecho había llegado la práctica jurisprudencial.

En lo relativo al alcance de la responsabilidad, sin embargo, se observan algunas particularidades en relación con la situación actual en la RFA sobre responsabilidad del fabricante. Así, la directiva logra una extensión del círculo de responsables a través de la definición de productor (art. 3 de la directiva). Con ello están destinadas al fracaso las eventuales exclusiones de responsabilidad que puedan oponer el suministrador o el importador.

Por otra parte, a través del concepto de defecto o vicio en el artículo 6, la directiva incorpora supuestos que hasta el momento eran extraños a la responsabilidad extracontractual por productos defectuosos. Así, la referencia a lo que la Directiva llama «presentación del producto» (art. 6.1 a), sólo se conocía a propósito de la compraventa a través de una interpretación extensiva de la expresión «aseguramiento de cualidad o característica» en el ámbito del § 463 BGB; y ello con referencia a la garantía asumida por el vendedor en relación con la presencia de determinadas cualidades en la cosa vendida y sus repercusiones en orden a la responsabilidad.

En la directiva de la CEE desaparece como causa de exoneración el supuesto del «Ausreisser», es decir, el producto pertenciente a una serie que, a pesar de todos los cuidados y la diligencia exigible, inevitable y por tanto inimputablemente, salió defectuosa.

La definición de daño en el artículo 9 de la directiva, establece un concepto de daño hasta el momento desconocido en el Derecho de daños alemán. Ahora, además de los bienes jurídicos enumerados en el § 823 I BGB, se incluye cualquier daño patrimonial. Pero, al mismo tiempo, se opera una limitación de responsabilidad cuando se trate de daños causados a cosas distintas del producto defectuoso, pero causados por él; la directiva sólo contempla indemnización de daños causados a cosas que normalmente se destinan al uso o consumo privado y que además hayan sido utilizados por el perjudicado para ese fin. En Derecho alemán no existía este tipo de limitación, y sólo puede explicarse por la finalidad de protección al consumidor que preside la directiva. Es decir, la directiva no comprende daños causados a cosas utilizadas con fines comerciales o en el ámbito empresarial. Se hace, pues, una delimitación entre el ámbito civil y mercantil, atendiendo a un elemento objetivo (destino del producto al uso privado) y un elemento subjetivo (que se haya utilizado con fines privados), delimitación que, hasta el momento, se realizaba a través del concepto de comerciante en el § 1 HGB.

En la doctrina se ha criticado la ausencia de una regulación dedicada a la obligación que incumbe al fabricante de observar continuada y permanentemente el producto, para prevenir, en su caso, contra eventuales peligros y acaso llegar a la retirada del mismo («Rückrufspflichten»).

Los puntos más discutidos, con todo, se refieren a las opciones reconocidas a los estados miembros en los artículos 15 y 16 de la directiva, que permiten una agravación o una atenuación de la responsabilidad del fabricante. Mientras que lo dispuesto en el artículo 15. 1 a) sólo se trata de pasada, el apartado b) de dicho artículo 15. 1, se sitúa en el centro de la discusión político-jurídica, porque permite la introducción de responsabilidad por «Entwicklungsschäden»: daños producidos por un defecto, que el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento de su puesta en circulación, no permitía descubrir. La responsabilidad por tales daños se prevé ya en Derecho alemán en el ámbito de los productos farmacéuticos («Arzneimittelgesetz»), pero ya el sector industrial ha manifestado el temor de que el Gobierno federal haga uso de la opción que se le ofrece y extienda este tipo de responsabilidad a todo producto.

Por el contrario, lo que sí se solicita al Gobierno federal es que acoja la opción relativa a una posible limitación global de la responsabilidad, como se prevé en el artículo 16 de la directiva. El argumento decisivo en este sentido es que una responsabilidad ilimitada no podría ser cubierta por el seguro, y que las primas, en cualquier caso, serían impagables, en especial para el pequeño empresario.

B) JURISPRUDENCIA

1. Con la sentencia de 14-5-1985 (12), el BGH, a pesar de todas las críticas doctrinales, ha hecho prevalecer su doctrina sobre vicios que provocan el perecimiento de la cosa vendida («Weiterfressende o übergreifende Mängel»). En el caso decidido por el BGH, el comprador de una máquina compresora demanda al fabricante. El demandante adquirió del demandado en abril de 1980 una compresora que sufrió graves daños en marzo de 1982. Los daños se ocasionaron por el mal funcionamiento del tubo de conducción del aceite, lo que había determinado durante algún tiempo el funcionamiento del motor sin el lubricante necesario. A través del informe pericial, se constató que el tubo de conducción del aceite sólo tenía un punto de fijación al chasis, por lo que carecía de la protección adecuada para hacer frente a las vibraciones provocadas por el normal funcionamiento de la máquina. El daño se hubiese evitado si el tubo hubiese estado mejor sujeto. El demandante solicitaba del fabricante del compresor indemnización por el necesario cambio del motor, gastos del informe pe-

(12) Neue Juristische Wochenschrift, 1985, p. 2420.

ricial, así como los gastos de arrendamiento de una máquina sustitutiva. El demandado opone la prescripción de seis meses en la compraventa, según el § 477 BGB.

Como la acción resarcitoria derivada del § 463 BGB había prescrito, no cabía la pretensión de «daño contractual positivo» («Positiv Vertragsverletzung»), que en principio se admite con base en la concurrencia de dicha pretensión con las normas sobre saneamiento por vicios ocultos en los § 459 y siguientes del BGB, aunque sometida a igual plazo de prescripción. Quedaba, pues, como única vía la responsabilidad extracontractual.

Este supuesto ofrecía al BGH la oportunidad de confirmar y ampliar la doctrina iniciada con el caso del automático (o interruptor eléctrico, «Schwimmerschalterfall») (13) y proseguida en el caso del acelerador («Gaszugfall») (14).

El problema que plantean los supuestos de vicios que determinan una inutilización, deterioro o destrucción de la cosa misma («Weiterfressende Mängel»), es fijar la medida en que el vicio inherente a la cosa desde el principio, puede servir de base para una pretensión extracontractual; se trata de decidir, desde el punto de vista sistemático, si el Derecho de daños puede comprender supuestos que, en principio, son típicos o propios del saneamiento. El BGH responde a esta pregunta afirmativamente.

Antes del caso del acelerador («Gaszugfall»), el criterio aplicado por el BGH había sido el del carácter funcionalmente independiente de la pieza defectuosa y precisamente para afirmar la presencia de responsabilidad extracontractual. Pero, en el caso del acelerador, se prescinde de esta idea, y la solución se decide en función de la presencia o no de una igualdad o identidad sustancial («Stoffgleichheit»), entre la depreciación o el menor valor de toda la cosa por razón del vicio, y el daño que en la misma dicho vicio ha producido. Según esta doctrina jurisprudencial, cabe exigir responsabilidad extracontractual cuando en el momento de transmisión de la propiedad, el vicio inherente a la cosa afecta, desde una perspectiva material y económica, sólo a una parte del total y, en principio, sería reparable o corregible. Si no es este el caso, sino que el vicio determina una inutilidad o pérdida total del valor de la cosa vendida, entonces existe «identidad sustancial» («Stoffgleichheit»): en este último caso, el «menor valor» provocado por el vicio afecta al interés de equivalencia del comprador (precisamente por afectar al todo), de manera que lo procedente es aplicar las normas dictadas en sede de compraventa para el saneamiento por vicios ocultos.

Con esta fundamentación se decidió la Sentencia de 14-5-1985 que estamos examinando. El BGH considera que el demandante había adquirido una compresora, cuyas partes integrantes carecían de vicios y, en principio, eran adecuadas para el correcto

(13) BGHZ 67, p. 359.

(14) BGHZ 86, p. 256, y el informe publicado en ADC 1984, p. 1058 y ss.

funcionamiento de la máquina. Solo el tubo de conducción del aceite carecía de la sujeción necesaria, lo que podía provocar su desajuste y la pérdida de aceite. El BGH deduce entonces que el menor valor debido al vicio, en el momento de transmisión de la propiedad, se limita al valor que pudiera tener un tubo de tales características para el normal funcionamiento de la máquina y los gastos que ocasionara su cambio y posterior instalación con nuevos puntos de fijación. En consecuencia, no existe esa «identidad sustancial» entre el menor valor provocado por el vicio y los daños efectivamente causados, por lo que corresponde al demandante una pretensión extracontractual dirigida a la indemnización.

De esta sentencia merecen consideración algunos puntos. Mientras que en el caso del acelerador, el BGH había ponderado especialmente que los daños obedecían a la concurrencia de una serie de circunstancias desafortunadas, ahora abandona este criterio. En el caso del acelerador se había tenido en cuenta las mencionadas circunstancias para argumentar en el sentido de ausencia de «identidad sustancial»: entonces se estimó que los daños sufridos por el vehículo accidentado, no podían considerarse manifestación del menor valor del vehículo por razón del defectuoso sistema de aceleración; tales daños se derivaban más bien de la concurrencia de una serie de desafortunadas circunstancias, a las que no se habría llegado si se hubiese hecho saber al demandante en tiempo oportuno la causa del peligro.

En el «Kompressorfall», aclara el BGH que la cuestión de la «identidad sustancial» no depende de la concurrencia de circunstancias desafortunadas; lo decisivo es que concurra el presupuesto antes mencionado: que el vicio, en primer lugar, afecte sólo a una parte determinada del producto y que, básicamente, sea reparable.

Desde este punto de vista, el BGH rechaza una opinión doctrinal (15) con la que aparentemente jugueteaba en el caso del acelerador. Ahora, y según la opinión del BGH, la admisión de una responsabilidad extracontractual no puede supeditarse a que el producto defectuoso haya dañado otros bienes del adquirente o de un tercero, es decir, bienes distintos de la cosa misma viciada: Ni tampoco puede depender de que el daño se haya producido por un accidente o por un acto de «violencia». Todo esto no serían más que criterios extraños a los principios del Derecho de daños. En realidad sólo puede tomarse como punto de partida el siguiente principio: el adquirente tiene tanto interés en salvaguardar la cosa adquirida de daños o precimiento provocado por vicios de construcción o de fabricación, como el que tiene en la protección de sus demás bienes, no procedentes del fabricante. Por otra parte, para el fabricante es igualmente irrelevante que el daño en la cosa se haya producido por actos violentos, o que se haya ma-

(15) Cfr. Münchener Kommentar-Mertens, § 823, nr. 86.

nifestado simplemente con el transcurso del tiempo. En consecuencia, hacer diferencias según que se deteriore o perezca el mismo producto fabricado, o que resulten afectados otros bienes del adquirente, no debería servir para decidir la cuestión sobre la presencia o no de responsabilidad extracontractual del fabricante.

Esta sentencia se enfrenta ya con severas críticas en la doctrina.

2. Una cuestión constantemente planteada al BGH es determinar hasta qué punto el no poder usar o aprovechar bienes muebles o inmuebles («Nutzungsausfall»), representa un daño patrimonial indemnizable. Sin duda se admite en supuestos de «no poder usar» vehículos de motor (16); pero, salvo este caso, falta una doctrina jurisprudencial que pueda considerarse dominante.

En el caso que ahora se examina, los propietarios de varias casas contiguas demandan al constructor de las viviendas; la plataforma-ascensor del garaje común de los vecinos, que debía ser instalada por el demandado, presenta defectos de drenaje, y el demandado no se allana a corregir el defecto. Los demandantes tuvieron que prescindir totalmente del uso del garaje y exigen indemnización de daños y perjuicios, a tenor del § 635 BGB. La indemnización debía comprender el daño producido por la falta de aprovechamiento, a razón de 60 DM mensuales por plaza de garaje, lo que correspondía al precio de alquiler usual de plazas de garaje en aquel entorno.

Antes, en supuestos en los que existe retraso del empresario-constructor en la terminación de la obra, y en otros análogos, el BGH había negado la indemnización de daños patrimoniales. En cambio, la imposibilidad de utilizar el garaje subterráneo durante un año, se valora por el Senado (sala de lo civil) como daño patrimonial; la fundamentación que se ofrece es la misma que se encuentra en casos de «no uso» de vehículos de motor. El BGH estima que el aparcamiento en un garaje representa para el dueño del automóvil un lugar seguro frente a robos; lo que se garantiza, pues, es el uso y aprovechamiento del vehículo y con ello, esencialmente, su valor económico. Cuando no puede utilizarse este tipo de garaje, y debido al carácter unitario o de conjunto de la prestación debida por el constructor, el total objeto (vivienda) adolece de un defecto que disminuye el valor o las posibilidades de utilización de la misma, presupuestas en el contrato. Cumpliéndose los presupuestos del § 635 BGB, el cliente puede exigir indemnización, es decir, las normas sobre saneamiento por vicios en el contrato de obra, ofrecen para supuestos como el precedente el adecuado equilibrio patrimonial.

Cuando sólo han transcurrido seis semanas desde esta sentencia, el Senado (la Sala) V de lo civil del BGH, se enfrentó con un «Nutzungsausfall» de una vivienda (17) y con un resultado sor-

(16) De 10-10-1985, BGHZ 96, p. 124.

(17) De 22-11-1985, en Neue Juristische Wechenschrift 1986, p. 2037.

prendente. Tras exponer la Jurisprudencia de las cinco salas en esta materia, referida tanto a muebles como inmuebles —con lo que ya la extensión de las explicaciones demuestra la heterogeneidad de criterios—, llegó al siguiente resultado: el demandante no había sufrido daños patrimoniales, sólo daños inmateriales no indemnizables. De todas formas, el Senado estima que la cuestión tiene enorme significado y considera asimismo necesario asegurar una futura jurisprudencia uniforme, por lo que remite el asunto, de acuerdo con el § 137 de la Ley de Procedimiento judicial, al «Grossen Senat» para asuntos civiles. De esta sentencia, esperada con gran expectación, se dará cuenta en el próximo informe.

3. En la Sentencia de 12 julio 1985 (18) el BGH examina el problema de las inmisiones inmateriales. El propietario de una casa uni-familiar demanda al propietario de la finca colindante por instalación de un burdel en la misma. La propietaria de ésta había alquilado su casa a un matrimonio que, sin su conocimiento, regentaba el burdel. El demandante alega como fundamento de su pretensión, el bienestar moral de su hija menor de edad, así como el peligro que representa para los demás menores de la vecindad. Invoca además la molestia que para su descanso nocturno provoca el aumento de tráfico rodado. La vecina demandada se amparó en el contrato de arrendamiento que había celebrado con el matrimonio y opuso que sólo estaba dispuesta a resolver el contrato si el demandante cargaba con los eventuales gastos que ello causara.

No es la primera vez que se plantea al BGH el tema de las inmisiones inmateriales, y la doctrina le ha dedicado particular atención. Como fundamento de la pretensión dirigida a la cesación del negocio, se invoca el § 1.004 BGB. Este precepto exige un daño o perjuicio de la propiedad. En este sentido, en la doctrina se ha mantenido que una actuación inmaterial o moral sobre una finca puede representar un daño a la propiedad desde el punto de vista de su utilización y valoración económica.

El BGH, sin embargo, decide de otra manera, siguiendo la línea jurisprudencial anterior. Así, para determinar el concepto de inmisión o actuación sobre una finca colindante, constante jurisprudencia se apoya en el § 906 BGB.

Esta norma dispone que sólo pueden prohibirse aquellos actos que afecten a la finca de forma perjudicial, o cuando sean nocivos para la salud o el bien corporal de las personas que se encuentran en el mismo. En cambio, aquellos hechos que sólo lesionan un sentimiento de pudor o la sensibilidad estética, no están incluidos en el ámbito de aplicación de los §§ 1.004.1 y 906 BGB.

En consecuencia, el BGH desestima el recurso, alegando que no se había producido inmisión estética o moral alguna, porque

(18) Neue Juristische Wochenschrift 1985, p. 2823.

(19) Amtsgericht Passau (Juzgado de Primera Instancia) de 9-3-1983, en Neue Juristische Wochenschrift 1983, p. 2885.

lo realizado en el inmueble vecino no era perceptible directamente por los sentidos. Y así deberá entenderse aunque la finca pudiera resultar afectada en su valoración global; pues un hecho o circunstancia, aunque sea perceptible por los sentidos —y aunque tenga como consecuencia una disminución del valor del bien— no constituye por sí sola una actuación dañosa en el sentido del § 906 BGB, ni un perjuicio en el sentido del § 1.004 BGB.

Ni siquiera el ruido provocado por el aumento de tránsito puede fundamentar una pretensión derivada del § 1.004.1 BGB, porque la llegada y salida de vehículos no deja de ser un hecho normal. Lo que procedería, en su caso, es una demanda correspondiente por molestias de ruidos, pero no directamente por razón del burdel instalado.

Además, el BGH rechaza toda pretensión extracontractual. Considera que no se ha producido una lesión del derecho general de la personalidad, en el sentido del § 823.1 BGB, porque el ejercicio de la prostitución en el inmueble vecino —aunque de manera general se estime contrario a las buenas costumbres— no afecta de forma inmediata al demandante.

Más al terreno de lo humorístico pertenecen una serie de resoluciones de instancias inferiores, conocidas en la práctica judicial bajo la rúbrica de «gatos en el jardín vecino» («Katzen in Nachbars Garten»).

El supuesto de hecho generalmente es el mismo: el demandante, residente en un barrio periférico, quiere demandar al vecino, cuyos gatos se pasean por el jardín del primero. Allí cazan pájaros, ensucian o dañan los muebles y las flores, o penetran en la vivienda. El número de gatos oscila entre uno y diecisiete.

La cuestión se centra en determinar hasta qué punto tales molestias deben considerarse usuales del lugar, en el sentido del § 906.2 BGB y, en consecuencia, tolerables a tenor del § 1.004.2 BGB. Aquí la Jurisprudencia tampoco ofrece criterio uniforme. A veces el Juez admite la pretensión dirigida a que cesen las molestias, afirmándose que la entrada de un gato en la finca supone de por sí una actuación molesta. Otras veces, en cambio (20), se estima que un solo gato y las molestias que pueda causar, deben considerarse como usuales del lugar («ortsüblich»); si bien, cuando el número es superior, el afectado puede solicitar la cesación.

Muy en favor de los gatos se muestra otro Juez (21), que, con carácter general, niega que por un solo gato pueda hablarse de lesión, porque el ensuciamiento del jardín y de la terraza debe tolerarse por razón de las relaciones comunes de vecindad (§ 242 BGB). Si en el transcurso de medio año el gato se introduce dos

(20) Oberlandesgericht (Tribunal Superior del Land) Köln de 17-9-1982, en *Neue Juristische Wochenschrift* 1985, p. 2338, y *Amtsgericht Diez*, de 19-10-1984, en *Neue Juristische Wochenschrift* 1985, p. 2339.

(21) *Landgericht Augsburg* de 25-8-1984, en *Neue Juristische Wochenschrift* 1985, p. 499.

veces en el dormitorio del vecino, el Juez entiende que por falta de un perjuicio persistente, no existe perturbación de la posesión.

En otra decisión (22), el demandante triunfó con su exigencia de una reducción de la renta, según el § 537 BGB, porque los gatos —de seis a ocho— le hacían imposible el uso del balcón de su vivienda, situada en el primer piso.

La discusión resulta atizada por el diferente enjuiciamiento de los casos, y no sólo con gatos. La jurisprudencia ofrece supuestos similares de daños causados por gallos, vacas y ranas, resueltos con igual diversidad de criterios.

Traducido por la Dra. Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA

Profesora titular de Derecho civil.

Universidad de Murcia

(22) Amtsgericht Bonn de 27-11-1985, en *Neue Juristische Wochenschrift* 1986, p. 1114.

Información legislativa(*)

A cargo de PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH

I. DERECHO CIVIL

1. Parte General

1. DERECHOS DE LA PERSONA. Libertad de circulación de ciudadanos de Estados Miembros de las Comunidades Europeas. Real Decreto 1099/1986, de 26 de mayo («B. O. E.» del 11 de junio).

Uno de los principios básicos de la CEE, es el de libertad de circulación de nacionales de los Estados Miembros y, especialmente, de trabajadores por el territorio de dichos Estados (arts. 48, 52 y 59 del Tratado constitutivo). La aplicación del principio en España, afectada por el régimen transitorio previsto por el Acta de Adhesión, justifica una normación específica respecto del régimen general, encabezado por la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

Con carácter general los ciudadanos de Estados comunitarios podrán entrar, circular y permanecer en territorio español sin más requisito que la presentación de Tarjeta de Identidad o Pasaporte. No obstante, para desarrollar actividades o servicios por tiempo superior a tres meses, se precisará Tarjeta temporal de residencia y cuando aquéllas excedan de un año, será precisa Tarjeta de residencia de ciudadano de un Estado miembro de la CEE. Las Tarjetas se expedirán con arreglo al procedimiento que el Decreto establece, extendiéndose la duración hasta un máximo de cinco años, con posibles renovaciones.

Los trabajadores por cuenta ajena ciudadanos de Estados comunitarios que en la fecha de la adhesión española a la CEE o con posterioridad se encuentren empleados en España y los demás que el Decreto precisa, se encuentran sujetos a un régimen especial, en desarrollo del Acta de Adhesión.

Por razones de orden público, seguridad pública y salud pública, podrá impedirse la entrada de extranjeros o su permanencia en el territorio nacional, así como su expulsión. La adopción de estas medidas está sujeta a requisitos especiales tendentes a evitar su uso abusivo por las autoridades nacionales.

(*) Comprende las disposiciones publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» durante el segundo trimestre de 1986.

Los efectos de este Real Decreto se retrotraen al 1 de enero de 1986, fecha de entrada en vigor del Tratado de Adhesión de España a la CEE.

2. **EXTRANJEROS.** Aprobación del Reglamento de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio.

Real Decreto 1.119/1986, de 26 de mayo («B. O. E.» del 12 de junio).

La Ley Orgánica 7/1985 (reseñada en este Anuario, XXXVIII-IV, disposición núm. 1 de la Información Legislativa), estableció el régimen general de los derechos y libertades de los extranjeros en España, desarrollando las previsiones constitucionales. Su Reglamento precisa con detalle las actuaciones y documentos administrativos relacionados con la estancia en España de extranjeros. Así, se contemplan los requisitos de entrada y las diversas clases de visados, la documentación precisa para la permanencia en España (permisos de residencia) o el trabajo y establecimiento de extranjeros.

También se regula el sistema de tasas ligado a la expedición de permisos y el régimen sancionador.

2. **Derecho de obligaciones**

3. **RESPONSABILIDAD CIVIL.** Régimen de los residuos tóxicos y peligrosos.

Ley 20/1986, de 14 de mayo («B. O. E.» del 20).

La presente Ley, declarada básica a efectos de su prevalencia sobre las competencias de las Comunidades Autónomas en materia ambiental, persigue establecer los criterios fundamentales para la protección del medio ambiente mediante el control administrativo de la producción y tratamiento de los residuos que contengan sustancias peligrosas (enumeradas en el Anexo a la Ley). Así, después de delimitar el objeto de la norma, se establece una general sumisión de las actividades referentes a estos residuos a la autorización de la Administración.

Los aspectos civiles de la nueva ley, inciden sólo en el régimen de la responsabilidad de quienes produzcan o gestionen los residuos, con las siguientes particularidades:

1) La Administración competente podrá exigir a los productores de residuos, la celebración de un seguro que cubra sus responsabilidades.

2) Se considerará siempre titular de los residuos y responsables de los daños causados al productor o gestor de los mismos, que no quedará exonerado en caso de cesión si no la rechaza a persona autorizada y mediante documento fehaciente.

3) La responsabilidad será solidaria entre los varios infractores del régimen legal.

4) Además de las sanciones administrativas o penales que sean procedentes, el infractor del régimen legal estará obligado a reponer las cosas a su estado anterior y, en su caso, a indemnizar los daños y perjuicios.

5) Los daños se valorarán por la Administración, con audiencia de los interesados.

4. JUEGOS Y APUESTAS. Regulación en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Ley del Parlamento de Andalucía 2/1986, de 19 de abril (B. O. E.» del 3 de junio).

Siguiendo el ejemplo de otras Comunidades Autónomas, que procedieron a desarrollar sus competencias reguladoras de los juegos y apuestas, la andaluza promulga la presente Ley, cuyo contenido coincide prácticamente con la de otras ya reseñadas en este Anuario (las últimas las de Galicia y Canarias, véase su reseña en ADC. XXXIX-II, disposiciones números 4 y 5 de la Información legislativa).

La Ley determina su ámbito de aplicación mediante una definición del juego como actividades en que se aventuran cantidades de dinero u objetos valiables sobre los resultados, con independencia de que predomine en ellos el grado de habilidad, destreza o maestría de los jugadores o dependan de la suerte, envite o azar. Se excluyen los juegos de puro pasatiempo o recreo insertos en los usos sociales de carácter tradicional o familiar, siempre que no sean objeto de explotación lucrativa.

Se imponen limitaciones a la práctica de los juegos, que afectan a los distintos requisitos de tales actividades, como son:

1) Subjetivos. Los menores de edad no podrán participar en juegos y apuestas ni entrar en los lugares dedicados a su desarrollo. Por su parte, quienes se dediquen profesionalmente a estas actividades deberán estar provistos de un documento profesional especial.

2) Objetivos. Sólo podrán realizarse los juegos y apuestas incluidos en el Catálogo aprobado por la Comunidad Autónoma y con material ajustado a los modelos homologados.

3) Formales. Las Empresas que se dediquen a la organización y explotación de juegos y apuestas, deberán cumplir los requisitos establecidos en relación con su forma jurídica, participaciones sociales y constitución de fianzas. Existe un control administrativo general sobre todas las actividades y establecimientos de juego, así como la previsión del ejercicio de potestades sancionadoras en caso de infracción del régimen vigente.

5. VEHICULOS DE MOTOR. Adaptación de su régimen al Derecho Comunitario.

Real Decreto-legislativo 1.301/1986, de 28 de junio («B. O. E.» del 30).

La modificación, que se realiza, del Texto Refundido de la Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor, de 21 de marzo de 1968, afecta a dos extremos:

1) La responsabilidad civil derivada de los daños causados por vehículos de motor. Se reiteran criterios ya vigentes en nuestro Derecho, como la naturaleza objetiva de esta responsabilidad en caso de daños corporales y

la obligación de suscribir un seguro que cubra tal responsabilidad hasta la cuantía reglamentaria.

El ámbito territorial de la cobertura por el seguro se extiende a los Estados de la CEE que determine el Ministerio de Economía y Hacienda.

También se repite la existencia de acción directa de los perjudicados contra el asegurador y la inoponibilidad, por éste, de las excepciones personales que podría utilizar contra otros sujetos, sin perjuicio de su derecho a repetir las indemnizaciones satisfechas contra quien sea responsable según las leyes.

2) La cobertura que debe proporcionar el Consorcio de Compensación de Seguros. Se extiende, en general, a todos los casos en que los perjuicios, dentro de los límites reglamentarios, no sean resarcidos por los medios previstos en la ley.

Estas modificaciones entrarán en vigor el 1 de enero de 1987, aunque la cobertura por el Consorcio de los daños causados por vehículos robados o hurtados o por vehículos no asegurados, sólo se producirá cuando lo determine el Ministerio de Economía y Hacienda.

6. EJECUCION DE OBRAS. Evaluación del impacto ambiental.

Real Decreto-legislativo 1.302/1986, de 28 de junio («B. O. E.» del 30).

Haciendo uso de la delegación contenida en la Ley 47/1985, de 27 de diciembre, se incorpora al ordenamiento español, la técnica de control de la incidencia sobre el medio ambiente de las obras públicas o privadas, regulada por la Directiva de la CEE 85/377, de 27 de junio de 1985. Esto supone perfeccionar los sistemas existentes actualmente en España para fiscalizar administrativamente el impacto de los proyectos, que adolecen de parcialidad (actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas; contaminación atmosférica o de aguas).

Se impone a todos los proyectos de obras o instalaciones de industrias o actividades citadas en el Anexo al Decreto (refinerías, centrales eléctricas, grandes industrias, vías de transporte, puertos, ciertas repoblaciones), sean públicas o privadas, la obligación de someterse a una evaluación de impacto ambiental. Con este fin los proyectos deberán detallar el efecto que, sobre el medio ambiente, se prevé tengan las obras a realizar y las futuras actividades, así como las medidas correctoras y de vigilancia.

Los órganos competentes en materia ambiental examinarán el expediente instruido con anterioridad a que por los órganos administrativos de gestión se conceda la autorización para la obra, actividad o instalación de que se trate.

La ejecución de un proyecto omitiendo la previa evaluación ambiental determinará su suspensión. Por su parte, cuando se produzcan alteraciones del medio físico como consecuencia de la ejecución de proyectos, el titular deberá restituir el estado anterior en la forma que disponga la Administración.

3. Derechos reales

7. AGUAS. Aprobación del Reglamento del Dominio Público Hidráulico. Real Decreto 849/1986, de 11 de abril («B. O. E.» del 30).

La Ley de Aguas, 29/1985, de 2 de agosto, que entró en vigor el 1 de enero de 1986 (véase su reseña en este Anuario, XXXVIII-IV, disposición número 10 de la Información legislativa) supuso una importante actualización del régimen jurídico de las aguas continentales. Previsto su desarrollo reglamentario, el presente Decreto se refiere al de los títulos preliminar, I, IV, V, VI y VII de la ley, considerados más necesitados de regulación detallada.

Como corresponde a su naturaleza, el Reglamento desarrolla los aspectos administrativos del régimen de las aguas, es decir, principalmente, los procedimientos a tramitar y los organismos competentes en la materia. Incorpora también el nuevo texto los preceptos de la ley, con mención expresa de su numeración, con el fin de presentar una redacción completa de la normativa vigente.

Las materias que contiene el Reglamento son las siguientes:

1. Dominio público hidráulico del Estado; determinando los bienes que lo integran y las peculiaridades para identificarlos físicamente.

2. Utilización del dominio público hidráulico, con referencia separada a las servidumbres legales (natural de aguas, acueducto, abrevadero, etc.), los usos comunes y especiales (necesitados de autorizaciones y concesiones, cuyo procedimiento para otorgarlas se regula detalladamente) y la organización de las Comunidades de Usuarios.

3. Protección del dominio público hidráulico, que se realizará mediante los procedimientos de apeo y deslinde, el control de los vertidos y el régimen especial de las zonas húmedas.

4. Régimen económico-financiero concretado en los cánones y exacciones que se devengan por la utilización de las aguas públicas.

5. Sanciones aplicables a las infracciones administrativas en materia de aguas.

En un título preliminar y cinco títulos más, correspondientes a los apartados anteriores, se distribuyen los 342 artículos del Reglamento.

8. MINAS. Adecuación de la Ley de Minas al ordenamiento jurídico de la CEE.

Real Decreto legislativo 1.303/1986, de 28 de junio («B. O. E.» del 30).

La Ley de Minas, de 21 de julio de 1973, estableció las condiciones exigibles para ser titular de derechos mineros imponiendo restricciones especiales a los extranjeros. Producida la adhesión de España a la CEE era preciso reformar dicha ley para reflejar, en su ámbito, el principio de libertad de establecimiento. Para ello se abre la posibilidad de ser titulares de derechos

mineros a las personas físicas o jurídicas extranjeras, con aplicación de las normas vigentes sobre inversiones extranjeras en España. Sólo se excluye el acceso de extranjeros a los derechos sobre materias primas de interés estratégico.

Admitida la titularidad foránea de empresas mineras se protege, sin embargo, el empleo nacional limitándose porcentualmente el total de empleados no españoles que pueden trabajar en ellas.

II. DERECHO REGISTRAL

9. VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL. Honorarios de notarios y registradores de la Propiedad.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de mayo de 1986 («B. O. E.» del 20).

Se determinan los honorarios a cobrar por notarios y registradores en las operaciones que se realicen sobre viviendas de Protección Oficial, adecuándolos a los módulos y precios oficiales revisados en el presente año. Los derechos regulados son los que se devenguen en relación con las primeras transmisiones y constitución de derechos de garantía real, para asegurar el pago del precio aplazado.

10. REGISTRO CIVIL. Convenio con Italia de 10 de octubre de 1983. Instrumento de 6 de marzo de 1986 («B. O. E.» del 24 de mayo).

El Convenio, dirigido a facilitar la correcta publicidad en ambos países de los datos relativos al estado civil de las personas, se refiere a:

1) Intercambio de documentación del Registro Civil, que comprende el traslado de inscripciones y notas referentes a nacionales del otro Estado o a personas que cambien de nacionalidad, la expedición de certificaciones del archivo y la publicación de edictos o proclamas.

2) Exención de legalización de documentos sobre el estado civil o situación familiar y de los demás documentos precisos para un acto del estado civil.

Este Convenio entró en vigor el día 1 de agosto de 1986.

11. REGISTRO DE LA PROPIEDAD. Inmatriculación de fincas del litoral.

Real Decreto 1.156/1986, de 13 de junio («B. O. E.» del 19).

A) Exposición:

1. Ambito de aplicación: El Decreto que se reseña establece especiales requisitos para la inmatriculación o inscripción de excesos de cabida de fincas que linden con bienes del dominio público marítimo, es decir, con la zona marítimo-terrestre o ribera del mar, como antiguamente era conocida. El procedimiento especial que se establece será aplicable cuando las actua-

ciones registrales citadas se refieran a fincas situadas en términos municipales que tengan zonas de dominio público marítimo.

2. Procedimiento especial: En general, los documentos precisos para las actuaciones registrales de referencia, deberán describir la finca señalando si linda o no con el dominio público marítimo.

A continuación se distingue:

a) Si la finca linda con tal dominio, habrá de acompañarse certificación de los Servicios de Costas que acredite no existir invasión del dominio público. El Registrador podrá solicitar de oficio la certificación, que deberá expedirse en el plazo de 30 días, so pena de que pueda procederse a la inmatriculación o inscripción.

b) Si la finca se expresa que no linda con dicho dominio o si nada se indica, el propietario deberá acompañar plano de localización expedido por los Servicios de Costas o bien situará su finca en el plano que proporcionen al Registro dichos Servicios. En caso de duda, el Registrador podrá exigir la presentación de una certificación favorable de los Servicios de Costas.

Todos los documentos aportados, se archivarán en el Registro.

3. Prórroga de los efectos del asiento de presentación: El asiento quedará prorrogado por 40 días hábiles, contados desde el siguiente a la petición de documentos por el Registrador a los Servicios de Costas, que los suministrarán gratuitamente.

B) Observaciones:

La presente disposición trata de proteger el dominio público marítimo, a que se refiere el artículo 132 de la Constitución, de los despojos que se amparan en la abusiva utilización de los mecanismos registrales, aprovechando la defectuosa identificación de las fincas en el Registro de la Propiedad español. En este sentido el Decreto se limita a regular el procedimiento de registración, introduciendo trámites administrativos especiales, por lo que no resulta vulnerado el principio de legalidad ni se rebasan los límites de la potestad reglamentaria.

La introducción de un régimen especial, que se limita a llevar a cabo una adecuada identificación de los terrenos que acceden al Registro, pone de manifiesto la apremiante necesidad de generalizar un sistema adecuado para incorporar al Registro los planos de situación de las fincas y no sólo cuando se trate de proteger al dominio público.

III. DERECHO MERCANTIL

12. MERCADO DE CAPITALES. Adopción de medidas para su potenciación.

Real Decreto 710/1986, de 4 de abril («B. O. E.» del 15).

A) Exposición:

1. Régimen del segundo mercado de las Bolsas Oficiales de Comercio.

a) Admisión de Títulos a cotizar en el segundo mercado.

Las sociedades que pretendan hacer contratar sus títulos en el segundo mercado, deberán solicitarlo de la Junta Sindical de la Bolsa, acompañando los documentos que señale el Ministerio de Economía y Hacienda. La Junta Sindical decidirá sobre la admisión, previa la tramitación del expediente, en el cual podrá requerir de la sociedad solicitante cuantos antecedentes sean precisos.

Serán requisitos mínimos para acceder al segundo mercado: presentar balance y cuentas de resultados debidamente auditados; concertar con una Sociedad de contrapartida la atención de las ofertas y demandas de títulos en régimen de mercado y tener un capital mínimo de 25 millones de pesetas. Serán cotizables en este mercado las acciones, obligaciones convertibles y obligaciones hipotecarias emitidas por Sociedades cuyas acciones se coticen en él.

b) Actuación de las Sociedades de contrapartida. Estas Sociedades, conocidas en nuestro Derecho desde la Orden de 10 de abril de 1981 sobre emisión de títulos de renta fija, deberán inscribirse en un Registro de la Junta Sindical y tener un capital suficiente. Deberán fijar precios de compra y venta de los títulos cotizables en el segundo mercado, con obligación de realizar, aplicándolos las operaciones que se propongan hasta alcanzar el 2 por 100 del total de acciones admitidas.

c) Régimen de contratación: Se establecerá por la Junta Sindical cuidando de que la publicidad de las operaciones exprese claramente su pertenencia al segundo mercado. La contratación sobre estos títulos gozará de los beneficios fiscales y servirá para la cobertura de coeficientes de inversión obligatoria. Los aranceles aplicables a operaciones sobre estos títulos se reducirán al 50 por 100.

d) Obligaciones de las Sociedades: Por incluirse sus acciones en el segundo mercado, las sociedades quedan sujetas a proporcionar información a la Junta Sindical. Por su parte, los tenedores de títulos que sean excluidos de la cotización podrán exigir su compra de la Entidad emisora.

2. Puesta en circulación de títulos de renta fija.

Se modifica el Real Decreto 1.851/1978, de 10 de julio, elevando a 1.000 millones de pesetas el límite mínimo para considerar las emisiones como de «oferta pública», con las consecuencias que ello acarrea (elaboración de folleto y control administrativo). Con anterioridad el límite era 100 millones de pesetas.

b) Observaciones:

Se da un paso más para el establecimiento en nuestras Bolsas de un segundo mercado, siguiendo varios precedentes extranjeros que han dado fructíferos resultados. Debe recordarse que este segundo mercado se configura doblemente: Para algunas entidades funcionará como etapa previa (mercado de aclimatación) a la admisión de sus títulos en el mercado bursátil tradicional; para otras, sobre todo las pequeñas y medianas empresas, apa-

rece como el mecanismo idóneo para concentrar capital y proporcionar liquidez a sus títulos.

El establecimiento efectivo del segundo mercado depende ya sólo del desarrollo, por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de las previsiones contenidas en este Decreto.

13. LETRA DE CAMBIO. Aprobación del nuevo modelo.

Orden del Ministerio de la Presidencia de 11 de abril de 1986 («B. O. E.» del 17).

El nuevo modelo de letra de cambio, como efecto timbrado para el pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, se ajusta al nuevo régimen introducido por la Ley Cambiaria y del Cheque, 19/1985, de 16 de julio, que entró en vigor el pasado 1 de enero.

Los efectos antiguos podrán utilizarse provisionalmente, hasta el 31 de octubre de 1986.

Debe recordarse que la expedición de una letra sin utilizar el efecto timbrado de la cuantía pertinente, priva al título de fuerza ejecutiva.

14. CAJAS DE AHORROS. Desarrollo parcial de la ley sobre órganos rectores.

Real Decreto 798/1986, de 21 de marzo («B. O. E.» del 25 de abril).

La Ley 31/1985, de 2 de agosto, aprobó las Normas básicas sobre Organos rectores de las Cajas de Ahorros, alterando de forma notable los criterios para su composición, que regían con anterioridad. El presente Decreto precisa la forma de designación de los miembros de la Asamblea General, del Consejo de Administración y de las diversas Comisiones.

También se contemplan algunos aspectos de las operaciones de fusión de Cajas, exigiéndose el acuerdo de las Asambleas Generales con mayoría de 2/3 de los asistentes. Podrán utilizarse los dos procedimientos de fusión, por absorción o con creación de una nueva Entidad.

15. FERIAS. Regulación en la Región de Murcia.

Ley de la Asamblea Regional de Murcia 2/1986, de 20 de enero («B. O. E.» de 29 de abril).

Inciendo en un ámbito material intermedio entre lo mercantil y lo administrativo, la Comunidad murciana regula las ferias comerciales, entendiéndolas como certámenes de carácter público y periódico, cuyo fin es la exposición, demostración, difusión y oferta de bienes y servicios.

La celebración de las ferias se sujeta a autorización administrativa, pudiendo ser promovidas por instituciones feriales, entidades especiales dotadas de personalidad jurídica.

Sigue esta ley el precedente marcado por la Comunidad Autónoma de Cataluña con su ley de ferias comerciales de 5 de marzo de 1984 (reseñada en este Anuario, XXXVII-III, disposición núm. 9 de la Información legislativa).

16. SOCIEDADES ANONIMAS. Regulación de las Sociedades Anónimas Laborales.

Ley 15/1986, de 25 de abril («B. O. E.» del 30).

A) Exposición:

1. Concepto: Serán Sociedades Anónimas Laborales aquellas S. A. cuyo capital social pertenezca en, al menos, el 51 por 100 a los trabajadores y se sometan al régimen de esta ley.

Recibirán la denominación de S.A.L. con exclusividad, rigiéndose por esta ley y supletoriamente por la legislación general de las S. A.

2. Inscripciones registrales: Las S.A.L. se inscribirán en un Registro especial del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de su inscripción en el Registro Mercantil, necesaria para la adquisición de personalidad jurídica.

La adopción por un S.A. de la forma laboral no implica transformación. Igualmente la configuración de empresas preexistentes como S.A.L. no afectará a las relaciones arrendaticias nacidas con anterioridad.

3. Capital social: Estas sociedades tendrán la condición de Anónimas cualquiera que sea la cuantía de su capital social. Son peculiaridades, a este respecto, el necesario desembolso del capital total en el plazo de un año y la limitación de la participación de cada socio al 25 por 100 del capital, salvo las Entidades Públicas y sociedades pertenecientes a la Administración, que podrán alcanzar el 49 por 100. El capital se dividirá en acciones nominativas que, si pertenecen a socios no trabajadores deberán constituir una clase especial. Las acciones de los trabajadores deberán tener esta mención y podrán permanecer en la cartera de la sociedad sin rebasar el 25 por 100 del total de la clase.

4. Transmisión de las acciones: La transmisión «inter vivos» de acciones de trabajadores a quien no revista esta condición requerirá ser notificada previamente, para permitir su adquisición por trabajadores no socios y, en su defecto, por socios trabajadores o socios no trabajadores. La transmisión proyectada sólo será realizable si tampoco la sociedad decide la adquisición de las acciones. En todos estos casos el precio de adquisición, si surge discrepancia, será el 75 por 100 del valor real estimado por peritos.

En caso de transmisión «mortis causa» podrá establecerse en los Estatutos un derecho de adquisición preferente en favor de los trabajadores y de los socios.

No serán válidos los pactos sobre transmisión de acciones contrarios al régimen legal ni los que la prohíban totalmente a favor de extraños a la Sociedad.

5. Organización de la Sociedad: En los órganos de administración deberán estar representadas las dos clases de accionistas, trabajadores y no trabajadores.

Los acuerdos sociales serán impugnables en los términos previstos en la Ley de S. A., remitiéndose la resolución de los conflictos entre la sociedad y

los socios trabajadores en el ámbito laboral a los órganos de la jurisdicción social.

6. Reglas particulares: Atienden a ciertos aspectos características de estas Sociedades, como son:

— La necesaria limitación de los trabajadores no socios de la Sociedad a: 15 por 100 de los socios trabajadores.

— La obligación de constituir un Fondo especial de Reserva dotado con el 10 por 100 de los beneficios líquidos.

— La pérdida de la condición de S.A.L. de la entidad que incumpla las limitaciones legales referentes a acciones, capital, reservas y trabajadores no socios, previa advertencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. La descalificación no afectará a la personalidad jurídica de la Sociedad.

7. Régimen tributario: Las S.A.L. gozarán de beneficios fiscales siempre que estén inscritas en el Registro especial y destinen al Fondo de Reserva el 50 por 100 de los beneficios líquidos. Se concede bonificación del 99 por 100 en el ámbito del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados a las operaciones societarias, préstamos y adquisiciones de bienes realizadas por estas sociedades con los fines que la ley precisa. Además gozarán de libertad para amortizar los bienes de su activo en el plazo de cinco años a partir de su primer ejercicio económico.

8. Aplicación de la nueva regulación: Esta ley entró en vigor a los treinta días de su publicación, debiéndose adecuar a su régimen, en el plazo de un año, las entidades que recibían la calificación de S.A.L. a efectos de recibir ayudas del Fondo Nacional de Protección al Trabajo.

B) Observaciones:

Las Sociedades Anónimas Laborales no eran desconocidas en nuestro Derecho; se referían a ellas, determinando los requisitos necesarios para su calificación, las Ordenes del Ministerio de Trabajo que, anualmente, aprobaban los planes de inversiones del Fondo Nacional de Protección al Trabajo. Sin embargo, tal regulación, por su carácter fragmentario y su finalidad limitada distaba de configurar una modalidad societaria especial.

La crisis del sector industrial y los planes de reconversión, muchas veces ligados a cambios en la titularidad y organización de las empresas, han impulsado la normación separada de este tipo de sociedad que resulta cercano a las entidades cooperativas.

Evidentemente el éxito de las nuevas S.A.L. dependerá de las ayudas que, en su favor, disponga la Administración, sobre todo las de carácter financiero.

17. ENTIDADES DE SEGUROS. Adaptación de su régimen a la normativa de la CEE.

Real Decreto legislativo 1.255/1986, de 6 de junio («B. O. E.» del 27).

Se modifican varios artículos de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre ordenación del seguro privado (reseñada en este Anuario, XXXVII-IV, dis-

posición núm. 8 de la Información legislativa) para adecuarla a las Directivas Comunitarias.

Las alteraciones son muy limitadas, refiriéndose a los siguientes extremos:

1. Equiparación con las nacionales de las entidades radicadas en el interior de la CEE.

2. Sumisión expresa de los organismos públicos que operan en el ramo asegurador a las normas generales sobre seguros.

3. Reordenación de los grupos de seguros por ramos, y

4. Establecimiento de nuevas cuantías para el fondo de garantía.

18. INVERSIONES EXTRANJERAS. Aprobación del texto refundido de su ley reguladora.

Real Decreto legislativo 1.265/1986, de 27 de junio («B. O. E.» del 28).

A) Exposición:

1. Concepto: Se consideran inversiones extranjeras las realizadas por extranjeros, cualquiera que sea su residencia, y por españoles residentes en el extranjero. Además, se aplica el concepto a las inversiones realizadas por sociedades con participación extranjera y a las verificadas por establecimientos y sucursales de extranjeros en España.

2.—Medios de pago: Las inversiones extranjeras podrán realizarse mediante capitales exteriores (aportaciones dinerarias, de equipo capital, de asistencia técnica u otras formas) o capitales interiores.

3. Principios generales: Se establece la regla general de libertad de la inversión extranjera, salvo las limitaciones establecidas legalmente, y la libre transferibilidad al exterior de los capitales, plusvalías, dividendos y rendimientos obtenidos.

4. Clases de inversiones extranjeras: El régimen establecido difiere para las distintas clases:

a) Inversiones directas: Son las que permiten al inversor extranjero adquirir el control efectivo de una empresa en España, mediante adquisición de acciones, constitución de sucursales, concesión de préstamos o reinversión de beneficios. Se remite al Reglamento la fijación de los requisitos detallados para conceptualizar las inversiones como directas.

En general son libres las adquisiciones de acciones por extranjeros hasta el 50 por 100 del capital social; en cuanto excedan o revistan otra forma de inversión, quedarán sujetas a verificación administrativa.

b) Inversiones de cartera: consisten en la adquisición de acciones, siempre que no merezcan calificarse como inversiones directas y con independencia de que coticen o no en Bolsa, o en la adquisición de otros títulos-valores. Estas inversiones serán libres.

c) Inversiones en bienes inmuebles: sin perjuicio de la aplicación de la legislación sobre defensa nacional, se declaran libres. Sólo se establece la necesidad de verificación administrativa para las inversiones de personas jurídicas y las de extranjeros no residentes en España en ciertos objetos

(fincas rústicas, solares, locales comerciales, más de 3 viviendas por inmueble).

d) Otras formas de inversión extranjera: Se sujetan a autorización administrativa.

5. Régimen administrativo: Las competencias sobre la materia residen principalmente en la Dirección General de Transacciones Exteriores, donde radica el Registro especial de Inversiones Extranjeras; sin perjuicio de las funciones resolutorias de órganos superiores. Las inversiones se formalizarán en documento autorizado por fedatario público español y deberán ser declaradas para su constancia registral.

6. Régimen especial: Los sectores con regulación específica serán:

- Juego.
- Defensa nacional.
- Televisión.
- Radio.
- Transporte aéreo.

7. Aplicación de la ley: Mediante una referencia al artículo 6, 3 y 4 del Código Civil se afirma la naturaleza imperativa de la ley y la consiguiente nulidad de los actos contrarios a ella.

El nuevo régimen, precisado de desarrollo reglamentario, entró en vigor el día 1 de julio de 1986.

8. Régimen de las inversiones extranjeras originadas por transmisiones «mortis causa»: En caso de adquisición «mortis causa» por extranjero o español residente en el extranjero de alguna inversión en España, se precisará autorización administrativa para transmitir las nuevamente a extranjeros o transferir los capitales y rendimientos. Se exceptúa este requisito cuando la inversión fuese originariamente extranjera y se realizase con aportación de capitales exteriores.

B) Observaciones:

Este texto viene a sustituir al Texto Refundido de 31 de octubre de 1974 y ha de ser el punto de partida de una nueva regulación de la materia.

La innovación fundamental consiste en la calificación de las inversiones directas según el control que el inversor pretenda ejercer sobre la entidad participada. Así, el dato de la cotización bursátil, antes determinante de las inversiones de cartera, pasa a ser secundario a estos efectos.

Además de este cambio, la nueva regulación adaptada a los criterios de la CEE generaliza el criterio de libertad ya introducido en la normativa anterior, y reduce el ámbito de los sectores sometidos a regímenes particulares.

19. ESTABLECIMIENTOS DE CREDITO. Adaptación de su régimen al Derecho comunitario.

Real Decreto legislativo 1.298/1986, de 28 de junio («B.O.E.» del 30).

La Directiva 77/780, de 12 de diciembre de 1977, constituye la norma comunitaria fundamental en materia de entidades financieras, al precisar su

concepto y el alcance de las competencias que sobre ellas pueden ostentar los distintos Estados en cuyo territorio operen. Este régimen se incorpora ahora al Derecho español, modificando, en lo preciso, las diversas normas que actualmente organizan el sistema bancario, principalmente.

Los establecimientos de crédito se definen como empresas dedicadas habitualmente a recibir fondos del público y a colocarlos por cuenta propia en la concesión de créditos, incluyendo todas las modalidades que coexisten en España (Entidades Oficiales, Bancos, Cajas de Ahorros, Cooperativas de Crédito, Sociedades de Crédito Hipotecario y Entidades de financiación.

Además de algunos retoques al régimen de autorizaciones para operar se regula con detalle la revocación de las concedidas. Quedan suprimidas, para establecimientos con sede social en el territorio comunitario, las restricciones actuales aplicables a los establecimientos de crédito extranjeros. Subsistirá, no obstante, el régimen transitorio previsto en el Acta de adhesión a la CEE hasta 1992, que afecta a la captación de recursos en el mercado interior y a la apertura de oficinas.

Un precepto especial prevé la colaboración de los órganos inspectores con las autoridades extranjeras competentes y proclama la obligatoria reserva de los datos y documentos obtenidos.

20. **SEGUROS.** Adaptación del régimen de la producción de seguros privados a la normativa comunitaria.

Real Decreto legislativo 1.300/1986, de 28 de junio («B. O. E.» del 30).

El reciente Texto refundido de la Ley de Producción de Seguros Privados (Real Decreto legislativo 1.347/1985, de 1 de agosto, reseñado en este Anuario, XXXVIII-IV, disposición número 16 de la Información Legislativa) se modifica suprimiendo para los nacionales de otros Estados miembros de la CEE las restricciones aplicables en general a los extranjeros en este ámbito. También se retocan las condiciones exigibles a los socios de las Sociedades de Agencia o Correduría de Seguros.

IV. DERECHO PROCESAL

21. **POSTULACION PROCESAL.** Régimen de la prestación de servicios de los Abogados adaptado a la normativa de la CEE.

Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo («B. O. E.» del 1 de abril).

A) Exposición:

1. **Principio general:** Los Abogados nacionales de Estados de la CEE que se encuentren establecidos con carácter permanente en los mismos, podrán desarrollar en España sus actuaciones como Abogados visitantes, en régimen de prestación ocasional de servicios y sin abrir despacho.

Tienen la condición de Abogados quienes ostenten los títulos que el Decreto señala, los cuales deberán expresarse, en su actuación en la lengua del Estado de procedencia.

2. **Ambito de actuación:** La prestación ocasional de servicios de Abogado comprende la consulta, asesoramiento y actuación en juicio, pero no los co-

métodos que supongan el ejercicio de una función pública o sean incompatibles con el carácter ocasional indicado.

3. **Requisitos generales:** Los Abogados visitantes deberán proporcionar todos sus datos personales y profesionales al Decano del Colegio de Abogados correspondiente, que los comunicará al Tribunal ante el que vayan a actuar y al Consejo General de la Abogacía. Este Consejo llevará un libro registro para controlar el número de actuaciones en España de Abogados comunitarios, de modo que si sobrepasará las cinco ante Organos colegiados o las diez ante unipersonales y órganos administrativos, deberá advertir de la aplicación de las normas sobre derecho de establecimiento.

Los Abogados visitantes quedarán sujetos al mismo régimen disciplinario que los españoles.

4. **Requisitos especiales:** Para las actuaciones ante órganos jurisdiccionales o administrativos, los Abogados visitantes deberán concertarse con un Abogado inscrito en el Colegio del territorio, que asumirá la responsabilidad. Por lo demás, no le serán exigibles condiciones de residencia o colegiación en España.

Para las demás actuaciones serán exigibles los mismos requisitos y condiciones que rigen las actuaciones profesionales en España, en cuanto sean aplicables, por su naturaleza, a extranjeros, sin perjuicio del respeto al régimen vigente en el país de origen.

5. **Actuaciones externas de los Abogados españoles:** El Consejo General de la Abogacía proporcionará la documentación necesaria para que puedan prestar sus servicios en los Estados de la CEE.

B) Observaciones:

Mediante esta disposición se introduce en nuestro Derecho la normativa de la CEE encaminada a permitir la libre prestación de los servicios de Abogados dentro de la Comunidad. Actualmente dicha normativa se encuentra contenida en la Directiva 77/249, de 22 de marzo de 1977, y en las Actas de Adhesión de 1979 y 1985.

22. **PROCESOS HIPOTECARIOS.** Se reforman los procedimientos de ejecución hipotecaria.

Ley 19/1986, de 14 de mayo («B. O. E.» del 20).

La Ley 34/1984, de 6 de agosto (reseñada en este Anuario, XXXVII-IV, disposición número 9 de la Información legislativa) modificó la Ley de Enjuiciamiento Civil, incidiendo especialmente en el procedimiento de apremio con el fin de agilizar el desarrollo de las subastas y fomentar la concurrencia. Esta nueva Ley trata de reflejar iguales criterios en los procesos hipotecarios regulados por la Ley Hipotecaria y por la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.

Las reformas del artículo 131 de la Ley Hipotecaria afectan a los siguientes puntos:

1) Se contempla la ejecución de hipotecas constituidas en favor de entidades emisoras de cédulas y bonos hipotecarios.

2) Igualmente se prevé la posibilidad de que el crédito garantizado devenga un interés variable.

3) Podrá anunciarse la subasta en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

4) Queda elevada (al 20 por 100) la cantidad a consignar en caso de mejora de la postura.

5) Se admite la presentación de posturas por escrito.

6) Los depósitos a consignar por los postores se fijan en el 20 por 100 del tipo, pudiendo hacerse las posturas a calidad de ceder.

7) Se regula con detalle el trámite de pago del precio y la posible adjudicación a postores ulteriores.

8) La errónea alusión a la representación del dueño de los bienes ejecutados, al dictarse el auto aprobatorio del remate, se suprime.

Iguales principios se introducen en el artículo 84 de la Ley de hipoteca mobiliaria.

La reforma, de índole procesal, se aplicará a los procedimientos en curso cuando la subasta se acuerde una vez en vigor la Ley (es decir, a los 20 días de su publicación).

V. OTRAS DISPOSICIONES

23. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FISICAS. Utilización de la declaración simplificada.

Real Decreto 711/1986, de 11 de abril («B. O. E.» del 15).

La declaración simplificada ve generalizada su aplicación, pues será utilizable por los sujetos pasivos cuyas rentas provengan de rendimientos del trabajo personal, del capital inmobiliario y mobiliario (con algunas limitaciones), de actividades empresariales (agrarias de escasa importancia) y pensiones o anualidades por alimentos. Se excluyen los perceptores de rendimientos de activos financieros con retención en el origen.

24. FUNCIONARIOS PUBLICOS. Regulación de las situaciones administrativas.

Real Decreto 730/1986, de 11 de abril («B. O. E.» del 17).

Desarrollando los preceptos de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la función pública, se detallan los supuestos y contenido de las diversas situaciones de:

- Servicios activo.
- Servicios especiales.
- Servicio en Comunidades Autónomas.
- Excedencia forzosa.
- Excedencia voluntaria y
- Suspensión de funciones.

Las disposiciones transitorias contemplan especialmente el régimen aplicable a los funcionarios que se encontraban en la desaparecida situación de supernumerario.

25. INVESTIGACION CIENTIFICA Y TECNICA. Se aprueba el régimen de fomento y coordinación.

Ley 13/1986, de 14 de abril («B. O. E.» del 18).

Se establecen las líneas generales para el desarrollo y coordinación de las actividades investigadoras, configurando como instrumento básico el Plan Nacional de Investigación científica y Desarrollo Tecnológico. También se prevén los criterios de organización de los Organismos públicos de investigación: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas, Instituto Geológico y Minero, Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial, e Instituto Español de Oceanografía.

26. REGIMEN LOCAL. Aprobación de su Texto refundido regulador.

Real Decreto-legislativo 781/1986, de 18 de abril («B. O. E.» de 22 y 23).

La Ley de Bases de Régimen Local, 7/1985, de 2 de abril (reseñada en este Anuario, XXXVIII-III, disposición número 8 de la información legislativa) autorizó al Gobierno para elaborar un texto refundido sobre tal régimen que sustituyese al vigente de 24 de junio de 1955. El nuevo texto supone una regularización y actualización general del anterior, incorporando todas las modificaciones que sufrió a lo largo de los últimos años, especialmente en materias financieras y tributarias. De este modo se derogan expresamente las normas generales sobre régimen local (texto refundido de 1955, texto articulado parcial de 6 de octubre de 1977, Ley sobre régimen de 28 de octubre de 1981) y las que regían los ingresos de las corporaciones locales (normas provisionales de 30 de diciembre de 1976, medidas urgentes de financiación de 20 de julio de 1979, parte de la Ley de medidas de saneamiento de 21 de diciembre de 1983 y las normas reguladoras de los impuestos locales de carácter real, es decir, Contribuciones Territoriales y Licencias Fiscales).

Perduran, como se reconoce expresamente, los regímenes económicos particulares de los Territorios históricos del País Vasco, Navarra, Canarias, Ceuta y Melilla, Madrid y Barcelona.

El Texto Refundido, como corresponde a su finalidad, es de gran extensión, comprendiendo 461 artículos que se ordenan en los siguientes grupos:

Título Primero. Disposiciones generales.

Título II: El Municipio.

Título III: La Provincia.

Título IV: Otras Entidades Locales.

Título V: Disposiciones comunes a las Entidades Locales.

Título VI: Bienes, actividades y servicios y contratación.

Se regulan las distintas clases de bienes: de uso o servicio público local, comunales y patrimoniales o de propios.

Los actos dispositivos se sujetan a especiales limitaciones, pues, tratán-

dose de inmuebles, deberán ser comunicados o autorizados por la Comunidad autónoma, prohibiéndose su cesión gratuita salvo casos especiales (artículo 79). Las enajenaciones de bienes patrimoniales deberán realizarse por subasta pública.

Los bienes inmuebles de Entidades locales se inscribirán en el Registro mediante certificación administrativa. Los valores mobiliarios habrán de depositarse en entidades bancarias.

También se regula con detalle el régimen de las obras locales y los procedimientos de contratación, en los que se aplican los principios generales de la contratación administrativa estatal.

Título VII: Personal al servicio de las Entidades locales.

Título VIII: Haciendas locales. Recoge, en un título de gran extensión (arts. 178 a 461), los principios generales de las finanzas locales y el régimen detallado de los distintos ingresos, tributarios o no. Con separación, el texto contempla las operaciones de crédito local (fijando los límites para los préstamos que pueden concertar estas entidades) y el régimen presupuestario.

27. SALUD PUBLICA. Medidas especiales en esta materia.

Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril («B. O. E.» del 29).

Se contempla la posibilidad de que las Administraciones Públicas competentes adopten medidas extraordinarias, que pueden implicar una restricción de los derechos individuales, en caso de peligro para la salud de la población. Especial atención se dedica a dos posibles actuaciones: Control de enfermedades transmisibles y ordenación del abastecimiento de medicamentos o productos sanitarios escasos.

28. SALUD PUBLICA. Aprobación de la Ley General de Sanidad.

Ley 14/1986, de 25 de abril («B. O. E.» del 29).

Esta Ley trata de estructurar el sistema general de protección de la salud previsto por el artículo 43 de la Constitución, configurándose como punto de partida de una nueva regulación que sustituya a la producida al amparo de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 1944. Por ello, además de preverse la elaboración de una tabla de disposiciones vigentes y derogadas por la presente Ley, se degradan, al rango reglamentario, las disposiciones anteriores sobre estructura y funcionamiento de instituciones y organismos sanitarios.

El texto de la Ley (113 arts.) se distribuye en:

- Título preliminar. Del Derecho a la protección de la salud.
- Título I. Del sistema de salud.
- Título II. De las competencias de las Administraciones Públicas.
- Título III. De la estructura del sistema sanitario público.
- Título IV. De las actividades sanitarias privadas.
- Título V. De los productos farmacéuticos.
- Título VI. De la docencia y la investigación.
- Título VII. Del Instituto de Salud «Carlos III».

29. **CONTRATOS DEL ESTADO.** Adaptación de su régimen a las directivas de la CEE.

Real Decreto legislativo 931/1986 de 2 de mayo («B. O. E.» del 13).

Haciendo uso de la autorización concedida por la Ley 47/1985 de 27 de diciembre (reseñada en este Anuario XXXIX-I disposición número 4 de la Información legislativa) se modifica la Ley de Contratos del Estado texto articulado de 6 de abril de 1965.

Los aspectos en que incide la nueva regulación son los siguientes:

1. **Capacidad para contratar.** Además de adecuar las llamadas «incapacidades» a las alteraciones normativas producidas en los últimos años, se contempla la contratación con empresas extranjeras inscritas en un Registro profesional.

2. **Formas de adjudicación.** Se suprime el concurso-subasta, regulándose las modalidades de publicación de la licitación, especialmente en el Diario Oficial de las CEE, y la posibilidad de introducir en las subastas un trámite especial de admisión previa.

Para contratos de cuantía igual o superior a un millón de ECU podrá utilizarse el procedimiento restringido que implica una selección previa de los concurrentes.

Se adaptan a estos criterios las normas especiales sobre el contrato de suministro.

3.—**Clasificación de contratistas.** Manteniendo la exigencia de la clasificación para obras superiores a diez millones de pesetas, se concreta la finalidad de esta actuación en los aspectos financiero, económico y técnico. Igualmente se prevén las comprobaciones que sustituyen a la clasificación de las empresas pertenecientes a miembros de la CEE.

4. **Naturaleza de la nueva regulación.** Se califican expresamente los nuevos preceptos como básicos del régimen de la contratación administrativa, competencia exclusiva del Estado según el artículo 149, p. 1, núm. 18, de la Constitución. Evidentemente esto no supone negar dicha calificación a todos los demás preceptos de la legislación de contratos, que deberán analizarse teniendo en cuenta su origen preconstitucional.

30. **TRIBUTOS.** Aprobación del Reglamento General de la Inspección de los Tributos.

Real Decreto 939/1986, de 25 de abril («B. O. E.» del 14 de mayo).

Se define la Inspección de los Tributos como el conjunto de órganos de la Administración de la Hacienda Pública que tienen encomendada la función de comprobar la situación tributaria de los sujetos pasivos y demás obligados tributarios, con el fin de verificar el exacto cumplimiento de sus obligaciones y deberes para con la Hacienda Pública. Partiendo de este concepto, el Reglamento establece el régimen orgánico y funcional de la Inspección y de su personal, así como las normas que rigen las actuaciones inspectoras, contemplando la participación, en ellas, de los particulares interesados y su forma de documentación

El nuevo texto modifica parcialmente el Real Decreto 2.631/1985, de 18 de diciembre, sobre procedimiento para sancionar las infracciones tributarias y deroga, salvo alguna excepción, todas las normas reguladoras de la Inspección de Tributos, que adolecían de evidente envejecimiento.

La Orden de 26 de mayo de 1986 («B. O. E.» del 30) ha desarrollado el Reglamento en cuanto afecta a la competencia de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria, concretando las funciones de los distintos órganos y el procedimiento de la inspección.

31. IMPUESTO GENERAL SOBRE LAS SUCESIONES. Atribución de las funciones de gestión y liquidación.

Real Decreto 1.150/1986, de 11 de abril («B. O. E.» del 18 de junio).

Suprimida la Dirección General de lo Contencioso del Estado, del Ministerio de Hacienda (ver Real Decreto 850/1985, de 5 de junio, reseñado en este Anuario, XXXVIII-III, disposición núm. 25 de la Información legislativa), se atribuyen las funciones que ejercía, en el ámbito central, sobre el impuesto sucesorio al Centro de Gestión y Cooperación Tributaria y a la Dirección General de Tributos. Paralelamente las funciones que, en la periferia, correspondían a las Abogacías del Estado, se encomiendan a los Delegados de Hacienda y a las Dependencias de Gestión.

Continúan ejerciendo sus funciones las Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario y las Comunidades Autónomas según el régimen de cesión de Tributos del Estado vigente.

32. ADUANAS. Régimen de las Zonas y Depósitos Francos.

Real Decreto legislativo 1.297/1986, de 28 de junio («B. O. E.» del 30).

Las Zonas y Depósitos Francos, regulados por el Decreto-Ley de 11 de junio de 1929, se adaptan, por el presente Decreto, al régimen establecido por las Directivas Comunitarias. Se continúan definiendo como enclaves territoriales en los que las mercancías se considerarán fuera del territorio aduanero de la CEE, a efectos de la aplicación de derechos, exacciones, impuestos u otras medidas de efecto equivalente. En estos enclaves podrían realizarse operaciones de carga y descarga de las mercancías, manipulaciones usuales o llevar a cabo su destrucción.

33. ADUANAS. Adaptación de la Renta de Aduanas a la normativa comunitaria.

Real Decreto legislativo 1.299/1986, de 28 de junio («B. O. E.» del 30).

Se modifica el Texto Refundido de los impuestos integrantes de la Renta de Aduanas, aprobado por el Real Decreto 511/1977, de 18 de febrero, adaptándolo a las Directivas dictadas para armonizar esta materia. Queda así ampliado el contenido de los derechos aduaneros, para comprender, además de los gravámenes tradicionales a la importación o exportación, las exacciones reguladoras agrícolas, los derechos ligados a la política agrícola común y los derivados de regímenes específicos aplicables según el Tratado CEE.

Centenario de la Unión de Berna: 1886-1986. Precedentes históricos

JOSE MIGUEL RODRIGUEZ TAPIA

1. *Introducción. La propiedad intelectual internacional*

El nueve de septiembre de 1986 se ha cumplido el primer centenario de la Unión de Berna para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas. Aunque entró en vigor el 5 de diciembre de 1887, la fecha que debemos celebrar es la de 1886, como ha hecho la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, reunida en septiembre pasado en Berna. Conviene recordar no sólo el precedente inmediato de la Unión de París de 1883 para la protección de la propiedad industrial, sino que España fue miembro fundador de ambas uniones internacionales. Recordemos que los otros países signatarios de la Unión de Berna fueron Alemania, Bélgica, Francia, Gran Bretaña, Italia, Liberia, Haití, Túnez y el país anfitrión de las conferencias preparatorias, Suiza.

Echemos la vista atrás algo más de un siglo y veamos, en primer lugar, cuál era la conciencia que sobre sus derechos tenían los autores el siglo pasado. Veamos a continuación los antecedentes jurídicos de los países europeos firmantes del Convenio de Berna en materia de derecho de autor. Estudiaremos después la cooperación internacional sobre propiedad literaria en los años anteriores a 1886, concretamente desde 1840. Veremos que la cooperación dio lugar casi necesariamente a la Unión que hoy celebramos centenaria. Con Francia a la cabeza, la labor dogmática y diplomática de las naciones europeas dio lugar al texto de Berna, revisado como sabemos siete veces en cien años, hito legal del moderno derecho de autor, sobre el que influyeron lógicamente las legislaciones nacionales de los países firmantes y las ideas de las asociaciones de artistas y de libreros, pero que en cien años de vigencia ha servido a su vez para influir en las legislaciones de los países que han ido adhiriéndose y como guía, aunque imperfecta, bastante eficaz para una protección internacional impensable hace un siglo.

En 1886 salen a la luz obras como «Fortunata y Jacinta», «Los Pazos de Ulloa», «Un yanqui en la corte de Arturo». Rimbaud revoluciona las letras francesas con «Les Illuminations», Daimler y Benz construyeron en Alemania los primeros automóviles con tres y cuatro ruedas respectivamente. Hace nueve años que Edison ha inventado el fonógrafo y faltan nueve para que los Lumiere realicen la que se tiene por primera proyección cinematográfica, «los obreros saliendo de la fábrica». El 31 de julio ha fallecido en Bayreuth

el gran patriarca de la música romántica, Franz Liszt. Y en la misma Baviera ha muerto el Rey Luis II, famoso diletante y protector mecenas de Richard Wagner. Este muerto tres años antes, sabemos, por ejemplo, que profiería un trato de favor a la Opera de Viena, rebajando sustancialmente los derechos de autor por la representación de sus obras para que éstas se dieran con asiduidad en la Corte Imperial y no se quedasen exclusivamente en Alemania.

El otro gran y famoso operista de fin de siglo, el italiano Giuseppe Verdi, trabaja en 1886 en la que será su penúltima ópera, *Otello*. De Verdi sabemos que fue diputado de la primera Cámara italiana después de la unificación de 1861. Esta Cámara promulgó en 1865 la primera ley italiana (para toda la península) sobre derecho de autor, llenando un vacío o marasmo legal en esta materia, cubierta sólo parcialmente por las leyes de los distintos estados italianos, pero de eficacia exclusivamente regional. Dicha situación había propiciado que las óperas de Rossini fueran las obras más difundidas y veneradas por el pueblo italiano en la primera mitad de siglo «gracias» a las innumerables representaciones que se daban en los teatros de todas las provincias italianas sin permiso ni autorización del autor, si bien puede decirse que lo que los italianos oían con gran deleite no eran sino curiosas adaptaciones de las óperas del maestro de Pesaro a las disponibilidades de la orquesta de cada pueblo y según la memoria del copista de turno, pues es fama que ninguna editorial italiana quería imprimir sus obras, ni siquiera la famosa Ricordi, por miedo fundado a no vender un solo ejemplar, dada la práctica observada en todos los teatros italianos (1). Sin embargo, Rossini fue el músico más representado y popular de todo Italia. Verdi recogería el testigo de dichos honores. Cuando Rossini muere en 1868, Verdi propone a varios colegas y a varios intérpretes la colaboración en una misa de requiem en su homenaje, renunciando a percibir un sólo céntimo por la composición y por las representaciones que se comprometía a hacer anualmente. Parece que algún compositor recogió la oferta, pero el proyecto no frugó; y los mayores obstáculos los encontró en los intérpretes: el superintendente del teatro de Bolonia se negó a que ninguno de sus cantantes participara sin recibir ninguna clase de emolumentos. En el siguiente proyecto en que se vio inmerso, el estreno de *Aida* en El Cairo para celebrar la apertura del Canal de Suez, pidió Verdi la respetable cifra de «150.000 francos franceses pagaderos en la Banca Rotschild de París, en el momento en que yo le remita la partitura». En este caso, el proyecto salió adelante, Verdi cobró, eso sí, con cierto remordimiento, pensando en la miseria de Mozart, Schubert o en los 400 francos que ganó Rossini por su *Barbero de Sevilla* (2).

Pero en el mundo de las artes y las letras, había surgido entre los autores del siglo pasado no sólo una consolidada conciencia de tales, asumiendo el

(1) Alberto ZEDDA. Conferencia dada en Madrid el 25 de enero de 1986. El señor Zedda es filólogo musical, director de orquesta y colaborador de la Edición Crítica de las óperas del autor, patrocinada por la Fundación Rossini, de Pesaro (I). Sobre la retribución de los compositores italianos, John ROSELLI, *Verdi e la storia della retribuzione del compositore italiano. Studi Verdiani*, 1983, pp. 11-28, Parma, 1983.

(2) H. ROSENTHAL, *Gestación y nacimiento de Aida*, Londres, 1974.

derecho de autor como algo consustancial a su actividad, por equidad y justicia, sino percibiendo además la dimensión internacional que empezaba a cobrar la problemática del derecho de autor. En 1842, en *The Examiner* de Londres, aparece un artículo firmado por Charles Dickens, «La propiedad intelectual internacional», en el que denuncia las infracciones que se cometen sistemáticamente en los Estados Unidos contra los derechos de los autores británicos y relata las gestiones que ha realizado en su último viaje ante el Congreso norteamericano para combatir «la piratería que al por mayor se realiza con las obras de los escritores ingleses». Se debatió, según Dickens, en el Congreso la posibilidad de reforma de la ley federal de Copyright, a lo que se opuso el lobby de editores americanos argumentándose que «si se permitía a los autores ingleses una fiscalización de la reimpresión de sus propias obras ya no les sería posible a los editores norteamericanos introducir en ellas alteraciones para acomodarlas al gusto de los Estados U.» Dickens abogó en EE.UU. porque se dictara de inmediato una ley sobre la propiedad literaria internacional e instaba en dicho artículo a que sus colegas británicos siguieran su ejemplo, negándose a negociar ni mantener correspondencia con todos aquellos directores y editores de periódicos que «gracias al actual sistema de despojo y piratería, pueden ganarse la vida muy cómodamente a costa del cerebro de otros hombres». Anuncia Dickens que ha renunciado a todo beneficio procedente de ediciones espúreas de sus obras al otro lado del Atlántico (3).

El artículo de D., delicioso, reflejaba un estado de ánimo presente en todos los autores de obras traducidas o exportadas a otros países aún de igual lengua. Pero ¿tenían un fundamento real dichas quejas o nuestra fuente de información es demasiado subjetiva? Sabemos, en primer lugar, que la ley americana no protegía al autor extranjero (vid. infra pág. 26). Se argumentaba que la situación norteamericana, propia de un país en vías de desarrollo cultural y económico, exigía normas que facilitaran la rápida difusión de las obras europeas y, muy especialmente, británicas. Sobre este punto volveremos más tarde. Podemos mencionar que dicha falta de barrera perjudicó en primer lugar a los autores americanos, dado que la edición de obras piratas de autores ingleses era barata. A finales de siglo las novelas de Dickens, Walter Scott, Thackeray costaban en Inglaterra una guinea y media, mientras que su edición pirata en los EE.UU costaba la décima parte (25-50 centavos). Era muy corriente que se difundieran por entregas en los periódicos, sin coste alguno de traducción, pues era innecesaria, pero, como decía Dickens, retocadas al gusto americano. Era lógico por tanto que la mayoría de los autores americanos apoyaran la causa de Dickens. La reforma sin embargo no llegó. Por el contrario, la única respuesta fue la piratería en Inglaterra de obras de autores americanos de moda, Poe, Melville, Cooper, que no cobraron apenas royalties por sus obras exportadas que se quedaban en los escaparates de las librerías inglesas (4).

(3) La propiedad intelectual internacional, en *Obras Completas de Charles Dickens*, tomo III, pp. 1713-1714, trad. de José Méndez Herrera. 3.^a ed. Madrid, 1967.

(4) STEWART, *International Copyright and Neighbouring Rights*, p. 25, London, 1983. TEBBEL, *A History of Book Publishing in the United States*, Nueva York. 1972.

Hasta aquí cuatro pinceladas sobre autores del siglo XIX y sus situaciones y sus inquietudes sobre los derechos de autor y su dimensión internacional creciente —y preocupante—.

Pero en el ambiente cultural, en el escenario europeo de hace un siglo se potenciaba la internacionalización del conflicto de intereses entre los autores y sus impresores o intérpretes. Si hoy nos parece evidente que por su propia naturaleza inmaterial las obras que generan propiedad intelectual son fáciles e instantáneamente exportables, hace un siglo, si bien con menos medios técnicos, la internacionalización era una consecuencia necesaria y, en cierto modo, buscada. En efecto, la cultura del siglo pasado, llamada en líneas generales romántica trae la explosión nacionalista, pero en Europa se expande con más fuerza que en tiempos precedentes la necesidad de la cooperación internacional. El enciclopedismo francés y el racionalismo inglés del XVIII desembocaron, por el cuello de botella que supuso el Sturm und Drang, a la eclosión romántica. Las revoluciones de los años 30, 48 y 68 supusieron para algunos los estertores de una civilización que se extinguiría en Sarajevo en 1914. Sea como fuere, de las fuentes en que bebió el hombre del XIX, surgió empujada por las revoluciones de 1776 y 1789 la fiebre nacionalista, el constitucionalismo moderno y en lo jurídico, las codificaciones, las leyes desamortizadoras y los consiguientes sistemas registrales. Se edificaron robustos cuerpos jurídicos en cada una de las naciones europeas y en la naciente democracia americana, pero esto no supuso un obstáculo insalvable a la progresiva internacionalización de las relaciones jurídico-privadas.

Existen varias razones que lo explican. En el espíritu romántico latía la idea del peregrinaje, de la comunicación entre individuos y pueblos que hacía imposible el aislamiento. En segundo lugar, razones menos espirituales evitaron que decayera el comercio económico cultural internacional. La incipiente revolución industrial que ya se consolidaba en EE.UU. y en Europa, necesitaba mercados mucho mayores para sus productos. En tercer lugar, pero no menos importante, los episodios bélicos conocidos por todos hicieron imposible la indiferencia de los Estados y las alianzas económicas y militares no dejaron de sucederse en todo el siglo. La revolución industrial trajo consigo además nuevos y más numerosos medios de transporte y de comunicación. Ya en la paz como en la guerra la cooperación internacional entre las naciones era necesaria y deliberada, aunque cada una de ellas hubiera hecho más complejo su sistema jurídico si bien la codificación puede ser calificada de idea racionalizadora (y no obstaculizadora)—.

2. *Precedentes legales de la Convención de Berna: Derecho interno de los países signatarios de la Unión de 1886*

Lamentablemente, carezco de noticias sobre la historia del derecho de autor en los países no europeos presentes en Berna, si bien es significativa la presencia de Túnez, nación que ha jugado un papel relevante en estos últimos años del derecho internacional de autor, puente entre los países industriales y los no desarrollados (5).

(5) Recuérdese la Ley-tipo para los países en desarrollo, redactada por un

Respecto a las siete naciones europeas fundadoras de la Unión de Berna, vamos a repasar una a una, no de forma exhaustiva, el cúmulo de noticias que de ellas tenemos, perfilando no sólo un itinerario de fechas y nombres, sino también la evolución de las disposiciones legales o singulares referentes a la impresión de libros, la reproducción de obras plásticas y la representación de obras dramáticas, que dieron lugar, como causa o como efecto, a conceptos matizadamente diferentes de lo que hoy llamamos derecho o derechos de autor. Veamos, por tanto, al hilo de la sucesión cronológica, la evolución dogmática del derecho de autor, si bien no pueda ser objeto del profundo análisis que merece, dadas las dimensiones de este trabajo. Llegaremos a 1886 no sólo con un conjunto de regulaciones distintas en los siete estados, sino con conceptos más amplios o restringidos, concebida la propiedad intelectual como un todo (España) o como una suma de derechos específicos (Francia, Inglaterra), con un mayor peso del interés público —en la libre difusión de la cultura— o con mayor énfasis en la naturaleza individual y personalísima del derecho, corolario de la libertad de expresión.

Se suele hablar del privilegio otorgado por el Collegio veneciano a Johannes Speier en 1469 como primer privilegio de impresión en exclusiva del que se tienen noticias y del Estatuto de la Reina Ana de Inglaterra de 1709 como primera ley de derecho de autor. Vamos a ver la veracidad y el sentido de dichas afirmaciones, por repetidas, a veces exentas de cierta crítica

Del país anfitrión de la conferencia, *Suiza*, tenemos noticia de los siguientes precedentes. Se conocen privilegios otorgados en los siglos XVI y XVII, concediendo a impresores el monopolio sobre obras publicadas por primera vez en sus talleres, situación semejante como veremos a la de los demás países europeos. La más antigua disposición legal prohibiendo la impresión ilícita la encontramos en una Ordenanza de Basilea de 1531, que prohibía la impresión de libros y obras de otra persona durante tres años (6). Es muy interesante al objeto del derecho internacional de autor la configuración federal de los cantones helvéticos. Casi todos los cantones tenían alguna norma y la coordinación de las mismas cristalizó en el Convenio aprobado por el Consejo Federal el 3 de diciembre de 1856 y firmado por catorce cantones.

Dicho Convenio condicionaba la protección de los ciudadanos de un cantón que publicaran en otro a remitir un ejemplar al gobierno federal, haciendo constar su cualidad de autor (art. 1). La protección otorgada a los autores de obras impresas o publicadas en alguno de los cantones duraba treinta años desde el momento de dicha primera publicación (art. 2). Fuera del ámbito intraestatal, se preveía la protección por vía de tratados a las producciones de los Estados extranjeros que usen de reciprocidad y que por los derechos de entrada módicos sobre producciones literarias y artísticas suizas, faciliten la venta de las mismas (art. 8). Igualmente, los cantones eran autónomos para adherir-

comité de expertos gubernamentales convocados por el gobierno tunecino, asistido por la UNESCO y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), de fecha 23 febrero-2 marzo 1976.

(6) HUBER, E., *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*. Band IV, p. 298. Basilea, 1893; ULMER, *Urheberrecht*, p. 36, 1.ª edición, p. 37, Berlín, 1951.

se a dichos tratados internacionales (7). En años posteriores vinieron a la luz normas específicas de derecho de autor y en algunos cantones existían regulaciones específicas de la materia en su Derecho de Cosas particular. La homogeneización de dicha normativa se pretendió con la Ley Federal de 23 de abril de 1883, que sustituyó al Convenio de 1856.

De la legislación de *Bélgica* nos interesa destacar los siguientes aspectos. Durante gran parte del siglo estuvo vigente el decreto francés de 1793, que veremos más tarde. Además, las leyes nacionales de 23 de septiembre de 1814 y de 25 enero de 1817 precedieron a la Ley de 21 de octubre de 1830, que estuvo vigente hasta el año de la Unión de Berna. En la Ley de 1830 se reconoce el derecho de copiar mediante impresión sin distinción de forma (art. 1); la duración se extendía hasta veinte años «post mortem» (art. 3); pero era imprescindible que la obra que se solicitaba proteger hubiera sido impresa en un taller belga o que el editor fuera belga, cuya mención era asimismo inexcusable (art. 6). Ahora bien, se reconoce el derecho de copia exclusivo de las traducciones originalmente publicadas en el extranjero en favor de los traductores y de sus causahabientes, que pueden publicarlas, venderlas y hacerlas vender según su voluntad (art. 2).

Aparte las relaciones especiales que siempre ha tenido Bélgica con Francia en materia de propiedad intelectual, en los siguientes años firmó entre otros, sucesivos Tratados con España el 30-4-1859 (que como veremos más adelante adoptaba por la asimilación a los nacionales de los ciudadanos del otro país parte) y el que los sustituyó, firmado el 26 de junio de 1880. Seis años más tarde, el 22 de marzo de 1886, cuando ya están muy avanzadas las conversaciones que van a dar lugar a la Unión de Berna, se promulga una nueva Ley de Derechos de Autor, vigente hoy, con algunas adiciones. En la misma se contempla la protección de los extranjeros de la misma manera que los autores belgas, operando la regla del plazo más corto y moderada por reciprocidad establecida según el trato que reciban los belgas en el país del que es súbdito el autor extranjero (art. 38).

Del *Reino Unido* tenemos más noticias y es para más de un autor la cuna del Copyright. El primer libro impreso en inglés vio la luz en Brujas en 1476. Al año siguiente, el mismo impresor, William Caxton, editó el primer libro en Inglaterra. Ricardo III impulsó la libertad de imprenta que se practicaba aquellos años, tanto de obras inglesas como extranjeras. Bajo el reinado de Enrique VIII, la política adoptó un giro sobre esta materia, restringiéndose, primero y prohibiéndose en 1533 la importación de libros extranjeros, so pretexto de existir suficientes impresores en la isla. En una Ley de 1529 («Cum privilegio regali ad imprimendum solum») se establece el sistema de privilegios para la impresión de libros. El otorgamiento de los mismos era una prerrogativa de la corona y el control del ejercicio de los mismos quedaba prácticamente en manos de la Stationers' Company de Londres, compuesta por noventa y siete editores y

(7) HUBER, op. cit., Band III, p. 6, Basilea, 1889; DANVILA, *La propiedad intelectual*, p. 875, Madrid, 1882.

(8) STEWART op. cit., pp. 20-24; ULMER, op. cit., p. 38; HUBMANN, *Urheber und Verlagsrecht*. 3 Auflage, München, 1974, p. 14.

libreros de la capital, cuyos estatutos cerraban el paso a cualquier ajeno a dicho sindicato para obtener el privilegio real. En 1637 se crea la Cámara de la Estrella, que controla con el Imprimatur algo más que los derechos exclusivos del impresor. Al abolirse dicha Cámara en 1641, La Stationers' Company obtuvo de la Cámara de los Comunes una Orden de 1642 prohibiendo cualquier impresión sin mención ni permiso de su autor. Hubo como es lógico una relajación de los controles durante las décadas revolucionarias, reforzados sin embargo por una Licensing Act de 1662 de Carlos I, que exige la licencia y el registro de los libros para poder imprimir. Dicha disposición fue sucedida de otras muchas en años posteriores hasta llegar al año 1709, si bien siete años antes la Cámara de los Comunes había derogado la Licensing Act de 1662.

El 11 de enero de 1709 se presenta un proyecto de Ley que será llamado Estatuto de la Reina Ana (Act 8 Anne c. 19), cuya promulgación como Ley tiene lugar el 10 de abril de 1710, a pesar de que normalmente es mencionado como estatuto de 1709 (9). En él se establecía un derecho exclusivo del autor para imprimir sus obras durante 14 años desde la fecha de su publicación, prorogables por otros 14 años, si vivía el autor al expirar el primer plazo. Las infracciones serían castigadas con el comiso de los libros ilegalmente editados y el pago de multa a medias para la Corona y para el demandante. El registro del título de cada libro en el Register Book de la Stationers' Company era requisito para admitirse una demanda en protección de los derechos sobre cierta obra.

Dicho Estatuto, considerado por muchos el primer texto positivo que reconoce el derecho de autor, supuso en realidad una transacción entre las pretensiones de los libreros, que argumentaban poder comprar a los autores su perpetuo derecho de autor derivado del Common Law y las necesidades del interés público («Una ley para el estímulo del aprendizaje y de la protección de la propiedad sobre las obras...» decía el encabezamiento del Estatuto de 1709). No consiguieron la perpetuidad de su monopolio los editores, pero obtuvieron la mejor parte en el reparto de derechos: en efecto, como estableció la Cámara de los Lores en *Donaldson c Beckett* (1774) 4 Burr 2408 existen dos derechos diferentes derivados de una obra:

a) Del hecho de su creación deriva, por derecho natural, un derecho *perpetuo* en favor del autor, reconocido por el Common Law, por el cual puede decidir si publica o no dicha obra, si altera su contenido antes de la publicación.

b) Por el hecho de su publicación, se le otorga al autor un derecho *temporal*, reconocido por la Ley (statutory copyrighth) que comprende todas aquellas facultades derivadas del monopolio de publicación otorgado a una persona.

Dicha decisión de 1774 contradecía otra (10) de 1769, que reconocía la posi-

(9) ROGEL en *Autores, coautores y propiedad intelectual* ya ponía de manifiesto cierta confusión de fechas en la doctrina española, p. 28, Madrid, 1984.

(10) *Millar c Taylor* 4 Burr 2303, curiosamente otro pleito sobre la misma obra sobre la que litigaban *Donaldson y Beckett*, el poema de Thomson

bilidad de atribuir a los editores el derecho perpetuo que el Common Law reconoce los autores para imprimir, editar y vender. La interpretación de la Cámara Alta prevaleció y el Estatuto de 1709, que estuvo prácticamente vigente hasta 1911, fue interpretado como la fuente legal de ciertos derechos económicos de exclusiva, pero temporalmente limitados (a diferencia de los derechos morales que parecía reconocer el Common Law, aunque nunca utilizara la expresión *droit moral* o *moral rights*). A efectos del centenario de Berna y a pesar de la reputada opinión de D. Manuel Danvila sobre que Estados Unidos siguió la línea inglesa de desproteger a los autores extranjeros, la verdad es que el Estatuto en ningún momento establece que los derechos reconocidos se refieran exclusivamente a libros ingleses o impresos en el Reino Unido.

Las reformas de la ley inglesa fueron complemento de las reglas básicas establecidas en 1709. La ley de 1832, en su artículo 6, permitía la libre imitación de obras dramáticas y musicales publicadas en el extranjero. Los abusos a que dio lugar dicha norma fueron combatidos por la ley de 13 de mayo de 1875, siguiendo los deseos de los propios autores ingleses. La ley de 1842 extendió la duración de la protección otorgada por el Estatuto de 1709 a siete años «*post mortem*» o a cuarenta y dos años desde la publicación, el plazo que fuera más largo.

Francia (11), se tienen noticias de privilegios otorgados por el Rey para imprimir en exclusiva en los siglos XVI y XVII. Por ejemplo, los privilegios otorgados por Luis XII en 1508 y 1509, lejos de reconocer derechos a los autores, establecía la interdicción de una competencia desleal por editores piratas, con la verdadera intención de localizar e identificar los lugares de impresión y los posibles responsables de contravenir las normas de censura real. De verdaderamente excepcional se califica el único privilegio concedido no a un impresor, sino al propio autor, Jean Celaya, en 1517. En 1537 se establece el depósito obligatorio. La Ordenanza de Moulins de 1566 prohibía la impresión de libros o escritos sin el sello de la Cancillería Real. Los privilegios de impresión, dada la estructura política del país se habían quedado en manos casi exclusivas de los editores parisinos, marginándose por completo a los de provincias. El centralismo editorial era muy parecido al que Londres incorporaba en el Reino Unido (recordemos la *Stationers' Company*). Este fenómeno hizo florecer, como es lógico, la piratería editorial en provincias, pero también propició un debate ante los Tribunales que hizo consolidar la teoría del derecho de autor (antes de los Decretos revolucionarios de 1793 y de 1791), de tal forma que tomaría un rumbo definitivo. Veamos.

«Las Estaciones», a partir del cual el celeberrimo compositor Haydn compuso un oratorio. Sin embargo, no nos consta que dicha adaptación (1801) diera lugar a controversia judicial alguna.

(11) En general, es necesario leer a CHESNAIS, en *Stewart*, op. cit., p. 326; COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique*, pp. 1-16, París, 1986; ULMER, op. cit., pp. 36 ss.; HUBMANN, op. cit., pp. 11 ss.; DANVILA, op. cit., pp. 795 ss., para corroborar los datos, si bien las interpretaciones discrepan. Las verdades en este trabajo son del autor del mismo, eximiendo por tanto a los autores precitados de cuanto error pueda haber en ellas.

El siguiente hito legal en el derecho de autor francés serán los Decretos de 1777 promulgados por Luis XVI. Pero en los dos últimos siglos ha habido suficientes acontecimientos que dieron con la moderna concepción del derecho de autor. En 1635 se funda la Academia Francesa. Dos años más tarde se publica el Discurso del Método y las Compañías de teatro «hacen» Moliere y Corneille en todos los teatros de la nación. El litigio que mantuvieron los editores de provincias con los parisinos dio lugar a que entrara en juego el concepto de interés público: sostenían los primeros que el interés por la difusión de las obras del espíritu exigía que los monopolios de impresión no fueran perpetuos y que pasado cierto tiempo, las obras pasaran al dominio público. En contra, los parisinos sostenían la idea de un derecho perpetuo de los autores, que podía ser transmitido a sus editores. Teníamos, pues, dos argumentos importantísimos que a modo de eje de coordenadas fueron decantando los perfiles de la idea moderna de propiedad intelectual. Ambas partes podían esgrimir razones históricas para sostener sus propuestas. Es verdad que los encabezamientos de la mayoría de los privilegios otorgados apelaban a la conveniencia de conocer las obras del espíritu con la garantía del editor que detentaba dicho privilegio de impresión. Esto daba razón a ambos bandos. Es de interés público que las obras se conozcan y el ejercicio abusivo del monopolio o su duración perpetua pone en manos de un particular que toda la sociedad disfrute de dichas obras. Es cierto, por otra parte, que la edición autorizada garantiza la integridad de la obra y los efectos beneficiosos sobre los lectores. Ahora bien, es cierto que se reconocían privilegios a los autores cuando era manifiesto que estaban circulando versiones alteradas de sus obras, pero la Corona se lo otorgaba a condición de que se lo cediera a un editor, que aparecía públicamente como único autorizado para imprimir cierta obra.

Por tanto, ya estaban en el tapete las cuestiones fundamentales que delinearán el moderno derecho de autor. Por una parte, la perpetuidad. Los contrarios a dicha cualidad acabarán «ganando», pero sólo con respecto al aspecto patrimonial. En efecto, pasado cierto tiempo, la explotación de las obras va a ser de dominio público. Por otra parte, la transmisibilidad. Los parisinos que gozaban de privilegios reales, sostenían que el derecho perpetuo de los autores podía serles transmitido, quedando perpetuamente en sus manos. También esta idea de la transmisibilidad «ganó» cuerpo, por sentido común e inercia histórica, pero la crítica de esta posibilidad hizo llegar a concluir que no todo es transmisible. No todos los derechos que el autor tiene sobre su obra son transmisibles. En efecto, la argumentación de Héricourt, famoso abogado que defendía los intereses de los impresores parisinos encerraba cierta contradicción: la perpetuidad que defendían se basaba en el carácter muy personal del derecho de autor; este carácter muy personal de ciertas facultades del autor o de la propiedad intelectual en general, hacían inconcebible la transmisión de ciertos derechos que aparecían como intrasmisibles. Estas ideas fueron fraguando en la doctrina del derecho moral de autor, como aquella parte inalienable imprescriptible e intrasmisible del derecho de autor. Pero el derecho positivo francés no reconocería expresivamente dicho derecho moral has-

ta la Ley de 1957, dejando a un lado la revisión de 1928 en Roma del Convenio de Berna que hoy conmemoramos, que introdujo el artículo 6 bis. Sin embargo, los libros en las librerías eran un objeto intra comercio y era necesario concebir y afirmar la transmisibilidad de ciertos derechos de los autores a sus editores, al menos, los puramente económicos o patrimoniales.

En 1777 salen a la luz seis Decretos de Luis XVI sobre el comercio de libros. En ellos se contiene un «Arrêt sur les privilèges» que reconocía entre otros dos privilegios: uno, del editor, de carácter temporal para que pueda recuperar el coste de su inversión y otro, del autor, por el solo hecho de su creación, de carácter exclusivo y perpetuo. El Arrêt de 30 de agosto de 1777 aparece como primer texto positivo que legaliza el derecho de autor, frente a todos los años anteriores en los que aparecían como beneficiarios casi exclusivos, los impresores. Pero todavía no puede hablarse propiamente de derecho, sino de privilegio de los autores (o de sus herederos) (12).

Los privilegios fueron abolidos por la Asamblea el 4 de agosto de 1789. Esto fue beneficioso incluso para la teoría del derecho de autor, pues el reconocimiento que pudiera tener en el futuro por el derecho francés no sería el de privilegio, o sea, situación excepcional y en manos de la Corona que lo otorga, sino que reaparecerá como derecho. Así es, cuando año y medio más tarde se discute el Decreto sobre representaciones teatrales de 13-19 de enero de 1791, el diputado Le Chapelier lanza su famoso alegato: «... la más sagrada (inatacable) y personal de las propiedades es la obra fruto del ingenio de un escritor; sin embargo, su naturaleza, es completamente distinta de las otras propiedades». En el decreto de 1791 se reconoce el derecho exclusivo de reproducción que tienen los autores sobre sus obras: no cabe representación lícita sin consentimiento de su autor, por escrito o de sus herederos, durante cinco años desde la muerte del autor. El Decreto de 19-24 julio de 1793 proclamaría el derecho de reproducción exclusivo del autor durante su vida y en manos de sus herederos o cesionarios durante diez años después de la muerte del autor. Ambos decretos revolucionarios, que reconocen dos derechos capitales de los autores, estarían en vigor más de siglo y medio. Antes de 1886, las reformas y adiciones a los decretos afectaron fundamentalmente a la duración y transmisión «mortis causa»: el Decreto sobre imprentas de 5 febrero 1810 transmitía el derecho de reproducción a la viuda del autor, y a la muerte de ésta, veinte años más a los herederos descendientes del autor; la Ley de 3 agosto 1844 establecía el mismo plazo para los autores de obras dramáticas y su derecho de reproducción; la Ley de 8 abril 1854 amplió el plazo a treinta años después de la muerte del autor o de la extinción de los derechos de la viuda; y la Ley de 14 julio 1866, a cincuenta años «post mortem».

Por su parte, la labor internacional de Francia fue la más notable y relevante del siglo pasado y es justo considerarla la nación impulsora de la cooperación literaria internacional. Tanto el Decreto de 1852 como los más de treinta tratados bilaterales de propiedad literaria firmados an-

(12) En 1761, el Consejo Real había reconocido en favor de los herederos de La Fontaine el privilegio por las obras del autor.

tes de 1886 son buena muestra de ello. De su estudio nos encargamos en la parte final de este trabajo.

Alemania. Es obligado citar el año 1455 cuando Johannes Guttemberg imprime con tipos móviles una Biblia de cuarenta y dos líneas por página. A partir de ese hito tiene razón de ser la más fácil reproducción de obras literarias y tiene por tanto sentido hablar de defraudación relevante de ejemplares de una obra por piratas o de difusión de una obra alterada o modificada (no de casos aislados). En lo sucesivo, en efecto, discurrirán pleitos tanto por la impresión no autorizada como por la impresión con alteraciones y modificaciones de la obra original. Las primeras querellas están amparadas o se resuelven «a posteriori» con el otorgamiento de un privilegio de impresión, igual que en otros reinos europeos. Se ha citado (13) como primer privilegio alemán a un impresor del que se tiene detalles el otorgado en 1501 por el Reichsregiment al humanista Celtes por su edición de poemas de la monja Hroswitha von Gandersheim, poetisa del siglo x. De 1518 es el privilegio otorgado por el Kaiser al editor Schöffler de Mainz por una Edición de obras de Tito Livio. A pesar de que la protección se ofrecía a los impresores (14), había un reconocimiento indirecto de derechos a los autores, ya fuera obteniendo ejemplares gratis, cierta participación en los beneficios o debiéndose probar en todo caso, para solicitar el privilegio, que el autor ha autorizado la impresión. En ocasiones el privilegio de impresión será otorgado a los propios autores: por ejemplo, los concedidos a Durero en 1511 y 1528, a Orlando di Lasso en 1581, todos por el Kaiser, de carácter perpetuo.

Junto a la idea de impresión autorizada, la realizada por aquel que goza del privilegio real, toma cuerpo la idea de proteger los intereses personales del autor frente a la difusión de ediciones alteradas o modificadas de su obra. Se va perfilando la idea de unos derechos morales del autor: así, en el privilegio de 1528 otorgado a Durero, se prohíbe que cualquiera se atribuya la *paternidad* de sus obras de arte. La impresión con alteraciones dio lugar a la querrela de Lutero, que obtuvo del Consejo de Nürnberg el mandato al editor de que incluyera su nombre y el lugar de publicación, con objeto de identificarse mejor y responder de la edición incorrecta de las obras que imprimiera. No consiguió Lutero la sanción, pero se dictaron requisitos de impresión encaminados a garantizar la responsabilidad por ediciones irregulares. En 1525 aparece un escrito suyo advirtiendo contra los «salteadores de caminos» (15), esto es, de los impresores que realizan ediciones no autorizadas. No defendía sólo sus propios intereses, sino también los de sus editores, autorizados por él, que perdían injustamente ante

(13) HUBMANN, op. cit., p. 11.

STROMHOLM, *Le Droit moral d'auteur dans le droit français, allemand et scandinavie*, p. 175. Estocolmo, 1967.

(14) La protección frente a las imitaciones se trataba en realidad de reglas sobre la competencia, según COING, *Europäisches Privatrecht*. 1500 bis 1800. Band I, p. 221. München, 1985, siguiendo la idea de GIESEKE, *Die geschichtliche Entwicklung des deutschen Urheberrechts*, Göttingen, 1957.

(15) STRASSENRAUBERN, según vemos en Ulmer, op. cit.; en STROMHOLM, *Le Droit moral...*, se cita igualmente dicha expresión luterana.

tal piratería. Pero le importaba subrayar la necesidad de que las obras llegaran en estado puro —sin alteraciones— a sus lectores.

La Edad Moderna del derecho de autor alemán transcurre entre privilegios del Kaiser, y, disuelto el imperio, por Ordenes de los Electores de los Länder como único derecho positivo excepcional y con un debate en la doctrina y entre los filósofos alemanes que llevará al siglo XVIII, al final del cual Pütter proclama (16) que la obra es una propiedad indiscutible de su creador y que de la de ella se deriva el derecho de edición que corresponde al legítimo editor aun después de venderse los ejemplares (1774), el año de Werther y del asunto Donaldson vs Beckett ante la Cámara de los Lores británica. De 1785 es el artículo publicado por Kant en el *Berlinische Monatschrift*, para el que el libro aparece como un discurso del autor dirigido al público, en el que el editor aparece como intermediario, que actúa en nombre de aquél (17). Estos argumentos se completarían en los Principios metafísicos de la Doctrina del Derecho, doce años más tarde.

En 1974 se promulga el Código prusiano, que incorpora por primera vez al derecho positivo alemán una regulación general de derechos del editor y del autor, así como la responsabilidad por falsificación y piratería editorial. En efecto, el título XI de la 1.ª parte del *Allgemeines Landrecht* está dedicado en sus párrafos 996-1036 al contrato de edición (18). Se habla más de los derechos del editor, si bien no deja de definirse el derecho de autor: el párrafo 1020 que establece la transmisibilidad a los herederos (19), sólo por expresa disposición del causante por escrito, dice que el derecho de autor consiste en que no puede darse una nueva edición de obra alguna suya más que con su consentimiento. La situación de hecho, que es la mayor capacidad empresarial del editor le refleja en la regulación prusiana. Según el párrafo 996, el derecho del editor consiste en la facultad de *reproducir* un escrito por la impresión y de tener la *exclusiva de venta* en ferias a libreros o particulares. Para adquirir dicho derecho, debe mediar un contrato de edición por escrito (párrafo 998), si bien cabe un contrato verbal que obliga a pagar honorarios al autor, debiendo integrarse dicho acuerdo con las disposiciones legales (p. 999). No existe una plena y absoluta paternidad de todas las obras creadas por el autor, pues en caso de encargo por el editor, éste asume el dominio absoluto sobre la obra (1021 y 1022). Por último, importante es el desconocimiento expreso del derecho de autores extranjeros, a menos que hayan obtenido un privilegio gubernativo (para 1026) y la prohibición de piratería de obras extranjeras como retorsión legal contra nacionales de Estados que permitan ediciones en perjuicio de editores prusianos (párrafo 1034).

(16) PÜTTER, *Der Büchernachdruck nach ächten Grundsätzen des Rechts*, Göttingen, 1774, según citan Ulmer y Stromholm.

(17) Citado por PÉREZ SERRANO, *El Derecho moral de los autores* (ADC, 1949, p. 10) y por STROMHOLM, op. cit., p. 174.

(18) El título XX, de la II Parte del Código de 1794 regulaba en sus párrafos 1294-1300 la reproducción fraudulenta de libros.

(19) El editor debería contar con el consentimiento de los descendientes de primer grado para ediciones póstumas (parág. 1030).

Hasta la unificación de 1871, se van sucediendo normas dispersas que contemplan la propiedad intelectual: una Ordenanza de Baden de 1806 contra la piratería editorial; el Código Civil de Baden de 1809 que otorgaba facultades al editor —sobre la forma exterior de la publicación—, sometido al autor en cuanto al contenido y número de ejemplares, únicamente modificables con su consentimiento; el artículo 397 del Código Penal Bávaro de 1813, hasta llegar a la Ley prusiana de 11 de junio de 1837, la primera ley alemana sobre derecho de autor. Antes había habido una declaración de intenciones de la Dieta germánica (8 de junio 1815) sobre la necesidad de legislar contra la piratería editorial y un Decreto de 6 de septiembre de 1832 declaró la abolición de toda distinción entre los naturales de cualquiera de los estados germánicos, protegidos todos en cualquier estado contra la piratería de sus obras. La ley prusiana de 22 junio de 1837 extendía la protección hasta treinta años «post mortem autoris», pero una resolución de la Dieta de 9 noviembre de 1837 establecía una protección de al menos diez años desde la publicación (plazo que se igualaría al de la ley prusiana en el artículo 1 de la Resolución de la Dieta de 19 de junio de 1845).

En la ley de 1837 no se habla como en el Código de 1794 de los derechos de los editores, sino de verdaderos derechos de los autores, incluyéndose el derecho de representación (dramática y musical). La labor de la Dieta fue por su parte uniformadora del derecho alemán de autor, aun antes de la unidad política. La ley bávara de 1840 y la de Baden de 1847 dejan sentir su influencia.

Con todo la seguridad jurídica de los autores no era completa en el siglo XIX, pues es conocido que además de ser las obras más veces impresas de la literatura alemana, los poemas de Goethe fueron también los más «pirateados» de la historia. El autor alemán solicitó hasta treinta y nueve privilegios de impresión a la Confederación (20). Sólo cinco años después de su muerte, la situación de un autor alemán sería igual en cualquiera de los estados de la confederación, sea cual fuere el Estado donde publicó por primera vez.

La Ley de 1870 de la Conf. Germánica del Norte, que al año siguiente se convertiría en Ley alemana sobre el Derecho de autor de escritos, composiciones musicales, dibujos y obras dramáticas, protegía las obras de los alemanes publicadas en el extranjero en territorio de Alemania, así como las de autores extranjeros con editor alemán (art. 61), pero se incluía en la protección a los extranjeros que hubieran publicado en un antiguo estado de la Confederación germánica (art. 62). Las mismas normas se establecerían en la Ley de 1876 sobre arte figurativo (arts. 20 y 21 respectivamente), vigentes ambas leyes al tiempo de la Unión de Berna. Si bien la labor intraestatal antes de la unificación fue notable y la cooperación entre los Länder eficaz, la labor diplomática después de 1871 no llevó antes de Berna a convenios bilaterales con otras naciones europeas.

(20) ULMER, op. cit., p. 42.

Italia. Hemos dicho más arriba que se tiene como el privilegio de impresión más antiguo del que se tienen noticias el otorgado a Speier por el Collegio veneciano en 1469: La cuestión sin embargo no es pacífica, aunque la práctica totalidad de los autores que han escrito sobre el derecho de autor lo toman como un hecho indiscutido. La consulta de las crónicas venecianas de aquella época y la lectura de las obras sobre historia de la imprenta en Venecia nos ofrecen otra posibilidad. El introductor de la imprenta en Venecia no fue sino Niklaus Jenson, alemán como Speier y que ocho años antes ya había editado el primer libro veneciano «Decor puellarum», cuya edición original está fechada en 1461. La Crónica Sanuda (escrita por Marin Sanudo), si bien el manuscrito copiado un siglo después por Foscarini, entre los hechos de 1461 describe que «Venexia stette in paxe et in quiette et in questa terra poi per tutta l'Italia fo principià l'arte de stampar di libri qual havé principio da alcuni Todeschi, trai quali uno chiamato Nicolo Jenson Todesco, fò il primo che in Venecia facesse stampar libri et vadagnò assaissimi denari...» (21). La tradición popular y oficial tomaron como innegable la prioridad en el tiempo de Jenson (22).

Si dicha fecha fuera cierta, ocho años después, Giovanni da Spira, o sea, Johannes Speier, al imprimir las *Epistolae familiares* de Ciceron culmina su edición recalcando que se trata de la primera obra impresa en la ciudad; el silencio de Jenson que no imprimió un segundo libro hasta 1470 (*De Evangélica preparatione*), así como la similitud de las ediciones de dichas fechas con la fechada en 1461 hacen dudar a los bibliófilos sobre la veracidad de esta última fecha y por tanto de que fuera Jenson el introductor de la imprenta en Venecia (23). La Crónica Sanuda se limita a decir respecto a 1469, entre otras cosas, que «fo presso, atento l'arte de stampar sia venuta a luce, chel sia concesso a Zuane de Spira stampa L'Epistole di tullio et plinio per cinque anni altri non stampirro». Se limita a reseñar la concesión del privilegio sobre las obras mencionadas. El texto del privilegio que la crónica reseña no ha sido posible encontrarlo de primera mano, si bien se trata de un texto bastante difundido entre las obras bibliográficas e historiográficas venecianas:

Inducta est in hanc nostram inclytam civitatem Ars imprimendi libros. Indiesque magis celebrior ac frequentior fiet! per operam studium et ingenium magistri Joannis De Spira. Qui ceteris aliis urbibus hanc nostram preelegit! ubi cum coniuge liberis et familia tota sua inhabitaret excreeetque dictam artem librorum imprimendorum: Jamque summa omnium comendatione impressit epistolas Ciceronis! Et nobile opus plinij De naturali historia In maximo numero! et pulcherrima litterarum forma! pergitque quottidie alia preclara volumina imprimere! adeo ut industria et virtute huius hominis! multis preclarisque voluminibus! et quidem peruili precio locupletabitur.

(21) Crónica Sanuda, edición Muratori, manuscrito de Foscarini (muerto en 1616). Biblioteca Nazionale Marciana de Venezia.

(22) Estas son las tesis recogidas también por H. BROWN, en *The Venetian Printing Press. An Historical Study*, London, 1891, pp. 5-13.

(23) La edición de unos naipes con una inscripción ligando al impresor Jenson con los tiempos del Dogo Malipiero que reinó de 1457 a 1462 contribuyen, aunque no definitivamente, a creer que fue Jenson y no Speier el que introdujo la imprenta en Venecia.

La cuestión no queda resuelta si bien es innegable que el más antiguo privilegio del que tenemos noticias es el que acabamos de transcribir. La prioridad de Jenson no fue consolidada por privilegio o monopolio alguno, según las noticias que nos han llegado. Por otra parte, los cinco años de privilegio a Speier fueron interrumpidas al año siguiente con su muerte. Tenemos, por tanto, una primera etapa de concesión de privilegios, habiendo antes de 1500 un mínimo de 98 beneficiarios distintos (24). Dichos privilegios no eran iguales: unos se extendían exclusivamente a las obras mencionadas en el privilegio, otros eran genéricos para toda obra que imprimiese el beneficiario. Asimismo la duración era variable. Esta regulación a través de decisiones singulares se vio completada en la primera mitad del siglo XVI por leyes del Senado, por verdaderas normas generales que si bien no pueden considerarse Derecho objetivo de autor, sí, al menos, en estado embrionario. Las leyes dictadas antes de 1697 sobre la impresión de libros son al menos treinta y dos. Las normas de estos siglos como ya hemos apuntado fueron más reguladoras de la competencia que leyes sustantivas de los derechos de autor. Pero el giro que operó la regulación veneciana fue sintomático: no sólo se pasó de regular la materia de privilegios a normas generales, sino que la primera Ley relevante, la de 1 de agosto de 1517 revoca todos los privilegios; la de 3 de enero de 1533 declara la caducidad del privilegio de impresión si no se imprime en el primer año después de haber sido concedida. La de 7 de febrero de 1544 prohíbe la impresión y venta si no consta por documento auténtico el consentimiento del autor o de sus herederos más próximos. No todo fue obviamente una política liberal de libre concurso de impresores y libre voluntad de los autores que de ninguna forma gozaban de libertad de expresión. Por lo menos, ocho de las leyes anteriores a 1600 establecen la censura (29 de enero 1526) e instituyen un Catálogo de la Inquisición veneta (1554) y sucesivos índices vaticanos y locales. Pero es cierto que los autores, cuyo consentimiento era requerido para imprimir sus obras, gozaban de un protagonismo que podía hacernos vislumbrar titulares de derechos subjetivos frente a los impresores y vendedores de sus obras.

La perpetuidad de los privilegios de impresión fue reconocida prácticamente de hecho por el Decreto dei Riformatori de 30 julio de 1780, que admite la renovación de la licencia de impresión por el titular original de la misma sólo con la simple reimpresión de la obra, pero el mismo Decreto recalca que dicha libertad, antes que el editor, la tiene el autor de la obra. Llegamos a un siglo XIX en que Venecia estará bajo la órbita austriaca, después de una cesión por Napoleón en 1797, abolido el Senado, sometido a los avatares políticos de toda la península italiana, pero carente de normativa propia sobre la propiedad literaria, aunque cuna de

(24) Un privilegio otorgado en 1469 (Speier); uno en 1486; ocho en 1492; siete en 1493; diecisiete en 1494; siete en 1495; veinte en 1496; catorce en 1497; dieciséis en 1498; siete en 1499. Sólo alguno de los anteriores son mencionados por PIOLA CASELLI, *Tratatto del Diritto di Autore* pág. 4, Napoli-Torino, 1927. BROWN, op. cit., recoge dichas cifras y una información bastante detallada sobre los beneficiarios, su duración y la clase de privilegio.

prácticas y conceptos fundamentales para el derecho de autor italiano y europeo (25).

Una ley milanesa de 19 floreal año IX (aprox., abril 1801) proclama que los autores tienen el derecho exclusivo de vender, hacer vender y distribuir las obras de su ingenio y gozar de su propiedad en toda la república (la Cisalpina). El derecho se condicionaba al depósito de ejemplares en la Biblioteca Nacional y se transmitía a los herederos por diez años «post mortem». El Decreto de 30 de noviembre de 1810 (26) ampliaba la transmisibilidad a veinte años «post mortem» e incluía a la viuda del autor de forma expresa titular toda su vida, a partir de cuyo fin empezaban a contar los veinte años. El 1 de agosto de 1811 un decreto declara la reciprocidad entre los autores italianos y los franceses. Este Decreto tiene verdadera importancia a los efectos de nuestra conmemoración, si bien era más que una norma internacional, una consecuencia casi lógica de la ocupación francesa de principios del XIX.

En el Reino de *Dos Sicilias* se promulga un Decreto de Gioacchino Napoleone, con fecha 7 de noviembre de 1811 (era rey Murat), que reconocía la propiedad de los autores sobre sus obras *representadas* en los teatros de los compositores sobre la música *interpretada* por las orquestas, a condición del depósito de copias en el Ministerio del Interior y en el Conservatorio. El precio fijado por los autores podría ser reducido por el Ministerio si se consideraba excesiva la cantidad solicitada por la representación o ejecución de sus obras, a instancia de los empresarios. Tras la restauración de Francisco I, un decreto de 5 de febrero de 1828 amplía la protección declarando el derecho exclusivo de *publicar y tirar ejemplares* de sus obras a los escritores compositores, pintores, escultores, arquitectos y diseñadores originales, que se extendía durante la vida de su autor y de su viuda más treinta años después de la muerte del último cónyuge superviviente, a los herederos. Por tanto, nos encontramos ante normas, si bien no de ámbito nacional, que marcan en Italia el reconocimiento de los derechos de representación, ejecución pública, publicación (precedente la ley milanesa de 1801) y de reproducción. Si bien la norma milanesa hacía alusión a una propiedad sobre las obras y su condición de propietario se manifestaba en vender, hacer vender y distribuir, los decretos napolitano-sicilianos son una más genuina representación de los derechos-facultades patrimoniales (participar en los ingresos por representaciones en los teatros, reproducir ejemplares) y personales (publicar) que entendemos hoy integrados en el derecho subjetivo de autor —sea o no propiedad—. Es un desarrollo similar al experimentado por Francia con sus decretos de 1791

(25) Recordemos la fecha de 1709 para Inglaterra, de 1777 y 1791-93 para Francia, el Código Prusiano de 1794 y la Ley Prusiana de 1837, La Real Orden de Carlos III de 1762. El derecho del autor fue reconocido, ya en el siglo XVI en Venecia: el consentimiento como requisito de la publicación fue el primer hito.

(26) PÉREZ CUESTA fecha dicho Decreto el 30 de octubre (*Una perspectiva histórico-jurídica sobre el derecho de autor*, RDP 1981, p. 337). Sin embargo, DE SANCTIS, en *Stewart*, op. cit. y PIOLA CASELLI, op. cit., lo fechan en noviembre.

(droit de représentation) y 1793 (droit de reproduction). Si bien era Milán la zona más directamente influida por Francia, la dominación napoleónica bajo Murat de las Dos Sicilias conllevó una mimesis legal mayor.

En los estados de Cerdeña (la Isla y el Piamonte), entra en vigor el 28 de febrero de 1826 una Patente Regia que reconoce a los autores el derecho exclusivo de imprimir y vender durante quince años, a condición de depositar ejemplares en el Ministerio del Interior, y en las bibliotecas de la Universidad de Turín, en la Academia de Ciencias y del Archivo de la Corte. Dicha norma suponía de nuevo una concesión regia, si bien habla de derecho. Las normas del Código civil albertino de 1838 y del Código penal de 1839 entienden que el derecho del autor es una propiedad, pero «conceduta dal governo del re». Tiene importancia la firma de un tratado sardo-austriaco con fecha 11 de junio de 1840 para la tutela recíproca de las obras y reproducciones del ingenio y del arte, que vino a convertirse en ley interna de ambas naciones. Las obras y producciones son propiedad de sus autores; sólo éstos o sus herederos tienen derecho de autorizar la publicación; la duración se extiende a treinta años post mortem auctoris (art. 18), a menos que se trate de obras póstumas, cuarenta años desde dicha publicación (artículo 19), salvo que ésta fuera hecha por una sociedad científica o literaria, que gozarían en ese caso durante cincuenta años de su derecho exclusivo (art. 20). La reciprocidad aparecía como norma fundamentadora de la cooperación internacional. Al tratado de 1840 se adhirieron en años sucesivos los demás estados italianos, salvo el Reino de Dos Sicilias (27). En este sentido, el Convenio sardo-austriaco aparece como primer acuerdo multilateral sobre propiedad literaria. Sin embargo, aunque formalmente aparecieran como sucesivas adhesiones de los estados italianos, estábamos ante una internacionalización de la censura austriaca en los estados italianos invadidos o aliados de Viena. Toscana, el ducado de Modena, el de Parma y el de Lucca fueron «partes» adheridas al Tratado sardo-austriaco el 10, 19, 22 de diciembre de 1840 y 7 de enero de 1841, respectivamente. o fue éste el caso del Lombardo-Veneto, que bajo la órbita política austriaca, dio vigencia directa a la Ley austriaca de la propiedad literaria de 1846, que completaba la regulación parcial que el Código civil austriaco de 1811 hacía sobre el contrato de edición y de composición musical (parágrafos 1.164-1.171, dentro del arrendamiento de obra).

En los Estados Pontificios, por su parte, un Edicto de 29 de septiembre de 1826 declara la propiedad absoluta de las obras científicas y literarias para sus autores. El derecho de publicación exclusiva se extendía hasta doce años después de la muerte del autor. Sin embargo, su adhesión el 20 de diciembre de 1840 al acuerdo sardo-austriaco, variaba en cierta medida las normas aplicables a autores naturales de otros estados italianos, si bien la norma interna de licencia de la potestad eclesiástica y política para adquirir el derecho de autor, operaba como norma de orden público, a mi juicio, exigible también a extranjeros, norma de evidente papel censor.

(27) Que lo hicieron, Sicilia el 16 de agosto de 1860 y Nápoles, el 17 de febrero de 1861, aunque de hecho, acabó entrando en vigor en esta última el 30 de abril de 1862, por un insólito error tipográfico.

Tras la unificación italiana de 1861, se hizo más necesaria que nunca la uniformidad legal del derecho de autor en toda la península. Se presentaron hasta tres proyectos, interrumpidos por las vacaciones parlamentarias o por reelaboraciones de conveniencia o por la prioridad que el nuevo parlamento dio a otras leyes fundamentales. Entre tanto, la tardía adhesión de Nápoles al tratado sardo-austriaco de 1840 no hizo sino perjudicar a los editores y autores napolitanos. La Ley de 25 de junio de 1865 aparece como primera ley italiana de ámbito nacional. El Código Civil de 1865 reconocía que «Las producciones del ingenio pertenecen a sus autores según las normas establecidas en las leyes especiales» (art. 437). La Ley de 1865 enumeraba las facultades exclusivas de los autores sobre sus obras: publicar, reproducir y traducir sus obras así como distribuir las reproducciones hechas. El gozo de dicha facultad estaba condicionada al depósito y la declaración de haberlo hecho, so pena de caer durante diez años en un dominio público relativo (la terminología es mía) período durante el cual podía el autor cumplir los requisitos formales para recuperar las facultades no exclusivas sin perjuicio de tener que pasar por las ediciones o divulgaciones de su obra hechas por terceros durante ese período anterior a su depósito e inscripción de la obra (claro precedente de los artículos 38 y 39 de la ley española de 1879). Aunque no definía la Ley de 1865 qué entendía por cada una de las facultades precitadas, estaban enumeradas una serie de actividades sinónimas y equivalentes según el género de obra de que se tratase: así, por ejemplo, la publicación era la impresión escrita, la representación teatral o musical, estábamos ante reproducción si se repetía una representación en un espectáculo público, o la traducción comprendía las imitaciones en un género de una obra de otro género.

El art. 44 protegía las obras publicadas originalmente en el extranjero, a condición de *reciprocidad*. La duración de la protección apareció como uno de los puntos críticos de dicha ley: en un principio el derecho de reproducción y distribución se extendía durante cuarenta años desde la publicación de la obra o de la muerte del autor, si no publicó en vida, en exclusiva absoluta para el autor y sus herederos y después otros cuarenta años de dominio público de pago, esto es, en la obra es libremente utilizable por cualquiera a cambio de pagar un premio (veinticinco por ciento) del precio obtenido por cada copia o representación de la obra. El desarrollo reglamentario de la Ley atribuyó a las municipalidades el cobro de dichas cantidades y se produjeron severas críticas no sólo a la norma sino a su aplicación verdaderamente problemática, especialmente por las representaciones teatrales. La Ley de 10 de agosto de 1875 reformó esta norma (art. 13) estableciendo un único plazo de ochenta años desde la primera representación de la obra, pasado el cual la obra caería en el dominio público, respecto a su ejecución y representación. De esta forma se pretendía atenuar los perjuicios inferidos por la aplicación de la Ley de 1865 que, tras una pequeña modificación en el 18 de mayo de 1882 (abarcando obras coreográficas, exigiendo prueba escrita legalizada por la provincia del permiso del autor para la representación y considerando abusiva la reproducción incluso parcial) fue refundida en un texto único de 19 de septiembre de 1882, vigente en Italia hasta 1925.

España. La historia del derecho de autor está ligada en España de forma similar a otras naciones europeas, no tanto a la concesión inicial de privilegios a impresores, como de la intervención estatal en la edición y comercio de libros, fundamentalmente. En este punto, los reyes españoles se debatieron entre la conveniencia proclamada en sus normas de una mayor difusión de los libros y de las obras del espíritu para beneficio de las gentes (teoría del interés público) y la necesidad, así conceptualizada en tanto poder político y en simbiosis tanto tiempo con el poder religioso, de censurar las obras impresas que circulaban por el Reino (teoría del orden público y de la Inquisición), existiendo en la Novísima Recopilación muestras tanto de normas estimulantes de la creación literaria y de la protección por equidad de la voluntad de los autores (la R. O. de 22 de marzo de 1763 (28) es en buena medida la legalización del derecho de publicación para los autores) como de normas claramente inquisitoriales según cuyo tenor nos encontramos, no ante derechos o siquiera privilegios, sino ante comportamientos delictivos con pena de muerte, destierro o privación de bienes. Todo esto nos lleva a reconsiderar la historia del derecho de autor, como el resultado de una serie de transacciones entre los intereses culturales y policiales del Estado, los intereses gremiales de una industria en desarrollo (la imprenta) y los personales de una actividad eterna, la creación literaria y artística. Claro es que los distintos avatares históricos de cada nación perfilan de una forma distinta los hitos legales, los adelantos y retrocesos de cada derecho positivo sobre la difusión de obras del ingenio.

Todos sabemos que, después de la Biblia, es probablemente *El Quijote* uno de los libros más traducidos y editados de toda la historia. Sabemos que fue traducido por primera vez al inglés en 1612, al francés en 1614 y al italiano en 1622. Igualmente, existe una difusión temprana en el extranjero de las obras de Calderón (29). Son sólo dos ejemplos de lo que hemos llamado nuestro siglo de oro y la difusión internacional de las obras españolas estaba al margen de cualquier acontecimiento político, tanto nacional —recrudescimiento de la Inquisición— como internacional. Los monarcas españoles, los europeos se encontraron con un hecho insoslayable, una activa vida de intercambio cultural y literario entre las naciones europeas. La imprenta de tipos móviles no hizo sino agilizar la difusión europea de las obras escritas en cualquiera de sus naciones. Todo lo que podían hacer los gobernantes era restringir la entrada de determinados libros. El Índice vaticano de libros prohibidos creado por el Concilio de Letrán en 1515 tuvo su multiplicación en distintas diócesis y su paralelo en el Catálogo de libros prohibidos, compilado por la universidad de Lovaina a instancias de Carlos V en 1546. La pugna entre la monarquía española y la Inquisición por detentar la redacción de los Índices no hizo sino multiplicar el número de censores. La reforma protestante, las ideas erasmistas, en un principio, las obras enciclopédicas más tarde, fueron la mayor preocupación de Estado e Iglesia y en coherencia con sus

(28) Todas las disposiciones reales hasta Carlos III están tomadas directamente de la Novísima Recopilación, Libro VIII, títs XV y XVI.

(29) ASTRANA MARÍN, *Cervantes y el Quijote*, p LXXXIII, Madrid, 1967; y C. MORÓN, *Análisis de la Vida es sueño*, p. 61, Madrid, 1985.

facultades tutelares de la sociedad, tuvieron un largo empeño por la censura de toda publicación que circulase por el Reino. Sin embargo, la gloria del Imperio español había quedado reducida casi exclusivamente a la gloria de las letras y las artes españolas, lo que hizo transigir en buena medida con normas estimulantes, en lógica reciprocidad, de la importación de libros extranjeros, a salvo de expresa prohibición real de un título singular. Clásica es la pragmática de 1480 (ley 96) dada por los reyes Católicos en Toledo exiniendo de diezmos, portazgo o almojarifazgo la importación de libros extranjeros. Sin embargo, la pragmática de 8 de julio de 1502, dictada igualmente por los reyes Católicos, establece una censura de contenidos, estando sujetos a licencias de los Reyes, los presidentes de las Audiencias de Valladolid, Granada o los arzobispos de Toledo, Sevilla, Granada y obispos de Burgos y Salamanca, tanto de los libros nacionales, como de los importados. La licencia de impresión de libros queda en manos del Estado, en las Ordenanzas del Consejo de 1554, en La Coruña, según mandato de D. Carlos y del príncipe Felipe. La pragmática de 7 de septiembre de 1558 establece la pena de muerte y perdimiento de bienes para los impresores de libros sin licencia real después de dicha fecha, y destierro y perdimiento para los que no presentaran al Alcalde o reimprimieran libros anteriores a dicha pragmática. En 1610 se sanciona la impresión de libros no autorizados de naturales españoles en el extranjero así como su introducción en el Reino, con pérdida de la naturaleza, honras, dignidades y de la mitad de sus bienes. La mención del impresor autorizado como exigencia inmediata a la autorización aparece como una identificación más fácil del responsable de la edición, lejos de aparecer como embrionario derecho de reproducción. Cierto es que frente a terceros, el privilegio o la licencia real era detenada por un impresor singular, pero las cargas y deberes administrativos del beneficiario daban cuenta de la relatividad de sus derechos y de la omnipresencia de Estado e iglesia en la historia del derecho de autor español.

Normas similares fueron dictadas por los sucesores de Felipe III, tanto austrias como borbones. Parece que la Ley dictada por Felipe IV el 13 de junio de 1627 sustituía la pena de muerte de 1558 por la de destierro, temporal o perpetuo, según la reincidencia del transgresor. En todos los casos precedentes las penas pecuniarias lucrarían en terceras partes a Cámara, Juez y denunciador, lo que no debe olvidarse como estimulante de la persecución de libreros. Carlos II y los borbones Felipe V y Fernando VI siguieron imponiendo la licencia real, pero Carlos III pareció dar un giro a esta inercia. Por una parte, como ya hemos dicho, aparece la R. O. de 22 de marzo de 1763 que manda «que no se conceda a nadie privilegio exclusivo para imprimir ningún libro, sino al mismo autor». La misma orden suprime el empleo de Corrector general de Imprentas. Se exime la tasa en la venta de libros, salvo los de primera necesidad (R. O. de 14 de noviembre 1762). Sólo se someten a censura los libros médicos (R. O. de 17 de marzo de 1778) y los mapas (R. O. de 29 de agosto de 1778) respectivamente del Protomedicato y la Academia de Historia. Nos importa señalar la transmisión mortis causa a los herederos de los autores, salvo que fueran Comunidades o Mano-Muertas (R. O. de 20 octubre 1764), siempre que acudieran a

pedir la prórroga en el año siguiente a expirar el privilegio y que usasen del mismo, una vez concedida, so pena de quedar a disposición del Gobierno que podrá otorgar licencia a quien la solicitara (R. O. 14 de junio de 1778).

En la última R. O. también se privilegiaba a la Real Biblioteca, las Universidades, Academias y Sociedades Reales para publicar las obras escritas por sus miembros en común o a título particular, pero no como privilegio exclusivo, salvo que se trate de obras corregidas, anotadas, tomando en ese caso dichas instituciones no el papel de meros editores, sino de «coautores de las obras que han ilustrado», pero tampoco serían titulares en exclusiva porque si el autor particular de la obra publicada por una institución quisiera corregirla, podrá publicarla, «a fin de que el honor y la utilidad de que ello pueda resultarle, estimule a otros a la aplicación y al estudio». Dicho privilegio sólo será exclusivo en manos del autor o sus herederos. En esta R. O. parecen varias ideas modernas que fraguarán en las leyes decimonónicas pero que suponen un auténtico hito en el derecho español.

La idea de obra compuesta (coautor por corrección o refundición de textos), el honor y la utilidad que al autor reportan la publicación participan de la esfera personal y la patrimonial que hoy atribuimos indudablemente al derecho de autor. La instancia al autor o herederos para que usen del privilegio concedido o prorrogado, so pena de caducidad anticipan la idea que hoy no discutimos de abuso de derecho exclusivo en perjuicio de tercero, en este caso los intereses culturales de la sociedad. Si bien se habla de privilegio, tanto por costumbre terminológica como por innovación respecto a la situación precedente, a mi juicio, nos encontramos ante el reconocimiento real de un derecho de los autores para autorizar la impresión de sus obras, esto es ante el derecho de publicación, y por tanto, de inédito. La pertenencia de dichos autores a instituciones científicas debilita en parte su exclusividad al tener que compartir la posibilidad de publicar con dichos cuerpos. Felipe V había fundado la Real Academia de la Lengua por Cédula de 3 de octubre de 1714 y la de Historia por decreto de 18 de abril de 1738 y Carlos III, la R. A. de Prácticas de Leyes y de Derecho Público por cédula de 20 de febrero de 1763. El papel a imagen de las correspondientes academias francesas, que encajaba en el cliché de lo que hemos denominado despotismo ilustrado, era fundamentalmente el estímulo del estudio, la conservación del patrimonio literario, lingüístico, histórico-artístico según las instrucciones que los cuerpos integrados por personalidades emanaren.

En el derecho de autor, el papel de las Academias podía ser contradictorio. Ya un Real Decreto de 8 de mayo de 1755 concedía a la Academia de la Lengua el privilegio de hacer imprimir sus obras y las de sus miembros, sin permiso ni licencia alguno. Dicha norma fue suspendida y prácticamente no entró en vigor. Aparecerían en primer lugar, como entes privilegiados (junto a las demás instituciones mencionadas en la R. O. de junio de 1778) y esto haría difícil hablar de derechos de autor o de autores en situación de igualdad respecto a dichas instituciones. Sin embargo, es verdad que sería preferible antes una censura de un mapa por la Academia de Historia que por la Iglesia (pensemos en Galileo o Copérnico), aunque la relación de académicos no siempre fue una relación de expertos, por un lado y la discrepancia de un

individuo con la Academia no puede justificar desde nuestros ojos de hoy el inédito forzoso de una obra. Las Academias, aun dentro del despotismo ilustrado, encarnaban sin embargo (podían haberlo hecho) en parte el interés público cultural. Esto es cierto: su potestad no exclusiva de publicar obras remediaba la falta de medios que pudo llevar a algunos autores al más absoluto olvido; el carácter no exclusivo daba oportunidad al autor de realizar una edición libre y de manifestarse como individuo; si bien mediatizado por la elección no siempre idónea de sus miembros el interés público que se esgrime en el derecho de autor, o sea, la difusión de las obras culturales, estaba encarnado en las Universidades, las Academias y demás sociedades subvencionadas por el Estado. Si el autor no había ejercido su derecho exclusivo de publicar, la sociedad podía disfrutar de sus obras, en vida suya, si fuera miembro de alguna institución pública, o después, si sus herederos no ejercían su derecho a aprovecharse económicamente de la publicación.

Se resume el conflicto derecho subjetivo-interés público en las líneas anteriores, aunque no se me olvida que no tiene ni puede tener el sentido moderno de la palabra derecho, fuera de un sistema constitucional, sin derechos fundamentales reconocidos o muy especialmente, con una libertad de expresión más que recortada en toda nuestra historia, tanto por motivos religiosos como políticos. Con todas estas objeciones, no obstante, podemos afirmar el impulso y el giro que dieron las leyes españolas sobre los derechos de autor en el reinado de Carlos III.

El siglo XIX trajo para España además de las tropas napoleónicas y las primeras constituciones modernas de nuestra historia, los primeros intentos de sistematización de los derechos de autor, por medio de Decretos y Leyes que tuvieron relativa vigencia, interrumpida por los vaivenes políticos y mediatizados por la práctica editorial y censora española. Las Cortes de Cádiz que habían proclamado los derechos fundamentales por primera vez en nuestro derecho positivo, acordaron por Decreto de 10 de junio de 1813:

- que los escritos son una propiedad de su autor,
- que sólo éste o quien tuviera su permiso podrá imprimirlos durante la vida del autor,
- que muerto el autor los herederos gozarán el derecho exclusivo de reimprimir durante diez años «post mortem» o desde la edición que se hiciera póstuma al autor de obras inéditas,
- cuando el autor pertenezca a un cuerpo colegiado (el Decreto dice cuando el autor de la obra fuera un cuerpo colegiado) conservará la propiedad de ella durante cuarenta años desde la fecha de la primera edición,
- pasados los términos antedichos, los impresos quedarán en el concepto de propiedad común.

Es interesante observar, en primer lugar, el uso del término propiedad, lo que globaliza la situación del autor frente a la obra, no por suma de derechos o facultades; sin embargo, dicha propiedad se manifiesta fundamentalmente en el derecho exclusivo de imprimir, lo que comprende tanto derecho de publicación como de reproducción, en términos actuales. Por otra parte,

es lógico que adoptando miméticamente el derecho francés (recuérdese el Decreto de 1793) los plazos de duración sean de diez años «post mortem». Esto significa, sin embargo, una ruptura radical con el sistema vigente con Carlos III, que sólo exigía la solicitud de la prórroga y el uso efectivo del privilegio para renovar indefinidamente el derecho a los autores y sus herederos. El plazo especial para publicaciones de personas jurídicas es casi una norma sin precedentes que será adoptada por otras naciones (véase más arriba el tratado sardo-austriaco de 1840). La derogación por Fernando VII de las disposiciones de Cortes devolvió la vigencia de las normas de Carlos III (por norma expresa: Circ. del Consejo de 5 de junio de 1817) hasta que un nuevo intento parlamentario dio a la luz una Ley de 5 de agosto de 1823, vigente sólo hasta el 1 de octubre del mismo año, víctima de una nueva derogación por Fernando VII. Para la Ley de 1823, los autores son propietarios de las producciones de su ingenio y pueden disponer de ellas del mismo modo que de los demás bienes (art. 1), siendo transmisible dicha propiedad por venta, donación o cualquiera de los modos que respecto de los otros bienes se habla en las leyes (art. 3).

Equiparación por tanto total entre propiedad ordinaria y propiedad literaria, lo que implica perpetuidad de esta última. Sin embargo, reparemos un momento cuál es el concepto que de propiedad ordinaria maneja el legislador de 1823, ¿es el de las partidas o es más bien el concepto que ya circula por toda Europa y que el Code Napoleón ha proclamado en desarrollo de las constituciones francesas de 1793 y 1795 y de las Declaraciones de Derechos Humanos de la Asamblea francesa y el Congreso americano? Recordemos por un momento la distinción que las Partidas hacían de posesión y propiedad, esta última como señorío: poder que ome ha en cosas muebles ... e después de su muerte passa a sus herederos o a aquellos a quien la enagenase mientras viviese, en su segunda acepción; o poderío que ome ha en fruto o en renta de algunas cosas en su vida..., dentro de la tercera acepción de señorío descrita por la Ley I, título XXVIII de la tercera Partida. Cualquiera de los conceptos vertidos encajan en cierto modo en la retribución o renta que el autor o sus herederos y cesionarios obtienen de las obras del primero.

Por su parte, la definición de propiedad contenida en el Code, la propiedad que la Nación está obligada a proteger según nuestra Constitución de 1812, como derecho legítimo de todos sus individuos no encajan sin embargo cabalmente con el concepto de derecho de autor que por entonces se tiene y se reconoce en España, compuesto más bien de varias facultades, exclusivas y transmisibles, pero no entendido como dominio «le plus absolue». Sí es cierto por el carácter polémico y reivindicativo que históricamente podemos apreciar en el derecho de autor que, cuando es reconocido en los textos legales del principio del XIX, se concibe como derecho personal o personalísimo del individuo, en ese sentido sí parecido al derecho liberal de propiedad. Su alcance por tanto parece menos absoluto que el de la propiedad ordinaria, ya reconocido en las Partidas (señorío), si bien ahora tiene más carácter de derecho que de dominio-privilegio.

A mi juicio, no debe pasarse por alto en la asimilación que la Ley de 1823 hace de propiedad intelectual y propiedad ordinaria, la influencia que en el

legislador pudo tener el frustrado proyecto de Código Civil de 1821, cuyo artículo 42 definía la propiedad como el derecho de aprovecharse y disponer libremente del producto del trabajo personal, además de ser el derecho de aprovechar los servicios que prestan a cada uno las personas o cosas ajenas con arreglo a la ley y el derecho de usar, disfrutar y disponer libremente de las cosas inmuebles o muebles que pertenecen a uno o a muchos en virtud de título establecido por la ley. Creo yo que la idea de propiedad como derecho entre otros a la remuneración por las obras del propio trabajo, si bien quiebra con la idea empresarial y el derecho laboral embrionario de aquella época, encaja mejor con la reivindicación de los autores a aprovecharse y disponer de los derechos derivados de sus obras (30).

Sin embargo, como dijimos más arriba, la vigencia del Decreto de agosto de 1823 fue efímera, pero la perpetuidad reconocida a derecho de autor, más acentuada que en tiempos de Carlos III, asimilará por última vez el derecho de los autores a la propiedad ordinaria en nuestro Derecho. El Decreto de la Reina Gobernadora de 4 de enero de 1834 devolverá la situación legal del derecho de los autores al sistema francés de los diez años «post mortem», como duración máxima de la protección a los derechos exclusivos de los autores. Interesa distinguir respecto de las normas francesas que en la española se menciona expresamente la propiedad que los autores tienen sobre sus obras, lo que se manifiesta fundamentalmente en la facultad de exclusiva de impresión.

El primer decreto revolucionario, de 1791, se refería como recordamos, al derecho de representación y a las relaciones autor-empresario teatral. En España las representaciones teatrales seguían siendo motivo de discordia medio siglo después. La Real Orden de 3 de mayo de 1837 trató de paliar la desprotección, exigiendo el permiso de los autores para toda representación de sus obras, aún impresas o ya escenificadas anteriormente.

En España lo que ha venido considerándose la primera ley de propiedad literaria fue la de 10 de junio de 1847, «declarando el derecho de propiedad a los autores y a los traductores de obras literarias, y estableciendo las reglas oportunas para su protección». Se cumplía con esta Ley el propósito enunciado en la R. O. de 5 de mayo de 1837 para que se «declare, deslinde y afiance los derechos respectivos de la propiedad literaria en todos sus accidentes». Me parece obligado reseñar que en la Constitución de 1837, en su artículo 2.º se reconocía la libertad de imprenta y de expresión de ideas sin previa censura, restaurando el derecho proclamado en 1812 (art. 371), si bien éste se refería expresamente a las ideas políticas. Idéntica redacción tiene el artículo 2.º de la Constitución de 23 de mayo de 1845, faltando en esta ocasión la obligatoriedad del jurado en la calificación de los delitos de imprenta. Preocupación constante del constituyente español viene siendo la unificación en códigos y la protección del derecho de propiedad frente a confiscaciones penales o expropiaciones.

La Ley de propiedad literaria de 1847 entiende por propiedad literaria el derecho exclusivo que compete a los autores de escritos originales para reprodu-

(30) Ver PESET-REIG, *Análisis y concordancias del Proyecto de CC de 1821*, ADC, 1975, p. 60.

cirlos o autorizar su reproducción por cualquier medio gráfico (art. 1) durante toda su vida y cincuenta años más en favor de sus herederos testamentarios (art. 2). El plazo de cincuenta años se cuenta desde el día de la publicación en el caso de haberla realizado el Gobierno o alguna corporación científica, literaria o artística reconocida por las leyes (recuérdese que el Decreto de 1813 protegía dichas publicaciones durante cuarenta años). No era tan amplia la protección establecida en general, cuando se tratase de traducciones y sermones, discursos, artículos periodísticos no reunidos en colección (en este caso duraba veinticinco años «post mortem»), norma polémica en aquella época sobre la que no vamos a detenernos. Nos interesa más subrayar, a efectos del presente trabajo conmemorativo, la declaración contenida en el artículo 26 (el Gobierno procurará celebrar convenios o tratados con las potencias extranjeras para impedir recíprocamente la publicación o reimpresión de obras escritas en la otra nación sin consentimiento de sus autores o legítimos dueños y con menos cabo de su propiedad). Como resultado de esta intención declarada, España firmará seis tratados bilaterales con Cerdeña, Francia, Inglaterra, Portugal, Países Bajos y Bélgica, que serán analizados en el siguiente capítulo. Obviamente concurrió la voluntad convencional de dichas naciones, especialmente la francesa cuya actividad negocial fue intensísima en materia de propiedad literaria, alentada sin duda por el Decreto presidencial de 1852 que a diferencia de la Ley española no condicionaba la protección de extranjeros a la reciprocidad.

El Proyecto de Código Civil de 1851 proclamaba que «las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de su autor y se regirán por sus leyes especiales» (art. 393) y García Goyena comentaba que en esta norma no se ha hecho ni puede hacerse más que reconocer el derecho de propiedad, dado que la Ley de 1847 había desenvuelto el espíritu y determinado la aplicación de este artículo en sentido harto favorable a los autores.

Llegamos a la ley que todavía hoy está vigente en España, la Ley de propiedad intelectual de 10 de enero de 1879, en cuya gestación concurren factores propios de la restauración y el empeño de varios políticos-escritores (Danvila, Balaguer, Castelar, Núñez de Arce, entre otros) por lograr la perpetuidad de la propiedad intelectual en España (más detalles sobre su creación en Alvarez Romero, *El D. de propiedad intelectual: su temporalidad*, en *Estudios honor Castán*, vol. V, pp. 9-29, Pamplona, 1969; y en Pérez Cuesta, *Perspectiva...*, citado en nota 26). Aunque será objeto de un mayor comentario, prevista como está su reforma, podemos sintetizar las líneas básicas de la ley de 1879 en: alargamiento de la protección hasta ochenta años «post mortem auctoris», definición omnicomprendensiva de obra —dentro del género literario, artístico y científico—, confusiónismo entre autor y propietario (siendo éste más bien el que detenta los derechos económicos, o sea, propiedad no intelectual), protección sometida al Registro y desdibujada idea de unos derechos morales (esta expresión no aparece). El Reglamento que la desarrolló, en 1880, se ocupó más que nada de las relaciones de autores y compositores con los empresarios teatrales que representan sus obras (recuérdese Francia e Italia).

La Ley de 1879, cuya modernidad ha sido alabada durante sus cien años

largos de existencia (especialmente por la audacia de la definición de obra contenida en el artículo 1.º) reconocía en el artículo 13 la propiedad de los autores extranjeros —sin necesidad de tratado— y les reservaba el derecho de traducción en los límites reconocidos por la ley de la nación de origen de la publicación.

La Ley contemplaba el principio de reciprocidad como fundamento para proteger a los autores extranjeros sin necesidad alguna de tratado (véase artículos 15 y 50). Igualmente fue ordenado por la Ley la denuncia de los Convenios celebrados con Cerdeña, Francia, Italia, Inglaterra, Bélgica, Portugal y Países Bajos (art. 51) y exige en lo sucesivo, como condiciones para suscribir nuevos tratados:

- la exigencia de completa reciprocidad,
- el trato mutuo de nación más favorecida,
- el cumplimiento de formalidades en un país, bastante para ser eficaz la protección en el otro estado,
- cada propietario debe autorizar las ediciones de su obra en los distintos idiomas o dialectos de su nación.

Como veremos enseguida, fueron denunciados y sustituidos los tratados bilaterales anteriores a 1879.

Respecto al otro tema que hemos estado siguiendo, de cara a los convenios internacionales, la duración de la protección otorgada a los autores, se estableció finalmente en los ochenta años «post mortem» (art. 6), lo que supuso un «término medio» entre la postura de los partidarios de perpetuar el derecho de autor y los que preferían mantenerlo como un derecho temporalmente limitado. Desde un punto de vista internacional, la Ley de 1879 otorgaba la duración mayor de todas las legislaciones europeas y en especial de los países que en 1886 van a firmar el Convenio de Berna (recordemos: Inglaterra protege la exclusiva del autor siete años post mortem o cuarenta y dos post publicación; Francia, cincuenta años post mortem; Alemania, 30 años pma; Bélgica, veinte años pma; Italia, 40 años pma y 40 años de dominio público de pago; Suiza, treinta años post publicación o post mortem auctoris si la publicación fue póstuma).

Antes de pasar a revisar la cooperación internacional sobre propiedad literaria antes de 1886, convendría después de haber repasado el derecho interno de los siete países europeos firmantes del Convenio de Berna preguntarse ¿quién faltaba en Berna? Todas las naciones americanas, con la excepción de Haití, y de manera muy especial, Estados Unidos. Por otro lado, la otra gran potencia creadora y editorial del siglo pasado, Rusia. ¿A qué se debe su inasistencia?

Estados Unidos, en primer lugar, como sabemos, estaba en pleno despegue hacia convertirse en gran potencia industrial; los ideales políticos de la nación americana distaban mucho de trabar el negocio editorial (piratas incluidos) ni de obstruir la circulación masiva de obras literarias, ya en su estado original, ya adaptadas. Es necesario recordar que, sin embargo, de forma autárquica, Estados Unidos puede ser considerada la pionera de la formula-

ción positiva del moderno derecho de autor. Su Constitución otorga facultades al Congreso «para fomentar el progreso de la ciencia y las artes útiles garantizando por tiempo limitado a los autores e inventores el derecho exclusivo a sus respectivos escritos e inventos» (31). El Estado de Massachussets al promulgar su Ley de 17 de marzo de 1789, declara que «no existe propiedad alguna más inherente a la persona del hombre que la obtenida por el trabajo de su ingenio». La primera ley federal data de 1790 y estuvo vigente hasta 1909. Sólo habría adiciones a dicha ley por sucesivas reformas parciales de 1831, 30 de junio de 1837, 8 de julio de 1870 y 18 de junio de 1874, siendo la penúltima la más interesante a efectos de nuestro tema. En efecto, la Secc. 87, reformada por la Ley de 1870, protegía por el término de veintiocho años, prorrogables por otros catorce, haciendo un segundo registro el autor, su viuda o herederos (secc. 88). El autor protegido por la ley sería ciudadano o *residente* en los EE. UU, habriéndose por fin una mínima posibilidad para los autores extranjeros (secc. 86), si bien no se protegen las obras publicadas en el extranjero (secc. 102) ni cabe interpretar que se prohíba la impresión, publicación, venta o importación de obras de un autor no ciudadano de los EE.UU (secc. 103).

Como vemos, la actitud norteamericana no era demasiado propicia para la protección o cooperación internacional en materia de propiedad intelectual. En 1891 firmaría acuerdos parciales con Suiza, Francia, Bélgica y el Reino Unido; con Alemania e Italia en 1892; con España el 10 de julio de 1895 y 10 diciembre de 1898, mediante intercambio de notas y una declaración presidencial americana. Y en sucesivas resoluciones presidenciales, se irán otorgando —bien entrado el siglo xx— protección a nacionales de sucesivos países por intercambio de notas bilaterales.

La otra gran potencia de hace un siglo, tanto de autores como editores, ausente de la Unión de Berna, es *Rusia*. En la legislación rusa había normas dispersas de carácter penal y civil. En el Código preventivo de 1832 proclama que todo autor o traductor tiene el derecho de editar, vender y disponer de su obra como de un bien adquirido (art. 254). Respecto a los procedimientos por infracción de propiedad literaria, quedaba el interés de protección a los residentes en el extranjero otorgando un plazo doble de tiempo respecto a los residentes en Rusia para interponer la querrela (art. 3098 Digesto). Por su parte y como veremos a continuación la acción convencional en esta materia no fue muy importante y el Estado que sucedió a la Rusia zarista sólo se adhirió a una convención multilateral en 1973 (32).

3. LA COOPERACION INTERNACIONAL ANTERIOR A 1886

La firma del Convenio de Berna debe entenderse no sólo como una iniciativa de la Société des Gens de Lettres y como resultado de las conferencias celebradas en Ginebra y Berna entre 1884 y 1886 impulsadas por la ALAI (Association Littéraire et Artistique Internationale), presidida a título honorario

(31) Artículo I, parág. 8, del texto de 1787.

(32) La Convención Universal de Derecho de Autor, de Ginebra de 6 de septiembre de 1952, revisión de París, 1971.

por Víctor Hugo, y por la Boersenverein der deutschen Buchhändler (Asociación de libreros alemanes) que ya habían presentado en el Congreso de Viena en 1815 una solicitud encareciendo a la protección contra la piratería editorial y que en los años 1880 actuaron decisivamente en el Congreso internacional en la ALAI en Roma, 1882. Como dije antes (pág. 4), la cooperación internacional se hizo necesaria y deliberada. Los países europeos querían y necesitaban la cooperación para defender los intereses de sus autores y editores en los países vecinos, ofreciendo a cambio la suya. Las vías para lograrlo fueron básicamente dos:

- la declaración unilateral de asimilación de los autores y titulares extranjeros a los nacionales o el ofrecimiento por norma de derecho interno de reciprocidad legal, protegiendo a los naturales de estados que protejan las obras de los nacionales.
- la convención bilateral o rara vez multilateral estableciendo los términos de la protección recíproca y apareciendo como norma especial de aplicación preferente a las normas internas, si bien con las reservas naturales relativas a la soberanía de ambas partes contratantes para prohibir, restringir la circulación de determinadas obras.

La mayor parte de los casos fueron los tratados bilaterales los que regulan dicha protección. Excepcionalmente, la oferta unilateral se dio en un caso muy señalado (el decreto del presidente de la República francesa de 1852) que veremos a continuación, pero debió ser completada por una intensa actividad diplomática francesa, cuyos tratados bilaterales sobre la materia anteriores a 1886 superan la treintena.

La proliferación de tratados de amistad y cooperación bilaterales se debió como es lógico a las sucesivas crisis y amenazas bélicas, pero su alcance por exigencias de la creciente revolución industrial, fue algo más que el de puras alianzas militares. La consolidación de los conceptos dogmáticos relativos a la propiedad inmaterial y la naciente legislación sobre propiedad industrial hizo necesario para su eficacia la búsqueda de una protección internacional. La necesidad de dichos convenios se vio acentuada por el incremento de uniones aduaneras, de alianzas de libre comercio que, como, por ejemplo, la establecida entre Hamburgo y los estados del Zollverein, por Tratado de 17-12-1839, estimulaban la circulación de bienes como impresos escritos, libros, mapas y partituras musicales (art. 1. b).

Dicha revolución comercial, que potenció la industrial, era un factor de progreso de la sociedad capitalista, sin duda, pero un peligro serio para los titulares de derechos individuales tan fácilmente vulnerables como los de autores, aun entonces en una época de consolidación de las normas estatales que los protegían. Durante la primera mitad del siglo, la abolición de los impuestos de emigración (*ius detractio*) y de «estrangería» (*droit d'aubaine*) fueron el objeto de innumerables tratados bilaterales, firmados igualmente por España y encaminados a facilitar la circulación de bienes por las fronteras europeas (33).

(33) Todos los tratados citados en este capítulo han sido estudiados de la colección de la editorial americana Oceana, Consolidated Treaty Series.

En los casos de Alemania, Italia y Suiza, por su fragmentación política durante el XIX las primeras y por su configuración federal la última, al hablar del derecho interno hemos tenido que tratar normas de derecho internacional o interregional, para no dar una revisión parcial de su derecho positivo. Como vimos antes, el primer Tratado sobre propiedad literaria es el firmado por Cerdeña y Austria el 22 de mayo de 1840. Las sucesivas adhesiones de otros estados italianos al mismo han sido vistas. Cabe resaltar que dichas incorporaciones se dieron, incluso en el caso más tardío (Nápoles en 1862), no sólo al acuerdo de 1840, sino también a la Patente Regia sarda de 1826 y a los sucesivos tratados firmados por Cerdeña con Francia 1843, revisado en 1846 y 1850), Bélgica (24 noviembre 1859), España (9 febrero 1860) e Inglaterra (30 noviembre 1860), creándose una primera red multilateral de protección, si bien en el caso austro-italiano muy mediatizado por la dominación militar de parte de la península y la influencia ejercida en algunos estados libres por las cortes de Viena.

La unión aduanera alemana (Zollverein) y comercial (Händelsverein) se vieron reforzadas por el acuerdo multilateral entre sus estados miembros para la protección de patentes (21 septiembre 1842) y la firma de acuerdos bilaterales para la protección recíproca de marcas registradas (acuerdos entre Prusia y Reuss-Plauen de 5 octubre 1842; Prusia-Baviera de 24-julio 1843; Prusia-Brunswick de 15 agosto 1843, por ej). El liderazgo prusiano entre todos los estados germánicos llevó a las resoluciones de la Dieta germánica —que hemos visto— de 1837 y 1845. En su cooperación fuera de la Confederación germánica, procedieron de manera distinta con Inglaterra que con Francia. La primera firmó un Tratado con Prusia (13 mayo 1846) y otro con Hannover (4 agosto 1847), que incluían la posibilidad de adhesión al mismo de cualquier estado germánico (art. VIII de ambos), para sellar la revisión del tratado de 1846, con el Tratado de 14 junio de 1855, que añadía ciertas cláusulas, pero que incorporaba doce estados de la Zollverein en la firma del mismo. Sin embargo, Francia, después del decreto de 1852, firmó hasta dieciséis tratados bilaterales con otros tantos estados alemanes entre 1852 y 1857, incluyendo sólo en el firmado con Hamburgo en 1856 la posibilidad de adhesión de terceros estados alemanes al mismo.

Tenemos por tanto junto al tratado sardo-austriaco de 1840 expandido por la península italiana, el acuerdo de 1855 entre Inglaterra y la Unión aduanera alemana como precedentes acuerdos multilaterales al de Berna que hoy celebramos.

Los tratados firmados por Inglaterra en los años cuarenta y cincuenta contenían la asimilación de extranjeros al régimen de los autores nacionales (art. 1 del tratado con Prusia 1846, Hannover 1847, Francia 1851 y España 1857 y Cerdeña 1860), condicionando la protección al registro en la Stationers' Company o en los ministerios prusiano, sardo y bibliotecas francesa y española. El tema de los plazos, tan dispar en Inglaterra del continente, no es mencionado en los primeros y a partir del de Francia, se especifica asimilación a los nacionales «con el mismo plazo». El tratado de 1855 con la Zollverein alemana se refería básicamente al derecho de traducción, que a partir de entonces será estipulado en los demás trata-

dos como derecho exclusivo del autor durante cinco años desde la publicación, a condición de reserva expresa en la obra original, y depósito y registro en un plazo muy breve. De carácter procesal, tiene relevancia la cláusula acordada de dejar a los tribunales de cada estado la distinción entre piratería (reproducción fraudulenta) y libre imitación (art. 4.3 del convenio hispano-británico de 1857), tema harto conflictivo, dada la numerosa cantidad de arreglos musicales ejecutados en teatros británicos que provocaron la protesta de autores dramáticos y compositores continentales. Por último, sólo en el caso del acuerdo Sardo-británico de 30 noviembre 1860 aparece la inclusión de una cláusula de nación más favorecida (art. X).

Los tratados firmados por Francia durante dichos años 1852-1861 la convierten sin duda en líder de la cooperación internacional en materia de propiedad literaria. Ya hemos visto que la negociación con cada estado alemán incrementó dicho número de forma espectacular. Sin embargo, no es tanto el número como la actitud francesa ante el reconocimiento de derechos a los extranjeros en su país lo que requiere nuestra atención. El Decreto presidencial de 28-31 de marzo de 1852 establecía que la falsificación en el territorio francés de obras publicadas en el extranjero constituye un delito (art. 1), así como la exportación, venta de las mismas (art. 2), castigados por el Código Penal (art. 3) y perseguible si el autor ha depositado en la Biblioteca Nacional dos ejemplares (art. 4 del Decreto en relación con el Decreto de 1793 al que remite). ¿A qué se debía tan generosa actitud para con los extranjeros? Por una parte, recordemos que el artículo 11 del Code establecía que el extranjero gozará en Francia de los mismos derechos civiles que sean reconocidos a los franceses en la nación a la que pertenezcan. La postura del decreto era una unilateral asimilación de los extranjeros a los nacionales, al menos en el campo penal. Esta es una lectura primera que se puede hacer. La explicación de dicha norma tal vez se encuentre, primero, como un primer paso —un gesto de buena voluntad— para la cooperación con otros países que vendrá inmediatamente con la firma de numerosos tratados; en segundo lugar, creo que debe entenderse esta norma dentro de una serie de medidas que configuraron a Francia como nación asilo de refugiados; pero, en tercer lugar, sería más correcto, no desfigurar el alcance de dicho decreto, ateniéndose a su sentido literal: 1. Se protegen obras publicadas en el extranjero, para completar la protección de autores franceses; 2. Se refiere a una acción penal otorgada y a la tipificación de un delito para evitar el fraude de obras extranjeras o ediciones extranjeras, que conviertan el suelo francés en paraíso de piratas editoriales y provoquen similares respuestas en el extranjero contra intereses franceses. 3. Dicho decreto vino inmediatamente acompañado de una intensísima labor diplomática que defendía los intereses franceses en los respectivos países contratantes.

Como norma, ciertamente, fue inusual, pero su aplicación no tuvo sentido más que al ser completado por los sucesivos tratados internacionales. Esto es, no tiene sentido que Francia protejan más a los naturales de países que no ofrecen ninguna protección a los franceses que a los naturales de Estados que han firmado un tratado con Francia, contradiciendo por

otra parte el sentido del artículo 11 del Code. Existió, es verdad, una amplia oferta francesa de asilo político y de protección de derechos fundamentales a extranjeros, pero la asimilación de extranjeros a nacionales hecha unilateralmente por Francia en el Decreto de 1852 no puede considerarse más que un paso previo a la conclusión de tratados y a la protección de intereses franceses más allá de sus fronteras. La aplicación preferente de los tratados al Decreto de 1852, por ser derecho especial no podía suponer una restricción de derechos de los nacionales de la potencia contratante con Francia. La aplicación del Tratado como norma especial frente al Decreto sólo podía modificar los derechos genéricos de los extranjeros si eran mejorados o desarrollados —pero no restringidos—, si bien la voluntad política del otro Estado podría negociar unas condiciones peores que las reconocidas en el Decreto, para no tener que ofrecer a Francia similar protección en su territorio.

La labor diplomática francesa fue, como hemos dicho, muy intensa. En los Tratados firmados con Cerdeña (original: 28-8-43; revisiones: 22-4-46 y 5-11-50) se somete el derecho exclusivo de traducción a la reserva hecha por el autor, se establece una asimilación bilateral de nacionales de un Estado al otro, se menciona un plazo de protección de veinte años «post mortem» en ambos países (art. 1 tratado 1846), como consecuencia de la ampliación en la legislación interna francesa de 1844 (vid supra p. 16). El mismo plazo de veinte años se protege recíprocamente a los autores franceses en Portugal y portugueses en Francia (Tratado 12 abril 1851, art. 1) como mínimo. Ya en este acuerdo franco-portugués se establece una cláusula de adhesión de terceros países que ulteriormente convengan un Tratado con cualquiera de los dos firmantes (art. 16) o se encarece a pactar con terceros cláusulas semejantes. Esta norma, que vendría a ser una prevención ante tratos de favor con otros estados, se manifiesta como auténtica cláusula de nación más favorecida en el Tratado franco belga de 22-8-52, por cuyo artículo 1.4 «se entiende que todo privilegio o ventaja ulteriormente acordado por uno de los países con un tercero, será adquirido de pleno derecho por los ciudadanos del otro país». La asimilación franco-belga se manifiesta en «la misma protección y el mismo recurso legal» (art. 1). La cláusula de nación más favorecida no estará presente en el Tratado franco-español de 15-11-53 (aunque sí se convendrá en el de 16 de junio de 1880) ni tampoco en los dieciséis tratados firmados con estados alemanes entre 1852 y 1857. Por último, en todos los tratados se subordina la protección al cumplimiento del depósito y registro en las Instituciones oficiales encargadas en el otro país de tal cometido, si bien en las convenciones franco-germanas bastaba un certificado de haber registrado en

(34) Soy consciente de que Danvila, op. cit., p. 171, se refiere a un tratado franco-ruso de 6 de abril de 1852. Creo que se trata de un error de imprenta del autor o de los comentaristas que ha consultado (p. 165), dado que nuestra búsqueda ha sido infructuosa en dicha fecha y teniendo en cuenta, además, que el tratado mencionado de 1857 de Comercio y Navegación, preveía que las partes contratantes acordarían en el futuro una recíproca protección de la propiedad literaria y artística (art. XXIII). En la misma página son citados tratados con Bélgica e Italia de imposible localización.

el país de origen de la publicación. En el único tratado firmado con Rusia el 6 de abril de 1861 (34) en cumplimiento del artículo XXIII del Tratado de Comercio y Navegación franco-ruso de 14-6-1857, se otorga una protección con los mismos límites que tienen los nacionales, si bien se entiende que los derechos a ejercer recíprocamente en el otro estado no podrán entenderse sino conforme a la legislación del Estado al que pertenezcan los autores o sus representantes o causahabientes (art. 1). La protección franco-rusa duraba hasta veinte años después de la muerte de los autores.

Antes de llegar a la firma de Berna, Francia había firmado además otro Tratado de revisión con Bélgica (1861), con Holanda (1855 y 1860), Luxemburgo (1856), con Ginebra (1858) ampliable a los demás cantones suizos, Austria (1866), Suecia (1881 y 1884), El Salvador (1880), un segundo con España (16 junio 1880) e Italia (9 julio de 1884), lo que da muestra de su liderazgo en la cooperación internacional para proteger la propiedad literaria de toda Europa.

España, por su parte, había sido más modesta y ya fue objeto de duras críticas por don Manuel Danvila hace un siglo. El artículo 26 de la Ley 10 de junio de 1847 declaraba que «el Gobierno procurará celebrar tratados o convenios con potencias extranjeras que se presten a concurrir al mismo con el fin de impedir recíprocamente que en los respectivos países se publiquen o reimpriman obras escritas en la otra nación sin previo consentimiento de sus autores o de sus legítimos dueños, y con menoscabo de su propiedad». Dicha norma era, a pesar de las críticas, más realista que el Decreto francés de 1852 que colocó en cierta indefensión comparativa a sus nacionales y en serios problemas interpretativos a legislador y doctrina francesas. Fruto de dicha declaración fueron los seis Tratados firmados con Francia, Reino Unido, Bélgica, Cerdeña, Portugal y los Países Bajos. Con excepción del franco-español de 15 de noviembre de 1853, todos responden a un esquema prácticamente igual de condiciones. El tratado con Francia establecía el ejercicio simultáneo en ambos países del derecho de propiedad literaria con arreglo a las leyes, ordenanzas y reglamentos de cada Estado (art. 1). Los restantes tratados hablaban de la facultad de ejercer dicho derecho en los dominios del otro país durante el mismo tiempo y en los mismos límites en que se ejerciese en este otro país el derecho a los autores de obras publicadas en él. El plazo, sin embargo, en el tratado franco-español se fijaba vitalicio para el autor, veinte años post mortem a los herederos legítimos o testamentarios directos y sólo diez años a los herederos colaterales. Ni en el tratado franco-español de 1853 ni en el hispano-británico de 7 de julio de 1857 se pactó la cláusula de nación más favorecida que aparece precisamente en el acuerdo firmado con Bélgica el 30-4-1859 (art. 10) y se acuerda igualmente con Portugal (5 agosto 1860, art. 10) y con Cerdeña (9 febrero 1860, art. 10). De igual forma, el tratado hispano-belga introdujo la exigencia de mencionar la ciudad de publicación, adoptado por el tratado sardo-hispano (art. 11 de ambos) y convertida en el hispano-portugués en condición indispensable para disfrutar de los derechos otorgados en el Convenio (art. 11).

El Tratado hispano-holandés de 31 diciembre 1862 no seguía las directrices

de los tres tratados anteriores, pero aparecía más técnico y cuya cobertura garantizaba más la protección tanto de obras originales como de traducidas, prohibiendo la circulación de obras traducidas del otro país ilegalmente aunque fuera a lenguas distintas que el holandés o el español (art. 4). Sin embargo, dicho tratado, rompiendo la línea marcada por los cinco anteriores, no preveía la posibilidad de que el autor pudiera reservarse la exclusiva de traducción. Esta reserva que debía ser expresa, otorgaba cinco años de exclusiva al autor de la obra original, siempre que registrara la obra original en tres meses, publicara la traducción en un año y ésta fuera asimismo registrada en una de las dos naciones (35).

La ley de 1879 exigió la denuncia de los seis tratados estudiados hasta ahora, por no ser conformes con los requisitos enumerados por el artículo 51 para convenir tratados —a modo de ley de bases—, en especial el tratado de nación más favorecida (inexistente entre España y Francia, Inglaterra y Holanda) y el cumplimiento de formalidades en un país, bastante para exigir protección en el otro (todos los tratados exigían el depósito en las Instituciones correspondientes del otro país para recabar la protección).

Los tratados que firmó España en 1880 (36) fueron en general una concisa y favorable revisión de los tratados anteriores y un cumplimiento casi estricto de las bases dictadas por el artículo 51 de la Ley de 1879. La completa reciprocidad se obtiene en efecto, con matices:

a) Con Portugal y Francia se pactó una protección mutua durante la vida del autor y cincuenta años más en favor de los herederos y causahabientes que tengan derecho según la ley nacional del causante.

b) Con Italia, se pactó una igual protección a nacionales y naturales del otro país, pero con la cláusula del término más corto (the shorter term), no protegiendo a un autor más tiempo que lo que protegería el Estado de origen de la obra.

c) Con Inglaterra y Bélgica se establece una protección de españoles conforme a los límites y duración de la legislación belga e inglesa y de autores ingleses y belgas conforme a la legislación española, lo que, en términos de tiempo, era más favorable a ingleses y belgas, dada la generosa duración de la protección española (ochenta años desde 1879).

El trato de nación más favorecida se pactó efectivamente con Francia (art. 6), Italia (art. 4), Bélgica (art. 6) y Portugal (art. 6), pero no se obtuvo tal trato de la potencia inglesa ni el tratado hispano holandés de 1862, prorrogado hasta 1881, contenía dicha cláusula.

La base tercera, referente a la suficiencia del cumplimiento de formalidades en un país bastante para obtener la protección en el otro no fue completamente satisfecha por el nuevo tratado hispano-británico que seguía

(35) Artículos 3 de cada uno de los Tratados con Francia, Inglaterra, Portugal, Bélgica y Cerdeña precitados.

(36) Ese año firmó los tratados revisados con Francia (16 junio), Bélgica (26 junio) Italia (28 junio), Inglaterra (11 agosto) y Portugal (9 de agosto). Con posterioridad y antes de la firma del Convenio de Berna, España firmaría convenios con El Salvador (1884) y con Colombia (1885).

exigiendo el depósito de la obra en la institución del país en que se solicitaba la protección (art. VIII), siendo bastante en los otros cuatro convenios, la prueba por certificado del Ministerio encargado en el país de origen de la obra para ejercer válidamente el derecho de propiedad intelectual en el otro estado.

Es interesante subrayar que se modificó el régimen de exclusiva de traducción que ahora ha sido ampliado e incluido en la propiedad de la obra original, siguiendo la asimilación de autores y traductores de la ley española de 1879 (art. 2) pero constituyéndose en excepción una vez más, el tratado hispano-británico de 11 agosto 1880, cuyo artículo III calcaba literalmente lo convenido en 1857: reserva expresa del autor, cinco años de exclusiva, publicación en un año de la traducción, depósito de obra original y de traducción, etc.; y el italiano que, si bien equiparaba a autores y traductores —respecto su traducción—, nada decía sobre la exclusiva facultativa del autor para traducir sus propias obras, a diferencia de los tratados firmados con Francia, Bélgica y Portugal que reconocían al autor el derecho exclusivo de traducción durante todo el tiempo que durase su propiedad intelectual sobre la obra en el idioma original (art. 3 de los tres tratados).

4. CONCLUSION: LA UNION DE BERNA

Hemos visto por tanto una serie de acciones diplomáticas encaminadas a proteger y a encarecer la protección de los derechos de autores y propietarios fuera de las fronteras de su país de origen de la publicación. El nacimiento de la Unión de Berna vino precedido por la experiencia de los tratados bilaterales, sus problemas de aplicación y la tímida experiencia multilateral derivada explícitamente, de los acuerdos sardo-austriacos y anglo-germánico e implícitamente, de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, lo que propició la existencia de «redes» de protección internacional (europea) por la homogeneidad y uniformidad de los tratados bilaterales, con naciones en recíprocas condiciones de protección. Pero como norma multilateral, y por la trascendencia orgánica del acuerdo —la constitución de una Unión internacional para proteger la propiedad literaria— el precedente cierto e inmediato de Berna es, sin duda, la Unión de París de 1883 para la protección de la propiedad industrial (37). La comparación de ambos acuerdos excede a los propósitos de este trabajo, en tanto el fundamento

(37) Miembros fundadores de la Unión de París de 1883 fueron Bélgica, Brasil, España, Francia, Guatemala, Italia, Países Bajos, Portugal, El Salvador, Servia y Suiza. Recuérdese, por otra parte que tres años después de Berna, se firma en Montevideo la primera convención multilateral americana, de la que estuvo ausente también Estados Unidos, que se incorporaría entrado el siglo XX en acuerdos panamericanos sobre derecho de autor. Sin embargo, naciones europeas como España, Alemania e Italia se adhirieron a los acuerdos americanos en la década última del siglo pasado. En general sobre la protección americana del derecho de autor, véase FORNS. *Legislación internacional americana sobre derecho de autor*, RDP, 1947, pp. 579-587, para el final de siglo y la primera mitad del XX.

de la propiedad industrial y los objetivos que la sociedad debe perseguir con su protección son a mi juicio bastante dispares de los que justifican la protección de la propiedad literaria. Pero como norma internacional y teniendo en cuenta los mecanismos de protección establecidos, sí debemos recordar que el acuerdo de París de 1883 ya asumió el principio de asimilación o de «national treatment» y el lugar de origen (del invento) o de sede del establecimiento mercantil como clave para solicitar la protección (no tanto la nacionalidad del sujeto. En Berna, el lugar de publicación de la obra determinará el país de origen de la misma, punto de conexión real que hace aplicable el convenio. Las normas de Berna no fueron lógicamente fruto espontáneo de los participantes en las conferencias de 1884 a 1886 sino más bien de la experiencia de casi cincuenta años de cooperación europea en dicha materia y en la «vecina» propiedad industrial. El texto original de 1886 (no confundir con textos revisados) sólo protegía de manera específica los derechos de traducción y de representación pública, no así el derecho de reproducción que había estado en el Decreto de 1793, en el Estatuto de la reina Ana, en la ley Belga de 1886, en la ley italiana de 1865 (junto con vender y publicar en exclusiva), la ley alemana de 1870 y la española de 1879 (arts. 7 y 9). Los derechos de traducción habían estado presentes en todas las convenciones internacionales, como hemos visto hasta ahora y era una de las mayores preocupaciones en el ámbito internacional; la traducción, sin embargo, implica reproducción de la obra, vertida a otro idioma. Era en parte lógico que lo obvio quedase sin mención (38).

La representación pública en teatros había sido el objeto, como recordamos, de polémica entre los teatros ingleses y el continente, el objeto de los primeros decretos revolucionarios y el hilo conductor del derecho de autor italiano.

La definición de *obra* contenida en el artículo 4 del texto de 1886 creemos que es deudora en gran parte de la Ley española de 1879. El texto de Berna decía: «... toda producción del campo literario, artístico o científico que pueda ser publicada por cualquier modo de impresión o reproducción». No hemos encontrado en los textos nacionales de los países firmantes una definición pareja, siendo la española la única ley que, de hecho, fue más allá en su artículo 1.º (39).

El plazo de duración no fue originalmente tasado en un número de años, sino remitido a la legislación del país de origen de la obra (art. 22) de la misma manera que la exigencia de formalidades, si bien podían ser eximidos por el Estado donde se reclamaba la protección (art. 11). Por tanto, el criterio de país de origen de la obra era fundamental en la Convención de Berna, pero el tratamiento igual que a los nacionales moderaba la aplicación de las normas del país de origen. El núcleo central del Convenio

(38) El derecho de reproducción sólo aparecería mencionado explícitamente tras la revisión de Estocolmo de 1967.

(39) El tratado franco-español de 1880 hablaba de «sistemas de impresión o reproducción conocidos o por conocer». Los tratados hispano-belga e hispano-italiano, ambos de 1880, se refieren a «sistemas impresores conocidos o que se inventen en lo sucesivo», exactamente igual que el artículo 1 del Reglamento español de la Ley de 1879.

consistió en una combinación del principio de reciprocidad (respecto al plazo) con el de asimilación de trato a los nacionales (en cuanto a derechos). Los autores nacionales de un país de la Unión gozarán en los otros países de los derechos que sean reconocidos a los nativos de éste. Pero, por otra parte, el *lugar de publicación* determina el país de origen, siendo para las obras inéditas el país de la *nacionalidad* del autor el que debe ser considerado. Sin embargo, aunque los autores no fueran nacionales de un país de la unión, cabía la protección de los editores si se había publicado en uno de los estados miembros.

Los avatares políticos del XVIII y XIX dieron lugar a múltiples concepciones del derecho de autor, por mucho que hoy sean reducidas a las dos inevitables. Parece claro que no encaraban de la misma manera Inglaterra y Estados Unidos la difusión de las obras literarias y/o la protección de los autores extranjeros y la cooperación internacional. En Alemania, el idioma sirvió casi siempre durante la fragmentación del Reich, como factor de integración y unidad nacional (dejando a salvo la Corte de Viena). La defensa del derecho de autor que hacen Kant y Schopenhauer no calan más que la conciencia nacionalista en los políticos alemanes que ofrecen protección a sus vecinos germanos. En Italia, el teatro lírico y las innumerables representaciones no autorizadas sensibilizaron especialmente hacia los aspectos morales del problema: la autorización, la integridad. Efectivamente fue Italia quien establece el dominio público de pago, esto es, la representación sin permiso del autor, pero con derecho en favor de éste a un premio porcentual del precio «lordo», de lo recaudado. Por su parte, España, tras siglos de Inquisición, ve en la propiedad literaria la retribución material de una libertad difícil de conquistar y permanentemente amenazada por los períodos autoritarios de nuestra historia: la libertad de expresión. Es lógico que la perpetuidad de la propiedad intelectual gozara de gran predicamento en las gradas de nuestro Congreso, era más importante su concepción como derecho inalienable y personalísimo que la eficacia o fortuna de su rentabilidad económica.

De cara a la cooperación internacional se han considerado puntos clave de la propiedad literaria: a) la duración de la protección en los respectivos países, b) la sujeción a formalidades (inscripción y depósito de ejemplares) para el nacimiento del derecho, c) la protección de un mismo y homogéneo tipo de obras, d) y las traducciones, su carácter exclusivo, en su caso la duración de la exclusiva. Se han apuntado, por supuesto, además la coordinación entre los países contratantes sobre el reconocimiento de los derechos morales y el carácter transmisible o intransmisible que se les dé.

El Convenio de Berna recogió la experiencia de los tratados anteriores y estableció un sistema de protección en cuyo eje se encontraba el país de origen de la publicación para determinar la duración, las formalidades a cumplir, así como la procedencia o improcedencia de la protección solicitada. Como es sabido, el texto de 1886 (40) fue revisado en sucesivas ocasiones, la

(40) Las revisiones del texto de 1886 han sido hasta la fecha: el acta Adicional de París 1896, de Berlín (1908), el protocolo de Berna (1914), el acta de Roma (1928), el acta de Bruselas (1948), la de Estocolmo (1967), de carácter administrativo y la de París (1971).

última en París, el 24 de julio de 1871, para perfeccionar y coordinar mejor las legislaciones de los distintos países y los derechos reconocidos a sus autores, traductores y derechohabientes. De especial relevancia fue la revisión de Roma de 1928, que introdujo el artículo 6 bis proclamando el inalienable derecho moral que asiste a todos los autores aún después de enajenados los derechos patrimoniales, intentando conciliar por otra parte las dos filosofías —continental y anglosajona— sobre el o los derechos morales. Las revisiones, sin embargo, quedan fuera del objeto de este trabajo que ha pretendido celebrar el centenario de la Unión de Berna en la que participó España como fundadora, intentando recordar cómo y por qué se llegó a dicho acuerdo multilateral (41).

(41) Los cien años de la Convención merecen un estudio aparte; o tal vez cada una de las reformas. Sin embargo, no podemos olvidar el artículo de Pérez Serrano, sobre el derecho moral (ADC 1949), que entre otros temas estudia la revisión de Roma de 1928; el de FORNS, Derecho de propiedad intelectual en sus relaciones con el interés público y la cultura (ADC 1951, pp. 985-1020) y los de MISERACHS (Sistemas internacionales para la protección de los derechos españoles de autor, RJC, 1981, pp. 659-687) y CHICO (Propiedad intelectual. Derecho de reproducción y relaciones internacionales. RGLJ, 1981, pp. 411-425) y FERNÁNDEZ SHAW (Derechos de autor en la radiodifusión española, ADC 1975, pp. 337-422) que nos presentan de forma clara y meridiana los principales problemas filosóficos, el primero y jurídico-positivos, los demás, del moderno derecho de autor y de la cooperación internacional en la materia. Sin olvidar por supuesto las obras citadas a lo largo del presente trabajo, especialmente STEWART, respecto al derecho internacional y ROGEL, que presenta los problemas sustantivos de mayor actualidad.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. «Derecho inmobiliario registral». Madrid, 1986. Editorial Civitas. Un volumen de 168 páginas.

Dentro de la bibliografía jurídica española del ámbito civilista, se ha advertido la ausencia de manuales de estudio concisos y breves, además de claros y profundos. La obra de nuestro ilustre profesor viene en grado sumo a llenar este vacío por lo que se refiere al Derecho inmobiliario registral.

Con el dominio de la materia, que le caracteriza, en cuanto a su exposición, planteamiento, desarrollo y soluciones de las cuestiones interpretativas en sus planos legislativos, jurisprudencial y doctrinal, se pone al alcance del estudio un libro pleno de virtudes didácticas y de conocimientos fundamentales y precisos.

Esta excelente y lograda obra se divide en nueve capítulos. El primero expone el Registro de la Propiedad, el significado de la publicidad, de sus problemas técnicos, de los sistemas registrales, con particular atención al Derecho comparado. El capítulo segundo trata la evolución del sistema registral español, sus precedentes históricos y las reformas hipotecarias de 1861, 1869 y de 1909, la legislación hipotecaria de 1944-46, así como los comentarios generales al sistema hipotecario vigente. El capítulo tercero muestra la organización del Registro de la Propiedad en España, sus aspectos generales, su carácter administrativo y jurisdiccional, así como la oficina del Registro. El capítulo cuarto indica el procedimiento registral, la titulación pública como presupuesto, la presentación del título, el desestimiento del procedimiento y la calificación del registrador. El capítulo quinto refleja la finca inmobiliaria y la inmatriculación en el Registro, la ordenación del Registro por fincas, los problemas que plantea la identidad de la finca (finca material y finca registral), los bienes excluidos de la inscripción y de la publicidad registral, los procedimientos inmatriculatorios, el exceso de cabida, la obra nueva y la doble inmatriculación. El capítulo sexto se refiere a la inscripción, su objeto, su carácter voluntario, el tracto sucesivo, la reanudación del tracto perdido, la anotación preventiva y la nota marginal. El capítulo séptimo concreta lo referente a la eficacia de la inscripción en cuanto a la legitimación registral, su concepto, historia, las presunciones de exactitud y de posesión, el deber de demandar al titular inscrito y la acción registral. El capítulo octavo continúa respecto a la eficacia del aspecto de la publicidad registral, su concepto e historia en España, sus requisitos, limitaciones, la suspensión temporal de la eficacia de la inscripción y, por último, el tercero hipotecario y la usucapión. Finalmente, el capítulo noveno concluye con la eficacia de la inscripción en cuanto a la inoponibilidad de títulos no inscritos, su significado, su formulación legislativa y doctrinal, su alcance en el Derecho vigente y, en particular, la eficacia de la anotación preventiva en la jurisprudencia y su crítica.

En este valioso manual hay que destacar las notas bibliográficas a cada capítulo, su selección y opinión crítica, de gran eficacia orientativa y de magnífica guía para un examen minucioso y más particularizado de cuestiones y posturas.

JOSÉ BONET CORREA

CARRASCO PERERA, Angel: «Ius aedificandi» y acción (La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos), Madrid, Montecorvo, 1986; 573 págs.

La reseña que sigue de esta importante obra monográfica se compone de un resumen de su contenido y de unos sucintos comentarios a algunos de sus aspectos que he reputado más sobresalientes, además de pequeñas observaciones complementarias.

El volumen comienza con un *Prólogo* del profesor Bercovitz Rodríguez-Cano, Catedrático de Derecho civil y director de la tesis de Doctorado que fue origen del presente libro. Expone sucinta, pero claramente Bercovitz la finalidad de la obra, aludiendo a la crítica que hace Carrasco del tradicional tratamiento unitario del derecho de accesión que «... en realidad constituye una pluralidad de figuras dispares» (pág. 11), demostrando que la regla *superficies solo cedit* no tiene como fundamento la idea de que lo accesorio debe seguir a lo principal, sino razones urbanísticas (*ibidem*). Se refiere luego a lo que el autor de la obra prologada llama «principio de equivalencia» (la regla *superficies solo cedit* se configura como una defensa especial del derecho a edificar) (pág. 12) y a las múltiples facetas del tema que aborda el autor (liquidación de situaciones posesorias, mejoras y gastos, «regla del doble efecto»), encomiando finalmente el dominio de la legislación urbanística que Carrasco demuestra, así como el uso metodológicamente correcto que éste hace del Derecho comparado y del histórico. Tras una *Introducción* del mismo Carrasco, en la que delimita explícitamente el objeto de su investigación y anuncia los aspectos que va a abordar y las perspectivas desde las que pretende contemplar la problemática de la construcción en suelo ajeno («modelos de estudio», págs. 18-19), pasa al texto propiamente dicho, compuesto de tres partes distribuidas en once capítulos. La 1.^a (titulada *La construcción codificada del «ius aedificandi» y la accesión*) comprende los dos primeros capítulos; la 2.^a (*La accesión inmobiliaria industrial en el Código civil*), los cinco siguientes; y la 3.^a («*Ius aedificandi*» y accesión), los cuatro últimos. El capítulo I (*La liberalización del «ius aedificandi»*) contiene importantes referencias históricas acerca del deber de edificar —deber que se reputa jurídico-público— y sus relaciones con el de no edificar hasta cierta altura o en cierto modo; un rápido pero incisivo estudio de los antecedentes del artículo 350 del Cc. demuestra que éste es algo más que una proclamación genérica de un derecho, siendo, más bien, la formulación de los límites de éste, pues su historia es la historia de los límites —jurídico-públicos— del derecho del dueño del terreno.

Tras una importante observación metodológica, termina el capítulo con una somera exposición de las relaciones entre el citado artículo 350 del C. c. y la Historia del urbanismo en nuestro país. El capítulo II (*El derecho de accesión*) es, según el autor, una mera preparación para el tratamiento del tema nuclear de la investigación, que no se refiere a la accesión en general: si aborda ésta, lo hace para enmarcar su objeto específico, que es la construcción en suelo ajeno. Trata Carrasco de los diversos sentidos —en Roma y en el Derecho común— del término *accessio*, para desembocar, respecto de la época codificadora, en las dos acepciones conocidas de la figura: como parte del contenido del derecho de propiedad y como modo de adquirir ésta (meditando específicamente el tema de la accesión como título). Pasa seguidamente a explicar la regla *accessorium sequitur principale* (ASP), conectándola con la que reza *superficies solo cedit* (SSC), a la que repunta especialización de aquélla, no mera deducción (pág. 71), pues consiste en imponer, *ex lege*, que sea, sin discusión, el suelo considerado como la cosa principal. Demuestra, no obstante Carrasco que la regla ASP no sirve indefectiblemente de fundamento de la accesión; que, a veces, hay accesión sin adquisición de propiedad y que, en el ámbito que observamos (el contemplado en los artículos 353 y ss. del Cc.), se dan adquisiciones de propiedad que no se explican por la accesión. Crítica asimismo la llamada concepción unitaria de la accesión y, además, demuestra que el concepto de derecho de accesión oscurece la comprensión de los problemas, pues todo se explica mejor sin él. Describe más adelante el significado urbanístico de la regla SSC, desde Roma hasta hoy, mostrando que el derecho de edificar se fundamenta en dicha regla y viceversa. Termina el capítulo con una exposición panorámica del Derecho comparado atinente a la accesión en general y a los problemas hasta el momento suscitados. El capítulo III, que se titula *El sentido de la regla «Superficies solo cedit»*, comienza, tras la transcripción de los artículos 358 y ss., insistiendo en el falso carácter unitario del régimen de dichos artículos, afirmándose en concreto que las funciones desempeñadas por la regla SSC en los artículos 360 y 361 no son especies de un mismo fenómeno, dada su heterogeneidad. En su opinión, el artículo 360 del Cc. (construcción en suelo propio con materiales ajenos) se refiere —y sus antecedentes históricos lo demuestran— más a una restricción de la reivindicación de la cosa incorporada que a una adquisición de ésta por el dueño del terreno en que se incorpora, siendo dicha adquisición un efecto subordinado; regulando, además, dicho precepto el deber de restituir el enriquecimiento adquirido por el empleo de cosa ajena. Por otra parte, el tratamiento que el Derecho histórico español da al supuesto de construcción en suelo ajeno (que es «mejora de la finca ajena», lo que obliga a la liquidación del estado posesorio) muestra la postergación de la faceta adquisitiva de la regla SSC; lo mismo sucede en el *Code Napoléon*, si bien éste defiende de Las Partidas en partir de la construcción en suelo ajeno como lesión del derecho del propietario de ese suelo, salvo caso de buena fe del edificante. El artículo 361 del Código español, por el contrario, convierte la hipótesis de la buena fe del constructor en el caso tipo, siendo lo excepcional su mala fe. Pero ambos Códigos tienen en común la consideración de la mencionada regla

SSC como mera derivación del modo de resolver los conflictos de intereses que plantea el supuesto: dicha regla, técnica de liquidación de estados posesorios, es, ante todo, «... una excepción, en consideración al poseedor de buena fe, de las normas generales de defensa de la propiedad contra inmi-siones producidas ilícitamente por un tercero» (pág. 122). El capítulo IV (*La regla SSC como técnica de liquidación de estados posesorios*) va sustancialmente encaminado a defender y justificar la tesis de que los artículos 453 y ss del Cc. se aplican, cumulativamente con los artículos 361 y ss. de dicho cuerpo legal, a los supuestos de estos últimos, entre otras razones porque, en Derecho español, es «mejora» toda incorporación en fundo ajeno, produzca o no aumento de valor o productividad. Tras un rápido *excursus* de Derecho histórico y comparado —en concreto, alemán y francés—, desemboca el autor en la tesis antedicha, aludiendo, además, a la diversidad de regímenes existente entre los dos bloques normativos, tratando, entre otras cuestiones, de la ecuación gasto-mejora, de la interpretación del artículo 362 (a juicio del autor, el poseedor de mala fe puede exigir el abono de los gastos necesarios que consistieron en una obra —*ex art. 453*, a pesar el aludido 362—), de la presunción de *animus donandi* en dicho constructor, del enriquecimiento injusto y del *ius tollendi* en determinados supuestos, debiendo destacarse la tesis de Carrasco —acorde con la mayoría— de que no hay que pagar al constructor de buena fe el gasto suntuario, privando el artículo 454 sobre el 361, lo que resulta perfectamente coherente con la antes referida aplicabilidad cumulativa de ambos grupos de preceptos a las hipótesis de accesión industrial de inmuebles. Las primeras páginas del capítulo V (*El doble efecto de la regla de accesoriedad*) van encaminadas a enunciar dicho «doble efecto»; «... el principio de accesoriedad —escribe Carrasco en pág. 171— tiene dos manifestaciones. En primer lugar, ... la incorporación de materiales al suelo produce una mutación de su condición jurídica, adquiriendo aquéllos la naturaleza inmueble de la finca en que se asientan... En segundo lugar, el principio de accesoriedad produce un efecto directo sobre los títulos por los que las partes ostentan determinados derechos sobre las cosas unidas...», de modo que «... la propiedad sobre la incorporación debe corresponder al dueño de la cosa raíz porque *superficies solo cedit...*». Esto es, la incorporación produce la «inmovilización» y ésta provoca la actuación del principio SSC. No obstante, el capítulo se halla fundamentalmente encaminado a matizar, respecto del Derecho español y con abundantísimas referencias a los Ordenamientos extranjeros, el *modus operandi* del 2.º efecto, pues, para Carrasco, si bien el paso de la incorporación física a la «inmovilización» es automático, no sucede así —en nuestro Cc.— respecto del paso de la «inmovilización» a la aplicación del principio SSC: es decir, en el supuesto del artículo 361, la unión de las dos cosas (suelo y materiales) produce automáticamente la «inmovilización» de éstos, pero no automáticamente ni necesariamente la accesión, pues cabe impedir ésta mediante el ejercicio del *ius tollendi* si el dueño del suelo no paga el valor de la mejora; además, el propietario del suelo adquiere no por la incorporación ni por la «inmovilización», sino porque, acaecida ésta, él decide pagar —«comprar»— las mejoras al edificante. Asimismo, en el

supuesto de la compra forzosa del final del artículo 361, «... el constructor adquiere... no por cesión, sino por justa causa seguida de tradición...» (pág. 237). Aunque el autor se detiene al explicar el primer efecto de la regla de accesividad (en especial, al referirse a los requisitos de la incorporación), dedica más atención al problema —ya enunciado— de la ruptura del doble efecto, debiendo destacarse la exposición de la doctrina jurisprudencial, según la cual «... la adquisición de lo edificado en predio ajeno por un tercero de buena fe es un derecho del propietario doblemente condicionado. En primer lugar, se trata de «un derecho a hacer suya» la construcción, caso de optar por esta alternativa y no la de imponer al constructor una venta forzosa. En segundo lugar, está condicionado, caso de haberse optado por la primera alternativa, al abono de la indemnización prevista por los artículos 453 y 454» (pág. 223). El capítulo VI se titula *El ámbito subjetivo de la regla de accesión*. Primeramente aborda el tema del artículo 360, esto es, la construcción en suelo propio con materiales ajenos: en concreto, trata el autor de quiénes son los edificantes contemplados por dicho precepto, aludiendo, entre ellos, al propietario del suelo que sea tercer poseedor de la cosa mueble incorporada y al usurpador en sentido amplio, debiendo destacarse el interés del tratamiento de la otra cara del problema, es decir, a quiénes no se refiere el artículo; la segunda parte del capítulo trata del constructor en suelo ajeno, constituyendo otra reflexión más de la obra sobre el artículo 361: para Carrasco, el edificante ahí contemplado es el poseedor injusto de buena fe, concepto que perfila minuciosamente acudiendo a la casuística y ayudándose de aportaciones jurisprudenciales y doctrinales; alude asimismo a la aplicación del artículo en cuestión en supuestos particulares, para referirse finalmente a los casos de que sea un tercero el que incorpore materiales al suelo (arts. 360 —que también acoge esa posibilidad— y 365). En el capítulo VII, denominado *La regla »SSC» al margen de la función adquisitiva*, estudia Carrasco múltiples problemas surgidos del articulado del Cc. atinentes a la accesión: comienza aludiendo a supuestos que la doctrina ha considerado a veces como lagunas, negando el autor que lo sean realmente y afirmando que tales supuestos encuentran su solución por cauces diferentes de la técnica de la accesión; se refiere seguidamente a la mala fe del constructor, a la compra forzosa, a la restitución *in natura*, a los derechos de retención y de opción, a la naturaleza de los derechos del poseedor y a la *actio negotiorum contraria* como técnica de reembolso (sólo planteable en caso de constructor de mala fe), para desembocar en el tema de la acción negatoria como cauce de defensa dominical, acción que concibe el autor —no queda claro si *de iure condito* o no, vid. pág. 345— como una acción genérica de cesación, ejercitable ante cualquier inmisión, sea o no una alegación de servidumbre; trata a continuación el importante problema de la construcción extralimitada, exponiendo pormenorizadamente la posición del Tribunal Supremo al respecto y pronunciándose sobre determinadas cuestiones relativas a la extralimitación (destaco las páginas destinadas a las «zonas de influencia dominical»), para terminar el capítulo con unas consideraciones finales y un apéndice en el que se defiende la tesis de que el interdicto de obra nueva es el remedio adecuado ante la obra

comenzada y de que no cabe el de recobrar para la ya terminada, excediendo la demolición del ámbito propio de las medidas interdictales, pues dicho interdicto haría imposible la aplicación de los artículos 361 y ss. del Cc. El capítulo VIII, primero de la tercera parte del libro, se llama *El principio de equivalencia*, principio que relaciona directamente la regla de accesión con el derecho a edificar: para Carrasco, «... El propietario del terreno en que un tercero ha edificado puede hacer suyo lo construido porque y en la medida en que goza del *ius aedificandi*» (pág. 380), configurándose, además, la regla de accesión no sólo como consecuencia de ese derecho, sino también como técnica *reaccional*, de defensa, de la exclusividad de aquél (*ibidem* y págs. ss.): esto es, dado que yo, propietario del suelo, tengo derecho exclusivo a edificar en él, si edifica otro, lo construido puede, si quiero, ser mío, *ex arts. 361 y ss. del Cc.*: se trata de un sistema de acciones protectoras de la integridad del dominio (pág. 392). El capítulo aborda, tras el tratamiento específico del principio de equivalencia, el tema de la disposición del *ius aedificandi*, el del carácter imperativo o dispositivo de la regla SSC (así como el valor de ésta como concreción de aquel derecho), el de las presunciones del artículo 359 y el del derecho de superficie como «derogación» del principio de accesión: respecto de las presunciones citadas, el autor señala que la accesión se da si tales presunciones son desmontadas, en un supuesto concreto, mediante prueba en contrario; respecto de la superficie, que, si la hay, no opera la accesión. Trata el capítulo IX de *La Ley del Suelo como Derecho común del «ius aedificandi»*. En este capítulo, que me parece el gozne de la obra, nos dice sustancialmente Angel Carrasco que el Derecho (en principio público) de la Ley del Suelo (LS) y de los Planes urbanísticos a ella vinculados es el Derecho común de la propiedad inmobiliaria urbana y, por tanto, del derecho a edificar en el suelo de las ciudades: para la concepción «clásica» (sistema de cláusula o de remisión) (que Carrasco rechaza), el Derecho público y el Derecho privado son campos independientes entre sí, lo que significa que la legislación administrativa del suelo no puede afectar a la propiedad privada urbana (contenido jurídico-privado, relaciones entre particulares, etc.), salvo que una norma jurídico-privada (p. e., arts. 350 o 590 del Cc.) remita a aquélla y en la medida en que remita; por el contrario, para el denominado «sistema de estatuto», que el autor defiende, la LS se basta por sí sola para configurar, a todos los efectos, incluso los jurídico-privados —también en el campo de la resolución de los conflictos entre particulares por la jurisdicción ordinaria—, la propiedad urbana privada, sin necesidad del Cc., al que, como ley posterior, puede haber parcialmente derogado, no pudiendo recibir la legislación urbanística más recorte que la Constitución, sin tener que atenerse a un concepto previo de propiedad fijado por un intocable Derecho civil: en contra de lo que se ha afirmado, incluso por reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, la LS, en opinión de Carrasco, se aplica directamente por el Juez civil, no sólo por el contencioso administrativo; y se aplica para dilucidar conflictos —de Derecho privado— entre particulares: «... La planificación urbanística, integrada en el sistema de la LS —escribe el autor en pág. 419—, es hoy el estatuto de la propiedad inmobiliaria que,

a los efectos del *ius aedificandi*, deroga el artículo 350 CC,» desapareciendo «... el mito de la intangibilidad de los derechos privados por reglamentos administrativos» (pág. 421). Por ello, los actos jurídico-privados contrarios a la LS y a los Planes son nulos *ex art.* 6, núm. 3, del Cc. Importante es el epígrafe titulado «Tipología de la Ley del Suelo como Derecho común» (págs. 434 y ss.), en el que se comentan y desarrollan las determinaciones generales atinentes a la propiedad privada urbana, contenidas en los artículos 57, 58, 76 y 87 de la mencionada Ley, a la cual, junto con los Planes, se le aplica, también ante la jurisdicción civil, el principio *iura novit curia*. Para Carrasco, en fin «... La ordenación urbanística se articula en base al principio de integración entre la Ley y los Planes mediante una remisión de aquella a éstos. Es una articulación conjunta, no una deslegalización» (página 435). El capítulo X se titula *Las acciones de defensa contra las violaciones de la normativa urbanística* y a ellas se refiere, hablando de una doble tutela: la civil, ante la jurisdicción ordinaria, y la contencioso-administrativa, ante la jurisdicción de ese nombre. Pero antes de llegar al tema señala de nuevo el autor la vinculación de la posibilidad de accesión al *ius aedificandi*, pues «... allí donde el propietario no puede construir, no podrá tampoco aprovechar lo construido por un tercero» (pág. 459); esto es, «... al establecer la ordenación urbanística las facultades directas del aprovechamiento edificatorio, está al mismo tiempo delimitando el ámbito de la regla de accesión» (*ibidem*): el artículo 361 del Cc. actúa sólo cuando la legislación urbanística permite la edificación, lo que significa que, en determinados casos, hasta que no sea firme el acuerdo aprobatorio de reparcelación, no puede actuar la regla de la accesión (pág. 467). Tras una provechosa incursión por importantes cuestiones —entre las cuales se hallan la de la irrelevancia de la buena fe y las de la calificación y el régimen de la demolición—, aborda Carrasco, como dije, el punto de la doble tutela judicial que permite la LS: tomando como referencia principalmente los artículos 235 y 236 de este texto legal, sostiene Carrasco, con valor general, que, en el supuesto de construcción en suelo ajeno, cabe acudir a la jurisdicción civil para conseguir la demolición, exista o no acto administrativo que ampare la actividad constructora de otro; y cabe asimismo obtener tal demolición ejercitando la «acción popular» del aludido artículo 235 ante la jurisdicción contencioso-administrativa, acción dirigida a la anulación del acto administrativo ilegal que sirvió de cobertura a la construcción indebida del tercero (págs. 481 y ss., princ. págs. 501 y 502). El capítulo XI y último se llama *La función técnica de la regla «SSC»*. Esta regla, en su acepción tradicional, significaría, en el tema que el autor aborda, que el derecho a edificar deriva directamente de la propiedad del suelo, esto es, que la propiedad del suelo, que comprende la del vuelo, conlleva ese derecho de edificación; frente a dicha concepción opone el autor, con enorme acopio de citas de legislación, jurisprudencia y doctrina extranjeras, la de que el derecho a edificar, independientemente de la propiedad del suelo, proviene directamente del Plan, concepción que, a diferencia del Derecho comparado, más contemporizador e indefinido al respecto, es la acogida en la LS española: «... la aptitud para edificar la da el Plan» (pág. 524). No opera, pues, la denominada «inherencia a la propiedad»: no obstante, la necesidad

de posibilitar un beneficio económico a los edificadores privados obliga a mantener una determinada «inherencia del monopolio del derecho de edificar»; pero ese derecho no pertenece a los propietarios de las fincas, sino a las entidades titulares de la gestión urbanística, por ejemplo, a las Juntas de Compensación (que, a pesar del tenor literal del artículo 129, núm. 2, de la LS, no son propietarias fiduciarias, sino titulares de poderes jurídicos ilimitados): es decir, el *ius aedificandi* no deriva de la propiedad (como en el Cc.) sino de la titularidad de la actividad urbanística, lo que implica que dicho *ius* deriva —en cierto modo, mediatamente— del Plan, y no del concepto —civil— de propiedad. La legislación urbanística —y la normativa de ella derivada— es la que atribuye el derecho a edificar: pero, para estimular la edificación, que ya había dejado en manos privadas, lo concede a organismos mediadores y gestores de los intereses de los dueños del suelo.

Paso seguidamente al juicio sobre la obra, que me parece científicamente muy importante, más que por lo que dice —que es mucho—, por cómo sustenta lo que dice: el autor ordena con acierto mil elementos dispersos, a los que obliga a desempeñar su misión específica en un libro unitario. Carrasco se revela como un jurista de nuestro tiempo, que atiende problemas de nuestro tiempo, para cuya solución se sirve de múltiples conocimientos, empleando escrupulosa y correctamente textos legales, jurisprudenciales y doctrinales de distintas épocas y escritos en diversas lenguas que efectivamente entiende (lo que no evita alguna errata en palabras alemanas). Centrada su atención en la comprensión de la LS —para él, Derecho común de la propiedad urbana— demuestra, no obstante, su talla de civilista al modo clásico mediante una impecable reflexión sobre los artículos 358 y ss. del Cc. Pero el libro en cuestión, en el que se defienden tesis que yo comparto, constituye, ante todo, un ejemplo de la necesidad de replantear el método en las investigaciones jurídicas y en la enseñanza del Derecho: por obra de la escisión del Ordenamiento en las ramas tradicionales, los alumnos de Licenciatura, los juristas profesionales y demás observadores perciben la realidad deformada, pues estudian algo que casi ya no existe en la realidad (la accesión del Cc.) y algo que no desarrollan en su alcance jurídico-privado (la propiedad de la LS), separando artificialmente en planos diversos lo que necesariamente debe darse en uno: interesantísimas las páginas (410 y ss.) que dedica Carrasco a los orígenes de tal escisión e interesantísimas, en este sentido, los capítulos IX y X, en los que advertimos la profundidad del problema: ¿Habrà que distribuir eso que la actual normativa universitaria denomina áreas de conocimiento» atendiendo a las parcelas de la realidad social regulada, a los bloques de problemas interconectados, y no a los viejos criterios del interés, de los sujetos, del carácter especial o general de las relaciones, etc.? Desde luego, el «método totalizador» de Carrasco me parece el único científicamente correcto y suscribo sus principales conclusiones: la LS es parte de ese nuevo *ius commune* de la propiedad privada urbana y los Tribunales civiles deberán aplicarla sin más, proviniendo el *ius aedificandi* de ella y de los Planes, y no padeciendo el Derecho urbanístico más límites que los contenidos en la Constitución, sin que quepa argüir en contra concepto previo alguno de propiedad, configurando en el Cc. o en otro texto, que deba permanecer inalterado.

Una vez hecha esta valoración general, debo destacar la singular calidad de muchos pasajes de la obra: el relativo a la demostración del carácter no automático del segundo efecto de la llamada «regla del doble efecto» (capítulo V); el relativo a la fijación del supuesto de los artículos del Cc. sobre accesión, preferentemente delimitándolos de los artículos 464 del Cc. y 85 del C. de C. (capítulo VI); el de la pág. 454, en nota, sobre el derecho subjetivo que satisface *también* intereses colectivos; el de las páginas 464 y ss., alusivas a la actuación de preceptos del Cc. dentro del campo dejado por los de la LS y a la demolición; el atinente a la necesidad de proteger la rentabilidad de la actividad edificadora, como motivo del mantenimiento de la inherencia del monopolio del *ius aedificandi* (págs. 544 y ss.); o el de la crítica al nombre escogido por el artículo 129, núm. 2, de la LS para referirse a la posición jurídica de las Juntas de Compensación respecto de las fincas (páginas 560-562); obviamente no se trata de una propiedad fiduciaria, pero el autor describe brillantemente —aunque no califique— de qué se trata.

En el terreno de las discrepancias, no comparto el criterio del autor de escribir *inmovilización* y no *inmobilización*: se trata de convertir una cosa en *inmueble*, no en dejarla *inmóvil*; creo que hay acción directa (Carrasco dice que no) en el tema tratado en pág. 323; es discutible— aunque defendible y coherente— lo que se sostiene, respecto del cauce privado de la pretensión de reintegración, en el último párrafo de la página. 474; Carrasco debió citar a algunas obras más sobre derecho de retención en páginas 334-335 y citar a pie de página y no en el texto en página 383; por último, tal vez no haya, en el capítulo I, suficiente claridad al exponer las vicisitudes históricas acerca de las relaciones entre el deber de edificar y el de no edificar a cierta altura. Como se ve, minucias sin excesivo interés, que demuestran la perfección y calidad del trabajo y la sorprendente madurez de su autor a pesar de su juventud, así como el acierto del director de la tesis en la elección del tema, aparentemente inadecuado, pero, a la vista del resultado, ideal para subrayar lo que decía yo al comienzo del enjuiciamiento crítico. Más que ante una buena monografía sobre accesión o sobre urbanismo, nos encontramos ante una demostración de lo que un jurista con sólida formación académica básica puede hacer de verdaderamente útil en favor de la comunidad social para la que trabaja.

Luis-Humberto CLAVERÍA GOSÁLBEZ

GARCIA CUADRADO, Antonio: «El gobierno por orden ministerial». Pamplona, 1986. Editorial EUNSA. Un volumen de XIII + 330 páginas.

Este interesante y bien abordado estudio monográfico sobre la Orden ministerial, es indudablemente, como creen su autor y prologuista, una contribución a la historia del realismo político en cuanto a la manera de practicar los gobiernos sus actos de soberanía. El que en la actualidad, frente a un promedio de 50 a 90 leyes aprobadas por las Cortes cada año, el Rey firme más

de tres mil decretos y los ministros alrededor de doce mil Ordenes, nos pone en evidencia una peligrosa tendencia hacia el autocratismo en la gobernación y hacia una escapatoria que pueda burlar el examen de la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas generales.

La obra, pues, está concebida en dos partes bien definidas: una histórica y otra analítica. La primera comprende tres capítulos, donde se estudian las Reales Ordenes desde su origen hasta la primera República, la evolución de las Ordenes desde la Restauración hasta la Segunda República y las Ordenes ministeriales en nuestra historia reciente, época de Franco y transición política. La segunda parte, con un capítulo único, el quinto de la obra, desarrolla la Orden ministerial en el ordenamiento español vigente, la Constitución de 1978, la clasificación de las disposiciones superiores de nuestro ordenamiento y la tipología de las Ordenes ministeriales.

A sus conclusiones y propuestas, entre las que destaca la de la fiscalización por parte de la jurisdicción ordinaria con un criterio de máxima legalidad, hay que añadir una amplia selección bibliográfica y unos anexos.

José BONET CORREA

MUERZA ESPARZA, Julio-Javier: «El motivo 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y su evolución». Pamplona, 1986. Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Un volumen de 464 páginas.

En esta completa obra se aborda el recurso de casación civil por violación, interpretación errónea o aplicación indebida de la doctrina legal, antes de la reforma operada por la Ley de 6 de agosto de 1984, si bien, esta última, se recoge en el último apartado de la obra, como conclusión. El estudio, pues, no es ya solamente historia, ya que, si bien se han reducido a cinco sus motivos, dado el tenor genérico de su redacción y por la amplitud de la misma, contiene más causas de denuncia en casación que el anterior.

El estudio sobre el recurso de casación civil se hace en tres capítulos. El primero presenta un desarrollo histórico del párrafo primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, sus antecedentes antes de la entrada en vigor de dicha Ley, un examen pormenorizado del art. 1.012, la Ley provisional sobre la reforma de la casación de 1870, la Ley de 1878 y la Ley de 1881. El capítulo segundo, dividido en dos partes: La primera trata del concepto de «ley» en el recurso de casación civil, antes y después de la Constitución, así como del recurso de casación por infracción de ley extranjera y ante la costumbre y los principios generales del Derecho; la segunda parte hace el estudio del concepto de «doctrina legal» en el recurso de casación civil, su evolución histórica, las fuentes de la doctrina legal, con especial referencia a la jurisprudencia y la reiteración de sentencias, el análisis del artículo 1.729-10 de la L.E.C. de 1881, la actividad creadora de la doctrina legal y aquellas doctrinas que no tienen valor de doctrina legal. Por último, el capítulo tercero hace el estudio de los conceptos de «violación», «interpretación errónea» y «aplicación indebida» comprendidos en el artículo

1.692-1.º de la L.E.C. de 1881 para concluir con el resultado de este desarrollo en la vigente Ley 34/1984, de 6 de agosto.

La obra se concluye con dos valiosos apéndices: uno bibliográfico y otro de jurisprudencia, desde 1852 a 1982.

José BONET CORREA

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: «Compendio de Derecho civil. Tomo I. Parte general». Madrid, 1986. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Un volumen de 439 páginas.

La civilística española de cuño más joven, dadas las particulares circunstancias docentes, tanto como sociales y científicas actuales, ha comenzado a ofrecernos la exposición de las instituciones de una manera compendiada y breve. A las ya clásicas obras amplias de comentario al Código civil, al estilo francés de principio de siglo, y a las posteriores sistemáticas y dogmáticas, según la dirección pandectística germana, seguidas por la producción monográfica y didáctica que alcanza un alto grado de especialización y desenvolvimiento en sus sólidos y documentados «tratados» y «fundamentos» con el estudio de los planos legislativos, jurisprudencial y doctrinal, se añaden actualmente las obras más concisas que presentan el resumen de lo hasta ahora conseguido.

El magnífico compendio del profesor O'Callaghan Muñoz está dentro de esta nueva línea didáctica, por lo demás tan cultivada por los «Précis» franceses y los «Lehrbücher» alemanes.

Esta «Parte general» del Derecho civil viene concebida y desarrollada en dieciocho lecciones, especialmente dedicada a nuestro peculiar régimen de oposiciones, así como al universitario, por lo que abarca en la primera el concepto del Derecho civil, su contenido, formación histórica, la codificación, los elementos que informaron el Código civil su estructura y la crítica al mismo. La lección segunda comprende el Derecho común y los Derechos forales en España (Vizcaya y Alava, Cataluña, Baleares, Galicia, Aragón y Navarra). La lección tercera expone las fuentes del Derecho, su concepto, clases y jerarquías, así como la Ley y sus clases. La lección cuarta contiene el estudio de la costumbre, su concepto, clases y valor jurídico, los usos, los principios generales del Derecho y la jurisprudencia, su valor normativo y el vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional, además de los tratados internacionales y de la doctrina científica. La lección quinta trata la aplicación de la ley, su interpretación, el problema de las lagunas de la ley, la analogía, la equidad, la equidad, la buena fe y el fraude de ley. La lección sexta comprende el procedimiento de elaboración de la Ley, la entrada en vigor y el término de su vigencia, la significación del Derecho transitorio y el problema de la retroactividad en el Código civil. La lección séptima recoge el sistema de Derecho internacional privado del «Título preliminar» del Código civil, los derechos de la persona, el estatuto familiar, el Derecho de obligaciones, los Derechos reales, el estatuto sucesorio, la forma de los actos jurídicos y la aplicación y prueba del Derecho extranjero. La lección octava examina la relación jurídica,

el derecho subjetivo, su concepto, estructura, categorías, adquisición y extensión, conservación, garantía y protección. La lección novena, aborda la persona y los derechos de la personalidad, la condición jurídica del «nasciturus», la extensión de la personalidad, el problema de la conmorienencia y la capacidad jurídica y la de obra? La lección décima amplía la materia sobre los grados de la capacidad de obrar de las personas físicas, la mayoría y minoría de edad, la emancipación, la incapacitación, la prodigalidad, la residencia y el domicilio y el régimen de la ausencia hasta la declaración de fallecimiento. La lección doce trata todos los aspectos sobre la nacionalidad, su adquisición, conservación, pérdida y recuperación, la doble nacionalidad, la capacidad de los extranjeros y la vecindad civil. La lección trece abarca las personas jurídicas y sus tipos: la persona jurídica tipo asociación y la persona jurídica tipo fundación; además, los entes religiosos como personas jurídicas. La lección catorce comprende el objeto del Derecho, las cosas y sus clases, los frutos naturales y civiles, así como el patrimonio y sus clases; se echa de menos el tratamiento del bien más genuino patrimonialmente, el dinero, al cual se reducen y posibilitan las demás cosas, bienes y derechos para su valoración, equivalencia, indemnización y pago.

Las lecciones quince, dieciséis y diecisiete tratan sobre los hechos y actos jurídicos, especialmente el negocio jurídico, sus clases y elementos, analizándose el consentimiento, la voluntad y sus vicios, la simulación, el objeto del negocio jurídico, su causa y forma, sus elementos naturales y accidentales, como la condición, el término y el modo, la representación legal y voluntaria, la ratificación y la autocontratación. Por último, la lección dieciocho abarca el tiempo y su cómputo, la prescripción y sus clases, la consideración especial de la prescripción extintiva, para concluir sobre la caducidad o decadencia de los derechos. En suma, un compendio bien hecho, claro y preciso que facilita a los iniciados su introducción al Derecho civil y a los opositores su guía con las conclusiones más imprescindibles.

José BONET CORREA

SEMINARIO DE ESTUDIOS DE LA MUJER DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID: «Ordenamiento jurídico y realidad social de las mujeres. Siglos XVI a XX» Actas de las IV Jornadas de investigación interdisciplinaria. Madrid, 1968. Un volumen de X + 462 páginas.

La importancia y significado que la mujer desempeña en la sociedad no siempre ha sido reflejada por los ordenamientos jurídicos de la España del Antiguo Régimen y en el actual. La contribución de treinta y dos estudios viene ahora a poner de relieve el protagonismo histórico y presente de la mujer desde los planos social y del Derecho.

La obra, después de una interesante presentación de Pilar Folguera Crespo y de una introducción sugestiva de María del Carmen García-Nieto, recoge en dos partes cronológicamente divididas, los estudios monográficos correspondientes al Antiguo Régimen y a los siglos XIX y XX.

La primera parte contiene los estudios de Valentina Fernández Vargas y María Victoria López-Cordón en sobre la «Mujer y el régimen jurídico en el Antiguo Régimen: una realidad disociada»; «El estatus jurídico de la mujer castellana durante el Antiguo Régimen», de Ellen G. Friedman; «La mujer el Santo Oficio de Granada durante la segunda mitad del siglo XVI», de María Isabel Pérez de Colosía; «La prostitución en Mallorca (s. XVI) ¿El Estado un alcahuete?», de Angelina Puig y María Tuset; «La mujer en el Bajo Miño en los albores de la Edad Moderna», de María del Carmen Sánchez Carrera; «La mujer y la organización gremial malagueña en el Antiguo Régimen», de Siro Villas Tinoco; «La mujer malagueña ante el otorgamiento de su última voluntad», de Marion Reder Gadow; «Mujer y sociedad a través de la vida de Leandro Fernández Moratín», de Fernando A. Gómez Rivas; «Los bienes de las mujeres aportados al matrimonio. Evolución de la dote en la Edad Moderna», de Pilar Sánchez Parra y María del Carmen Cremades Griñán; «Las mujeres nobles: clase dominante, grupo dominado. Familia y orden social en el Antiguo Régimen», de Rosa María Capel Martínez; «La situación jurídica de la mujer en España durante el Antiguo Régimen y régimen liberal», de Paraloma Cepeda Gómez; «Violencia y represión contra la mujer bajo Fernando VII, 1814-1833», de Paloma de Villota.

La segunda parte de la obra reúne los estudios que se refieren a los siglos XIX y XX, comenzándose con «El ordenamiento jurídico y la realidad social del aborto en España: una aproximación histórica», de Mary Nash; «La mujer y el Derecho en la España del siglo XIX: Concepción Arenal (1820-1893)», de María Valentina G. Mampaso; «Prostitución y legislación en el siglo XIX. Aproximación a la consideración social de la prostituta», de Matilde Cuevas de la Cruz y Luis E. Otero Carvajal; «El trabajo de la mujer en el campo a comienzos del siglo XIX», de José Rodríguez Labandeira; «Rechazo y obligatoriedad del trabajo de la mujer en «El Norte de Castilla» del siglo XIX», de María Dolores Lobato y María Pisonero; «La función social de la mujer a través de la prensa obrera madrileña, 1868-1874», de Rafael Flaquer Montequi; «La participación de la mujer en la conflictividad laboral (1905-1921)», de Alvaro Soto Carmona; «Realidad social y consciencia de la realidad en la mujer: obreras malagueñas frente a la crisis de subsistencias (1918)», de María Dolores Ramos; «Condiciones laborales de las mujeres trabajadoras: legislación y actitudes patronales: El caso Catalán (1917-1923)», de Fernando del Rey Reguilla; «Hacia el Seguro de Maternidad: la situación de la mujer obrera en los años veinte», de Josefina Cuesta; «Política de natalidad en España durante la década de los veinte: el caso de Madrid», de Pilar Folguera Crespo; «El ideal republicano (1931-1933) y el Seguro de Maternidad», de Danièle Bussy Genewis; «La implantación y los resultados del Seguro de Maternidad en la Segunda República», de María Gloria Núñez Pérez; «El otro jurado mixto: la introducción de la mujer en los tribunales para crímenes pasionales en la Segunda República», de Mary Dorsey Boatwright y Enrique Ucelay Da Cal. «Voto femenino. Repercusiones de su concesión y canalización del mismo por los sectores conservadores catalanes, 1931-1936», de Pilar García Jordán; «Mujeres españolas refugiadas en México. Precedente histórico: su vida en España hasta 1939 y la decisión del exilio», de Pilar Domínguez Prats; «La mu-

jer en las cordenadas educativas del régimen franquista», de Alicia Alted Vigil; «La condición de la mujer y el papel de la Iglesia en la Italia fascista y la España franquista: ideología, leyes y asociaciones femeninas», de Giuliana Di Febo y Marina Saba, y; «Notas para una historia social del movimiento de las mujeres: signos reformistas y signos radicales», de Concha Fagoaga Bartolomé y Lola G. Luna.

Con este magnífico volumen se ponen de relieve tanto las vejaciones como el protagonismo de la mujer en nuestra historia jurídica inmediata y es una contribución valiosísima a una bibliografía tan escasa como necesaria.

José BONET CORREA

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. SENTENCIAS COMENTADAS

CLAUSULA REVISORA DE AUMENTO DEL 10 POR 100 DE LA RENTA URBANA PARA UNA VIVIENDA Y DOS LOCALES DE NEGOCIO

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1984)

1. Las partes contratantes de un arrendamiento urbano de una vivienda y dos locales de negocio pactan que la renta aumente anualmente en un 10 por 100. En el año 1979 se reclama por el arrendador dicho aumento, así como en el año 1980, por lo que plantea dos juicios de desahucio por falta de pago, sin mencionar en el último nada respecto al año anterior, quedando sin probar si se había cobrado dicho incremento.

El arrendatario solicita del Juzgado de Primera Instancia que se declare nulo el pacto de aumento anual de las rentas de la vivienda y de los dos locales de negocio y que se condene al arrendador a reintegrarle el exceso de las rentas que había tenido que consignar en sendos procedimientos de desahucio por falta de pago, para evitar la resolución del contrato, exceso al que hubo de añadir intereses por demora. El Juzgado estimó la demanda y el arrendador interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Territorial que admite, en parte, el recurso, si bien declara la nulidad del pacto de aumento de la renta como cláusula de futuro y dispone que se reintegre al arrendatario el exceso de la renta que resulte percibida en los intereses de demora acordados.

El arrendador formaliza recurso de casación por infracción de ley ante el Tribunal Supremo, el cual, en esta Sentencia de 31 de octubre de 1984, además de otras decisiones, considera: «Que aparte de lo expuesto, y aun cuando se estimase que al aceptar el pago o consignación en sendos juicios de desahucio por falta de pago de las rentas en que se sustentaban las demandas, el demandado arrendatario realizó actos que demuestran una conducta inequívoca de pago de renta con el aumento establecido del diez por ciento, ha de admitirse que pueda contraponer este recurso a aquella conclusión sin que por ello se quebrante el principio de derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, toda vez que los diversos requisitos que esta Sala ha sentado para que dicho principio tenga virtualidad, es esencial el que exige para que pueda estimarse que los actos realizados sean jurídicamente eficaces —Sentencias de esta Sala de 21 de junio de 1945, 19 de junio de 1952, y 12 de marzo de 1956, entre otras— y que sean válidos en derecho y suficientes para producir un efecto jurídico —Sentencia de 22 de febrero de 1946—, efecto que no puede aplicarse a las rentas satisfechas de conformidad con una cláusula de estabilización nula por contravenir la reiterada doctrina de esta Sala que decreta esa nulidad cuando, como en el caso debatido, se limita a contemplar únicamente el aumento de la renta y no su disminución; por lo que, aun cuando partiese del recurrente la

iniciativa de esa cláusula, al ser la misma contraria a derecho, no le vincula y puede válidamente, como ha hecho este recurso, oponerse a la misma con éxito».

2. Con esta Sentencia creo que se llega a una simplificación extrema en la forma de juzgar su cuestión fundamental sin alegar, al menos, los criterios interpretativos anteriores que forman la doctrina de esta Sala en cuanto a un pacto de elevación de la renta. Todo juzgador —y con mayor razón nuestro más alto Tribunal quien exige a los accionantes que fundamenten bien y adecuadamente con arreglo a derecho sus alegatos—, por su parte, debe tener mayor deber de fundamentar jurídicamente con precisión sus decisiones. Invocar la nulidad de un pacto «por contravenir la reiterada doctrina de esta Sala» (sin concretarla) respecto a «una cláusula de estabilización» es confuso y contradictorio, porque, en el caso de autos, las partes no habían pactado una cláusula de estabilización, sino tan sólo una cláusula de mera elevación de renta; además de haber proclamado esta misma Sala en otras ocasiones, tanto la validez de las primeras como de las segundas. También hay que observar que para sancionar con la nulidad la cláusula pactada debe de ser contraria a la ley (arts. 1.255 y 6. 3 del C. c.) y el pacto de elevar la renta, en principio, no lo es según el artículo 98 de la LAU: otra cosa sería el ver si la elevación anual de un 10 por 100 pactada es fraudulenta (art. 6, 4 C. c.) o abusiva (art. 7. 2 C. c.), tal como para otros casos pudieron serlo ante esta Sala.

3. Desde luego, la Sentencia confunde una «cláusula de estabilización» con una «cláusula de elevación de la renta»; si bien ambas cláusulas están dentro del «sistema de actualización» general que la LAU vigente (ar. 100. 1) admite respecto a los contratos de arrendamiento urbano, en particular, el art. 98 permite que la renta «podrá ser objeto de aumento o reducción por acuerdo de las partes».

No se puede hablar de cláusula de estabilización que «se limite a contemplar únicamente el aumento de la renta» —según dice la Sentencia— porque deja de ser de «estabilización» para resultar de mera «elevación». Al ser de estabilización siempre tiene un doble efecto bilateral, tanto para el arrendador como para el arrendatario, dependiendo del efecto de la alteración económica (inflacionaria o deflacionaria); mientras que, si la cláusula es de elevación entonces sí que se produce solamente en ese sentido respecto del arrendador.

Ahora bien, si ese pacto o cláusula de elevación de la renta está permitido por la LAU (art. 98), nunca puede ser un acto contra ley el que llevan a cabo las partes, puesto que no es un acto contra una norma imperativa o prohibitiva (art. 6. 3 C. c.). Por tanto, que la Sentencia diga que estamos ante una «cláusula de estabilización nula por contravenir la reiterada doctrina de esta Sala que decreta esa nulidad cuando, como en el caso debatido, se limita a contemplar únicamente el aumento de renta y no su disminución», el fundamento de derecho no es legal, sino jurisprudencial o de doctrina legal (art. 1. 6 C. c.). Sin embargo, esta doctrina legal no siempre ha sido ni uniforme, ni idéntica, ni constante, tanto para los ordenamientos arrendaticios anteriores como en el vigente. Así son los casos sancionados con la validez para una cláusula de elevación de la renta, incluso con un aumento del 25 por 100, según la Sentencia de 18 de febrero de 1957, y, respecto a otros índices, las de 17 de junio de 1964, 11 octubre de 1968, 21 abril y 20 diciembre de 1972, 23 abril de 1973 y 4 de junio de 1977.

El grave error cometido para decidir la justicia del caso, en su pugna de intereses y de acuerdo con el ordenamiento positivo y su interpretación legal y jurisprudencial, creo que ha sido su generalización formal y de «clichet», que, por lo demás, también ocurre en otras sentencias —pocas— análogas a la de autos.

Cuando está ocurriendo en nuestra economía una alteración tan grave como es la inflación, hay que tomarla en cuenta al juzgar un contrato de tracto sucesivo, como es el de arrendamiento, donde el arrendador, sin su culpa, se ve despojado del poder adquisitivo de la suma de dinero o renta que percibe. Si dicha inflación anualmente supera ese diez por ciento pactado y, por tanto, esa cláusula previsoras no es contra ley y tampoco es fraudulenta (ya que no impide el ejercicio de la prórroga forzosa, art. 57 LAU), ni es abusiva, ¿cómo se puede sancionar que es nula por una mera alusión formal a «la reiterada doctrina de esta Sala»?; al menos —también formalmente—, no hubiera supuesto un esfuerzo para el tribunal el aludirla concretamente, aunque la tenga contradictoria, pues, en cada caso sus particularidades no conducen a las mismas decisiones y, en el de autos, de ninguna manera.

Es un síntoma alarmante de nuestro tiempo el de la superficialidad del tratamiento de nuestros oficios y su recurso a justificarse en lo meramente formal, sin tiempo para meditar y fundamentarse. Es más grave cuando se trata de la justicia conmutativa del caso, ya que se omite y aleja de la equivalencia de las prestaciones por causas externas ajenas a las propias partes y a la naturaleza jurídica del contrato.

4. La quiebra de la equivalencia de las prestaciones contractuales (uso-renta) producida como consecuencia de factores políticos-económicos, como son las alteraciones monetarias, es un efecto ajeno a las partes contratantes y que puede dañar tanto a una como a otra. El que en tiempos de inflación los acreedores busquen, mediante pactos o cláusulas de actualización, la previsión o defensa de ese daño patrimonial es una de las modalidades admitidas tanto desde la esfera normativa (Ley de Arrendamientos Rústicos, Reglamento Hipotecario, Compilación del Derecho privado foral de Navarra, ley 128), como desde el ámbito privado contractual. En el presente no basta invocar de modo genérico que dichas cláusulas son contrarias a Derecho; habrá que examinar el ámbito contractual donde fue pactada la cláusula actualizadora de la suma convenida, su normativa legal (imperativa o potestativa), y su adecuación particular (contra o según ley), ya que el pacto de actualización lleva consigo la transformación de una deuda pecuniaria, o de suma, en una deuda de valor, donde dicha suma, siendo originariamente determinada, resulta determinable en circunstancias y condiciones posteriores previstas por las partes.

En el caso de autos, el contrato de arrendamiento urbano, al desenvolverse en una época de clara tendencia inflacionista (1), la previsión de elevación de

(1) Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A., *La inflación y los contratos de Derecho privado*, en «Aspectos jurídicos de la inflación», Madrid, 1976; FLORES MICHEO, R., *Desvalorización monetaria en el Derecho Civil*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 540 (septiembre-octubre 1980), p. 1037; SANTIAGO DE PABLO, F. J., *La reactivación de la construcción en un mundo inflacionario*, en «Papeles de la Economía Española», Madrid, 1980, p. 164; R., *Génesis y continuidad de la inflación*, en «El Economista», 4770 (18 abril 1981), p. 3.

la renta, no prohibida por su normativa, en un tanto por ciento como el diez —que no era superior al índice oficial del Instituto Nacional de Estadística—, no puede ser considerado contra ley, ni fraudulento, ni abusivo, antes bien, como justo y equitativo, si no nos volvemos de espalda a la realidad. Resulta, pues, insuficiente alegar formalmente una «reiterada doctrina de esta Sala» cuando ésta no es aplicable al caso de autos, ni por ser uniforme, ni por ser análoga.

JOSÉ BONET CORREA

II. SENTENCIAS

A cargo de: Ricardo DE ANGEL YAGÜEZ
María Pilar BENAVENTE
Francisco LLEDO YAGÜE
Aurora RUIZ FERREIRO
Manuel María ZORRILLA RUIZ

I. DERECHO CIVIL

Derechos de la persona

1. *Títulos nobiliarios. Legislación desamortizadora.*—Si bien es cierto que una cosa son los mayorazgos o vinculaciones de bienes que, constitutivos de «manos muertas» o bienes improductivos, «extra commercium», fueron suprimidos por las leyes decimonónicas desvinculadoras y otra los títulos nobiliarios y honoríficos, mercedes otorgadas por la Corona, también lo es que ambas instituciones estaban imbricadas y unidas, la primera como sostén económico necesario para la prestancia o prestigio social (dignidad) del título según las características de la sociedad estratificada que lo origina, circunstancia que no puede echarse en olvido y menos, como se hace en el recurso, para disociar lo que en aquel tiempo estaba unido y socialmente asimilado y distorsionar así la auténtica interpretación histórica, que postula, cuando la trascendencia del hecho antiguo es hoy inane, estimarlo y valorarlo de acuerdo con su tiempo, no con el nuestro, con lo que se quiere decir, en definitiva, que la limitación posesoria de varios títulos no estaba en función sólo del dato económico del mayorazgo-título, sino también del valor social del título honorífico en sí y de la finalidad, no de evitar acumulación de bienes, sino de honores y mercedes, mirando a su distribución entre los varios herederos, al fin y al cabo —incluyendo el mayor o primogénito— sólo sucesores de la persona que justificó, por sus propios méritos o hazañas, la concesión de la merced, y en ese sentido realmente «privilegiados» y, como tales, susceptibles, o más bien necesitados, de serles aplicables las reglas o consideraciones restrictivas de todo privilegio, mirando a la distribución y no a la concentración de los mismos. (Sentencia de 27 de septiembre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se trataba de la acción entablada por la Marquesa de A. para que se declarase que es preferente su derecho genealógico frente al de la demandada para llevar, usar y poseer, reivindicar y disfrutar la merced nobiliaria de Marqués de V.

Allegaba al efecto la actora que la estipulación trece de las capitulaciones matrimoniales de los antepasados de ambas partes, aprobadas por la Real Cédula de 17 de mayo de 1614 del Rey Felipe III, dispuso que, si con motivo del matrimonio se unían ambas casas, se habrían de dividir en lo sucesivo, sin que «en ningún caso se han de poder juntar las dichas casas en un sucesor, si no fuere en el caso de no haber más de un descendiente de este matrimonio y entonces, por su muerte, *ipso iure*, se ha de hacer la dicha división». Pero añadía la de-

mandante que la Ley en que se basó el Monarca Felipe III para sancionar las capitulaciones matrimoniales citadas fue la de Cortes de Madrid de 1534, que la actora consideraba inaplicable al caso por referirse tal disposición a las casas de mayorazgos, que prohibía la unión de dos de ellas cuando «sea la una de valor de dos cuentos de renta» (valor económico hoy intraducible), es decir, por razones económicas, debiéndose entender, según la demandante y recurrente, que tal norma, como todas las relativas a mayorazgos, fue derogada por la Ley desvinculadora de 1820, que mantuvo sólo los títulos honoríficos.

La Sala Primera declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante, en base a las consideraciones transcritas, cuya síntesis es la de que la limitación posesoria de varios títulos no estaba sólo en función del dato económico, sino también del valor social del título honorífico. (R. de A.)

Obligaciones y contratos

2. *Obligación de dar cosa determinada: Desaparición física de la cosa. Inadmisibilidad de la atribución analógica de un «derecho de retorno» y de la subrogación real.*—En recurso de casación formulado dentro de un procedimiento de ejecución de sentencia, la Sala Primera dice:

CONSIDERANDO: Que la puesta en posesión, como actividad ejecutiva cuando el objeto específico de la sentencia de condena es la entrega de una cosa determinada, según resulta de aplicar los artículos 1.097 del Código civil y 926 de la Ley Procesal, puede verse imposibilitada por la insuperable realidad de la inexistencia del bien al tiempo en que se postule la entrega, por haber desaparecido durante el curso del proceso, hipótesis en la cual la ejecución mediante la efectividad del contacto material del ejecutante con la cosa de que se trata, físicamente descartada, habrá de orientarse hacia la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, pues la obligación principal se nova (artículo 926, *in fine*, en relación con el 928), como ya señaló la sentencia de esta sala de 9-4-1959; evidencia a la que se atuvo el Tribunal de instancia en el auto recurrido, pues si bien la decisión de cuya efectividad se trata, al declarar la inexistencia de plena capacidad de disposición en el enajenante y la nulidad del negocio contenido en el documento privado de 29 de diciembre de 1976, por medio del cual el arrendatario, padre de la recurrente, daba por fenecido el contrato locativo percibiendo una indemnización de cuatrocientas mil pesetas, contiene el pronunciamiento implícito de una reintegración posesoria, es lo cierto que pendiente la alzada la propia actora y recurrente, actuando a través de la representación de un Letrado, pactó con su padre y el arrendador recurrido la entrega a éste de «dicho local completamente libre con la finalidad de que pueda comenzar de inmediato el derribo del inmueble y la nueva construcción que intenta llevar a cabo», y aun cuando estipularon que lo convenido «no supone renuncia para ninguna de las partes de los derechos que se crean asistidos, ni tampoco de los procedimientos judiciales actualmente en tramitación, a cuyas resultas se estará en su día», es irrefutable que entre tales derechos de los coarrendatarios no podrá figurar el de dar vida a una situación ontológicamente imposible, por haber consentido la demolición del viejo edificio donde el local estaba ubicado.

CONSIDERANDO: Que por otra parte, ajeno al tema entonces debatido todo lo referente a un posible derecho de retorno a la nueva finca por aplicación análoga de la normativa reguladora del supuesto (artículos 81 y siguientes de la Ley de Arrendamientos Urbanos), no puede introducirse ese punto sin más en fase de ejecución, como bien entiende la Sala *a quo*, sin que venga permitido constreñir, pues la sentencia que es título de la ejecución nada dice, las facultades dominicales que al recurrido competen sobre la nueva edificación, ni ordenar una «subrogación real», como sostiene el primer motivo del recurso al aducir que el auto en cuestión ha proveído en contradicción con lo ejecutoriado; e igual suerte desestimatoria ha de correr el motivo segundo, amparado asimismo en el artículo 1.695 de la Ley Procesal en su anterior redacción, pues al razonar como lo hace la Audiencia no se basa en puntos sustanciales no controvertidos en el pleito o que no han sido decididos en la sentencia, antes bien, se atuvo a los términos precisos de lo debatido y resuelto sin incurrir en extralimitaciones, que es lo pretendido por la recurrente con su alegación de aquel hecho del ulterior convenio, producido al margen del proceso con posterioridad a la primera instancia, le atribuye una «vocación al arrendamiento» en el nuevo edificio, que ha de lograr su realización en esta fase ejecutiva, pretensión a todas luces inadmisibles.

CONSIDERANDO: Que en suma, pues, la ejecución de la sentencia de condena sólo puede traducirse, por lo pronto, en el remedio sustitutivo consistente en la indemnización, ya que ha sido demolido el inmueble, sede del local arrendado; y el extremo referente a un posible derecho de retorno, fundado en un pacto ajeno al debate y que no fue componente del tema controvertido, en modo alguno puede ser introducido en este trámite como aspecto de tal actividad ejecutiva, pues habrá de ser materia, si a los interesados conviniere, de un juicio distinto, autónomo o incidental. (Sentencia de 9 de junio de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Debe tenerse en cuenta que en la ejecución de sentencia de autos se había dictado por el Juzgado de Primera Instancia proveído del siguiente tenor literal: «... Requirárase a Don Manuel L. R. para que se abstenga de realizar acto alguno de administración o disposición del local objeto del presente procedimiento, poniendo a disposición de la parte ejecutante el local comercial que tiene arrendado en el inmueble propiedad del demandado en la calle C. C. número 8 de L.».

Contra dicha providencia se interpuso por la representación del demandado recurso de reposición, dictándose por el Juzgado auto en el que se desestimaba el recurso en cuestión.

Contra este auto se interpuso recurso de apelación por el demandado, dictándose por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial otro en el que se disponía: «Que estimando el recurso de apelación interpuesto, ... debemos revocar y revocamos la aludida resolución...».

Sobre estos antecedentes actúa la sentencia del Supremo que se acaba de extractar. (R. de A.)

3. *Prestación indivisible.*—Lo es cuando no puede ser realizada por partes sin alterar la esencia del específico objeto del contrato. (Sentencia de 22 de noviembre de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

4. *Pago por un tercero.*—En el cuarto motivo, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la repetida ley procesal, se denuncia la violación de los artículos 1.225 y 1.218 del Código civil, esta vez respecto al documento expedido por el Banco Hipotecario en el que se abona el dinero entregado por el tercero en la cuenta de los primitivos deudores (los socios aportantes de la finca hipotecada), saldándose así la deuda y desgravada la finca. Con tal alegación y denuncia se quiere decir y demostrar que los verdaderos deudores contra los que debiera ejercitarse la acción de reintegro eran y son los citados en dicho documento, desconocido —se dice— por el juzgador. No es aceptable tal tesis y el motivo tampoco puede prosperar. Se olvida, en primer lugar, que el artículo 1.158 del Código civil, en su referencia al deudor, lo hace al real y verdadero deudor, es decir, al obligado a quien el pago por el tercero favorece o le es útil y tal no puede ser otro que el que asume, por obra de lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley Hipotecaria, la carga de responder con la finca gravada de la concreta deuda u obligación determinada en el préstamo hipotecario, verdadero subrogado (la Sociedad Anónima demandada) en el cumplimiento de esa única y concreta responsabilidad, única, además, explícitamente exigida por el actor que pagó con esa finalidad, o sea la de liberar a la sociedad de esa deuda hipotecariamente asumida. Olvida también el recurso, en segundo término, que la sentencia recurrida afirma —sin ser ello impugnado— que no consta que el pago se hiciera contra la expresa voluntad de la indudable deudora, sino, antes al contrario, que el pago le fue útil, dada la relación entre los primeros deudores y la sociedad (de la que eran socios). Es, por tanto, aplicable aquí la doctrina ya expuesta en las sentencias de 5-11-83 y 29-5-84, especialmente la de esta última en cuanto a la naturaleza de la acción de reembolso amparada por el artículo 1.158 del Código civil que, como derivada de una gestión de negocios ajenos, tiende, en aquel como en este caso, a la estricta intención o «animus solvendi» de extinguir la obligación, pero no a subrogarse en el crédito del Banco contra los primitivos y no ya deudores, es decir, y en fin, a obtener por el que paga el reembolso de lo abonado. El documento privado que se cita, por tanto, no destruye la apreciación judicial, porque en nada influye en la consecuencia jurídica obtenida.

Litisconsorcio pasivo necesario: No existe.—Son aplicables los argumentos y razones expuestas para desestimar igualmente el motivo quinto, que denuncia la interpretación errónea del artículo 1.158 del Código civil, puesto que se reitera la tesis de que la demanda se debería haber interpuesto contra los primitivos deudores que aportaron la finca a la Sociedad y no a ésta, así como para fundar el rechazo del sexto y último motivo, pues en nada se desconoce o se infringe la doctrina del litis consorcio pasivo necesario por no haberse demandado conjuntamente a los repetidos deudores, justamente por no ya serlo y sí sólo la sociedad subrogada en el deber de prestación garantizado por la hipoteca, que asumió con la aportación por los dueños de la finca gravada, sin constancia de más o mayor responsabilidad exigible o exigida ahora, por el actor o tercero que pagó, a los reiterados deudores primitivos, convertidos ahora en terceros y ajenos a la contienda y cuya solución judicial no les afecta. (Sentencia de 16 de diciembre de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—El Banco Hipotecario de España había concedido un préstamo a determinados señores, garantizado por medio de una hipoteca que gravaba una finca propiedad de éstos. Dicha finca fue más tarde aportada a la sociedad anóni-

ma demandada y recurrente en casación, constando en la escritura fundacional la referida carga, que fue por tanto aceptada por la mencionada sociedad. El Banco, para el cobro de su crédito, instó proceso ejecutivo hipotecario y, anunciada la subasta de la finca, el señor G. T., «con indicación o sin ella de los antiguos deudores, pero obrando en interés y beneficio de la sociedad demandada, abonó al Banco la cantidad importe del crédito, cuyo reintegro, al amparo del artículo 1.158 del Código civil, es el que reclama en el pleito instado contra la sociedad beneficiaria.

La Audiencia condenó a la sociedad al reintegro solicitado, con el citado fundamento normativo, no sólo porque no se ha acreditado en autos que el pago se hiciera contra la expresa voluntad de la indudable deudora, sino porque aun en el supuesto de que fuera discutible, habida cuenta de la íntima relación personal entre los socios y la sociedad, así como el limitado número de aquéllos, resulta indudable que el pago le fue útil a la demandada, puesto que le permitió mantener la propiedad y posesión de la finca, liberándola además de la carga que pesaba sobre la misma. (R. de A.)

5. *Voluntariedad del incumplimiento contractual.*—La prestación debida en virtud de un contrato se incumple dolosamente si media plena conciencia de la voluntariedad del acto constitutivo de esa transgresión, dando lugar, si se causaron daños, a un resarcimiento integral y no susceptible de reducción en virtud de acuerdo previo alguno.

Presunción de existencia del daño.—El mero incumplimiento lleva consigo la vehemente sospecha, cuando no la certeza, de que se han producido daños en el caso de rotunda negativa a cesar en la ilícita posesión del objeto arrendado —que es obligado devolver al arrendador— y de haber empleado toda suerte de medios de impugnación para prologar dicho estado de cosas. (Sentencia de 23 de octubre de 1984; no ha lugar.) (M. Z. R.)

6. *Mora: Cómputo de los intereses del artículo 1.108 del Código civil.*—Entiende el impugnante que, al no ser líquida la cantidad reclamada en la demanda, la condena al abono de intereses no es dable desde el día de la presentación de la misma, como se sostiene en la sentencia recurrida, sino desde que adquiera firmeza la sentencia definitiva recaída en el proceso, motivo que ha de decaer, dado que la cantidad a cuyo abono se condena en la sentencia impugnada es la misma exactamente que la que fue postulada en el suplico de la demanda, de aquí que, al no haber sido fijada en el proceso, como resultado de una valoración del resultado de la prueba, sino por estimación del montante de los daños y perjuicios aducidos por la parte demandante, el abono de los intereses devengados por dicha suma ha de ser computado desde la fecha en que se produjo la interpelación judicial. (Sentencia de 14 de diciembre de 1985; no ha lugar.)

(R. de A.)

7. *Mora: Obligación líquida.*—La sentencia reitera la doctrina de que es líquida la deuda cuando la cantidad reclamada como resarcimiento está fijada de modo indubitado por el contrato y por los recibos de renta, cantidad no precisada de determinación, y que es la que se condena a pagar a los arrendatarios y de la que se ha de obtener la suma correspondiente a sus intereses, devengados

consecuentemente desde la interpelación judicial (Sentencias de 5 de octubre de 1983 y 23 de noviembre de 1983, «a sensu contrario»). (Sentencia de 14 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

8. *Aplicación del artículo 1.129-2 y constitución en mora.*—«... Incurrió en mora... y ha de considerarse vencida la totalidad de la deuda... por cuanto el incumplimiento de lo pactado sobre otorgamiento de la escritura y pago de la primera fracción del precio con simultáneo aseguramiento de los tres plazos restantes mediante letras avaladas por un banco, apareja efectivamente el advenimiento de la situación de mora del deudor respecto de la totalidad del precio y no sólo de la parte del mismo que había de pagarse al otorgamiento de la escritura...». (Sentencia de 11 de abril de 1985; no ha lugar.) (A. R. F.)

9. *Indemnización de daños y perjuicios del artículo 1.101 del Código civil.*—Esta no va ineludiblemente ligada o es consecuencia necesaria del incumplimiento contractual, siendo preciso demostrar la existencia real de aquéllos para que dicha obligación nazca y sea exigible, sin que pueda derivar la misma de supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, no pudiendo, de otra parte, condenarse al pago de indemnización diferiendo para ejecución de sentencia el hecho cierto de que los perjuicios lleguen a tener realidad, pues al condenar a eso hay que hacerlo sobre la base de su efectividad acreditada.

Simple retraso.—Se acepta por el Supremo la declaración de la Sala de instancia de que el simple retraso producido en la entrega de alguna partida de botellines de las que habían sido contratadas había carecido de trascendencia al efecto de poder ser determinante de una tacha de incumplimiento que justificara la procedencia del resarcimiento de daños interesado. (Sentencia de 8 de octubre de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Estimamos que la manifestación del último inciso del primer apartado transcrito ha de entenderse restrictivamente, en el sentido que en el juicio han de sentarse las bases de determinación del daño y de su importe, sin perjuicio de que su exacta fijación quepa en ejecución de sentencia. Otra cosa sería desterrar la posibilidad de reparación de daños de producción diferida o sobrevenida, aunque previsible en sus manifestaciones.

En todo caso, sería interesante preguntarse sobre la posibilidad —cuestión que desde luego esta sentencia no plantea, porque no ha lugar a hacerlo— de reclamar daños sobrevenidos, de naturaleza contractual, en un juicio posterior a aquel en que se declare el incumplimiento y, en su caso, los daños sufridos hasta que la demanda se formula. (R. de A.)

10. *Acción personal. Reclamación de cantidad líquida; No necesidad de requerimiento previo.*—«... a la previa reclamación judicial, pues en contra de ello se alza la simple lectura del contenido de dicha Póliza, que en modo alguno establece tal exigencia, lo que conduce a que la reclamación se pueda producir por vía judicial con solamente darse las circunstancias, producidas en el presente caso, de vencimiento del plazo por el que fue concedido el crédito y existencia en tal momento de descubierto, por impagado, del saldo líquido acreditado como existente.»

No exigencia de previa notificación de saldo y extracto de cuenta.—«... no hizo previa notificación ... del saldo y extracto de cuenta en forma notarial o judicial, puesto que esa exigencia, cual se deduce de los propios términos de aquel precepto hipotecario» (art. 153 L. H.) "es a efectos de proceder ejecutivamente, que no es el supuesto ahora contemplado, dado que la acción rectora del juicio de que se trata es la ordinaria derivada de la indicada Póliza de Crédito personal... a la que no alcanza esa exigencia y no la acción ejecutiva emanante de la hipoteca de máximo con la superposición de garantía otorgada... ante notario, ... no ejercitada, que es a la que se contrae el referido artículo 153 de la Ley Hipotecaria». (Sentencia de 20 de noviembre de 1985; no ha lugar.)

(A. R. F.)

11. *Fuerza mayor.*—En la parca regulación de nuestro Código civil en relación con la fuerza mayor resalta la normativa contenida en su artículo 1.105, precepto que respecto a aquella fuerza mayor impeditiva del cumplimiento de las obligaciones contractuales hay que completar con lo dispuesto en los artículos 1.182 y 1.184 del mismo cuerpo legal en cuanto matizan que la fuerza mayor ha de hacer imposible el cumplimiento de una obligación previamente contraída o impedir el nacimiento de la que pueda sobrevenir y que para producir la extinción de la obligación atribuible al deudor es necesario que el evento constitutivo de la fuerza mayor se produzca con antelación al momento en que dicho deudor se hubiese constituido en mora, normativa que en su aplicación al motivo de la litis determina la estimación de los motivos primero y sexto del recurso, por cuanto es correcta la tesis de que la Sala sentenciadora en la instancia, desconociendo el contenido del documento constituido por el informe del Ayuntamiento de Berango, no pondera en sus conclusiones fácticas la circunstancia que dicho informe acredita de que el demandado no solicitó la oportuna licencia de obra para la construcción de las casas cuarta y quinta con anterioridad a la fecha del 31 de diciembre de 1974, fecha en que según lo convenido debía haber entregado al actor las tres viviendas en dichas casas radicadas, ya que lo único que solicitó el Ayuntamiento, y ello con fecha 14 de octubre de 1975, fue un informe o certificación sobre la «calificación del terreno».

Y en lo que afecta al motivo sexto, la violación del artículo 1.182 del Código civil por la sentencia impugnada es patente, desde el momento en que la imposibilidad del cumplimiento por el deudor de su obligación de tener entregadas el día 31 de diciembre de 1974 las tres viviendas que habían de radicarse en las casas que no construyó sólo se patentiza en momento muy posterior a la indicada fecha, determinando ello que, exceptuada por el deudor la concurrencia de fuerza mayor que le exoneraba del cumplimiento de la obligación, le incumbía la prueba tanto del hecho del cambio de calificación del terreno a efectos urbanísticos como la de que la circunstancia de que tal calificación había operado en términos que hacían imposible la construcción con anterioridad al día 31 de diciembre de 1974, prueba, la de este último extremo, no efectuada. (Sentencia de 2 de octubre de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—Se trataba de una operación muy frecuente, consistente en que el dueño de un terreno, actor en este pleito, lo transmitió a un constructor —simulando una operación de venta—, con la contraprestación a cargo del adquirente de entrega al transmitente de siete viviendas y una lonja de las casas que aquél

proyectaba edificar en el terreno en cuestión. Se pactó que la entrega de estas viviendas y lonja se haría antes del 31 de diciembre de 1974, con pena de una sanción por retraso de mil pesetas por día a partir del 1 de enero de 1975.

Alegaba el transmitente actor que el demandado no había entregado tres viviendas, porque el demandado ni siquiera había iniciado —al momento de la demanda— la construcción del último bloque previsto, al que habrían pertenecido los citados pisos. En consecuencia, se suplicaba la condena al demandado a entregar las tres viviendas que faltaban y, si eso fuera imposible, se sustituyera esa obligación de entrega por su equivalente en dinero. Y subsidiariamente a esta petición, que se declarase la nulidad parcial del contrato, condenando al demandado a devolver el terreno sobre el que no puede construir, con daños y perjuicios. Y había otros pedimentos que no vienen a cuento ahora.

El demandado solicitó la desestimación de la demanda y formuló reconvencción por la que pedía se declarase la resolución parcial del contrato, con devolución al actor del terreno que debía ocupar la casa —no construida— en que se habrían hallado las viviendas no entregadas, pero con la obligación de pago por el actor del importe de las obras útiles verificadas en dicha porción de terreno. Y ello, decía el demandado, porque el Ayuntamiento le había denegado la licencia para edificar la casa en que tales viviendas se hubiesen emplazado, de haberse construido.

El Juzgado estimó en parte la demanda y desestimó la reconvencción, condenando al demandado a satisfacer al actor, en vista de la imposibilidad de entregar las viviendas objeto del pleito, la cantidad de 6.300.000 pesetas, para dar por saldado y finiquitado el contrato.

Apelada la sentencia por el demandado, la Audiencia la revocó y declaró la resolución del contrato únicamente en lo que se refiere a la obligación del demandado y reconveniente de entregar al actor los pisos a construir, condenando en consecuencia a dicho demandado a devolver al actor y reconvenido el terreno sobre el que no pudo construir, en las mismas condiciones en que este último se lo entregó.

El Supremo, como vemos, declara haber lugar al recurso, en base a la doctrina expuesta, y en su segunda sentencia confirma íntegramente la del Juzgado.

(R. de A.)

12. *Cláusula penal: Modificación al amparo del artículo 1.154 del Código civil.*—El recurso sostiene que dicho artículo se refiere a los casos en que «por equidad haya que reducir una cláusula penal establecida de manera desproporcionada y abusiva», siendo así que el precepto contempla el caso en que el deudor haya cumplido en parte o irregularmente su obligación; y entonces el juzgador modificará la pena convenida —lo que hará equitativamente— acreditando un carácter imperativo de la modificación, ajena a la posibilidad de realizarla por razones de equidad, al modo proclamado por reiterada doctrina jurisprudencial, recogida entre otras en las sentencias de esta Sala de 16 de enero de 1910, 31 de octubre de 1922, 31 de mayo de 1948, 19 de mayo de 1958, 3 de febrero de 1973, 27 de marzo de 1974 y 6 de octubre y 23 de noviembre de 1976. Que es justo el supuesto que se examina, pues el deudor cumplió su obligación en parte, sin que se haya alegado que lo hiciese irregularmente, por lo que el juzgador tenía necesariamente que modificar (reducir) la pena fijada, de modo equitativo,

que obviamente queda al prudente arbitrio del juzgador, cuya decisión, justo por ello, no es discutible en casación como pretende el recurrente... (Sentencia de 13 de julio de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

13. *Cláusula penal*.—La facultad moderadora de la cláusula penal que establece el artículo 1.154 del Código civil viene atribuida a los Tribunales de instancia y no es revisable en trámite de casación (Sentencias de 4 de julio de 1981, 30 de marzo y 20 de abril de 1983 y 9 de abril de 1984). (Sentencia de 5 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

14. *Créditos salariales* (preferencia).—El plazo para ejercitar el derecho de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescriben tales derechos tanto en un proceso de ejecución universal en el que ocupará para el cobro de su crédito el lugar privilegiado que le corresponda, como en un proceso singular de ejecución, en este último caso por el cauce incidental de la tercería de mejor derecho al objeto de ser reintegrado de su crédito con preferencia al acreedor ejecutante. Esto supuesto, conforme al artículo 32 del Estatuto de los trabajadores (núm. 6) tal privilegio debe ejercitarlo dentro de un año contado en la forma expuesta, es decir, desde el día en que se incumplió la obligación del pago hasta aquél en que se ejercita la acción.

Hay que distinguir, por una parte, la prescripción del crédito, y por otra parte, la prescripción de la preferencia. Así pues, la pervivencia del crédito está supeditada a su reclamación o ejercicio frente al empresario deudor; sin embargo, la preferencia se actúa ora concurriendo al procedimiento concursal, ora procediendo a la ejecución singular formulando la correspondiente tercería, pero tanto en un supuesto como en otro la preferencia se ejercita respecto a los acreedores del deudor, no respecto a éste.

En el caso litigioso, cuando se suscita la mentada tercería ya había prescrito el derecho de preferencia que se invoca por haber excedido del plazo de un año desde que los créditos salariales eran exigibles, de modo que no pueden pagarse con preferencia a los créditos fiscales por los que se sigue el procedimiento de apremio.

Resumiendo el problema, puede estructurarse de la siguiente manera, si la anotación preventiva de embargo, constituye o no un derecho real, y en consecuencia, si el crédito con ella garantizado es o no preferente al salarial; si tal anotación implica la afectación de los bienes objeto de ella al pago del crédito que motivó el embargo, o como dice la doctrina científica un derecho de realización de valor en garantía de la satisfacción del crédito. Hasta el punto de que según el artículo 38 Ley Hipotecaria, el procedimiento de apremio sobre los bienes embargados continúa aunque hayan pasado a ser propiedad de un tercer poseedor, y si a tenor del artículo 71 de la propia ley, los bienes o derechos reales anotados pueden ser enajenados o gravados, sin perjuicio de derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación, es indudable que concurren en la repetida anotación los caracteres de inmediatividad y absolutividad, propios de los derechos reales sobre bienes inmuebles, aunque sus efectos no se asimilen totalmente a los del típico derecho real de garantía, puesto que las referidas anotaciones preventivas no modifican la situación jurídica preexistente a su acceso al Registro, de forma que los créditos contraídos o los actos dispositivos otorgados

con anterioridad no resultan afectados por la anotación, y sí los créditos posteriores a la anotación, de suerte que en el supuesto debe concluirse que los créditos del Estado por los que se sigue el apremio administrativo preventivamente anotados en el Registro, gozarían de preferencia sobre todos los créditos salariales posteriores a dicha anotación. (Sentencia de 25 de septiembre de 1985; ha lugar.) (F. Ll.)

15. *Acción revocatoria o pauliana*.—Debe parecer el motivo quinto del recurso, que imputa a la sentencia impugnada violación del artículo 1.111 del Código civil y «doctrina legal concordante, a cuyo tenor el ejercicio con éxito de la acción revocatoria o pauliana demanda, como condicionante previo de procedibilidad, la infructuosa puesta en práctica de las acciones ordinarias contra el deudor, de suerte que tras ello no le quepa al acreedor otro remedio que éste extraordinario y subsidiario de la revocación»; argumentos no ajustados a los requisitos de la acción de que se trata y más en concreto por lo que toca a la subsidiariedad de su ejercicio con arreglo a los artículos 1.111, 1.291, núm. 3.º y 1.294, porque además de que la realidad de la insolvencia del deudor o la insuficiencia de bienes en su patrimonio es de la libre apreciación del Tribunal de Instancia (Sentencias de 31-3-65 y 9-11-66), y en el caso debatido la Sala afirma sin contradicción eficaz en el recurso que «el perjudicado carece de todo otro medio para obtener la reparación del perjuicio, al no existir la posibilidad de adicionar a la herencia la forma de saldar la deuda por la carencia absoluta de bienes», las directrices jurisprudenciales, al analizar el carácter perjudicial y fraudulento del acto (*eventum damni* y *consilium fraudis* o malicia, según la denominación tradicional), no imponen una previa persecución del deudor para acreditar su insolvencia, sino que prácticamente bastará con hacer hincapié en la falta de bienes racionalmente basada, siempre que en el litigio no se demuestre la inexactitud de tal elemento negativo por conocida existencia de otros distintos a los fraudulentamente enajenados, hipótesis descartable en el caso actual, pues si en cuanto a Don Antonio L. F. aseverada queda su falta de toda solvencia, del recurrente Don Carlos L. B. señala la sentencia combatida que «se le siguió proceso penal por delito de alzamiento de bienes, del que fue absuelto por aplicación del Indulto vigente en la fecha de realización de los hechos», y en cuanto a su esposa Doña Dolores C. F. ningún medio probatorio permite sospechar siquiera que goce de una situación distinta a la de su marido en cuanto a la carencia de bienes, todo lo cual pone de relieve sin asomos de duda razonable que el Banco no dispone de otro remedio para lograr el pago y que ha existido una intencionada y antijurídica disminución de la garantía, con participación de tercero en la maquinación.

Fianza prestada únicamente por el marido (en la redacción anterior del artículo 1.413 del Código civil).—La repulsa ha de alcanzar asimismo a los motivos sexto y séptimo, que se fundan, respectivamente, en la indebida aplicación y violación de los artículos 1.408, núm. 1.º, y 1.413 del Código civil, en su texto derogado, sosteniendo que la garantía prestada al Banco por Don Antonio L. F. es obligación propia que como tal no afecta al consorcio, pues se trata de un acto gratuito, esto es «sin contraprestación onerosa», que no alcanza a otros bienes que los privativos del marido; tesis inaceptable, pues con independencia de que la resolución combatida da por supuesto el asentimiento de la esposa

y el beneficio de la sociedad conyugal al indicar que «la deuda resulta amparada por la sociedad de gananciales ya que ambos cónyuges conocían su existencia», haciendo así inequívoca referencia a una decisión conjunta, la jurisprudencia recaída en la aplicación de aquellos preceptos no dejó de proclamar la superioridad del marido en la dirección de la economía familiar, así como la improcedencia de partir de cualquier sospecha de fraude para los derechos de la mujer, y más en concreto entendió después de la innovación legislativa de 24-4-1958 que no es acto gratuito, a los efectos del régimen de gananciales, el aval o fianza mercantil prestada por el marido con motivo de una póliza de crédito suscrita por una compañía de la que era socio, pues se derivaban beneficios para el patrimonio, a cuyas cargas atendían los rendimientos de la sociedad y en el caso controvertido en el proceso la garantía asumida por Don Antonio L. F. respondió a la que a su vez contrajera el Banco en la operación crediticia contratada por el marido con el Banco «Z» para refuerzo de la industria familiar favoreciendo su desenvolvimiento negocial, todo ello además de que no ha sido entablada acción alguna por la mujer o sus herederos para impugnar el acto dispositivo y sustraer los bienes gananciales en la responsabilidad que se postula.

Excepción de litisconsorcio pasivo necesario por no demandar al defensor judicial de menores: no procede.—El motivo cuarto se basa en la violación de la doctrina legal sobre el litisconsorcio pasivo necesario, ocasionada por «la circunstancia de no haber sido demandado el defensor judicial de los menores a pesar de postular la accionante la nulidad, la rescisión y en definitiva la ineficacia de una serie de actos u otorgamientos en los que intervino y participó dicha persona para completar la capacidad de los menores y presentarlos frente a su padre en vista del interés contrapuesto que con éste tenían»; y tampoco puede prosperar, en primer término porque, como es evidente, no se trata de problema relativo a la correcta formación de la relación jurídica procesal o adecuada integración del «contradictorio», que exigiría preservar el principio de audiencia con relación a quienes ostentan un interés directo y legítimo en la controversia, sino de defender la exigencia de servirse en la situación de que se trata de una figura presidida por la idea de transitoriedad y de concreta designación para un específico caso en que surge el conflicto de intereses justificativo de la suspensión del poder paterno en el asunto determinado de que se trata (arts. 163 y 299, núm. 1.º del Código civil), lo que excluye todo aspecto de institución permanente para la representación del menor que los recurrentes aplican con desacierto, y de otro lado en modo alguno se originaría la nulidad de lo actuado por oposición económica o de otro orden entre los menores y su padre, pues inspirada la disposición legal en la primordial finalidad de la defensa de los primeros (Sentencia de 15-10-1973), serán las circunstancias de cada supuesto las demostrativas de la contraposición de intereses, ordinariamente surgida cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es en perjuicio del patrimonio de la otra (Sentencia de 30-11-1961), de manera que la resolución recae sobre valores que si no fueron atribuidos directa o indirectamente al padre corresponderían o aprovecharían al hijo (Sentencia de 6-11-1934), contraposición que no se produce en el debate origen del recurso, por cuanto aunque los pronunciamientos de la resolución combatida alcanzan también a las operaciones divisorias del caudal relicto de Doña C. B., de la que son herederos su hijo Don Carlos L. B. y sus nietos los hermanos L. C., lo sostenido en el juicio por todos los demandados como tesis común en beneficio

del grupo fue la improcedencia de sujetar los bienes de ese caudal a responsabilidad alguna ante el crédito del Banco, que se vería de consiguiente sin posibilidad de realización por carencia de activo en la herencia de Don Antonio L. F. y en el patrimonio de Don Carlos L. B.

Acumulación de acciones.—El motivo primero del recurso denuncia violación de la «doctrina legal declaratoria de que las acciones judiciales esgrimidas por uno contra varios únicamente son acumulables en el mismo proceso si proceden de idéntico título o causa de pedir», a tenor de las sentencias que se cita, pero en el caso de litis se originó una acumulación indebida por no concurrir las identidades precisas para resolver en el mismo juicio ordinario los distintos debates, que afectan a una pluralidad de personas ligadas por negocios jurídicos diversos; alegación desestimable, pues además de que en definitiva el hipotético vicio de fondo se traduciría en la vulneración de un precepto procesal, de suyo inapropiado para servir de soporte a un recurso de casación sobre el fondo según tiene declarado esta Sala en constante doctrina que hace innecesarias citas concretas, no puede desconocerse que la conexión causal mencionada en el artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de ser reconducida a los fundamentos de hecho aducidos por la parte en cuanto definen el acaecimiento básico de la pretensión (Sentencia de 27-12-1947), que por razones de economía procesal y de conveniente examen en un solo litigio justifican el tratamiento unitario y la resolución conjunta, evitando decisiones discrepantes, razón por la cual ya la sentencia de 5-3-1956 propugnó una aplicación flexible de los elementos de tal figura, entendiendo que es admisible la acumulación de acciones a pesar de que el supuesto no se halle literalmente comprendido en la dicción de la norma si tampoco le alcanzan las prohibiciones de los artículos 134 y 157, y no puede ponerse en duda la conveniencia de someter a examen en el mismo proceso la serie de contratos celebrados por los deudores citados y por los subadquirentes, cuando el fundamento primordial (simulación o rescindibilidad por fraude) abarca a todos ellos y el fin perseguido por el tortuoso proceder, burlar la satisfacción del derecho del acreedor, los colorea igualmente. (Sentencia de 12 de junio de 1985; ha lugar.)

HECHOS.—Para la debida comprensión de la doctrina de los diversos apartados de este extracto es preciso narrar los hechos con cierto detalle.

El Banco «X» formuló demanda contra Doña Carmen F. P., Don Carlos L. B. por sí e hijos menores, Don José Luis B. R., Don José María E. M., Don Manuel C. S. «Cerámica L. S. A.» y Don Germán V. y Doña R. F. B., suplicando demanda por la que se declarase la nulidad de: 1. Escritura de 15-10-70, por la que Don Antonio L. F., por la que vendió y cedió a título oneroso los derechos, cuota indivisa, que le correspondían en el patrimonio ganancial en liquidación por el fallecimiento de su esposa, a «Cerámica L., S. A.». 2. Escritura de 23-10-70, por la que el mismo señor dice vender a Doña Carmen F. P. unas fincas. 3. El acta de 18-12-71, protocolizando las operaciones divisorias de la herencia de Doña Carmen B. F., esposa de Don Antonio L. F. 4. Escritura de 27-1-72, por la que el gerente de la sociedad «Cerámicas L. S. A.» aclara y especifica que los bienes que constituyen la cesión onerosa o venta a que se refiere el pedimento 1 son los detallados en el hecho 5.º de la demanda. 5. Escritura de 1-4-72, por la que Don Carlos L. B. y Don Eduardo C. M., el primero por sí y el segundo en nombre y representación, como defensor judicial, de los menores C., J., C., y E. L. C. ratifican y convalidan la escritura aclaratoria anterior. 6. Es-

critura de 10-6-72, por la que las fincas números 1 a 7 y 9 de la demanda fueron adjudicadas en pleno dominio por cuartas partes indivisas a los cuatro citados menores hermanos L. C., una vez practicada la división material con «Cerámicas L. S. A.». 7. Escritura de 9-12-72, por la que los cuatro hermanos L. C. venden las fincas del apartado anterior a los demandados Don León C. L. (por cierto, no citado en el encabezamiento de la demanda, según el Resultando primero de esta sentencia) y Don Germán V. 8. La escritura otorgada por Doña Carmen F. P. en favor de Doña Rosa F. B., asistida de su esposo Don Vicente C. C. 9. El auto de 8-6-71, del propio Juzgado, por el que se ordena la protocolización de las operaciones particionales de Doña Carmen B. F. 10. Y nulas también las ventas de las acciones de «Cerámicas L., S. A.» celebradas en favor de los demandados Doña Carmen F. P., a Don Manuel C. S. y a Don José María E. M. Y que asimismo se declarasen nulos y sin efecto alguno los asientos registrales del Registro de la localidad de V., en relación con cada una de las fincas comprendidas en las escrituras antes citadas. Subsidiariamente, si no se declarase la nulidad de las transmisiones, que se dé lugar a la acción de rescisión de las mismas, ordenando la nulidad de los asientos registrales, con restitución de las fincas a los transmitentes.

A pesar de todo, creemos preciso reproducir el primer Considerando de la sentencia, que facilita la comprensión de lo que se debatía:

«CONSIDERANDO: Que para llegar a la declaración de ineficacia, frente al Banco acreedor y recurrido, bien por simulación absoluta o conceptuándolos rescindibles por fraudulencia, los sucesivos negocios impugnados que arrancan en su desarrollo de la escritura de 15-10-1970, mediante la cual Don Antonio L. F. transmitió a título oneroso a "Cerámicas L. S. A." la cuota que le correspondía en el patrimonio ganancial en trance de liquidación por fallecimiento de su esposa Doña Carmen B. F., actos dispositivos proseguídos por el único hijo de ambos esposos y recurrente Don Carlos L. B., la Sala de instancia sienta los siguientes hechos, que han de ser resaltados del conjunto de antecedentes por su relevancia en el planteamiento del conflicto: Primero) Garantizada por el Banco "X" hasta un límite de seis millones quinientas mil pesetas la devolución de la suma prestada por el Banco "Z" al nombrado causante Don Antonio L. F., a su vez éste, en unión de su hijo Carlos L. B. y de su nuera Doña Dolores C. F. se obligaron, en carta intervenida por Corredor de Comercio, a reintegrar al Banco "X" las cantidades que esta entidad tuviese que satisfacer por razón de la garantía expresada; y cumplida por el Banco fiador la obligación principal al no haberlo hecho el prestatario, fue desatendido el requerimiento notarial para el reintegro efectuado por aquél a los garantes solidarios, resultando igualmente infructuosas las diligencias preparatorias de ejecución promovidas por el Banco "X" contra Don Antonio L. F., Don Carlos L. B. y Doña Dolores C. F., al no haber reconocido la autenticidad de la firma ninguno de los interesados. Segundo) Seguido juicio declarativo por el Banco "X" contra Don Antonio L. F. en reclamación del principal e intereses, las sentencias de ambas instancias, íntegramente estimatorias de la demanda, alcanzan en sus efectos a Don Carlos L. B., hijo único y heredero del demandado, pues se operó sucesión procesal por óbito del progenitor en el curso del litigio. Tercero) Como consecuencia de la cadena de enajenaciones, simuladas o rescindibles, llevadas a cabo por Don Antonio L. F. y por Don Carlos L. B., apoderado de su padre y factótum de "Cerámicas L. S. A.", que incluso alcan-

zaron a las acciones que al primero correspondían en la compañía, la entidad bancaria actora no cuenta con bienes obrantes en el patrimonio del *de cuius* o en el de su hijo para lograr la satisfacción de su crédito, vacuidad económica que justifica el ejercicio de las acciones entabladas.»

La sentencia de la Audiencia había estimado las pretensiones del Banco actor, salvo en lo concerniente a la adquisición de seis fincas en la que eran compradores los hermanos Don León y Don Germán V., de nacionalidad belga, adquirentes de buena fe tabularmente protegidos. (R. de A.)

16. *Novación: Requisitos.*—A tenor de lo dispuesto en el artículo 1.204 del Código civil, la novación en sentido propio, con su efecto específico de sustituir la antigua obligación por la nueva, requiere el *animus novandi* en forma de declaración de voluntad encaminada a tal designio, o bien la existencia de incompatibilidad total entre ambas relaciones obligatorias (Sentencias de 29-1 y 7-6-82), pero es evidente que mal podrá existir sustitución expresa ni tácita cuando falta tanto la *stipulatio novatoria* como el *aliquo novi* o creación de un nuevo resultado por alteración de los elementos estructurales de la obligación primitiva, como acontece cuando únicamente se han librado cambiales o suscrito otros documentos para el pago de la deuda (Sentencia de 4-6-85) o se han reforzado las garantías en beneficio del acreedor prestamista (Sentencia de 28-3-85), por lo mismo que la significación económica de lo convenido con esa concreta finalidad excluye la posible concurrencia de los presupuestos determinantes de aquel sustitutorio; razones que con toda claridad imponen la desestimación del motivo inicial del recurso, que al amparo del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal denuncia violación por no aplicación de los artículos 1.203, núms. 1.º y 2.º, y 1.206 del Código civil, pues además de que es cometido de la Sala de instancia apreciar la base fáctica de la novación (Sentencias de 16-2-83 y 28-3-85), rechazada en este caso por el Tribunal *a quo* sin censura por la vía conducente, es manifiesto que la circunstancia de que el recurrente don Manuel María C., en su condición de director gerente de la deudora principal I. librase dos talones contra la cuenta corriente de esta entidad para el pago de la deuda —no logrado por carencia de fondos, según se dijo—, no elimina la intervención como avalista de ambos demandados ni tampoco persiguió modificar el vínculo nacido del préstamo a tal entidad, o la función del negocio, sino que, bien al contrario, tales documentos entregados sin cobertura cabalmente iban dirigidos en apariencia al cumplimiento de la prestación a que venía obligada la sociedad prestataria.

Aval prestado por el marido solamente.—3. Como recordó la Sala en Sentencia de 15-5-84, atribuida por la normativa anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981, la administración de la sociedad de gananciales al marido como facultad exclusiva (artículo 1.412) aunque con poder de disposición limitado en la hipótesis del artículo 1.413, a diferencia del sistema vigente basado en el criterio de la administración conjunta y del consentimiento dual, los bienes comunes respondían de las obligaciones contraídas por el varón actuando en servicio del consorcio, siempre que le haya movido el interés de la familia, presunción normal que admite prueba en contrario, y tal resolución, seguida por la de 12-6-85 y con precedente en las de 11-4-72 y 6-10-80, entendió que el aval prestado por el marido no debe ser conceptuado de operación a título gratuito cuando busca facilitar el desarrollo de una sociedad en la que ocupa posición relevante, sin olvidar, de otro lado,

que con anterioridad a la Ley de 2 de mayo de 1975, al marido le correspondía representar a la mujer tanto en los actos judiciales como extrajudiciales (artículo 60 del Código civil).

Lo expuesto determina la improcedencia del motivo segundo del recurso, que por la misma vía procesal aduce violación de los artículos 63 y 1.413 del Código civil, en su redacción al tiempo —24 de diciembre de 1974— de creación de la letra y firma del aval, pues sobre que aquel precepto no excluía entonces la representación de la mujer por su consorte, aun sin mediar apoderamiento, es de advertir que según la regulación legal en aquella data, contenida en los artículos 1.412 y 59, el marido es el administrador de la comunidad de gananciales con facultades para obligar su patrimonio (artículo 1.408) mediante actos o negocios onerosos, por sí y en su nombre, sin necesidad de aparecer como gestor del conjunto ante terceros, aunque sin perjuicio de los mecanismos legales de defensa del otro cónyuge (artículo 1.413 del propio Código y 144 de la Ley Hipotecaria) en los supuestos de perjuicio, fraude o contravención de las previsiones de la norma, por estar la gestión referida al interés de la familia (Sentencia de 19-2-82), como se indicó; y además de que en el caso de litis la mujer no ha impugnado la actuación marital, la jurisprudencia tiene advertido que es inadecuado partir de cualquier sospecha de fraude para los derechos de la esposa en la actividad de su cónyuge (Sentencias 7-6-82; 28-2-75 y 12-6-85).

Costas: Apreciación de temeridad.—Una jurisprudencia reiterada enseña en línea uniforme que la apreciación de existencia de temeridad a los efectos de la imposición de costas no se halla sujeta a preceptos concretos o a doctrina legal, salvo en los supuestos de excepción singularmente previstos, sino que viene confiada al discrecional y prudente arbitrio del juzgador de instancia, no susceptible de ser revisado en casación, máxime cuando queda incólume el estado de hecho en que la Sala basó su juicio crítico. (Sentencia de 21 de diciembre de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

17. *Contratos civiles y contratos administrativos: Quinielas futbolísticas.*—Es evidente que el problema de la calificación de los contratos como de Derecho privado o administrativo, cual reconocen la doctrina científica y jurisprudencial, constituye una de las cuestiones más comprometidas en ambas ramas de la enciclopedia jurídica, especialmente en aquellos casos que como el presente la línea fronteriza entre ambos campos del Derecho se manifiesta tan imprecisa, dificultades que se ponen de relieve en el acogimiento que por los Tribunales de uno y otro orden jurisdiccional se hace de la cuestión relativa a las llamadas quinielas futbolísticas del Patronato de Apuestas Mutuas Deportivo Benéficas, cuando el tema de la competencia jurisdiccional no se plantea por ninguna de las partes intervinientes (Sentencias de la Sala Primera de 25 de septiembre de 1957 y de la Sala Tercera de 14 de noviembre de 1983).

La posición de predominio de la jurisdicción civil sobre la contencioso-administrativa y la subsiguiente absorción del conocimiento de la generalidad de la temática contractual entre entidades públicas y particulares por la primera peca hoy de anticuada (Sentencia de 30 de octubre de 1983) y ha sido sustituida por la que según doctrina más usual se denomina «modulación del contrato por la administración» (Sentencias de 11 de mayo de 1982 y 7 de noviembre de 1983), a tenor de la cual, la naturaleza iusprivatística o administrativa de un negocio

jurídico viene determinada por la «intensidad de la actuación de la Administración», a lo que debe agregarse la finalidad perseguida por el contrato en cuestión, esto es, si afecta directa e inmediatamente al interés privado o al público, y también, al menos en cierto modo, la circunstancia de que alguna de las partes intervinientes en el negocio jurídico sea o no la Administración o alguno de sus entes y lo hagan en el campo específico de su cometido (Sentencias de 30 de octubre y 7 de noviembre de 1983), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.º de la Ley de Contratos del Estado.

Así esbozada la línea actual en materia de contratación tanto del Estado como de las demás entidades y organismos públicos y entes estatales autónomos, se hace preciso un nuevo paso, el relativo a determinar tanto la naturaleza del contrato cuestionado, consistente, como queda dicho, en un boletín múltiples de apuestas futbolísticas, como del Patronato a cuyo cargo están referidas, aquí recurrente.

A continuación, la Sala examina la naturaleza del «contrato de apuesta» que en este caso existe, remarcando la «modulación del contrato por la Administración» y su carácter de contrato de adhesión.

Pone luego de manifiesto la Sala la inaplicabilidad al caso de la norma 60 de la Resolución de 2 de agosto de 1975, que declara que «si se promoviere litigio ante los Tribunales de Justicia por la titularidad de un boleto premiado...», precepto que se dice está pensado únicamente para resolver problemas de Derecho privado, cuales son los relativos a la *titularidad* de un boleto (esto es, entre dos apostantes).

La Sala declara que de la norma 62 de dicha Resolución se desprende que el conocimiento de cuestiones como la presente se proyecta sobre la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

A renglón seguido, la Sala analiza la naturaleza del organismo a cuyo cargo corren estas apuestas, poniendo de relieve que se trata de una Entidad Estatal Autónoma, figura de la que se dice que no es una persona independiente del Estado, ya que se encuentra incardinada en él a través del mecanismo jurídico de la tutela.

Por fin, se examina la cuestión desde el punto de vista de la legislación reguladora de la contratación estatal.

En cuanto al argumento invocado por la sentencia del Juzgado, que desestimó las excepciones de incompetencia de jurisdicción y de falta de reclamación previa en vía gubernativa, formuladas por el Abogado del Estado, argumento consistente en aducir que el artículo 8.º del Reglamento General de Contratación del Estado se refiere a los contratos típicos de Derecho civil y mercantil que por no hallarse incluidos en los supuestos prescritos en los artículos 6.º y 7.º no deben tener carácter administrativo, dice la Sala que «tampoco puede servir de base para atraer la competencia a la jurisdicción ordinaria civil, en cuanto si bien, cual se ha dicho, el contrato de apuesta aparece genéricamente regulado en los artículos 1.799 y 1.801 del Código civil, también lo está expresa y especialmente el aquí discutido en la normativa administrativa, que precisamente por razón de dicha especialidad ha de prevalecer». (Sentencia de 11 de julio de 1984; ha lugar.)

NOTA.—De la lectura de este inevitablemente largo extracto se deduce fácilmente que se trataba de la reclamación formulada por un apostante contra el Patronato de Apuestas Mutuas Deportivo Benéficas, solicitando el pago de un premio que alegaba haber obtenido.

El Abogado del Estado invocó la excepción de incompetencia de jurisdicción, alegando la de la contencioso-administrativa, además de argumentos sobre el fondo.

El Juzgado estimó la demanda, si bien reduciendo la cuantía de la cantidad solicitada. La Audiencia confirmó íntegramente la sentencia del Juzgado.

El Tribunal Supremo, como vemos, declara la incompetencia de la jurisdicción civil, con estimación de la excepción propuesta por el Abogado del Estado.

(R. de A.)

18. *Buena fe*.—Se entiende por la sentencia en la doble acepción de límite intrínseco en el ejercicio del derecho (artículo 7.º C. c.) y de conducta coherente con el vínculo que a las partes liga, según ese principio de *bona fides* que ha de acompañar a toda la actividad de los contratantes de conformidad con lo pactado, proporcionando la orientación rectora para el cumplimiento de lo convenido.

Presunciones.—Con arreglo a una doctrina jurisprudencial constante, la vulneración del artículo 1.253 C. c. exige a efectos de la casación que el resultado obtenido en la operación deductiva por el Tribunal *a quo* deba conceptuarse absurdo, ilógico e inverosímil, de modo que la formación del nexo entre el hecho básico y su consecuencia se haya efectuado prescindiendo de las reglas de un prudente criterio, llegando a conclusiones reñidas con la recta razón. (Sentencia de 12 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

(R. de A.)

19. *Interpretación de los contratos*.—No es correcta la operación interpretativa consistente en limitarse a consideraciones reiterativas de las formuladas en la instancia, en vez de aducir actos de los contratantes coetáneos y posteriores (artículo 1.282 del Código civil), que hacen supuesto de la cuestión debatida y se fundan en distintos hechos de los que el juzgador estimó probados. (Sentencia de 10 de octubre de 1984; no ha lugar.)

(M. Z. R.)

20. *Ilícitud de la causa*.—El mandato para enajenar bienes inmuebles urbanos, conferido en virtud de especiales relaciones de confianza, no adolece la causa ilícita que pretende hacerse consistir en encomendar la ejecución de operaciones reservadas a los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y prohibidas a quienes carezcan de esta titulación, cumpliéndose así lo exigido en el artículo 1.275 del Código civil. (Sentencia de 4 de octubre de 1984; no ha lugar.)

(M. Z. R.)

21. *Resolución de los contratos al amparo de los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil*.—Es doctrina mantenida con reiteración por esta Sala, tanto para los supuestos de ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1.504 del C. c., en el supuesto de venta de bienes inmuebles, como en el que con carácter genérico otorga el artículo 1.124 del mismo cuerpo legal, en el caso de obligaciones recíprocas, para que la resolución pueda ser acogida, no es bastante un simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes, sino que ha de patentizarse la existencia de una voluntad obstativa al cumplimiento de lo convenido, que por su trascendente importancia pueda justificar la resolución (Sentencias de 15 de abril y 19 de mayo de 1981, 15 de abril de 1982, 7 de marzo y 5 de mayo de 1983 y 7 de marzo y 25 de mayo de 1984. (Sentencia de 20 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Quizá más importante que este pronunciamiento, ya conocido por reiterado, es el hecho de que la sentencia de la Audiencia había hecho aplicación práctica del mentado principio (cosa que no siempre se conoce bien mediante las

resoluciones del Supremo) en base a que lo que la compradora debía al actor era la suma de 70.000 pesetas más intereses, por lo que el Tribunal *a quo* concluye que no existe voluntad reiteradamente rebelde por parte de aquélla, sino simple retraso, dado que los otros cuatro vendedores (el actor había enajenado su quinta parte) percibieron su parte del precio y sí una negativa del propio actor a recibir el resto aplazado, referido a su quinta parte, entendiéndose que carecería de «sentido lógico» la falta de pago voluntario de tal resto, ante la magnitud de la unidad industrial montada sobre las parcelas enajenadas, que, excluido su valor, alcanza la suma de más de 47.000.000 de pesetas, como la prueba pericial acreditó.

Parece que en la Sala *a quo* jugó, de un lado, la insignificancia de lo debido en relación con los intereses globales de la compradora demandada de resolución, y de otro, la presunción de que, precisamente por ello, debía entenderse que lo ocurrido era que el vendedor demandante no había querido recibir esa pequeña suma que se le adeudaba y por cuyo impago solicitaba la resolución. (R. de A.)

22. *Resolución por incumplimiento de las obligaciones recíprocas.*—La voluntad de una de las partes, rebelde al cumplimiento de lo pactado, determina el efecto resolutorio del artículo 1.124 del Código civil, por haberse manifestado en la negativa a atender las reclamaciones de la parte perjudicada, sin intentar siquiera su rectificación, en no contestar a los requerimientos efectuados, en no recurrir a la consignación del precio que se estimaba adeudado y en la constancia de haberse aceptado inicialmente el precio que luego se discute.

Validez del requerimiento hecho al marido.—El requerimiento de pago hecho por el vendedor al marido comprador, sin extenderlo a la mujer, es válido y suficiente, pues dicho cónyuge era el administrador de la sociedad cónyugal y la de gananciales a tenor de los artículos 59 y 1.412 del Código civil. (Sentencia de 11 de octubre de 1984; no ha lugar.) (M. Z. R.)

23. *Eficacia de los contratos.*—La exención de responsabilidad del contratista, que convino la ejecución de la obra con el propietario, se circunscribe, según el artículo 1.257 del Código civil, a la relación entre ambos y no afecta a los contratos que dicho dueño haya celebrado con terceras personas. (Sentencia de 15 de noviembre de 1984; no ha lugar.) (M. Z. R.)

24. *Cumplimiento de contrato.*—La cuestión se centraba en que no se concluyó completamente la construcción de la finca, puesto que según el proyecto del arquitecto consta que la edificación estaría dotada de ascensor con sus elementos accesorios aludiendo a ello en los documentos privados que suscribieron las partes; sin embargo, no se dice nada en las escrituras públicas al respecto, sin que esto fuera óbice para entender que existe una verdadera obligación implícita integrada en el contrato de modo natural. Además, de dicho silencio no podemos deducir una inequívoca y explícita renuncia, ya que si bien cabe renuncia tácita, ha de coexistir en ella esa nota de precisión y univocidad. Puede decirse que en el supuesto la resistencia del vendedor raya en la mala fe, o la menos sin ajustar su conducta al principio de buena fe que como norma introduce el artículo 1.258 en armonía con el núm. 7 del Código civil al frustrar la confianza de los otros contratantes compradores en su conducta, lógica y razonablemente esperada, en cuanto natural y usual es confiar en el cumplimiento completo del contrato. La prestación omitida es una consecuencia constitutiva y necesaria para el fin querido por las partes, es decir, del inmueble adquirido, no es más que estar al artículo 1.091 del Código civil que obliga a estar a lo convenido. (Sentencia de 15 de julio de 1985; ha lugar.) (F. Ll.)

25. *Simulación*.—Una reiterada doctrina de esta Sala tiene declarado que la simulación de un contrato ha de fundarse sobre hechos que son de la apreciación del Tribunal de Instancia, y sus decisiones al respecto, por lo general, sólo pueden impugnarse en casación con documentos o actos auténticos y alegándose error de hecho que evidencia la equivocación del juzgador (Sentencia de 22 de junio de 1962).

Una vez apreciado 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 la eficacia en materia de contratos no alcanza a la veracidad intrínseca de las declaraciones de los contratantes, ni a la intención o propósito que oculten o disimulen, porque éste y aquélla escapan a la apreciación notarial (Sentencia de 6 de abril de 1962).

Juez competente: Sumisión tácita.—El hecho de solicitar prórroga después de personado el demandado implica una gestión a los efectos de entender que por ella se somete tácitamente al Juzgado que lo emplazó, siempre que no se plantee en forma o al menos se anuncie la proposición de cuestión de competencia por declinatoria. (Sentencia de 5 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

26. *Contrato de compraventa: Determinación del precio a tenor de los artículos 1.447 y 1.448 del Código civil*.—La sentencia del Supremo (repárese en que esta manifestación es del autor de este extracto) no tiene especial relevancia, como no sea por el hecho de que la de la Audiencia había estimado —*por vía de presunciones*— que el precio pactado para la venta de manzanas había sido «el que resultara como media de la comarca a lo largo de la temporada».

La Sala Primera pone especial acento en advertir que la presunción utilizada por la Audiencia no había sido combatida en casación, por lo que concluye —con acierto, sentada esa premisa— que tal forma de determinar el precio no vulnera, sino que se ajusta, a las previsiones de los citados artículos 1.447 y 1.448 del Código civil, por existir una referencia concreta y oficial de los precios a través de los boletines agrarios. Y a tal efecto, para relacionar el caso con el supuesto de bolsa, feria o mercado a que se refiere el artículo 1.448, la Sala invoca la regla de la analogía del artículo 4.º.1 del mismo Código.

Lo particular de la sentencia no se halla en ella en sí, sino, como decíamos, en la de la Audiencia, por cuanto que la certidumbre del precio (determinado o determinable) se extrae por el Tribunal *a quo* de la prueba de presunciones —según dice el primer Considerando del Supremo—, lo que desde luego es situación original y poco frecuente. Aunque ciertamente no imposible, atendido el carácter de prueba —una más— que la de presunciones reviste. (R. de A.)

27. *Compraventa de viviendas de protección oficial: Sobreprecio. Nulidad de la cláusula de precio, no del contrato*.—Reitera la doctrina de que las normas prohibitivas de percepción de sobreprecio en estas viviendas tienen carácter imperativo e inderogable por la voluntad de los particulares, hasta el punto que su contravención determina la nulidad del pacto por el que se señaló el sobreprecio respecto al de la cédula de calificación definitiva, añadiendo que la misma regla se aplica a promotores que a adquirentes de esas viviendas, puesto que ambos gozan de ventajas o beneficios.

Ello no determina la nulidad total de la convención, sino únicamente la del

particular o cláusula en que se fijó el precio superior, al haber admitido tanto la doctrina como la jurisprudencia la posibilidad de coexistencia en un mismo contrato de pactos válidos y pactos nulos.

Constitución: Jerarquía normativa.—La garantía de la jerarquía normativa sólo puede entrar en juego cuando una norma legal contradiga lo dispuesto en otra de rango superior, lo que no sucede en el caso del litigio, pues ni la Constitución establece que el derecho a la propiedad pueda ejercerse sin limitaciones, ni el Código civil lo define así en su artículo 348, al hacer expresa referencia a «las limitaciones establecidas en las leyes», limitaciones absolutamente justificadas por quien se acoge voluntariamente a disposiciones legales que comportan unos beneficios, con la aceptación de la contraprestación que se le exige para disfrutar de los mismos...

Las limitaciones de la legislación de viviendas de protección oficial afectan a los sucesivos transmitentes, no sólo a los promotores.—Carece de consistencia la argumentación de que las disposiciones prohibitivas de la percepción de sobreprecio sólo afectan a los promotores-constructores y no a sus sucesivos transmitentes, pues ello equivaldría a que los beneficios tributarios de que éstos disfrutaran quedaran sin la correspondiente contraprestación, precisamente establecida en interés de la comunidad. (Sentencia de 20 de junio de 1985; no ha lugar.)

(R. de A.)

28. *Suspensión del pago del precio en el contrato de compraventa.*—La interpretación del artículo 1.502 del Código civil no tiene en cuenta el hecho de la reivindicación y sí el temor de que el posible ejercicio de esa acción pueda causar al comprador, siendo dicho precepto inaplicable si el adquirente conocía las causas obstativas al celebrar la compraventa o aunque la finca no estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre del vendedor. (Sentencia de 22 de octubre de 1984; no ha lugar.)

(M. Z. R.)

29. *Resolución del artículo 1.504 del Código civil.*—Según constante jurisprudencia, la resolución por incumplimiento del comprador en la compraventa de inmuebles con arreglo al artículo 1.504 del Código civil, modalidad singular de la facultad genérica regulada en el artículo 1.124 para toda clase de obligaciones bilaterales, descansa sobre el presupuesto del requerimiento preceptivamente requerido por aquella norma, además del elemento básico de la concurrencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del contratante contra quien la acción se ejercita, bien entendido que la actitud incumplidora sancionable con la resolución por hallarse informado de tal ánimo vulnerador de lo pactado viene en principio demostrada por el hecho mismo de la ineffectividad del pago contraviniendo la obligación asumida, de no mediar circunstancias singulares denotadoras de que al adquirente no le es reprochable la falta de prestación, que habrán de ser oportunamente alegadas y probadas. (Sentencia de 19 de junio de 1985; no ha lugar.)

(R. de A.)

30. *Obras modificativas de la configuración del local de negocio.*—La configuración de un local tiene que estar referida a la forma del recinto comprendido dentro de las paredes y el techo que limitan ese espacio tanto en sentido vertical

como horizontal, toda alteración en la traza de tales elementos que le dan peculiaridad física entraña modificación en la figura, que se producirá a los efectos de la causa resolutoria 7.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

En el local de que se trata se habían realizado importantes obras para acomodarlo a otro tipo de actividad mercantil desarrollada durante varios años y de que en el contrato de arrendamiento fueron prohibidas a la arrendataria las alteraciones en la forma sin el indispensable consentimiento de la arrendadora. En el caso litigioso el contrato de arrendamiento prohíbe a la arrendataria realizar obra alguna sin permiso del propietario. Puede concluirse por tanto que la arrendataria no tiene amplias facultades para efectuar cuantas alteraciones tuviera por conveniente demoliéndolas a su albedrío. (Sentencia de 27 de septiembre de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—La arrendataria ha realizado obras modificativas de la configuración del local de negocio, atribuyendo trascendencias a los fines de la acción ejercitada a la supresión de la mampara de división formada por marco con cristal traslúcido y panderete enlucido de yeso, con la colocación de techo de placas de fibras sujetas al forjado antiguo disminuyendo la altura, máxima cuando la arrendataria no cuenta con el consentimiento de la arrendadora para proceder a tales innovaciones, sin duda esenciales y sensible y no accidentales y de detalle (F. Ll.)

31. *Arrendamientos urbanos. Resolución por obras incontestadas: La reconstrucción del tabique derribado no es equiparable a la puesta a disposición del arrendador de la cantidad necesaria para volver la cosa arrendada a su primitivo estado, que se contempla en el párrafo 2.º del artículo 114-7.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos.*—La pretensión central del motivo 2.º de que la restitución de las cosas a su anterior estado —reconstrucción efectuada del tabique— produce, en el caso presente, igual efecto excluyente de la resolución del contrato, que la puesta a disposición del arrendador de la cantidad necesaria para volver la cosa arrendada a su primitivo estado, prevista en el párrafo 2.º del artículo 114, 7.º de la LAU, es tesis rechazable por cuanto la situación contemplada por la normativa legal que el recurrente reputa infringida no se refiere ni guarda analogía alguna con la resultancia de hecho sobre la que la sentencia de instancia proyecta sus razonamientos, como se aprende de la simple lectura del precepto invocado en el recurso, cuya aplicación al caso actual de realización de obras incontestadas en local de negocio con alteración de su configuración no es posible sin una interpretación extensiva y correctora del texto legal, de todo punto inaceptable. (Sentencia de 25 de abril de 1985; no ha lugar.)

NOTA.—Como es fácil de imaginar, la Sala de instancia había declarado resuelto el contrato de arrendamiento de un local de negocio por derribo de un tabique de separación de dos dependencias, efectuado por el arrendatario sin autorización del arrendador.

El arrendatario recurrente, en el citado motivo 2.º, alegaba que, al no recibir por escrito la autorización verbal que afirmaba habersele dado —sin que lo probara, desde luego— repuso el local a su anterior estado, levantando el tabique a sus expensas. (R. de A.)

32. *Arrendamiento: Acción del arrendatario contra el tercero perturbador.*—Si bien el arrendatario tiene acción directa contra el tercero perturbador de mero hecho en el uso de la finca arrendada, no se considera que exista perturbación

cuando el tercero obre en virtud de un derecho que le corresponde, pues, en tal hipótesis, es el arrendador el que, en virtud de la obligación de garantía que le impone el artículo 554 del Código civil, aplicable a todos los supuestos de arrendamiento, debe realizar los actos o ejercitar las acciones para mantener al arrendatario en el goce pacífico de lo arrendado, con la consiguiente responsabilidad indemnizatoria, cuando proceda, en caso de no conseguirlo. (Sentencia de 10 de junio de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

33. *Arrendamientos urbanos: Elevación de renta por cláusula de revisión: Irretroactividad.*—Previa declaración de validez de la cláusula transcrita, se establece el derecho de la arrendadora a percibir la renta actualizada, pero sólo a partir del 1 de octubre de 1981 (con la legal referencia al Real Decreto de 12 de febrero de 1981) y en el básico fundamento, para negar el derecho a la percepción de las rentas actualizadas o revisadas de cada año, de estar ello impedido por la terminante preceptiva legal contenida en el artículo 101 de la vigente ley arrendaticia.

No puede negarse la correcta aplicación del citado artículo 101 de la L.A.U., primero por su expresión terminante, sin distinción de causas de aumento de renta; segundo porque está, como norma, incluida en la misma subsección 2.ª del capítulo IX de la Ley en la que figura el artículo 98 (que es el que autoriza el aumento o la reducción de rentas por acuerdo de las partes) y, finalmente, porque si bien es cierto que la cláusula de revisión exime del requerimiento ello no quiere decir sino que, en efecto, no será preciso el mismo para que tenga virtualidad respecto de la otra parte, justamente porque la revisión opera anualmente, es decir, por períodos de un año, lo que implica que su no ejercicio o no reclamación —del aumento en este caso— de la renta revisada es en verdad un abandono o renuncia al mismo, pues entender lo contrario sería favorecer la inseguridad jurídica contractual, y en otro aspecto, autorizar o consagrar un ejercicio anómalo del derecho (art. 7.º del C. c.) por parte de quien deja transcurrir los años (que aquí podrían suponer 15, por la prescripción del derecho en cuestión) para luego ejercitar el derecho extemporáneamente, colocando al deudor arrendatario ante la realidad de una deuda o prestación excesiva, impensada o no esperada y sumamente gravosa, frustrando así la confianza de la parte, nacida de la inactividad de la otra y que el Derecho debe respetar. (Sentencia de 19 de junio de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—La arrendadora había dirigido una carta a la arrendataria el 12 de mayo de 1976 (el contrato era de 1-2-1975) recordándola el incremento anual resultante de la cláusula de revisión, carta contestada negativamente por esta última al cabo de un año. Luego la arrendadora no hizo notificación, requerimiento ni reclamación formal o informal hasta la fecha del acto de conciliación, celebrado el 11-9-1981, en cuya papeleta se reclamaba a la arrendataria la suma de todos los aumentos producidos durante las anualidades de 1976 a 1981, inclusive. (R. de A.)

34. *Arrendamiento de industria: Presunción de que el arrendatario recibió la cosa en buen estado y otros extremos.*—CONSIDERANDO: Que frente a la sentencia condenatoria de los demandados al pago de la merced arrendaticia adeudada y de las cantidades correspondientes a los distintos conceptos integran-

res de los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se postula, hasta un total de 1.202.434 pesetas, el primer motivo del recurso, formalizado por el único arrendatario comparecido en el litigio, denuncia por la vía del ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal error de derecho en la apreciación de las pruebas y concretamente violación del artículo 632 de la propia Ley referente a la valoración de la prueba de peritos, de la que se desprende, en criterio del recurrente, que «el arrendador no cumplió con su obligación de entregar la cosa locativa en condiciones para servir a la finalidad pactada, incumpliendo por tanto el negocio jurídico, tanto en lo concerniente a las instalaciones más fundamentales del edificio, cuanto a las piscinas y enseres del mismo»; impugnación que no puede prosperar, por las siguientes razones: Primera) Es constante la doctrina jurisprudencial a cuyo tenor la ponderación de los dictámenes o informes técnicos, que viene entregada a la prudencia de los juzgadores de instancia sin otra orientación que las pautas de la sana crítica conforme a lo prevenido en dicho precepto de la Ley Adjetiva, queda sustraída a la censura de la casación, por lo mismo que se trata de un medio de convicción cuyo valor probatorio es de apreciación libre y no tasada, lo que lleva a entender que la norma supuestamente infringida no contiene regla sustantiva alguna de prueba sino sólo un elemento ilustrativo para el sentenciador, apreciable según su recto arbitrio. Segunda) Según el artículo 1.562 del Código civil, formulado para el momento de la restitución pero aplicable también a la entrega, a falta de expresión del estado de la finca al tiempo del arrendamiento, la Ley presume que el arrendatario la recibió en buen estado, salvo prueba en contrario; y en el caso debatido el arrendador no sólo está favorecido por tal presunción e incluso por la de culpabilidad del locatario establecida en el artículo 1.563, sino que en el inventario se vierten expresiones categóricas alusivas al buen funcionamiento de todos los elementos integrantes de la industria arrendada («todo el material de piedra, perfecto y sin tara, cristal y duralex perfecto y sin tara alguna todo el material de vajilla en perfecto estado, todas las máquinas se encuentran en perfecto estado de funcionamiento y conservación», etc.), aserto que en términos generales aparece en la cláusula séptima del contrato, donde «los arrendatarios manifiestan que el inmueble, mobiliario y utillaje arrendados, integrantes del Hostal X, se encuentran en perfecto estado de conservación y funcionamiento, recién repasados de albañiles tejados, carpintería y pintura, tanto interior como exterior». Tercera) El increíble aspecto de suciedad y abandono puesto de relieve por las actas notariales y la diligencia de lanzamiento («se encuentran ratas muertas, incluso en los frigoríficos», hace constar el organismo ejecutor), así como los restantes datos indicados, claramente denotadores de que los arrendatarios han conculcado de la manera más abierta las obligaciones de adecuado uso y conservación de la cosa impuestas por el número segundo del artículo 1.555, en modo alguno se desvirtúan por el informe de un Aparejador sobre las «posibles» deficiencias de alguno de los elementos materiales de la empresa al comienzo de la locación, poco acorde con las declaraciones de los arrendatarios al contratar, máxime tratándose de personas expertas en el negocio emprendido.

CONSIDERANDO: Que desestimable igualmente el motivo tercero, que por el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal y con la misma base dialéctica acusa la infracción de los números primero y segundo del artículo 1.554 del Código civil, en relación con los artículos 1.124 y 1.100 del propio Cuerpo

legal, alegando que «ha existido un claro incumplimiento negocial por parte del arrendador al no entregar la cosa en condiciones de servir a la finalidad pactada», ha de ser reclamado asimismo el motivo segundo que amparado en el ordinal séptimo imputa a la resolución combatida error de derecho en la apreciación de la prueba «y concretamente de la documental pública con infracción del artículo 1.218 de la Ley sustantiva civil», hallando el vicio en el juicio crítico de la Sala *a quo* «al no valorar convenientemente las actas notariales acompañadas con el escrito de contestación a la demanda»; pues sobre que no se precisa cuáles pasajes de esos documentos públicos pugnan con los argumentos de la sentencia combatida, el Tribunal de instancia pudo valorar lo captado por el Notario de *visu et sensibus suis* en el conjunto de los valiosos datos que todo lo actuado proporciona, cuando además los desperfectos que la observación del fedatario indica, realizada en 5 de julio de 1977, esto es, cuanto el contrato llevaba seis meses de vigencia, bien pudieron obedecer a una falta de diligente uso por los arrendatarios. (Sentencia de 25 de junio de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

35. *Arrendamiento de industria: La pérdida de la cosa arrendada y el artículo 1.563 del Código civil.*—Inmovible en casación la realidad fáctica establecida en la instancia, de que el arrendatario demandado no ha aportado prueba en contrario que destruya la presunción de responsabilidad que el artículo 1.563 del Código civil le atribuye, los dos restantes motivos han de perecer, dado que la claridad de los tales preceptos atribuye la responsabilidad del deterioro o pérdida de la cosa arrendada al arrendatario, en su condición de tal, en el primero de los preceptos (art. 1.563), y como deudor de la prestación en el segundo, «salvo prueba en contrario», con exclusión del caso fortuito, de ahí que al hacer la Sala la atribución de responsabilidad al impugnante, interpreta correctamente tales preceptos, sin que ante su especialidad pueda recurrirse al principio de distribución del «onus probandi», cuando la carga viene impuesta por normativa legal específica a una de las partes del proceso, como consecuencia de una desgraciada incidencia ocurrida durante la vida del proceso locativo, determinante de la pérdida del objeto arrendado, con la secuela atributiva de responsabilidad al arrendatario; y sin que tampoco pueda amparar su posición en el contenido del artículo 1.105 del mismo Código, que se dice violado, violación inexistente en el caso enjuiciado, habida cuenta del contenido del precepto, en el que la exoneración de responsabilidad, determinante del caso fortuito, no ampara aquellos «casos expresamente mencionados en la ley», atribución que puede venir predeterminada de forma directa, o bien, como en el arrendamiento ocurre, por presunción, susceptible de ser destruida por prueba en contrario, lo que aquí el recurrente no ha conseguido. (Sentencia de 8 de abril de 1985; no ha lugar.)

NOTA.—En el caso de autos se trataba de la reclamación, por la arrendadora, del importe de la construcción del edificio que, arrendado en régimen de arrendamiento de industria, había perecido a causa de un incendio. Era un edificio destinado a espectáculos y la demanda, naturalmente, se formuló contra el arrendatario.

Se observa en la sentencia un notable rigor en la aplicación del artículo 1.563, no tanto porque interprete indebidamente su mandato, sino por no atribuir eficacia alguna, como elementos para destruir la presunción legal, a documentos en que constaban «la concurrencia de un posible cortocircuito», o la estimación del juez penal de «no aparecer autor conocido del hecho», o la «sospecha», en

orden a la misma causa, a que se aludía en la certificación del Ayuntamiento, «criterio» que también comparte el Servicio Municipal de Bomberos de Pontevedra, ni el hecho de que el incendio ocurriera «cuando el local estuviera vacío y la industria cinematográfica en él instalada sin funcionar», según acta notarial.

No cabe desconocer, sin embargo, que el texto es tajante cuando afirma que el arrendatario tiene que probar que la pérdida se ha ocasionado «sin culpa suya». Lo único que queremos poner de relieve es que en casos como el de autos, por ejemplo, esa prueba puede llegar a ser imposible —prueba de un hecho negativo—, lo que a nuestro entender obliga a un especial tacto en la apreciación de las pruebas indirectas, por vía de presunciones. (R. de A.)

36. *Arrendamiento de industria.*—No procede el beneficio de la prórroga forzosa en favor del arrendatario, si el clausulado actual cuida de describir claramente el objeto que consiste en un bar con su nombre comercial y elementos, siquiera modestos, para su explotación, por tratarse de un arrendamiento de industria e implicar una actividad susceptible de reapertura inmediata. (Sentencia de 15 de noviembre de 1984; no ha lugar.) (M. Z. R.)

37. *Profesionales de la agricultura.*—«... la sentencia combatida no apoye su conclusión estimatoria de la demanda en este artículo (art. 15 de la Ley de Arrendamientos de 31 de diciembre de 1980), sino en el siguiente 16 que contempla, junto a los profesionales de la agricultura de aquel precepto, la figura del cultivador personal cuyos caracteres delimita atribuyéndole idéntica consideración legal a la atribuida a aquellos otros, determina la desestimación del recurso en el fondo, puesto que ha quedado intocada la afirmación de hecho que soporta la sentencia de instancia relativa a que el actor está en el caso del cultivador personal... no impugnado por vía de error de hecho o de derecho». (Sentencia de 17 de julio de 1985; no ha lugar.) (A. R. F.)

38. *Arrendamientos rústicos: Modificación del artículo 132 de la Ley Especial de 31 de diciembre de 1980 por la Ley de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 6 de agosto de 1984.*—Formalizado el recurso ya en vigor la Ley de reforma de la de Enjuiciamiento Civil, de 6 de agosto de 1984, que modifica también el artículo 132 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980, es claro que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debería haberse citado o expresado el motivo conforme a la enumeración que de los mismos hace el artículo 1.692 de dicha Ley, ya que el número 3 del artículo 132 de la Ley arrendaticia así lo ordena, al decir que el recurso «se fundará en alguno de los motivos del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», requisito que el recurrente no cumple y que no es baladí ni puro formalismo, sino ciertamente necesario para ser congruente con las reglas del artículo 1.715, que determina el contenido de la resolución de esta Sala según la clase o especie de motivo (los del artículo 1.692), que se citará como fundamento del recurso.

Arrendatario que no es cultivador personal.—4. No obstante, y en aras de la defensa de la parte material, preciso será añadir que el motivo primero, que cita o denuncia la obligación indebida del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos citada, de 31 de diciembre de 1980, tampoco puede ser admitido en su fondo porque la obligación indebida de una norma sólo puede darse cuando los hechos fijados judicialmente —a tenor de la apreciación de la prueba— no encajen

(subsunción) en el supuesto de hecho normativo, hipótesis que no es la del caso y recurso. Y es así porque la Sala de instancia, al obtener de la prueba la conclusión de que el arrendatario no tiene la condición de cultivador personal y, consecuentemente, no aplica tal artículo 16 en relación con la transitoria de la misma ley, es evidente que no puede reprochársele la infracción denunciada. Solamente cabría la revisión que se pide si el recurso impugnara por la vía adecuada esa apreciación probatoria, con la demostración del error de hecho (causa o motivo cuarto) o de derecho (causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en el que hubiera podido incurrir el juzgador de instancia, ya que en tanto no se haga así habrá que respetar esa apreciación o fijación judicial de los hechos. O bien que, en el supuesto de la aplicación indebida, los hechos así fijados tuvieran una configuración distinta de los supuestos o hipótesis de la norma y que, como antes se ha dicho, no es tampoco el caso del recurso ni de su formulación. (Sentencia de 18 de diciembre de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Vencido el término de «tres años obligatorios y tres voluntarios» que se había pactado en un arrendamiento rústico, la arrendadora entabla demanda solicitando que se declare haber lugar al desahucio del arrendatario y resuelto y extinguido el contrato y se condene a este último a desalojar y dejar la finca a la libre disposición de la demandante.

El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado, estimando íntegramente la pretensión de la actora. (R. de A.)

39. *Retracto rústico. Valoración de documento privado.*—«... el mismo destino inviable alcanza al otro error denunciado en el recurso, por infracción de la normativa que informa el alcance probatorio que debe darse a los documentos privados, cuyo contenido, en cuanto reputado por la sentencia impugnada simple manifestación del que lo suscribe, ni conculca la exigencia de los artículos 1.225 y 1.226 del Código civil como se desprende de la simple lectura de estos textos legales, de los que no resulta ... vinculación alguna para el presentante de ellos, ... ni mucho menos puede decirse que el juzgador, al valorarlas, haya incidido en la supuesta infracción de los artículos 578-3.º y 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que lo que la sentencia recurrida ... hace notar que no es que a tales cartas les falte el reconocimiento de la parte, ... sino que sus afirmaciones —las de las cartas— no han sido ratificadas por vía testifical, lo cual es bien distinto y en nada choca con mandato legal interpretativo alguno».

Efectos en el tiempo.—«... la regla general de irretroactividad que consagra el artículo 2 del Código civil y sus disposiciones transitorias ... salvo expresa disposición contraria, obligan a atender a la fecha de originación del derecho para determinar la norma que le es aplicable ... principio que proyectado sobre la legalidad arrendaticia está pacíficamente mantenido por este Tribunal... expresiva de la observancia del mandato de que se regirán por la legislación anterior a la Ley de Arrendamientos de 1980, los derechos nacidos de hechos realizados bajo el régimen derogado, aunque la nueva legislación los regule de otro modo ... ya que es doctrina de esta Sala que la retroactividad que proclama la disposición transitoria 1.ª de esta Ley es, al menos a los efectos del retracto discutido en la litis, del llamado grado medio, que sólo permite aplicar la normativa nueva a las relaciones de derechos que nazcan después de estar ya vi-

gente ésta, cual sucedería con el derecho de retracto derivado de una transmisión que hubiera tenido lugar ya vigente la Ley de 1980...». (Sentencia de 11 de junio de 1985; no ha lugar.) (A. R. F.)

40. *Prórroga forzosa de los arrendamientos rústicos.*—Las medidas de prórrogas forzosas fijadas en los Reales Decretos-Leyes de 30 de junio de 1978, 16 de junio de 1979 y 10 de octubre de 1980 se aplican indistintamente a los arrendamientos rústicos de explotaciones agrícolas o ganaderas, atendidos el cultivo personal y directo y la finalidad de las medidas mismas.

Prohibición de indefensión.—Existe la indefensión prohibida en el artículo 24.1 de la Constitución, si se desbordan los límites de la *causa petendi* —compuesta del hecho debatido y la regulación jurídica que el mismo requiere— con la introducción *ex officio* de circunstancias históricamente decisivas y distintas de aquéllos o planteando, como objeto de debate, extremos no controvertidos por las partes.

Finalidad social de la legislación de arrendamientos rústicos.—La Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 protege los intereses del cultivador y de la economía social distributiva, dirigiéndose con preferencia hacia la figura del agricultor profesional modesto y excluyendo de esta calificación a los titulares de explotaciones agrarias que superen determinada dimensión. (Sentencia de 15 de octubre de 1984; no ha lugar.) (M. Z. R.)

41. *Arrendamientos rústicos (Ley de 1935): Contratos excluidos.*—A los efectos de la legislación especial tienen la consideración de arrendamientos rústicos todos los actos y contratos por los que temporalmente una parte cede a otra el disfrute de una finca rústica o de alguno de sus aprovechamientos mediante precio, canon o renta, ya en especie, ya sea en metálico o en ambas cosas a la vez, y con el fin de dedicarla a la explotación agrícola o ganadera (art. 1.º, párrafo 2.º de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935), entendiéndose por fincas rústicas aquellas cuyo disfrute o aprovechamiento se ceda para una explotación agrícola, pecuaria o forestal, si bien, por excepción, se niega tal carácter de rústicas a los efectos de dicha legislación especial, entre otras, a las tierras, dentro o fuera de las zonas y planes de ensanche de las poblaciones, cuando por su proximidad a éstas, a estaciones ferroviarias, carreteras, puestos y playas, tengan un valor en venta superior en un duplo al precio que normalmente corresponda en el mercado inmobiliario a las de la misma calidad y cultivo (artículo 2.º, párrafo 2.º, c), excepción a la que deben atenerse los Tribunales sin limitarla o ampliarla por aplicación de disposiciones reglamentarias, y ello tanto por imperativo constitucional (art. 9.3 de la Constitución), como por así disponerlo también el Código civil al ordenar que carecen de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior (art. 1.º.2), en cuanto entender lo contrario significaría una flagrante violación del principio de jerarquía normativa, por lo que si, en el caso de litis, el párrafo 2.º del núm. 3.º del artículo 2 del Reglamento para la aplicación de la legislación arrendaticia de 29 de abril de 1959 se interpreta en el sentido que pretende el recurrente, es decir, que las tierras situadas fuera de las zonas o planes de ensanche de las poblaciones y próximas a éstas, a estaciones ferroviarias, carreteras, puertos y playas, sólo quedan ex-

cluidas de la normativa especial arrendaticia cuando de hecho no estén dedicadas a usos agrícolas y tienen un valor superior (en venta) al duplo del que normalmente corresponda en el mercado inmobiliario a las de su misma calidad y cultivo situadas en la misma zona, quedando por el contrario, sometidas a su imperio las dedicadas a fines agrícolas, cualquiera que sea su valor, es evidente que, con tal interpretación, se da tratamiento de rústicas a tierras que a tenor del texto legal quedan excluidas, según se expuso anteriormente, conclusión ésta que concuerda en este particular con la vigente normativa locativa contenida en la Ley de 31 de diciembre de 1980 —aunque no aplicable a esta litis por impedirlo el principio de irretroactividad— cuyo artículo 7.º excluye de su regulación a los arrendamientos que tengan por objeto, inicial o posteriormente, fincas que por cualquier circunstancia ajena al destino agrario tengan un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o zona a las de su misma calidad o cultivo. Todo lo cual conduce a la repulsa de tal interpretación, repulsa que lleva aparejada la del primer motivo del recurso amparado en la causa tercera del artículo 132 de la Ley de Arrendamientos Rústicos por infracción de ley, en cuanto la sentencia recurrida, al negar a la finca arrendada, situada fuera del ensanche de Irún, la cualidad de rústica, atendiendo para ello a que el valor en venta al tiempo de su transmisión desde el punto de vista agrícola era muy inferior al industrial por exceder éste sobre aquél en un 800 por 100, no supuso infracción alguna de la legalidad vigente. (Sentencia de 13 de julio de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Téngase presente que la sentencia aplica la legalidad vigente antes de la entrada en vigor de la Ley de Arrendamientos Rústicos hoy en vigor, aunque las conclusiones —según la Sala— habrían sido exactamente iguales.

En este caso, las actoras, arrendatarias de una finca originariamente rústica —desde el punto de vista de la legislación arrendaticia aplicable—, ejercitaban el derecho de retracto contra la sociedad demandada, que la había adquirido por título de aportación social. El Juzgado había estimado la demanda. La Audiencia estimó el recurso de apelación, revocando la sentencia del Juzgado. (R. de A.)

42. *Aparcería* (calificación del contrato).—No han de considerarse exceptuados estos contratos de la legislación especial arrendaticia (Ley de Arrendamientos Rústicos) porque no son contratos circunstanciales para un aprovechamiento secundario o de una siembra o cultivo parcial determinado de los denominados de temporada (núm. 6 del art. 5 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos).

Puesto que en el supuesto enjuiciado no consta que las parcelas cedidas tuvieran otro aprovechamiento que el cultivo de maíz, que debe entenderse aprovechamiento principal. Asimismo tampoco es un contrato de temporada, cuando en el caso que tratamos se cubren ocho de los doce meses del año. (Sentencia de 21 de septiembre de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—No estamos en presencia de un contrato de temporada, puesto que en el caso litigioso se inició una relación de *aparcería* en 1969 y se prorrogó por prórrogas tácitas hasta 1980, fecha a partir de la cual se perfecciona un nuevo contrato de *aparcería*. Además las parcelas cedidas a cada uno de los colonos se dedicó al cultivo de maíz, al rastrojo aprovechable para el ganado, y al volteo de rastrojo para preparar el cultivo siguiente, con lo que queda claro que no estamos en presencia de un contrato de temporada. (F. Ll.)

43. *Arrendamiento de obras o servicios.*—La Sala reitera implícitamente (pues la forma de articularse el recurso no permitía otra cosa) su doctrina de que en este contrato la determinación del precio, a falta de acuerdo entre las partes, debe hacerse por el Juez según criterio de peritos. (Sentencia de 5 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

44. *Arrendamiento de servicios: Arquitecto.*—El arquitecto realizó un proyecto de excavación al que se ajustaron tanto la entidad constructora como el aparejador y, no obstante el cambio del terreno, se dice que el técnico principal no modificó actuación alguna respecto al modo o manera de efectuar la excavación, desatendiendo así, por un lado, su obligación fundamental del estudio completo del suelo afectado por la obra y, por otro, la de alterar o modificar la obra por razones de seguridad y dar solución a los problemas técnicos imprevistos; de todo ello debe concluirse que sin modificar los hechos fijados por la Sala sentenciadora, de ellos cabe deducir como misión propia de este Tribunal una actuación culposa del arquitecto, sin necesidad de atribuirle una responsabilidad por riesgo de matiz cuasiobjetivo derivada de los daños que a terceros puede causar su lícita y profesional actuación.

Sin olvidar que es obligación fundamental del arquitecto el examen previo del suelo, verificando, o al menos comprobando personalmente, su análisis geológico sin poder eximirse de las nocivas consecuencias atribuyendo su causación a los informes recibidos de entidades o personas ajenas, ya que al aceptarlos y aplicarlos sus conocimientos científicos y profesionales los hace suyos y asume posibles responsabilidades, como, por otra parte, viene así exigido por su dignidad y competencia profesional. En definitiva, se trata de una responsabilidad de carácter personal y directo, como derivada del defectuoso cumplimiento de una obligación que les incumbía, por lo que no se interpretó erróneamente el artículo 1.902 del Código civil, al atribuirle la consiguiente responsabilidad por los daños a consecuencia de un derrumbamiento cuya causa dimana de un defectuoso estudio técnico del terreno colindante próximo a la obra y afectado por ella.

Extensión de la responsabilidad a otras personas que intervinieron en la obra: Posibles supuestos.—La jurisprudencia de esta Sala ha declarado: a) que la responsabilidad del arquitecto se excluye o en este caso se distribuye con otras personas si sólo se probaron vicios en la construcción, vicios éstos que tienen un sentido propio referido al que ejecuta y no al que dirige y proyecta, a menos que la ejecución defectuosa provenga de una dirección equivocada. b) En el caso de que la ruina o el derrumbamiento sea consecuencia de un movimiento brusco de la cimentación tras el parcial descalce de la misma con motivo de la excavación del solar adyacente, la responsabilidad imputable deriva de las deficiencias de dirección del arquitecto. c) En el supuesto traído a estos autos, en que se trató de una excavación en terreno de pronunciado declive del solar adyacente para construir un edificio, aunque separado por una calle, es de hecho incongruente asignar responsabilidad al constructor cuando lo que se pretende es un trabajo en suelo y subsuelo para excavación directamente relacionado con la calidad geotécnica de aquéllos que hubo de ser examinado exhaustivamente y con carácter previo por el arquitecto, al que le es exigible un grado de diligencia que corresponda a la especialidad de sus conocimientos y a la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra, viniendo incluido entre sus

deberes el estudio de las peculiares condiciones del terreno sobre el que se va a edificar o que puede verse alterado por la urbanización necesaria.

Aparejador.—No es este el caso de la Sentencia de 13 de febrero de 1984, en que constaba expresamente que dicho técnico (el aparejador) no estuvo asiduamente a pie de obra y que abandonó la vigilancia de las obras de derribo. Por el contrario, en el caso ahora litigioso se declara probado que tanto la empresa constructora como el aparejador se ajustaron a las labores del proyecto de excavación que ordenó el arquitecto. (Sentencia de 14 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

· *NOTA.*—Se trataba en este caso de una reclamación entablada por la dueña de un terreno por daños sufridos en él a causa de obras realizadas en finca próxima. Se demandó a la empresa promotora, a la constructora, el arquitecto y al aparejador, así como a sus respectivas compañías de seguros. El Juzgado condenó solidariamente a todos los demandados a realizar la obra de reconstrucción del muro propiedad de la actora y a la reposición de los terrenos afectados. La Audiencia estimó el recurso de apelación interpuesto por las empresas promotora y constructora y por el aparejador, absolviendo a éstos de la demanda. Desestimó el recurso promovido por el arquitecto y su aseguradora.

Interpusieron recurso de casación el arquitecto y la actora, esta última para que se condenase a los demás demandados.

La Sala del Supremo declara no haber lugar a ninguno de los dos recursos. con la doctrina que se ha citado.

El caso tiene interés porque está precedido de sentencias de la Sala Primera en que se condena solidariamente a promotor, constructor y arquitecto y a veces aparejador, por razón de ruina de una obra o daños derivados de construcción, cuando la causa de los mismos no se puede acreditar.

En el caso presente, dejando las cosas claras —como a nuestro juicio procedía— se establece la responsabilidad sólo del arquitecto porque se puede conocer con exactitud la causa de los daños, únicamente atribuible a él puesto que consistía en un defectuoso estudio del suelo, característica competencia de ese profesional. (R. de A.)

45. *Litisconsorcio necesario.*—Como ya se dijo en Sentencia de 26 de marzo de 1979, el problema del litis consorcio necesario, presupuesto procesal según la doctrina, tiene su base en una relación de Derecho material que por afectar a varias personas, activa o pasivamente, exige una solución procesal unitaria o común en cuanto a los sujetos en aquélla implicados, bien por razón de una titularidad conjunta o plurisubjetiva respecto de un patrimonio común, sea por obra de la indivisibilidad de las prestaciones, ora por referencia a materias de estado civil y con relación a las personas estrictamente interesadas, o bien ante la existencia de terceros a los que la sentencia puede afectar en su interés legalmente protegido, dicho todo esto en términos generales.

Sociedad de gananciales: Demanda dirigida sólo contra el marido.—Después de hacer las pertinentes consideraciones sobre el régimen de la sociedad de gananciales antes de la reforma de 1981, la Sala declara que «consecuentemente, no era necesario (ni tampoco hoy con la nueva normativa) traer a juicio o ser demandada la esposa, contra la cual el acreedor no ostenta la acción, bastando con demandar al marido como representante y defensor del patrimonio común, mientras la esposa no impugnare (Sentencias de 22 de diciembre de 1973, 19 de enero de 1974 y 9 de noviembre de 1979), cual es el caso del recurso, en el que el marido, que ahora alega esa excepción, fue el contratante y obligado, no pare-

ciendo razonable ni equitativo que aduzca un defecto a él imputable, en su caso, y con escasa legitimación para hacerlo, más propio de la mujer, si es que se sintiera perjudicada (Sentencias de 6 de junio de 1969, 2 de febrero de 1982).

Contrato de ejecución de obra: Pago del precio.—No existe contradicción entre la obra completa realizada, apta para la entrega, y la aparición y constatación de defectos irrelevantes en su entidad cuantitativa para evitar la aplicación del artículo 1.599 del Código civil, que establece el deber de pago de la obra al hacerse la entrega.

Cantidad líquida.—Hubo mora y el pago de intereses en su cuantía venía fijado en el contrato de liquidación de la obra, en relación con la suma debida por capital, que no ha tenido necesidad de fijarse ni determinarse, o sea, por líquida y exigible, ya prevista y en nada relacionada o subordinada a la obligación de hacer (las reparaciones) que la sentencia establece contra el acreedor. (Sentencia de 9 de julio de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Sin duda, el rasgo capital de esta sentencia se halla en la doctrina acerca de la exigibilidad de intereses a pesar de que se reconocía un deber de prestación (ilíquido) a cargo del acreedor demandante.

El actor era el contratista de una obra, y el demandado era el dueño de la misma. Se reclamaba el precio pendiente de pago.

El Juzgado y la Audiencia condenaron al pago, estimando en parte la reconvencción, en el sentido de condenar al actor a realizar las obras de reparación que las resoluciones indicaban en sus Considerandos. Quiere decirse que el demandante, en rigor, no había cumplido íntegra o exactamente la prestación que le incumbía.

No obstante, la sentencia de instancia (y por lo tanto la del Supremo) entienden que esa falta de cumplimiento íntegro no obsta a la reclamación del precio y consiguiente condena a su pago a cargo del dueño o comitente, declaración que encuentra dificultades a efectos de admitir la condena al pago de intereses por este último, ya que, en puridad, ni nos hallamos en un supuesto de mora (pues el acreedor del precio, contratista, no ha cumplido por su parte, en función del artículo 1.100 del Código civil, inciso final), ni existe propiamente una deuda líquida, pues para serlo se tendría que hallar exactamente cuantificada la prestación pendiente a cargo del contratista actor, esto es, la consistente en realizar las reparaciones —por muy leves que fueran— que en la estimación de la reconvencción se establecieron. (R. de A.)

46. *Contrato de obra: Cláusulas de revisión de precios.*—Prevista por las partes, en la cláusula VII del contrato, una concreta fórmula con arreglo a la cual había de operarse la revisión de precios motivada por «cualquier elevación real que se opere en los mismos», a esta específica previsión contractualmente establecida ha de ceñirse cualquier revisión a efectuar en los precios convenidos, conforme al mandato de aquel precepto legal (art. 1.258 del Código civil) que obliga al cumplimiento de lo pactado, como con todo acierto la sentencia impugnada resalta en su considerando once, expresando, precisamente para rechazar la postulación de la actora con base en los mayores costos por excesiva duración de las obras, que puesto que ya previeran las partes, en el contrato inicial, una corrección de precios, ésta es «la única en que pueden ampararse legalmente». (Sentencia de 29 de septiembre de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—Puesto que la Sala Primera se apoya precisamente en el mismo precepto que la Sala de instancia, y a pesar de ello ha lugar a la casación, es preciso advertir que se trataba de una demanda en la que la sociedad actora

—contratista— reclamaba una determinada cantidad al comitente, como liquidación. Lo que sucede es que en el contrato se había pactado una fórmula determinada para el cálculo de la revisión de los precios y la Audiencia había admitido un incremento «real» pero superior al resultante de dicha cláusula o fórmula.

Por eso, interesa el Considerando de la segunda sentencia del Supremo cuando dice que «expresamente convenido por las partes... una revisión de precios para cubrir 'cualquier alteración real que se opera sobre los mismos' es improcedente acceder a la postulación contenida en la demanda, reclamada al margen de la revisión pactada, en concepto de 'diferencias entre la aplicación de la fórmula polinómica y el aumento real', por lo que la cantidad pretendida bajo tal rúbrica por la sociedad actora con montante de ... debe ser rechazada».

(R. de A.)

47. *Defectos de construcción.*—El recurrente parte de la perfecta realización de la obra. Sin embargo se acreditó en la instancia mediante prueba de reconocimiento judicial y pericial técnica la deficiente construcción de los edificios, de suerte que al asumir la propiedad de lo edificado y la venta de las diferentes viviendas debe responder conforme al artículo 1.258 y 1.101 del Código civil, de cualquier contravención de sus obligaciones respecto de los compradores de los pisos dentro del plazo de prescripción que para esas acciones personales señala el artículo 1964 del mismo cuerpo legal, por los defectos que las cosas vendidas acusaron, según las pruebas practicadas en el juicio.

Es interesante resaltar la inaplicación de la legislación de viviendas de protección oficial a los efectos de fundamentar un recurso de casación por infracción de ley sustantiva civil, porque se trata de disposiciones de neto carácter administrativo, y lógicamente por su mismo carácter no civil sustantivo no pueden prevalecer sobre la regulación de carácter material deducida de la normativa contenida en el Código civil. Siendo evidente que la ordenación administrativa tendrá sus efectos ante la jurisdicción especial contencioso administrativa, pero no ante la jurisdiccional además la propia normativa administrativa deja a salvo, el ejercicio de las acciones que puedan ejercitar los propietarios y adquirentes de las viviendas, al amparo de los artículos 1.484 y 1.591 y 1.909 del Código civil. (Sentencia de 20 de septiembre de 1985; no ha lugar.) (F. Ll.)

48. *Contrato de obra: Incumplimiento no imputable.*—Esta resolución es de interés no tanto por su doctrina, que no contiene novedades de resaltar, sino por razón del supuesto de hecho y la resolución de la Audiencia, que había declarado —tesis que el Supremo mantiene— que no se daban los requisitos exigidos para que prospere la acción indemnizatoria derivada de incumplimiento contractual, por no derivarse una conducta antijurídica imputable al demandado (contratista), al que no cabe achacar retraso en el inicio de las obras, dado el curso de huelgas y circunstancias meteorológicas adversas, ni tampoco demoras en el suministro del hormigón, y no haberse demostrado la producción de un menoscabo real y efectivo en el patrimonio de la cooperativa actora, circunstancias excluyentes de la relación de causalidad que debe mediar entre la culpa y el daño, lo que impide que la indemnización suplicada pueda ser acogida, de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial. (Sentencia de 13 de abril de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

49. *Arrendamiento de obra: Instrucciones dadas al contratista por el dueño de la obra.*—El mismo reproche de novedad, causa también de desestimación, ha de hacerse al motivo tercero, que trae a colación por primera vez en este recurso la doctrina jurisprudencial de la responsabilidad solidaria entre constructor y técnico, con la pretensión de atribuir al dueño de la obra la cualidad de director técnico y por ende corresponsable de la obra mal hecha, atribución y defensa en modo alguno hecha en el pleito y a lo que no es óbice que en la sentencia se diga que dicho dueño diera ciertas instrucciones al contratista o ejecutor, cosa normal en quien encarga una obra sin que por ello haya de considerársele director *con órdenes vinculantes*. (Sentencia de 10 de junio de 1985; no ha lugar.)

NOTA.—Debe advertirse que se trataba de la acción entablada por el dueño de la obra o comitente contra el contratista, y que la Sala de instancia había calificado la relación como de contrato de obra, habiendo declarado que este último había ejecutado el encargo defectuosamente, con la pertinente condena de hacer.

(R. de A.)

50. *Contrato de obra: Litisconsorcio pasivo necesario (no procede).*—Alegado por el recurrente que no se había demandado reconventionalmente al arquitecto director de las obras, que fue también firmante del contrato de construcción, dice la Sala que si bien es cierto que, de acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial, deben ser necesariamente convocadas a juicio por el actor cuantas personas puedan ser afectadas por la resolución que en el mismo recaiga, también lo es que, de acuerdo con lo probado en la litis, y recogido tanto por el Juzgador de Primera Instancia como por la Sala de Apelación, en la erección de las viviendas de autos se incurrió por el contratista en una serie de defectos de construcción, directamente imputables al mismo, sin que, contrariamente, aparezcan ni vicios del suelo ni defectos de dirección que pudieran responsabilizar la conducta profesional del arquitecto director de la obra, por lo que no existe motivo para entender que hubiese debido ser llamado a estos autos, pese a haber sido firmante del pacto de construcción. (Sentencia de 10 de mayo de 1985; no ha lugar.)

(R. de A.)

51. *Responsabilidad por vicio de la obra (artículo 1.591 del Código civil).*—Habiendo revelado el dictamen pericial que el ataque destructor de la madera (carcoma) era conocido, dadas sus características, antes de su puesta en obra, por parte del constructor-vendedor no se está ante una situación viciosa de la cosa a que se refieren los artículos 1.484 y siguientes del Código civil, sino ante un supuesto de propia inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, esto es, ante un defectuoso cumplimiento de la obligación contractualmente asumida de idoneidad de la cosa o ante una situación de arruinamiento por negligencia del constructor (art. 1.591) determinante, en ambos supuestos, de la inoperancia del artículo 1.490 del Código que se cita como infringido.

Prescripción.—El plazo de prescripción a que se refiere el artículo 1.968 del Código civil corresponde a la culpa extracontractual, lo que, por definición, inhabilita al precepto para fundar en él la casación cuando la actitud culpable acontece, como se ha dicho, dentro de la órbita del contrato (Sentencia de 14 de abril de 1981, 8 de noviembre de 1982 y 9 de marzo de 1983). (Sentencia de 18 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

(R. de A.)

52. *Artículo 1.591 del Código civil. Legitimación activa.*—La tiene la promotora que demanda al constructor, a los arquitectos y a los aparejadores de la obra, en reclamación de los gastos efectuados por la actora a instancias de los propietarios de las viviendas del inmueble, por virtud de reclamaciones extrajudiciales de estos últimos contra dicha promotora, que ésta estimó razonables y fundadas. Y ello, aunque en el momento de entablar la demanda en cuestión la promotora demandante no fuera ya propietaria de vivienda alguna. El hecho de haber efectuado los referidos desembolsos le atribuye legitimación para el ejercicio de la acción del artículo 1.591 C. c.

Legitimación de la promotora al efecto del artículo 1.101 del Código civil.—La sociedad actora, como vendedora de las viviendas, no ha quedado desvinculada de la buena o defectuosa construcción de lo transmitido (se entiende, a efectos de reclamar por vicios constructivos contra constructor, arquitectos y aparejadores).

Subsistiendo en el vendedor (la promotora demandante) su responsabilidad frente al comprador por los vicios o la falta de cualidades en la cosa vendida, deben asistirle las correspondientes acciones para reclamar de quien entiende es el responsable de tales deficiencias o condiciones (en este caso, los referidos demandados).

Alcance de la indemnización: Artículo 1.107 del Código civil.—No se vulnera el párrafo 1.º del artículo 1.107 del Código civil, pues si el patrimonio del perjudicado debe quedar a salvo de las consecuencias del incumplimiento contractual de la parte contraria, la indemnización debe abarcar todos aquellos gastos que sean consecuencia necesaria de tal incumplimiento, entre los que deben incluirse los racionalmente necesarios para la defensa de su derecho no incluíbles en los gastos procesales propiamente dichos, y también los que dentro de ciertos límites procedan de anticipos obtenidos para la reparación con la finalidad de no demorar la habitabilidad de las viviendas, pues es indudable que los perjuicios producidos por la mora son indemnizables.

Responsabilidad solidaria.—Procede, cuando no es posible deducir en qué grado han participado cada uno de los profesionales que han tomado parte en la construcción en la producción del evento dañoso y por tanto no es factible señalar cuotas o participaciones en la indemnización, ni en la relación externa con el perjudicado, ni en la relación interna entre los responsables. (Sentencia de 26 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—El apartado anteúltimo de los de este extracto se entiende mejor si se tiene en cuenta que la promotora demandante había reclamado en su demanda el importe de gastos notariales e informes periciales realizados para dejar constancia de los vicios constructivos, así como el montante de gastos financieros (hay que suponer que créditos para reparar).

Por lo que respecta al último epígrafe del extracto, su doctrina obedece a la alegación de los tres arquitectos demandados de que la solidaridad establecida para estos casos por la doctrina de la Sala tenía que entenderse por «funciones» una la de constructor, otra la de arquitectos y otra la de aparejadores, de forma que dentro de cada función respondiese cada integrante por partes iguales (en este caso, cada uno de los tres arquitectos, un tercio de la «parte» correspondiente a su «función»), en contraposición a la «parte» de aparejadores (que eran dos) o de constructor (que era uno solo). Se alegaba al efecto que sólo de la forma que sugerían los recurrentes se evita que la pluralidad de personas en una misma función pueda perjudicar a cada una de ellas, mientras beneficia indebi-

damente a los miembros individuales de las restantes funciones. Esta cuestión merece tratamiento aparte, por lo que acaso volvamos pronto sobre ella.

(R. de A.)

53. *Reclamación de cantidades: Fijación de honorarios.*—«... en modo alguno puede decirse que aquel primer precepto que define el arrendamiento de obras o servicios (art. 1.544 C. c.) como un contrato en que una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar un servicio por precio cierto, ni este otro del artículo 1.255 del Código civil que proclama la libertad de pacto, hayan sido desconocidos por el juzgador al estimar, ... ajustado a los términos de lo convenido el precio fijado por el Organo al que las partes se sometieron, máxime cuando tal fijación ha tomado como base el presupuesto de ejecución material de la obra referido, no a los costes mínimos de la misma al tiempo de hacerse el encargo, sino al momento de formalización de dichos trabajos que así pueden servir «de actualidad, orientativa para el cliente» cuyo fin buscaba el consistente ... el cual, por otra parte, señaló, indirecta pero libremente ese momento al establecer el de cese de la tarea profesional encomendada.» (Sentencia de 25 de junio de 1985; no ha lugar.)

(A. R. F.)

54. *Responsabilidad de los participantes en la construcción.*—«... Que si bien es cierto que cada uno de los participantes en la construcción del edificio objeto de un contrato de obra ... asumen unas concretas y específicas obligaciones y como lógica consecuencia una responsabilidad independiente en caso de incumplimiento, no es menos cierto ... que en las hipótesis en que la ruina de la edificación se haya producido por la concurrencia de varias concausas, unas atribuibles a la dirección y otras a la ejecución, sin responsabilidad de discernir o precisar las consecuencias dañosas derivadas de cada incumplimiento, la responsabilidad de todos ellos es solidaria frente al dueño de la obra...». (Sentencia de 17 de junio de 1985; no ha lugar.)

(A. R. F.)

55. *Sociedad civil: Litisconsorcio pasivo necesario (no existe).*—Habiéndose concertado contrato de sociedad civil (las partes lo califican sin contradicción como de «sociedad civil irregular», expresión de todo punto inadmisibles y que vemos usada con frecuencia —nota o comentario del autor de este extracto—) por dos varones casados, y habiéndose estipulado que «intervienen también en este acto en calidad de dueñas como bienes gananciales enteradas y continuadoras del presente contrato hasta su final, sus respectivas esposas, doña A. y doña B., que también lo firmarán y con el indicado carácter exponen», la Sala desestima la alegación de litisconsorcio pasivo necesario, manifestando no ser contratantes las referidas esposas, esto es, que los socios eran los maridos, limitándose la intervención de aquéllas a la posibilidad que les da el artículo 1.704 del Código civil (derecho del heredero del socio fallecido a continuar como tal). (Sentencia de 10 de junio de 1985; no ha lugar.)

(R. de A.)

56. *Naturaleza civil del contrato de fianza.*—La fianza solidaria asumida por una Corporación Local para responder de las obligaciones contraídas por ciertos prestatarios —damnificados por inundaciones— tiene la naturaleza civil que, a causa de su accesoriedad, deriva del carácter del contrato principal.

Requisitos previos al otorgamiento de la garantía.—Sin perjuicio de esta natu-

raleza civil, cualesquiera vicios relativos a la formación de la voluntad del ente público fiador se regulan por el Derecho Administrativo y su fiscalización corresponde a la jurisdicción contenciosa. (Sentencia de 30 de octubre de 1984; no ha lugar.) (M. Z. R.)

57. *Interpretación de la fianza.*—Según un principio capital del derecho de la contratación, la fijación del alcance de la fianza y la determinación de su contenido dependen de lo que acuerden las partes o manifieste el fiador respecto al significado del negocio accesorio *per relationem* con la obligación principal. (Sentencia de 31 de octubre de 1984; no ha lugar.) (M. Z. R.)

58. *Contrato de mediación. Agente de la Propiedad Inmobiliaria.*—Admitido por la Sala sentenciadora que la sociedad vendedora comunicó por carta las condiciones de venta de la finca al Agente de la Propiedad Inmobiliaria, quien, a su vez, las ofertó al comprador, celebrándose una primera reunión que resultó infructuosa, y que un año más tarde, salvadas las dificultades para la suscripción del contrato de compraventa, fue éste escriturado en las mismas condiciones que antes habían sido ofertadas por mediación del citado Agente, es obvio que no puede ser calificada de absurda, ilógica o inverosímil, ni de falta de necesario enlace y rigor lógico, la conclusión a que llega la Audiencia Territorial de la intervención en la operación de compraventa del repetido actor, Agente de la Propiedad Inmobiliaria.

Inexistencia de relación contractual entre el comprador y el Agente.—En su tercer Considerando, la sentencia estima el recurso promovido por el comprador de la finca, por estimar que no consta que éste requiriera los servicios del Agente de la Propiedad Actor, ni tuviese otra relación con él que la simple de celebrar un contrato de compraventa con alguien que, en su día, había requerido los servicios del citado Agente, por lo que en modo alguno puede reputarse parte el señor C. (el comprador) en el contrato de mediación concertado entre la sociedad vendedora y el actor, por lo que al no ser parte en el mismo no procede ser obligado a su tenor al abono de la mitad de los honorarios devengados por el mediador (por error dice «vendedor»). (Sentencia de 20 de noviembre de 1984; ha lugar.)

NOTA.—El actor, Agente de la Propiedad, había demandado a la sociedad vendedora de la finca y al comprador de la misma, en reclamación de los honorarios devengados por la mediación en dicha venta. La Audiencia estimó la demanda y condenó a ambos demandados a satisfacer al actor, por mitades, tales honorarios.

Interpuesto recurso de casación por el comprador, la Sala confirma el criterio de la Audiencia en el sentido de que, en efecto, la venta se había celebrado con la intervención del demandante (con la consiguiente condena al pago de sus honorarios), pero estima el recurso y manifiesta que al no haber existido relación contractual entre el Agente demandante y el comprador, éste no se hallaba obligado a pago alguno a aquél. Por ello, en su segunda sentencia la Sala estima la demanda y condena a pagar los honorarios debidos al actor sólo a la sociedad vendedora.

(R. de A.)

59. *Subrogación en el contrato. Litisconsorcio pasivo necesario.*—Si se afirma la subrogación de los actores, hoy recurridos, en la situación jurídica del primitivo prestatario, no puede sostenerse la necesidad de traer al proceso al que como

consecuencia de dicha subrogación se ha desvinculado del negocio jurídico base de la revisión del tipo de interés aplicado e impugnado.

Actos propios.—No existe la más mínima constancia de que los actores, al pagar los intereses incrementados, tuvieran la libre y espontánea voluntad de modificar la relación jurídica preexistente, antes al contrario, la interposición de la demanda origen del pleito exterioriza una voluntad totalmente contraria a dicha elevación de interés.

Documentos públicos.—Si bien es cierto que los documentos públicos no hacen prueba plena contra los contratantes y sus causahabientes en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros, dado que por otros medios puede el Juzgador llegar a conclusiones contrarias al contenido de las manifestaciones emitidas por los interesados en tales documentos, no es menos cierto que de ellos emana, en principio, una presunción de veracidad que subsiste mientras no se acredite la falta de correspondencia o adecuación entre el contenido del negocio documentado y la realidad exterior al mismo. (Sentencia de 6 de octubre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—La doctrina de esta sentencia se entiende conociendo los hechos. La Caja de Ahorros X había concertado préstamo hipotecario con un promotor de viviendas de protección oficial, pactando la posibilidad de elevar los intereses si éstos fuesen objeto de elevación oficial. Vendidas las viviendas a los demandantes, se produjo la figura conocida de la subrogación de los mismos —como compradores de los pisos— en la deuda hipotecaria contraída por el promotor vendedor.

La Orden de 23 de julio de 1977 elevó los tipos de intereses aplicables por las Cajas de Ahorros, por lo que la entidad prestamista, a su vez, aplicó el aumento a los compradores de viviendas subrogados en la deuda. Incluso estos compradores llegaron a pagar alguna liquidación sobre estos intereses incrementados. De ahí la alusión de la sentencia a la doctrina de los actos propios.

Los compradores entablaron demanda contra la Caja, alegando que la Orden en cuestión establecía en su apartado I-3.º que lo dispuesto en ella sería de aplicación sólo a las operaciones que se conviniesen y formalizasen a partir de la entrada en vigor de la misma. Los actores, como es obvio, invocaban la fecha —anterior a la Orden— del contrato entre la Caja y el promotor en cuyo lugar se habían subrogado.

El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia estimó el recurso y estimó íntegramente la demanda. El Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Caja demandada. (R. de A.)

60. *Contrato de pensión alimenticia vitalicia. Causa del mismo.*—«... no se da la situación de falta de posibilidad de cumplimiento por los recurridos... de la obligación asumida en el contrato celebrado... por carencia de domicilio propio por parte de los obligados a ello, ni por tanto puede entenderse producida falta de causa contractual exigida por los indicados artículos 1.261, 1.274 y 1.275, toda vez que estando en presencia... de un convenio de vitalicio, nominado de pensión alimenticia, conocido en la doctrina francesa por *Du bail a nourriture*... en nuestro derecho tiene posibilidad de existencia de hecho y vida jurídica con

base en el principio de libertad de contratación sancionada por el artículo 1.255 del Código civil, para cuya efectividad los perceptores de las prestaciones convenidas... consistentes en alimentos durante toda su vida, comprensivo de todo lo necesario para sustento, habitación, vestido, calzado y asistencia médico-farmacéutica, cedieron a los que asumieron la obligación de prestarlos... la finca urbana... con expresa transmisión y posesión a tal fin, claramente determina que los relacionados cesionarios estuviesen en adecuadas condiciones de atender a la obligación asumida de prestar habitación a los cedentes, por poder atenderlo precisamente con la cesión aludida, y en las condiciones expresadas, del indicado inmueble cedido, con desplazamiento de dominio y posesión, ya que el convenio expresado no impone que esa prestación sea mediante vivienda propia de los referidos cesionarios antes del concierto del contrato a que se hace referencia, sino simplemente de realizarlo...».

Contenido probatorio de una certificación.—«... esa certificación lo único que pone de manifiesto es lo que expresa, pero no que la persona a que afecta o su cónyuge no pudieran tener bienes o ingresos, no constatados por dicha Recaudación... y en el concepto de error de derecho, a causa de que la expresada certificación no es eficaz para generarlo, puesto que lo único que revela es lo que manifiesta, esto es la constatación tributaria de los bienes que expresa... y no la real situación económica que pudiera tener la persona a que afecta, con lo que no es de apreciar la existencia de prueba predeterminada o valorada por la ley que es la esencia del error de derecho...».

Fuerza vinculante de la fe notarial.—«... la manifestación que un testigo pudiera hacer de que vio en la Notaría el pago del precio de la compraventa... cuando en ésta se consigna como recibido por el vendedor con anterioridad al comprador, no proclama como absurda la conclusión... de inexistencia de precio... puesto que lo simplemente a tener en cuenta ante la fuerza vinculante de la fe notarial es que el precio se reconoce en dicha escritura como existente, aunque dado por entregado y recibido con anterioridad al otorgamiento de la meritada escritura, y esa circunstancia no ha sido suficientemente desvirtuada, como ya ha sido puesto de manifiesto...».

Denominación real del contrato.—«... la escritura... no cabe entender que silencia la constitución del contrato vitalicio... desde el momento que al establecer expresamente... que los señores comparecientes han convenido llevar a efecto esta cesión de bienes a cambio de alimentos... se está reconociendo la configuración documentada de un contrato vitalicio, puesto que los contratos se revelan no por la nominación que se les dé, sino por la que corresponda a las cláusulas que se establezcan...». (Sentencia de 13 de julio de 1985; no ha lugar.) (A. R. F.)

61. *Responsabilidad por daños derivados de la caída de una cornisa. Litisconsorcio pasivo necesario.*—Pudiendo alcanzar la responsabilidad extracontractual no sólo al constructor y al arquitecto sino también a la propiedad de la edificación respecto de terceros perjudicados por el desprendimiento de la cornisa o alero, era dueña la parte demandante de dirigirse contra quienes quiere viere convenirle y salvo las acciones de repetición que pudieran corresponder a los condenados contra otros partícipes de la culpa originadora de la responsabilidad y las que en fuerza de relaciones contractuales pudieran asimismo asistirles.

Artículo 1.907 del Código civil.—Aun dentro de una interpretación subjetivista de dicho precepto, como de la que entiende que la *ratio* del mismo es crear una responsabilidad por el mero riesgo, lo que haría excusada la prueba de la imprudencia o de la negligencia, siempre y en todo caso ha de mantenerse el pronunciamiento condenatorio del propietario.

Responsabilidad de la Administración o del empresario.—No se puede deducir con claridad (decimos nosotros) cuál de las dos hipótesis —ambas encerradas en el artículo 1.903 C. c.— se invocaba en este caso, pues la sentencia, al extraer el correspondiente motivo de casación, sólo cita el artículo, sin mencionar un determinado apartado o párrafo. Pero lo que interesa es que la resolución establece que existía una indudable relación de directa dependencia del aparejador —asesor y del constructor— conservador respecto de la Obra Sindical del Hogar, lo cual justifica la exacción, conforme al citado precepto, de la responsabilidad regida por dicho artículo y que responde a una negligencia «in eligendo» o «in vigilando», según constante doctrina de esta Sala. Estas palabras nos llevan a concluir que lo que se invocaba por el Abogado del Estado era la doctrina de la responsabilidad civil del empresario.

Fijación de los daños y perjuicios.—La cuantificación de los daños y perjuicios no se halla sujeta a precisión normativa alguna, sino que ha de efectuarla el órgano jurisdiccional de modo discrecional, y por lo mismo escapa al control de la casación. (Sentencia de 10 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se trataba de la demanda formulada por el actor, como representante legal de su hijo, por los daños sufridos por éste a causa del desprendimiento de la cornisa de una casa propiedad en su día de la Obra Sindical del Hogar. Se demandó al contratista encargado de la conservación de la casa, al aparejador asesor, al Instituto Nacional de la Vivienda y a la A.I.S.S. (Administración Institucional de Servicios Socioprofesionales).

El Juzgado y la Audiencia condenaron a los dos primeros, solidariamente, y a los dos segundos subsidiariamente, a abonar al actor una determinada indemnización (que la Audiencia redujo, respecto de la del Juzgado).

Recurrieron en casación el Abogado del Estado y el demandante; este último, sobre todo, en razón a la cuantía de la indemnización, que dio lugar al pronunciamiento del último apartado de nuestro precedente extracto. El Abogado del Estado invocó la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, por no haber traído al pleito al arquitecto y a la constructora que intervinieron en la edificación.

(R. de A.)

62. *Responsabilidad civil del fabricante.*—La responsabilidad civil del fabricante por los daños causados a los usuarios o consumidores de los productos que aquél elaboró, habrá de basarse bien en la negligente fabricación, con lanzamiento al tráfico comercial de una sustancia defectuosa, ora en faltas cometidas respecto de la necesaria instrucción o información, absteniéndose de comunicar al público los peligros que el uso entraña, por lo que los daños pueden ser causados directamente por el propio producto o motivados por la carencia de instrucciones o inadecuación de las mismas en cuanto a sus cualidades, características y forma de empleo, prescindiendo de señalar las precauciones que han de adoptarse. Doble

hipótesis que aparece recogida en el artículo 1.º del Convenio de La Haya de 21 de octubre de 1972, sobre la ley aplicable a la responsabilidad por tales daños, en cuanto indica que ha de tratarse de los causados por el producto, así como de los provenientes de una descripción inexacta o de la ausencia de indicaciones sobre sus cualidades, caracteres específicos o su modo de empleo, y que asimismo tiene eco en la jurisprudencia de esta Sala, que en una hipótesis contempla el quebranto causado por incorrecta fabricación o defectuoso envase del preparado (26 de marzo de 1982 y 29 de marzo de 1983) y en otra el ocasionado por la falta de instrucciones para la utilización de sustancia de alto poder tóxico (20 de octubre de 1983).

La responsabilidad del fabricante en ambos supuestos, que habrá de concurrir normalmente por cauce extracontractual salvo cuando esté ligado por un contrato de compraventa con el usuario o consumidor, descansa en la inexcusable presencia de un acto culposo o negligente, es decir, de un comportamiento del que se derive responsabilidad por defectos de fabricación o por incumplimiento del deber de orientar al usuario, quebrantando el principio general *neminem laedere* o concretas obligaciones contractuales.

Pacto de distribución en exclusiva.—Tampoco es permitido basar la responsabilidad de «C. I., S. A.» en la circunstancia de haber concedido la exclusiva comercialización a la demandada «I. Q. S., S. A.», pues tal pacto limitativo de la concurrencia, susceptible de ser incorporado a diversos contratos o de revestir condición autónoma, no significa que la vinculación de las partes se traduzca en una dependencia o subordinación entre empresas, autónomas en su organización y medios y con asunción de los riesgos y responsabilidad consiguientes a la actividad que, respectivamente, desempeñan, por lo cual no es posible extender a las dos la obligación de indemnizar que alcanza a sólo una de ellas por una concreta tarea que a la otra no es imputable como ajena a su desarrollo (Sentencias de 5 de julio de 1979, 4 de enero de 1982 y 28 de febrero de 1983). (Sentencia de 14 de noviembre de 1984; ha lugar.)

NOTA.—Varios agricultores demandaron a la empresa fabricante de un insecticida y a la sociedad distribuidora en exclusiva del mismo, en razón de los daños que ese producto había ocasionado en la cosecha de remolacha de los actores.

La Audiencia había sentado que no cabía achacar el resultado nocivo a defectos intrínsecos de fabricación, así como que los demandantes habían incurrido en omisión de cuidado al no haber observado ciertas instrucciones que figuraban en los envases (por lo que redujo la indemnización a la mitad del importe de los daños), pero a la vez apreció culpa en las sociedades demandadas, por lo que las condenó al pago del 50 por 100 restante de los daños.

Interpuesto recurso de casación por la sociedad fabricante («C. I., S. A.»), el Supremo declara haber lugar al mismo, en base a la doctrina citada, porque en los envases del producto se decía expresamente que debía utilizarse «bajo control directo del distribuidor», deber que fue incumplido por la sociedad distribuidora codemandada.

En su virtud, en su segunda sentencia la Sala desestima la demanda en cuanto a la citada sociedad fabricante recurrente, condenando exclusivamente a la codemandada, la entidad distribuidora, sobre las mismas bases que había establecido el Juzgado. (R. de A.)

63. *Responsabilidad extracontractual. Artículo 1.903 del Código civil.*—De persistir una relación de dependencia, más o menos extensa o directa, se alcanza

el supuesto del artículo 1.903, que se inspira en la culpa «in eligendo» sobre la cual el legislador ha instalado una presunción de culpa que ha de ser eficazmente destruida.

Concurrencia de causas.—La sentencia cuyo fallo se combate tiene un fundamento dual, en el artículo 1.903 que aplica con indudable acierto y también en el 1.902, al afirmar la existencia de una culpa «propia y directa» del recurrente, domiciliada en el empleo en su industria de transportes por carretera de maquinaria clandestina y cuyas gravísimas deficiencias operaron causalmente en el hecho cuyas consecuencias deben ser reparadas. (Sentencia de 4 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Este último pronunciamiento de la Sala tiene interés porque nos hallamos ante un caso de concurrencia de causas en la producción del daño, íntimamente ligado con el problema de la relación de causalidad.

El demandado era titular de una empresa de transportes, en la que utilizaba, junto a otros perfectamente legales, vehículos clandestinos y carentes de las necesarias autorizaciones administrativas, uno de ellos un remolque carente de frenos.

Cuando realizaba un servicio en este último remolque un empleado del demandado, aquél recibió la noticia de la muerte de su padre, lo que le movió a tomar la iniciativa de regresar al lugar de origen, haciéndolo a una velocidad muy superior a la permitida para un vehículo de esa clase. El hecho es que, probablemente influido también por el nerviosismo propio de la circunstancia, el conductor perdió el control del vehículo, colisionando con un camión que venía en dirección contraria y de forma correcta; resultó muerto el conductor del remolque, así como su acompañante, y herido de gravedad el del camión, que a su vez sufrió serios desperfectos.

La sentencia de la Audiencia, como la del Juzgado, habían condenado al demandado a indemnizar los daños sufridos por el conductor del camión. En casación, el demandado recurrente alega cómo puede ser condenado por culpa «in vigilando» el empresario que, como en este caso, se hallaba alejado de su dependiente por largos kilómetros de distancia que le impedían la vigilancia y el control de su actividad, dificultad —sigue diciendo— que sube de punto al aparecer factores tan inesperados como la noticia de la muerte del padre del dependiente y la turbación que produjo en su ánimo, por lo que concluía que la causa del accidente no había sido el estado del vehículo sino su indebida conducción por el empleado.

La Sala acoge la apreciación fáctica del Tribunal *a quo* en el sentido de que el carecer de frenos el remolque tuvo una relevancia causal en la producción del resultado, afirmación no desvirtuada en casación.

Lo importante del caso es, sin duda, la curiosa complejidad del asunto, en que con claridad de ejemplo didáctico se aprecia la concurrencia de dos causas: a la forma inadecuada de conducir el vehículo se une o añade su carencia de frenos, que hace que en un momento determinado su control resulte imposible para el conductor.

Nos parece que, cualquiera que sea la teoría que se adopte en tan delicada materia cual es la de la relación de causalidad, la solución de la Sala es irrefutable. (R. de A.)

64. *Responsabilidad civil: Daños sufridos por el trabajador en el cumplimiento de su actividad. Inversión de la carga de la prueba.*—Reproducimos los Considerandos 2.º, 3.º y 4.º de la sentencia del Supremo, necesarios para la debida comprensión del asunto y la doctrina de la Sala. Merece la pena su íntegra transcripción, por cuanto constituye una síntesis de la actual doctrina jurisprudencial en la materia, sin perjuicio de que, como diremos en la «nota» de este extracto, suscite dudas la aplicación que de la misma se hace al caso de autos.

«CONSIDERANDO: Que el siguiente motivo segundo, en el que por el mismo número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia la infracción, por concepto que no se expresa, del 1.902 del Código civil, debe encararse, al no haberse articulado propiamente motivo alguno por error en la apreciación de la prueba, desde el "factum" suministrado por la sentencia de la Audiencia que al aceptar íntegramente la del Juzgado, arrastra consigo el relato histórico efectuado en el primer grado del juicio de que el presente recurso dimana, debiendo combinarse ambas sentencias para completar el supuesto de hecho para lo cual procede volver sobre ellas reproduciendo aquí cuanto contienen de fáctico, despojándolo de las adherencias axiológicas o valorativas, para pronunciarse con la base de aquel puro nudo «trozo de la vida», acerca del adecuado enjuiciamiento del mismo desde el invocado artículo 1.902 del Código civil.»

«CONSIDERANDO: Que el Juzgado (cuya sentencia, según ya se adelantó, está íntegramente aceptada por la Audiencia y forma parte integrante por ello de la pronunciada por ésta y se ofrece a la censura de esta Sala), en el segundo de sus considerandos (luego de haber desechado la excepción de prescripción de la acción) inicia el examen del fondo del juicio afirmando que "es carga de la prueba que pesa sobre la parte actora la de acreditar suficientemente cumpliendo de esta suerte el deber jurídico que le impone el artículo 1.214 del Código civil, la existencia o concurrencia en el supuesto en que reclama de los tres requisitos o elementos que condicionan tal acción" o sea la derivada del artículo 1.902, entre los cuales y aparte la existencia de un resultado lesivo o daño y un nexo o vínculo de causalidad entre aquél y el culpable, lista en el primer lugar la exigencia de que la víctima pruebe la culpa o negligencia del demandado; y, puesto a ello, concluye que "no se desprende con absoluta claridad que el fallecimiento del obrero Jesús V. G. tuviere por causa la conducta negligente o culposa de su patrón, Jesús A. G., al encomendarle una tarea para cuya realización tuviera que prescindir de las medidas de seguridad", pues "no consta acreditado que el demandado ordenase al fallecido realizar un doble cometido —manejo de la grúa y acarreo de materiales— que le obligase en cualquier momento a prescindir de una medida de seguridad tan importante cuando se trabaja en lugares situados a cierta altura con riesgo de precipitación como lo es el cinturón de igual nombre", y si "en un momento determinado el fallecido parece que realizó dicha doble función, lo que provocó su caída" ello es "sin que conste plenamente acreditado que la realizaba por orden de su patrono o empresario, lo que por otro lado ha quedado desechado a través de la resultancia de la prueba testifical" consistente, por cierto, en el hermano y tres obreros dependientes del demandado; razonando la Audiencia por su parte sobre la base de los mismos "cuatro testigos, que entonces trabajaban en la obra" (considerando segundo) no ser cierto "que la víctima llevara las carretillas cargadas a sus respectivos lugares de colocación, pues de tal misión estaba encargado el obrero Manuel A., quien trasladaba las carretillas cargadas al lugar donde se colocaban las bovedillas y luego vacías las llevaba al sitio donde se encontraba la grúa para ser bajadas a la calle» (considerando segundo) siendo cierto por el contrario (considerando tercero) "que el obrero accidentado tenía como única tarea encargada por su principal, el manejo de la grúa, y para su desempeño se le había provisto del casco y cinturón de seguridad, los cuales había utilizado, y si por su propia y exclusiva

iniciativa se quitó el cinturón de seguridad en la ocasión de autos, cuando trataba de enganchar la carretilla para bajarla con la grúa, lo que determinó al estar desprovisto de dicha medida de seguridad su caída al vacío "no cabe apreciar concurrencia de culpa o negligencia del demandado empresario".»

«CONSIDERANDO: Que esta Sala viene proclamando reiteradamente (entre las más recientes, sentencias de 10-7-1981, 26-10-1981, 27-5-1982, 4-10-1982, 25-4-1983, 12-12-1984 y 4 y 18-2-1985), que el principio de la responsabilidad por culpa es el básico de nuestro ordenamiento y el acogido en el artículo 1.902 del Código civil, de tal suerte que se exige por modo general y como requisito de ineludible concurrencia, el que al eventual responsable se le pueda reprochar culpabilísticamente el hecho originador del daño, pues sólo así puede generarse responsabilidad conforme al artículo invocado, en relación con el 1.903; pero no es menos cierto que la Jurisprudencia de esta Sala ha creado diversos paliativos cuales son el acentuar el rigor con que debe ser aplicado el artículo 1.104, defensor de la culpa o negligencia, que no se elimina siquiera sea con el puntual cumplimiento de las precauciones y prevenciones legales y reglamentarias y de las aconsejadas por la técnica si todas ellas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo, erigiéndose como canon la exigencia de «agotar la diligencia» (Sentencias, entre otras, de 25-3-1954 y 30-6-1959, 12-2 y 17-3 1981, 20-12-1982); más destacadamente aún, la responsabilidad por riesgo que refieren tantas otras, desde la de 24-3-1953 a las de 18-11-1980 y 30-4 y 14-6-1984, de especial relevancia en la circulación de vehículos de motor (Sentencia de 6-5-1983); siendo el primero en aparecer, ya que data de la Sentencia de 10-7-1943,, el de la inversión de la carga de la prueba, creando la presunción "iuris tantum" de que medió culpa por parte del agente, consagrado en multitud de sentencias a partir de la indicada, así las de 20-10-1963, 23-3-1968, 11-3-1971, 10-5-1972, 9-3-1974, 29-12-1975, 26-5-1976, 14-5-1978, 30-3 y 18-11-1980, 27-4 y 6-10-1981, 10-5-1982, y, últimamente, 11-4-1984, al decir que es doctrina constante de esta Sala que en materia de culpa extracontractual debe presumirse la existencia de negligencia en el causante del daño, salvo cuando, aparte de fuerza mayor, el autor de la acción u omisión acredite debidamente haber actuado con el cuidado que requieren las circunstancias de lugar y tiempo y que la culpa del perjudicado, en la hipótesis de que concurra, se presente con caracteres de exclusividad o con tan acusado relieve como para abonar a otra culpa concurrente, pues, en otro caso, sólo puede apreciarse cierta compensación (de la responsabilidad mejor que de la culpa, como precisó la Sentencia de 15-12-1984) traducible en moderación del montante económico a satisfacer; siendo justamente este paliativo de la inversión de la carga de la prueba, procedente de la esfera laboral, donde actualmente tiene por principal asiento el número 3 del artículo 84 de la Ley General de la Seguridad Social al presumirse, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidentes de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo; debiendo tenerse muy en cuenta a la hora de calificar como imprudente una conducta la diligencia exigible no sólo según las circunstancias, artículo 1.104, sino también, según así lo previene la sentencia de 16-5-1983, el sector de la vida social en que se produce la ocurrencia; apareciendo aquí y muy de bulto, que el juzgador de la instancia no atendió a la índole de la esfera laboral en que el acaecimiento dañoso se producía y en la que tan antigua manifestación tiene el principio de la inversión de la carga de la prueba, poniendo a

cargo de la víctima la inasequible prueba de la culpa del patrono, quien, siendo obviamente el creador del riesgo y el beneficiario de la actividad del interfecto, se exime en el caso de toda responsabilidad, sin que exista una clara constancia de que la precipitación del obrero obedeció a una conducta imprudente o negligente del mismo». (Sentencia de 10 de julio de 1985; ha lugar.)

NOTA.—Es de observar que la Sala, aunque proclame declamatoriamente el inexcusable requisito de la concurrencia de culpa en el demandado presunto autor del daño, se inclina por la vía de la inversión de la carga de la prueba, en razón de la llamada «responsabilidad por riesgo», sobre la base de la «inasequible prueba de la culpa del patrono» y la circunstancia de ser este último el «creador del riesgo y el beneficiario de la actividad del interfecto», lo que, en rigor, lleva a una solución lindante con la responsabilidad objetiva (aunque técnicamente no se construya con esta calificación).

No deja de llamar la atención que la Sala se sacuda de la exigencia de culpa en el patrono por considerar que no existía clara constancia «de que la precipitación del obrero obedeció a una conducta imprudente o negligente del mismo», siendo así que la Sala de instancia había declarado probado que el obrero fallecido se había quitado el cinturón de seguridad del que se hallaba provisto.

El razonamiento de la Sala, a la luz de este caso concreto y de los elementos de juicio que a ella llegaron, da lugar a una cierta desorientación en el intérprete, pues la inversión de la carga de la prueba —a nuestro entender— sólo puede jugar cuando los hechos acreditados no muestren culpa exclusiva de la víctima, esto es, cuando exista una duda razonable sobre cómo acontecieron los hechos, cosa que en el asunto debatido quedaba excluida precisamente por la circunstancia de que el Supremo no desecha la observación de la Sala de instancia de que, como queda dicho, el trabajador se había soltado espontáneamente el cinturón de seguridad exigible a su función.

Dicho en otros términos, a nuestro entender la Sala se excede en la aplicación de la doctrina del riesgo, para llegar a adoptar una solución de responsabilidad objetiva, improcedente, según creemos, en la vía jurisdiccional y en la materia en que el asunto se enjuiciaba. (R. de A.)

65. *Responsabilidad civil del Estado: Daños causados por un miembro de la Guardia Civil. Competencia de la jurisdicción civil.*—La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26-7-1957 dispone en su artículo 40 que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, pero además de esta acción directa contra el Estado, establece, en su artículo 43, que los particulares podrán también exigir a las autoridades y funcionarios civiles, cualquiera que sea su clase y categoría, el resarcimiento de los daños y perjuicios que a sus bienes y derechos hayan irrogado por culpa o negligencia graves en el ejercicio de sus cargos, es decir, la expresada Ley, cuyos antecedentes se encuentran en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, y con la finalidad de garantizar al perjudicado el resarcimiento de los daños sufridos, concede al ciudadano lesionado por un acto realizado por un funcionario con intención de culpa grave la posibilidad de dirigir su acción indemnizatoria, bien contra el Estado como responsable directo del daño, bien contra el autor del acto lesivo, pero así como si elige la primera opción la vía a utilizar es la administrativa y la posterior contencioso-administrativa frente al acto denegatorio, sin embargo, cuando la reparación trata de hacerla efectiva directamente del funcionario autor del acto negligente, la reclamación debe formularse ante la jurisdicción civil, según dispone el artículo 45 de la expresada Ley,

por lo que, en el caso de litis, en el que se reclama la correspondiente indemnización por las lesiones sufridas por el actor como consecuencia de la conducta culposa de un agente de la autoridad en el ejercicio de sus funciones, debe sentarse como conclusión que es la jurisdicción civil la que tiene atribuido el conocimiento de la cuestión, y a tal conclusión no se opone la circunstancia de que, al propio tiempo que al funcionario, se demanda también al Estado, porque es difícilmente imaginable un proceso contencioso-administrativo en el que aparezca como demandado un funcionario público, en su calidad de órgano administrativo productor de un acto de tal naturaleza, sino como persona física y sujeto activo de un actuar lesivo para los particulares, sin que el hecho de que también sea demandado el Estado, creándose una situación de litisconsorcio pasivo, modifique la situación, ya que el perjudicado, lo mismo que puede elegir a uno o a otro, puede dirigir su acción contra ambos, en cuanto, según el artículo 135-3 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa de 26-4-1957, los particulares lesionados podrán exigir la responsabilidad solidariamente de la Administración y de los funcionarios, por lo que en atención a lo expuesto y, a la consideración de que la responsabilidad exigida en el proceso deriva, no de un ilícito civil, sino de un ilícito penal cuya responsabilidad de este orden fue extinguida por la amnistía concedida por la Ley de 15-10-1977, con reserva de la acción civil, y a la circunstancia de que el artículo 9.º de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, aunque posterior al litigio e inaplicable por su irretroactividad, establece un criterio orientador al atribuir a los Tribunales y Juzgados del orden civil el conocimiento, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no están atribuidas a otro orden jurisdiccional y en consideración, igualmente, a que el mantenimiento de la sentencia recurrida, con la necesaria secuela de volver a empezar una vía administrativa y la posterior contencioso-administrativa, al cabo de diez años de ocurridos los hechos lesivos origen de la demanda, produciría, como consecuencia, una verdadera denegación de justicia contraria a todos los principios éticos y constitucionales, tanto más lamentable cuando, aun en la hipótesis dialéctica de aceptar la tesis de la incompetencia de la jurisdicción civil, fue la propia Administración la que por el incumplimiento de su obligación de resolver expresamente la reclamación previa e indicar la vía impugnatoria, provocó el error en la elección de la jurisdicción, debe concluirse afirmando que en el caso de litis, el conocimiento de la cuestión litigiosa corresponde a la jurisdicción civil y no a la contencioso-administrativa, por lo que debe acogerse el tercer motivo de casación, de examen preferente, apoyado en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, en su anterior redacción, y en el que se denuncia la infracción del artículo 45 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, que atribuye a la jurisdicción civil el conocimiento de las acciones de responsabilidad civil contra los funcionarios públicos. (Sentencia de 12 de noviembre de 1985; ha lugar.)

HECHOS.—Un miembro de la Guardia Civil, formando parte de un grupo de vigilancia que efectuaba un servicio, ordenó que el actor y su acompañante, que se encontraban en el interior de un vehículo, descendieran de él, por sospechar que eran portadores de propaganda subversiva, y después de colocarlos con los brazos en alto de cara a la pared, y por no guardar las imprescindibles medidas de seguridad se le disparó la pistola con la que conminaba a los detenidos, lesionando al actor en la rodilla izquierda y produciéndole lesiones que tardaron

en curar hasta el 5-5-1978, con incapacidad laboral transitoria durante dicho período, conducta que según la segunda sentencia de la Sala debe considerarse gravemente negligente y que hace al actor acreedor de la condena a los daños y perjuicios producidos, que se estiman en la cantidad de 1.000.000 de pesetas.

El Juzgado había condenado al miembro de la Guardia Civil y al Estado español al pago al actor de la citada suma.

La Audiencia, revocando la sentencia del Juzgado, acogió la excepción de incompetencia de jurisdicción, alegada por el Abogado del Estado.

NOTA.—Por tratarse de un caso prácticamente coincidente con el que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1983, comentada por el Prof. ZORRILLA RUIZ y el autor de este extracto en «Anuario de Derecho Civil», tomo XXXVII, fascículo IV, octubre-diciembre de 1984, págs. 1237-1257, bajo el título *Responsabilidad civil de la Administración. Jurisdicción competente y otros extremos*, nos remitimos a dicho trabajo en punto a las observaciones y reservas que sugiere la doctrina de la Sala Primera. El planteamiento doctrinal del problema ha sido cuidadosamente analizado por el Prof. PANTALEÓN PRIETO en su monografía *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Madrid, 1985.

(R. de A.)

66. *Responsabilidad civil: De compañía ferroviaria (no concurre).*—Es oportuno consignar que la responsabilidad por culpa extracontractual requiere la existencia de una acción u omisión voluntaria, no maliciosa, imputable al demandado, lo que se presume cuando se crea una situación de riesgo, puesto que ello 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 mismo a la adopción de las medidas que fueran racionalmente exigibles para prevenir tal daño, como dice la Sentencia de 15-2-85, lo que tiene su fundamento en una moderada recepción del principio de responsabilidad objetiva basada en el riesgo o peligro que recuse el factor psicológico de la culpabilidad del agente, o lo que es igual, que la culpa de éste se presume «*iuris tantum*» (Sentencias 27-4-81 y 30-5-85); pero ello nos lleva a reafirmar, coincidentemente al criterio mantenido en la sentencia de instancia, que la responsabilidad por riesgo no puede ser erigida en fundamento único de la obligación de indemnizar, pues tal teoría del riesgo (así denominada) no descansa en la mera causación de un evento físico dañoso, ya que si la víctima se interfiere en la cadena causal quedará el agente exonerado de responsabilidad por tratarse de un suceso imprevisto e inevitable (Sentencias 18-9-84 y 4 y 12-12-85, entre otras muchas como las de 29-3, 11-5 y 13-12-83, 10-2, 9-3 y 8-5-84), y en este caso —en el que se dan por reproducidos los hechos probados y así declarados en el tercer considerando de la sentencia recurrida—, la actividad desplegada por la Renfe se acomodó a la diligencia exigible conforme a las circunstancias de lugar, tiempo y modo, con debida correspondencia al sector de la vía férrea en que se realizó, no siendo posible extender la responsabilidad civil de las empresas ferroviarias a los accidentes que sobrevienen no con motivo de la explotación del servicio o negocio de transporte, sino por un proceder negligente de la propia víctima o de quien estaba legal y normalmente obligada a su custodia y vigilancia, como en este supuesto en que la víctima tenía veintiún meses de edad (Sentencia 12-12-84), lo que con otras palabras viene a decir la sentencia de 12-2-85, que la situación de hecho establecida en la instancia, sin contradicción eficaz pese a la reiterante defensa articulada, pone bien a las claras

que fue la propia conducta de la menor asociada a la carencia de extremado control que sobre ella había de prestarse, la determinante del desgraciado hecho en cuya producción no aparece acreditado el *minimum* de negligencia extraña de aquel precepto del artículo 1.902 y 1.903 del Código civil que se dicen violados, y que exige y requiere para fundar la responsabilidad civil de los demandados conforme a la reiterada doctrina de esta Sala, como son las Sentencias de 8-5, 20-6 y 18-9-84. (Sentencia de 21 de noviembre de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Se reclamaba indemnización de daños y perjuicios por el accidente sufrido por la menor Cristina H. M., cuando en edad de veintiún meses fue arrollada por un tren en la vía del ferrocarril «X», con ocasión de atravesar la línea férrea por un sendero existente donde hubo un paso a nivel que fue suprimido el 5-10-74, al ser construido a poca distancia un paso elevado. La víctima sufrió la amputación del brazo izquierdo y la pierna del mismo lado, haciéndose responsable a RENFE, demandada, en razón de la culpa extracontractual de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil.

La demanda fue desestimada en ambas instancias, formulándose recurso de casación basado en la infracción de la jurisprudencia relativa a las medidas adoptadas por RENFE, que, al producirse el accidente, revelan su insuficiencia, dejando de hacer lo que era debido, pues debía agotar cuantas prevenciones reglamentarias hubieran sido necesarias para evitar todo tipo de accidentes. A cuyo efecto se invocaban varias sentencias del Tribunal Supremo. (R. de A.)

67. *Responsabilidad civil: Caracteres de la diligencia exigible. Compensación de culpas. Relación de causalidad.*—Frente a dicho criterio, el motivo primero del recurso denuncia violación del artículo 1.902 del Código civil, alegando que los recurridos «incurren en culpa o negligencia al no poner una valla que impida los accidentes y el paso a la obra, pues tales bovedillas estaban sueltas y situadas a continuación de la terraza de las actoras, sin protección ni indicación de ningún género», haciendo posible un accidente que no habría ocurrido si se hubiera puesto «una pequeña valla o endeble tabla»; tesis que debe prosperar, pues aun partiendo de que, en efecto, no está demostrada la versión fáctica de haber obrado el lesionado a impulsos de la necesidad de socorrer a su hijo menor, adentrando peligrosamente en el edificio, la doctrina jurisprudencial señala con insistencia que si bien el artículo citado descansa en un principio básico culpabilista, no cabe desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios sino además todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso, con lo que se atenúa aquel criterio subjetivista en aras de una más defendible solidaridad social, y es indudable la clara infracción de las reglas de conducta exigible al encargado de la obra y a su propietario, quienes después de haber demolido la paredilla que cerraba la terraza mencionada, se abstuvieron de situar alguna instalación para impedir el paso a la obra en una zona de tangencia con la casa de las recurrentes, favoreciendo que cualquiera de los miembros del grupo familiar, movido por el explicable deseo de comprobar «in situ» los daños que amenazaban su propiedad, penetrase a tal fin en el edificio que se estaba levantando, actitud sin duda antijurídica pero que no llega a romper la relación de causalidad, por lo mismo que no se erige en el único factor desencadenante del hecho dañoso como sería menester para la exoneración del agente (Sentencias de 5 de abril y 17 de octubre de 1984 y 12 de abril de 1985),

sino de una actuación concomitante con la del segundo, que si bien no elimina la obligación de indemnizar impone una equitativa moderación en la cuantía del resarcimiento a la víctima (Sentencias de 13 de octubre 1981 y 20 y 27 de julio de 1983), atendida la respectiva entidad de las culpas concurrentes. (Sentencia de 21 de junio de 1985; ha lugar.)

NOTA.—En lo que se refiere a la cuestión epigrafiada, la Sala del Supremo, en su segunda sentencia, revoca parcialmente la del Juzgado condenando a los demandados a indemnizar al actor don A. T. P. por los daños y perjuicios sufridos con motivo de las lesiones referidas, en cuantía que será determinada en ejecución de sentencia y en proporción del 50 por 100, sobre la base de que los días invertidos en la curación han sido 197 y que la sanidad se produjo sin dejar secuelas.

Amén del interés que la sentencia reviste al insistir en una línea de interpretación de la doctrina de la culpa bien conocida, hay que hacer notar el nexo que se establece entre la relación de causalidad y la culpa del perjudicado, a fin de dar entrada a la fórmula de la compensación de culpas por este camino técnico, según el autor de este extracto había puesto de relieve en su libro *Leciones sobre responsabilidad civil*, reimpresión, Bilbao, 1982, págs. 107 ss.

(R. de A.)

68. *Responsabilidad civil: Concurrencia de culpas.*—Este punto de la culpa exclusiva del conductor del camión asegurado por la Compañía ahora recurrida, se vuelve a plantear en el motivo primero del recurso, que se ampara en el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento —en su versión anterior a la reforma de 1984— para denunciar error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación por inaplicación del 1.225 relacionado con los 1.218 y 1.224, todos del Código civil y con una sola sentencia de este Tribunal Supremo (de 30-5-66) que no es susceptible de ser acogido, porque los llamados documentos sobre los que se proyecta la denuncia, son el atestado que levantó la Guardia Civil de Tráfico, un informe pericial obrante en el mismo y las diligencias ampliatorias, que podrían afectar a un hipotético error de hecho, pero nunca pueden servir para hacer el que se denuncia y mucho menos para fundamentar una culpabilidad exclusiva contra lo declarado en el procedimiento anterior y frente a lo que declara la Sentencia de primer grado (Considerando segundo) que acepta la recurrida, acerca de los «indicios de culpa por una y otra parte, la actora al circular con los neumáticos en mal estado que proporcionaron el reventón que le hizo salirse de su trayectoria e invadir la calzada contraria, y la demandada por circular el suyo con exceso de pasajeros lo que lógicamente debió influir en el peso y estabilidad del vehículo, dificultando el frenado y posibilidad de dominio del conductor sobre el automóvil»; datos de hecho no desvirtuados y apreciación de culpabilidad que, como tal es combatida, independientemente de la confusión de carácter material de la asignación de vehículos respecto de la Compañía aseguradora, intrascendente para la finalidad perseguida; carecían de fundamento en la motivación, que afecta a la segunda, donde con amparo en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, se alega asimismo violación por inaplicación de los artículos 1.º y 5.º del Texto refundido de la Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor en relación con los 1.101 y 1.103 del Código civil, donde contrariando la apreciación probatoria del Juzgador, se hace supuesto de la cuestión relativa a la culpabilidad del resultado y se olvida que el artículo

1.103 del Código concede una facultad discrecional para moderar la responsabilidad consiguiente.

El tercero y último de los motivos formulados, utiliza el cauce del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento —en su versión anterior a la reforma de 1984— para denunciar aplicación indebida del 6.º de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, que tampoco puede acogerse, porque el precepto no fue aplicado por el juzgador, lo que impide sostener que lo hizo indebidamente; pero es que, además, lo que en el mismo se establece es la facultad del asegurador, una vez efectuado el pago, de repetir en los tres supuestos que menciona, que en este caso es el primero, o sea «contra el tercero causante de los daños y perjuicios», con lo que se vuelve a hacer supuesto de lo cuestionado, insistiendo en la atribución de la culpa, exclusivamente, al conductor del camión, en contra —forzoso es reiterarlo— de la apreciación que, de la prueba, efectuó el Juzgador, confirmando lo ya decidido en el declarativo de mayor cuantía seguido a instancia de la Compañía que ahora recurre, pidiendo la nulidad de los autos del Juzgado de TELDE, la cual, en cumplimiento de lo ejecutoriado, pagó la parte que le correspondía de las indemnizaciones, que asimismo realizó la aseguradora que figura como recurrida; lo que no permite a aquélla reclamar desnúés, en el procedimiento de que trae causa este recurso —por vía reconvenional— la mitad de lo que en aquel concepto satisfizo, alegando como compensación frente a lo que ahora se pide, no incluido en lo anterior, por afectar a otro concepto, como es el de «asistencia médica y hospitalaria» que, igualmente, se declaró deberían abonar, por mitad, las dos Compañías aseguradoras. (Sentencia de 13 de diciembre de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—En un accidente de circulación, producido por la colisión frontal de un microbús, asegurado por la compañía recurrente en casación, y un camión, cuyo seguro estaba cubierto por la compañía recurrida, fallecieron los conductores de ambos vehículos y cinco pasajeros del microbús, resultando además lesionados otros cinco ocupantes de este último. Se siguieron diligencias penales previas en el Juzgado de T., que terminaron con auto en que no se apreció responsabilidad penal y se determinó que las cantidades máximas a reclamar por los daños y perjuicios sufridos por los perjudicados deberían ser satisfechas por mitades e iguales partes entre las compañías aseguradoras, las cuales deberían también satisfacer, al cincuenta por ciento, el importe de las asistencias médicas y hospitalarias, así como cualquier otra cantidad que pudiera determinarse en ejecución de sentencia.

La compañía «M., S. A.» interpuso demanda de nulidad, que fue desestimada en ambas instancias, rechazándose la excepción alegada de culpa exclusiva del otro conductor, por lo que la compañía aseguradora recurrida, «S. A. de S., S. A.», que había satisfecho los gastos relativos a la asistencia médica y hospitalaria, por un importe total de 1.476.509 pesetas, reclamó la mitad a la compañía que recurre en casación, que se negó al pago, poniendo la referida culpa exclusiva del otro conductor. Pretensión que acogió la sentencia de la Audiencia que dio lugar a este recurso de casación. (R. de A.)

69. *Responsabilidad civil: Litisconsorcio pasivo necesario.*—Si quienes han sido demandados estiman que existió culpa por parte de terceras personas, concretamente y cual apuntan en el recurso, del capitán del trasatlántico «X», son

ellos quienes debieron demostrarlo, pues ni en los autos ni en la sentencia impugnada aparece indicio alguno de dicha culpa, razón por la cual el referido capitán no fue incluido en la reclamación, sin perjuicio de que si el impugnante estimare existió dicha responsabilidad, puede en su día ejercitar las oportunas acciones contra el referido capitán. (Sentencia de 21 de mayo de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Versaba el asunto sobre la reclamación que, al amparo de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil, habían entablado las viudas de dos marineros fallecidos con motivo de la realización de una maniobra en el remolcador en que trabajaban. La acción se dirigió contra el patrón del remolcador y contra la empresa propietaria de éste, siendo estimada en las dos instancias. (R. de A.)

70. *Nulidad de ocupación de terrenos derivada de expediente de expropiación: Incompetencia de jurisdicción.*—La Sala declara la incompetencia del orden jurisdiccional civil en un asunto en que se formulaba un suplico alternativo por el que se solicitaba: 1. Declarar nulo un expediente de expropiación tramitado por un ayuntamiento. 2. Con carácter subsidiario, declarar nula de pleno derecho y subsidiariamente inexistente (sic) la ocupación como consecuencia de dicho expediente de una parte de finca. 3. Como consecuencia de cualquiera de los dos pronunciamientos, anteriores, condenar al ayuntamiento a devolver a los actores la finca o la parte de finca citada. 4. Con carácter subsidiario respecto de los pronunciamientos anteriores, condenar al contratista don N. B. A. a rectificar toda la obra realizada por él para establecer el todo o parte del saneamiento de ciertos parajes, ajustándola a las previsiones del proyecto rector de la misma en diversos extremos. 5. Como consecuencia del pronunciamiento anterior, condenar al ayuntamiento, a don N. B. A. y al técnico director de la obra a pagar a los actores la indemnización por los daños derivados de la ocupación de la finca por espacio superior al indispensable. 6. Con carácter subsidiario del pronunciamiento cuarto, condenar a lo que allí se pide al ayuntamiento, al contratista y al director técnico de la obra. (Sentencia de 17 de abril de 1985; no ha lugar.)

NOTA.—La naturaleza del caso obliga a remitir al lector a la sentencia íntegra, aunque lo que queda dicho da cabal idea de lo que se discutía y del sentido del fallo del Supremo.

Puesto que alguno de los pedimentos encubre una reclamación de responsabilidad civil dirigida contra particulares (contratista y director de la obra), podría decirse que estamos en presencia de uno de los casos de lo que PANTALEÓN, en su reciente y valiosa monografía *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción* (Madrid, 1985), llama «la crisis del sistema» —refiriéndose al actual de dualidad de jurisdicciones, cuando es la Administración la causante del daño—, que no es otro sino el supuesto en que el perjudicado ejercita conjuntamente, ante la jurisdicción civil, una pretensión indemnizatoria contra la Administración y otra u otras contra uno o varios particulares (págs. 103 ss.).

Al margen de que la crítica del sistema actual que hace el citado profesor sea totalmente digna de adhesión, en punto al problema jurisdiccional que desarrolla en su brillante libro, en el caso que nos ocupa parece que la solución adoptada por la Sala Primera (declarar su incompetencia) es la más razonable, habida cuenta que los pedimentos contra el contratista y el director de la obra eran subsidiarios de otros claramente subsumibles en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. De suerte que la hipótesis que formula PANTALEÓN en la parte 5 de su obra (responsabilidad de concesionarios y contratistas de la Administración por

daños causados a terceros a consecuencia de la gestión del servicio público concedido o de la ejecución de la obra pública contratada) no parece tener siquiera cabida aquí, pues de haber existido alguna extralimitación ésta era de la Administración, no del contratista. Si bien hay que tener presente —argumento que refuerza los ya existentes contra el sistema dual del Derecho vigente— que esta observación (no fue el contratista quien se extralimitó) resulta del enjuiciamiento del asunto lo que implica ya una tácita admisión de competencia por el Tribunal civil.

Lo que resulta bastante claro es que el error pudo consistir en la forma de plantear la reclamación, mezclando pedimentos claramente atribuibles a la jurisdicción contenciosa con otros que *podían* haber tenido cabida en la civil aunque se formularan *también* contra la Administración. (R. de A.)

71. *Responsabilidad civil: Daños causados por reses de caza mayor.*—La remisión del artículo 32.2 de la vigente Ley de Caza de 4 de abril de 1970 a las normas de la legislación civil ordinaria que, según el recurso circunscribe la responsabilidad a los supuestos del artículo 1.906 del Código civil, implica un problema que se plantea ahora por vez primera... aparte de que, contrariamente a lo que se dice en el recurso, la disposición final tercera de la Ley de Caza que contiene la cláusula derogatoria establece en su último párrafo que «quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley», entre las que, evidentemente, tiene que incluirse la del artículo 1.906 del Código civil, cuyo sistema individualista-subjetivo de la responsabilidad del propietario se opone al criterio objetivo que implanta la nueva ley, al margen de la acción u omisión directas que comportan la mediación de culpa que es preciso probar; sin que a ello pueda ser obstáculo la remisión del artículo 33.2 de la especial a las «prescripciones de la legislación civil ordinaria, específicamente concretada a la «exacción de estas responsabilidades», es decir, al modo, forma y procedimiento, que es lo que deberá ajustarse a dichas prescripciones, pues el término *exacción*, según el Diccionario de la Real Academia, significa la «acción y efecto de exigir», que no puede confundirse con las causas, razones y fundamentos sustantivos, en que se basa la exigencia. (Sentencia de 27 de mayo de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Se trataba de la reclamación promovida por dueños de fincas contra una sociedad propietaria de otra dedicada a la explotación de un coto de caza mayor (venados), cuya entrada en las tierras de los actores les habían producido determinados daños.

La sentencia de la Audiencia había estimado en parte la demanda, pero acogiendo en definitiva la causa de pedir y determinando los daños por indemnizar. Interpuso recurso de casación la sociedad demandada. (R. de A.)

72. *Responsabilidad civil «ex delicto».*—Tanto en la sentencia del Juzgado como en la de segundo grado se califica, con acierto, la acción ejercitada, no como derivada de culpa extracontractual, pese a que en la demanda inicial se invoquen los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil, sino que entraña el ejercicio de una acción de responsabilidad civil «ex delicto», que ha de actuarse en vía civil, siguiendo la normativa penal prevista en los artículos 20 y concordantes de dicho Código, al que hace expresa remisión el artículo 1.092 del Código civil.

Responsabilidad civil del enajenado.—En el artículo 20 del Código penal no se establece que deba ser demandado el enajenado, sino las personas que le tu-

vieren bajo su potestad y guarda, precepto que ha de ponerse en relación con el artículo 293 del Código civil, incumplido por los demandados y que determinan su interpelación en el proceso.

Responsabilidad solidaria: Incongruencia.—Se aduce que tanto la sentencia impugnada como la de primer grado inciden en vicio de incongruencia, al no resolver de acuerdo con las peticiones deducidas en la demanda, y ello porque se condena solidariamente a los demandados, extremo que no fue suplicado en dicho escrito de alegaciones. ... pero es que además (además de otras razones de orden procesal), aun superando la omisión acusada por los recurrentes, también es doctrina de este Tribunal que la acomodación del fallo al «petitum» de la demanda no exige un ajuste riguroso y exacto a la literalidad de lo solicitado, antecedentes de hecho y razonamientos jurídicos expuestos por las partes y acogidos en la sentencia, y en el caso de autos, a tal condena personal y solidaria se llega por efecto de la responsabilidad proclamada por el artículo 293 del Código civil, en la que, según declaración de la instancia no combatida eficazmente, incidieron directa y personalmente los codemandados condenados. (Sentencia de 13 de septiembre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia que citamos es probablemente más interesante por el supuesto que contempla que por la doctrina de la Sala, encorsetada por la forma—notoriamente inadecuada— de plantear el recurso de casación los demandados. Don Miguel, que sufría esquizofrenia, dio muerte a la empleada de servicio doméstico que trabajaba en el domicilio de aquél.

Declarada por la Audiencia Provincial la inexistencia de responsabilidad penal en el autor del hecho, por causa de su enajenación, los hermanos de la víctima entablaron acción en vía civil contra la madre y hermanos del autor de la muerte, alegando aquéllos que ninguno de estos últimos había solicitado la incapacitación por locura de dicho don Miguel, a pesar de estar de hecho considerado por su familia como incapaz.

La Audiencia confirmó la sentencia del Juzgado, estimatoria de la demanda.

El Supremo declara no haber lugar al recurso, estableciendo en relación con determinados motivos del recurso, la doctrina que hemos extractado. (R. de A.)

73. *Responsabilidad civil: Culpa del guarda y encargado de la finca.*—No es estimable el motivo que se ampara en el artículo 1.902 del Código civil, con fundamento en que no era dable calificar de culposa o negligente la conducta del recurrente, dada la actuación que la sentencia le imputaba en los hechos generadores del evento dañoso, más habida cuenta que señala la resolución combatida tienen la elocuencia que significa la circunstancia de que el recurrente era el guarda y encargado de la finca donde se realizaban los trabajos de explanación y el único enlace en la ocasión de autos entre el ejecutor material de los trabajos y quienes éstos ordenaron, así como que dio una información falsa y errónea al conductor de la máquina excavadora, al ser consultado por éste sobre la profundidad en que se hallaban las canalizaciones subterráneas de la línea telefónica, no puede dudarse de la recta calificación de culposa que su conducta merece, máxime cuando rebasa incluso la que el artículo 1.104 del Código civil define, al no ser admisible, por demás, prescindir del relato fáctico de la sentencia de instancia, cual lo verifica el recurrente... (Sentencia de 14 de junio de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia de la Sala había condenado al conductor de la excavadora, al dueño de ésta, a la propietaria del terreno en que se realizaban los trabajos y al guarda y encargado de esta finca, que era el recurrente en casación.

NOTA.—Habida cuenta del relato de hechos de la sentencia recurrida, no parece discutible la imputación de responsabilidad al recurrente. Ahora bien, llama la atención que no mediara recurso por parte del dueño de la excavadora y de su conductor, pues de la parte de la sentencia recurrida que transcribe el Supremo se desprende que la culpa *única* del daño (sin perjuicio de la responsabilidad de su empresario, por aplicación del artículo 1.903) fue del recurrente encargado de la finca, al dar instrucciones erróneas sobre la profundidad de la canalización telefónica, pues parece que excede a la diligencia normal del conductor de la excavadora comprobar la falsedad de estas informaciones. (R. de A.)

Derechos Reales

74. *Posesión en concepto de dueño*.—Resulta de toda evidencia que realiza actos inequívocamente deminicales, actuando en concepto de dueño y mereciendo el trato público de tal, quien a lo largo de mucho más de treinta años satisface a su nombre la contribución territorial urbana, contribuye con su aportación y *proprio nomine* a la instalación de una red eléctrica, como propietario recibe de la Jefatura de Costas de Canarias «notificación de deslinde» y pone en ejercicio una facultad tan característica del dominio como es el *ius aedificandi*, de no venir amparado por un derecho de superficie al que ni siquiera se alude.

Usucapion «contra tabulas».—Mal podrá ampararse la compradora (que era titular inscrito) en desconocimiento o ignorancia de una posible inexactitud registral cuando los datos ya señalados y que el Tribunal sentenciador destaca revelan sin lugar a dudas que ha tenido medios racionales y motivos suficientes para conocer el hecho posesorio extratabular, incluso por manifestación del vendedor que el hecho VII de la demanda da por producida, así como el concepto de tal posesión, por lo que concurren los requisitos que la norma citada (art. 36, párrafo 1.º, apartado a, de la Ley Hipotecaria) impone para la virtualidad de la usucapion consumada contra el Registro, sin olvidar que, según se desprende del precepto y lo advierte con unanimidad la doctrina científica, el conocimiento posible viene equiparado al conocimiento efectivo, por lo que carece de protección tabular el desconocimiento culposo, como tal ocasionado por una conducta teñida de grave negligencia a tenor de las circunstancias del caso, censurable proceder que siempre sería de apreciar en la actora, con arreglo a los hechos citados por la sentencia combatida y no destruidos en el recurso. (Sentencia de 22 de septiembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

75. *Copropiedad: Enajenación de cosa común por un condueño*.—El presente recurso de casación se contrae a la litis mantenida por los compradores de una finca urbana sita en Coca (Segovia), cuya venta ha sido declarada radicalmente nula por la sentencia que aquí se recurre, «por celebrarse la venta sin estos requisitos, determinando su nulidad por inexistencia ante la falta de consentimiento, de la totalidad de los condueños, nulidad que por la unidad del contrato, no susceptible de división afecta a toda su integridad, sin que se pueda reputar la subsistencia de una parte del mismo, al ser objeto del contrato la totalidad de

la cosa vendida y no sobre cuotas de la propiedad, que no fueron como tales objeto del contrato»; pronunciamiento éste del antepenúltimo considerando de la sentencia basado en la determinación contenida en el precedente considerando en el que se afirma, «que perteneciendo, por tanto, la finca objeto del contrato a los dos hermanos citados (José María e Ignacio María S. R.), existía una copropiedad, al pertenecer la cosa a varias personas (art. 392 del Código civil), y ninguno de los condueños puede conforme al artículo 397 del mismo Código alterar sin consentimiento de los demás, la cosa común, y como dice la sentencia de 20-12-66, el máximo acto de alteración de la cosa común —cual es su enajenación— por uno solo de los comuneros, en contra de la exigencia de unanimidad requerida para esta clase de actos, incurre de un lado, en la sanción de nulidad prevista en el artículo 4.º del mismo texto legal, en cuanto es contrario a un mandato legal expreso y de otro está evidenciando la celebración de un contrato en el que no existe el consentimiento de todos los que jurídicamente deben prestarlo, incidiendo en el supuesto de inexistencia del artículo 1.261, y aquella conclusión y este razonamiento son vertidos por la sentencia que aquí se combate, como consecuencia del contrato privado celebrado el 18 de marzo de 1980 entre los hoy actores y el demandado recurrido, de la finca urbana radicada en Coca, que fue liquidado del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales el día 9 de mayo del mismo año, en la que el vendedor, demandado en esta litis, afirma ser de su propiedad por herencia, siendo lo cierto que pertenece a su hermano don José María en proporción de un tercio en pleno dominio y otro tercio en usufructo del que la nuda propiedad así como el tercio restante en plena propiedad pertenecen al contratante vendedor, siendo oportuno consignar que dicha finca urbana fue enajenada con autorización del Consejo de Familia y mediante subasta pública al Ayuntamiento de Coca el 15 de mayo de 1981, en razón de que el copropietario don José María S. R. está declarado incapaz y sujeto a la correspondiente tutela por Auto del Juzgado de Primera Instancia número once de Madrid de fecha 17 de junio de 1978 y a quien en la proporción antes dicha le fue adjudicada la finca de autos en las operaciones participacionales de la herencia de su madre, protocolizadas en escritura pública de 9 de mayo de 1978, que fue inscrita en el Registro de la Propiedad el 27 de marzo de 1981.

Los dos motivos del recurso presente, con sede en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil son técnicamente complementarios ya que el segundo denuncia infracción por inaplicación del artículo 399 del Código civil en relación con el artículo 348 del mismo Código y el primero infracción por aplicación indebida del artículo 397 en relación con el artículo 6.º, 3 del mismo Código, sirviendo de base a esos motivos, que el hecho de vender el demandado la finca común como de su propiedad exclusiva, implica o lleva consigo la efectiva venta de la parte que previamente le pertenece como copropietario, no suponiendo además, la venta de la finca como de su exclusiva propiedad alteración de la finca como cosa común, anteponiendo y confrontando el recurrente los conceptos de alteración, pudiéramos llamar físicos u objetivos, a los subjetivos referidos a la titularidad de los sujetos de derecho que la ostentan dominicalmente sobre las cuotas partes en que se halla dividida la cosa común, entendiéndose por la parte recurrente que el artículo 397 se contrae al primer concepto y no al segundo.

Es preciso tener en cuenta que la sentencia combatida hace punto inicial

de su razonamiento y subsiguiente resolución, la afirmación de que lo vendido en el contrato privado de 18 de marzo de 1980 fue la finca urbana de la localidad, de Coca (Segovia) y no una cuota parte de su propiedad, y esta afirmación, al permanecer inatacada ni por error de hecho por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni por violación de las normas de interpretación de los contratos (artículos. 1.281 y siguientes del Código civil), al amparo del ordinal primero del precepto procesal citado, queda subsistente y es base de todos los razonamientos posteriores.

La enajenación de la cosa común como cosa propia supone en efecto una alteración de la misma prevista en el artículo 397 del Código sustantivo, de añeja tradición, ya que tanto la jurisprudencia como la doctrina dominante estiman que esa alteración no sólo es alusiva a actos materiales, sino a aquéllos que tienen repercusión jurídica, pues el artículo 397 no distingue y es el que marca precisamente con el siguiente artículo 398 la frontera de los actos de mera administración y de los que tienen mayor entidad, para cada uno de los cuales se marca, respectivamente, el régimen de simple mayoría o el de unanimidad. Precisamente, se llega con invocación de estos artículos 397 y 398 a la determinación discriminatoria de la validez y eficacia de los actos particulares de los comuneros, sin constancia del asentimiento de los demás, cuando la actuación de aquéllos redundando en notorio y claro provecho de la comunidad, pero no en caso contrario en que se declara la nulidad radical como en el caso contemplado en la Sentencia de 14 de diciembre de 1973 de un arrendamiento que precisaba de la unanimidad de todos los partícipes. Y si ello es así, obvio resulta que la enajenación, de mucha mayor entidad jurídica, requiere esa unanimidad, es decir, el consentimiento del copropietario, a través de sus órganos legales de representación complementarios de su incapacidad, para que el contrato privado tuviera virtualidad, lo que al carecer de tal requisito acarrea su nulidad, como correctamente se mantiene en la sentencia, por cuya razón ha de perecer el primer motivo del recurso.

Validez parcial del contrato: No cabe.—En lo atinente a la subsistencia de la validez parcial del contrato, en cuanto se refiere a la cuota parte de titularidad del contratante vendedor plenamente capaz, ello no es viable por cuanto que el objeto de la compraventa, la finca urbana, lo fue como una unidad física y jurídica y habiendo recaído el consentimiento de los contratantes sobre ese objeto como tal, ello trasciende a la infraestructura causal del negocio, viciándolo de nulidad radical (arts. 1.261 y 1.275 del Código civil), al no coincidir la titularidad parcial que ostenta el enajenante con la plena gama de titularidades de derechos que ostenta residualmente el copartícipe. La aplicación de la doctrina de la venta de cosa ajena, no nos llevaría tampoco a solución distinta de la marcada por el Tribunal de Instancia, en cuanto se refiere a la obligación de cumplir el contratante vendedor con el compromiso de transmitir el dominio de toda la finca objeto del negocio jurídico, pues dado que, no habiendo existido tradición en ninguna de las fórmulas previstas en el artículo 1.462 del Código civil y hallándose inscrita a favor de tercero (el Ayuntamiento de Coca) en el Registro de la Propiedad, es evidente que el campo dialéctico en que se mantiene la colisión de derechos, es únicamente el obligacional, que nos reconduce, según se ha dicho, a la nulidad del negocio jurídico, con la consiguiente restauración de la situación fáctica precontractual de los contratantes en punto al mantenimiento de sus cosas y derechos que hubieren sido objeto del contrato y la indemnización de da-

ños y perjuicios que por vía de la cláusula penal está preestablecida por la convención de las partes. En definitiva, que la sentencia ha de ser mantenida, por cuanto está adecuada al ordenamiento jurídico, lo que implica el rechazo del segundo motivo esgrimido en el recurso. (Sentencia de 19 de diciembre de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

76. *Propiedad horizontal*.—Si bien es cierto que con frecuencia los locales comerciales se entregan faltos de cerramiento alguno, permitiéndose normalmente al usuario llevar a cabo el mismo, en aquellas otras en las que, como sucede en el presente supuesto, la fachada alcanza a los pisos situados a nivel de calle, la modificación de ésta por los dueños o usuarios de los pisos bajos supone la alteración de un elemento común, sujeto al régimen general de tales actos. (Sentencia de 10 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

77. *Propiedad del Estado*.—Ya se considere que el bien cuestionado es un bien de dominio público, incluido en el inciso segundo del artículo 339 del Código civil, al ser asimilable a las denominadas «fortalezas», y por ende encaminadas a la defensa del territorio, con cuya finalidad fue construida la Torre o Atalaya, o como bien patrimonial o propio del Estado, integrado en el artículo 341 del propio cuerpo legal, permanezca en el bien la condición de demanial o no, su adquisición por los particulares exige, o bien su desafectación o bien que su alienabilidad haya sido autorizada, conforme ya dijo esta Sala en sus Sentencias de 7 de mayo de 1975, 19 de diciembre de 1977 y 5 de diciembre de 1981. siguiendo para ello la normativa establecida en la Ley de Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964. Sentencia de 17 de diciembre de 1984; ha lugar.)

NOTA.—El Supremo declara haber lugar al recurso de casación entablado por el Abogado del Estado contra sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, que había desestimado la acción reivindicatoria ejercitada por aquél sobre una torre o atalaya situada en el municipio de Pollensa.

Es de hacer notar que, constituyendo caso verdaderamente infrecuente, la Sala estima el recurso en cuanto denuncia error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación del artículo 1.218 del Código civil, por cuanto el Juzgador de instancia no atiende a la eficacia y valoración probatoria de los documentos que examina, de los que la Sala extrae la conclusión de que había quedado acreditado el dominio del Estado sobre el bien reivindicado. (R. de A.)

78. *Dominio público: Zona marítimo terrestre. Jurisdicción competente*.—Debe parecer el motivo primero del recurso, porque, si bien es cierto que el deslinde de la zona marítimo terrestre es función administrativa, y, como tal, revisable únicamente por la jurisdicción contencioso-administrativa, también lo es que la ubicación de un terreno dentro de tal zona, así como su calificación de dominio público o propiedad privada es materia propia de la jurisdicción ordinaria, la que, sin interferir en modo alguno en el terreno de la contencioso-administrativa, puede debatir plenamente el carácter de bien público o privado de la parcela que nos ocupa.

Caracteres jurídicos.—Es doctrina de esta Sala: a) Que los terrenos comprendidos en la zona marítimo terrestre se califican como bienes de dominio público, correspondiendo al particular que se oponga a la pretensión del Estado de reivindicarlos probar los hechos obstativos de la misma o, en su caso, los derechos

que sobre los mismos aduzcan; b) que la pretensión obstativa del particular sólo puede prosperar si muestra la desafectación de los bienes o que su alienabilidad ha sido autorizada o que el terreno ha pasado al dominio de los particulares antes de la Ley de Puertos de 1880; c) que el particular que se oponga a los efectos y consecuencias que determina que los terrenos enclavados en tal zona pertenecen al dominio público debe probar inexcusablemente, bien su cambio de destino, bien su desafectación por un acto de soberanía; y d) que estos hechos obstativos no se pueden fundar en la simple inscripción registral de la finca, pues tales bienes están fuera del comercio de los hombres, son inalienables e imprescriptibles y llevan en su peculiar destino la propia garantía de inatacabilidad e inmunidad, habiendo especificado la Sentencia de 26 de abril de 1969 que los derechos legalmente adquiridos a los que la Ley de Costas se refiere no son los que provienen de un título de dominio o usucapión y tabular o de una posesión más a menos dilatada, por cuanto necesitan de un acto de soberanía para producir la entrada en el comercio de los hombres, concretamente la desafectación o cambio de destino, a partir de cuyo momento dejan de pertenecer al dominio público para entrar en el comercio humano. (Sentencia de 15 de septiembre de 1984; ha lugar.)

NOTA.—El caso contemplado por esta sentencia se parece bastante al que dio lugar a la de 11 de junio de 1985, comentada por el autor de este extracto en «La Ley», núm. 1.327, día 15 de noviembre de 1985.

Lo que llamaba la atención en aquella resolución era que la Sala Primera —partiendo de la misma tesis del dominio público sobre la zona marítimo terrestre— entendió aplicable el artículo 361 del Código civil, en el sentido de concluir que el Estado tenía que ejercitar la opción establecida en dicho precepto y, en su caso, indemnizar al concesionario por el importe de la edificación levantada por este último en el terreno de autos. Todo ello, con una singular apreciación de la «buena fe», según en el citado comentario exponíamos.

En la presente sentencia, por el contrario, se declara ajustada a Derecho la acción reivindicatoria entablada por el Abogado del Estado, desde luego sin indemnización alguna en favor de los ocupantes del terreno en cuestión, sobre el que habían levantado un edificio.

La diferencia en el desenlace debe de ser —creemos— debida al hecho de que en el caso actual se trataba de una concesión que, aunque databa de antiguo, se había limitado a autorizar la construcción de una casa de baños, siendo así que al momento de la reivindicación lo que se hallaba edificado era un hotel y una casa con viviendas y locales, esto es, había habido una notoria extralimitación en el disfrute de la concesión. Lo que, sin duda, y aunque la Sala no lo diga, privó al edificante de la «buena fe» precisa para el juego del artículo 361, que en cambio sí se consideró existente en el caso enjuiciado por la sentencia objeto de nuestro comentario en «La Ley». (R. de A.)

79. *Accesión del artículo 453 del Código civil.*—Se tacha a la resolución impugnada de no contener declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito, fundamentándose la incongruencia que se aduce en la concreta alegación de que la referida resolución no fijó, como era obligado, el montante cuantitativo de la indemnización a percibir por los demandados en razón de las cosas de su propiedad cuya accesión se declaraba a favor de la finca de la entidad actora donde radicaban, motivo de precedente rechazo habida cuenta de que la sentencia que se impugna concretó dicho montante cuantitativo en la suma de 3.400.000 pesetas, aunque estableciera, como no podía menos, que de dicha suma habían de deducirse «los daños, menoscabos e inexistencias

de elementos tenidos en cuenta» cuando se practicó la liquidación pericial de lo que era objeto de accesión, pero que no subsistieran en el momento de su entrega a la actora, conclusión no sólo racional atendido el principio jurídico de evitar un enriquecimiento injusto que informa en nuestro ordenamiento jurídico el instituto de la accesión cuando concurre buena fe en el que ha operado sobre cosa ajena, sino, también, la que es procedente atendida la normativa reguladora del instituto expresado, pues asistido el que construyó de buena fe sobre cosa ajena del derecho de retención a que se contrae la preceptiva contenida en el artículo 453 del Código civil y conservando la posesión de la cosa que no adquiere el propietario de la principal hasta que se consuma el derecho que ejerció mediante la entrega material de la misma, la procedente aplicación de lo dispuesto en el artículo 458 obliga a detraer, mediante una simple operación matemática, del montante de la indemnización fijado en la sentencia, lo que por las vicisitudes que sean no se entrega, pues conclusión contraria llevaría a la consecuencia absurda de que en los casos ordinarios de edificación, plantación o siembra en suelo ajeno el dueño del terreno al que accede lo edificado, plantado o sembrado tuviera que abonar el valor de una siembra ya cosechada, de una plantación desaparecida por inclemencias climatológicas o de una edificación totalmente arruinada por un seísmo.

En los supuestos de accesión el propietario de la cosa principal sólo está obligado a indemnizar al que construyó sobre ella por el valor de las mejoras existentes en el momento de la entrega de la misma, independientemente de la diligencia que haya empleado el dueño de la accesoría para conservarla mientras la tuvo en su poder. (Sentencia de 6 de diciembre de 1985; no ha lugar.)

(R. de A.)

80. *Acción reivindicatoria. Reconocimiento de acción.*—«... la dicción genérica del párrafo segundo del artículo 348 del Código civil, que se dice violado, se limita a reconocer al propietario el derecho a ejercitar la acción reivindicatoria contra el poseedor de la cosa, con los requisitos consabidos y señalados por la jurisprudencia ... sin que sea preciso ... que se declare la nulidad del título opuesto por el poseedor, pues obvio es que la comparación del que se alega por éste con la del claro y tajante del Estado excusa cualquier declaración en aquel sentido y en el indiscutible y eminente del dominio público ya explícita la invalidez del que se atribuye el susodicho poseedor, respecto del cual, por otra parte, ya se hace en la sentencia impugnada suficiente alusión y declaración de invalidez, incluso decretando la nulidad y cancelación de las inscripciones existentes en el Registro a favor de dicho oponente, como se pedía en la demanda...».

Imprescriptibilidad del dominio público.—«... ni el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni el 1957 del Código civil en sus efectos a favor del titular inscrito de buena fe o del poseedor que prescribe por el tiempo legal, pueden afectar al dominio público ajeno al Registro e inmune a la prescripción (salvo la adquisición anterior a 1880)».

Dominio público.—«... la sentencia atacada, ... afirma el derecho del Estado define el trozo reivindicado como de dominio público y eso si deniega su entrega temporalmente para salvaguardar el derecho del particular demandado o quien,

como poseedor de buena fe y dueño de lo edificado, le mantiene en la posesión por obra de lo dispuesto en el artículo 361 del Código civil y de la concesión administrativa, acto que legitima (y que incluso permite la inscripción registral) al poseedor autorizado de terreno público para su uso y aprovechamiento exclusivo mientras la concesión dure (y no consta su extinción o caducidad) o la Administración no ordene el cese ... como muestra por lo demás del respeto legal a los «derechos legalmente adquiridos» por los particulares. (Sentencia de 4 de julio de 1985; no ha lugar.) (A. R. F.)

81. *Acción reivindicatoria.*—La doctrina que proclama que si el poseedor demandado tiene un título más o menos firme no puede entablarse con éxito la acción declarativa o la reivindicatoria, sin atacar previamente o a la vez la eficacia del mismo, admite numerosas excepciones, entre otras, cuando el título del demandante es anterior al del demandado, cuando la nulidad del título en cuya virtud posee y en el cual funda su derecho el demandado es consecuencia implícita e indispensable de la acción ejercitada, cuando los respectivos títulos se derivan de documentos independientes entre sí, cuando se discuten cuestiones de preferencia o no sean contradictorias (Sentencias de 29 de noviembre de 1961, 8 de julio de 1954, 13 de noviembre de 1959, etc.) y también en casos como el presente en que la cuestión planteada no se inscribe en el círculo de las nulidades documentales por falta de alguno de los requisitos del contrato o por adolecer de vicios que lo invalidan, sino simplemente en el campo del valor que, apreciando las pruebas practicadas, debe darse a la descripción que de la finca se contenga en los respectivos títulos esgrimidos, en cuanto de tal valoración pueda derivarse la inclusión o exclusión en la escritura de compraventa de una concreta extensión de terreno, es decir, en cuanto dicha valoración pueda determinar el contorno perimetral que individualiza el inmueble.

Resolución sobre excepciones propuestas.—Es doctrina de esta Sala que no es preciso que en el fallo se resuelva de una manera expresa sobre cada una de las excepciones esgrimidas por el demandado cuando la estimación de alguna de las pretensiones del actor las excluya implícitamente.

Prueba de confesión.—La validez de la confesión está supeditada a que recaiga sobre hechos personales del confesante, y los linderos de un predio son datos objetivos y no hechos personales.

La fuerza probatoria de la confesión, *salvo excepciones* (el subrayado es nuestro), no puede dividirse contra el que la presta. (Sentencia de 21 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

82. *Tercería de dominio. Prueba.*—En la tercería de dominio ha de ser el tercerista quien haya de acreditar el dominio que invoca como soporte de su pretensión, y no el ejecutante ni el ejecutado, pues entender lo contrario significaría el exigir la acreditación de hechos negativos, contrariando la esencia y finalidad del artículo 1.214 del Código civil, que no son otras que el que el alegante de una determinada situación fáctica acredite los hechos normalmente constitutivos de las causas que la determinen.

Condiciones de ejercicio.—Lo a tener en cuenta en orden a la tercería de dominio es la situación de éste existente al tiempo en que el embargo a que afecta

fue practicado, y no a las situaciones dominicales que puedan surgir con posterioridad, por lo que reconocido por la resolución impugnada que el embargo en cuestión fue practicado a don J. G. B. con anterioridad a haber sido resuelto el contrato que le confería hasta entonces dominio sobre los bienes embargados, claro es que exclusivamente la situación dominical existente al tiempo de llevarse a cabo el meritado embargo es la que hay que tener en cuenta al respecto.

Tercería sobre bienes muebles.—Los artículos 449 y 464 del Código civil lo único que respectivamente sancionan es la presunción de posesión de los bienes muebles que se hallen en un inmueble por parte del que sea titular de éste y la equivalencia al título de la posesión de los bienes de tal naturaleza mueble al que la ejercite de buena fe, pero no que tengan protección registral por el simple hecho de que la tenga el inmueble inscrito en que se encuentran ubicados aquellos de índole mueble y que la ley por incorporación no les da naturaleza inmueble. (Sentencia de 17 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—La tercería tenía por objeto el mobiliario e instalaciones de un edificio destinado a hotel, como tal inmueble inscrito en el Registro a nombre del tercerista. El ejecutado había adquirido dichos bienes muebles mediante permuta concertada con otra persona a quien el tercerista de este pleito había vendido el hotel con pacto de reserva de dominio. Puesto que el precio no había sido pagado por aquél, el tercerista invocaba con acierto su dominio sobre el inmueble o edificio. Pero dado que la tercería versaba sobre las instalaciones muebles, el tercerista había alegado que la permuta concertada por aquel a quien él había vendido el hotel con reserva de dominio y el ejecutado había sido resuelta convencionalmente por incumplimiento de este último. A lo que la Sala responde con la doctrina del apartado segundo del extracto precedente, incuestionablemente correcta.

Nos queda la duda, sin embargo, respecto a un extremo que no se discutió en casación o al menos no se formuló debidamente por el tercerista recurrente. Nos referimos al hecho, alegado por este último en su demanda, de que parte de los muebles e instalaciones habían sido vendidas por él al comprador con reserva de dominio y luego permutante. En virtud de esa reserva de dominio, dicho comprador permutó cosas ajenas, lo que hubiese permitido, acaso, plantear la cuestión relativa a la propiedad de las mismas al margen de la resolución *de la permuta*. Pero probablemente habría sido el mismo el desenlace, habida cuenta de la doctrina sobre efectos frente a terceros (en este caso, el ejecutante) del pacto de reserva de dominio. (R. de A.)

83. *Tercería de dominio.*—Es constante doctrina de la Sala que, antes de proceder a la indagación referida a si los bienes embargados pertenecen en propiedad al accionante de tercería, ha de examinarse si el mismo es propiamente tercero, o si por el contrario es el mismo deudor, ya que de concurrir en el demandante tal condición carecería de legitimación precisa para ejercitar la acción tendente a que se declare ser titular dominical del bien embargado y cuyo dominio proclama ostentar. (Sentencia de 10 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—El tercerista resultaba ser titular de varias empresas sin personalidad jurídica distinta de la de su dueño, por lo que éste como comerciante individual, aunque adoptando distintos nombres comerciales, era el único responsable y deudor por los daños que dieron lugar al juicio de menor cuantía en el que se trabó el embargo del vehículo al que la presente tercería se refiere.

(R. de A.)

84. *Servidumbre de paso: Adquisición por usucapión de acuerdo con la Compilación de Aragón.*—Como se declara en la sentencia de primera instancia, cuyos considerandos acepta la de apelación, la casa que en 1930 construyó un antecesor del actual propietario en la parte que lindaba con el camino tenía abierta una puerta de comunicación con él, y es indudable que tal puerta de acceso estaba proclamando de forma manifiesta, ostensible, el uso y aprovechamiento que de él se hacía; llevando consigo tal normativa, también, la adquisición de la servidumbre por usucapión, a tenor del artículo 147 de la repetida Compilación (de Aragón), al haber transcurrido más de diez años entre presentes en la posesión de la misma a contar desde la entrada en vigor de la citada Compilación de 8 de abril de 1967, hasta que la Cooperativa actora, después de la adquisición el 18 de septiembre de 1978 de un trozo de terreno al Sindicato de Riegos de Miraflores, iniciara la ejecución de unas obras impidiendo con ello al recurrente, dueño de la casa, el paso por la entrada del camino de C. desde la calle Miguel Servet; todo ello aun prescindiendo del uso y disfrute del repetido camino por los anteriores titulares del predio en que se construyó la casa, uso y disfrute inicialmente, y desde tiempo inmemorial, como condueño del camino, y después como miembro de la Comunidad de Regantes, pues lo que aquí se tiene en cuenta para llegar a la expresada conclusión adquisitiva es la posesión de tal servidumbre no como dueño de una finca rústica y por ende miembro de la Comunidad de Regantes, sino como propietario de la casa construida sobre ella y a la que se accede por el indicado camino. (Sentencia de 12 de julio de 1984; ha lugar.)

(R. de A.)

Derecho de Familia

85. *Falta de «consentimiento uxoris».*—Las ventas de bienes inmuebles realizadas por el marido durante el matrimonio sin consentimiento de la mujer, no son nulas de pleno derecho y solamente anulables a instancia de la misma o de sus herederos. (Sentencia de 19 de octubre de 1984; no ha lugar.) (M. Z. R.)

86. *Retracto convencional.*—«... El ejercicio del retracto aludido imponía ... el pago por el demandado de la suma ... dentro del plazo judicialmente declarado de diez años desde la fecha del contrato, plazo que terminó sin que el deudor, ahora recurrente, pagase dicha suma dentro de ese plazo, por lo que el retracto a su favor quedó sin efecto. No enerva esa extinción el hecho de que el deudor depositase una suma en determinado banco sin que conste que esa suma estuviese a disposición del actor».

Disposición de bienes gananciales por el marido. Artículo 1.413 C. c. Ausencia de impugnación por la esposa.—Esta Sala de Casación ha declarado reiteradamente que conforme a la legalidad anterior a 1981, al ostentar el marido la representación del patrimonio ganancial, podía realizar la venta de bienes inmuebles si bien, al faltar el consentimiento de la mujer, sólo ésta o sus herederos podían ejercitar la acción de nulidad, pero no el marido ni la persona que con él contrató (SS. 30-3-1982 y anteriores); por tanto la venta no es nula de pleno derecho sino solamente anulable a instancia de la esposa o sus herederos. (S. entre otras, de 19-10-1984). (Sentencia de 8 de noviembre de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Reclamado en instancia por el hoy recurrido en casación, se declaró caducado el ejercicio del derecho de retracto convencional sobre un inmueble (cedido por el hoy recurrente en pago de una deuda al recurrido), por no ejercicio del mismo ni pago de la deuda, el Juzgador de instancia declaró caducado el derecho. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial confirmó la de Instancia; planteado recurso de casación, se declaró no haber lugar a lo solicitado, confirmando las decisiones de Instancia y Audiencia.

NOTA.—La solución del Tribunal Supremo en cuanto al problema de la posible infracción del artículo 1.413 del Código civil, en su redacción anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981, mantiene los criterios que, tanto doctrinal como jurisprudencialmente venían manteniéndose desde la aparición del precepto en 1958:

— En primer lugar, en cuanto al carácter del consentimiento *uxoris* al que hace referencia el citado precepto, se mantiene indirectamente la idea de que el mismo no puede ser entendido como una excepción al poder que ostentaba el marido como administrador de la sociedad de gananciales, no siendo por tanto un consentimiento que implique una exigencia de codisposición respecto de los bienes inmuebles y establecimientos mercantiles (SS. 13-3-1964; 7-2, 3-3 y 21-4-1964, 3-3-1969, 2-6-1972; así como más recientemente las de la A. T. de La Coruña de 24-11-1984 y 28-11-1981 de la A. T. de Cáceres, entre otras muchas, en cuanto a la doctrina véase, p. ej., LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia*; CÁMARA ALVAREZ, *El nuevo artículo 1.413 del Código civil*, en ADC, 1959, tomo XII, fasc. II...), sino que tal consentimiento se entiende como un negocio de asentimiento, desde un punto de vista positivo, o como un límite o cortapisa a los amplios poderes de actuación del marido.

— En segundo lugar, y consecuencia del anterior planteamiento, los actos efectuados por el marido contraviniendo la exigencia de tal consentimiento, no pueden considerarse como nulos de pleno derecho (como pudo mantener DE LA RICA, apoyado precisamente en su entendimiento de la exigencia del artículo 1.413, como la de una situación de codisposición por parte de ambos cónyuges), sino anulables, como matiza la sentencia que comentamos, como consecuencia de la actuación impugnadora de la esposa de cuyo consentimiento se ha prescindido, o de los herederos de la misma, pero nunca de la impugnación del esposo actuante o de aquél con el que éste contrató (SS. 22-6-1966, 29-10-1970, entre otras...).
(M. P. B. M.)

II. DERECHO MERCANTIL

87. *Propiedad Industrial. Marca registrada. Protección en vía civil.*—Como tiene declarado esta Sala con reiteración, carece de consistencia la afirmación de que la protección que el artículo 123 del Estatuto de la Propiedad Industrial dispensa a la marca registrada quede limitada a los extremos que dicho artículo menciona, pues al particular que ostenta su titularidad no puede negarse el derecho a obtener en vía civil una declaración que le faculte para perseguir las infracciones, cualesquiera que sean, al objeto de impedir que se cometa el mal y no deducirse a reprimir sus consecuencias, pues, en definitiva, quien tiene inscrita una marca en el Registro de la Propiedad Industrial puede hacer valer ante los Tribunales su derecho a no ser perturbado en su empleo como una emanación de ese derecho especial de propiedad. (Sentencia de 5 de diciembre de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora había demandado solicitando que se declarase que la demandada carece de derecho a utilizar la denominación X para señalar y dis-

tinguir una leche adaptada, por tener dicha marca denegada por el Registro de la Propiedad Industrial, debiendo abstenerse de utilizar tal denominación en lo sucesivo. La demanda fue estimada en este punto en ambas instancias.

(R. de A.)

88. *Propiedad industrial: Nulidad de inscripción de rótulo de establecimiento. Normas valorativas de la prueba.*—Ni el artículo 1.º del Estatuto de la Propiedad Industrial, ni el 2.º, ni los 12 y 22, que son los citados en el recurso, contienen norma de valoración de prueba de inexcusable observancia que haya podido ser conculcada en la instancia.

Artículo 14, párrafo 1.º del Estatuto.—Lo que establece es la prescripción de las acciones que puedan corresponder a terceros para alegar la existencia de vicios capaces de anular la adquisición y, por ello, no cabe hablar de prescripción adquisitiva, sino de prescripción extintiva, respecto de la que las cuestiones relativas al plazo y condiciones de la reclamación han de regularse por el capítulo III y no por el II del título XVIII del Código civil, en el que los artículos 1.969 y 1.973 son bien expresivos contra la tesis del recurrente.

Legitimación de titular no inscrito para oponerse a una inscripción.—Tesis que, además de plantear un tema de legitimación de un titular no inscrito para enfrentar la inscripción, resuelto, uniformemente, en sentido afirmativo por la jurisprudencia, como claramente pone de manifiesto la doctrina de que son muestra, entre otras, las Sentencias de 19-2-1970 y 10-11-1977, pretende trasladar la controversia...

La sentencia combatida declara la nulidad del rótulo número... con base, esencialmente, en la presencia de un usuario extrarregistral de la propia denominación, desde tiempo muy anterior al de la inscripción de aquél y cuya acción anulatoria se ejerció antes de haber transcurrido los tres años necesarios, según el artículo 14 del Estatuto, para la consolidación del rótulo del demandado inscrito, razonamiento básico determinante de la nulidad declarada que permanecería invariable, cualquiera que fuese la consideración que las infracciones acusadas en dichos motivos mereciesen, ya que la argumentación fundamental dicha de la sentencia impugnada y su decisión permanecerían obviamente invariables tanto si el rótulo cuya nulidad se declara se le han podido oponer como si no las objeciones de los apartados a) y b) del artículo 212 del Estatuto como si al mismo se ha extendido o no la prohibición que el número 6.º del artículo 124 señala para las marcas y el 210, d) extiende a los nombres comerciales. (Sentencia de 14 de julio de 1984; no ha lugar.)

(R. de A.)

89. *Propiedad industrial: Uso de marca y artículo 31 del Estatuto sobre la Propiedad Industrial.*—El motivo único del recurso interpuesto por las entidades actoras se ampara en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncia la infracción por violación del artículo 31 del referido Estatuto, argumentando que dicho precepto «permite impedir las llamadas importaciones paralelas por quienes son los titulares de la marca registrada y los licenciatarios o sublicenciatarios de uso de dicha marca, cuyos contratos hayan sido inscritos en el Registro de la Propiedad Industrial», pues el acceso al mismo de un contrato o subcontrato de esa clase «le otorga eficacia frente a terceros y permite

al sublicenciado (sic) de uso de una marca oponerse a la realización de importaciones de productos de dicha marca»; alegación que no puede prosperar, por las siguientes razones: Primera) Si, como reconocen las recurrentes, «la cuestión planteada es la de eventual circulación de las mercancías *marcadas lícitamente en el país de origen*, aun cuando la marca pertenezca en el país de su destino a otro sujeto», claro está que no existe en la normativa estatutaria sobre tal signo un precepto específico prohibitivo de una actividad como la que se pretende impedir, y no cabe invocar el artículo 10 del Estatuto, como el recurso sostiene, ya que tal disposición, concebida en términos de gran generalidad, se limita a enunciar el amparo dispensable, «en la forma y condiciones que se determinan», a las patentes, marcas, modelos y dibujos de todas clases, nombres comerciales, rótulos de establecimiento y películas cinematográficas», cuando el registro fuere concedido. Segunda) El derecho a la explotación exclusiva que la marca otorga a su titular, distinguiendo el producto fabricado de los similares en el mercado (artículo 1.º del Estatuto), ninguna relación guarda con la situación creada por la reventa en el área geográfica a la que se extiende la licencia de uso de la marca de productos lícitamente distinguidos con ésta y adquiridos en el ejercicio de una procedente actividad comercial, aunque acudiendo a cauces distintos de los abiertos por el beneficiario de la concesión. Tercera) El artículo 31 del Estatuto, única norma cuya infracción se aduce, se limita a disponer, en concordancia con el 32, que las transferencias de modalidades de la propiedad industrial no perjudican a tercero mientras no se acredite mediante el oportuno documento fehaciente en los libros del Registro la transmisión operada (S. de 6-10-72 y las que en ella se citan), supuesto normativo en el que no cabe subsumir, por evidente diversidad, una situación como la debatida en el proceso y planteada en el recurso, y por otra parte entre las modalidades registrales susceptibles de derecho de propiedad industrial no están comprendidos los contratos de «licencia y sublicencia de uso» de una marca (arts. 2 y 3 del Estatuto y art. 2 del Convenio de París de 20-1-1883, con sus posteriores revisiones hasta el 14-7-1967), lo que significa que esos negocios, con los efectos vinculantes del caso entre los que se ligaron, no pueden constreñir en forma alguna las importaciones que del producto ya fabricado por el originario titular de la marca se hagan con destino a su venta en el mercado nacional, como acontece, *mutatis mutandis*, con las patentes de introducción. Cuarta) En definitiva, dichos convenios, que tanta analogía guardan con los de concesión o distribución en exclusiva, negocios atípicos y de naturaleza mixta, aludidos en repetidas ocasiones por la jurisprudencia y práctica identidad con el contrato denominado de «Franchising», caracterizado por la autorización que el concedente da al concesionario para utilizar su marca, generalmente internacional, integrándolo en su red de comercialización, no pueden entrañar obstáculo para que un tercero ajeno al pacto pueda comerciar productos con la marca legítima y por lo tanto fabricados por el cedente, sin que a ello pueda oponerse la constancia registral o toma de razón de la licencia de uso de tal signo distintivo, aunque sí legitimarán a los concesionarios para combatir la fabricación en territorio nacional de los aparatos y máquinas diferenciados con la marca. (Sentencia de 15 de mayo de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—La mejor descripción del caso debatido es la que se formula en el primer Considerando de la sentencia, que transcribimos literalmente:

«Para llegar a la desestimación de la demanda la Sala de Instancia sienta

como hecho capital de su tesis, no combatido en el recurso, el aserto de que los frigoríficos y máquinas productoras de hielo comercializados por la entidad demandada "F., S. A.", tienen auténtica marca en debate y han sido adquiridos lícitamente en el mercado internacional para su reventa en territorio español; premisas que sirven a su conclusión de que sin negar la realidad de la licencia para el uso de aquel signo distintivo concedida por "K. T., Co." en favor de la codemandante "Fri., S. p. A.", así como la de la "sublicencia" otorgada por la segunda en beneficio de la también actora "M., S. A.", la pretensión de tales entidades postulando la condena de la demandada "a cesar en el uso de la marca "X", absteniéndose en lo sucesivo de cualquier acto de perturbación en la pacífica posesión de la misma" a las accionantes, tiene que ser rechazada por cuanto que, según entiende, el contrato de licencia de uso de una marca, en cuya virtud se faculta a un tercero para su utilización (que en principio corresponde con carácter exclusivo al titular concedente), no puede impedir que quien ha adquirido, «prevaliéndose de unos canales comerciales en modo alguno prohibidos», algunos productos con tal elemento diferenciador, use la marca inherente a las mercaderías y que no puede suprimir con arreglo a lo ordenado en el número 4.º del artículo 123 del Estatuto sobre la Propiedad Industrial, "anunciándola y exponiéndola al público mediante fotografías u otros medios de publicidad, no cabiendo convertir un problema sobre determinadas deficiencias de distribución comercial en otro distinto sobre derechos de propiedad industrial en modo alguno conculcados, a menos que se reconozca la creación de una situación monopolística que impida a los demás comerciantes ejercitar debidamente su actividad mercantil"».

(R. de A.º)

90. *Marcas* (identidad denominativa).—La Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Propiedad Industrial tienden ambas a evitar el riesgo de error o confusión, que tanto entre personas jurídicas como entre sus actividades y productos puede producirse, en perjuicio general, por la denominación coincidente entre una marca y una denominación social, cuando aquélla ampara la comercialización de los mismos productos que constituyen el objeto social de la anónima, cuya idéntica designación puede, además, encubrir un acto apropiatorio de los derechos adquiridos por la más antigua denominación.

Asimismo, la nueva comprobación en el Registro Mercantil, por una sociedad anónima del dato de que no existe registrada una denominación idéntica a la elegida por ella, no agota las posibilidades de que se declare la improcedencia de la denominación social pretendida cuando exista un obstáculo, de sentido contrario a esta pretensión con entidad ético-jurídica suficiente, tal y como sucede en el presente caso en el que se impone erradicar el riesgo de error o confusión en el mercado, provocado por la absoluta identidad denominativa y de productos amparados, entra una marca preexistente notoriamente conocida y una denominación social a la que faltan en el caso litigioso los principios de novedad y veracidad. Esto supuesto, es criterio jurisprudencial admitido declarar el derecho del titular inscrito en el Registro de la Propiedad Industrial a proceder de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 199 del Estatuto, contra la denominación social a la que el Registro Mercantil no había señalado obstáculo alguno derivado del artículo 2 *in fine* de la citada ley sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas. En el supuesto litigioso es procedente el recurso, por aplicación indebida en la instancia del artículo 2 de la Ley de Sociedades Anónimas

y ordinal cuarto por inaplicación del artículo 7, 2.º del Código civil, que autoriza la adopción de medidas jurídicas que impidan la persistencia de un acto cual es el de la entidad demandada que sobrepasa los límites normales del ejercicio de un derecho con daño para tercero en el caso identidad denominativa y de áreas comerciales en que se desenvuelven los productos distinguidos en aquellas marcas. (Sentencia de 16 de julio de 1985; ha lugar.) (F. Ll.)

91. *Legitimación para oponerse a la solicitud de convocatoria de Junta General de accionistas.*—De acuerdo con el artículo de la Ley de Sociedades Anónimas, carece de legitimación para impugnar en sede jurisdicción voluntaria la petición de convocatoria de Junta General Extraordinaria, hecha por número bastante de socios que acreditan su condición de tales, quien actúa como persona individual desconectada de la entidad social y sin título alguno para intervenir en nombre suyo. (M. Z. R.)

92. *Suficiencia del poder.*—Conforme a los artículos 21 núm. 6.º del Código de comercio, 72 de la Ley de Sociedades Anónimas y 95 del Reglamento del Registro Mercantil, el poder otorgado o delegado a nombre de una sociedad mercantil debe inscribirse para entender suficiente el apoderamiento conferido por el mandatario a un Procurador de los Tribunales, sin que la omisión pueda suplirse alegando su acreditación en otro juicio. (Sentencia de 13 de octubre de 1984; no ha lugar.) (M. Z. R.)

93. *Competencia de la Junta General Extraordinaria.*—Del artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas se infiere que, además de entender y pronunciarse sobre las materias expresamente atribuidas a su competencia, la Junta General Extraordinaria puede conocer de cuestiones que, debiendo haberse sometido a la Junta General Ordinaria, no lo fueron por haber vencido el plazo fijado para celebrar esta última. (Sentencia de 18 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

(M. Z. R.)

94. *Acción cambiaria que se hace valer fuera del juicio ejecutivo: El tercero poseedor de la letra y ajeno a la relación causal es inmune a las excepciones oponibles al librador.*—Es preciso anteponer al estudio particularizado de este motivo primero, los siguientes antecedentes: A) es parte demandante y ahora recurrida, en el juicio de que el presente recurso dimana, el Banco C. I. de Madrid; B) la reclamación de cantidad que es objeto de la pretensión de condena que tiene deducida, se apoya en diez letras de cambio, cada una de ellas de capital 1.250.000 pesetas, expedida el 18 de mayo de 1977 y con vencimientos del 24 de marzo de 1978 al 25 de mayo de 1978, todas ellas protestadas por falta de pago; C) dichas letras fueron expedidas en dicha fecha del 18 de marzo de 1977 por «Inmobiliaria «I. y C., S. A.», contra la aceptante y aquí demandada y recurrente «Inmobiliaria C., S. A.»; apareciendo expedidas a la orden de Germán y Manuel B. E.; siendo posteriormente, en 17 de junio de 1977, endosadas a la entidad aquí demandante y recurrida; D) las circunstanciadas letras fueron expedidas en su fecha representando parte del precio de 160.000.000 de pesetas de la compraventa de dos fincas urbanas adquiridas de la entidad libradora como vendedora, por la aceptante como compradora, contrato de esa misma fecha de

que forma parte la cláusula adicional III según la cual si «la construcción (proyectada por la compradora) no pudiera llevarse a cabo por algún impedimento legal, no imputable a la sociedad compradora, el contrato suscrito entre las partes quedaría resuelto y sin efecto alguno con la devolución por parte de la sociedad vendedora de las cantidades recibidas» que es, justamente, el evento acaecido ya que, con fecha 1 de diciembre de 1977, la Dirección General del Patrimonio Artístico, Archivos y Museos, al acordar la incoación de expediente de declaración de Conjunto Histórico Artístico a favor de Aranjuez, dispuso no pudieran llevarse a cabo obras sin la aprobación previa del proyecto correspondiente por dicha Dirección General, siguiéndose que, en el caso de las fincas vendidas, una de ellas ha sido declarada Monumento Histórico Artístico, sin posibilidad de derribo y obligación de restaurarlo y conservarlo y la otra servirá para la creación de una zona verde pública; E) siendo la acción ejercitada por la entidad demandante y recurrida, la cambiaria derivada de las letras y que ejercita en juicio declarativo ordinario de mayor cuantía antecedido de diligencias preparatorias de ejecución en que la entidad aceptante negó la autenticidad de las firmas puestas en la aceptación por cuanto, según manifestó el órgano social que las suscribió, «se parecen a las habitualmente utilizadas por el declarante (pero) no puede asegurar si son o no las suyas»; no habiendo comparecido al acto de conciliación celebrado a instancia de la entidad demandante y recurrida.

Fuera de los casos en que, ejercitándose la acción ordinaria y no alguna de las acciones basadas en la letra de cambio, ésta no constituye sino prueba documental acreditativo, en unión de las restantes pruebas, de la existencia del negocio causal subyacente (supuesto contemplado por las Sentencias de 5-10-71, 4-7-1981 y 27-4 y 9-12-1983, entre otras), la jurisprudencia de esta Sala ha despejado la confusión que hacía coincidir la acción cambiaria con la ejecutiva y la causal con la declarativa, quedando en claro que existen acciones de naturaleza estrictamente cambiaria y para ser hechas valer fuera del juicio ejecutivo, nacidas de la letra misma y desligadas de las relaciones extracambiarías, siendo requisitos de la acción cambiaria declarativa cuyo objeto es el pago o reembolso del capital de una letra de cambio, según la doctrina de las Sentencias de 17-10 y 27-12-1984, las muchas más que allí se citan, y la doctrina científica más autorizada, primero que tenga como base una letra de cambio, que, para serlo, habrá de reunir cuantos requisitos formales exige el artículo 444 del Código de comercio para que nazca el documento a la vida del Derecho; segundo, que se esté ante alguno de los supuestos que facultan al legítimo portador de la letra para exigir su pago, así los contemplados por el artículo 516 del Código de comercio, y tercero, que no hayan sobrevenido la caducidad o decadencia o prescripción de la acción; apareciendo en el caso (sobre que nada se ha alegado respecto de los requisitos primero y tercero) que la acción ejercitada por la entidad demandante y recurrida ha sido la acción cambiaria derivada de las letras que le habían sido cedidas mediante legítimo endoso, regido por el artículo 461 (que se invoca precisamente por el motivo, como precepto infringido por errónea interpretación), ostentando por tanto la titularidad de las letras alcanzado por el endoso en su favor efectuado por los tomadores a cuya orden se libraron, según las especificaciones antepuestas, estando la entidad aceptante aquí demandada y recurrente constituida, por su aceptación, en la obligación de pagar las letras a su vencimiento, con entera abstracción de la «causa debendi» al haber ganado las letras, al ser puestas en circulación, el rango de instrumentos de crédito y procediéndose

aquí a instancia de un tercero poseedor de las mismas y ajeno a la relación causal con motivo de la cual se crearon para que sirviesen de medios de pago, alcanzando así el endosatario (Sentencia de 18-4-1981), una posición inmune a las excepciones oponibles al librador, por haberse transmutado las letras de medio de pago en título que significa un valor en manos de cualquier persona legitimada y revelándose su carácter de documento destinado a la circulación a modo de papel moneda del comerciante o «viajero nato»; de suerte, en definitiva, que la excepción que pudo oponérsele a la entidad libradora en el concepto de vendedora de las fincas y consistente en la aplicación de la cláusula adicional III del contrato de 18 de mayo de 1977 no es, por lo explicado, aducible enfrente de la entidad cesionaria; y, siendo esta cláusula el dispositivo defensivo utilizado y permaneciendo inmune al mismo la entidad cesionaria, es claro que éste motivo primero debe seguir la misma suerte que los anteriores y con él, todo el recurso. (Sentencia de 1 de julio de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

95. *La prescripción trienal del artículo 950 del Código de comercio.*—No será aplicable cuando la letra esté en relación con otro contrato, que es su antecedente causal, lo que implica que ha de tratarse de acciones genuinamente cambiarias por su origen, por su naturaleza y por su inseparabilidad de la estructura y funciones de la letra, en otras palabras, que el precepto conviene a las acciones directa, regresiva y la llamada de enriquecimiento, como verdaderamente basadas en el título.

El contrato de descuento bancario.—Es un negocio complejo y atípico aunque aludido por los artículos 177, 178, párrafo 2.º y 183 del C. de c., no asimilable por tanto a un propio préstamo mutuo ni a la compraventa de créditos, y ocasiona, por virtud de la cláusula comercial «salvo buen fin» del crédito cedido *pro solvendo*, que si el deudor no paga y por consiguiente no lo hace el librado aceptante en el descuento cambiario (sic), viene obligado a realizarlo el cedente, sujeto pasivo de la acción de reembolso esgrimida por el descontante cesionario

Prescripción de la acción derivada de operación de descuento.—No es la cambiaria por vía directa ni por las regresivas a que se refieren los artículos 459, 460, 515 y 525 del C. de c., ni con relación a ella (dicha acción) tendría justificación la brevedad de tal plazo prescriptivo que, por exigencias de la seguridad del tráfico, preside, con enérgico trazo, la formación y circulación de la letra de cambio, por lo que habrá que aplicar como procedente el término de prescripción del artículo 1.964 del C. c., pues se entabla una acción personal que no tiene señalado un tiempo específico.

Interrupción de la prescripción de obligaciones mercantiles.—En todo caso, la prescripción es susceptible de interrumpirse por los actos mencionados en el artículo 944 C. de c. y no cabe entender que la resolución judicial en el expediente de suspensión de pagos excluyendo el crédito de la lista definitiva pero reservando al acreedor el ejercicio de su derecho para el juicio ordinario correspondiente, como preceptúa el artículo 12 de la Ley de 26 de julio de 1922, tiene el alcance de una verdadera desestimación de la demanda a los efectos del citado artículo 944 del C. de c.

Tratamiento restrictivo de la prescripción.—Como instituto no fundado en la justicia intrínseca, la prescripción debe ser objeto de un tratamiento restrictivo,

huyendo de aplicaciones técnicamente desmedidas, y es patente que la solicitud de inclusión de los créditos en el expediente de suspensión de pagos revela un ostensible *animus conservandi*. (Sentencia de 21 de noviembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

96. *Transportes por carretera. Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956: No es preceptivo acompañar documentos a la reclamación escrita.*—Se fundamenta el recurso en que a la reclamación escrita a que se refiere el artículo 32.2 del citado Convenio, que produce efectos de interrupción de la prescripción, no se acompañaron los documentos a que se alude en el precepto. La Sala declara que: a) la norma en cuestión no establece como preceptivo que al hacer la reclamación escrita se acompañen documentos, siendo lo esencial y verdadera «ratio legis» la reclamación extrajudicial por escrito, y no que se adjunte a la misma documento alguno, aunque en caso de acompañarlos han de devolverse al contestar; b) del texto literal de la norma no se deduce en modo alguno que sea ineficaz la reclamación escrita a la que no se acompañan documentos, por lo que la del caso debatido ha de surtir plenos efectos, puesto que consta probado que el deudor recibió una carta de reclamación en octubre de 1978 y además se hizo la misma reclamación ante la Junta de Detasas en 1 de junio de 1979, a las cuales no ha contestado en forma alguna.

Interrupción y suspensión de la prescripción.—Nuestra legislación sustantiva civil, apartándose de los precedentes patrios, no recoge la suspensión de la prescripción. En cambio, algunas legislaciones extranjeras sí regulan la suspensión de la prescripción (cita de textos de Derecho extranjero). Los que en esas legislaciones se reconocen como de suspensión, en nuestro Código civil se consideran casos de interrupción. La suspensión sólo se aplica en el ordenamiento español cuando la ley de forma expresa se refiere a ella mandando que el plazo «se reanude» y no que «comience a correr de nuevo». Y dentro de esta regla general de interrupción y no de suspensión se ha declarado por esta Sala que la demanda que reúne los requisitos legales del artículo 524 de la L.e.c. una vez presentada interrumpe la prescripción, aunque no se haya celebrado acto de conciliación previo, circunstancia que no invalida las actuaciones procesales iniciadas con la demanda. Por lo que ha de ser desestimado el motivo del recurso que alega la infracción por violación del artículo 32, núm. 3.º del Convenio de Ginebra, norma que deja a salvo lo dispuesto en el párrafo anterior y que se limita a determinar que tanto para la suspensión como para la interrupción de la prescripción se seguirá la ley del territorio en que se tramite el proceso. Por lo tanto, en el caso de la legislación española, la exclusión de las causas de suspensión. (Sentencia de 31 de mayo de 1985; no ha lugar.)

NOTA.—El demandante había concertado con el demandado, una sociedad transportista, un contrato de esta clase, que tenía por objeto un cargamento de melones con destino Francia. A la llegada de la mercancía al punto de destino se descubrió el deterioro de la misma, causado por avería del sistema frigorífico del camión que la había transportado. La mercancía había llegado a destino el 8 de junio de 1978. En octubre del mismo año, y luego el 7 de marzo de 1979, la demandante había remitido a la demandada sendas cartas certificadas de reclamación. El 1 de junio de 1979, la misma actora formuló petición ante la Junta de Detasas, que terminó con informe favorable a su reclamación. Por fin, el 13 de

noviembre de 1979 se formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona la demanda rectora de este pleito.

El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda, en que como pedimento fundamental se solicitaba la condena al pago de la averfa parcial de la mercancía.

Para comprender la doctrina de la sentencia hay que tener presente que el artículo 32.2 del Convenio de Ginebra dice: «La reclamación escrita interrumpe la prescripción hasta el día en que el transportista responda por escrito dicha reclamación y devuelva los documentos que acompañan a la misma. En caso de aceptación parcial a la reclamación, la prescripción no vuelve a tomar su curso más que por la parte reclamada que continúa en litigio. La prueba de la recepción de la reclamación o de la respuesta y de la devolución de documentos corren a cargo de quien invoque este hecho. Las reclamaciones ulteriores que tengan el mismo objeto no interrumpen la prescripción».

Nos remitimos al comentario que el autor de este extracto hizo de la presente sentencia en «La Ley», núm. 1.316 del año VI, 31 de octubre de 1985. (R. de A.)

97. *Deber de conservación a cargo del consignatario.*—La Sala sienta la doctrina de que la obligación de conservar del consignatario, y de la que ha surgido su responsabilidad por conducta negligente, no emana de un contrato típico de depósito, sino del genérico y accesorio deber de conservar la mercancía hasta su entrega a los destinatarios. (Sentencia de 28 de junio de 1985; no ha lugar.)

(R. de A.)

98. *Imposiciones de dinero a plazo fijo: Naturaleza.*—CONSIDERANDO: que las llamadas en el ámbito de la banca «imposiciones de dinero a plazo fijo», constituyen una de las numerosas figuras que en dicho marco mercantil se integran en el campo de los llamados negocios jurídicos bancarios y dentro de los cuales la doctrina mercantilista distingue cuando menos como modalidades las representadas por los contratos de «depósito a la vista» y «a plazo fijo», así como los «depósitos simples» y «en cuenta corriente»; concretamente, el negocio aquí contemplado, lo constituye cual se indica al comienzo de este fundamento, un «contrato de depósito de dinero a plazo fijo», categoría esta de negocios jurídicos mercantiles que como ya indicó esta Sala en su sentencia de 26-10-1966, se caracterizan por su «notoria pobreza de esquemas legales» y respecto del cual tampoco la doctrina mercantilista se caracteriza por la riqueza de sus construcciones, que oscilan entre las que le atribuyen la naturaleza del depósito irregular y aquellas otras que estiman se trata de una figura negocial dotada de caracteres especiales, sin olvidar aquella otra que con apoyo en alguna concreta sentencia de esta Sala (20-1-1915 y 19-10-1925, sin olvidar la de 28-11-1896, que abre el camino para ello), estiman que habida cuenta la posición del Código civil que no autoriza la existencia del depósito irregular, en este tipo de contratos en que el depositante puede disponer del capital depositado, nos hallamos a presencia de un préstamo. (Sentencia de 2 de julio de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Se trataba de la tercería de dominio entablada en solicitud de que se alzasen y dejasen sin efecto embargos causados en juicio ejecutivo entablado por el Banco X sobre imposiciones a plazo fijo y sus frutos e intereses, que los terceristas decían ser de su titularidad, por lo que suplicaban asimismo se pusiese a su disposición el importe y los saldos de dichas imposiciones, por estar vencidas.

Hemos de advertir que en la última parte del texto reproducido debe de haber

un error material, consistente en que se dice «el depositante *puede* disponer del capital desembolsado», cuando parece que lo correcto es decir «*no puede* disponer».
(R. de A.)

99. *Prescripción extintiva: Interpretación restrictiva e inicio del cómputo del plazo.*—El motivo cuarto alega interpretación errónea del artículo 952. 2.º del Código de comercio y doctrina concordante, consistiendo en haber aceptado como válida, a efectos del cómputo de la caducidad, la fecha de la emisión de la carta de protesta y no la de recepción por el armador, y tampoco puede ser estimado, y ello, no sólo por el criterio restrictivo con que, como tiene reiteradamente sentado esta Sala, debe ser interpretada la institución de la prescripción de acciones, sino también porque siendo esta una carga jurídica que se impone al posible accionante como consecuencia de su falta de actividad en el ejercicio de sus derechos, no resultaría justo que una vez adoptada por ésta las prevenciones y actividades que le competen —en este caso la protesta de avería— no comenzara a contar su eficacia en el momento en que el deudor la recibe, con lo que quedaría al arbitrio de un tercero —en este caso los servicios postales— la determinación de si el ejercicio de un derecho había sido llevado a cabo dentro del plazo legal, por todo lo cual procede la desestimación de este cuarto motivo.

Valoración de los daños de las mercancías transportadas: Artículo 367 del Código de comercio.—No mejor fortuna habrán de alcanzar los motivos quinto y sexto, al amparo ambos del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación, el primero de ellos, por no aplicación del artículo 367 del Código de comercio en relación con los artículos 2.126 y 2.127 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y doctrina legal que lo interpreta, y por interpretación errónea, el segundo de los citados preceptos, alegándose por el recurrente a lo largo del desarrollo de estos motivos que el artículo 367 del Código de comercio y la doctrina que los interpreta exigen que la valoración de los daños causados en las mercancías transportadas debe hacerse a través del procedimiento que se especifica en tales preceptos, y si bien es cierto que una reiterada doctrina de esta Sala, cuyas últimas muestras son las Sentencias de 24-5-73 y 3-1-84 alude a la obligación de proceder al reconocimiento por peritos nombrados por las partes y un tercero designado por el Juez, con objeto de fijar la cuantía de los daños, procediéndose al depósito judicial de las mercancías en almacén, si o se llega a un acuerdo, también lo es que tal procedimiento judicial solamente es preciso «si ocurrieren dudas y contestaciones entre el consignatario y el porteador sobre el estado en que se hallen los efectos transportados al tiempo de hacerse al primero su entrega», según precisa el referido artículo 367 del Código de comercio, y es lo cierto que, en el supuesto que nos ocupa, comprobada que fue por el consignatario la avería de la mercancía, y acreditada por peritación veterinaria que el atún transportado, como consecuencia de su descongelación y semiputrefacción no resultaba apropiado para su consumo humano, y sí únicamente para su transformación en harina de pescado, y habiéndose dado cuenta de ello al porteador, éste, lejos de contestar el estado en que se hallaban los efectos transportados, se limitó a dar traslado del asunto al de Protección e Indemnización para su estudio e instrucciones, como acertadamente hace constar la resolución recurrida en su Considerando Octavo, por lo que, al no haber surgido tales dudas y contestaciones, resulta inaplicable el mandato del artículo 367 del Código

de comercio, debiendo, en su consecuencia, decaer estos dos últimos motivos. (Sentencia de 21 de junio de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Sobre el extremo a que se refiere el epígrafe segundo de este extracto, conviene reproducir el motivo correspondiente del recurso —desestimado—, para la cabal comprensión de la doctrina de la Sala. Decía así el motivo quinto:

«QUINTO: Por infracción de ley y doctrina legal al amparo del núm. 1 del artículo 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el concepto de violación por no aplicación del artículo 367 del Código de comercio en relación con los artículos 2.126 y 2.127 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y doctrina legal que los interpreta, recogida entre otras, en las Sentencias de 24 de mayo 1956, de 24 de abril de 1958, 24 de mayo de 1977, 15 de junio de 1926 y 1 de julio de 1915, que en síntesis puede establecerse del siguiente modo: la fijación de daños no puede establecerse unilateralmente y en caso en que el consignatario y el porteador no estuvieren de acuerdo sobre el estado en que se hallan los efectos transportados al tiempo de hacerse al primero su entrega, si no se avinieren en el nombramiento de peritos, acudirán al Juez para que los designe y si éstos no estuvieren conformes, el Juez sorteará un tercero. Después de entregarse las mercancías en los almacenes de "Frigoríficos N., S. A.", receptora, el día 10 de mayo por dicha empresa se solicitó al Comisariado Español Marítimo la realización de un peritaje a efectos de precisar los posibles daños que, según aquella, la mercancía había experimentado en el transporte. No se hizo por la receptora "F. N., S. A." ningún requerimiento a mi mandante para que concurriese a peritar los daños y en caso de no avenencia recurrir al procedimiento que establece el artículo 2.126 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (R. de A.)

100. *Prueba. Artículo 1.228 del Código civil.*—Este precepto parte del supuesto con relación al que no haya suscrito las manifestaciones de un determinado documento, de que aquel a quien perjudique se aproveche de él, y en consecuencia carece de aplicación cuando no se acepte por el perjudicado en todo su contenido, que es lo ocurrido en el presente caso, pues rechazar el siniestro lo mismo significa el hacerlo en absoluto con relación a las bases en que se sustenta y consiguientemente en orden a las declaraciones efectuadas al respecto por el asegurado.

Actos propios.—Siendo la esencia vinculante del acto propio, en cuanto es significativo de la expresión del consentimiento, el realizado con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, con exigencia de que originen un nexo causal eficiente entre el acto realizado y su incompatibilidad con la conducta posterior, y fundamentado en un comportamiento voluntario excluyente e indubitado, de tal forma que definan de modo inalterable la situación del que lo realiza, carece de esas características la expresada en la mencionada carta de 5 de diciembre de 1979, pues que la misma no revela el reconocimiento de la realidad del siniestro en tal fecha y con las circunstancias que del mismo hizo declaración el asegurado, sino simplemente la manifestación de su no aceptación con causas aducidas que no excluyen la posible también concurrencia de otras de las que no se hizo exclusión alguna.

Contrato de seguro.—Una declaración que no responde a la realidad, o que manifestada no resulte probada, cual sucede en el presente caso, indudablemente supone que los daños sean intencionados, causados o provocados por el asegurado, ya que estas circunstancias se dan no solamente cuando se obra activamente, sino que también cuando se alteran las circunstancias en que el hecho realmente se produjo, con la correspondiente inserción en el epígrafe e) del artículo 3.º de la póliza mediante la cual se concertó el contrato de seguro cuestionado y exclusión a que se contrae el punto cuatro del apartado e) del artículo octavo de las condiciones generales de dicha póliza...

Prueba de presunciones.—Si es cierto que el artículo 1.253 del Código civil puede servir de base para generar casación por tal causa, ha de ser sobre la base de que se evidencie el error invocado, no acreditado según viene dicho en el presente caso, al haber quedado incólumes los aspectos fácticos en que la presunción se base de modo que con su apoyo resulta lógica la solución dada. (Sentencia de 5 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Para comprender los anteriores pronunciamientos basta tener en cuenta que se trataba de un seguro de responsabilidad civil, cubriendo las responsabilidades derivadas de la demolición de un edificio. El asegurado manifestó un siniestro que la aseguradora rehusó amparándose en una causa de exclusión de la póliza.

El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda del asegurado. El Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (R. de A.)

101. *Cesión del pacto de exclusiva: Alcance y efectos.*—Como cuestión previa al examen del referido recurso interpuesto por don José A. I., inicialmente demandante y reconvenido en la litis en cuestión, es de tener en cuenta que el contenido de la cláusula sexta inserta en el contrato objeto de controversia, y que es la esencia motivadora de la solución dada en la sentencia recurrida, viene concebida en los siguientes términos: «El señor A. L. se compromete a cederle al señor O. S. toda la exclusiva de venta de productos de confitería que tiene contratados en los distintos despachos de pan y puestos de venta de su red comercial en esta capital».

A los mismos fines del meritado recurso formalizado por don José A. L. es de tener en cuenta que, según tiene declarado esta Sala, el pacto de exclusiva determina, en cuanto a la cesión que del mismo haga el cedente, la mera obligación de éste a garantizar al cesionario la existencia y validez de los derechos y consiguiente contrato cedido, pero no a garantizar al cesionario el cumplimiento de los derechos y efectos del convenio por parte del contratante cedido, en cuanto no se produzca pacto expreso al respecto, dado que si, como pone de manifiesto la también sentencia de este Tribunal de 29-10-55, la cláusula de exclusiva, bien agregada a un contrato o ya existiendo de modo autónomo, implica obligación de no hacer, respecto del tipo de prestación objeto del convenio, que puede ser significativo de la obligación de no realizar en favor de otros una prestación para el acreedor, o en la obligación de no recibir de otros una prestación semejante que se refleja en favor del deudor en un mayor valor de su actividad (acaparamiento del mercado), bien de ambas obligaciones, en todo caso dentro de límites de tiempo y frecuentemente también de espacio, tratándose en consecuencia de un límite en la libre actividad, impuesto a favor de quien recibe, o en favor de quien hace la prestación, o la de ambos.

A la vista de lo expuesto en los dos precedentes considerandos, es de llegar a la solución estimatoria del primero de los motivos en que se apoya el recurso de casación ejercitado por el precitado don José A. L., fundamentado, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción entonces vigente, en violación, por inaplicación, de los artículos 1.091 y 1.281 del Código civil, y doctrina legal contenida en las sentencias que se citan, porque si mediante la indicada cláusula sexta del compromiso asumido por el aludido don José A. L. fue simplemente cederle a don Juan Manuel O. S. toda la exclusiva de productos de confitería que tenía concertados en los distintos despachos de pan y puestos de venta de su red comercial en Córdoba, claramente determina la mera obligación del cedente a garantizar al cesionario la existencia y validez de los derechos y consiguiente contrato por parte del contratante cedido, pero no a garantizar al cesionario el posterior resultado de la exclusiva cedida en su efectividad por parte de los destinatarios o de aquellos a quienes habría de alcanzar el resultado de la actividad práctica de la exclusiva, o sea de que ésta, posteriormente, llegase a un buen fin interesante para el indicado cesionario, al no haberse producido pacto expreso al respecto, como consecuencia de ser la exclusiva tan sólo la contratación de una obligación bien con la finalidad de no recibir de terceros una determinada prestación, ya que de no realizarla en favor de terceros, ora de ambas obligaciones recíprocamente, claro es que en el supuesto contemplado el cedente —en este caso don José A. L.— para la acreditación del cumplimiento de su obligación convenida de cesión de la exclusiva que tiene concertada con terceros, le es suficiente revelar que hizo la cesión o transferencia al cedido —en este caso don Juan Manuel O. S.— de ese derecho, así como la realidad de éste en el ámbito temporal y de lugar concertado, que la sentencia recurrida no desconoce haya sido incumplido, como consecuencia de la norma contenida en el artículo 1.529 del Código civil de análogica aplicación conforme al artículo 4.º.1 del mismo cuerpo legal sustantivo, previsor de que el cedente de buena fe responde de la existencia y legitimidad del crédito, pero no de la solvencia del deudor, a menos, cual no ha sucedido en el presente caso, que se haya estipulado expresamente o de que fuere anterior o pública, ya que, como proclama la sentencia de este Tribunal de 26-11-82, la cesión del contrato, figura admitida en el ordenamiento jurídico a la luz de la libertad de pactos proclamada en el artículo 1.255 del Código civil, se consolida con el hecho de que una de las partes contratantes se sustituya por un tercero en las relaciones de un contrato por prestaciones sinalagmáticas, si éstas no han sido todavía cumplidas y existen al tiempo de realizarse la cesión, y al no haberlo entendido así la Sala sentenciadora de instancia incide en la denunciada violación, por causa de inaplicación, de los indicados artículos 1.091 y 1.281 del Código civil y sentencias que se citan, respectivamente previsoras de que «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos», y que «si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas» y «si las palabras pareciesen contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas», porque siendo el pacto de exclusiva una mera obligación de no hacer que impone la necesidad de una conducta de omisión, determina que para reconocerla incumplida por el que la haya cedido —en este caso don José A. L.— se requiere la acreditación de

una conducta positiva por su parte, no establecida en la sentencia recurrida, en la que lo evidenciado y reconocido es que una vez llevada a cabo la cesión, sin que se manifieste fuere debido a un actuar de dicho cedente, terceros con los que habría de guardar relación la actividad de la exclusiva que no constituyen fuesen dependientes o empleados de dicho cedente, se negaron a colaborar en su efectividad, es decir, concretamente en el supuesto contemplado a posibilitar la venta en sus establecimientos de los productos a que la exclusiva cedida afectaba, pero sin revelación que ello haya sido debido a un comportamiento obstaculizante, tendente a tal fin, del tan repetido cedente, y no al propio actuar del cesionario —en este caso don Juan Manuel O. S.— en la elaboración de los productos de confitería a que la exclusiva cedida alcanzaba, que condujo a que terceros afectados por la exclusiva, o sea, los titulares de los establecimiento a que había de ser destinada para su expedición al público, no aceptasen la mercancía, toda vez que, una vez más sea dicho, y según corrobora la Sentencia de esta Sala de 21-3-62, en el tema de pacto en exclusiva normalmente sólo cabe pedir al concedente de ella un comportamiento activo respecto a los terceros que violen la exclusiva, pero no la de imponer a éstos la obligatoriedad de la recepción de los productos a que afecte o se contraiga, salvo existencia de obligación impuesta al cedente en tal sentido y que en este caso no se acredita producida, ya que en el supuesto contemplado lo que se produjo fue que don José A. L. tenía una exclusiva por consecuencia de la que solamente él, por concesión de cada uno de los establecimientos con los que así se convino, podía vender en ellos productos de confitería, que es lo realmente y en definitiva cedido a don Juan Manuel O. S., en consecuencia fue objeto de la cesión y no consta haya sido incumplido por dicho cedente, porque a partir de ese momento en que esa cesión se produjo se originaba ya una relación directa entre el mencionado cesionario don Juan Manuel O. S. y los titulares de los indicados establecimientos en que el objeto de la exclusiva había de proyectarse que para el tan aludido cedente don José A. L. resultaba ya una «res inter alios acta», dado, reiterando lo expresado, que la obligación de aquél viene limitada a no alterar, con su actividad positiva, la exclusiva transmitida a su favor, cuya efectividad es reconocida por esta Sala en Sentencia de 9-2-65, y el imponerle además la obligación, no convenida, de obligar a los terceros que aceptasen la recepción de la mercancía sería condenarle de forma impropia, al cumplimiento de obligaciones no contraídas, infringiendo el contenido del precitado artículo 1.091 del Código civil, según tienen proclamado las sentencias de esta Sala, entre otras, de 9-5-14, 29-4-46 y 9-7-54; y si hay incumplimiento de la secuencia de la exclusiva por parte de los titulares de los establecimientos a que afectaba, por no acceder a la venta en ellos de los productos a que la exclusiva alcanzaba, es al cesionario a quien incumbe defenderlo, mediante el ejercicio de las correspondiente acciones de que se crea asistido con relación a tales titulares de establecimientos incumplidores, como consecuencia de haber quedado subrogado en todos los derechos y obligaciones que incumbían al cedente como resultado de la cesión realizada, pues que dicho cedente cumple con haber dado efectividad a la cesión de la exclusiva y no intervenir en ella con actividades positivas que la alterasen, es decir, compitiendo con el cesionario en los tan repetidos establecimientos a que la exclusiva afectaba, habida cuenta que tan singular exclusiva lo que simplemente impide al cedente, dadas las características en que la cesión se produjo, es competir con esos establecimientos

en el suministro de productos de confitería a que la exclusiva alcanzaba, y esto no lo establece la sentencia recurrida como ocurrido.

Resolución por incumplimiento del artículo 1.124 del Código civil (no ha lugar). Las mismas razones consignadas para llegar a la solución desestimatoria del primero de los motivos que apoyan el recurso interpuesto por don José A. L., conducen a la acogida del tercer motivo que éste basa, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en aplicación indebida de los preceptos contenidos en los párrafos primero y segundo del artículo 1.124 del Código civil, interpretado por la doctrina que se cita, toda vez que reconocido que el mencionado don José A. L. no ha sido incumplidor de sus obligaciones en los convenios objeto de controversia, ni concretamente en la cesión de la exclusiva realizada a don Juan Manuel O. S., en contra de lo apreciado por la Sala sentenciadora de instancia, claro es que se desvanece la no prevalencia que ésta reconoce en orden a la pretensión resolutoria instada por el tan repetido don José A. L., en su escrito de demanda inicial y reiterada en réplica, cobrando todo su vigor al respecto el efecto en contra del demandado-reconviniente de la normativa establecida en el artículo 1.124 del Código civil, por carácter de prioritario y único incumplidor, con relación al precitado don José A. L., en los convenios objeto de controversia, y al no haberle entendido así el órgano jurisdiccional «a quo» notoriamente incide en la aplicación indebida del citado precepto legal sustantivo denunciado como sustentación del motivo que se contempla. (Sentencia de 14 de junio de 1985; ha lugar.)

HECHOS.—Don José A. L. formuló demanda de mayor cuantía contra Don Juan Manuel O. S. y su esposa Doña María Dolores G. F., sobre cumplimiento de contrato de y otros extremos, alegando: Que por documento privado de 1-2-78 el actor vendió al demandado toda la maquinaria y utillaje de una industria dedicada a la fabricación de productos de confitería. El precio había de pagarse mediante la transmisión por escritura pública del piso séptimo C de la casa número 14 de la calle M., valorado en dos millones de pesetas, imputándose 1.100.000 a la venta de la maquinaria y de la industria y siendo las 900.000 restantes prima y a cuenta de otro negocio. Que en dicho documento se había pactado una opción de compra a favor del demandado sobre el inmueble número 22 de la calle M., por plazo de un año y precio de 8.400.000 pesetas. Si el optante no ejercita su derecho, se obligaba a retirar de dicho inmueble la industria con todo su utillaje, hacerse cargo del personal y Seguridad Social, pudiendo retener el actor 600.000 pesetas de las 900.000 antes citadas, en compensación a la utilización del inmueble durante un año. Que el 3-2-78 fue otorgada escritura de venta al actor del piso séptimo C y en igual fecha el demandado tomo posesión de la maquinaria e industria de confitería. Que dentro del plazo de un año, el demandado ejercitó su derecho de opción de compra, pagando solamente dos mensualidades y dejando de atender los sucesivos vencimientos, por lo que mediante acta de 24-8-79 el actor dio por resuelto el contrato de venta de la casa. El demandante había interpuesto juicio de desahucio sobre el piso séptimo C., siendo desestimada su demanda porque las complejas relaciones desbordaban el ámbito de ese tipo de juicio. Que el actor había conocido que el demandado había intentado introducir en los 25 establecimientos de la red de pan bollería y confitería de baja calidad y que esta mala mercancía

había producido una situación de descrédito para dicha red de pan y consecuentemente para la firma, con graves perjuicios para el actor. El demandado retiene y disfruta un piso vendido en 2.000.000 de pesetas. Además retiene una industria y maquinaria adquiridas en 1.200.000 pesetas. Retiene y disfruta también un edificio valorado según contrato en 8.400.000 pesetas. En base a todo ello, el demandante suplicaba: que se condenase a los demandados a entregarle el piso séptimo C; que se les condenase a la venta y resolución del contrato de opción de compra, así como de la compraventa resultante del ejercicio de dicha opción, y a devolver al actor la casa número 22 de la calle M., que se les condenase a la indemnización de todos los daños y perjuicios causados al actor, a cuyo efecto se señalaban ciertas bases de determinación, así como del deterioro y pérdida de la maquinaria, utillajes y herramientas, y también la depreciación del negocio de confitería que se entregó al demandado en la citada casa número 22.

El demandado solicitó la desestimación de la demanda y formuló reconvencción, por la que pedía: Que se condenase al actor a cumplir la cláusula sexta del contrato, cediendo al demandado la exclusiva de venta en los puntos de su red comercial, así como a pagar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de esta obligación desde el día 1-2-78. Dicha cláusula decía: «El señor A. L. se compromete a cederle al señor O. S. toda la exclusiva de venta de productos de confitería que tiene contratados en los distintos despachos de pan y puestos de venta de su red comercial en esta capital». De forma subsidiaria se solicitaba en reconvencción que se declarase resuelto el contrato de 1-2-78, por incumplimiento por parte del actor, condenando a éste a devolver al demandado todo lo recibido a consecuencia del mismo, así como a otorgar escritura de retroventa del piso séptimo C, así como al pago de los perjuicios ocasionados al demandado, a cuyo efecto se fijaban las bases de determinación de esos perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia había dictado sentencia con el siguiente fallo:

Que estimando en parte la demanda deducida por el Procurador en nombre y representación de Don A. L., contra los cónyuges demandados Don Juan Manuel O. S. y doña María Dolores G. F., condenó a los demandados: Primero. A que en cumplimiento de lo estipulado en el contrato de uno de febrero de 1978, entreguen al demandante don José A. L. el piso en la calle M, número catorce, séptimo C, entrega que se llevará a efecto en ejecución de sentencia.—Segundo. A que abonen al demandante el precio convenido por la compra del edificio a que se refiere la estipulación séptima del contrato de uno de febrero de 1978, en sus condiciones segunda b) y c) y en lo que falta por pagar, en los mismos plazos y condiciones estipuladas, pero sin computar el período de tiempo transcurrido desde el último pago hasta la firmeza de esta sentencia. Tercero. Para el caso en que tales pagos no sean cumplidos en los plazos que resulten de ese cómputo, se declara resuelto el contrato de opción de compra pactado en la cláusula séptima de dicho documento de uno de febrero de 1978, así como de la compraventa devenida por el ejercicio de dicha opción, y en su consecuencia a que devuelvan y entreguen al actor, el inmueble urbano, número 22 de la calle M. de esta ciudad de ..., lo cual se llevará a efecto por los mismos trámites que el pedimento anterior. Y estimando en parte la reconvencción formulada por el Procurador ... en nombre y representación de los cónyuges demandados don Juan Manuel O. S. y doña María Dolores G. F., condenó al demandante

don José A. L. a cumplir con la cláusula sexta del contrato cediendo a don Juan Manuel O. S. la exclusiva de venta en los puntos de su red comercial en el plazo de tres meses contados desde la firmeza de esta sentencia. Desestimando el resto de la demanda y reconvenición, todo ello sin especial imposición de las costas causadas en este juicio.

Interpuesto recurso de apelación por ambos litigantes, la Audiencia dictó el siguiente fallo: Que desestimamos el recurso de apelación ejercitado a nombre de don José A. L. y estimando parcialmente el interpuesto a nombre de don Juan Manuel O. S. y doña María Dolores G. F. y con parcial revocación de la sentencia dictada en los autos origen del rollo de apelación, declaramos resuelto por la estimación de la petición reconvenicional de los demandados, el contrato de uno de febrero de 1978 documentado a los folios uno a tres de los autos, viniendo cada parte obligada, por razón de tal resolución, a devolver a la contraria cuantas prestaciones haya recibido por razón del contrato indicado, acordando la cancelación de la inscripción que en el Registro de la Propiedad número dos de ... causó la escritura pública de tres de febrero de 1978, obrante a los folios dos a nueve de los autos y desestimamos expresamente cuantos pedimentos contiene la demanda, así como el resto de los de la reconvenición; y confirmamos el pronunciamiento de costas de la sentencia recurrida, sin hacer expresa condena de las de apelación.

Contra la sentencia de la Audiencia interpusieron recurso de casación las dos partes. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al del actor y no haber lugar al del matrimonio demandado.

En su segunda sentencia, la Sala estimó en parte la demanda y desestimó íntegramente la reconvenición, declarando:

FALLAMOS: Que revocando y confirmando la sentencia dictada con fecha 7-12-1981, por el Juzgado de Primera Instancia número dos de ..., en el juicio de que este recurso dimana, y en su consecuencia estimando en parte la demanda iniciadora de dicho juicio, formulada por don José A. L. contra don Juan Manuel O. S. y doña María Dolores G. F. y desestimando íntegramente la reconvenición planteada por dichos demandados contra el mencionado demandante reconvenido, declaremos: a) Que si en el plazo de tres meses, a partir de la notificación de esta sentencia, no cumple don Juan Manuel O. S. y en lo que le afecte su esposa doña María de los Dolores G. F., las obligaciones que le vienen impuestas por derivación del documento fechado el primero de febrero de 1978, suscrito entre don Juan Manuel O. S. y don José A. L., y concretamente entreguen a éste el piso de la calle M. número catorce, séptimo C y le abonen el precio convenido por la compra del edificio a que se refiere la estipulación séptima del referido documento de primero de febrero de 1978, en sus condiciones segunda, b) y c), y en lo que falta por pagar, en los mismos plazos y condiciones estipulados, pero sin computar el período de tiempo transcurrido desde el último pago hasta la notificación de esta sentencia, quedará resuelto el mencionado contrato reflejado en el indicado documento de primero de febrero de 1978, condenando, en tal caso, al precitado demandado don Juan Manuel O. S. y en lo que le afecte a su esposa también demandada, doña María de los Dolores G. F., como consecuencia de tal resolución, a la devolución y entrega del inmueble, edificio número veintidós de la calle M. de ..., así como de toda la maquinaria, utillaje, útiles y herramientas a que se hace referencia en la estipulación pri-

mera del referido documento, con retransmisión en forma de la escritura pública correspondiente al piso de la calle M. número catorce, séptimo C, siendo de cuenta de los referidos demandados los gastos, impuestos y arbitrios de dicha formalización, condicionada esta retransmisión al pago previo por los demandados del interés normal del dinero en el mercado del precio de dos millones de pesetas en que fue valorado el piso séptimo, C, de la casa número catorce de la calle M. de la ciudad de ..., desde el día primero de febrero de 1979 en que debió entregarlo hasta que lo entregue en forma, el mismo interés normal del dinero en el mercado, del precio asignado en la cláusula séptima del contrato básico de la tan aludida demanda, 8.400.000 pesetas, menos las 900.000 pesetas imputadas al pago del precio del piso referido en el pedimento primero de la expresada demanda y menos 183.332 pesetas abonadas por las mensualidades de febrero y marzo de 1979, a cargo del precio de la compraventa del inmueble número 22 de la calle M. de ..., debiendo pagar dicho interés desde el día de la toma de posesión de dicho inmueble, primero de febrero de 1979, hasta que lo devuelvan mediante su entrega en forma; y b) Condenamos también al precitado demandado don Juan Manuel O. S. y en lo que le afecte a su esposa, asimismo demandada, doña María Dolores G. F., a que indemnicen a dicho don José O. S. el deterioro y pérdida de valor de la maquinaria, utillaje, útiles y herramientas antes referenciados, a determinar a juicio de peritos, así como la depreciación de la industria de confitería que se le entregó radicada en la casa número 22 de la calle M. de la repetida capital de ...; y todo ello a determinar en trámite de ejecución de sentencia; desestimamos las demás pretensiones de la súplica de la demanda en cuanto difieran o no se acomoden a las precedentes declaraciones, así como íntegramente de las instadas por vía de reconvenición, y no hacemos especial declaración en cuanto a las costas causadas en primera y segunda instancia.

NOTA.—Hemos hecho tan extensa versión de los antecedentes porque sin ellos no puede comprenderse el extracto doctrinal reproducido antes. (R. de A.)

102. *Diferencia entre la suspensión de pagos y la quiebra.*—La suspensión de pagos se debe a la insolvencia provisional o relativa del deudor, caracterizándose por el designio de conseguir un acuerdo de los acreedores con el empresario a fin de restablecer la normalidad de los pagos, mientras que la quiebra es causada por una situación de insolvencia definitiva, proponiéndose la liquidación y reparto del patrimonio del quebrado entre sus acreedores.

Autonomía relativa de ambas.—La suspensión de pagos se configura, otras veces, como un estado preliminar que tiende a evitar el procedimiento de quiebra.

Incompatibilidad de las mismas.—Los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos son incompatibles cuando la declaración de la primera procede en el caso de haberse incumplido el convenio obtenido anteriormente en la segunda. (Sentencia de 17 de octubre de 1984; no ha lugar.) (M. Z. R.)

103. *Declaración de quiebra. Oposición. Carga de la prueba.*—«... precepto el acabado de transcribir (1.029 del Código de comercio de 1829) que claramente pone a cargo del quebrado, no de los acreedores que obtuvieron la declaración de quiebra, la carga procesal de probar la falsedad de los hechos fundamento de la declaración de quiebra o que se halla al corriente de sus pagos, sin que sea

lícito desplazar esa carga a los acreedores, ... para exigirles que prueben ellos el supuesto de la quiebra...». (Sentencia de 12 de noviembre de 1985; ha lugar.)

(A. R. F.)

Declaración de quiebra. Quiebra y suspensión de pagos; Prevalencia.—«... las orientaciones jurisprudenciales ... podrían sintetizarse así: 1) "El art. 871 del Código de comercio hay que relacionarlo con los arts. 2.º, 4.º y 9.º de la Ley de 26 de julio de 1922, para de sus declaraciones deducir, por interpretación auténtica, que la suspensión goza de prioridad frente a la quiebra, como medio de facilitar el convenio entre los acreedores y el deudor, evitando el demérito, la depreciación y la ruina del capital que llevan tras sí las quiebras". 2) La suspensión de pagos merece trato prioritario cuando ha sido solicitada antes de ser practicada "la información testifical imprescindible en la quiebra para justificar el sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones, esto es, antes de adquirir la petición de quiebra estado legal por aquellas diligencias preliminares a él"... preferencia que desaparece si al tiempo de presentarse la solicitud de suspensión de pagos "la quiebra, en lo que tenía de trámite previo, estaba concluida", es decir, "totalmente cumplida" la información testifical y librados los despachos... 3) Por lo que la referencia tiene de ilustrativa es de interés señalar que el Anteproyecto de Ley Concursal busca el consenso y la gestión controlada como soluciones prioritarias y sólo en último extremo da paso a la liquidación del patrimonio del deudor.»

«... Que dada la inmediación de las fechas de los dos procedimientos ni siquiera había sido recibida en su totalidad la información testifical acordada en el proveído de impulso a la primera petición de quiebra y no había dado comienzo la fase preliminar de la segunda en la fecha de presentación por el empresario de la solicitud de suspensión de pagos, a lo que cabe añadir que el general beneficio que entraña ésta, como animada por la obtención del convenio con permanencia de la empresa, no significa obstáculo alguno para la ulterior prosecución de la quiebra de no obtenerse el acuerdo entre acreedores y el suspenso y en las demás hipótesis legalmente previstas...»

Tutela efectiva.—«... El hecho de que el Juez haya paralizado la tramitación de la fase preliminar de la quiebra en tanto penda el procedimiento de suspensión de pagos, ... no significa desconocimiento del derecho a la tutela efectiva proclamado en el artículo 24-1.º de la Constitución ... sino decidir simplemente sobre la tramitación prioritaria entre dos procesos concursales atendidos los datos del supuesto...». (Sentencia de 5 de julio de 1985; no ha lugar.) (A. R. F.)

105. *Responsabilidad del capitán por la carga del buque.*—Es hecho acreditado en la instancia que la carga se hizo en los buques de la entidad recurrida «sin supervisión del capitán u oficialidad del buque», operación de la que no puede exonerar el conocimiento de embarque y hecho que revela el incumplimiento por el capitán de las obligaciones que le impone el artículo 612, número 5.º, del Código de comercio. Y de este hecho se deduce asimismo la responsabilidad del capitán por los daños sufridos por el cargamento, debido en este caso a su propia falta, como resulta del artículo 620, párrafo 1 del citado Código mercantil, y por último del artículo 587 del mismo cuerpo legal resulta la res-

pensabilidad civil del naviero en casos como el ahora contemplado por la conducta del capitán en la custodia de los efectos que cargó en el buque.

Cláusula de exoneración.—Las circunstancias reveladas hacen evidente que no se halla justificada exoneración alguna de responsabilidad por parte de la entidad naviera, como la consignada en la cláusula séptima de los conocimientos de embarque, ya que aparte de no ir firmados por el cargador, de admitirse una reducción de responsabilidad del naviero, en supuestos como el debatido, se infringirían los artículos 1.255, 1.258 y 1.256 del Código civil, al no tener en cuenta los mandatos legales citados del Código de comercio, ni las exigencias de la buena fe y la resultancia lógica de lo pactado, así como que el contrato quedaría entonces al arbitrio de una de las partes. (Sentencia de 6 de mayo de 1985; ha lugar.)

NOTA.—Las cláusula séptima del conocimiento de embarque limitaba la responsabilidad de la armadora a la suma de 500 pesetas por bulto perdido, lo que condujo a que la Audiencia hubiera condenado a la naviera en la suma de 3.500 pesetas, mientras que el Juzgado había impuesto la responsabilidad en 367.673 pesetas.

El Tribunal Supremo, al estimar el recurso y condenar en su segunda sentencia al pago de suma similar a la del Juzgado, se está manifestando contra la admisibilidad de la cláusula de —más que exoneración— limitación de responsabilidad.

Echamos de menos, en este sentido, alguna mayor argumentación al respecto, que acaso habría tenido cabida —sin excluir por principio la validez de tales cláusulas— aduciendo que en el capitán concurrió *culpa lata* equiparable al dolo.

(R. de A.)

III. DERECHO PROCESAL

106. *Diligencias preliminares de juicio.*—Se ha incurrido en evidente extralimitación al conminar al requerido con la posible imputación de un delito de desobediencia, cuando tanto la sentencia firme como la providencia que acordó la ejecución se concretaron con la mayor rotundidad a un apercibimiento indemnizatorio, con lo que es claro que la negativa del requerido no tendría más trascendencia que la puramente patrimonial, solución a todas luces correcta, sin llevar al proceso civil valoraciones propias del ámbito punitivo.

A pesar del estrecho cauce en que esta resolución recae, no es ocioso recordar que según se infiere de lo dispuesto en el artículo 501 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y así lo entiende sin discrepancia la doctrina, se haya seguido o no el proceso incidental por haber surgido oposición del requerido, no cabe coacción directa o medida de ejecución material para que la exhibición o presentación se realice, por lo mismo que la diligencia preliminar no cambia su naturaleza aun en la segunda hipótesis, y por tratarse de un hecho personal se opera la sustitución por vía indemnizatoria de los posibles daños y perjuicios, en debida correspondencia con el supuesto más general del artículo 924, lo que en consecuencia determina que ni cabe el cumplimiento coactivo ni es posible medio alguno de apremio o coercitivo distinto del indirecto representado por esa posible condena al resarcimiento del quebranto ocasionado. (Sentencia de 25 de septiembre de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—Por don A. se promovieron diligencias preliminares de juicio para que se requiriese a don X a fin de que exhibiese cuantos documentos se referían a una determinada empresa, a lo que se opuso el requerido. El Juzgado dictó sentencia accediendo al requerimiento, que apelada por el requerido fue confirmada por la Audiencia Territorial.

En ejecución de dicha sentencia, el Juzgado dictó auto por el que desestimaba el recurso de reposición entablado por el requerido contra providencia recaída en dicha ejecución. Interpuesto por el requerido recurso de apelación contra dicho auto, la Audiencia Territorial dictó otro por el que se estimaba en parte el recurso, en el solo sentido de dejar sin efecto el requerimiento al requerido para que presentase ante el Juzgado las declaraciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre el Patrimonio correspondientes a los cinco años anteriores, confirmando en lo demás el auto recurrido.

Entablado recurso de casación por el requerido, el Supremo declara haber lugar al recurso en cuanto que el auto recurrido mantenía el de Primera Instancia en el extremo en que este último decía que «de no verificarlo (aportar el requerido los documentos en cuestión) podrá incurrir (el requerido) en el delito de desobediencia a los mandatos judiciales». Sobre esto es sobre lo que la sentencia que extractamos razona, con la interesante doctrina que hemos reproducido.

(R. de A.)

107. *Cuestión de competencia por inhibitoria.*—La sumisión expresa de las partes, realizada en forma, constituye la regla fundamental en materia de competencia territorial, razón por la cual y habida cuenta de que en el caso aquí contemplado la cláusula de la nota de pedido en la que se pacta la sumisión a los Juzgados y Tribunales de Elche, si bien impresa en el reverso de la misma, aparece, juntamente con el resto del condicionado de la referida nota, claramente anunciado en el anverso y con la firma del demandado y promotor de la presente cuestión, formando la totalidad de la nota un conjunto armónico que pudo haber sido fácilmente apreciable por el comprador al suscribir el pedido... (Sentencia de 14 de noviembre de 1984.)

NOTA.—En la sentencia se declara la competencia del Juzgado de Elche (y no del de Zaragoza), pero debe tenerse presente que el tercer considerando de la resolución original que tenemos a nuestra disposición dice por error «Juzgados y Tribunales de Zaragoza», cuando tenía que decir «de Elche», lo que puede conducir a grave desorientación si no se advierte ese error. (R. de A.)

108. *Cuestión de competencia por inhibitoria.*—Las pretendidas cláusulas estampadas en el reverso del documento de pedido, en cuyo párrafo final aparece la tal cláusula sumisoria, no aparece suscrita por el interpelado comprador, que si bien estampa su firma en el documento en su anverso, en el mismo no se hace referencia alguna al clausulado constante a la vuelta o reverso del mismo. De aquí que no pueda estimarse que existe sumisión expresa. (Sentencia de 28 de noviembre de 1984.)

NOTA.—Es lástima que de la sentencia no se desprenda con claridad si la cláusula de sumisión existía o no, pues la redacción del único considerando deja lugar a dudas, pero parece claro que el razonamiento del Tribunal es válido aun para el caso de que la sumisión se hubiese establecido en la forma que la resolución menciona (al reverso y sin firma). (R. de A.)

109. *Cuestión de competencia por inhibitoria: Divorcio.*—La Sala se atiene a la competencia territorial del Juez de la residencia de la demandada, pues el último domicilio conyugal fue en el extranjero, lo que impide el «ius electionis» del demandante. (Sentencia de 7 de diciembre de 1984.) (R. de A.)

110. *Cuestión de competencia por inhibitoria.*—En esta sentencia, la Sala hace una magnífica síntesis de la doctrina contenida en abundantes resoluciones, de la que se desprende que la sumisión a otro Juzgado «es cláusula que habrá de constar de manera clara y explícita, y no es válida cuando no aparece en ella la firma de los interesados o de alguno de ellos». A cuyo efecto se mencionan diversas fórmulas comerciales no constitutivas de válida sumisión.

Comienzo del cumplimiento de la obligación.—A mayor abundamiento, la Sala recuerda su doctrina de que allí donde comenzó a cumplirse la obligación de pago habrá de ser satisfecha la parte restante del precio, si no consta la sumisión con entera claridad. (Sentencia de 30 de noviembre de 1984.) (R. de A.)

111. *Acumulación de autos: No son acumulables los juicios ordinarios que estén conclusos para sentencia, ni aun al proceso de quiebra.*—Es doctrina de esta Sala que no son acumulables los juicios ordinarios que estén conclusos para sentencia, ni aun al proceso de quiebra, con mayor razón aún cuando, como en el caso que se examina ocurre, se ha dictado sentencia que adquirió firmeza y cuya ejecución se acordó antes de recaer auto de declaración de quiebra en tal proceso universal, sin que pueda accederse como el Letrado de la empresa quebrada pretende a la existencia de un expediente de suspensión de pagos, tanto porque no constan en autos fechas de declaración de la misma como por cuanto el expediente fuese desistido, según resulta de testimonio remitido por el Juzgado número 4 de los de Madrid. (Sentencia de 25 de junio de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Antonio A. B. había formulado ante el Juzgado de Primera Instancia de Benavente demanda de mayor cuantía contra «Construcciones V., Sociedad Anónima», sobre reclamación de cantidad, dictándose sentencia estimatoria de la demanda. Declarada la quiebra voluntaria de esta última empresa por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Madrid, por auto de 27-5-83 se acordaba por éste la acumulación al juicio universal de todas las ejecuciones y entre ellas la dicha del Juzgado de Benavente. Y como este Juzgado se opusiera a la acumulación y ambos Juzgados insistieran en sus pretensiones, se elevaron los autos a la Sala Primera, que emitió la doctrina mencionada. (R. de A.)

112. *Notificaciones del artículo 268 de la Ley de Enjuiciamiento civil.*—Se reputa bien hecha cuando en ella figura el nombre de quien recibió la cédula, como su ocupación —la de conserje del edificio— y, por tanto, su relación con el citado presunto inquilino del piso, omitiéndose tan sólo el estado civil del conserje, que, obviamente, ni tenía influencia en la citación, ni su omisión puede ser considerada tan grave como para ocasionar la nulidad de un acto de comunicación, ya que tal circunstancia no tiene otra finalidad que la de la identificación de la persona que recibe la cédula. (Sentencia de 29 de noviembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

113. *Prueba pericial caligráfica.*—El informe pericial caligráfico, por su propia esencia y naturaleza, ha de llevarse a cabo en consideración a documentos originales y no a fotocopias, por lo que es plenamente acertada y correcta la solución a que llegó el Magistrado-Juez que conoció en la fase de trámite del juicio de que dimanara este recurso de declarar impertinente el aludido medio probatorio a causa de los términos en que viene fundamentada su proposición. (Sentencia de 3 de diciembre de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Se trataba de un recurso de casación por quebrantamiento de forma, formulado en autos en que el actor había solicitado prueba pericial caligráfica sobre un documento fotocopiado. La sociedad demandada se opuso a la admisión de esta prueba, y subsidiariamente planteó el siguiente extremo ampliatorio: «Si un estudio caligráfico verificado sobre fotocopia no puede merecer la misma seguridad que si se hubiera practicado sobre documentos originales y que en su consecuencia no se podrá emitir un dictamen concluyente sobre las firmas fotocopiadas». El Juzgado declaró impertinente la prueba pericial caligráfica propuesta.

NOTA.—Nos parece que es acaso un tanto exagerado afirmar que es *esencia* y *naturaleza* de la pericial caligráfica el que haya de llevarse a cabo sobre documentos originales, de forma que sea *impertinente* la propuesta sobre fotocopias. Sin entrar en la cuestión acerca de la mayor o menor relevancia que habría de tener el documento dubitado en el fondo del asunto, y desde luego reconociendo —sin necesidad de ser experto en la materia— que una pericia caligráfica sobre fotocopia ofrece menos garantías que la hecha sobre el original, estimamos que si la exactitud de la fotocopia quedara plenamente probada —es decir, si no fuera dudoso que la copia coincidía absolutamente con el documento original, salvo las limitaciones o inevitables infidelidades que ese medio de reproducción supone, por cierto muy pequeñas si se trata de un aparato de adecuada calidad—, puede ser excesivo declarar *impertinente* la prueba, habida cuenta de que en suma es el Juez quien debe apreciar libremente el resultado de la prueba practicada, y por ello determinar el valor probatorio de la pericia caligráfica sobre fotocopia, que puede llegar a ser notable si, por ejemplo, concurre con otros elementos de prueba en manos del juzgador. (R. de A.)

114. *Prueba. Artículo 1.228 del Código civil.*—Los «asientos», registros y papeles» de dicho precepto son, como dicen las sentencias que se citan al efecto, aquellos que «se forman y conservan por uno solo de los interesados». Y además, lo que dispone dicho artículo es que si hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad, el que quiera aprovecharse de ellos habrá de aceptarlos también en la parte que le perjudique, exigiendo la norma, por lo tanto, la indivisibilidad del conjunto, normativa que nada tiene que ver con lo argumentado en el motivo.

Prueba: Apreciación por el Juzgador de Instancia.—Es constante doctrina de la Sala la de que debe predominar la interpretación dada por el Juzgador de la Instancia, frente a la particular e interesada del recurrente y a salvo los casos en que aquélla se acredite que es ilógica, contradictoria o que vulnera algún precepto de la Ley. (Sentencia de 11 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

115. *Prueba de presunciones.*—Como viene declarando reiteradamente esta Sala, la apreciación del enlace preciso y directo a que se refiere el artículo 1.253 del Código civil, entre el hecho básico y el deducido o el que se pretende deducir,

por estar sometido únicamente a las reglas del criterio humano, que no figuran determinadas en ningún precepto legal, corresponde al Tribunal de Instancia, cuyo juicio ha de acatarse tanto para eliminar como para admitir la presunción, a menos que se demuestre su patente improcedencia por ilógica o absurda. (Sentencia de 26 de junio de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

116. *Ratio decidendi y obiter dicta*.—Las infracciones de fondo, objeto de denuncia en casación, no pueden fundarse en las consideraciones que la sentencia recurrida formule de modo complementario o hipotético, sin constituir la razón decisiva y determinante del fallo. (Sentencia de 18 de octubre de 1984; no ha lugar.) (M. Z. R.)

117. *Congruencia*.—Las sentencias absolutorias no son incongruentes, salvo excepciones, en las que no se encuentra comprendida la aquí recurrida, por cuanto las sentencias absolutorias resuelven todos los temas planteados sin necesitar la específica y concreta indicación de cada uno de ellos.

En cuanto a la denuncia del número 4.º del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «para que esta incongruencia surja es preciso que se produzca una notoria incompatibilidad entre los distintos argumentos básicos del fallo (Sentencias de 29 de octubre y 7 de diciembre de 1981, 24 de mayo de 1982 y 27 de julio de 1983). (Sentencia de 12 de julio de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

118. *Separación conyugal: Congruencia. «Ius novit curia» y causa de pedir*.—Es doctrina reiterada de esta Sala que la de que, «al no poder el juzgador resolver más cuestiones de hecho y de derecho que las que las partes le someten a su conocimiento, es obligado observar el requisito de adecuación entre lo pedido y lo otorgado que exige el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y cuando hay discrepancia entre lo resuelto y lo que ha sido objeto de debate se incide en incongruencia, siendo preciso para inferir esa conformidad o derivación atenerse al contenido de las pretensiones por razón del objeto del proceso, o sea, del bien que se reclama o niega y por razón de la causa de pedir o los fundamentos de la pretensión misma, por lo que no es lícito al Juzgador modificar la citada causa de pedir».

Si bien el principio «ius novit curia» autoriza al Juez a aplicar las normas que estime procedentes, así como a modificar el fundamento jurídico de las pretensiones sin incurrir en incongruencia, ello es así si se atiende a las cuestiones de hecho y de Derecho que los litigantes someten a su conocimiento, sin que pueda alterarse la causa de pedir.

La situación de congruencia viene determinada porque entre la parte dispositiva de una relación jurídica (creemos que debe decir «resolución judicial») y las pretensiones oportunamente deducidas existe la máxima concordancia y correlación con orden a lo que atañe al elemento objetivo en torno al que gira la controversia, de tal suerte que los Tribunales ajustarán su decisión a los hechos alegados por las partes en sus respectivos escritos y a la acción que se hubiere ejercitado, sin que por tanto sea lícito modificar unos u otras, ni alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones debatidas por otras distintas, al requerirse cumplir con el principio en la materia de que «sententia debet essere conformis libello». (Sentencia de 7 de junio de 1985; ha lugar.)

HECHOS.—El caso versaba sobre la demanda de separación entablada por la esposa por las causas de malos tratos e injurias graves, y la sentencia recurrida, al confirmar la del Juzgado, acuerda dicha separación razonando en su Considerando único que lo hace con fundamento en la causa «constituida por la quiebra de la vida conyugal o vida en común demasiado difícil derivada de una ausencia de respeto y afecto que debe presidir las relaciones matrimoniales, entendiendo que las contenidas en el referido precepto (art. 105 del Código civil, en su redacción anterior a 1981) no pueden interpretarse como *numerus clausus*».

La Sala, pues, estima el recurso porque entiende que el Juzgado de instancia alteró la causa de pedir, estimando una causa de separación que no había sido alegada por la parte, y consiguientemente no había podido ser objeto de debate, con lo que además colocó en un estado de indefensión al demandado. (R. de A.)

119. *Contrato de obra: Incongruencia (no existe)*.—Alega el recurrente que «si la demanda pidió que se condenara al demandado —él mismo— a la suma que en la ejecución de la sentencia se determinará», es incongruente el fallo que hace caso omiso de tal petición y condena al pago de cantidad determinada sin haberse pedido que esto se hiciera. Y dice la Sala que el motivo debe ser desechado pues, en efecto, la pretensión deducida en la demanda no es otra que la de condena al demandado al pago de la cantidad que acreditadamente exprese el precio del exceso de obra ejecutado en el edificio propiedad del demandado; y es claro que si el importe del precio de las obras ejecutadas en exceso pudo ser fijado durante el juicio, carecía enteramente de sentido el deferir la fijación de su montante a la fase de la ejecución de la sentencia. Acreditándose perfecta congruencia entre lo pedido y lo dado.

Reserva de acciones en sentencia: Incongruencia.—El recurrente invocaba incongruencia puesto que la sentencia recurrida «declara expresamente que debe condenar y condena al demandado a pagar una cantidad determinada al mismo tiempo que reserva a dicho demandado las acciones que pudieran corresponderle, lo cual significa una evidente contradicción».

La Sala desarticula este motivo diciendo: A) Que el propio recurrente optó, antes de reconvenir al actor, por «reservarse las acciones para otro momento» y así solicitó en el escrito de contestación que, al ser desestimada la demanda, se acompañara tal rechazo «con reserva para esta parte de las acciones civiles pertinentes en aquello que consideramos crédito a nuestro favor». B) Que es doctrina constante de esta Sala que en cuanto aspecto de la legitimación de las partes y manifestación del interés en obrar, ya se le conceptúe presupuesto procesal, bien elemento subjetivo del derecho sustancial o como una condición de la acción, la posibilidad de interponer recursos y de combatir una concreta resolución corresponde únicamente a quien ocupe la posición de parte agraviada o a quien, siendo tercero, quede alcanzado por los efectos de la cosa juzgada. C) De otra parte, pronunciamientos contradictorios en el sentido y a los fines del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo son únicamente aquellos que no pueden ser ejecutados todos por excluirse mutuamente de tal suerte que al ir a cumplirse alguno o algunos se impide la efectividad merecida por uno u otros, procediendo en ese supuesto, que es el del precepto y su «ratio», la elucidación de los que hayan de permanecer y la erradicación de los que por su inviabilidad han de ser suprimidos. D) Por fin, es sabido que la reserva de de-

rechos nada añade ni quita a aquel a quien se refiere, por lo cual no es pronunciamiento que pueda ser combatido en la vía de los recursos. (Sentencia de 24 de mayo de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

120. *Congruencia*.—La congruencia no requiere un rígido acomodo a la literalidad de lo suplicado, ni exige que la sentencia acoja, explícitamente, una a una las peticiones formuladas, cuando es patente la acogida y el rechazo de las respectivas postulaciones de las partes por el Juzgador, cuya decisión tampoco es censurable a título de contradictoria, ya que conforme a la doctrina de este Tribunal de 25 de mayo de 1984, sólo son pronunciamientos contradictorios en el sentido y a los fines del artículo 1.692, número 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aquellos que no pueden ser ejecutados por excluirse mutuamente, de tal suerte que el cumplimiento de alguno o algunos impide la efectividad de otro u otros... (Sentencia de 30 de noviembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

121. *Tasación de costas: Honorarios de Letrado por preparación de informe para la vista del recurso de casación, no emitido por causa ajena a la voluntad del Abogado*.—En la tasación de costas a que se refiere para impugnarla por indebidos la parte recurrente en las actuaciones de que este trámite dimana se incluye una partida como honorarios del Letrado de la parte recurrida por el concepto de preparación de informe para la vista del recurso de casación cuestionado, sin incluir la emisión propiamente dicha del informe por no haber podido a última hora asistir a dicho acto por haber sufrido momentos antes una conmoción cerebral por accidente de circulación que le inhabilitó para informar, consecuentemente a la preparación que el mismo Letrado había efectuado a tal fin; dados estos presupuestos fácticos y toda vez que la causa que imposibilitó a aquél para concurrir a la vista fue ajena a su voluntad es procedente por equitativo aprobar la inclusión con las costas de sus honorarios por un importe de treinta mil pesetas por el expresado concepto de preparación para informe de vista. (Sentencia de 21 de junio de 1985; procede la aprobación de la tasación de costas.) (R. de A.)

122. *Alcance de la ejecución de sentencias extranjeras*.—Las reglas de los artículos 951 y 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre ejecución judicial de sentencias extranjeras, no permiten a los Tribunales españoles hacer declaraciones de fondo sobre extremos de la resolución para cuyo cumplimiento han sido requeridos, criterio que se infiere de los artículos 6 y 10 del Convenio Hispano-Francés de 28 de mayo de 1969 en orden a la ejecución y reconocimiento de resoluciones judiciales (Auto de 13 de octubre de 1984; no ha lugar.) (M. Z. R.)

123. *Ejecución en España de sentencia de divorcio dictada por tribunal de Alemania Federal*.—El proceso de divorcio del matrimonio contraído por la solicitante (española) con el súbdito alemán H. W. S., residentes ambos en la ciudad de... (Alemania Federal), se ha sustanciado con la conformidad expresa del esposo producida en acta de notoriedad otorgada ante el Cónsul General de España en M., cumpliendo los requisitos exigidos por los artículos 951 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habida cuenta de que se trata del ejercicio de una acción personal, que no ha sido dictada en rebeldía, no contraviene el régimen jurídico español, visto el artículo 107 del Código civil, estando revestida de auten-

tividad y habiendo adquirido firmeza, visto el favorable dictamen del Ministerio Fiscal, procede acordar su ejecución en España, en la forma y términos... (Auto de 11 de julio de 1985; ha lugar.) (R. de A.)

124. *Ejecución en España de sentencia de divorcio dictada por Tribunal francés.*—Se aplica el Convenio de 28 de mayo de 1969, otorgado por el Gobierno español y el de la República Francesa sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y arbitrales en materia civil y mercantil, por lo que se estima del caso conceder el correspondiente *exequatur* para dar efectividad a la sentencia de divorcio dictada por el Tribunal de Gran Instancia de París de 6 de marzo de 1961. (Auto de 12 de julio de 1985; ha lugar.) (R. de A.)

125. *Recurso de casación por infracción de ley: Los preceptos procesales no son aptos para fundarlo.*—El motivo único del recurso se formula «por infracción de Ley y de doctrina legal concordante, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación indebida del número 3 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al estimar la excelentísima Audiencia Territorial de Las Palmas en su sentencia la falta de personalidad en los Procuradores que representan a la demandada y apelante doña Pierrete Marie E. G. y debe ser rechazado por ser doctrina reiterada de esta Sala la de que los preceptos procesales no son aptos para fundar sobre su infracción un recurso de casación por infracción de Ley sino por quebrantamiento de forma, siendo así que el recurrente menciona como infringido el artículo 533, número 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con la falta de personalidad del Procurador, que relaciona con la insuficiencia y falta de legalización del poder del mismo, por lo que tal motivo debió dar lugar a un recurso de casación por quebrantamiento de forma, y así parece entenderlo la misma parte recurrente cuando en la súplica de su recurso solicita expresamente que se devuelvan las actuaciones a la Audiencia Territorial de Las Palmas para que entre a conocer del fondo del asunto, medida ésta únicamente posible en un recurso por quebrantamiento de forma, por todo lo cual procede la expresada desestimación del motivo único formulado por la recurrente. (Sentencia de 21 de diciembre de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

126. *Quebrantamiento de forma: Requisitos.*—Según reiteradas declaraciones de esta Sala, el carácter eminentemente formalista y excepcional del recurso de casación por quebrantamiento de forma exige, como presupuestos que lo hagan viable, además de la invocación del correspondiente número del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la resolución origen de la infracción, contra la que han de haberse agotado los recursos legales, la cita concreta del precepto legal o principios procesales cuya inobservancia determina la falta de un esencial requisito de forma y, en su caso, la indefensión producida; requisitos incumplidos en el recurso que se examina, ya que si bien se menciona el ordinal segundo del artículo 1.693 de la Ley Adjetiva, en absoluto se cita precepto legal alguno de orden procesal inobservado.

Sin que por otra parte el recurrente agotara los recursos legales a su disposición, dado que no obstante estar personado en los autos y tenido por parte, ni articuló en su tiempo excepciones de tipo alguno, ni como dilatorias ni como perentorias, al tiempo de contestar la demanda, trámite que no evacuó a su tiem-

po, pretendiendo articularlas, de forma interesada y hábil, pero extemporánea, en su escrito de súplica, con olvido de lo dispuesto en el artículo 535 de dicha Ley, de aquí que lejos de agotar los recursos legales provocara con su actuar su propia indefensión, al pretender, tardíamente, hacer uso de unas excepciones para cuya articulación habían precluido los plazos que la ley le confiere. (Sentencia de 9 de abril de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

127. *Quebrantamiento de forma: Diligencia exigible a la parte en la prueba testifical propuesta por ella.*—La Sala examina si por parte del demandante, que había propuesto cierta prueba testifical, que le había sido admitida, había desplegado la diligencia exigible para la práctica de la misma, examinando sobre todo si le era procesalmente posible el postular, desde el inexistente o no comprobado supuesto de «testigo inobediente sin justa causa», del párrafo 2.º del artículo 643 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los apremios procesales para obligar a los testigos de su especial interés a que comparecieran conforme a la segunda citación que efectivamente instó, practicándose nuevas citaciones anticipadamente inútiles dada la ausencia de los testigos y también igualmente defectuosas, ya que ni se documentó la negativa de la persona que se había hecho cargo de la cédula dirigida a uno de los testigos ni se entendió la segunda con persona alguna que se encargase de hacerla llegar al otro testigo. (Sentencia de 1 de junio de 1985; ha lugar.) (R. de A.)

128. *Subsanación de la falta en el proceso.*—«... según el artículo 1.750, en relación con el 1.754 y el número 4 del 1.752, todos de la Ley de Enjuiciamiento, en el escrito en que se formalice el recurso por quebrantamiento de forma, es necesario expresar, no sólo el caso o casos del artículo 1.693 en que se funde, sino también las reclamaciones que se hubieran hecho para obtener la subsanación de la falta, o que fuese imposible hacerlas, conforme a lo prevenido en los artículos 1.696 y 1.697, el primero de los cuales considera indispensable que se haya pedido la subsanación en la instancia en que se cometió y si hubiera ocurrido en la primera, que se haya reproducido en la segunda, según lo prevenido en el artículo 859... la posibilidad de quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en segunda instancia, sin duda admitida por la ley, no exime de la previa reclamación de subsanar la falta, salvo en el supuesto del artículo 1.697 de la Ley de Enjuiciamiento, es decir, cuando se hubiese cometido en momento en que fuera ya imposible reclamar contra ella...».

Necesidad del reconocimiento judicial.—«... el artículo 1.240 del Código no contiene ningún precepto imperativo de forzosa aplicación, al limitarse a establecer el fundamento, finalidad y razón de ser del medio probatorio, que será eficaz cuando claramente permita al Tribunal apreciar —por las exterioridades de la cosa inspeccionada— el hecho que se trate de averiguar, marcando, pues, las circunstancias en las que debe utilizarse para que tenga eficacia... lo que se complementa con lo dispuesto en el artículo 633 de la Ley de Enjuiciamiento, permitiendo el reconocimiento judicial cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario que el Juez examine, por sí mismo, algún sitio o cosa litigiosa, requiriéndose, por tanto, la necesidad, no bastando la simple utilidad, interés o conveniencia, cuya apreciación corresponde únicamente al Juez que debe prevalecer, de acuerdo con la reiterada doctrina legal, mientras no se acre-

dite de manera objetiva que es necesario para obtener un resultado decisivo que no pueda conseguirse con otros medios probatorios..., lo que en el caso examinado no se logró evidenciar.» (Sentencia de 29 de junio de 1985; no ha lugar.)

(A. R. F.)

129. *Recurso de revisión. Plazo de interposición.*—«... que no puede entenderse dentro del plazo legal, puesto que no es de tener en cuenta, ... la interrupción alegada durante el proceso penal o diligencias de ese orden promovidas... por medio de denuncia de falsedad en documento público, que concluyeron sin declaración alguna de la falsedad... Actuaciones que se causaron más de tres meses antes de presentar el escrito de revisión ... y toda vez que el plazo indicado lo es de caducidad, que no admite más causas de interrupción que la prevista en el artículo 1.804 sobre la base de interponer previamente el recurso en cuestión y seguidamente la cuestión, cuya decisión determinante de la procedencia de aquél, compete a la jurisdicción de los tribunales de lo criminal, en cuyo caso se suspenderá el procedimiento de revisión hasta que la acción penal se resuelva por sentencia firme; ... Y la misma conclusión... se obtiene no examinando la otra causa alegada... sobre aparición de documentos decisivos, hecho ocurrido, ... el 28 de julio de 1983, por tanto muy posterior también a la fecha del 22 de enero de 1982 que lleva la sentencia cuya revisión se insta...

Maquinación fraudulenta.—«... y frente a esta doctrina y sin atenerse a ella se alega como supuesta maquinación fraudulenta que, habiendo sido declarada en rebeldía la parte demandada en el juicio de cognición expresado, hizo alegaciones y propuso pruebas con posterioridad, lo que no sólo no constituye anomalía alguna desde el punto de vista procesal, sino que ocurre dentro del pleito y puede enmarcarse en las actuaciones que la Ley permite al demandado aun después de declarado en rebeldía ... puesto que lo único que prohíbe la Ley es que se retrotraiga el proceso una vez comparecido el declarado rebelde; ... así como tampoco las irregularidades que se alegan en cuanto a la interposición del recurso de apelación, las que previo proceso penal concluyeron sin declaración alguna de falsedad ni otro delito fueron archivadas, y no puede, ... constituir tampoco causa de revisión y menos como ajena al proceso, ... puesto que precisamente con base en haberse interpuesto el recurso de apelación fuera de plazo el Tribunal de apelación confirmó la sentencia recurrida...»

Documentos esenciales.—«... tal documento no es susceptible de originar el efecto pretendido, ya que la circunstancia de hallarse unido a otros autos no constituye fuerza mayor alguna que retenga indebidamente el documento en cuestión, el que por los medios de auxilio judicial que la Ley regula pudo ser traído al juicio que trata de revisarse, ello aparte de que no consta que el documento sea decisivo para la justa resolución de la litis, que en todo caso no estuvo oculto, ni gestionó su aportación diligentemente quien instó el proceso revisorio; tampoco puede encuadrarse en el número 2 del artículo 1.796 en cuanto que no concurre el requisito esencial que este precepto exige de haber sido reconocido o declarado falso o cuya falsedad se reconociere o declarare después.»

Confesión judicial (irregularidades).—«... las manifestaciones hechas durante la vista ... de que se cometieron irregularidades en la práctica de la prueba de la

confesión judicial ... supuestas irregularidades que no derivan del examen de autos, que no fueron protestadas en el momento de producirse y que han quedado reducidas a simples alegaciones sin prueba, por tanto ineficaces a los efectos de acceder a una nulidad de actuaciones; impropia del trámite en que se propuso; lo que no obstaría en su caso, para adoptar las medidas conducentes a la subsanación de las pretendidas irregularidades... y que se reitera no han quedado comprobadas en lo actuado. (Sentencia de 11 de octubre de 1985; no ha lugar.)

(A. R. F.)

130. *Arbitraje de equidad. Recurso de nulidad.*—Se reitera la doctrina de que la emisión tardía del laudo lo vicia de esencial nulidad, por haber cesado la potestad del árbitro para proceder a la composición del conflicto al no haber observado el término que le fue contractualmente fijado para desempeñar su cometido; de que en el cómputo no se excluyen los días inhábiles; y que si mediare prórroga ambos lapsos temporales habrán de ser adicionados para formar uno solo sin solución de continuidad. (Sentencia de 6 de diciembre de 1984; ha lugar.)

(R. de A.)

Suscripción anual: España, 5.500 pesetas
Extranjero, 6.500 pesetas
Número suelto: España, 1.800 pesetas
Extranjero, 2.200 pesetas