

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXIX  
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE  
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 URIA GONZALEZ  
Catedrático de D. mercantil y Abogado  
del I. C. de Madrid

## Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

## SUMARIO

	<u>Páginas</u>
<b>Estudios monográficos</b>	
JUAN B. JORDANO BAREA, <i>Una elección sobre la posesión</i> .....	1035
JOSE JAVIER LOPEZ JACOISTE, <i>Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad</i> .....	1059
MARIA PAZ SANCHEZ GONZALEZ, <i>Competencia de los Parlamentos autónomos en la elaboración del Derecho civil: Estudio del artículo 149.1.8 de la Constitución</i>	1121
<b>Estudios de Derecho extranjero</b>	
Profesor GEORGES VERMELLE, <i>Crónica de Derecho Privado francés (año 1985)</i>	1169

Vida jurídica

FRANCISCO LLEDO YAGÜE, *Comentario al Proyecto de Ley de Adopción* ..... 1193

Información legislativa

A cargo de PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH ..... 1219

Bibliografía

Libros ..... 1235

ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Curso de Derechos reales. Tomo I. Propiedad y posesión*, por José Bonet Correa.—BELTRAN, Emilio, *Las deudas de la masa*, por Eduardo Galán Corona.—MEZQUITA DEL CACHO, José L., y LOPEZ MEDEL, Jesús, *El Notariado y los Registros. Orientación vocacional y de estudios*, por Gabriel García Cantero.—PASCUAL ESTEVILL, Luis, *El pago*, por José Bonet Correa.—PIOTET, Paul, *Le régime matrimonial suisse de la participation aux acquêts*, por Gabriel García Cantero.—RUIZ SOROA, J. M.; ZABALETA SARASUA, S., y GONZALEZ RODRIGUEZ, M., *Manual de Derecho del Transporte Marítimo*, por Andrés J. Recalde Castells.

Resoluciones de la D.G.R.N.

II. RESOLUCIONES, a cargo de Antonio Pau Pedrón y Enrique Madero Jarabo 1247

Estudios jurisprudenciales

JOSE ANTONIO SERRANO GARCIA, *El Derecho transitorio de la filiación en la Jurisprudencia* ..... 1259

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

I. SENTENCIAS COMENTADAS

*Algunas notas sobre la prenda de dinero a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1985*, por Alberto Manzanares Secades ..... 1293

*El ejercicio anómalo de la facultad de revisión en los contratos de arrendamiento urbano con cláusula de estabilización*, por José Bonet Correa ..... 1311

II. SENTENCIAS ..... 1317

# 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 IV



OCTUBRE-DICIEMBRE  
MCMLXXXVI

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE  
ESTUDIOS JURIDICOS**

**SERIE 1.<sup>a</sup>**

**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**

## Una relección sobre la posesión

JUAN B. JORDANO BAREA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

### SUMARIO

#### Introducción.

#### 1. Concepto de la posesión.

Definiciones del Digesto, Partidas, Proyecto de Código civil de 1851 y Código civil vigente. Concepto técnico-jurídico adoptado. Ambito del mismo.

#### 2. Estructura de la posesión.

El *corpus* y el *animus* (*dominii vel rem sibi habendi*) como elementos estructurales de la posesión y de la detentación. «Posesión natural» *corpore solo*, «posesión civil» *animo solo* (posesión incorporal del despojado) y posesión llamada «civilísima». Superación de la concepción antropomórfica de la posesión. El verdadero factor o elemento estructural de la misma: el poder o disponibilidad *de facto*, en sentido social, sobre las cosas. Aspectos generales y concretos de dicho poder.

#### 3. Función de la posesión.

Las tres funciones o efectos principales del fenómeno posesorio: A) tutela jurídica de la posesión. Sus consecuencias: 1.º Ejercicio de las acciones posesorias. 2.º Eficacia de la sentencia recaída en el juicio posesorio. B) La posesión como instrumento de publicidad: 1.º Función legitimadora. 2.º Función de protección de la seguridad del tráfico jurídico mobiliario. C) La posibilidad de su conversión en un *ius in re aliena* mediante la usucapión.

#### 4. Fundamento de la protección posesoria.

Concepto. Teorías acerca de dicho fundamento: A) Teorías absolutas: 1.ª Teoría de la personalidad. 2.ª Teoría de la voluntad. 3.ª Teoría de la continuidad o del mantenimiento del *status quo*. B) Teorías relativas: 1.ª Teoría de la prohibición de la violencia. 2.ª Teoría del vencimiento justificado. 3.ª Teoría de la prerrogativa de probidad. 4.ª Teoría de la propiedad en gestación. 5.ª Teoría de la exteriorización o visibilidad de la propiedad. Conclusión: el principio general de protección de la apariencia aplicado a los derechos de cosas y la interdicción de la violencia, en aras de la *securitas*.

### 5. Naturaleza jurídica de la posesión.

«Naturaleza de la naturaleza jurídica». Doctrinas: 1.<sup>a</sup> Teoría empírica o de la posesión como simple hecho. 2.<sup>a</sup> Teoría jurídica o de la posesión como derecho. 3.<sup>a</sup> Teoría mixta o de la posesión como hecho y como derecho. 4.<sup>a</sup> Teoría de la posesión como apariencia de derecho provisional sobre las cosas. Conclusión: «ser» y «parecer»; apariencia de derecho y realidad jurídica.

## INTRODUCCION

La posesión es un tema de *apicibus iuris civilis*: tiene fama de ser uno de los más difíciles y controvertidos de nuestra disciplina. Por eso Ihering consideraba a la posesión como «el juguete que el hada del Derecho ha puesto en la cuna de la doctrina».

En esta relección (*re-lectio*: una lección revisada, repetida con algo de más atención y cuidado) vamos a jugar con la vieja *possessio*, intentando descubrir su auténtica clave. Esa que un viejo y cínico profesor de nuestra asignatura no acertaba a encontrar cuando, desenfadadamente, decía: «Llevo más de treinta años explicando qué sea la posesión y otros tantos defendiendo como abogado (unas veces como actor y otras como demandado) interdictos de recobrar y de retener la posesión... ¡Y todavía no sé qué c... es la posesión!».

Yo, modestamente, a estas alturas de mi vida profesional como catedrático y abogado, sí creo saber lo que es la posesión. Aquí me propongo recordar cómo suelo explicar a mis alumnos, lo más sencilla y claramente posible, la primera lección de la posesión: su concepto, estructura, función, fundamento y naturaleza. Espero con esta *re-lectio prima de possessione* contribuir con un rayito de luz a iluminar tan alto y complejo edificio cual es el de la posesión, construido en nuestro Código civil con elementos tan dispares: unos procedentes del Derecho de Roma, como los artículos 430 a 434 y 451 y siguientes; otros del Derecho de los pueblos germánicos, como los artículos 440, 448, 460.4 y 464; otros, en fin, son huella del Derecho canónico, como —aparte de la regla *mala fides superveniens nocet* (art. 435)— la posibilidad de posesión de los derechos que el artículo 430 reconoce, en paridad con la posesión de las cosas y no cual mera «cuasiposesión», y el derecho de todo poseedor a ser respetado en su posesión, según el artículo 446, en relación con los artículos 1.651 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que extiende hasta cualquier detentador la protección posesoria por medio de los interdictos, no sólo de recobrar, sino también de retener la posesión.

La referida construcción, hecha con materiales de tan diversa procedencia, semeja a la de la Mezquita de mi Córdoba natal, donde hay capiteles, fustes y basas de columnas de la antigua Iglesia bizantina de San Vicente, todavía reconocibles a través de las cruces desmochadas en los primeros a golpe de cincel por los artífices árabes, pero habilidosamente ensamblados dichos elementos por estos últimos con ladrillos y argamasa, hasta labrar el originalísimo arco —o los diver-

sos arcos superpuestos y entrelazados— de herradura, sostén de la techumbre plana con vigas de madera, al no utilizarse en el mundo musulmán la bóveda de medio cañón.

La diferencia está en que la Mezquita de mi tierra resulta un edificio armonioso y conjuntado, mientras que la posesión en el Código civil es una construcción desconcertada y desconcertante.

Trataremos en los párrafos que siguen de buscarle sentido y figura al *puzzle* o rompecabezas de los artículos 430 y siguientes de nuestro Código.

## 1. CONCEPTO DE LA POSESION

Para trazar el concepto de posesión, bueno será empezar transcribiendo el célebre pasaje del Digesto 41, 2, 1 (*Paulus libro quinquagesimo quarto ad edictum*):

«*Possessio appellata est, ut Labeo ait, a sedibus [a pedis sedibus, según H. Cannegieter] quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci κατοχη dicunt*». («Como dice Labeón, la palabra “posesión” viene de “sede”, como si dijera “posición”, porque la tiene naturalmente el que se instala en ella, lo que los Griegos llaman *katoche* o “retención”», es la versión castellana del profesor D’Ors y colaboradores).

Las Partidas afirmaban que «posesión tanto quiere decir como ponimiento de piés», añadiendo que «es tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo, e del entendimiento» (P. III, tít. XXX, ley I).

Según el Proyecto del Código civil de 1851, «la posesión es la tenencia de una cosa ó el goce de un derecho por nosotros mismos en concepto de dueños, ó por otro en nuestro nombre» (art. 425).

Nuestro Código civil, en su artículo 430, dice que «posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos».

Definición que, a nuestro juicio, trata de recoger y compaginar las distintas y opuestas concepciones doctrinales de Ihering y Savigny, tan en boga cuando se procedía a la codificación europea. Otros, en cambio, como Sánchez Román, Valverde, Clemente de Diego y hoy Cuesta Sáenz, siguiendo a Bártolo, Cujacio y Pothier, creen que la «posesión civil» del artículo 430 del Código civil es la posesión con justo título o *iusta acquisitionis causa*, pero el Código, evidentemente, se ha apartado de este pensamiento, ya que el justo título sólo lo requiera para la prescripción adquisitiva ordinaria (*cfr.* arts. 1952 y ss.).

Desde el punto de vista técnico-jurídico, sobresalen las definiciones del Código civil italiano de 1942 y del portugués de 1966.

A tenor del artículo 1.140-1 del primero, «*il possesso é il potere sulla cosa che si manifesta in un’attività corrispondente all’esercizio della proprietà o di altro diritto reale*».

Noción que, casi con los mismos términos, repite el artículo 1.251 del segundo Código: «*Posse é o poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real.*»

Por mi parte, definiría la posesión como apariencia provisional de titularidad jurídica real, como un “equivalente jurídico” interino de la misma. Es signo, imagen o visibilidad puramente exteriores de un derecho real, como su reflejo o brillo, con independencia de si se tiene o no.

Esta apariencia de un poder sobre las cosas del mundo exterior, abstracción hecha de la existencia de una titularidad jurídico-real, es provisionalmente protegida por el Derecho en tanto no se pruebe su falta de adecuación con la realidad jurídica.

Hace ya muchos años, desde el curso académico 1953-54, vengo explicando a mis alumnos la posesión dentro de la teoría general de los derechos reales, junto al Registro inmobiliario, concebidos ambos como instrumentos de publicidad. La conexión de la posesión con la apariencia y la publicidad de los derechos de cosas me parece absolutamente necesaria para su adecuado entendimiento.

Sobre esa idea central o idea-madre de la posesión como apariencia de derecho real tendremos ocasión, machaconamente, de volver más adelante.

De momento, basta con decir que la apariencia provisional de derecho en que la posesión consiste se ciñe al campo de los derechos de cosas (propiedad, usufructo, uso, habitación, ciertas servidumbres, censo enfiteútico, superficie, prenda, anticresis) o de algunas relaciones obligatorias (arrendamiento, transporte, comodato, depósito) que, en definitiva, recaigan sobre las cosas del mundo exterior y que permitan un ejercicio *de facto* con cierta estabilidad o duración, semejante a la de los derechos reales. Aquí habría que incluir al precario, que si bien propiamente no es un contrato próximo al comodato (*vid.* art. 1.750 del Código civil) por la facultad *discrecional* del propietario de proceder a su revocación (*cfr.* art. 1.256 del Código civil), sino una simple situación posesoria subordinada (contemplada en los arts. 444 del Código civil, desde el punto de vista sustantivo, y 1.565-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde el ángulo visual adjetivo o procesal), de hecho la concesión del *precario dans* suele mantenerse en el tiempo.

Según pone muy claramente de relieve el profesor Martín Pérez, como la posesión no supone necesariamente correspondencia plena con el derecho, sino correspondencia, cual situación de hecho, con su ejercicio, no se precisa valorar ni se reflejan en el campo posesorio los elementos estructurales del derecho subjetivo que determinan su catalogación en clases o tipos, como son los de derecho real y derecho de crédito: posee tanto el que tiene de verdad un derecho real (por ejemplo, de propiedad o usufructo) como quien, sin tenerlo, parece que lo tiene, por ejercitar de hecho un poder sobre la cosa, bien sin fundamento jurídico alguno o bien por ser titular de un derecho de tipo obligacional (por ejemplo, el arrendatario o el comodatario),

porque en tema de posesión se prescinde o abstrae por completo de la titularidad jurídica real.

Pero no cabría extender la posesión en sentido técnico más allá del ámbito que le es propio y que deriva de su *sedes materiae* (arts. 430 y ss. situados en el Libro II del Código, que trata de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones). Ciertamente es que el Código civil habla de «posesión del crédito» (derecho personal) en el artículo 1.164, o de «posesión de estado» en las relaciones familiares (arts. 113, 131-133, 135, 137 y 140), pero en un sentido lato y amplio, equivalente a una situación de apariencia jurídica no típicamente posesoria. Sacar a la posesión de su específico campo de acción supone desnaturalizarla: cuando se habla de la posesión de un crédito, de la posesión de estado de hijo o de cónyuge, etcétera, hay que pensar en la tutela posesoria, que, evidentemente, no puede darse en esos supuestos. Diversa será la hipótesis de la posesión del título de una acción social al portador, porque aquí el documento o título-valor, con el derecho a él incorporado, funciona como un documento-cosa, que sí es susceptible de posesión en sentido técnico y de la consiguiente tutela. Pero, por ejemplo, la famosa sentencia de 9 de enero de 1932 del Juzgado de Primera Instancia madrileño del Distrito de La Latina cometió un error y un abuso lamentables, al estimar una demanda de interdicto de recobrar la posesión, interpuesta por el Presidente y Vocales del Consejo de Administración de «Touring Club Español» para la reposición en sus cargos, de los que habían sido depuestos.

## 2. ESTRUCTURA DE LA POSESION

Desde Savigny, y con base en las fuentes romanas, se viene repitiendo que en la posesión concurren dos elementos estructurales: el *corpus* y el *animus*; el primero material, aunque no sustanciado siempre en el contacto físico ni bastando éste, y el segundo espiritual o intencional, que Savigny identificaba con el *animus domini* y otros con el *animus rem sibi habendi vel possidendi*. Sumados ambos elementos, integran la posesión; si sólo se diera el primero (*corpus*), habría simple detentación.

La posesión respondería a la fórmula  $p = c + a$ , siendo  $c$  el *corpus* y  $a$  el *animus*; la detentación, en cambio, estaría representada por la fórmula  $d = c$ .

La teoría de Savigny tropezó con la dificultad de ciertos detentadores, como el acreedor pignoraticio, el precarista y el secuestratario, que no obstante carecer del *animus domini*, gozaban en Roma de tutela interdictal.

Ihering creyó suficiente para la posesión el solo *corpus*, que a su modo de ver lleva siempre ínsita cierta intención de poseer. Su fórmula sería, pues,  $p = c$ ; la detentación no protegida respondería a la fórmula  $d = c - x$ , siendo  $x$  un factor puramente negativo derivado

del ordenamiento jurídico romano, que por motivos prácticos negaba protección interdictal a ciertos supuestos (usufructuario, usuario, arrendatario, depositario y comodatario), y que por ello se convertían en simples detentadores.

Ya anticipamos que nuestro Código civil parece integrar ambas conocidas doctrinas en el artículo 430 bajo las clases o especies de «posesión natural» y «posesión civil», a las que, por cierto, concede, en todo caso, igual efecto o consecuencia: la protección interdictal, según el artículo 446 del Código civil en relación con los artículos 1.651 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableciendo así una distinción sin ninguna diferencia *quoad effectum*, que es lo que realmente interesa desde el punto de vista práctico-jurídico.

Pero sin negar la base romanista del binomio *corpus + animus* (discutible, por lo demás, desde la perspectiva del Derecho clásico), que en el fondo significa una concepción antropomórfica del fenómeno posesorio (como, por otra parte, se da por ejemplo en tema de costumbre, domicilio u ocupación), enseguida podemos comprobar que cabe: 1.º una «posesión natural» *corpore solo* (art. 430.1), protegida por los interdictos (art. 446); 2.º una «posesión civil» *animo solo*, inmaterial o incorporeal, la del despojado dentro del año siguiente al despojo (art. 460.4), igualmente protegida; y 3.º hasta una «posesión civilísima», la del heredero, que opera automáticamente, por ministerio de la ley, sin necesidad de material aprehensión de los bienes hereditarios, es decir, *sine corpore*, según la interpretación jurisprudencial del artículo 440 del Código civil (*vid.*, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1947, 9 de junio de 1964 y 29 de mayo de 1980).

Luego podemos prescindir del *corpus* y del *animus*, pues son factores o elementos que juegan o pueden jugar a veces separadamente, como ya observaron los jurisconsultos romanos (D. L. 41, T. 2, f. 3, párrafos 7 y 8 *in fine*, y f. 17, *ad exemplum*).

El verdadero factor o elemento estructural de la posesión, su auténtico meollo, es el poder o señorío de hecho sobre las cosas, entendido como disponibilidad *de facto*, en sentido social, sobre las mismas. Endemann habla de «una relación con la cosa digna, según la conciencia social, de la tutela posesoria». Como afirma Wolff, «el señorío de hecho es lo que aparece como tal ante la conciencia común. La conciencia popular —agrega— es decisiva a los fines de determinar la existencia de la posesión». El efectivo poder —dice Westermann, siguiendo a Kipp y Goldschmidt— es un concepto elemental de la conciencia común que no se puede determinar más detalladamente.

Para acabar de configurar *in genere* el poder o señorío de hecho del poseedor, médula del fenómeno posesorio, conviene tener muy en cuenta el punto de vista económico, tan destacado por Saleilles, cuando afirmaba que la posesión es la apropiación económica de las cosas, sin relación alguna con la posible existencia de un determinado derecho sobre las mismas.

Seguidamente vamos a intentar descubrir aspectos más concretos

del factor o elemento clave de la estructura de la posesión: el «poder del poseedor», como poder de hecho o disponibilidad *de facto*, en sentido social, según la conciencia común o general apreciación de las gentes que integran el grupo de convivencia humana.

Nuestro Código civil no es ajeno a este concepto. En primer lugar, lo encontramos en el artículo 460.4: la posesión *incorporal* del despojado dentro del año siguiente al despojo involuntario únicamente se puede explicar por la conservación de ese poder, según la conciencia común del grupo social. Así se va decantando en diversos Fueros hispánicos: el plazo de «año y día» fijado en ellos para la pérdida de la posesión es fruto, sin duda alguna, de la general apreciación de los habitantes de esos territorios aforados.

Más claro aún es el caso contemplado en el artículo 461: «La posesión de una cosa mueble —pensemos en el portafolios, la estilográfica o el paraguas olvidado en cualquier lugar— no se entiende perdida *mientras se halla bajo el poder del poseedor*, aunque éste ignore accidentalmente su paradero». Aquí falta el *animus* y hasta el *corpus*, entendido en un sentido material o de contacto físico. Es preferible hablar, como hace el Código, de «poder del poseedor», en sentido social, como disponibilidad *de facto*, según la conciencia común o general. El mismo poder que, por ejemplo, conservamos sobre el coche aparcado en la calle, o sobre el chalet adonde sólo vamos los fines de semana o en vacaciones, o el que conserva el bañista sobre la ropa dejada en la playa y el viajero sobre sus maletas colocadas en el departamento mientras está en el coche-restaurante.

Tal poder de hecho del poseedor varía según la naturaleza del objeto sobre el que recae: y así «los animales fieros sólo se poseen mientras se hallen en nuestro poder», dice el artículo 465 del Código civil. Ahora, en este caso, el poder de que venimos hablando es un poder *físico*: hay que dominar materialmente al animal fiero (el león enjaulado o el chimpancé encadenado). En cambio, sigue diciendo el mismo precepto, «los [animales] domesticados o amansados se asimilan a los mansos o domésticos si conservan la costumbre de volver a la casa del poseedor». Estos animales los poseemos de otra manera, incluso a distancia, como a la gata que se encuentra sobre el tejado durante una aventura amorosa o al perro que hemos dejado salir a dar una vuelta higiénica por la manzana de nuestro barrio. Nadie entendería que perdemos su posesión o señorío de hecho.

Por último, el mismo poder del poseedor, como factor estructural decisivo, lo encontramos en la llamada «posesión civilísima» del heredero, conforme al artículo 440, en su interpretación jurisprudencial y doctrinal, a la luz de la historia. Pues, al parecer, tiene su base en la antigua *saisine* o investidura del Derecho francés consuetudinario, de origen germánico: «El muerto inviste al vivo» en la posesión de los bienes hereditarios sin necesidad de aprehenderlos materialmente, también por la convicción o conciencia social del pueblo, que así lo venía sancionando mediante la costumbre, en virtud del *consensus communitalis*, costumbre después convertida en norma legal escrita.

### 3. FUNCION DE LA POSESION

Tres son las funciones o los efectos principales que el fenómeno posesorio despliega: A) su especial forma de tutela jurídica (los interdictos de retener y de recobrar la posesión y la llamada acción publiciana); B) una función de publicidad; y C) la posibilidad de su conversión en dominio o en el derecho real de que sea manifestación exterior mediante la usucapión.

A) Por lo que se refiere a la primera de esas funciones, hay que estar al juego combinado de los artículos 441, 444 y 446 del Código civil.

Conforme al primero, «en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello». Se excluye así la autotutela, y los actos ejecutados con violencia «no afectan a la posesión» (art. 444), de tal manera que «el que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente» (art. 441.2 del Código civil y arts. 337 y 517 del Código penal).

Según el artículo 446 del Código civil, «todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen» (arts. 1.651-1.662 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

De todos esos preceptos acabados de citar se deducen las siguientes consecuencias:

1.<sup>a</sup> Todo poseedor o tenedor que se comporte respecto de una cosa de manera tal que ejerza un poder o señorío sobre ella, aunque en realidad carezca de un genuino derecho sobre la misma (*ius possidendi*), tiene el de ser amparado (el llamado *ius possessionis*), frente a cualquier perturbación o despojo proveniente de un tercero, sin necesidad de alegar ni probar que es dueño o que tiene derecho sobre la cosa, sino simplemente que él, o su causante *mortis causa*, se encontraba en la posesión o tenencia de la misma.

2.<sup>a</sup> El ejercicio de la acción de mantenimiento de la posesión (interdicto de retener) o la de reintegración posesoria (interdicto de recobrar) es «sin perjuicio de tercero» y deja imperejuzgada la cuestión sobre la propiedad o la titularidad jurídico-real (posible ejercicio ulterior de las acciones reivindicatoria, declarativa de la propiedad, confesoria y negatoria de servidumbre, etc.) o la «posesión definitiva» (posibilidad de ejercitar la llamada acción publiciana), acción que, en caso de admitirse su subsistencia autónoma (arg. *ex* arts. 445 y 1.947 del Código civil y 1.658-3 y 2.064 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1931 y 20 de febrero de 1962; en contra: sentencias del mismo Tribunal de 21 de enero de 1941 y 13 de enero de 1984, al considerarla embebida dentro de la acción reivindicatoria, siendo una especie de reivindicatoria *relativa*, según resulta del art. 1.252 del Código civil, basada en un «mejor derecho a poseer» del actor frente al demandado), tampon-

co produciría la cosa juzgada material cuando se ejercita como acción principal, no —obviamente— cuando se articula como acción subsidiaria de la reivindicatoria, y ésta es desestimada.

B) Además del efecto o función de la tutela provisional, la posesión es instrumento de publicidad, paralelamente, junto al Registro de la Propiedad (arts. 38 y 34, fundamentalmente, de la Ley Hipotecaria), en un doble aspecto:

1.º La posesión desarrolla una función legitimadora, en cuya virtud «el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no se le puede obligar a exhibirlo» (art. 448 del Código civil).

2.º En determinadas condiciones o requisitos, los terceros adquirentes (de buena fe y a título oneroso, por el principio *qui certat de danno vitando* [dominus] *antependendus est qui certat de lucro captando* [accipiens], y también por la prohibición de la donación de bienes futuros, cuales son los bienes de ajena pertenencia —que provoca la nulidad de pleno derecho de aquélla en virtud del art. 6.3 en relación con el art. 635 del Código civil—), pueden resultar protegidos y ser mantenidos en su adquisición conforme al artículo 464 del Código civil, en su interpretación llamada germanista, siguiendo la cual la máxima «la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título», supone la irreivindicabilidad de los mismos, excepto en los casos de pérdida, robo o hurto, pero no en los de abuso de confianza o apropiación indebida, y una adquisición *a non domino* por vía de rebote o consecuencia de la *negatio actionis* (acción reivindicatoria).

C) Finalmente, la tercera de las funciones o efectos principales de la posesión es la posibilidad de su conversión en dominio o en el derecho real de que sea exteriorización o visibilidad mediante la *usucapio* o prescripción adquisitiva, sobre la base siempre de una posesión en concepto de dueño o de titular del derecho (arts. 432, 447 y 1.941 del Código civil), bien en su modalidad de usucapión extraordinaria, en la que no se precisa de título alguno ni de buena fe (arts. 537, 1.955-2 y 1.959 del Código civil), bien en la modalidad de usucapión ordinaria, que requiere buena fe, tratándose de bienes muebles (art. 1.955-1 del Código civil), o justo título y buena fe, tratándose de bienes inmuebles (art. 1.957 del Código civil).

De esta suerte, merced al instituto de la usucapión, la apariencia posesoria interina se transforma en realidad jurídica definitiva.

#### 4. FUNDAMENTO DE LA PROTECCION POSESORIA

Preguntarse por el fundamento de la posesión es tanto como indagar su *ratio essendi*, el por qué y para qué trascendental que la aclare de una vez y para siempre; la forma o formas puras de valor de donde proviene y a que se reduce. El fundamento de un instituto jurídico, en fin, persigue un ideal científico, que es su intelección ge-

nética; esto es, la comprensión de cómo adviene eso que se nos da bajo una institución determinada. Comprensión que se logra mostrando cómo un instituto cualquiera no es sino implicación y consecuencia de alguna forma de valor primitiva (Lois Estévez).

Es clásica la obra de Ihering sobre el fundamento de la protección posesoria, donde al inicio sugiere que dicha protección puede resultar a primera vista algo extraño y contradictorio: la tutela de la posesión de quien se apodera ilícitamente de una cosa (por ejemplo, el ladrón), y la desprotección del propietario que reacciona por las vías de hecho frente a quien está poseyendo una cosa suya en contra de su voluntad.

Ihering clasificó las diversas teorías existentes al respecto en dos grandes grupos: A) Teorías absolutas; y B) Teorías relativas. Las primeras intentan justificar a la posesión en sí misma considerada (autónomamente); las segundas, acudiendo a otras ideas o instituciones (heterónomamente). El esquema sigue teniendo validez actual porque las opiniones expuestas con posterioridad son meras variantes de las analizadas en su tiempo por el gran jurista alemán.

## A) Teorías absolutas

### 1. *Teoría de la personalidad*

La primera protección que reciben los derechos sobre las cosas se da históricamente en cuanto que son manifestación o proyección de la personalidad humana. En esta línea de pensamiento, Windscheid y Ferrini consideraban que la tutela posesoria deriva primariamente de la protección de la personalidad del poseedor.

Podría ser así desde el punto de vista histórico, pero nos parece que hoy no es ésta «la llave que abre la cerradura del ordenamiento jurídico de la tutela posesoria», como diría Heck.

### 2. *Teoría de la voluntad*

Según Gans, Puchta y Bruns, se protege a la posesión por ser ésta encarnación de la voluntad de quien posee. La voluntad posesoria, en sí misma, es un elemento sustancial que reclama protección.

Habiendo nosotros estructurado el fenómeno posesorio al margen del *corpus* y del *animus possidendi*, cifrándolo en el solo poder *de facto* objetivo del poseedor, no podemos, lógicamente, compartir esta doctrina.

### 3. *Teoría de la continuidad o del mantenimiento del status quo*

Para Stahl y Heck, la razón por la que se protege al poseedor estribará en la necesidad de que la vida jurídica tenga continuidad, que por sí mismo es un bien o valor digno de protección, con indepen-

dencia de que tras de la situación *de facto* exista o no un derecho subjetivo: todo ataque arbitrario al *status quo* es un daño a un interés vital y socialmente necesario. La protección interdictal está construida pensando en la idea de la continuidad que merece mantenerse, haciendo abstracción, por el momento, de a quién corresponde el derecho a poseer (*ius possidendi*); derivaría de «la conveniencia de conservar la continuidad en las relaciones de la vida», como dice la exposición de motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944.

Idea ésta que nos parece feliz como punto de partida, pero que —a nuestro modo de ver— necesita ser completada con el principio de protección a la apariencia jurídica.

## B) Teorías relativas

### 1. Teoría de la prohibición de la violencia

Para Savigny, y tras de él Rudorff, entre otros, la tutela posesoria, fundamentalmente, se explica por la idea de que hay que evitar la violencia para conservar la paz jurídica o el orden público constituido. A esta concepción parecerían responder los artículos 441 y 444 del Código civil y 337 y 517 del Código penal. Y, según la exposición de motivos de la ya citada Ley de Reforma Hipotecaria de 1944, la *possessio ad interdicta* deriva de «la necesidad de mantener la paz pública».

Mas, ¿por qué se prohíbe, en definitiva, la violencia o la autotutela, el tomarse la justicia por su propia mano?

Falta decir, según creemos, que se proscribe la violencia porque se protege provisoriamente la mera apariencia jurídica, en aras de la seguridad.

### 2. Teoría del vencimiento justificado

Thibaut basa la tutela posesoria en el principio de que nadie puede vencer a otro sin motivos justificados y preponderantes para fundar su derecho. De acuerdo con esta regla o principio, todo el que ejerce de hecho un derecho debe ser mantenido en ese estado *de facto* hasta que otro haya demostrado tener un mejor derecho.

La teoría de Thibaut se detiene en el umbral mismo de la doctrina de la *apparentia iuris*, pero sin penetrar en ella.

### 3. Teoría de la prerrogativa de probidad

Según esta doctrina, hay que presumir que el poseedor es propietario o titular del derecho por imponerle así la normal probidad de

las personas (Roeder, Arens). Presumiéndose que todo hombre debe ser considerado como probo y honrado mientras no se demuestre lo contrario, se deduce que la relación que ha establecido con la cosa se halla conforme a lo querido por el ordenamiento. Se presumirá que el poseedor tiene un derecho o título para establecer la relación posesoria.

Juicio de valor a que ciertamente respondería el artículo 448 del Código civil (que podría explicarse también por otros cauces: legitimación extraordinaria o aparente, fundada en la posesión a título de dueño), pero que en el fondo deja sin explicar el fundamental artículo 446 del Código civil.

#### 4. *Teoría de la propiedad en gestación*

Además de en la voluntad, fundamenta Gans la protección de la posesión en considerarla como propiedad que comienza, como «propiedad en gestación» o como probabilidad de propiedad. Si la posesión puede conducir a la adquisición de la propiedad por usucapión, al defender la posesión se protege esa propiedad posible (o derecho real limitado, si generalizáramos la doctrina de Gans), que comienza en aquélla.

Ahora bien, no toda posesión es una *possessio ad usucapionem*, sino que —como es bien sabido— cabe una simple *possessio ad interdicta*, y ésta es cabalmente la que hay que explicar en su fundamento.

#### 5. *Teoría de la exteriorización o visibilidad de la propiedad*

Según Ihering, la posesión es el complemento necesario de la protección de la propiedad. La tutela posesoria se defiende porque la posesión presume la propiedad, porque es como la avanzada del derecho de dominio. La posesión sería la exteriorización o visibilidad de la propiedad (o, generalizando, de los demás *iura in re aliena* susceptibles de ser poseídos). Ihering parte de la base de que la posesión se presenta como exteriorización de la propiedad, por lo que un complemento necesario de la defensa de la segunda es la de la primera, aunque esto pueda aprovechar lo mismo a un propietario que a un poseedor no propietario. Si el propietario —afirma Ihering— ante todo ataque a la posesión tuviese que prevalerse de su derecho de propiedad, aunque el ataque no afecte a su título porque el atacante ni lo niegue ni lo discuta, es consecuencia lógica inadmisibles que el que no estuviese en condiciones de probar su derecho de propiedad quedaría privado de toda protección. Ahora bien, por la superficialidad propia del fenómeno posesorio (no se puede distinguir si quien usa de la cosa lo hace por ser propietario de ella o porque la ha robado o hurtado), es claro que la protección concedida al propietario

que posee, únicamente en cuanto poseedor, beneficia de modo reflejo a los meros poseedores que no sean propietarios.

Así pues, se protege a la posesión como forma previa y complementaria de la protección de la propiedad: «La protección de la posesión, como exteriorización de la propiedad —concluye Ihering—, es un complemento necesario de la protección de la propiedad, una facilitación de la prueba en favor del propietario, la cual aprovecha necesariamente también al no propietario.» Contra ciertos ataques o usurpaciones de hecho, que no implican o niegan el título fundamental de propietario, le es más fácil a éste actuar en su condición de poseedor, la que se reconoce precisamente para este fin de protección complementaria de la propiedad, aunque excepcionalmente —dice Ihering—, por consecuencia inevitable, beneficie la protección al no propietario, al poseedor sin derecho a poseer. En definitiva, se reconoce y protege la posesión por necesidades de mejor protección de la propiedad.

## Conclusión

Esta genial intuición de Ihering alcanza su desarrollo ulterior cuando se la injerta en el principio general de protección de la apariencia de los derechos, como una manifestación más de dicho principio. Y se ensancha el ámbito de la apariencia posesoria subrayando que no sólo exterioriza la propiedad, sino también otros derechos reales posibles.

Hoy, sincréticamente, la opinión dominante conjuga o combina las razones ofrecidas por Savigny e Ihering y sus ulteriores desarrollos.

Así, por ejemplo, Barassi y Messineo dicen que la posesión se tutela por virtud del principio de protección de la apariencia de los derechos y también por virtud del principio del respeto al orden constituido, evitándose así al mismo tiempo la violencia y tutelándose la apariencia jurídico-real.

Acaso esta acumulación de razones se pueda reducir a unidad para encontrar una sola causa final de la tutela posesoria: la doble motivación, en realidad, se puede resumir en la única idea de la protección de la apariencia jurídica, pues tutelando ésta, aunque, sea *prima facie* y provisionalmente, se garantiza el *status quo* y la paz sociales, se reprime la violencia e impide la autotutela, todo ello en aras de la *securitas*.

Históricamente —ya lo hemos dicho—, la primera protección de los derechos reales se dio en cuanto que son manifestación o proyección de la misma personalidad humana, pero la segunda protección de los mismos ha sido la de mantenerlos en su sola apariencia o visibilidad exterior para evitar la violencia privada. Más tarde surgió por fin la protección definitiva de los derechos de cosas mediante las acciones reales (reivindicatoria, declarativa de la propiedad, negatoria

y confesoria de servidumbre, etc.), pero subsistiendo aquella tutela provisional en que la posesión consiste, en aras de la apariencia y de la seguridad jurídicas.

A este respecto, es sintomático que —como dice el profesor D'Ors—, *possessio* quiere decir «asentamiento», y que en un principio designaba el asentamiento de un particular en una parcela de terreno público (*ager publicus*) sobre el que no podía haber *dominium* privado, pues su *dominus* era el pueblo romano. Por tanto, desde el punto de vista histórico, la posesión precedió a la propiedad (rústica), si bien después coexisten paralelamente, y hasta pueden superponerse una a otra (la posesión a la propiedad, como apariencia de ésta), mas sin llegar nunca a confundirse ambos planos, el de la realidad y el de la apariencia: y así, en D. 43, 17, 1, 2, se lee: «*Separata esse debet proprietatis a possessione*». En este sentido, podemos seguir afirmando, como en D. 43, 2, 12, que nada tienen en común la propiedad con la posesión, y por eso no se deniega el interdicto (*uti possidetis*) al que entabló la reivindicatoria, pues el que ha reivindicado no parece haber renunciado a la posesión —termina diciendo el mismo texto o pasaje.

## 5. NATURALEZA JURIDICA DE LA POSESION

Séame permitido, como suelo hacer en otras ocasiones, exponer unas ideas previas acerca de lo que se llama «naturaleza jurídica» de una figura o institución de nuestra disciplina.

Como es obvio, las figuras o instituciones jurídicas no tienen una *physis* o naturaleza propiamente dicha, como, por el contrario, la tienen un animal o una planta. La «naturaleza jurídica» es una paráfrasis que alude a algo esencialmente distinto.

No se trata, como algunos todavía creen, de un *prius* del que luego deriven todos los efectos, determinados por un nexo causal inexorable. Eso creyó, en su día, la jurisprudencia conceptual, con su «método de inversión» característico. De la llamada «naturaleza jurídica» no puede derivarse nada por el intérprete que no haya puesto antes en ella.

Consiste, pues, no en un *prius*, sino en un *posterius*, algo que sólo se obtiene después de analizar el fenómeno práctico, la normativa aplicable y la eficacia jurídica producida en consecuencia. Es como una gran síntesis de los efectos producidos por una institución o figura jurídica (síntesis estructural y funcional de su eficacia), una fórmula explicativa o pedagógica; de ahí que la usemos tanto los profesores y tan poco los juristas prácticos, pese a la comodidad que supone acudir a una especie de «fórmula de encantamiento» de fácil manejo para apresar de un solo golpe de vista una proteica y compleja realidad social.

De la naturaleza jurídica de una figura o institución, así entendida, no se puede decir que sea verdadera o falsa, sino más o menos buena, según su virtualidad explicativa o didáctica: si explica todo o

casi todo, será magnífica; si explica poco o nada, será pésima. Ha dicho acertadamente el profesor Hernández Gil que «la naturaleza jurídica» es una explicación que, divorciada de los efectos, adviene un esquema conceptual inservible.

Por tanto, la aceptación de una determinada teoría es algo muy relativo y hasta depende de los gustos personales.

Desmitificada la expresión y descubierta la verdadera «naturaleza de la naturaleza jurídica», pasemos ahora revista a las principales doctrinas expuestas para tratar de explicar en breves palabras la estructura y eficacia de la posesión.

Podemos agrupar en cuatro fórmulas las teorías explicativas de la naturaleza de la posesión: 1.<sup>a</sup> teoría empírica o de la posesión como mero o simple hecho; 2.<sup>a</sup> teoría jurídica o de la posesión como derecho; 3.<sup>a</sup> teoría mixta o de la posesión como hecho y como derecho; y 4.<sup>a</sup> teoría de la posesión como apariencia de derecho sobre las cosas.

### 1. Teoría empírica o de la posesión como mero o simple hecho

Según el conocido texto de Paulo, «*possessio rem facti, non iuris esse*» (D. 41, 2, 1, 3), la posesión es cosa de hecho y no de derecho, opinión compartida por no pocos autores, desde los glosadores y los comentaristas del Digesto, con alguna excepción notable, como la de Bártolo, hasta la moderna doctrina (Savigny inicialmente, Thibaut, Bruns, Arndts, Troplong, Laurent, Pacifici-Mazzoni, Roca Sastre, Núñez Lagos, Marín Pérez, Iglesias Cubría, etc.), pasando por gran parte de la doctrina clásica española (Ramos del Manzano, Fernández de Retes, Covarrubias, Vázquez de Menchaca, etc.) y por la llamada jurisprudencia humanista y otros ilustres juristas del siglo XVIII (Duareno, Cujacio, Vinnio, Donello, Heineccio, Pothier, etc.).

Esta tesis ha tenido reflejo en el artículo 5 de la Ley Hipotecaria, según la reforma de 1944-1946, a cuyo tenor «los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles».

La luminosa exposición de motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944, sobre reforma de la Ley Hipotecaria, explica que «el mero hecho de poseer..., si bien trasciende jurídicamente, con dificultad alcanza la integridad de un derecho real. Aunque no se admita el principio *res facti non juris*, es obligado reconocer que, por lo menos, las consecuencias dimanantes del *jus possessionis* están subordinadas a una situación de hecho que, como tal, escapa del área de protección del sistema»; de ahí —añade— que «la posesión de hecho permanece completamente desconectada del Registro [...]. Llevar al Registro el simple señorío de hecho equivaldría a introducir confusión en el sistema e intentar una protección jurídica en absoluto extraña a su naturaleza y fines».

También podrían dar pie a la teoría empírica artículos del Código civil como el 430 o el 445: el primero por cuanto que define a la po-

sesión como «tenencia de una cosa» y el segundo porque habla expresamente de la «posesión como hecho».

No cabe, desde luego, negar la «facticidad» de la posesión como poder *de facto*, pero lo cierto es que engendra consecuencias jurídicas, convirtiéndose de este modo en un «hecho jurídico», es decir, en un hecho de gran trascendencia para la paz social, dotado por ello de eficacia jurídica —*cfr. supra*, párrafo 3, y preceptos referentes a las presunciones posesorias (arts. 434, 436, 449, 459, 466 y 1.960-2 del Código civil y 35 y 38.1, ap. 2, de la Ley Hipotecaria) y a la liquidación del estado posesorio (arts. 451-458 del Código civil)—. A partir de la rectificación de Savigny (5.ª edición de su famoso *Sistema del Derecho romano actual*), la teoría de la posesión como mero o simple hecho ha dado paso a las que siguen. A saber:

## 2.ª Teoría jurídica o de la posesión como derecho

Ya, según Papiniano, «*possessio non tantum corporis, sed et iuris est*» (D. 41, 2, 49, 1). La tesis de la posesión como derecho (*res iuris, non facti*) fue defendida por Bártolo, y en la doctrina clásica española por Orozco, Antonio Gómez y Matienzo. Modernamente, la sostienen muchos autores extranjeros (como Ihering, Puchta, Gans, Ennecerus, Von Tuhr, Fadda, Filomusi, Ruggiero, Ferrara, Barassi, Vassalli, Montel, Demolombe, Marcadé, Josserand, Lafaille, etc.) y españoles (Marqués de Olivart, Manresa, Scaevola, Sánchez Román, Valverde, Clemente de Diego, Casso, Pérez González y Alguer, Castán, Hernández-Gil, Espín, Lacruz, Martín Pérez, etc., y, últimamente, Alonso Pérez).

En nuestro Derecho se invocan para apoyar esta tesis los artículos 438 *in fine* y 443, que hablan de la posesión como derecho y de los derechos que de la posesión nacen, pero sobre todo se pone un especial énfasis en la *successio possessionis* del artículo 440, demostrativa de que la posesión en nuestro ordenamiento es un derecho, junto con la «posesión incorporal» del artículo 460.4 y el llamado *ius possessionis* del artículo 446 (tutela interdictal).

Según el profesor Hernández-Gil, principal defensor de esta teoría, «la posesión es el derecho a continuar poseyendo basado en el hecho de poseer», agregando que «la posesión, aun nutrida del máximo contenido fáctico, puede ser integrada en la estructura de los derechos, ya que implica una atribución, un poder y una tutela jurisdiccional, y puede ser concebida como un *derecho que guarda semejanza con los derechos reales, lo cual no quiere decir que se identifique con éstos*: de un lado, porque hay una diferencia de rango, razón por la que ha sido calificada como un *derecho provisional* en cuanto puede ceder o decaer ante el derecho (definitivo); y de otro lado, porque *puede darse fuera de los derechos reales* en virtud de una relación obligacional (arrendamiento, depósito, comodato, etc.) que desplaza hacia otro la posesión de la cosa, aunque se conserve la posesión del derecho (propiedad, usufructo, etc.)».

Ultimamente, el profesor Alonso Pérez comparte esta opinión, afirmando que la posesión es un *derecho subjetivo, de naturaleza análoga al derecho real, de carácter provisorio y claudicante*, siendo una verdadera institución jurídica.

Por su parte, el profesor Martín Pérez califica el derecho de posesión como *derecho real*, si bien su situación de *debilidad* motiva su consideración como *derecho provisional*.

En fin, el profesor Lacruz, en su interesante *Contribución a una pedagogía de la posesión*, concibe la posesión como fuente del «derecho a seguir teniendo» o del «derecho a seguir poseyendo», afirmando su indudable condición de *derecho subjetivo, absoluto, real y claudicante*.

Pero si así fuera, no se comprende por qué la posesión no tiene hoy acceso al Registro de la Propiedad (*cf.* arts. 2, 5, 7 y 199 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), convirtiéndose de oficio las antiguas inscripciones de posesión en inscripciones de dominio (art. 355, párrafo 3, del Reglamento Hipotecario), sin perjuicio del régimen de Derecho transitorio (*disp. trans.* 4.<sup>a</sup> de la Ley Hipotecaria y 5.<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario). Por tanto, actualmente esta doctrina de la posesión como derecho real provisional o claudicante es poco explicativa de nuestro vigente sistema jurídico, donde por cierto cabría la inscripción de un derecho real sujeto a condición resolutoria (arts. 9.2 de la Ley Hipotecaria y 51.6 del Reglamento Hipotecario).

Los párrafos antes transcritos de la exposición de motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944 son harto elocuentes respecto de la negación de la naturaleza de derecho real a la posesión.

Más bien se explica nuestro ordenamiento jurídico actual concibiendo a la posesión como instrumento de publicidad y apariencia, junto al Registro de la Propiedad: la primera es una auto-publicación, una publicidad en bruto, inorgánica, elemental y natural, como la vida misma nos la presenta, en el decir expresivo de Saleilles; el segundo constituye una hetero-publicación proveniente de un órgano y servicio público dirigido a hacer patente frente a todos las situaciones y modificaciones jurídico-reales inmobiliarias.

### 3.<sup>a</sup> Teoría mixta o de la posesión como hecho y como derecho

La doble naturaleza de la posesión, como *res facti* y como *res iuris*, fue sostenida autorizadamente por Savigny a partir de la quinta edición de su famoso *Sistema*. Desde entonces la antítesis hecho-derecho, sin desaparecer del todo, cede el paso a la síntesis hecho-derecho.

Según Savigny, la posesión es, al mismo tiempo, un hecho y un derecho. En sí misma, y por su modo de originarse, es un solo hecho. Pero el hecho produce consecuencias jurídicas, las que engendran derecho en el poseedor.

Entre otros, le siguen Brinz, Appleton y Messineo.

En España, el profesor Guillermo García Valdecasas ha sido el principal defensor de esta teoría. A su juicio, si con la palabra posesión se designan dos objetos de distinta naturaleza, tendremos que admitir con Savigny que la posesión es, al mismo tiempo, hecho y derecho. En su pensamiento, la «doble naturaleza de la posesión» es una doble naturaleza *radical*, esto es, que el elemento de hecho que hay en la posesión es sólo *hecho* y el elemento de derecho sólo *derecho*, estableciéndose así una escisión en el concepto.

No muy lejos de esta concepción, el profesor Albaladejo sostiene que los dos sentidos de la posesión (hecho y derecho) vienen a constituir dos modos de ser de la misma: *poder de hecho* y *poder jurídico* (derecho).

Más integradoramente, el profesor Díez-Picazo, siguiendo a Messineo, afirma que la posesión nace como una *relación de hecho*, mas apenas nacida se convierte en una *relación de derecho* (de tendencia, eso sí, meramente temporal).

La teoría mixta o ecléctica, en cualquiera de sus variantes, nos parece poco explicativa. Toda concepción cifrada en estimar que algo es al mismo tiempo dos cosas no es muy convincente.

A mi modo de ver, la posesión no es ni *res facti* ni *res iuris*, ni mero o simple hecho ni derecho real provisional; tampoco la suma o integración de ambas cosas. Sencillamente, la posesión es apariencia de derecho real que goza de una tutela interina, como desarrollamos a continuación.

#### 4.<sup>a</sup> Teoría de la posesión como apariencia de derecho provisional sobre las cosas

«En el mundo jurídico —escribe D'Amelio— el estado de hecho no siempre corresponde al estado de derecho; pero el estado de hecho, muchas veces, y por consideraciones de orden diverso [sobre todo de seguridad, apostillamos nosotros], merece el mismo respeto que el estado de derecho y, en ciertas condiciones y con relación a determinadas personas, produce consecuencias no diferentes de las que derivarían del correspondiente estado de derecho. Uno de estos casos es la apariencia del derecho. Existen, en efecto, situaciones generales por las cuales quien ha confiado razonablemente en una manifestación jurídica dada y se ha comportado de acuerdo con tal manifestación tiene derecho a contar con ella, aunque a la manifestación no corresponda la realidad.»

Aplicaciones del principio de la apariencia jurídica —que se podría formular diciendo que «la apariencia de un derecho equivale, en ciertas condiciones, al derecho mismo», y que hoy no es sólo un principio lógico informador de algunas hipótesis singulares, cual sostuvimos nosotros en 1950, sino un principio general del Derecho —como ha demostrado recientemente mi discípulo el profesor Gordillo Ca-

ñas—, se encuentran en nuestro ordenamiento positivo en muy diversas materias: matrimonio putativo o aparente (arts. 53, 78, 79 muy especialmente, 95, párrafo 2, 98 y 1.395 del Código civil), posesión de estado familiar (arts. 113, 131-133, 135, 137 y 140 del Código civil), posesión del crédito (art. 1.164 del Código civil), protección de terceros en el ejercicio ordinario de la patria potestad (art. 156, párrafo 3, del Código civil), guarda de hecho (arg. *ex art.* 304 del Código civil) o durante la vigencia del régimen económico matrimonial (arts. 1.317, 1.320, párrafo 2, y 1.335, *in fine*, y 1.434 del Código civil), etcétera, y en la legislación hipotecaria, protectora de los titulares registrales y, por excelencia, de los terceros (*cfr.*, entre otros, los arts. 31, 32, 34 muy especialmente, 35, 36, 37, 38 muy particularmente, 40 *in fine* y 220 de la Ley Hipotecaria, y 173, párrafo 2, del Reglamento Hipotecario).

También la posesión, a la vista de los artículos 430 y siguientes del Código civil y 1.651 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil — muy especialmente, arts. 446, 448 y 464 del Código civil y 1.658 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, puede ser considerada como una situación concreta más donde se aplica el principio general de protección de la apariencia jurídica en tanto en cuanto dicha apariencia no se esfume.

No han faltado en España autores que defiendan o apunten esta tesis. Así, por ejemplo, el profesor D'Ors escribe en su sugestiva *Introducción al estudio del Derecho* que «la más general de todas las presunciones jurídicas que admiten prueba en contra es la de que las apariencias de hecho deben presumirse como conformes al derecho; así, el que se halla en aparente ejercicio de un derecho que pretende tener, por ejemplo, la propiedad de una cosa, no debe verse forzado a probar tal derecho, sino que debe cargarse la prueba de la inexistencia de ese derecho al litigante que lo niega. *Esta apariencia defendida por el derecho en tanto no se pruebe su falta de fundamento se llama posesión*», añadiendo que «puede decirse que el principio de que la posesión debe ser provisionalmente defendida, y que el poseedor no tiene que probar su derecho, ejerce en la vida jurídica una función similar a la “ley de la gravedad” en el mundo físico; si suprimiéramos tal principio, imperaría un desorden inevitable».

Y en su magistral *Derecho privado romano*, después de decir que la *possessio* se nos presenta genuina y primariamente como una situación de hecho, agrega que Justiniano la entiende como «una apariencia de titularidad, no sólo de la propiedad, sino de cualquier derecho (*quasi-possessio, possessio iuris*)», definiendo luego la posesión civil como «la del que se presenta como propietario».

Otros autores ponen también de relieve el significado de la posesión en cuanto imagen externa de los derechos reales o su apariencia (se corresponda o no con la realidad), siendo para ellos la posesión como una propiedad (o, generalizando, derecho real) de hecho.

Así, para De Diego Lora se contraponen el concepto inicial de la posesión, como simple hecho (propio del Derecho romano clásico), al desenvolvimiento ulterior de la misma, a imitación del derecho,

como apariencia del mismo, para conseguir la «paz jurídica», distinta de la «paz justa» definitiva; la primera se logra en los procesos interdictales; la segunda, en los correspondientes juicios plenarios.

Alvarez Caperochipi sostiene que lo decisivo de la posesión es ser una apariencia *socialmente significativa*, que exterioriza o manifiesta formalmente la propiedad.

Según Ladaria, la posesión y sus efectos se explican como una legitimación derivada del ejercicio aparente de un derecho real por su no titular, constituyendo una situación de hecho en base a la cual su detentador (poseedor o titular aparente) es investido por la ley de legitimación (extraordinaria) para realizar eficazmente actos de goce (arts. 451 y ss. del Código civil) y conservación (arts. 446 del Código civil y 1.651 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Y recurre a la teoría de la apariencia jurídica como explicativa de los actos de disposición realizados por el no titular del derecho (art. 464 del Código civil).

Observaciones que, en líneas generales, nos parecen acertadas, si bien no compartimos la afirmación de Ladaria de que la apariencia sólo puede ser invocada por *terceros*, no por quienes son parte en el negocio o acto que la desencadena, tesis esta por cierto compartida por Hernández-Gil y De Angel Yágüez, entre otros, a cuyo juicio no es rigurosamente afortunado el enfocar la posesión —cual fenómeno jurídico completo y complejo— sólo sobre la base de la apariencia.

Nosotros creemos más bien lo contrario: la posesión, interinamente, funda una apariencia de derecho real.

Los interdictos se conceden al poseedor por reputársele un titular aparente, en aras de la *securitas*.

El derecho a los frutos del poseedor de buena fe (a la parte del producto líquido de la cosecha —una vez deducidos los gastos de producción o cultivo— proporcional al tiempo de su posesión) no es desde luego un derecho de goce análogo o semejante al derecho de usufructo (comp. art. 472 del Código civil), sino simple consecuencia de la liquidación del estado posesorio. Por ello, el poseedor que no está de buena fe no tiene derecho a los frutos (art. 455 del Código civil), como sanción o *pena privada* a su estado subjetivo de mala fe.

La usucapión, en fin, pensamos que se explica satisfactoriamente acudiendo a la apariencia mantenida durante cierto tiempo, en las condiciones determinadas por el Derecho objetivo, sin necesidad de recurrir a la idea de una renuncia o abandono tácitos del derecho por parte de su titular.

Por consiguiente, toda la posesión se puede explicar satisfactoriamente —según creemos— a la luz de la protección de la apariencia jurídica provisional: ésta la engloba por completo. Es su hontanar, su cauce y su desenlace.

Resulta sintomático al respecto que el Código civil considere a la posesión como una especie de «equivalente jurídico» del dominio o de los derechos reales (*cfr.* arts. 432, 448 y 464, sobre todo) y que en la liquidación del estado posesorio o regulación de la posesión al

extinguirse se contrapongan, como partes opuestas, el «propietario de la cosa» frente al «poseedor» (art. 451); «el que le hubiese vencido (o haya vencido) en su posesión» (art. 453), «el sucesor en la posesión» (art. 454) o «poseedor legítimo» (art. 455) o conforme a un derecho, frente al mismo «poseedor». Aquí se está reflejando continuamente la antítesis realidad jurídica-apariencia jurídica.

Y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su fundamental artículo 1.658, párrafo 3.º, parte de la misma antítesis. En el juicio posesorio se deja imprejuzgada la cuestión jurídica de fondo y «se reservará a las partes el *derecho* que puedan tener sobre la propiedad o sobre la posesión *definitiva*, el que podrán utilizar en el juicio (plenario) correspondiente».

Podemos, pues, concluir diciendo que posee tanto quien tiene de verdad un derecho real, como quien, sin tenerlo, parece que lo tiene, por ejercitar de hecho un poder sobre la cosa, bien sin fundamento jurídico alguno o bien por ser titular de un derecho de tipo obligatorio, porque en tema de posesión se prescinde o abstrae por completo de la titularidad jurídica real, debido a razones de orden o seguridad pública (*pacem servare*).

Hablando en imágenes, se toma en principio como oro de ley lo que reluce como tal, lo sea o no lo sea en realidad: unas veces lo que brilla es oro de verdad («posesión justa» o conforme a derecho), pero otras es latón u oro falso, de imitación, como el llamado «oro alemán» («posesión injusta» o contraria a derecho).

No todo lo que reluce es oro, mas en ocasiones sí lo es; no todo lo que aparece *prima facie* como derecho real lo es verdaderamente (porque sólo hay un derecho de crédito o incluso no hay ningún derecho), pero en otros casos sí hay un auténtico derecho real.

La posesión es un fenómeno que se detiene en la superficie, en la apariencia, y no indaga en el fondo. Importa aquí el «parecer», no el «ser». Es un punto de vista meramente exterior, del «parecer», que no tiene por qué penetrar de momento en el interior, en el «ser» mismo de los poderes o derechos sobre las cosas.

En tema de posesión, provisional o interinamente, «el ser está en el parecer», como diría nuestro gran pensador Gracián: por lo menos, hasta que el «parecer» se desvanezca y triunfe en definitiva el verdadero «ser»; hasta que la realidad jurídica se imponga, por fin, sobre la mera apariencia de derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO: *Concepto, estructura y clases de posesión*, en R.D.P., 1962, pp. 588 y ss.  
Idem: *Protección y efectos de la posesión*, ibidem, 1963, pp. 305 y ss.  
Ley», año VII (1986), n.º 1.544, pp. 1 y ss.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derechos reales*, I, *Propiedad y posesión*, Madrid, 1986.
- ÁNGEL YÁGÜEZ, R. de: *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao, 1975.
- BARASSI: *Diritti reali e possesso*, vol. II, Milán, 1952.
- BRAGA DA CRUZ: *A posse de ano e dia no Direito hispânico medieval*, Coimbra, 1949 (*separata* del «Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra»).
- CÁMARA: *La adquisición «a non domino» de bienes muebles (Nuevo estudio sobre el art. 464 del Código civil)*, Madrid, 1982.
- CUESTA SÁENZ: *La acción publiciana*, Madrid, 1984.
- D'AMELIO: *Apparenza del diritto*, en «Nuovo Digesto italiano», tomo I, Turín, 1957, p. 550.
- D'AVANZO: *Il possesso*, Milán, 1942.
- DE MARTINO: *Possesso*, en «Comentario del Codice civile» (Socialoja-Branca), Bolonia-Roma, 1960.
- DELGADO ECHEVARRÍA: *Adquisición de frutos por el poseedor*, en A.D.C., 1975, pp. 551 y ss.
- DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo II, Madrid, 1978.
- DIEGO LORA, C. de: *La posesión y los procesos posesorios*, vols. I y II, Pamplona, 1962.
- D'ORS, A.: *Derecho privado romano*, 3.ª edición revisada, Pamplona, 1977.  
Idem: *Una introducción al estudio del Derecho*, 3.ª edición, Madrid, 1977.
- ESPÍN: *La sucesión en la posesión y la unión de posesiones en el Código civil*, en R.D.P., 1943, pp. 539 y ss.  
Idem: *La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español*, Salamanca, 1965.
- FEDELE: *Possesso ed esercizio del diritto*, Turín, 1950.
- FINZI: *Il possesso dei diritti*, Toma, 1915.
- GARCÍA VALDECASAS, G.: *La posesión incorporal del despojado y la posesión de año y día*, en R.D.P., 1946, pp. 334 y ss.  
Idem: *La acción publiciana en nuestro Derecho vigente*, en A.D.C., 1948, pp. 92 y ss.  
Idem: *La posesión*, Granada, 1953.  
Idem: *La doble naturaleza de la posesión*, en A.D.C., 1954, pp. 309 y ss.
- GENTILE: *Il possesso nel Diritto civile*, Turín, 1956.
- GORDILLO: *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia)*, Sevilla, 1978.

- HERNÁNDEZ-GIL: *El giro de la doctrina española en torno al art. 464 del Código civil y una posible interpretación de privación ilegal*, en R.D.P., 1944, pp. 419 y ss.  
Idem: *De nuevo sobre el art. 464 del Código civil*, ibidem, 1945, pp. 413 y ss.  
Idem: *Algunos problemas en torno a la posesión*, Madrid, 1951.  
Idem: *La función social de la posesión (Ensayo de teorización sociológico-jurídica)*, Madrid, 1967.  
Idem: *La posesión*, Madrid, 1980.
- IGLESIAS CUBRÍA: *De nuevo sobre la naturaleza jurídica de la posesión*, en R.D.P., 1949, pp. 630 y ss.
- IHERING: *El fundamento de la protección posesoria*, trad. española, Madrid, 1892.  
Idem: *La voluntad en la posesión*, trad. española, Madrid, 1896.  
Idem: *La posesión*, Madrid, 1926 (donde se recogen las dos obras anteriores).  
Idem: *El espíritu del Derecho romano*, trad. española, s.f., tomo III.
- LACRUZ: *Contribución a una pedagogía de la posesión*, en «Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro», vol. II, Madrid, 1976, pp. 49 y ss.
- LADARIA: *Legitimación y apariencia jurídica*, Madrid, 1952.
- LEVONI, *La tutela del possesso*, Milán, 1979.
- LOIS ESTÉVEZ: *Sobre la esencia de la posesión como concepto jurídico*, en A.D.C., 1953, pp. 441 y ss.  
Idem: *Sobre el concepto de naturaleza jurídica*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», 1956, pp. 159 y ss.
- MARÍN PÉREZ, P.: *La naturaleza jurídica de la posesión*, en R.G.L.J., 1943, pp. 240 y ss.
- MARTÍN PÉREZ, A.: *La posesión*, Madrid, 1958.  
Idem: *Comentarios al Código civil*, dirigidos por Albaladejo, tomo VI, arts. 430 y ss., Madrid, 1980.
- MESSINEO: *Manuale de Diritto civile e commerciale*, tomo II, Milán, 1946.
- MIQUEL: *La posesión de bienes muebles (Estudio del art. 464.1 del Código civil)*, Madrid, 1979.
- MONTEL: *Il possesso*, en el tratado dirigido por Vassalli, Turín, 1962.
- MORALES MORENO: *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972.
- MOZOS, J. L. de los: *Tutela interdictal de la posesión*, Madrid, 1962.  
Idem: *Notas para una reestructuración del concepto de «animus» posesorio en el Derecho romano*, en R.G.L.J., 1965, pp. 271 y ss.
- OLIVART, Marqués de: *La posesión. Su noción en el Derecho abstracto*, Madrid, 1884.
- ROCA SASTRE: *La adquisición hereditaria de la posesión*, en R.G.L.J., 1953, pp. 333 y ss.
- RODRIGUES: *A posse. Estudo de Direito civil português*, Coimbra, 1940.
- SALEILLES: *La posesión*, trad. española, Madrid, 1909.  
Idem: *La posesión de bienes muebles*, trad. española, Madrid, 1927.
- SAVIGNY: *Tratado de la posesión según los principios del Derecho romano*, trad. española, Madrid, 1845.  
Idem: *Sistema del Derecho romano actual*, trad. española, Madrid, 1879.
- VALLET DE GOYTISOLO: *Estudios de Derecho de cosas*, Madrid, 1973, pp. 15-113, 389-408 y 409-508.



# Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad (\*)

JOSE JAVIER LOPEZ JACOISTE

Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: 1. Los derechos de la personalidad en el contexto del Derecho civil de daños.—2. Creciente ímpetu de su implantación.—3. Caracterización de los derechos de la personalidad.—4. Protegen la subjetividad como tal y responden a razón unitaria.—5. La persona, un todo subsistente; los aspectos de su protección, parciales y contingentes.—6. Tesis usuales acerca de los derechos de la personalidad.—7. Expresan y actualizan la posición jurídica de la persona.—8. Se implantan por áreas de la posición jurídica de la persona.—9. En su despliegue, asumen proyección tópica.—10. Instan a pensar por problemas.—11. Suscitan ponderaciones de carácter argumental.—12. Intensifican las consecuencias de la responsabilidad civil.—13. Expanden el campo de los daños civiles atípicos.—14. Dan razón localizada de principios generales del Derecho.—15. Plasman como derechos fundamentales.—16. Invisten con prerrogativas de orden público.

## 1. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL CONTEXTO DEL DERECHO CIVIL DE DAÑOS

Constituye este ensayo una aproximación a los derechos de la personalidad, especialmente en cuanto susceptibles de lesión injusta. De este modo el punto de vista adoptado es el propio del Derecho civil de daños. La responsabilidad civil se nos presenta hoy como un gran tema, cargado de dimensión social e informado por el anhelo humano de seguridad. Su expansión actual se sustenta en dos circunstancias de gran significación, la técnica moderna y el relieve e importancia de

---

(\*) El contenido sustancial de este trabajo fue expuesto por el autor bajo el título *Eine topische Annäherung zu den Persönlichkeitsrechten*, en el Curso Internacional celebrado en Hohewand (Viena), durante el verano de 1984. Al publicarlo ahora, debo reiterar mi gratitud por las múltiples atenciones que allí se me prodigaron.

los derechos de la personalidad. El hecho tecnológico ha conferido una dimensión activa a las cosas, de modo que no siempre cabe al hombre dominar cumplidamente su empleo y posesión. Por otra parte, la protección de valores morales y de los niveles de dignidad inherentes a la persona ha atraído al campo de la responsabilidad añadidas vulneraciones del respeto que le es debido e insólitas modalidades de intromisión ilegítima. Estas últimas se presentan por lo común en estrecha relación con el manejo de instrumentos de redoblada precisión y eficacia, de suerte que uno y otro aspectos se encuentran estrechamente relacionados y ambos redundan en el auge actual de las demandas de resarcimiento.

Los derechos de la personalidad no se regulan explícitamente en el Código civil, pero los «actos relativos» a ellos vienen asumidos en su régimen de modo terminante, pues el artículo 162 faculta para su ejercicio incluso a los menores no emancipados de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez. De esta forma se ha querido subrayar la radicación de la materia en el campo civil, radicación largamente expresada por la doctrina y sancionada por la jurisprudencia. Contiene, en efecto, ese precepto una fórmula abierta y omnicompreensiva. No se especifican variedades concretas de tales derechos al entender que todas ellas, en sus manifestaciones actuales o futuras, lo mismo si se encuentran legalmente reguladas como si no, al dar razón de su ser y de sus más esenciales virtualidades asisten y corresponden a la persona. Y ello en los términos más amplios de ejercicio y efectividad que cabe establecer.

Lejos de ofrecerse encasillada en un molde clauso, la categoría se acoge con el esencial dinamismo que le es propio. Porque la persona, al par que mantiene incólume su identidad, se trasciende de continuo a sí misma y se está haciendo siempre. De modo que el reconocimiento jurídico de su condición requiere formulaciones abiertas, aptas para la flexible adecuación hacia áreas de la personalidad progresivamente proclives a sufrir ataques cada vez más refinados y sutiles; e, igualmente, al hacerse necesario reafirmar su respeto y sus prerrogativas en contextos de nuevo planteamiento o frente a contingencias antes insospechadas. Lo cual condiciona un Derecho de daños que precisa ser elástico, a fin de proveer a hipótesis atípicas y eventos sobremanera proteicos, novedosos.

Este operar en apertura de los derechos de la personalidad viene además impulsado por el injerto en su misma raíz de los llamados derechos fundamentales. Ya que éstos en muchas de sus manifestaciones se superponen e identifican con los primeros, operan en coincidente sentido al par que añaden concisión formal, invocabilidad difusiva y, sobre todo, cauces nuevos de ejercicio y de defensa. Hace ya bastantes años se subrayaba la amplitud alcanzada por las reclamaciones indemnizatorias por razón de daños inmateriales y ataques al derecho de la personalidad (1). Esa amplitud prosigue hoy en au-

---

(1) EKKERHARD KAUFMANN: *Dogmatische und rechtspolitische Grundlagen des § 253 BGB*, «Archiv für die Civilistische Praxis», 1963, pp. 420-439.

mento. Así lo atestigua la proliferación de controversias en vía civil entre particulares en torno a derechos fundamentales y en defensa de la dignidad personal en todo el mundo occidental (2). En consecuencia, las construcciones doctrinales de los derechos fundamentales, al unísono con los derechos de la personalidad, se encuentran urgidas a explicaciones aptas para satisfacer perspectivas movibles y múltiples (3).

Pero el aumento no es sólo en número de reclamaciones, sino en las cuantías recabadas en concepto de responsabilidades civiles. El fenómeno se manifiesta entre nosotros en frecuentes sentencias que incluso en primera instancia obtienen eco y resonancia de calidad noticiable. Suelen estar en litigio muy elevadas sumas por atentados al honor, la intimidad, la imagen o la conceptualización de profesionales, artistas o, en general, de personas con un perfil humano definido mediante una notoriedad social previa. La ocasión encuéntrase a veces en los medios de comunicación social e información. Eventualmente puede intervenir un sensacionalismo sobre el que pende la suspicacia de asentar lucros, en cuyo planteamiento las indemnizaciones cumplen desde luego cometido de resarcimiento, pero también, en parte, de ejemplaridad disuasoria de cara al futuro, de suerte que a la función de garantía inherente a la responsabilidad civil se agrega la función preventiva que asimismo le es propia conforme a la mejor doctrina (4). De esta suerte, la natural expansión y el dinamismo abierto que caracteriza a los derechos de la personalidad se reviste de una fundamentalidad que la hace más operante, socialmente más presente, jurídicamente más propicia a la interpretación extensiva y a la diversidad de respuestas.

Se acentúa así el cometido social de los derechos de la personalidad y su aptitud para proporcionar nuevos campos a la responsabilidad civil. Esta se hace presente y opera en las cuestiones y en las parcelas hacia las cuales se ha desenvuelto la esfera de la personalidad en su progresiva y continua afirmación. Y no sólo se hace presente *a posteriori*, sino sobre todo *a priori*. Pues los procesos reclamatorios por daños civiles han proporcionado hasta ahora la ocasión más propicia para reconocer y definir derechos de la personalidad. Al dar lugar al resarcimiento en un tema acaso nuevo, al conceder una indemnización en una hipótesis quizá inusual, se está delatando en definitiva la proyección hasta ese mismo punto del área protegida de la persona. El matiz de una prerrogativa, al ser discutido como tema litigioso, conduce a una afirmación o una negación, y por ese camino se han obtenido por lo común las declaraciones jurisprudenciales más

---

(2) Vid. ZANGHI: *La protection des Droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées*, «René Cassin, amicorum discipularumque liber», París, 1971, III, pp. 275 y ss.

(3) Vid. E. W. BÖCKENFÖRDE: *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, «Neue Juristische Wochenschrift», 1974, pp. 1.529-1.38.

(4) Cfr. H. STOLL: *Consequences of Liability: Remedies*, «International Encyclopedia of Comparative Law», t. XI, *Torts*, cap. 8, Tubingue-La Haya-Boston-London, 1983, pp. 122 a 125.

relevantes y de mayor ejemplaridad en la materia. Este es el valor de los hechos, el sacar a la luz las ideas latentes, hacerlas explícitas y llevarlas a su desenvolvimiento.

De esta forma, el despliegue tópico de los derechos de la personalidad se acusa en la responsabilidad civil. Asume esta apertura; rehúye subsumir en unidad hermética la variedad de planteamientos. Prima, en cambio, en sus métodos una creciente sensibilidad dirigida a considerar la singular radicación del agravio. Porque los daños ostentan sentido propio según la faceta en donde, y por qué medio, lesionen. De antiguo se apresta el jurista a captar estas distinciones. Con razón se ha subrayado la conveniencia de establecer distintos conjuntos de preguntas, con arreglo al respectivo contexto, como medio para la pertinente mensura e identificación del *periculum* concreto de que se trate (5). Pero hoy día esa tendencia se torna aún más exigente y rigurosa. La deducción abstractamente encerrada en premisas recibe denuncia de esterilidad y se subraya la necesidad de sustentarla en complementarios fundamentos de apoyo, los cuales han de estar en consonancia con el específico «campo argumental» sobre el que se debata (6). La especialización instrumental y técnica determina puntualizaciones que propenden a agrupar y dibujar áreas de riesgos, de materias, de actividades. Las distintas especies contractuales de seguros son evidente consecuencia de ello. Trátase de áreas abiertas y variadas, e informadas por la peculiaridad ofrecida por los diferentes ramos de daños y de líneas de proceder socialmente consolidadas o en vías de progresiva consolidación, por lo que exceden de cualquier posible encasillamiento en patrones cerrados y típicos.

Quizá sea esta última razón la causa por la cual se registra un notable desplazamiento de la vía penal en favor de las reclamaciones civiles. Los Códigos penales sustentan la defensa de los derechos de la personalidad en previsiones ceñidas a supuestos graves y del todo acuñados. Y dada la función a que obedecen no podía ser de otra forma. En cambio, la «atipicidad» que impera en orden al resarcimiento civil acoge toda hipótesis consumada de lesión injusta, por muy insólita e inverosímil que previamente hubiera podido resultar. De ese modo la responsabilidad civil por su propia estructura se adecúa a la flexibilidad tópica de casos y de contingencias a través de los cuales la esfera de la personalidad revela su presencia expansiva y vivaz.

En fin, probablemente puede influir en el mismo sentido el importante dato de versar la reclamación civil de modo directo sobre una suma dineraria. Pues con ello entran a jugar las posibilidades del principio de liquidez. Redundan éstas en una adaptabilidad a los pormenores y particularismos del evento lesivo, así como a las representaciones obrantes en la mente de quien sufrió la intromisión. Es el

---

(5) GEOFFREY McCORMACK: *Periculum*, «Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung», 1979, p. 130.

(6) GR. TOULMIN: *The uses of Argument* (Cambridge, 1958), 14, donde, significativamente, hace notar: «It will be to introduce a technical term: let us accordingly talk of a *field of arguments*».

«pensar en dinero», tan generalizado en la vida contemporánea (7). Sabido es que los atributos de la personalidad no guardan homogeneidad con las estimaciones pecuniarias ni son susceptibles de tasación económica. Pero sí caben las apreciaciones prudentiales de las que se sirve la jurisprudencia para las cuantificaciones de los daños inferidos a la esfera moral de la persona; y es indudable que, una vez admitidas esas valoraciones, a través de ellas es posible reflejar agravaciones o atenuaciones de responsabilidades, contrastar factores intervinientes, recalcar circunstancias especialmente lesivas. Pues a la explicación pormenorizada del hecho dañoso, seguida de la correspondiente ponderación jurídica, habrá de corresponder, según los casos, la congruente acumulación o reducción de la correspondiente partida indemnizatoria. La justicia —se ha dicho con acierto— necesita muy comúnmente expresarse o traslucirse, unas veces de forma velada o tácita y otras más abiertamente, mediante apreciaciones o reposiciones en dinero (8). Las evaluaciones de daños buscan de alguna manera dar razón, evidenciar y hacer contar a cuantas particularidades entraron a componer la lesión inferida al ámbito personal ajeno. De ahí que las demandas civiles obtengan señalado predomnio actual. Es sorprendente y aun paradójico que la aventura del ser, del afirmarse como persona, propenda a expresarse y recabar mensuras pecuniarias, pero quizá ello se deba a que el dinero en las sociedades contemporáneas ha venido a ser a estos efectos la unidad convencional de cuenta; unidad abstracta, como un lenguaje, generalizable frente a todos.

Tan amplio despliegue de intereses y cuestiones incita a orientar la reflexión sobre toda esta materia en función de la Tópica. Porque la Tópica responde a una metodología esencialmente abierta, muy en consonancia con el enfoque requerido por la temática que nos ocupa. Frente al *mos geometricus* y a la deducción cerradamente axiomática, se vale de argumentos a los que contrasta y mediante la inducción mantiene en estrecho enlace con los problemas. Los *topoi*, hace notar Viehweg (9), no son cauces lógicos derivados de una premisa general y abstracta, sino recursos dialécticos, puntos de vista que gozan de aceptación y parecen conducir a la verdad; su invocación se refiere preferentemente al área de cuestiones conexas con las *sedes materiae* de que se trate. A juicio de Juan Bautista Vico, artífice de la renovación de esta doctrina en el siglo XVIII, el llamado método nuevo, fruto del cartesianismo, produce pérdida de penetración, marchitamiento de la fantasía, pobreza de lenguaje e inmadurez de juicio; todo lo cual lo evita el viejo método aristotélico, y especialmente su pieza medular, la Tópica. La razón —advierte— no ha precedido a la acción histórica

---

(7) Vid. VALLET DE GOYTISOLO: *Derecho y sociedad de masas*, Madrid, 1969, p. 47.

(8) DAUBE: *Money and Justiciability*, «Zeitschrift Savigny», *Rechtsgeschichte*, 1979, pp. 15 y 15.

(9) WIEHWEG: *Tópica y Jurisprudencia* (trad. de Díez-Picazo), Madrid, 1964, pp. 74 y 121.

del hombre, sino que emana de ella, por lo que el adecuado juicio sobre las cuestiones debe encontrarse por el camino de la prudencia, en la «conciencia de lo cierto que se ha alcanzado y se posee» (10). Como es sabido, la concepción tópica ha obtenido amplio acogimiento. Sin embargo, no han faltado objeciones a la obra de Viehweg, orientadas principalmente a hacer notar que el orden jurídico necesita proceder sistemáticamente, sin poder renunciar a puntos de vista generales (11). Pero esta observación que quizá quepa hacer a ciertas concepciones tópicas circunscritas a un operar sobre catálogos prefijados de apotegmas específicos, no es aplicable a la Tópica viquiana (12). Pues ésta no se opone a la sistemática jurídica como tal, sino a la sistemática cerrada, de suerte que en modo alguno abdica de visiones omnicomprendivas; lo que sucede es que las busca a través de vivaz apertura argumental y no por vía de cerrada deducción; pone en juego principios mediante los cuales da razón de lo particular, y por ese camino llega a síntesis fecundas dotadas de valor general (13). Ofrece así manifiesta congruencia metódica con el trance actual de los derechos de la personalidad, trance que estriba precisamente en pormenorizar aplicaciones cada vez más afinadas pero siempre en coherente consonancia con el sentido de lo general que dimana de la esencial igualdad de las personas.

## 2. CRECIENTE IMPETU DE SU IMPLANTACION

Los derechos de la personalidad son expresión jurídica de proyecciones intrínsecamente humanas. Con razón se ha dicho que se trata de titularidades jurídicas cuyo punto de partida y de referencia es la personalidad misma, de la que vienen a ser como emanación o atributo íntimo y entrañable, relativos no a bienes exteriores en los que aquélla se proyecte al actuar, sino personales en cuanto forman parte de nosotros mismos, teniendo, consiguientemente, un contenido ideal, inmaterializado (14).

Es usual incluir en tal categoría el derecho a la vida e integridad física con todas sus derivaciones; la plenitud moral con sus componentes de creencias, honor e intimidad de la vida privada; el secreto de las comunicaciones y de la actividad profesional, y el respeto a la propia imagen; la identificación, con el derecho al nombre, los demás

(10) VICO: *Scienza Nuova* (ed. a cargo de F. Flora), 1957, II, pp. 57 a 125.

(11) LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho* (trad. de Rodríguez Molinero), 1980, pp. 155 y 156; FRIEDRICH MÜLLER: *Juristische Methodik und politisches System*, 1976, I, pp. 72 y ss.

(12) Vid. VALLET DE GOYTISOLO: *La Jurisprudencia y su relación con la Tópica en la concepción de Giambattista Vico*, «Estudios sobre fuentes del Derecho y Método Jurídico», Madrid, 1982, pp. 870 y ss.

(13) WIEACKER: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2.ª ed., 1964), p. 596; ESSER: *Vorverständnis und Methodenwahl in Rechtsfindung*, Frankfurt, 1970, pp. 17 y ss.

(14) BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO: *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, Madrid, 1976, p. 22.

apelativos individualizadores e incluso el pseudónimo; la libertad personal, así como sus diversas manifestaciones y aplicaciones concretas. Pero sin que esas ni otras similares enunciaciones agoten nunca la posible gama, la cual se encuentra necesariamente abierta a las sucesivas explicitudes que la dignidad de la persona requiera como propias en razón de cambiantes circunstancias o de nuevos condicionamientos históricos.

Los juristas y teólogos españoles del siglo XVI se refirieron frecuentemente a estos derechos que conciernen a la persona como componentes de su mismo ser, *in bonis corporis*, en los que abarcaron incluso estados de ánimo como la tranquilidad y el sosiego (15). Ya antes Las Partidas habían acumulado formulaciones defensivas de la honra personal (16). Posteriormente, en el Occidente europeo han sido materia de permanente atención, sobre todo al contrastar nuevas aplicaciones de la antigua figura de la *actio iniuriarum*. Pero ha sido a lo largo de lo que va de siglo cuando la doctrina y la jurisprudencia civil han elaborado más cumplidas construcciones acerca de la naturaleza, caracteres y rasgos configuradores de los derechos de la personalidad. Ultimamente, el impacto de la técnica moderna con su capacidad de intromisión en la esfera ajena ha hecho todavía más acuciante su vigencia efectiva. Por otra parte, una viva conciencia social confiere hoy al reconocimiento y respeto a la persona un ímpetu histórico inusitado e hipersensible.

La implantación de la temática viene, además, sustentada en las modernas Constituciones. El contenido de éstas suele orientarse, de una parte, a configurar la estructura del Estado y sus órganos, deslindar sus poderes y competencias, y, de otra, a esbozar las libertades públicas y garantizar los derechos fundamentales. Estos últimos en calidad de formulaciones acerca de la inmunidad e integridad de la dignidad personal. No había sido en efecto apreciación banal considerar a los derechos de la personalidad como razón conformadora de una vida colectiva armónica e informada por el Derecho. La virtud constituyente de que son portadores habría obtenido reconocimiento en la vertiente pública por primera vez, como apuntó Jellinek, a través de las Declaraciones de derechos incluidas en los textos constitucionales de los primitivos Estados norteamericanos que luego se reunirían para formar la Unión (17). Esos *Bills of Rights* establecían enumeraciones de garantías de la persona frente a posibles extralimitaciones del gobernante. Su presencia se dejó notar luego en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776, y más tarde en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Frecuentemente, este fenómeno ha sido enmarcado en la profunda sacudida coetánea a la Revolución Francesa. Pero, con razón, afirmase ahora la conveniencia de un enfoque más amplio

---

(15) SOTO: *De justitia*, IV, 3, 3; MOLINA: *De justitia et jure*, 31.

(16) Partida 7.<sup>a</sup>, título 9.

(17) Vid. GREGORIO ROBLES: *Epistemología y Derecho*, Madrid, 1982, pp. 222 y ss.

dirigido a señalar el influjo de los llamados «grandes principios» en ámbitos y tiempos que abarcan desde la revolución americana hasta el advenimiento del industrialismo. Por ello háblase hoy de la que ha venido en considerarse como revolución occidental o atlántica (18). Efectivamente, al menos la filosofía jurídica subyacente de este impulso no puede decirse que fuera de raíz propiamente francesa. Atrás quedaban las sutiles polémicas cargadas de matiz interpretativo acerca del llamado Derecho común entre Bacon y Coke, con ocasión del examen crítico del gobierno absoluto de Jacobo I, de elevada calidad argumental (19). Pero con mayor proximidad temporal e incitación social operaba la afirmación del Derecho natural de los pueblos al autogobierno, y el de las personas a impedir injerencias del Estado en su vida particular y propia, imperantes en los Estados norteamericanos.

Paralelamente, durante la etapa codificadora, algunos Códigos, como el austriaco de 1811 y el portugués de 1867, se refirieron a diversos derechos inherentes a la condición de persona. Más tarde los incluiría el Código suizo de 1907 en su artículo 28, así como el Código italiano de 1942 en lo relativo a disposiciones sobre el propio cuerpo, el derecho al nombre y a la propia imagen.

A nivel internacional ofrece preponderante relieve la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Y, en consonancia con ella, los numerosos textos y convenios expansivos de su alcance y aplicaciones. El poderoso impulso de la cuestión entraña de esta forma un significado intensamente conformador de directrices y de postulados jurídicos.

En España, sin perjuicio de diversos pasajes contenidos en anteriores textos constitucionales en los que encontramos diversos derechos de esta naturaleza, su construcción ha encontrado lugar efectivo y aplicación práctica a través de la jurisprudencia. Lo más frecuentemente con ocasión de reclamaciones sobre daños morales, cuyas decisiones obtuvieron muy amplia difusión (20). Y ha sido sobre este concepto de elaboración doctrinal y jurisprudencial donde principalmente ha venido a incidir la enunciación de derechos fundamentales contenida en la Constitución de 1978.

Hoy día las tensiones y expectativas en torno a la cuestión se insinúan con renovada pujanza a través de las tareas interpretativas. Propenden éstas a crecientes correlaciones y ensamblajes entre textos legales, precedentes jurisprudenciales y aportaciones de la doctrina. Cabe hablar, incluso, de la tendencia a un régimen único para una

---

(18) PETER AMMAN: *The Eighteenth Century Revolution, French or Western?*, Boston, 1963; PALMER: *The World Revolution of the West*, «Political Science Quarterly», 1954, pp. 65 y ss.

(19) PLUCKNETT: *Bonham's Case and judicial Review*, «Harv. Law Rev.», 1926, pp. 130 y ss.

(20) *Vid.* DE CASTRO: *Los llamados derechos de la personalidad*, ADC, XII, 1954, pp. 1.237 y ss.

materia unitaria, al margen de la sede en donde figuren las concretas previsiones ordenadoras. Así, entre nosotros, apreciaciones de la jurisprudencia ilustran pasajes de la Constitución, y a la inversa, el tenor constitucional generaliza el significado de los supuestos a los que se habían referido las sentencias y los comentarios. En Alemania, la Ley Fundamental de Bonn, aun sin imponer una modificación del BGB, ha sugerido en esta materia una jurisprudencia integradora ampliamente expansiva. En Estados Unidos, el alcance del *Bill of Rights*, en virtud de una dinámica judicial fiel reflejo de autorizados pareceres doctrinales, ha experimentado copioso enriquecimiento de contenido, de sentido y aplicaciones a lo largo de los últimos treinta años, como ha referido Warren (21). Trátase así de una interconexión de razones y de fundamentos conducente a evidenciar cuál sea la tónica del presente en la materia que nos ocupa.

Operan en ella convicciones y sentimientos colectivos con proyección jurídica en direcciones múltiples, acaso encontradas. Con razón se ha subrayado el carácter expansivo que, por ejemplo, ofrecen las contiendas entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información (22). Es que al entrar en cuestión el respeto a la personalidad ineludiblemente cada caso resuelto abre nuevas líneas de ilustrativa ejemplaridad. El conocimiento de puntos de vista sustentados por el Derecho comparado supone, por otra parte, constante ocasión difusiva de criterios y de razonamientos. Así, se debe reseñar el valor de sugerencia permanente que en materia de accidentes causantes de muerte o lesiones la jurisprudencia y la doctrina de unos países desempeña respecto de las de otros (23). En suma, trátase de cuestiones en donde, bajo la posible diversidad normativa, subyace la fluencia de un espíritu unitario y común. Es la dignidad de la persona que, en variadas y aun insospechadas maneras de hacerse patente, rebrota vivaz y postula en cada circunstancia el pertinente respeto y el reconocimiento jurídico de la integridad moral que le es propia.

### 3. CARACTERIZACION DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Efectivamente, el daño moral hace referencia en la mayoría de los casos a los derechos de la personalidad. Son éstos los que en tal hipótesis suelen resultar por lo común menoscabados. De ahí la conveniencia de señalar, siquiera de modo sumario, el ámbito y alcance de los mismos.

Los derechos de la personalidad céntranse en torno a bienes e in-

---

(21) W. WARREN: *The Memoires of Earl Warren*, 1977, pp. 227 y ss.

(22) Cfr. *Symposium: Toward a Resolution of the Expanding Conflict between the Press and Privacy Interest*, «Iowa Law Review», 65/5, julio de 1979.

(23) Vid. HARVEY MCGREGOR: *Personal Injury and Death*, «Encyclopedia of Comparative Law», t. XI, *Torts*, cap. 9.

tereses alejados de todo comercio, referidos a cualidades y dimensiones de carácter psíquico, espiritual y moral, de concepción social de la persona y de su identidad; en sentimientos íntimos y en lazos entrañables de vida familiar o concernientes al honor, intimidad y libertad; estados de ánimo y aptitudes de todo orden; dolores físicos o afectivos, designios legítimos, posición y capacidades subjetivas; en suma, componentes de la plenitud personal, de la dignidad y de la estimación del ser humano.

Desde luego, ha de respetarse el «tener» de la persona cuyo detrimento injusto implica un perjuicio patrimonial que debe resarcirse. Pero antes, y además con rango mucho más primario, se hace preciso proteger la realidad de su «ser». Pues en esa realidad se encuentra y radica la ontología de la persona, a la cual el orden jurídico ha de asumir y mantener en calidad de presupuesto básico. Se trata así del reconocimiento del hombre como sujeto de derechos y de dar efectividad a las consecuencias que tal reconocimiento lleva consigo.

Con frecuencia háblase de «tener» talento, memoria, una personalidad acusada, buenos sentimientos, capacidad de iniciativa o de otras muy variadas dotes. Pero ese «tener» pertenece a la consustancialidad de la persona, es una implicación estrictamente ontológica, se integra en el ser (24). Se contrapone así al dominio o posesión de recursos económicos o materiales que son extrínsecos a la personalidad y pueden perderse. En cambio, la sabiduría del hombre, su destreza profesional, su valor moral, su poder creador, su dignidad humana, forman parte de su yo infungible y nadie podrá quitárselos. En este último campo se opera la gran aventura de la plenitud personal, del logro de la personalidad colmada, y ahí es donde debe situarse el sentido y la función de los derechos de la personalidad que ahora nos ocupan (25).

Se los contrapone, por lo mismo, a los de carácter patrimonial, pues se refieren a sentimientos y atributos humanos que están fuera del tráfico y no son susceptibles de valoración en dinero; se los concibe indisolublemente unidos a la condición del ser humano, entendida ésta en su radical e irreplicable condición de sustancia individual de naturaleza racional, pero precisamente en cuanto inmersa en la coexistencia social; y, en fin, se puntualiza su contenido y alcance en función de las exigencias intrínsecas de la subjetividad que le es inherente.

Los derechos de la personalidad se definen y conceptúan mediante referencia a sus funciones más significativas. Sintéticamente enunciadas, consisten éstas en expresar el rango esencial que en el orden jurídico corresponde a la persona, en dar razón del respeto que le es debido y en proteger sus más importantes cualidades (26).

(24) Vid. G. MARCEL: *Etre et Avoir*, París, 1935, pp. 45 y ss.

(25) LEGAZ: *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1972, pp. 723 y 724.

(26) Vid., en tal sentido, entre otras muchas, las contribuciones de: BESSONE: *Diritto soggettivo e Droit de la personnalité* (RTDPC, 1973), p. 1.175; CASTÁN TOBENAS: *Los Derechos de la personalidad* (RGLJ, 1952, II), p. 5, así como *Los derechos del*

Forja el hombre su calidad de persona al entrar en la vida de relación con sus semejantes. Como la máscara caracteriza a los personajes del reparto teatral, *dramatis personae*, asimismo son muchos los cometidos que en esa vida de relación cabe al hombre asumir, cada uno de los cuales le individualiza en virtud de la diversidad de papeles, menesteres, trabajos y oficios socialmente diferenciados. De ese modo puede ostentar el sujeto distintas concepciones concretas. Pero la personalidad busca hacer referencia a la plenitud de esas capacidades, tanto las ya ejercitadas como las potenciales; es espíritu de unidad expresiva de la totalidad de virtualidades, abarca tanto la proyección de uno mismo hacia el futuro como la memoria de sí, por lo que se trata de una unidad experimentada y vivida, sustentadora de la propia identidad y, a la vez, del impulso a superarse y trascender. Reconocemos en los demás ese mismo rango, la respectiva *mismidad* que les es propia, la personalidad que les corresponde; ahora bien, la particularidad del propio ser nos es del todo privativa, nos pertenece en exclusiva, es única e irrepetible.

El núcleo de la personalidad es el sostenido acto de ser uno mismo en el seno de la vida social. A cuyo acto el Derecho ha de asegurarle la riqueza que le es propia. Esa riqueza se manifiesta en la dignidad connatural a la persona, la cual nunca es mero instrumento o medio para algo, sino fin en sí misma y portadora de fines propios. Se hace patente en lo intransferible de su individualidad, cuyo fondo más íntimo nadie puede subyugar ni penetrar. Tradúcese en ser consustancial al hombre hacer y configurar su propia vida —«*suipsius plastor et fictior*»— mediante el ejercicio de la libertad y sus inteligentes opciones, a diferencia del animal y de la naturaleza cuya existencia les viene hecha. Por eso ha podido hablarse de una lucha eterna e implacable del hombre que le fuerza a ganar su existencia de momento en momento, pugnando consigo mismo, sin que jamás pueda esperar terminarla de un modo definitivo, en el escenario del riesgo y de la decisión (27); pero es el riesgo de la sabiduría propia de una existencia metafísica y no meramente vital, acreedora a muy califica-

---

*hombre*, Madrid, 1985; CASTÁN VÁZQUEZ: *El derecho al secreto en la correspondencia epistolar* (ADC, 1960), p. 3; DE ANGEL YAGÜEZ: *Protección de la personalidad en el Derecho Privado* (RDN, 1974), p. 7; DE CASTRO: *Los llamados derechos de la personalidad* (ADC, 1959), p. 1.237; DE CUPIS: *I diritti della personalità*, Milán, 1982; GIAMPICCOLO: *La tutela giuridica della persona umana* (RTDPC, 1958), p. 458; GITRAMA: *Imagen (Derecho a la propia)* (NEJS, XI), p. 301; KAISER: *Les droits de la personnalité*, París, 1974; MARTÍN BERNAL: *Los derechos de la personalidad en la Constitución Española* (RGLJ, 1979), p. 639; NERSON: *La protección de la personalidad en el Derecho privado francés* (RGLJ, 1961, I), p. 7; PECES-BARBA: *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1983; PÉREZ LUÑO: *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984; TRUYOL: *Los derechos humanos*, Madrid, 1984; ROGEL VIDE: *Bienes de la personalidad, Derechos fundamentales y Libertades públicas*, «*Studia Albortiana*», 1985; M. DE LA VALGOMA: *Comentario a la Ley de Protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y la propia imagen*, «*Anuario de Derechos Humanos*», 2, Madrid, 1984, pp. 651 y ss.

(27) PETER WUST: *Incertidumbre y riesgo* (trad. española), Madrid, 1955, pp. 51, 298 y 304.

do respeto (28). Es la condición intrínseca al ser racional que le insta de continuo a invertir sus capacidades hacia metas cada vez más egregias de vida y de realizaciones. Y de ese contexto es de donde obtienen contenido y concreciones variadas los derechos de la personalidad.

Dimanan también de ahí las más importantes características de los mismos. Son derechos de carácter esencial, innatos, inherentes a la persona, y, por ello, personalísimos. De eficacia *erga omnes* o ejercitables frente a cualquiera, no son susceptibles de transmisión ni de renuncia, están fuera de todo comercio y no pueden prescribir.

Sin ellos —como bien se ha dicho— quedaría insatisfecha la personalidad como concepto unitario, privada de valor real, inactuada en su plenitud. La personalidad es un concepto jurídico que el ordenamiento no atribuye, sino que se limita a reconocer por el mero hecho del nacimiento. Recuérdese la fórmula del artículo 29 de nuestro Código civil, de que el nacimiento *determina* la personalidad, o la del párrafo primero del BGB alemán, a cuyo tenor «la capacidad jurídica comienza con la terminación del nacimiento». Reconocimiento que o es pleno o no lo es, pero que en caso afirmativo comprende el de todos los elementos que son de esencia en aquella. Por eso se trata de derechos originarios al no precisar ningún mecanismo especial que determine la conexión con la titularidad, pues nacen y se extinguen con la persona (29).

#### 4. PROTEGEN LA SUBJETIVIDAD COMO TAL Y RESPONDEN A RAZON UNITARIA

El centro del problema de los derechos de la personalidad ha consistido en evitar el escollo de que el sujeto sea al mismo tiempo objeto del derecho. Pues si para proteger parcelas concretas de la personalidad se les otorgara consideración de verdadero objeto jurídico, y simultáneamente se reconoce la titularidad del correspondiente derecho subjetivo a favor de la propia persona, se incidiría efectivamente en aquella confusión.

Pero ocurre que ese modo de ver es consecuencia de un espejismo explicable, pero que carece de fundamento real. Es el espejismo de la «cosificación» de cualidades y atributos personales cual si fueran realidades «reiformes» y externas al interesado. La habituación a la contraposición formal entre el sujeto y un específico objeto en la estructura del derecho subjetivo conduce a mantener aquí esa dualidad, la cual, sin embargo, no es aplicable a los derechos de la personalidad (30).

(28) «Maxima enim reverentia debatur homini ex affinitate quam habet ad Deum» (*Summa*, 2-2, q. 103, a 4, ad. 2).

(29) *Cfr.* BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pp. 89 y 90.

(30) *Vid.* MESSINETTI: *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milán, 1970, pp. 296 y ss.

Estos constituyen sencilla y directamente razón defensiva y afirmadora dirigida a reconocer y mantener en su debido alcance el respeto que a cada uno es debido, así como la positiva realización de las justas actuaciones y prerrogativas constitutivas de la entidad personal, entidad que se está haciendo siempre. Se recabará este respeto o esas prerrogativas acaso sólo en una determinada dirección, en un concreto ámbito, frente a una cierta lesión, ofensa o menoscabo; pero tal concreción no significa delimitar como separado y autónomo un objeto de derecho como tal, pues lo que sigue estando en cuestión es la subjetividad en sí y en la cual no hay lugar a fraccionamientos. Es la personalidad misma en su plenitud la que entonces actúa y se defiende. La reclamación ofrecerá una temática determinada, pero la persona es un todo indivisible e indiviso, de suerte que al defender un atributo ejercita y protege su yo íntegro, nunca algo desligado ni susceptible de considerar como entidad objetiva frente al sujeto. Se actualizará defensivamente una proyección específica de la personalidad, pero con ello lo que se afirma y protege es, precisamente, su plenitud. Los derechos de la personalidad, a efectos descriptivos, de nominación práctica e incluso de regulación particular, habrán de enunciarse, de clasificarse; pero, en todo caso, ponen en ejercicio la plenaria unidad de la que emanan y a la que expresan y afirman.

La persona, ha dicho Max Scheller, es la unidad de ser concreta y esencial de actos de la más diversa índole. El ser de la persona fundamenta todos sus actos, naturalmente diversos (31). Y en consecuencia con esa diversidad, los derechos de la personalidad se catalogan como referidos a distintos aspectos concretos en cuanto particularmente lesionables, pero implicando siempre su ejercicio una razón de plenitud personal que se afirma y defiende unitariamente a sí misma en todas las hipótesis.

Al prohibir o rechazar una determinada intromisión ilícita que conculca un aspecto de la esfera de dignidad humana lo que se protege es la subjetividad en sí, y no una dimensión escindida de la misma dotada de realidad independiente, con entidad *a se*. Tal escisión ni existe ni puede existir al tratarse de atributos de la personalidad, los cuales ofrecen valor de predicados del mismo ser y, por lo mismo, en modo alguno son concebibles como objetividades de existencia propia y aparte.

Sí aparecerá, probablemente, una objetivación en la manera de describir en la norma o en la jurisprudencia supuestos de hecho o experiencias atentatorias contra la persona, así como también en relación con los medios técnicos o instrumentos materiales con los que quizá se perpetró la intromisión; lo cual influirá sin duda en la denominación individualizadora del respectivo menoscabo o daño. Pero

---

(31) MAX SCHELLER: *Ética* (trad. de Rodríguez Sanz), Madrid, 1942, p. 175; *vid.* asimismo GORDON W. ALLPORT: *Personality*, (1937), con larga relación de definiciones acerca de la personalidad; DERISI: *La persona. Su esencia, en vida, en mundo*, 1950; GROSSEN: *La protección de la personnalité en droit privé*, Bâle, 1960.

sin que ello traiga sustantividad independiente ni afecte a la configuración esencial de unos derechos en todo caso orientados a que la persona defienda su cualidad de tal. Pues éste es su punto de referencia común y el designio del que parten y adonde confluyen. Emanan de la posición jurídica personal, posición a la que reafirman. En definitiva, son trasunto de la estructura esencialmente unitaria del ser personal y de la «totalidad concreta» con que se conduce y actúa el espíritu humano en el cual siempre está presente el «ímpetu del hombre entero» (32).

Por eso ha de propugnarse una concepción de raíz monista como propia de los llamados derechos de la personalidad (33). Implican una razón jurídica única y constante, cual es el despliegue de la subjetividad de la persona, aun cuando aparezcan diversificados en haz múltiple de manifestaciones concretas, habida cuenta de campos y de materias e incluso regulaciones legales. Ese haz es contingente, variable en cuanto a las cuestiones más en boga y a las designaciones singularizadas. Lo cual ocurre porque los riesgos y desconocimientos que acucian al respeto y a las prerrogativas humanas cambian de temática y de actualidad al compás de la evolución tecnológica y de las circunstancias sociales. Los aspectos de la integridad personal especialmente amenazados son unos en unas épocas y otros en las siguientes.

##### 5. LA PERSONA, UN TODO SUBSISTENTE; LOS ASPECTOS DE SU PROTECCION, PARCIALES Y CONTINGENTES

La personalidad humana caracterízase, en efecto, por su radical plenitud. Plenitud de ser, de acción, de posibilidades. Hay en todo designio humano una *tota et simul possessio* de sí mismo, ineludible y consustancial. No hay lugar en la persona a fraccionamientos de entidad, porque siempre actúa como tal persona; de ahí que los derechos de la personalidad conciten siempre al todo de ella, de modo que, como queda dicho, responden a estructura unitaria.

En cambio, los ámbitos y aspectos a proteger mediante tales derechos son, en principio, parciales y diversos. Frente a la integridad del ser humano, los riesgos que emergen y le acechan suelen ser por lo común susceptibles de razonable acotamiento y puntualización,

---

(32) MAX SCHELLER: *La esencia de la filosofía y la condición moral del conocer filosófico*, Buenos Aires, 1958, p. 37.

(33) Acerca de la contraposición entre tesis pluralistas y tesis monistas, pueden verse, entre las primeras: LARENZ: *Das «allgemeiner Persönlichkeitsrecht» in Recht der unerlaubten Handlungen*, «Neue Juristische Wochenschrift», 1955, p. 523; DE CUPIS: *I diritti della personalità* (2.<sup>a</sup> ed.), Milán, 1982, pp. 34 y ss. Entre las segundas, HUBMANN: *Das Persönlichkeitsrecht*, Münster-Köln, 1958, p. 58, así como WESTERMANN: *Person und Persönlichkeit als Wert in Zivilrecht*, Münster, 1957, pp. 17 y ss.; y de modo terminante, GIAMPICCOLO: *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, «Riv. Trim. Dir. Proc. Div.», 1958, p. 466.

tanto en contenido de la amenaza como respecto a su alcance y repercusión. Claro está que en hipótesis de hecatombes generalizadas o atentados a la vida, consumada la extinción de la personalidad, reduce el sentido de cualquier reflexión acerca de qué intereses de ella entraron en juego. Ahora bien, siempre mantiene valor la idea de que la persona en sí misma implica una llamada al todo, mientras que los diversos derechos de la personalidad obedecen, respectivamente, a aspectos propios de una protección particularizada. Es éste un contraste que nunca debe perderse de vista si se quiere acertar con el lugar que a los mismos corresponde en una tónica coherente.

Los concretos derechos de la personalidad suelen obtener *nomen proprio*, especificación, tratamiento típico, al quedar destacadas como distintas diversas vulnerabilidades referentes a la plenitud personal. En función de éstas, se arbitran los congruentes remedios que aquéllos significan. Otras veces tales derechos suelen ser expresión de prerrogativas que se desea proteger particularizadamente. Esto último con mayor frecuencia desde planteamientos de Derecho público y en la formulación de libertades fundamentales. En todo caso, la enumeración o gama de derechos de la personalidad diferenciados como tales encuéntrase sometida a incesante evolución. Cambian con el tiempo los condicionamientos determinantes de unas u otras de sus formulaciones expresas.

Resulta memorable en este sentido la autorizada apreciación de Gierke cuando hacía notar que los derechos de la personalidad se encuentran unos ya reconocidos en forma explícita, en tanto otros están aún como latentes e incluidos en el Derecho general de la personalidad sin formulación propia, en espera de que necesidades específicas vengan a extraerlos de ese fondo genérico y a otorgarles configuración neta y precisa (34).

Vigencias sociales, ideologías, niveles éticos, y sobre todo últimamente los nuevos recursos tecnológicos, imprimen aquí su sesgo renovador. Lo que en otras épocas circunscribió el alcance de la personalidad, con repercusiones incluso en lo que hoy denominamos estado civil, dejó de ofrecer después significación jurídica apreciable. Por contra, situaciones y contingencias ahora casi obsesivas en calidad de inseguridades generalizadas no hubiera cabido ni siquiera imaginar en etapas pretéritas. Es que, cuando se trata de asegurarle protección jurídica frente a los más verosímiles atentados a su integridad física y espiritual, la persona ha de ser contemplada necesariamente en su precisa circunstancia.

Así, conceptualizaciones personales tan cargadas de consecuencias como las derivadas de los distintos grados de la *capitis deminutio*, que Gayo refiere (35), carecen hoy de valor. Y, sin ir tan lejos, todavía en el siglo XVIII, diferencias estamentales hoy anacrónicas redundaban en muy delimitada ubicación social. Pero, por otro lado, ¿eran

---

(34) GIERKE: *Deutsches Privatrecht*, I, 1985, § 81, pp. 72 y ss.

(35) GAYO, I, 121.

acaso concebibles a principios de nuestro siglo los riesgos nucleares? Aún hace sólo treinta años, ¿qué denuncias ocasionaban las aplicaciones de la electrónica? Tampoco exigencias referentes al ocio, ahora del todo afirmadas, habíanse consolidado como jurídicamente defendibles.

La persona, en cuanto tal, vive inmersa en el flujo histórico, de modo que postula remodelación de los respetos y de los reconocimientos que le son debidos. Incluye aspiración y apertura. Los ámbitos y dimensiones de su proyección cambian de alcance y de proyecciones concretas, de conceptualizaciones, de amenazas probables, de énfasis social y de necesidades de defensa. Y a tales ámbitos y dimensiones, en cuanto particularizables y discernibles, obedece el cometido expresivo y de afirmación asignado respectivamente a los distintos derechos de la personalidad. Razón por la cual éstos plasman y se cualifican como tales en consonancia con las circunstancias que más acusadamente afectan y conciernen a la persona en los respectivos sectores de su integridad.

En cuanto esas circunstancias alcancen relieve diferenciado y propio, socialmente consolidado y apreciado, estarán sentadas las bases de un derecho de la personalidad de nuevo nombre, de renovada referencia. Será la jurisprudencia, probablemente, el primer cauce que venga a declarar y hacer patente su carácter jurídico. Y lo efectuará a base de recalcar y hacer explícita un área o un componente de la dignidad del ser humano hasta entonces sólo implícita, latente por no discutida, pero consustancial y propia de un nivel de respeto que a todos debe reconocerse. Posteriormente, quizá se añada al reconocimiento jurisprudencial la atención legislativa. Cometido de política jurídica propio de la ley habrá de ser, en su caso, señalar el rango, puntualizar el tratamiento y orientar los perfiles del derecho de que se trate.

Pero siempre sobre la base de que tales perfiles serán sólo contorno difuso, no disyuntiva inconciliable con el contenido de otro u otros derechos de la personalidad, pues entre los mismos no puede menos de existir radicación común y complementariedad de función. Tanto los ya consolidados como los que en el futuro lleguen a hacerse explícitos buscan actualizar la plenitud de la personalidad humana, la cual es unitaria. Unidad de la que irradia esencial convergencia. De modo que se alternan y se entrecruzan en estrecha ligazón cobertora hacia el todo de la dignidad que han de proteger. No es que entre tales derechos de la personalidad se haya de producir interferencia esencial, pero sí ineludible conjunción con la que habrá de contarse a efectos de la tarea hermenéutica referente a su aplicación e interrelaciones. Al fin y al cabo, significan nuevas facetas referentes a la misma esencialidad de que derivan (36).

En el orden sustancial es siempre la integridad de la personalidad lo que se protege. La diversificación entre los diversos derechos de

---

(36) Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, p. 94.

esta índole es sólo accidental, pues se refiere a elementos ocasionales, siquiera se trate de una ocasionalidad de amplia presencia social; o, si se prefiere, de carácter semántico. Pero a pesar de ello muy conveniente, especialmente para la fase de ejercicio, pues de ese modo se facilitan las designaciones evidenciales de la lesión sufrida, así como la índole de la perturbación contra la que se reclama. Subyace aquí el problema metodológico de la concreción, problema al que viene a responder toda creación de figuras acuñadas (37). Cuando el ataque experimentado no corresponda a ninguno de los derechos de la personalidad ya estereotipados, siempre cabrá invocar el genérico respeto debido a la plenitud del ser humano; pero ello requerirá razonamientos persuasivos de que tal extremo se encuentra, efectivamente, abarcado en el círculo plenario de la dignidad personal. Dificultad que se evita, o al menos se reduce, al poder invocar un derecho de la personalidad ya esbozado, dotado de propio nombre y referido a cierta área. Mediante la progresiva acuñación de estos derechos, la defensa de la integridad personal se hace así más inmediata y operativa. Además, tal concreción tiene valor social educador. Porque la fuerza informativa de lo explícito contribuye a recordar y hacer patentes directrices y manifestaciones específicas del respeto debido a la esfera jurídica ajena.

## 6. TESIS USUALES ACERCA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

La construcción doctrinal de los derechos de la personalidad ha oscilado por lo común entre tres tesis explicativas de su carácter. Una se orienta hacia la consideración de un derecho general de la personalidad. Otra, hacia su encuadramiento como auténticos y diferenciados derechos subjetivos. La tercera prefiere hablar de bienes de la personalidad. Las tres, sin duda, captan aspectos, fases de ejercicio, designios circunstanciales en los que los derechos de la personalidad evidencian concomitancias e indudables coincidencias con tales modos de ver. Sin embargo, no parece que tales asimilaciones puedan ser completas, ni mucho menos que respondan siempre a la estructura y función de los derechos de que se trata. La manera como surgen y se diversifican, el modo de invocarlos y de ponerlos en ejercicio, suscitan una metodología que no se circunscribe plenamente a tales concepciones, antes bien, postula liberarse de cualquier apriorismo, de cualquier actitud excluyente o cerradamente sistemática.

La idea de un derecho general de la personalidad que abarque y compendie todas sus posibles aplicaciones fue la tesis prevalente durante los trabajos preparatorios del BGB. Así lo han recordado re-

(37) ENGLISH: *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unser Zeit*, Heidelberg, 1953, pp. 275 y ss.

cientes y documentados estudios (38). Como paladín de tal posición aparece la egregia figura de Otto von Gierke (39). Sin embargo, es lo cierto que cambios de última hora condujeron a una redacción del párrafo 823, según la cual se establece la obligación de indemnizar los daños causados a otro, dolosa o culposamente, de forma antijurídica en su vida, cuerpo, salud, libertad, propiedad u otro derecho. De ese modo, al optar por una lista delimitada, faltó una referencia suficientemente amplia que garantizara aspectos tan importantes como la intimidad de la vida privada, la imagen, el carácter confidencial de notas, diarios y escritos personales, así como otras necesarias manifestaciones del respeto que a todos es debido. Con razón, desde la doctrina francesa, Saleilles había subrayado las dificultades interpretativas a que conduciría la enumeración cerrada a sólo aquellos derechos absolutos (40).

Tales deficiencias, largamente denunciadas por la doctrina, condujeron a propugnar un «derecho general de la personalidad», que entroncara en la referencia a «otro derecho» contenida en el texto legal indicado. Inicialmente, y durante bastantes años, la observación, pese a la autoridad de quienes la compartieron, no encontró acogida. Pero con posterioridad a la II Guerra Mundial, sobre todo al promulgarse la Ley Fundamental de Bonn, en la cual se declara intangible la dignidad del hombre y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, se vino a reconocer por la jurisprudencia un genérico y omnicompreensivo «derecho general de la personalidad» con sustentación acoplada al referido asidero del párrafo 823.

Resultó así una auténtica creación operada por la actividad judicial. Pues no consistió en colmar una laguna del Código, ya que en él no hubo propiamente laguna, sino deliberada exclusión de los extremos referidos. Tampoco en rigor era desarrollo del texto constitucional, pues nada se dice en éste que redunde en concreta protección en el plano del Derecho privado. A lo sumo cabría hablar de laguna en la totalidad del ordenamiento, al venir exigido en la Constitución un principio ético necesitado de efectividad jurídica (41). Al esbozarse como «derecho general» se volvía al planteamiento originario de la cuestión y se optaba por la concepción unitaria, lo cual entrañaba tomar partido en el debate doctrinal acerca del fundamento, monista o pluralista, a que deben responder los derechos de la personalidad. En este sentido, resulta notorio que el criterio adoptado ha reportado apertura, pues ha servido a un desarrollo cuajado de matices y diversificaciones, pero sobre la base de la unidad de razón conformadora. Tradúcese la misma en aptitud para interrelacionar manifestaciones concretas y asegurar interpretaciones coherentes. Ahora bien, acogido ese «derecho general» en el soporte de «otro derecho» ofrecido

(38) Cfr. DA RAMM: *Einführung in das Privatrecht*, München-Nordlingen, 1970, § 53, p. 777.

(39) GIERKE: *Deutsches Privatrecht*, loc. cit., pp. 704 y ss.

(40) SALEILLES: *Théorie générale des obligations*, París, 1925, pp. 367 y ss.

(41) Cfr. LARENZ: *El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana* (RDP, 1963), p. 641.

por el párrafo 823, de alguna manera se lo ha circunscrito hacia la tesis de los derechos subjetivos, lo cual es objeto de crítica. Pues lo protegido requiere abarcar otras más amplias virtualidades del ser humano, aparte de no solventarse de ese modo la restricción establecida en el párrafo 253 para la indemnización de daños inmateriales (42).

Una segunda dirección, quizá doctrinalmente mayoritaria, establece los derechos de la personalidad como otros tantos y diferenciados derechos subjetivos en sentido estricto. Históricamente enlaza con la línea del pensamiento renacentista, así como con muy difundidas formulaciones posteriores, entre las que destaca la de Styck en su *De iure hominis in se ipsum*, del año 1675, cuyo subjetivismo y voluntarismo evoca puntos de vista previamente apuntados por Grocio. Tiene la nota positiva de la rotundidad con que los correspondientes derechos son expresados en su vertiente activa, pero mengua sentido a los deberes que se encuentran conexos e implícitos y que constituyen premisa de cualquier exigibilidad. Como bien observó Von Thur, debe hacerse notar sobre todo que la circunstancia de venir dotados de protección jurídica no autoriza a equiparar los derechos de la personalidad a verdaderos derechos subjetivos, ya que en modo alguno cabe disponer nada acerca de su nacimiento, transmisión, extinción y renuncia (43). Por eso se trata de una construcción que no ofrece satisfactoria congruencia con las múltiples cuestiones que en ese campo se suscitan y requieren respuesta. De ahí que con razón se insinúe la insuficiencia de esa doctrina (44).

La inadecuación radica, a mi modo de ver, en que la persona lo es tal en tanto inmersa en la vida social. Vida social que imprime ineludiblemente una objetividad informante. Con lo cual el arbitrio particularista, el poder de modelar por el titular los correspondientes desarrollos, se encuentra en amplios aspectos fuera de lugar al tratarse de derechos de la personalidad. Estos están llamados a efectuar diseños de sentido y alcance en principio semejantes y comunes a toda persona, al implicar esencial consonancia con el interés general. De ese modo, la voluntad individual no dispone aquí de un ámbito privativo de discrecionalidad libre y jurídicamente configuradora. Por eso no resulta satisfactorio el intento de asimilación indiscriminada con la índole propia del derecho subjetivo.

De ahí que la doctrina acuda a otra respuesta. La tercera tesis se orienta a hablar de bienes de la personalidad. De Castro, señalado representante de esta teoría, advierte que se trata de bienes no materiales que serían objeto de los derechos de la personalidad, lo cual —se añade— permite admitir la necesidad de su amparo en los incapaces y el que su daño o perjuicio dé lugar a una adecuada indemnización. «Hay que tener en cuenta que la persona no tiene en ellos

---

(42) EKKEHARD KAUFMANN, *op. cit.*, p. 437. Vid. asimismo *Münchener Kommentar zum BGB in § 253*, a cargo de Helmut Heinrichs, Múnich, 1979, 2, pp. 340 y ss.

(43) VON THUR: *Der allgemeine teil des bürgerlichen Rechts*, I, 1940, pp. 150 y ss.

(44) Vid. CLAVERÍA GOSÁLVEZ: *Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad*, «Libro homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño», Salamanca, 1984, p. 115.

un auténtico derecho subjetivo (*ius dominativum*), que carece de poder dispositivo sobre los mismos, que están fuera del comercio de los hombres y que sus facultades sobre los mismos (llamados impropia-mente derechos), las de *custos et administrator*, se refieren fundamen-talmente a la exigencia de protección y, en su caso, de indemniza-ción» (45).

La idea de los bienes de la personalidad se orienta, en suma, a salvar la contradicción de que el sujeto del derecho sea al mismo tiempo el objeto del mismo. Sin embargo, debe hacerse notar que ni siquiera a esos efectos cabe aislar tales bienes respecto de la personalidad mis-ma. Tener esos bienes no es, en definitiva, sino una forma de ser. Los honores, la fama y la gloria no hacen la excelencia humana, sino que suponen que hay en el hombre alguna excelencia de la que son signo y testimonio, por lo que en una consideración realista dilúyense en la ontología e identidad de la persona.

## 7. EXPRESAN Y ACTUALIZAN LA POSICION JURIDICA DE LA PERSONA

Es probable que, en fase de controversia, al discutir un punto o extremo referente a la plenitud o dignidad personal, la pretensión deducida en juicio ofrezca razón y textura de derecho subjetivo. Pero ocurrirá otras veces, y quizá con creciente frecuencia, que se trate sencillamente del respeto a una dimensión vital o connatural del pro-pio ser, de recabar la efectividad de un mero interés. El interés consis-tente en la más cumplida realización de la propia personalidad. Asis-timos, en efecto, a la hora actual, a un marcado predominio de contiendas acerca de intereses no configurados como verdaderos dere-chos subjetivos (46). Además, los derechos de la personalidad tradú-cense a veces en un ejercicio obligatorio que puede articular verda-deros deberes.

Igualmente, desde el otro ángulo, a la vista de litigios en marcha, podrá parecer reclamado como propio un cierto bien, como la inti-midad, el honor, la libertad u otros distintos; pero si se profundiza en el análisis de lo que en realidad está en juego, reluce el indivisible bien consistente en la propia plenitud, y no *un bien* o unos bienes de entidad separada. Quizá puedan apreciarse tales bienes como objetos autónomos si se contemplan a través de un espejismo con el orden patrimonial, pero en definitiva se delatará el puro nominalismo a que obedecen. Nominalismo que se desvanece ante la realidad de la per-sona. La plenitud de ésta los acapara y los asume en su unidad. La razón es que no son sino atributos de ella (47). Se integran en la sub-jetividad y no ostentan objetividad *a se* al consistir en virtualidades

(45) DE CASTRO: *Los llamados derechos de la personalidad* (ADC, 1959), pp. 1.262 y ss., así como en *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, p. 10.

(46) Cfr. en este sentido la expresiva e importante sentencia de 5 de julio de 1972.

(47) Cfr. DERBURG: *Pandekten* (6.ª ed.), VII, 1900, p. 22.

o cualidades propias del ser personal, el cual es esencialmente unitario e indiviso.

Más aparte de no contar con un objeto jurídico escindido del sujeto, exigencias de orden público se hacen patentes de modo consustancial en los derechos de la personalidad a los cuales informan y vertebran. Es ésta una observación acerca de su estructura que debe considerarse fundamental. En su virtud prodúcese en los mismos significativo desplazamiento del poder configurador y dispositivo con que en cambio suele contar el titular de un puro derecho subjetivo. ¿Cómo podrían llegar a erigirse en derechos fundamentales, si en los derechos de la personalidad cupiera un plenario arbitrio individual? Ningún texto constitucional podría reconocerles ese carácter si su contenido no viniera informado por un sentido específico. Consiste el mismo en dar razón y en mantener la inserción de la persona en el orden jurídico, así como las exigencias esenciales y de interés general que de tal inserción se derivan.

Esa ineludible presencia del interés general dimana de que objetivamente la esencia de la persona es idéntica en todos los seres humanos, independientemente de diferencias y desigualdades concretas. «Nadie puede ponerse a sí mismo como persona y negarle esta categoría a quien exige el reconocimiento de su derecho; porque al exigirle ese respeto postulo que el otro también es persona y, por consiguiente, he de reconocerle lo suyo primario» (48). De modo que opera una objetividad sustentadora en cuya virtud el interés de cada uno es al mismo tiempo interés de todos. Por expresar requerimientos fundados en la específica condición de persona, en los derechos de la personalidad las vertientes subjetiva y objetiva vienen necesariamente ensambladas. Pero no se trata de una conexión meramente funcional u ocasional, sino institucional, constitutiva y determinante. Determinante de un carácter que, en todo caso, configura y confiere impronta a todas sus aplicaciones y que redundante en ejemplar significado frente a todos.

En los derechos de la personalidad el interés esgrimido no sólo no puede estar en contradicción con el interés general, sino que, lejos de ello, su relevancia específica les viene precisamente de ser, al par que personal, expresión del interés general. Tal es la función que aquí incumbe al principio de orden público: incorpora y mantiene en el contexto de los derechos de la personalidad una constante y eficaz coincidencia con el interés general. Tal coincidencia se traduce en criterios y exigencias de mensura, así como en directrices interpretativas. Ello porque la pretensión a deducir por el particular ha de operar aquí por reconducción a criterios de alcance y contenido objetivos. De esta suerte acontece en los derechos de la personalidad que la subjetividad concita, expresa y hace presente a la objetividad. Pero es una objetividad que antes y al margen de sustentarse en normas,

---

(48) RECASENS SICHES: *Introducción al estudio del Derecho*, México, 1972, pp. 333 y 334.

consiste en la objetividad misma del ser, pues la condición de persona es inherente a todo ser humano.

No es extraña esta observación la actitud de nuestra Jurisprudencia. Así, la sentencia de 6 de diciembre de 1912 hubo de hablar de «bienes sociales» al referirse al honor y la fama, con lo que resulta asumida la referida doble dimensión. La protección subjetiva de la parte actora que había sufrido el menoscabo aparece obvia en el tenor mismo del pronunciamiento condenatorio del demandado, y, simultáneamente, la consideración objetiva del interés lesionado queda del todo patente al quedar conceptualizado como bien de índole social.

Y, de modo aún más explícito, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 14 de julio de 1981, al referirse a los derechos de la personalidad como derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, advierte que «son derechos subjetivos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de existencia; pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho».

Ahora bien, esa interconexión de las dimensiones objetiva y subjetiva viene de que la personalidad no es una concesión del orden jurídico, sino un reconocimiento. Reconocimiento que abarca su potencial plenitud y refleja su esencial unidad. Por lo cual no puede cifrarse en una adición colecticia de unos u otros derechos subjetivos estereotipados. Ha de expresarse en un centro unitario de posibilidades intrínsecas y no acotadas; no sucesivamente yuxtapuestas, no otorgadas gradualmente, sino declaradas y hechas explícitas así que se haga patente su connaturalidad con el respeto y prerrogativas propias de la vida de relación del ser humano. El reconocimiento de la personalidad da lugar así a una verdadera posición jurídica. Posición activa, generadora de respuestas pertinentes y de virtualidades positivas en orden a la propia afirmación. Porque la persona vive inmersa en la historia, la cual le depara variables situaciones vitales ante las cuales ha de poder reaccionar. Ha de llevar adelante un papel activo frente a cuanto le afecta, por lo que su consideración jurídica incluye recurso siempre abierto a renovaciones, a más colmada integridad. Pero como tal consideración supone la dimensión social del hombre, la referida posición dinámica acoge a la vez el particularismo infungible de cada uno y, solidariamente, la común dignidad que es propia de todos.

De ese modo, la posición jurídica de la persona ofrece al mismo tiempo carácter objetivo y subjetivo. Objetivo, porque se trata de un *prius* general y porque en este campo no hay lugar a la consideración en exclusiva o aislacionista, sino a la armonización social; subjetivo, porque el ejercicio jurídico y la concreción brotan de contingencias y situaciones sentidas como individuales y se refieren a ellas. En síntesis, posición en torno a la cual y a partir de la cual, como actua-

lizaciones emanadas de su virtualidad, se alinean los derechos de la personalidad.

Ofrece aquí pleno sentido y congruencia la apreciación tan reiterada por los romanistas acerca del término *ius*. Término nunca equivalente en el mundo romano a las modernas nociones de Derecho subjetivo ni de Derecho objetivo, sino que responde más exactamente a la idea dinámica de posición (49). *Ius* quiere decir una «posición justa», «posición jurídica». Ese es el punto intermedio que permite, sin traslación de sentido, que la palabra *ius* se nos presente tan pronto en sentido objetivo como subjetivo. Trátase de una posición que tiene aquella «dinamicidad» que reconocemos tiene también *ius*. *Iustum* es lo conforme al *ius*: lo que está en posición justa o, para emplear un giro castizo y elegante del español, «está puesto en justicia» (como «está puesto en razón»): *Ius est mihi*, por tanto, quiere decir «mi posición es justa». Toda la dialéctica de la vida jurídica estriba en el discernimiento de la posición justa (50).

En el año 1604, Mira de Amescua escribió su —frecuentemente citado en la actualidad— *Tractatus de potestate in se ipsum*, del cual a veces suele querer deducirse hoy la consideración de los derechos de la personalidad como derechos subjetivos estrictos. Pero en aquel entonces no estaba configurada esta última categoría de elaboración sin duda muy posterior. Persistía, en cambio, la concepción romanista, y en ésta, como sugiere Kaser, la aproximación de *ius* a *potestas* en modo alguno exige una interpretación en el sentido de derecho subjetivo (51). Hernández Tejero (52), paralelamente, al examinar la fórmula *ius potestaque esto*, estima que debe entenderse como «fundamento jurídico» (*ius*) y como actuación efectiva del mismo (*potestas*); en suma, como posición jurídica. A cuyo sentido debe igualmente reconducirse, en opinión de D'Ors (53), la *patria potestas*; el *ius* del *pater* no es su derecho subjetivo, sino su posición de *pater*. *Ius* y *potestas* equivalen así a «posición» y «poder» respectivamente: el poder de actuar una posición.

En este contexto es donde cobra sentido el expresivo título de Mira de Amescua. Habría de leerse en él una potestad unitaria sustentada en la posición jurídica propia, de la que emanaría ejercicio defensivo o afirmativo de los diversos aspectos de la personalidad

---

(49) Cfr. el penetrante y docto estudio de A. D'ORS, *Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de «ius»*, en «Studi in memoria di Emilio Albertario» (II, 1950, p. 279), y ahora en «Nuevos papeles del oficio universitario» (Madrid, 1980), pp. 280 a 312. Vid. asimismo la bibliografía que cita, en especial VILLEY: *Leçons de histoire de la philosophie du droit* (1962), y *Seize essais de philosophie du droit* (1969); PFÜGER: *Ueber körperliche und unkörperliche Sachen* («SZ», 65, 1947), p. 339; GIOFFREDI: *Ius lex, praetor* («Studia et Documenta», 1947-48), p. 71; MAX KASER: *Das altrömische «ius»* (1949), pp. 96 y ss.

(50) D'ORS, *loc. cit.*, pp. 288 y 306.

(51) KASER, *loc. cit.*, p. 98.

(52) HERNÁNDEZ TEJERO: *Sobre el concepto de potestas*, «Anuario de Historia del Derecho», 1946, pp. 605 a 630.

(53) D'ORS, *ead. loc.*, p. 302.

frente a las variables contingencias que en cada caso la desconozcan o menoscaben.

Y en esa misma línea habría de encontrarse, probablemente, una concepción realista de los derechos de la personalidad. Lo mismo al velar por la integridad física y la vida que al propugnar la defensa del honor, la intimidad y la propia imagen, o al mantener la identificación mediante el derecho al nombre, o cuando se busca reafirmar la propia libertad, o en las restantes hipótesis de ejercicio de derechos de esta índole, lo que se recaba, en definitiva, es la plenitud de ser, de dignidad. En síntesis, el reconocimiento social y jurídico del respeto y prerrogativas que en plexo unitario corresponden a la persona. Los derechos de la personalidad implican así, cualquiera que sea el sector que haya sufrido la lesión o el *nomen* peculiar con que en concreto se los invoque, la puesta en ejercicio de la plenaria unidad inherente a la posición jurídica reconocida a la persona. En esta posición habrían de sustentarse asimismo las hipótesis relativas al ejercicio obligatorio de estos derechos. De ahí que un *analysis situs* de los mismos en su preciso entronque en la posición jurídica de la persona pueda delatar precisiones esclarecedoras.

## 8. SE IMPLANTAN POR AREAS DE LA POSICION JURIDICA DE LA PERSONA

Esa posición jurídica determina un contorno; contorno dentro del cual cabe apreciar diversos tramos o sectores a cuyas peculiares exigencias suelen obedecer correlativamente los distintos derechos de la personalidad. Porque éstos responden a ciertas áreas que sobre ese contorno se esbozan como más amenazadas o más polémicas y de ese modo se delatan como más discernibles. Discernibles al quedar afectadas por tecnologías diferentes. Al necesitar cautelas jurídicas diversas, al requerir expresión positiva y afirmaciones de índole específica. De suerte que, al ser tales áreas susceptibles de cierta particularización, asimismo vienen a serlo las correspondientes respuestas emanadas al efecto de la posición jurídica personal en orden a la respectiva defensa y afirmación de aquéllas.

Los derechos de la personalidad operan así como reacciones o respuestas de esa posición jurídica y proveen a dimensiones y aspectos de la dignidad de la persona, a sentidos y direcciones parciales de su plenitud. Cuando esa plenitud se encuentra ejercitada en su natural alcance, sin experimentar interferencias denunciabiles, entonces la misma connaturalidad de ese ejercicio atrae y retiene en unidad indiferenciada los diversos aspectos propios de tal posición. Pero cuando alguno de éstos es objeto de reiterado ataque o experimenta intromisiones de algún modo usuales o muy verosímiles, de inmediato obtiene atención particularizada con significación propia referida a un contorno.

A la manera que el dolor físico localiza a un órgano que en su normalidad funcional transcurría sin acusar existencia reseñable, tam-

bién la lesión jurídica e incluso el daño temido circunscriben áreas y determinan sectores. Esa es la razón, como ya antes se ha dicho, de que los derechos de la personalidad hayan obtenido, y sucesivamente obtengan, diferenciación y nombre lo más comúnmente por vía de defensa. Porque en el ataque se realza y confirma la dignidad del hombre. Es decir, al tener que reafirmar a un cierto sector de prerrogativas humanas como especialmente necesitadas de más señalada protección; al hacerse cautela socialmente instada proporcionar a las personas defensas explícitas frente a ciertos ramos de riesgos o de injerencias que han llegado a estimarse como más acuciantes y frecuentes. La plenitud de la persona mantiene en todo caso razón y entidad unitaria. Pero precisamente en torno a esa unidad, en ocasiones, las innovaciones técnicas o factores añadidos a la convivencia humana requieren como oportunas unas u otras puntualizaciones defensivas respecto de unas u otras zonas o vertientes de esa plenitud consideradas como más lábiles o amenazadas por determinados recursos o acontecimientos.

Se trata —importa advertirlo— de riesgos que pueden afectar no sólo a intereses ya reconocidos, sino a otros invocables a la sazón como prerrogativas humanas implícitas que precisan hacerse explícitas. Es decir, se ventilan también en este campo vulneraciones por desatención, al desconocer aspectos que positivamente deberían entrar como componentes de la esfera del ser humano. Porque siempre existen en la estructura de la personalidad virtualidades e idearios que pugnan por obtener declaración jurídica acerca de su existencia y de que son inherentes a la dignidad humana. La persona despliega siempre confines abiertos de afirmación del ser y del espíritu, de cultura y de realizaciones; trátase, en suma, del inagotable *mirandum* de la condición humana (54). Por eso el menoscabo puede consistir, también, en negarle una prerrogativa a la que es acreedora, siquiera no hubiera sido antes formulada como derecho exigible, pero que lleva a revelarse como justa y pertinente. Piénsese, por ejemplo, en la Jurisprudencia francesa, que dispuso resarcimientos por responsabilidad civil a causa del *préjudice d'agrément*, consistente éste en la privación de las alegrías y satisfacciones propias de esparcimientos lícitos que, en ausencia de la lesión sufrida, el interesado habría podido disfrutar y cuya pérdida ha restado capacidad de encanto a su vida (55). Es que late siempre, operante y pugnaz, el dinamismo de la condición humana, dinamismo nunca colmado, rico en matices y designios como corresponde a la no acotable aventura existencial.

En la posición jurídica de la persona brotan y rebrotan de continuo exigencias, capacidades y aspiraciones que claman por puntuales

---

(54) Cfr. PIEPER: *Defensa de la filosofía*, Barcelona, 1973, p. 120.

(55) *Vid.*, entre otras decisiones jurisprudenciales: París, 25 de marzo de 1961, con nota de *Le Roy* (D. 1962), p. 136; París, 22 de enero y 14 de febrero de 1966 (Gaz. Pal., 1966, I), p. 295; Poitiers, 23 de diciembre de 1969 (Gaz. Pal., 1970, II), p. 13.

reconocimientos jurídicos, o al menos por actualizadas formas de protección respecto de nuevas amenazas o tecnologías. Entran ahí aplicaciones referentes a la plenaria defensa de la vida, a la educación en el seno de una familia, a seguridades que no son sino desarrollo de libertades concretas, así como otros múltiples y sucesivos requerimientos humanos que en serie abierta nunca dejarán de plantearse. De modo especial en las cercanías de las «nuevas fronteras» del tracto histórico aparecerán incesantemente circunstancias negativa o positivamente invocables que vendrán a determinar y recalcar nuevas parcelas problemáticas, como perspicazmente lo anunció la doctrina norteamericana en relación con las sucesivas novedades tecnológicas (56).

La defensa de la plenitud de respeto a la persona desvela así una estrategia de planteamiento tópico. Planteamiento tópico porque se ha de atender, en cuanto lesionables, a diversas áreas integradas en aquella plenitud. Son áreas que la experiencia señaló o señala como más propicias a sufrir lesión, o como de alcance más controvertido y polémico.

En la vida social de nuestro tiempo, informada por la técnica moderna, los riesgos asumen marcada especialización. De la misma manera que las conquistas son resultado de crecientes especializaciones de saberes, investigaciones, métodos y mecanismos, su vertiente de daño obra igualmente con proyección especializada; céntrase y afecta a unas u otras dimensiones integrantes de la plenitud o dignidad de la persona. De ahí que los derechos de la personalidad, al ser respuestas a esos requerimientos, hagan patente la diversidad de campos y localizaciones a que, respectivamente, se refieren; es decir, den lugar a una implantación por áreas.

El *nomen* calificativo de cada uno de estos derechos suele expresar, en efecto, un sector eventualmente lesionable o un mecanismo de penetración lesiva. Tal acontece, por ejemplo, cuando hablamos del derecho a la intimidad o a la propia imagen, o cuando nos referimos a nuestra integridad física, o al afirmar el derecho al descanso o al ocio, o al defender, frente a actos de desprestigio, una reconocida concepción profesional. Y así sucesivamente. Otras veces el área tópica de referencia viene determinada por la índole del riesgo que la determina, como ocurre con la contaminación o la energía nuclear, o mediante la impronta abusiva o intromisoria del concreto instrumental tecnológico que puede llegar a ocasionarla. Así, la protección frente a escuchas o penetraciones de la electrónica, hoy tan palpitante, indica de por sí cuáles sean las actividades proclives a la injerencia.

En definitiva, la unitaria posición jurídica de la persona no puede menos de reaccionar especializadamente frente a los especializados menoscabos que la amenazan. Por lo que los diversos derechos de la

---

(56) Como logrado exponente, *vid.* A. R. MILLER: *Personal Privacy in the Computer Age: the Challenge of a New Technology in an Information-Oriented Society*, «Michigan Law Review», 1969, pp. 1.089 y ss.

personalidad como proyecciones de aquella posición cobran faz peculiar y obtienen diferenciación apreciable a través de su respectiva radicación en unas u otras áreas. De este modo, el espacio o contenido propio de los mismos ha de puntualizarse desde el punto de vista del lugar de su ubicación, al menos de manera predominante, pues no cabe reseñar aquí fronteras rotundas, sino orientaciones de conjunto que no excluyen marginales solapamientos entre el régimen y el campo de unos y de otros derechos de esta índole, tanto más cuanto que todos ellos emergen y arrancan de una misma e indivisa razón inspiradora. De ese modo, puntualizaciones referentes a los «espacios afectados de una determinada posición», inscritas de antiguo en enseñanzas aristotélicas, tornan a reflejarse en modernos designios con renovada actualidad (57).

## 9. EN SU DESPLIEGUE ASUMEN PROYECCION TOPICA

En consecuencia, el modo adecuado de entender los derechos de la personalidad probablemente consista en considerarlos como tópicos fluyentes y expresivos de la posición jurídica de la persona, a la que vienen a dar efectividad.

Vienen a ser otros tantos cauces de reacción de la misma fuente a intromisiones o desconocimientos que se han revelado como más verosímiles y frecuentes. De ahí que tanto su fundamento como su designio práctico respondan a esencial inherencia en la posición jurídica personal, de la cual son dimensiones de ejercicio en particularizados aspectos.

En los derechos de la personalidad subyacen siempre exigencias de acoplamiento; acoplamiento entre las posiciones y áreas de unas y otras personas. Y, en consecuencia, la necesidad de criterios dirigidos a ese recíproco reajuste en el plano jurídico y en la convivencia social. Late el designio de que cada persona esté en su sitio y sea respetada en él; pero el lugar que le corresponde como trasunto armonizador que es de potencias espirituales no determina confines definitivos ni delimitados *a priori*, sino que refleja y traduce el dinamismo y la virtud expansiva de la dignidad humana.

Así se explica que en materia de derechos de la personalidad el papel de la Ley se traduzca en poco más que mera acogida de principios. Estamos aquí ante una gran aporía del momento actual del Derecho. La corta penetrabilidad práctica de las Leyes en una materia tan capital como son hoy los derechos de la personalidad. Incluso disposiciones dictadas con explícita voluntad de proporcionar un régimen completo y estable logran muy menguada expresividad reguladora, reducida, por lo común, a marcar directrices y a subrayar líneas de idearios. Es cierto que ciertas vertientes más definibles como son

---

(57) Cfr. BERGSON: *L'idée de lieu chez Aristote*, «Les Etudes Bergsoniennes», II, París, 1949, pp. 52 y ss.

los temas de legitimación activa y pasiva y sobre todo las de estricto carácter procesal alcanzan la deseable concreción. Pero en el orden sustantivo y civil parece como si el articulado legal fuera recéptaculo del que se hubiera evadido la dimensión existencial de las cuestiones. Las contingencias más apasionantes, las situaciones más intensamente humanas o de mayor peripecia en vano podrán encontrar reflejo o previsión, ni acaso comprensión de la concreta tesitura vital. Acontece que la letra no logra retener el espíritu y la razón informante de los supuestos vividos; de modo que, al faltar a los preceptos la trama tupida retentiva de hipótesis y de supuestos que suelen ofrecer en otras ramas de la legislación, prodúcese filtración prácticamente total hacia el suelo de los principios. Y así, incluso con arreglo al orden del artículo primero del Código civil, desde el texto de la Ley ha de pasarse a la apoyatura ordenadora de los principios generales del Derecho, los cuales se aplicarán con todo su valor informante y configurador.

Ocorre, en rigor, que la Ley no es instrumento adecuado para colmar o expresar del todo la posición jurídica de la persona. La Ley no puede abdicar de su abstracción, pero la persona no puede abstraer su dignidad y su figura, y, sobre todo, no puede ser reconducida a un determinado supuesto de hecho legal por muy amplio que fuera, ya que implica y es constante hacerse y renovarse. Por eso, en materia de derechos de la personalidad las Leyes no pueden ser otra cosa que acogimiento y efectividad de principios.

En definitiva, existan o no Leyes reguladoras dictadas al efecto, la posición jurídica de la persona encuentra ordenación en el estrato de los principios. Principios generales que, al particularizarse en estrecha conexión con la singularidad existencial y las situaciones del ser humano, ofrecen valor de respuesta en el respectivo campo de cuestiones de que se trate. Y en razón de ese valor precisamente es como advienen y se erigen en derechos de la personalidad. Opera en éstos por lo mismo, un entronque tópico que les confiere radicación y sentido.

En su virtud tradúcense en criterios y argumentos pertinentes al problema concretamente suscitado, dotados de adecuación y razonable aptitud para proporcionar soluciones plausibles. Se surten al efecto de acarreo extraídos de las razones fundamentales más directamente aplicables, de exigencias de la naturaleza, de interpretaciones autorizadas, precedentes y analogías, e incluso de estimaciones obtenidas de la dogmática jurídica en cuanto congruentes con la resolución de las cuestiones. Pues, en rigor, su indicado entronque no repugna de la sistemática, sino de la sistemática cerrada. No se circunscriben a conceptos y normas estereotipadas; lejos de ello, mantienen a todos esos recursos en dinamismo siempre pujante. Expanden y superan cualquier hermetismo, pues en todos los factores que concitan insertan y vierten adecuación al ser de las personas y de las cosas, así como el componente prudencial que los reconduce hacia metas de razón práctica y los mantiene en una metodología esencialmente abierta. Componente que es, además, impulso y medio indispensable para

llegar a las decisiones operativas que reclama el mundo de lo agible, e igualmente para expresar y dar razón de los sucesivos desarrollos concretos que la plenitud de lo humano postula de modo incesante. Y ésa es, en definitiva, la estructura a que responden y la función que despliegan los derechos de la personalidad.

Presentan, sobre todo, impronta tópica en cuanto condensan criterios y señales ubicadores e indicativos de la posición jurídica personal. No la definen, la describen. No proporcionan conceptos ni delimitaciones de colmada exactitud, sino orientaciones de conjunto, indicaciones contrastables, directrices que gozan al efecto de reconocida anuencia. De suerte que, como acontece en la Ley referente a la Protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen, dejan abiertas posibles determinaciones con arreglo a las ideas que prevalezcan en la vida social y conforme al proceder que cada persona mantenga acerca de sí, según sus actos y la línea general de su comportamiento. No enuncian precisiones rígidas, sino referencias pragmáticas en torno a una dignidad que se trata de actualizar, proteger y compaginar con la de los demás. Contienen y hacen patente una dialéctica autorizada en orden a guiar el acoplamiento entre los mutuos respetos y prerrogativas. Pautan acerca de la amplitud y razonable expansión del respectivo ámbito personal, habida cuenta de la materia y la ocasión de que se trate. De ese modo proponen y confieren autoridad a razones aptas para aportar armonización y sentido mediante ponderaciones apreciadas por certeza prudencial y no precisamente por deducciones abstractas.

La posición jurídica de la persona obtiene así matización doctrinal y jurisprudencial cada vez más pormenorizada, más definida y precisa acerca del contenido que le es propio, y asimismo respecto de las virtualidades que lleva implícitas. Pues a su núcleo reconocido como tal se añaden por ese camino nuevas puntualizaciones en calidad de cuestiones ya resueltas, en tanto otras permanecen cuestionables hasta poder obtener respuestas consolidadas.

De esta forma, la configuración de los concretos y nominados derechos de la personalidad no obedece a un apriorismo conceptual prefijado y excluyente. Estos se forjan sobre los desenvolvimientos mismos de la personalidad en su reacción respecto de acontecimientos, medios técnicos o planteamientos sociales que de modo cambiante la circundan y afectan. Por lo que el carácter de los mismos emana de la fluencia misma que los genera y les da sentido. Es la fluencia continua y nunca acabada de respuestas que la posición jurídica de la persona, por su misma vivacidad, suscita frente a las alternativas que sobre ella inciden en el curso histórico. En tal sentido, una de las calidades más egregias de la naturaleza humana consiste sin duda en esa virtualidad suya que la hace rebosar de continuo en niveles expresivos de la dignidad que le es propia y del respeto que se le debe.

Pero los cambios de horizonte y de circunstancias históricas replantean incesantemente los confines de ese respeto: suscitan nuevos problemas al desenvolvimiento y plenitud de la persona. Y es en estrecho enlace con esos contextos problemáticos, en respuesta a sus

interrogantes y nutridos de su propia dialéctica, como se forjan y se remodelan de continuo las formulaciones referentes a los diversos derechos de la personalidad.

## 10. INSTAN A PENSAR POR PROBLEMAS

En efecto, plasman como tales por dictados de la razón práctica, la cual, por cierto, no procede a la acción histórica del hombre, sino que la sigue y toma ocasión de ella. Conforme al viejo postulado de Vico, *verum et factum convertentur*, opera aquélla mediante la conciencia de lo cierto «que se ha alcanzado y se posee» (58); se aplica a cada nuevo requerimiento en muy estrecha conexión con la faz y hechura del problema surgido, a su medida, como solución aplicable por resultar ajustada y parecer razonable.

Los derechos de la personalidad instan así a pensar por problemas. Ello ocurre porque sus aplicaciones suscitan requerimientos predominantemente dinámicos. Desde luego, no hay lugar a una oposición esencial entre problema y sistema, la cual no existe en realidad. Pero es lo cierto que esta materia es escasamente propicia a construcciones estáticas y, en cambio, vivazmente proclive a la dilucidación cuestión por cuestión. Surgen éstas existencialmente, en tensión abierta de temas y aconteceres, al margen, por lo común, de previsiones normativas capaces de provocar encasillamientos. Los reajustes entre las posiciones jurídicas de unas y otras personas han de proveer aquí a designios frecuentemente personalísimos y atípicos, quizá imprevisibles, que alientan en el espíritu humano. De modo que las controversias planteadas pocas veces conducen a un mero subsumir sistemático de los hechos en la norma, sino que requieren la articulación de éstos mediante una coherencia expresiva. Como plásticamente se ha dicho, «el asunto mismo puede tomar la palabra» (59). De modo que se han de conjugar las posiciones y razones intervinientes e inducir desde ellas directrices que remitan a la totalidad de los posibles puntos de vista, a fin de que destaque la que debe prevalecer, o al objeto de disolver en tal contexto lo cuestionable o de reducir al menos su perfil problemático.

El problema presupone una mezcla peculiar de lo conocido y lo desconocido. El hecho de que distingamos entre sí los problemas demuestra que se sabe algo de la cosa por la que se pregunta; pero, al mismo tiempo, no es conocida, puesto que es buscada (60). En nuestro caso, trátase de problemas que por su misma índole escapan y no se avienen con previsiones dogmáticas preconcebidas. Porque la aventura humana, en su singularidad existencial, excede de cualquier apriorismo convencional. Con razón observó Geny que la vida está

---

(58) J. B. VICO: *Scienza Nuova* (ed. a cargo de F. Flora), 1957, II); K. O. APEL: *Die Idee der Sprache in der Tradition des Humanismus*, Bonn, 1963, p. 12.

(59) Cfr. GADAMER: *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1975, ap. 12, p. 463.

(60) HARTMANN: *Kleine Schriften*, III, 1958, pp. 22 a 50.

hecha de contradicciones y de atentados a la lógica. El razonar sobre el punto concreto controvertido, en tratándose de esbozar niveles de dignidad humana, repugna de cualquier sistemática cerrada: refiérese al alcance de una expansión, a la definición de unas metas de plenitud no susceptibles de venir previamente circunscritas. Es un razonar que ha de tomar en consideración distinciones mucho más complejas que las usuales en el menester habitual de los lógicos (61); ha de dar sentido a cada uno de los factores que juegan e intervienen en la circunstancia humana objeto de examen; su respectivo valor y repercusión, las exigencias y relaciones que implican, y ello con previsora comparación de los efectos que habrán de seguirse caso de adoptar una u otra de las posibles respuestas, a fin de optar por la más razonable. Esta habrá de incluir cuantas precisiones individualizadoras puedan conducir a aquilatar al máximo lo plausible y adecuado de la solución en todas sus facetas. En suma, los datos a cotejar y el modo de contrastarlos se extraen del problema mismo; no por deducción a partir sólo de axiomas abstractos, sino principalmente en perspicaz deshilar el nudo mismo de la cuestión, de modo pragmático, mediante inducciones certeras a partir de los extremos del mismo que parezcan asidero más propicio para destrincar y desatar.

Y en consonancia con esa actitud que subyace implícita, los derechos de la personalidad no expresan por lo común previsiones ni pormenores, sino orientaciones y sentidos; no se avienen a simplificaciones o a condensaciones extraídas del sistema, sino que han de asumir el problema en todas sus implicaciones y aspectos (62). Se refieren a hipótesis abiertas a despliegues y a la adición de circunstancias, consideraciones e interrogantes vitalmente añadidos que completan o varían el sesgo del planteamiento total. Planteamiento que no por esas adiciones ha de romper su unidad ni experimentar solución

---

(61) Cfr. TOULMIN, *op. cit.*, 9, donde afirma: «... The form of analysis arrived at is decidedly more complex than that which logicians have customarily employed, and forces on us a number of distinctions for which the normal analysis leaves no room...».

(62) Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1984 ofrece expresivo contraste entre la deducción sistemática y la visión problemática. Se había omitido en la Guía Telefónica el nombre de un profesional que había contratado el correspondiente abono con la Compañía. La Audiencia, a falta de prueba previa de la cuantía del daño sufrido, denegó el resarcimiento al ceñir la cuestión a la premisa «el solo incumplimiento no genera la obligación de indemnizar». Pero el Tribunal Supremo aborda el problema en su plenario planteamiento y declara que se debían haber sacado las derivaciones normales de ese incumplimiento, «sin refugiarse en la estricta literalidad de aquella tesis negativa [...], con más razón en los supuestos de daños inmateriales o relativamente patrimoniales o indirectos, tales la fama, el prestigio, la nombradía profesional, la permanencia en el ejercicio de una actividad dependiente de clientela y anunciada mediante la normal publicidad [...], como era la realizada en la Guía Telefónica [...], con la natural repercusión que ello entraña en punto a la incertidumbre de su baja o cesación profesional; por lo que [...], vista y probada la omisión negligente del nombre y datos del abonado [...], no cabe olvidar su natural consecuencia, so pretexto de la indeterminación, prueba y producción económica del perjuicio cuando esa dificultad puede ser superada por los elementos probatorios que se ofrecen en el pleito [...] o en fase de ejecución de sentencia».

de continuidad, sino que aún entonces mantendrá la plenitud de sus interrelaciones y el significado de todos sus requerimientos, por mucha que sea su complejidad. Pues, en definitiva, opera el designio de responder a eventualidades concretas a base de valorar designios humanos precisamente en su encontrada y quizá singularísima confluencia.

El propio contexto problemático del que emergen hace que los diversos derechos de la personalidad ofrezcan en su propia directriz ordenadora como característica común una marcada tensión dialéctica. En las formulaciones o descripciones de los mismos llevada a cabo bien por la jurisprudencia, bien por la legislación, e incluso por la doctrina, se aprecia implícito un consustancial sentido de la proporción. Trátase de una mensura siempre operante en los mismos. Así, a mayor repercusión sobre el interés general del cometido a que cada uno sirve, por ejemplo, en cargos de la primacía política, menores restricciones cabrá poner a la publicidad de los designios realmente albergados. A más ostentosos actos de comportamiento personal, más estrecho círculo de vida privada habrá de restar. A más consumadas denigraciones del propio honor, menos cabales defensas restarán en orden a mantener una conceptualización social relevante. Circunstancias distintas en cuanto a lugar, tiempo u oportunidad de acción u omisión, determinan variaciones significativas en el alcance o en el contenido del respeto que a cada uno es debido. De este modo, al ir forjándose, los derechos de la personalidad incorporan esencial sentido de la medida. Su mismo carácter determina que sean susceptibles de un más o de un menos.

Llégase así al interrogante, siempre pendiente, acerca de qué es «lo suyo»; el *suum* que en exigencias de justicia corresponde dar a cada uno. Cuestión ésta esencialmente problemática, y que comunica tal carácter a todas las que de ella derivan. Pues trátase de un «suyo» en modo alguno delimitado definitivamente, sino en constante revisión. Si consistiera en elementos patrimoniales incluidos en el tráfico económico sería quizá hacedero señalar ciertas titularidades y trazar delimitaciones al respectivo dominio. Pero referida a los derechos de la personalidad, que vienen a actualizar y hacer efectiva una plenitud de ser y de estar, de dignidad, eso no es posible. Sencillamente porque esa plenitud incorpora de continuo nuevas componentes y precisiones, como asimismo nuevos puntos de vista. Pues cada problema resuelto supone conquistar nuevos horizontes interpretativos (63).

Los problemas inherentes a los derechos de la personalidad consisten así en saber y puntualizar lo que corresponde a la persona en contingencias específicas y concretas. Mediante particularizada consideración de éstas habrán de hacerse los planteamientos que permitan examinar, comparar y determinar lo que no concuerda, a fin de resaltar lo que encierra razones de fundamentalidad más significativa y preponderante, y, de ese modo, alcanzar comprensiones globales que

---

(63) GADAMER, *op. cit.*, p. 370.

luego la interpretación hará explícitas. Genéricamente, el sentido de lo humano, el sentido común, apronta claridades orientadoras. Pero la claridad no es algo absoluto. *Clarity always means clear enough* (64). Especialmente al eclipsarse unos a otros, por contraposición, los respetos, prerrogativas o intereses recíprocos. Porque la personalidad en el orden jurídico despliega e incluye la dimensión de alteridad, no siendo suficiente la consideración del ser humano en su racionalidad subjetiva aislada, en cuanto «yo» único, *der Einzige*, como pretendió Stirner (65), sino que implica su proyección respecto de los otros, quienes de esa forma, en su respectiva cualidad unificadora de relaciones, delatan una posición jurídica personal, posición jurídica que los derechos de la personalidad están llamados a expresar en su preciso alcance. Alcance siempre en consonancia con las específicas situaciones en que la persona se encuentra, ya que ésta busca alcanzar metas o crearse a sí misma en el ejercicio de su libertad (66). De modo que es en esta vertiente relacional donde fundamentalmente se entrelazan y confrontan las diversas proyecciones personales, determinando colisiones e incógnitas, y donde se ha de proceder a despejarlas. El problema suele ser así, por lo común, una cuestión de ponderación, de mensura recíproca, de contraste (67).

Mediante su contraste tópico, es decir, al situarlas en función de su reajuste sobre el plano de lo que es razonable, las posiciones personales que han entrado en colisión hacen patentes adecuaciones e inadecuaciones, diferencias de mayor o menor fundamento, y de esa manera inspiran y sugieren directrices pragmáticas acerca del criterio a seguir, argumentaciones persuasivas sustentadas en apreciaciones obvias, en experiencias y en estimaciones prudenciales. De ese modo, las cuestiones fácticas nunca vienen a ser dialécticamente inútiles (68). Lejos de ello, el planteamiento problemático se hace cargo de su significado real. La tópica, en efecto, al decir de Vico, es el arte «dell'orazione copiosa». Y en esto se diferencia del silogismo que no recorre sino una dirección en línea recta, olvidándose de lo que se halla fuera de su recorrido, mientras que las posibilidades que la tópica debe abarcar, y tiene en cuenta, son mucho más extensas, ya que se extiende a todas las dimensiones y debe examinar todos los posibles planos (69).

Es una copiosidad apreciativa que está en consonancia con el dinamismo requerido por la posición jurídica de la persona. Requiere

---

(64) WHITEHEAD: *Remarks*, «Phil. Review», 46, p. 179.

(65) Vid. STIRNER: *Der Einzige und sein Eigentum* (ed. 1903), pp. 35 y ss.; BASCH: *L'individualisme anarchiste: Max Stirner* (ed. 1904), así como E. HORN: *Max Stirners eitlicher Egoismus*, 1907.

(66) LEGAZ: *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1972, pp. 730 y 731.

(67) BRÉHILER: *La notion de problème en philosophie*, «Théorie», XIV, pp. 1-7; AUBENOUE: *Le problème de l'être chez Aristote*, París, 1962, pp. 443 y ss.

(68) Vid. FERNÁNDEZ-CARVAJAL: *El lugar de la Ciencia Política*, Murcia, 1981, pp. 300 y ss.

(69) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO: *La jurisprudencia y su relación con la tópica en la concepción de Giambattista Vico*, cit., pp. 871 a 873.

ésta captar y acoplar nuevas concreciones en respuesta a retos nuevos. Es la vida misma que expande reacciones frente a hipótesis cambiantes. Su virtualidad no se agota, pues está presente en ella la creatividad del espíritu. Este de por sí es difusivo, de suerte que hace lucir como razonables y justos respetos y aspiraciones que las nuevas circunstancias sugieren sucesivamente, y que la ontología de la persona evidencia como incluidas en su dignidad.

El mundo de la persona no es estático: se mueve en un continuo dar y recibir; dar sentido y unidad a la realidad es tarea constante, porque la realidad no se nos da de una vez para siempre, sino envuelta en los acontecimientos y en el devenir (70). En cada persona el mundo adquiere un nuevo sentido. Por eso se ha dicho, con razón, que el significado de la persona constituye en el orden jurídico incesante criterio de interpretación extensiva (71).

## 11. SUSCITAN PONDERACIONES DE CARACTER ARGUMENTAL

Pero, por otra parte, la tensión dialéctica propia de los derechos de la personalidad hace que las formulaciones referentes a los mismos, bien sean de origen legal, jurisprudencial o doctrinal, plasmen en versión marcadamente argumental. Ciertamente que todas las enunciaciones jurídicas incluyen este carácter. Pero en la materia que nos ocupa, al implicar acoplamiento de criterios mucho más que de estrictos tenores literales, esa característica resulta especialmente sobresaliente y cargada de consecuencias.

La determinación de confines entre los derechos que entran en colisión no es aquí susceptible de puntualizaciones por referencia a linderos materiales. Al tratarse de relaciones de vecindad entre predios, el deslinde viene indicado por hitos o mojones que son señales designativas de la respectiva colindancia (72). Estamos entonces ante una tópica materializada. Pero en la esfera moral de la personalidad no hay lugar a contrastar certidumbres por evidencia tangible, de modo que se ha de buscar la certeza prudencial. Ello requiere una delimitación discursiva o ponderativa, a obtener mediante madura apreciación, dirigida a esclarecer y atinar en dónde se encuentra el confín prudencialmente estimable, esto es, mediante una tópica argumental.

Manifestaciones evidenciales de esta tópica se aprecian, con vivo contraste respecto a cualquier materialización, en las más modernas formulaciones de la *Privacy*. La tradicional referencia al contorno físico de la casa o morada como reducto de la intimidad personal o fa-

(70) SUANCES MARCOS: *Max Scheler, Principios de una ética personalista*, Barcelona, 1976, p. 29.

(71) MESSINETTI: *Personalità (diritti della)*, «Enciclopedia del Diritto», XXXIII, 1983, p. 383.

(72) HERNÁNDEZ GIL: *Las relaciones de vecindad en el Código civil*, Madrid, 1985, pp. 117 a 122.

miliar ha venido a ser del todo insuficiente. Mecanismos electrónicos pueden atisbar a la persona allí donde se encuentre. Los avances de la informática y los «bancos de datos» referentes a usuarios de servicios técnicos o, en general, a circunstancias y actividades de los ciudadanos, llevan asimismo la defensa de la intimidad a la frecuente necesidad de habérselas con otros derechos invocados acaso por dependencias administrativas como medio necesario para el eficaz cumplimiento de sus fines. De modo que la localización sobre el ámbito físico del inmueble en donde se reside ha dejado de acotar en exclusiva el círculo de lo íntimo. Ha pasado el mismo a concebirse como entorno inmaterial, o más bien espiritual, en certera expresión de Bloustein (73), a modo de inherencia moral de respeto que siempre circunda y acompaña a la persona. Ahora bien, por lo mismo que tal área de dignidad no es físicamente demarcable, su alcance habrá de establecerse prudencialmente.

Igual ocurre con el ruido. Imposible pretender vivir sin molestia alguna. Pero insufribles los ruidos que llegan a ocasionar incluso alteraciones de la salud. La divisoria entre lo que razonablemente se debe soportar y aquello otro que se tiene derecho a impedir no es susceptible de fijación general exacta, cuantificada. Aunque el nivel de sonoridad pueda medirse hoy día con exactitud, la determinación de lo que jurídicamente constituye agresión a la esfera ajena habrá de matizarse, habida cuenta de cuál sea y a qué se dirige la actividad generadora y el grado de la molestia (74).

Asimismo, en punto a «calidad de vida», el principio de no degradación del medio ambiente es una exigencia jurídica de orden público, pero las aplicaciones concretas requieren, como gráficamente se ha dicho, «hacer balance» de los pros y los contras que en cada caso se presentan en orden a aprobar o rechazar una iniciativa de establecimiento industrial, aun presentada como socialmente beneficiosa (75). La decisión implica así un juicio práctico sobre el peso y el valor respectivo de unas y otras razones.

---

(73) BLOUSTEIN: *Privacy as an Aspect of Human Dignity: an Answer to Dean Prosser*, «N. Y. U. Law Rev.», 1964, pp. 962 y ss. Sobre la cuestión, *vid.*, asimismo, el sugestivo trabajo de GEREY: *Redefining Privacy*, «Harv. Civ. Rights-Civ. Lib. L. Rev.», 1977, pp. 233 y ss.

(74) *Vid.* sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1985, que da lugar a indemnización por perjuicios personales sufridos por la actora, a causa de ruido producido por la circulación rodada. La Sala *pondera* el hecho alegado de que la desviación del tráfico acordada por el Ayuntamiento era ineludible, frente a las alteraciones físicas y psíquicas sufridas por la recurrente, para llegar a la conclusión de que aquella circunstancia no enerva la obligación de resarcir.

(75) CABALLERÓ: *Essai sur la notion juridique de nuisance*, París, 1981, p. 93, donde da noticia del «Arrêt Ville Nouvelle Est», de 28 de mayo de 1971, en el cual el Consejo de Estado francés introduce *le principe du bilan*, principio que en otro caso posterior (de 20 de octubre de 1972) aparece igualmente recogido, toda vez «qu'une opération ne peut être déclarée d'utilité publique que si les atteints à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvenients d'ordre social ou l'atteinte à d'autres intérêts publics qu'elle comporte, ne sont pas excessifs au égard à l'intérêt qu'elle présente».

Tales estimaciones despliegan confrontación muy específica y canalizada en el caso de que las directrices o las normas jurídicas insinúen una prevalencia de algún derecho de la personalidad sobre otro. Pues entonces el razonamiento se orienta a mostrar que se está en la hipótesis prevista y a evidenciar con argumentos a mayor abundamiento lo razonable y justificado de la preferencia normativamente establecida, como acontece, por ejemplo, en los muy frecuentes supuestos de encuentro polémico del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, con la invocada libertad de información y el derecho a saber (76).

Ocurre, en definitiva, que los derechos de la personalidad, al implicar reajustes entre los que asisten a unas y a otras personas o entidades, reajustes de imposible deslinde por hitos materiales, han de significar y dar lugar a hitos argumentales. El confín o confines recíprocos se obtienen así mediante ponderaciones de *prudencia iuris*. Pone ésta en juego de modo decisivo la capacidad de apreciar objetivamente las realidades que conciernen a la acción humana y a la dignidad de la persona a fin de hacerlas normativas según su índole e importancia (77).

Esta dialéctica argumental no es fruto de preconcebida cautela, sino que la propia materia no se presta a otra cosa. La posición jurídica de las personas supone considerar la alteridad, la reciprocidad, el particularismo de la situación. Por lo que, según las hipótesis, suscita variables razones. Estas hablan por sí y afloran en cuanto se precise elaborar un texto apto para reflejar y conferir ordenación adecuada a la cuestión de que se trate. Tal, por ejemplo, la Ley española de 5 de mayo de 1982, cuya exposición de motivos presupone que la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y del uso de la imagen esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por las pautas de comportamiento de la propia persona. O cuando jurisprudencialmente se declara: «Para que exista violación del principio de igualdad es preciso que el tratamiento desigual esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable, y en cuanto son distintas figuras, el dotar de un mayor contenido a la adopción plena y equipararla a la filiación por naturaleza no significa para los adoptados de forma simple una discriminación» (78). Las diversas posiciones jurídicas correspondientes

---

(76) «La crítica periodística [...], a cuyo cuidado se hallan confiados intereses de indudable trascendencia social o comunitaria, y que constituyen una exigencia pragmática indispensable [...], se halla limitada por el correlativo deber de respetar el patrimonio moral del enjuiciado o criticado, que constituye uno de los sagrados derechos de la personalidad y como tal acreedor a la debida protección civil y penal [...]». (S. de 8 de junio de 1979.) Ponderaciones jurisprudenciales de muy minucioso planteamiento en línea similar encuéntrase, entre otras muchas sentencias referentes a la libertad de prensa y derecho a informar que compete al periodismo, en las de 20 de diciembre de 1977, 24 de julio de 1982, 9 de diciembre de 1982, 26 y 29 de enero de 1983, 3 de mayo de 1983, 31 de diciembre de 1983 y 10 de abril de 1984.

(77) Acerca de la «puesta en juego de criterios ponderativos», *vid.* sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 31 de octubre de 1983.

(78) *Cfr.* Tribunal Constitucional, sentencia de 4 de mayo de 1983.

a personas distintas originan razones peculiares no susceptibles de la misma unidad de medida. Contrapuestos derechos de la personalidad ofrecen así base tópica de la que brotan razones arguyentes, con frecuencia encontradas, que evidencian la necesidad de recíproca mensura y armonización. Los argumentos bullen en las fórmulas expresivas de cada uno de estos derechos a los cuales mantienen en constante tensión hermenéutica. Esta tensión subsiste incluso cuando los textos legales les confieren consideración de derechos fundamentales. De modo que aun entonces las opciones últimas requerirán, en múltiples supuestos, complementaria tarea de reajuste y esclarecimiento jurisprudencial. En suma, vienen a configurar *sedes materiae* donde se hallarán criterios para sustentar protección y atinar acerca del recíproco respeto y prerrogativas que son inherentes a la condición humana en el caso de que se trate.

Las enunciaciones del contenido y alcance de estos derechos se nos presentan así como *loci argumentorum* en orden a perfilar y defender la posición jurídica correspondiente a la persona. Sirven de base argumental para la definición y defensa de su plenitud en el sector a que concretamente se refieran. En ellas se habrán de buscar y encontrar razones dialécticas y persuasiones específicas acerca de las cuestiones prácticas que se susciten. Y de este modo cabrá establecer sucesivas puntualizaciones acerca del alcance mayor o menor, de la inclusión o no inclusión de puntos y contingencias concretos dentro del área de protección inherente a la persona. Tal es, probablemente, desde el punto de vista metodológico, la consideración adecuada del cometido o función a que han de responder las enunciaciones legales, jurisprudenciales o doctrinales de los derechos de la personalidad.

No necesitan las mismas ofrecer puntualizaciones del todo acabadas, sino, muchas más, criterios congruentes con exigencias intrínsecas de la personalidad. No mandatos de circunscrita y cerrada literalidad, sino exigencias del ser humano expresadas en forma de regla. Pautas directivas de un respeto y del mantenimiento de una dignidad a través de las vicisitudes por donde ha de trashumar la plenitud de lo humano. Por eso mismo, no sólo son soporte de argumentos, sino argumentos en sí mismas. Argumentos dirigidos a señalar campos de recíproco respeto y directrices de la expansión inherente al espíritu humano. Se trata, por lo común, de vigilar extralimitaciones y de resolver acerca de la extensión o no extensión de la esfera de la personalidad hasta la zona o atributo objeto de controversia.

## 12. INTENSIFICAN LAS CONSECUENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

De ahí que tenga tan significativo valor la idea de intromisión. Es ésta, en sí misma, por su propio sentido, una idea tópica, pues hace referencia a unos confines, siquiera inmateriales, siquiera de fijación prudencial, que resultan vulnerados, traspasados. Expresa la acción

de introducirse sin derecho en una dignidad, jurisdicción, oficio o propiedad. Pero en el Derecho civil de daños cobra peculiar valor en cuanto injerencia en la esfera moral de otro, como incursión lesiva en una integridad espiritual y de dignidad que se debe respetar. La noción ha encontrado, tradicionalmente, aplicaciones concretas en el delito de intrusismo profesional. Pero es evidente que en materia de derechos de la personalidad encierra un valor general, susceptible de apreciarse allí donde resulte invadido por un tercero el círculo de respeto y de prerrogativas inherente a la personalidad. Así, en la Ley de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, artículo séptimo, se enumeran diversos supuestos de intromisiones ilegítimas, todos los cuales suponen traspasar «el ámbito protegido», sustraer o desvelar elementos del mismo. Trátase siempre de variadas formas de penetración y quebrantamiento de las fronteras del entorno de dignidad propio de la persona.

En sede litigiosa, la intromisión ilegítima arguye, en definitiva, una extralimitación abusiva del demandado. Su presencia injustificada, su actividad dominativa, su intervención activa en una zona que en modo alguno le corresponde. A evidenciar tal vulneración habrá de orientarse tanto la prueba como el razonamiento del demandante. Razonamiento consistente en hacer patente y señalar la incursión perpetrada. Actividad ésta de marcado carácter monitorio, de denuncia tópica.

La tópica de la intromisión se esclarece sobre la base de que todo el Derecho de daños tiene como objeto propio la protección de la esfera jurídica de la personalidad considerada en su plenitud; esto es, abstracción hecha de las defensas peculiares correspondientes a los distintos derechos que compongan o se integren en tal esfera. Porque para recabar, por ejemplo, la propiedad de una cosa incluida en el cúmulo del patrimonio se dispondrá de la acción reivindicatoria, o de las confesorias si de servidumbres se tratara, y así sucesivamente. Pero al defender la plenitud como tal, entrará en juego la acción por daños dirigida genéricamente a obtener el resarcimiento de cualquier menoscabo. Pues al exigir responsabilidad civil lo que se defiende es, precisamente, la integridad de esa plenitud, cuya reposición procura en caso de perjuicio injusto. Ahora bien, al afectar al patrimonio moral de quien sufrió la lesión, el menoscabo se especifica en calidad de agravio.

Es éste un vocablo de fuerte raigambre, de intensa fuerza dramática en nuestras letras clásicas, en donde aparece propio al matiz (79), modernamente recogido en el Código penal, especialmente

---

(79) Especialmente frente a la *afrenta*: «[...] la afrenta viene de parte de quien la puede hacer, y la hace, y la sustenta; el agravio puede venir de cualquier parte [...]. Cfr. *Don Quijote de la Mancha*, parte II, cap. XXXII. En cambio, ofrece mayor coincidencia con el «tuerto». SEBASTIÁN COVARRUBIAS, en su delicioso *Tesoro de la lengua castellana*, hizo notar que «de este término usan mucho las escrituras castellanas antiguas y particularmente las Leyes de Partida». «Tuerto» o «entuerto» son resultado de «entortar», o sea, dejar tuerto o malparado a alguien en su ser o en su estima, siempre por derivación del «torquere» latino; de él procede, asimismo, el «Tort» británico.

cuando ordena la indemnización de los perjuicios causados al agraviado y a los terceros. Ultimamente, la referida Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona le presta acogida en un sentido que busca ser genuino (80). Pues ocurre que, no obstante la parangonable y genérica asimilación a efectos prácticos con el perjuicio, bascula éste expresivamente hacia la vertiente patrimonial, en tanto el agravio lo hace hacia la de carácter espiritual, al significar la palabra o acción que hiere a otro en su dignidad. De agravio se trata, en efecto, en las más comunes incidencias que afecten a derechos de la personalidad, pues tales derechos actualizan una dignidad, la cual clama por la más eficaz y rápida reacción inhibitoria frente a cuanto venga a conculcarla; requiere satisfacción, providencias expresamente excluyentes del proceder lesivo, e inmediata reposición de la persona en el respeto y en las prerrogativas que le son propias.

Por eso los derechos de la personalidad reportan intensidad de consecuencias a la responsabilidad civil, al acarrear hacia la misma e incorporar a su régimen una efectividad concluyentemente propia de la satisfacción de agravios. El artículo 1902 del Código civil, en las hipótesis a que se refiere, establece la obligación de reparar el daño causado. Pero del artículo 9.2 de la Ley de Protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen, resulta, además, que la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados.

Esta adición legal de efectos no constituye, en rigor, verdadera novedad, pues ya venía declarada por nuestro Tribunal Supremo. Pero conviene recalcar que brota, probablemente, por la confluencia del resarcimiento material con la reparación de los agravios a la persona. Así, la sentencia de 7 de febrero de 1962 declaró que en el Derecho patrio están incluidos en la acción de resarcimiento establecida por el artículo 1.902 del Código civil, las lesiones contra el honor, según ha reconocido muchas veces la Jurisprudencia; señalando que esa tutela en vía civil es amplia, debiendo abrazar todas las manifestaciones del sentimiento de estimación de la persona, y otorgar al ofendido no sólo el poder de accionar contra el ofensor para el resarcimiento de los daños, sino también la facultad de hacer cesar, si es posible, el acto injurioso y de hacer reprimir el medio con el que el mismo haya sido realizado y pueda ser divulgado, y precisamente porque se trata de la tutela de la integridad moral, que es un derecho de la personalidad, la acción civil encuentra buen fundamento aunque se dirija tan sólo a obtener el reconocimiento de la ilicitud del compor-

---

(80) *Cfr.* Ley 62/1978, de 26 de diciembre, art. 4, n.º 5.

tamiento del ofensor. Y, de modo expreso, la muy lograda de 10 de diciembre de 1980 señala que *«la necesidad de poner término a la producción dañosa ha de ser calificada como efecto jurídico del agravio, y en tal sentido si ya añejas resoluciones de este Tribunal han dado viabilidad a la acción de condena a la adopción de las medidas necesarias para evitar la continuación de las intromisiones ilícitas [...], otras posteriores declaran que la protección de los derechos no se contrae a la reparación de los perjuicios ya originados, sino que han de extenderse a las medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones»* (81).

De este modo, el ejercicio de la responsabilidad civil, además de la dimensión dirigida al resarcimiento, abarca, eventualmente, la orientada a impedir nuevas perturbaciones y despojos, a restituir al perjudicado a la situación previa a la lesión sufrida, así como a prevenir ulteriores intromisiones mediante explícitas cautelas conminatorias. Efectos muy cercanos a los de la tutela interdictal aparecen así sobrepuestos en las acciones recabatorias de responsabilidades civiles. Con la particularidad digna de reseñarse de quedar abierto asimismo el cauce de la llamada acción de jactancia, de mero carácter declarativo acerca de la ilicitud de una conducta, siquiera no se hubieran producido perjuicios resarcibles. Mediante la misma se conminará al demandado a que interponga las acciones correspondientes a la inactiva que hubiera proferido contra el demandante, aportando la correspondiente prueba, con apercibimiento de que, si no las interpone, se le condenará a «perpetuo silencio» respecto de la denigración objeto de controversia.

Pero no acaba aquí la intensificación de consecuencias operada en la responsabilidad civil por la virtud misma del respeto que merece el área moral de la personalidad ajena. Deben reseñarse en tal sentido otras dos manifestaciones de señalada importancia. De una parte, la mengua del significado de la culpa del agente y, de otra, la presunción de daños efectivos.

En un contexto social en que la responsabilidad objetiva gana terreno de día en día, la culpa, como tal, tiende, sin lugar a dudas, a perder mucho de su tradicional valor como presupuesto independiente. Pero, a pesar de ello, las decisiones jurisprudenciales referentes a daños patrimoniales, siquiera sea para diluirla en otros factores intervinientes, suelen ofrecer consideraciones nimiamente calibradas acerca de la misma. Y esto es lo que no sucede, o sucede en mucha menor proporción, al tratarse de daños morales. Los atentados a la dignidad de la persona suelen ser apreciados sin apenas plantear ni considerar la actitud subjetiva de quien los generó. Y se comprende que así sea, pues la expoliación de la dignidad ajena es acaecimiento que se centra en el agraviado, respecto de cuya posición jurídica habrá de apreciarse. Toda difamación se constata por la pérdida de conceptua-

(81) Esta importante sentencia cita e invoca las de 28 de junio de 1913, 24 de febrero de 1928, 23 de diciembre de 1952, 5 de abril de 1960 y 14 de mayo de 1963.

ción objetivamente inferida a otro, lo cual contraviene al principio *neminem laedere*, de fuerte que encierra antijuridicidad *per se*. Si se examinan las más expresivas sentencias civiles dictadas por nuestro Tribunal Supremo en materia de atentados a la dignidad ajena, desde la muy conocida de 6 de diciembre de 1912 hasta las más recientes, aun sin dejar de sustentar en la mayoría de los casos su razonamiento en el artículo 1.902 del Código civil, apenas o escasamente encierran ponderaciones acabadas acerca de la culpa subjetiva de quien provocó el correspondiente agravio.

La antijuridicidad de la difamación aparece asimismo reconocida de modo virtualmente unánime en el Derecho Comparado bastante al margen de reflexiones averiguativas acerca de la presencia de culpa (82). Se entiende que existe difamación desde que se haya causado a otro un menoscabo de su reputación apreciado con arreglo a criterios tan objetivos como son el buen juicio de las personas razonables y el sentido u opinión común dominante en el medio social de que se trate (83). Es especialmente elocuente en este sentido la tradición anglosajona, en la cual las diversas acciones por difamación, tanto de *libel* como de *slander*, ofrecen de común, en principio, la ausencia de examen acerca de la intención del ofensor, ya que aun las originadas por sentimientos de compasión determinan responsabilidad si efectivamente causan desmerecimiento en el concepto público (84).

Responde ello, en definitiva, a que el agravio a la estima o concepción de la persona no opera mediante percusión inmediata, sino mediatamente, por previa penetración en el contexto social, contexto del que pueden formar parte componentes ciertamente imprevisibles y en función del cual se consume y se mide el desdoro; pero con la particularidad de que tal penetración tiene lugar objetivamente, al tratarse de un hecho que tiene como destinatario al público como tal. Y sobre todo porque en esta materia la pérdida sufrida en lo esencial de su persona por el agraviado es tan vehemente que acarrea la apreciación de cuantos subjetivismos pudieran entrar en consideración, al menos en un primer examen del punto debatido, *in limine litis*. Estamos así ante una tendencia muy significativa en el actuar de la responsabilidad civil, pues implica una cierta abstracción de la idea de culpa, abstracción que acentúa la debilitación de este requisito que la teoría del riesgo creado había traído a la dinámica de la responsabilidad civil.

---

(82) MCGREGOR: *Personal Injury and Death*, loc. cit., cap. 9.

(83) Suele citarse en la Jurisprudencia británica el conocido *dictum* del Juez ATKIN, síntesis descriptiva de la «Defamation»: «[...] would the words to lower the plaintiff in the estimation of right-thinking members of society generally» (*Sim. v. Stretch*, 1936, «All England Law Reports»), p. 1.237; así como referencias a otros paradigmas igualmente objetivos: «Ordinary decent folk in the community taken in general» (*Gardiner v. Fairfax*, 1942, «State Reports», New South Wales), p. 172.

(84) Véase GATLEY: *On Libel and Slander*, 1960, números 275 y ss. Tendencia de alguna manera mitigada en ciertas hipótesis por la *Defamation Act*, de 1952, en las cuales se permite al presunto difamador formular una «offer of amends», o publicación rectificadora por el mismo medio y forma con que se causó el agravio.

Pero, por otra parte, irrumpe la presunción de mediar daños efectivamente causados. La Ley de 5 de mayo de 1982, artículo 9.3, señala que «la existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión». El área de respeto inherente a la persona no es, en efecto, un vacío en el que pueda penetrarse impunemente, sin perjudicar, sin producir fisuras, sin desplazar contenidos ni causar menoscabos. Por el contrario, es un área repleta de calidades y de dignidad, pues rebosa plenitud. De modo que el perjuicio, en principio, es consecuencia de la mera incursión. Porque siempre habrá, al menos, un espíritu hollado, a más de las denigraciones específicas que por lo común se habrán producido en los sentimientos, en el mundo interior o en la concepción social del agraviado. De ahí que tenga pleno sentido en todo caso de intromisión ilícita presumir la existencia de perjuicios resarcibles. Lo cual es de capital importancia para el moderno Derecho civil de daños. Pues si las presunciones de culpa redundaron en muy significativa evolución de esta rama jurídica, las de daños apuran al máximo la progresión de la misma hacia aún más avanzadas metas. La responsabilidad civil que ha venido basada en una inquisición analítica de los presupuestos legalmente establecidos al efecto, tiende así a evolucionar hacia apreciaciones prudenciales en las que los juicios de conjunto y quizá de equidad, e incluso de intuición global, propenden a sintetizar, superar y sustituir al examen pormenorizado de cada uno de sus tradicionales pilares de apoyo, como tan frecuentemente se aprecia en nuestra Jurisprudencia.

Pero importa ahora mostrar que, además de ese incremento en intensidad, los derechos de la personalidad traen a la responsabilidad civil un notable aumento de su extensión, es decir, de la temática que le está confiada.

### 13. EXPANDEN EL CAMPO DE LOS DAÑOS CIVILES ATÍPICOS

Por lo mismo que no se encuentran definidos con cartesiano rigor, sino explicados a modo de criterios referentes a contingencias variables, expresión de un espíritu mucho más que de una letra, los derechos de la personalidad expanden de continuo su presencia y aplicabilidad a nuevos niveles y campos de problemas. De ese modo extienden de continuo el campo de los daños resarcibles. Pues hacen patentes nuevos sectores y contornos de la esfera personal que, caso de sufrir menoscabo, han de ser afirmados y protegidos mediante las indemnizaciones pertinentes. Es una dialéctica que lleva aparejada tensión abierta, la cual redundará en matización y ensanchamiento operativo de la responsabilidad civil.

De cada núcleo de cuestiones parten y se ramifican nuevas vetas determinantes de otras tantas líneas de avance y de sucesivas aplicaciones. Lo cual acontece en la experiencia jurídica de todo el mundo occidental. El honor, centrado primeramente en la persona como tal, aplícase asimismo a sus actividades profesionales, artísticas y comerciales. La identidad, antes referida al derecho al nombre, propende en la Jurisprudencia comparada, especialmente en la estadounidense, a eventuales expansiones protectoras frente a la peculiar manera de ser vista la persona por la opinión común (85); con la particularidad de haberse suscitado tal cuestión incluso en planteamientos relativos a la línea de conducta en la vida doméstica (86), o acerca de si se ha actuado como particular o como agente público (87), o respecto de la asignación inexacta de una determinada militancia política (88), o al caso de un deportista aficionado que al ser presentado como profesional dedujo litigio muy invocado posteriormente (89). La integridad física tradicionalmente referida a mutilaciones funcionales abarca ahora incluso alteraciones de índole emocional (90). La protección de la salud, cifrada en otro tiempo en la prevención epidemiológica, refiérese hoy a la calidad de vida, la defensa del medio ambiente y la sanidad de los alimentos. ¿Quién iba a decir que las situaciones de irritación o desaire en reuniones sociales podrían llegar a suponer daño resarcible? (91). ¿Cómo cabría suponer que el fastidio ocasionado al domicilio ajeno mediante exagerado número de llamadas telefónicas obtendría en Gran Bretaña consideración de intromisión ilegítima? (92). Redobladas exigencias de diligencia profesional amplían hoy las correspondientes responsabilidades. Si en 1888 se desestimó una reclamación por información económica negligente que condujo a sufrir pérdidas, en 1963 el propio juzgador (*House of Lords*) sancionó, en tal caso, la obligación de resarcir por parte de la entidad bancaria (93). Por

---

(85) *Vid.* PROSSER, *Law of Torts*, St. Paul, Minn., 1971, pp. 812 a 814, sobre «False Light in the Public Eye», con muy variados casos de daños consistentes en desfigurar la individualidad ajena.

(86) McCURDY: *Torts between Persons in domestic Relations*, «Harv. L. Rev.», n.º 43, pp. 1.030 y ss.; acerca de la posterior evolución jurisprudencial en esta materia, *vid.* CLARK: *The Law of domestic relations in the United States*, St. Paul, 1968, pp. 225 y ss.

(87) *Gertz v. Robert Lech Inc.* (418, U.S., 1973), p. 339, y especialmente en el muy conocido caso *New York Times Co. v. Sullivan* (376, U.S., 1964), p. 254.

(88) *Garriga v. Richfield* (20, N.Y.S., 1940), p. 544; *Steinman v. Roberts* (257, N.Y.S., 1965), p. 695.

(89) *Tolley v. J. S. Fry and Co.* (A.C., 1931), p. 333.

(90) *Vid.* PROSSER, *op. cit.*, pp. 327 y ss.

(91) *Vid.* al respecto las interesantes notas críticas a variadas decisiones jurisprudenciales en «Harv. L. Rev.», 49, p. 840.

(92) *Stoakes v. Brydges* (Q.W.N., 1958), p. 50; *Alma v. Nakir* (N.S.W.R., 1966), p. 396. *Vid.* referencia a tal hipótesis en HEUSTON, *Salmond on the Law of Torts* (17 ed. cit.), pp. 34 y 35.

(93) Frente al caso *Priestley v. Stone* (T.L.R., 1888), p. 730, en idéntico supuesto, destaca con significativo contraste *Hedley Byrne v. Heller and Partners* (A.C., 1964), p. 465, lo cual ha sido estimado como una «Americanisation of English Law» (Heuston, *op. cit.*, p. 210).

eso ha podido hablarse de una continua apreciación de nuevos daños, *invention of new torts* (94). De ahí que en asunto de tan dinámica ramificación no sirvan concepciones cerradas.

A la vista de nuestra jurisprudencia cabe hablar, en efecto, de una ilicitud abierta. Pues «se rechaza por errónea la teoría de que no incurre en responsabilidad derivada de culpa o negligencia quien se halla respaldado por una legalidad, y su actuación se conforma con el Derecho establecido, porque tal tesis permitiría, olvidando el carácter subjetivo de esta responsabilidad y contra los más elementales principios de la moral y del Derecho, amparar actos u omisiones productores de un daño de los que se tiene plena conciencia de su resultado, y, por ello, al ser previsibles, el artículo 1.902 del Código civil los considera generadores de una responsabilidad, para cuya exigencia no es necesaria, conforme a su texto, su previa ilicitud (95). De esta forma es posible apreciar daños resarcibles al margen de previsiones este-reotipadas o de mandatos específicos.

La sostenida apertura hacia nuevas aplicaciones, hacia la constante actualización del contenido y las manifestaciones de los derechos de la personalidad, se hace efectiva a través de apreciaciones de buen juicio. La idea de «*judicium*» ocupa aquí lugar clave. También en este punto Vico ofrece línea de continuidad con la tradición romanista (96). Nútrese su metodología tópica de un *sensus communis* cuyo principal momento se encuentra en ponderadas estimaciones que actúan habida cuenta de las circunstancias concurrentes, en consideración a lo particular, por lo que no pueden ser suplantadas por la visión científica, pero siempre con mantenida orientación hacia el bien común (97). Se trata así de lo que ha podido considerarse «juicio de existencia» (98). En ello estriba la diferencia entre juicio y abstracción, pues mientras ésta capta la esencia, el juicio aprecia las realidades mismas (99).

Ahora bien, la oportunidad de ejercitar el juicio recto en la materia que nos ocupa surge por lo común con ocasión de reclamaciones por daños. Pues al recabar resarcimientos se hace preciso hacer patentes unas consecuencias lesivas. Lo cual supone definir, e incluso redefinir, qué era lo propio de la plenitud humana; en definitiva, averiguar si ésta abarcaba el aspecto cuyo menoscabo se denuncia. Para evidenciar perjuicios se hace preciso mostrar que lo negado o vulnereado se encontraba incluido en el ámbito del demandante. Ambito que ha de examinarse a tal efecto en su propia dinámica. De modo

(94) *Salmond on the Law of Torts*, cit., p. 16.

(95) Sentencia de 7 de enero de 1960, seguida de otras muy abundantes en la misma línea.

(96) CAPONI: *Time and Idea: The Theory of History in G. B. Vico*, Chicago, 1953; VAUGHAN: *The political Philosophy of G.B. Vico*, La Haya, 1972.

(97) J. B. VICO: *De nostri temporis studiorum ratione*, «Opere», cit., II, p. 125.

(98) Cfr. HUSSERL: *Erfahrung und Urteil* (ed. 1939), pp. 23 y ss.

(99) GILSON: *El realismo metódico* (trad. esp. 1952), pp. 30 y ss., así como en *La unidad de la experiencia filosófica* (trad. esp. 1960), pp. 65 y ss.

que la posición jurídica de la persona replantea así continuas precisiones esclarecedoras de su alcance. Precisiones que han de resolverse mediante profundo análisis. Pues éste descubre y declara aspectos y contenidos anteriormente quizá no suscitados, proyecciones inherentes al ser y al estar acaso no reconocidas previamente al no haber surgido siquiera la eventualidad técnica determinante de su amenaza.

De ahí que las reclamaciones de resarcimientos de daños hayan proporcionado, y proporcionen, las ocasiones más significativas para hacer eficaz y afirmar la presencia y expansión de los derechos de la personalidad.

Recuérdese, en tal sentido, el sesgo general de nuestra Jurisprudencia. En reclamación sobre resarcimientos en vía civil, se declara que «la honra y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima» (100). En un caso de similar planteamiento se puntualiza que el derecho a usar un apellido «no está en el comercio de los hombres, pues es un bien imprescriptible cuyo destino es mantener la unidad de la familia» (101). En pleito reclamatorio de indemnización, se proclama el derecho a la «fama y honor profesional» del médico (102). Recae pronunciamiento acerca del «crédito y el prestigio necesarios para el desarrollo del comercio» precisamente como premisa que faculta a los injuriados para ejercer la acción civil dirigida a exigir la debida reparación y obtener la indemnización proporcionada a los daños (103). Se llega a ordenar una reparación indemnizatoria en razón incluso de haber ocasionado el perjuicio consistente en hacer perder a una persona «la alegría de vivir» (104). Y, en términos generales, se proclama que «en el Derecho patrio están incluidas en la acción de resarcimiento establecida por el artículo 1.902 del Código civil las lesiones contra el honor (105).

En fin, las declaraciones sobre los derechos de la personalidad formuladas en conexión con reparaciones de responsabilidad civil podrían multiplicarse. Y ello no sólo en España, sino de modo virtualmente uniforme y general, como lo atestigua el Derecho comparado (106). La cuestión de la existencia o del alcance de los derechos que nos ocupan propende a plantearse, en suma, en versiones descriptivas de daños. Y es lógico que así ocurra, porque al padecer lesión es cuando delatan su presencia y cuando reaccionan, y no, en cambio, durante la normalidad de su respeto y ejercicio.

Por eso mismo, los derechos de la personalidad expanden de continuo el campo de los daños civiles atípicos. Toda la materia de la responsabilidad civil ofrece de por sí, en contraste con la responsabilidad

---

(100) Tribunal Supremo, sentencia de 6 de diciembre de 1912.

(101) Tribunal Supremo, sentencia de 16 de junio de 1916.

(102) Tribunal Supremo, sentencia de 14 de diciembre de 1917.

(103) Tribunal Supremo, sentencia de 31 de marzo de 1930.

(104) Tribunal Supremo, sentencia de 9 de diciembre de 1949.

(105) Tribunal Supremo, sentencia de 7 de febrero de 1962.

(106) Vid. OLLIER y J. P. LE GALL: *Violation fo the Rights of the Personality* (Int. Enc. Comp.), lib. XI, *Torts*, 1983, ch. 10, III, pp. 10-70.

penal, marcada atipicidad (107). Pero es que al entrar en juego los derechos de la personalidad esa atipicidad resulta connatural. No podrían éstos configurarse si vinieran acotados por tipos excluyentes y descripciones cerradas. ¿Cómo iban a guardar congruencia con los desarrollos de la personalidad? ¿Cómo podrían acomodarse al fluir histórico en que la persona vive? Flujo que, sin menoscabo de la dimensión esencial y permanente de su ser, es constante e implica continuo devenir de circunstancias y oportunidades. ¿Sería admisible encasillar atributos que afectan de modo primordial a la dignidad humana? La plenitud que es inherente a su progresión reclama una actitud receptiva de los más variados e incluso sorprendentes supuestos nuevos, lo cual redundará en incremento de las eventualidades lesivas.

De esta manera el Derecho civil de daños y los derechos de la personalidad operan en recíproca complementariedad. Porque estos derechos, por lo común, insinúan su presencia y su dinámica delatando situaciones que el buen juicio aprecia como lesivas y acreedoras al resarcimiento. Y, a la inversa, el régimen de los daños civiles culmina su función de salvaguardia de la esfera jurídica de la personalidad al abarcar y proteger calidades referentes a la profundidad y al particularismo infungible de lo humano que en modo alguno cabe desconocer o infravalorar. El buen juicio implica así «saber ver a la persona, descubrir al prójimo con cuanto le es inherente y propio» (108). De modo que se hace precisa una óptica sensible a matices acaso singulares e irrepetibles, pero que pueden llegar a ser punto central de la reclamación planteada.

Habrán de tenerse en cuenta al efecto el conjunto de dimensiones esenciales en todo caso propias del ser humano. Pero además de tal referencia objetiva y común, deberá poder contar el rasgo de la subjetividad que acaso aparezca ocasionalmente, como peculiaridad a respetar a una persona en una específica circunstancia, o como actividad lícita de su modo habitual de vida. Es la singularidad de lo personal que sin salir del campo de lo razonable se manifiesta en variados designios humanos merecedores de protección jurídica. Tal, por ejemplo, que la imagen a publicar de persona ya fallecida sea precisamente la elegida por su único hijo (109); o que, en tanto posible, se atienda y respete el estilo personal de vivir cada uno su propia tranquilidad espiritual (110); o que resulte pertinente añadir una partida indemnizatoria en favor de pianista que por imprudencia ajena sufre la pérdida de un brazo y cuyo descanso habitual consistía en jugar semanalmente al tenis, de suerte que al resarcimiento por in-

---

(107) Vid. ALPA-BESSONE: *Atipicità dell'illecito*, Milano, 1980, pp. 222 y ss.

(108) MAX SCHELER: *Esencia y formas de la simpatía* (trad. esp.), Madrid, 1943, pp. 47 y ss.

(109) FELCHER-RUBIN: *The descendibility of the Right of Publicity*, «Yale L. J.», 89, 1980, p. 1.125.

(110) MAGRUDER: *Mental and emotional Disturbance in the Law of Torts*, «Harv. L. Rev.», 49, p. 1.033.

capacidad laboral se suma un plus por privación de ese esparcimiento incorporado a su concreto modo de vida (111).

Incontables serían, en definitiva, las posibles ejemplificaciones. Sencillamente porque la vida humana y las proyecciones positivas de su dimensión ética y de sus posibles implicaciones en modo alguno cabría prefijar. Incluso cuando pudieran encontrarse involucrados, de alguna manera, aspectos recriminables, la consideración debida a toda persona veda descalificaciones globales o precipitadas y denigraciones del respeto que comúnmente le es debido (112). Respeto debido que postula reconocimiento particularizado y matiz peculiar al tratarse de actitudes, afecciones o lealtades invocadas en juicio de modo expreso como características esenciales del peculiar nivel de dignidad de la propia existencia.

De esta suerte, particularidades relevantes de la vida personal se traducen en apreciaciones que escapan no sólo a toda previsión en acuñaciones legales, sino a cualquier anquilosamiento sobre bases prefijadas en orden a fundar pretensiones de resarcimiento. Los menoscabos indemnizables se diversifican constantemente. Se alteran sus modalidades predominantes; varía el grado de verosimilitud de los diversos eventos lesivos; se modifica la valoración de las situaciones; se presentan contingencias nuevas que el buen juicio puede estigmatizar como intromisiones en la esfera personal. Por eso el Derecho civil de daños alcanza hoy aplicaciones antes ni siquiera sospechadas en virtud de un constante seguimiento defensivo y renovador de lo que progresivamente se declara como ámbito propio del respeto debido a la persona. Respeto y prerrogativas cuyo alcance, al venir enmarcado en perfiles que han de fijarse en virtud de apreciaciones prudentiales, se remodela en virtud de un incesante rebrotar de argumentos actualizadores.

#### 14. DAN RAZON LOCALIZADA DE PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

La sustancia argumental operante en los derechos de la personalidad viene a consistir, en definitiva, en principios generales del Derecho convenientemente referidos y aplicados a la posición jurídica de la persona. Principios que de ese modo obtienen un cierto grado de concreción. Pero de concreción nunca oclusiva, dada la esencial apertura que esa posición jurídica lleva implícita y de continuo mantiene. Prodúcese sólo la determinación imprescindible para poder indicar el área a que afecte el derecho de la personalidad de que se trate. El cual mantendrá por lo mismo su enlace con el principio o prin-

---

(111) Vid. M. LE ROY: *La réparation des dommages en cas de lésions corporelles: préjudice d'agrément et préjudice économique* (D. 1979), p. 49.

(112) Así, ilustrativamente, *cfr. Restatement of Torts Second; ap. 867*: «One who unwillingly comes into the public eye because at his own fault as, in the case of a criminal, is subject to the same limitations upon his right to be let alone.»

principios que lo inspiran y podrá servir a su vez para sustentar nuevas versiones y aplicaciones. Persiste de ese modo en fluencia siempre abierta la dinámica de estos derechos, los cuales vienen así a dar razón localizada y tópica de principios generales del Derecho.

Entre nosotros, esta conexión con principios se encuentra expresamente reconocida. Ofrece especial significación la tan reiterada sentencia de 6 de diciembre de 1912, en la que la honra, el honor y la fama se declaran protegidos con arreglo a principios «preexistentes». En efecto, en el recurso que se interpuso contra el fallo que había condenado a una indemnización por expoliación de la dignidad personal, se alegó como motivo de casación la extralimitación cometida por el juzgador al no poder apoyarse en una norma legal expresa. Pero tal argumentación fue rechazada. Declaró el Tribunal Supremo que: «[...] el Tribunal sentenciador, al someter el daño moral causado a compensación pecuniaria, no confunde, como se supone, las atribuciones del Poder Judicial con las del Poder Legislativo, pues para ello sería preciso se declarase en disposición abstracta o de carácter general algún derecho nuevo, cosa que aquí no ocurre, porque el juzgador, valiéndose de las reglas de equidad que son máximas universales de justicia universal, se limita, como intérprete de la Ley, a explicar mejor principios jurídicos más o menos clara y distintamente expuestos, pero ya preexistentes, que definen el daño en sus diversas manifestaciones [...]».

La tarea de hacer explícitos esos derechos de la personalidad ha consistido así en «explicar mejor» principios jurídicos ya existentes, máximas universales. Se trata, pues, de una puntualización recaída sobre principios que valían ya antes de la ley, o sea, que eran fuente de Derecho en sentido radical (113). Tal es la vía por la cual se llegó a tales apreciaciones acerca de la dignidad de la persona. Lo propio ha acontecido en nuestra Jurisprudencia posterior. Apreciación asimismo recalada por las decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al afirmar que «el respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho» (114). E igualmente en las diversas Leyes referentes a esta materia. Pues si se profundiza en su elemento radical se apreciará viva, como sustancia informante, la presencia de principios. Por virtud de éstos se vertebran las líneas de los comportamientos socialmente exigibles.

De ese modo los derechos de la personalidad como tales resultan ser condensación de principios generales del Derecho especialmente congruentes con el área de materias o actividades y con la situación personal de que se trate. Son acogidos tales principios no en forma abstracta, sino en versión contrastada y práctica, en consonancia con la temática a la que se refieren. Pero aun así mantienen su aptitud

---

(113) DE CASTRO: *Derecho civil de España* (2.ª ed.), pp. 405 y ss.

(114) Cfr. 15 de mayo de 1964, 12 de noviembre de 1969 y 17 de diciembre de 1970.

como directrices de carácter fundamental en orden a proporcionar coherencia a los diversos desenvolvimientos con los que guardan relación. En este caso su función estriba en efectuar la inserción básica de la persona en el orden jurídico. Inserción consistente en reconocerle y asegurarle una posición jurídica. Posición de rango primario, porque entraña nada menos que la afirmación de la subjetividad del ser humano frente a la objetividad de la naturaleza, y porque en función de la misma se perfila el ámbito que debe atribuírsele (*ius suum cuique tribuendum*) en relación con los demás, pues la consideración de la dignidad ajena, la alteridad, es inherente a la noción de persona.

Precisamente en virtud de ese reconocimiento acontece una significativa individualización, pues los principios generales del Derecho tienen como destinatario a «todos». Todos tienen derecho al respeto, al honor, a la vida, a la integridad física y moral, así como a los restantes atributos que cumulativamente se les confieren. Pero al entrar en efectividad la impronta de la posición jurídica personal produce la concreción y el tránsito referencial desde «todos» a la relación con «cada uno». Y aquí radica el dinamismo que los derechos de la personalidad están llamados a asumir, los cuales no se entenderán concedidos sino reconocidos, y, si acaso, regulados. La persona será no ya mero destinatario del orden jurídico, sino además y sobre todo centro impulsor y fundamento de todas sus aplicaciones; contará no ya en su consideración colecticia y generalizadora, sino singularizadamente, en su particularismo. Pues al tratarse de asegurar a cada uno su posición jurídica se entra ineludiblemente en el plano de las mutuas relaciones; plano cargado de exigencias y de reciprocidades, y en el que se hacen patentes los primarios deberes que conciernen respecto a otras personas, deberes que hacen eficaces los derechos y dan lugar, en su caso, a responsabilidades por los propios actos.

La conexión con deberes es, en el campo de los derechos de la personalidad, como en toda formulación jurídica, esencial y de carácter institucional. A veces se silencia esta correlación, pero no por ello deja de existir y de ofrecer toda su eficacia y consecuencias. Es ésta una observación obvia, pero que conviene recalcar a la vista de generalizadas tendencias a recordar sólo derechos como si no implicaran la existencia de convergentes deberes, como si no actuaran premisas de consideración respecto de otras personas. Tal acontece en especial cuando los derechos de la personalidad quedan formulados en calidad de derechos humanos, de tan vigorosa impronta y autoridad actual, tanto a nivel nacional como internacional, cuyo respeto es condición fundamental para la paz, y que aunque acaso nada se diga, suponen rigurosas obligaciones para con los demás y respecto de la sociedad, como lo han hecho notar los protagonistas mismos de su Declaración (115). Pues si esta dimensión se olvidara, si se los concibiera sólo

---

(115) Vid. MARCH AGI: *René Cassin fantassin des droits de l'homme*, París, 1979, pp. 27 y ss.

como exigencia unilateral, en modo alguno podrían responder a exigencias del bien común (116). Los sistemas establecidos para su protección y efectividad evidencian, como no podía menos de ser, la esencial alteridad que están llamados a proteger y de la que son inseparables (117).

En su papel de concreciones operativas de principios generales del Derecho, los derechos de la personalidad han de trazar directrices ubicadoras de la posición justa de la persona. Sus formulaciones han de insinuar u ofrecer referencias y paradigmas en donde se apunten y sugieran ejemplificaciones, las cuales no habrán de limitarse a ser mero caso de la regla que se desea establecer, sino iluminación positiva acerca de las metas y del sentido hacia donde aquélla propende. La técnica legislativa o doctrinal estriba aquí en recargar las palabras de intensidad dialéctica y de fuerza insinuante. Insinuante de una tensión, de una intencionalidad; en suma, de argumentos tendentes a desvelar *ex tempore*, lo que sucesivamente debe reconocerse como abarcado en la plenitud propia del ser humano. De esa manera, en versión apreciativa de circunstancias, con deliberado margen prudencial, se esbozarán las clarificaciones defensivas y los criterios llamados a informar y regir en el campo concreto a que el respectivo derecho de la personalidad se refiera.

Por venir proyectadas estas concreciones hacia diferentes áreas o sectores de la posición jurídica personal ofrecen referencias acaso fragmentarias o discontinuas, pues versan sobre materias o localizaciones variadas, pero proporcionan un eficaz y cada vez más rico «repertorio de puntos de vista» (118). Pues combinadas entre sí, esas directrices traban una urdimbre inspiradora de múltiples precisiones. No aportan una sistemática cerrada, pero orientan la obtención de soluciones adecuadas a las contingencias surgidas en aquel entorno. Son como líneas ordenadoras de ideas que, en su conjunto, y por la precisión aportada por cada una de ellas, dibujan un modelo orientador e indican qué exigencias convienen a la personalidad humana. Aunque de por sí heterogéneas y concretas, mediante su coordinación determinan el punto de lo que en aquel caso viene a ser razonable y válido. A tal efecto, sin ignorar el sentido riguroso del silogismo, habrá de hacerse uso de él sólo en cuanto sea necesario y esté en consonancia con los criterios y experiencias inscritos en el cúmulo peculiar del problema suscitado. Y así, no por vía de abstracción sino mediante acumulación de concreciones previamente consolidadas como válidas, la conjugación de las mismas conducirá a respuestas de buen

---

(116) Cfr. ANDRÉ-VICENT, *Les droits de l'homme dans l'enseignement de Jean Paul II*, París, 1983, pp. 48 y ss.

(117) Vid. TOHT: *Notions et systemes de protection des Droits de l'homme* (con introducción de A. Fernández), Université de Genève, pp. 89 y ss.

(118) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, 1984, pp. 57 y ss.

criterio. Observar las máximas de una doctrina fue siempre concluyente muestra de compartirla.

Los estratos básicos de la personalidad son, en efecto, propicios a proverbial máximas comúnmente tenidas como verdaderas. Y ésta es otra característica evidencial de un sentido tópico, de una dimensión argumental. Es usual sintetizar en muchos casos su contenido, como lo ha hecho Struck, en listas de proposiciones de sabiduría merecedoras de generalizado asentimiento en relación con variados trances de la existencia humana (119). Trátase de la condensación expresiva de principios prácticos que aquí y allá se materializan en fórmulas jurídicas o se insertan en valoraciones de sentido común, a manera de razón lapidaria aplicable como por evidencia a determinados campos del ser y del obrar de las personas. De ahí que la fuerza arguyente de tales apreciaciones haya sido empleada para expresar el particularismo de múltiples hipótesis lesivas y causaciones de daños, y para sintetizar las correspondientes consecuencias jurídicas (120). Se debe ello a la concreción peculiarmente clarificadora y elocuente que contienen, por lo que sirven como base de razonamiento. Su precisión habla por sí, de suerte que su mera enunciación proporciona razón jurídica suficiente sin necesidad de abundar en otros fundamentos ni de recabar más prolijas razones.

Y no de otra manera se conduce muy frecuentemente la Jurisprudencia que declara la presencia de derechos de la personalidad. Busca muchas veces entresacar y hacer explícitas al efecto ideas sucintas, reglas que encierran nivel ético, sentido de dignidad hacia la persona, o decantadas doctrinas que previamente se encontraban implícitas en el orden jurídico o en el contexto social. Ideas revestidas de concreción y reajuste y por lo mismo acoplables precisamente al atributo o proyección personal que se pretende reafirmar. Así, por ejemplo, la sentencia de 6 de diciembre de 1912 sustenta su razonamiento en esta máxima lapidaria: «La honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo, la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada.» La de 31 de marzo de 1930 aprecia, de entrada, que «tan necesario es el crédito y el prestigio para la vida y el desarrollo del comercio como a los humanos el honor». La de 25 de octubre de 1962, con trascendente énfasis, recalca que «el respeto y reverencia que los hijos deben a los padres no acaba con la muerte de éstos, sino que es debido siempre». Las proposiciones o condensaciones de vigencias referentes a diversas manifestaciones de la dignidad personal susceptibles de traer a colación por su cometido de articulación jurisprudencial serían, en esta línea, abundantes y variadísimas. En su virtud, mediante tales máximas y el valor de principio que encierran, se determina el sentido del problema debatido, se alumbra el área a

---

(119) Cfr. GERHARD STRUCK: *Topische jurisprudenzen*, Frankfurt, 1971, pp. 118 y ss.

(120) Vid. GERRERI: *La responsabilità*, Milano, 1981, pp. 30 y ss., con variado «maximario» de hipótesis y de consecuencias.

que se refieren y se evidencia el criterio inspirador de la respuesta más apropiada.

Opera así una concreción actual o potencial por referencia a una u otra parcela o zona del respeto debido a la persona. Los diversos derechos de la personalidad no han surgido en la práctica de un *a priori*, por deducción abstracta, sino que, por lo común, se han esbozado inductivamente, por vía argumental, a partir y en respuesta a requerimientos que de continuo se presentan en la vida, y que se manifiestan en series de problemas referentes a diversos aspectos de la posición jurídica de la persona, aspectos de alguna manera deslindables. La abstracción mengua aquí de cometido, pues, como bien se ha observado, la consolidación diferencial no puede alcanzarse si no es al versar sobre cuestiones concretas (121).

## 15. PLASMAN COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

Así enmarcada la posición jurídica personal por derechos expresivos de principios generales, sustenta y ofrece especial eficacia ordenadora sobre la vida social. Contiene los módulos de la respectividad entre unas y otras personas en orden al mutuo acatamiento, pues en modo alguno sirve de base a poderes en exclusiva ni de privilegio, ni indiscriminados (*ius omnium in omnia*), sino que viene a dar razón y medida de lo que, objetiva y recíprocamente, es justo (*id quod iustum est*). Razón y medida en las que deberes y derechos se entrecruzan y armonizan afirmando la propia esfera al tiempo que se respeta la ajena. Quien lesione la posición jurídica de otro, incurre en responsabilidad, y quien sufra la invasión podrá recabar reposición y resarcimiento. Opérase de este modo una repartición (*tributio*) de los ámbitos respectivos. Son ámbitos al mismo tiempo defensivos, en cuanto dan lugar a exigir un respeto y, simultáneamente, de positiva significación activa, al abarcar las más variadas prerrogativas de una justa afirmación.

Compréndese por ello el significado constituyente que late implícito en los derechos de la personalidad. Aglutinan y vertebran la vida de relación. Con su vigencia configuran el sustrato y la textura de la vida social. Reportan justicia material, seguridad, incremento de los mutuos intercambios. De ahí que determinen bases adecuadas para indicar confines y trazar competencias dentro del sistema institucionalizado de las relaciones de poder. Sirven de pauta e impronta para las puntualizaciones de carácter formal. Por lo mismo instan de continuo concepción como derechos fundamentales, y de modo gradual y sucesivo la obtienen. De suerte que, progresivamente, prodúcese creciente y recíproca asimilación identificadora.

---

(121) ENGISCH, *op. cit.*, p. 452.

La tópica de los derechos de la personalidad señala el campo de los derechos fundamentales. No es que las enunciaciones respondan a una coincidencia exhaustiva, pues probablemente no todas las proyecciones de la vida personal ostentarán rango fundamental expresamente declarado, pero es lo cierto que indican lugares y áreas de donde los derechos fundamentales han de extraer la «razón práctica» que precisan para obtener implantación efectivamente ordenadora (122).

Ello acontece por la radical conexión con las exigencias de lo humano que van implícitas en los derechos de la personalidad y por la poderosa instancia a obtener reconocimientos palmarios que obra en todo lo que es sustantivo y real. Al dar razón de una consustancialidad con el respeto y las prerrogativas inherentes a la persona, llegan a erigirse en salvaguardia personal *erga omnes*, incluido el Estado. De ese modo determinan una esfera inviolable, al menos teóricamente y como ideario (123). Esta inviolabilidad quizá es reconocida y propugnada primero socialmente, para obtener luego, acaso, sanción formal. O, a la inversa, otras veces los textos y definiciones preceden a las vivencias efectivas. La historia muestra en las más variadas latitudes lo arduo de estos procesos. La ingente labor del Tribunal Supremo de Estados Unidos es ejemplo sobresaliente de ello, como sugestivamente lo mostró Stephen L. Wasby (124).

Con frecuencia se han explicado los derechos fundamentales mediante enlace unívoco e identificador con los llamados derechos públicos subjetivos en función de la teoría del Estado de Derecho. Esbozada ésta inicialmente por Kant, daba razón, en conocido pasaje suyo (125), del «bürgerliche Status civilis», en el cual las libertades individuales de unos coexisten y circunscriben a las de los demás en una Ley general de libertad asumida por el Estado, al que por lo mismo delimita y al propio tiempo configura. Teoría que sería objeto de sucesivas y encontradas explicaciones a lo largo de la pasada centuria con creciente ímpetu político para obtener después difusiva expresión de Jellinek (126). Sin embargo, no parece haber lugar a ese reduccionismo. Innegable es el auge doctrinal de que gozó la referida tesis de los derechos públicos subjetivos, pero no cabe circunscribir a ella el sentido actual de los derechos fundamentales (127). Estos se sustentan, además, en otras corrientes de pensamiento. Acogen otras ex-

---

(122) Cfr. el importante libro de WILHELM HENNIS: *Politik und praktische Philosophie, Eine Studie zur Rekonstruktion der politischen Wissenschaft*, «Neuwie und Berlin», 1963, pp. 92 y ss.

(123) FRIEDRICH: *El hombre y el Gobierno*, Madrid, 1968, p. 300.

(124) STEPHEN L. WASBY: *The Impact of the United States Supreme Court*, 1970, pp. 10 y ss. Vid. asimismo SCHWARTZ: *Constitutional Law*, 1979, pp. 81 y ss.

(125) «[...] Dieser Zustand der Einzelnen in Volke in Verhältnis unter einander heisst bürgerliche (Status civilis) und das Ganze derselber in Beziehung auf siene eigene Glieder der Staat (civitas) [...]». Cfr. SÄMTLICHE WERKE, V, Leipzig, 1920, p. 430.

(126) JELLINEK: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tubinga, 1905.

(127) Vid. el logrado estudio de L. AGUIAR: *Dogmática y Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales en la interpretación por el Tribunal Constitucional Español*, «Revista de Derecho Político», 18-19, Madrid, 1983, pp. 21 y ss.

perencias jurídicas y sirven a más vastos cometidos. Insértanse en el orden jurídico objetivo como soportes de su estructura y de su desarrollo. Su vigencia eficaz ofrece valor indiciario acerca de si existe o no verdadera observancia del Derecho (128). No se reducen los derechos fundamentales a meras limitaciones oponibles frente al poder político institucionalizado y respecto de las demás posibles acumulaciones de poder; incluyen, desde luego, tan primaria función, pero su valor medular estriba en significar proyecciones positivas. Rigen y se extienden, en efecto, por el amplio campo de la vida de relación entre particulares, quienes podrán recurrir en amparo constitucional cuando en los Tribunales ordinarios se hubiese desatendido su debida protección (129); extienden su presencia, indiscriminadamente, a través de las más variadas materias y controversias (130), e incluso se imponen a la actividad del legislador, a la que instan y constriñen de modo positivo en orden a los desarrollos necesarios para hacerlos efectivos (131). «Los derechos fundamentales son así un patrimonio común cuya vigencia a todos atañe por igual» (132). En suma, su función consistiría en operar como núcleos expansivos en el orden jurídico de la libertad y prerrogativas inherentes a la afirmación de la persona.

En los derechos fundamentales concurren, en realidad, fluencias jurídicas diversas. Unas se refieren, en efecto, a la delimitación de poderes del gobernante, en cuyo derrotero en modo alguno cabe preferir la importancia de la trayectoria constitucional inglesa (133), o las decisivas declaraciones de los nacientes Estados de Norteamérica, según antes se ha indicado, así como, entre nosotros, el significado de los pactismos jurídicos tan característicos de nuestra tradición jurídica foral (134). Otras emanan de muy profundas y autorizadas directrices teológicas y filosóficas. A veces se expresan como libertades esenciales. Últimamente ha encontrado constante y difundida invoca-

---

(128) Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional de 26 de enero de 1981 y 22 de diciembre de 1982.

(129) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, pp. 75 y ss.

(130) Por vía de ejemplo, sentencias del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981, 23 de noviembre de 1981, 24 de mayo de 1982 y 20 de diciembre de 1982.

(131) Vid. sentencias del Tribunal Constitucional de 2 de julio y 10 de noviembre de 1981. La de 11 de abril de 1985 destaca que no resulta sólo «la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano».

(132) Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981.

(133) Como excelente síntesis, vid. L. MOOSE: *The Struggle for Sovereignty in England*, Londres, 1950, pp. 21 y ss.

(134) Vid. JAIME VICENS VIVES: *Los Trastamaras y Cataluña*, en «Historia de España», dirigida por Menéndez Pidal, XV, Madrid, 1964, pp. 643 y ss., y 705 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO: *Estudios sobre fuentes del Derecho y Método jurídico*, cit., pp. 605 a 694; LACARRA: *El juramento de los Reyes de Navarra*, Madrid, 1972, pp. 24 y ss.

ción el respeto y defensa de los derechos humanos. Todas ellas han abierto y siguen aún pugnaz derrotero e intrincado curso histórico, pero con el común denominador de afirmar y reflejar siempre la dignidad de la persona. Y es en ese común denominador donde se encuentra la raíz de unitario entronque de los derechos fundamentales en los derechos de la personalidad. Porque estos últimos son el brote jurídico más inmediato de tal dignidad, y no cabe erigir fundamentalidad alguna al margen de ese arraigo consustancial.

A través de la aplicación de los derechos de la personalidad han encontrado, por lo común, vigencia los idearios más cualificados de configuración política y social, como lo atestigua, en definitiva, la Jurisprudencia comparada. Incluso el vigente Código civil en la República Federal de Alemania, el BGB, cuyo mismo nombre, *Bürgerliches Gesetzbuch*, rebosa consideración de los derechos públicos subjetivos y tener como destinatario al *Bürger*, al ciudadano precisamente en «bürgerliche Status», ha requerido desarrollar en vía judicial un haz de derechos inherentes a la personalidad, sin los cuales los derechos constitucionalmente establecidos como fundamentales hubieran ofrecido menguada efectividad y concreción (135).

Si, como se ha declarado, por contenido esencial de los derechos ha de entenderse aquella parte de los mismos que es necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles que les dan vida resulten real, concreta y efectivamente protegidos (136), no cabe duda acerca de la creciente e ineludible identificación entre los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad. En éstos se incluye y se protege lo más básico y lo más determinante; el reflejo más connatural y espontáneo de lo humano, con su infungible centro íntimo y sus potenciales expansiones; en suma, el contenido y los intereses de fundamentalidad más arguyente y de más ineludible y primordial asunción por el orden jurídico. Por lo cual resulta sobremanera razonable y pragmático referir, como expresamente lo hacía ya Posada, las garantías de orden político al régimen constitucional de los derechos de la personalidad (137).

Diversos derechos de la personalidad plasman como derechos fundamentales por el decisivo hecho de que responden al ser mismo de la persona y a sus más importantes atributos. Con razón se ha dicho que el ser actúa como «fundante». Y al tratarse del ser humano como «fundante en libertad», pues vive en él la libertad radical que tiende y propende a fundamentar (*Freiheit zum Grunde*), por lo que el respeto y la afirmación de sus designios viene a ser «fundamento de fundamentos» (*Grund des Grundes*) (138). Al tratarse de establecer cri-

---

(135) Cfr. *Munchener Kommentar*, especialmente en parágrafo 847, a cargo de H. J. MERTENS, Munich, 1980, p. 3; LARENZ: *Metodología*, pp. 238 y ss.; así como en *El Derecho general de la personalidad*, loc. cit., p. 641.

(136) Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981.

(137) ADOLFO POSADA: *Tratado de Derecho Político*, II, Madrid, 1935, p. 394.

(138) HEIDEGGER: *Der Satz vom Grund*, Freiburg, 1957, pp. 193 y ss.

terios orientadores de todo el dinamismo de la realidad jurídica, los que ofrecen más señalada aptitud al efecto han sido y serán, en último término, los expresivos del valor originario sustentador de la dignidad humana. Pues, como se reconoció ya de antiguo, *hominum causa omne ius constitutum est* (139).

Los derechos de la personalidad y la gama de derechos fundamentales se requieren mutuamente. En el orden teórico sus respectivas corrientes han discurrido frecuentemente por cauces distintos, pero la realidad las hace confluir. Los primeros aportan radicación en lo humano y requerimiento social; proporcionan la materia, el contenido sustancial, realidad experimentada. Los segundos traen y acuñan el formalismo y el troquel, el nivel proclamatorio, revisten de potestad; añaden preeminencia explícita a efectos interpretativos y rango a su vigencia, y, sobre todo, multiplican los procedimientos defensivos. De tal suerte, la conmixtión unificadora habría de resultar, a la larga, ineludible. Esta adviene como consecuencia de orden funcional, al apreciarse la esencial coincidencia de ambas vertientes. La vida jurídica subsume en unidad a la variedad de tales componentes. Podrá mantenerse quizá la diferencia de puntos de vista, publicístico o privatista, pero, aun desde cada uno de ellos, si se quiere escrutar sentidos y profundizar consecuencias, en modo alguno cabrá renunciar a ponderaciones unitarias. De este modo el tratamiento en identidad viene a ser criterio razonable, exigencia de razón práctica e incluso directriz de técnica legislativa (140).

Las Constituciones incluyen enunciaciones de derechos fundamentales o de libertades públicas que son trasunto de otros tantos derechos de la personalidad. Estos obtienen directriz en el ser del hombre y en la dignidad humana, y por ello traslucen atributos y sugieren ejemplificaciones en donde la esfera de la personalidad tiene que ser respetada. Y de esta manera inspiran y requieren delimitaciones de potestades. Los pasajes constitucionales en la materia delatan así significativa coincidencia con formulaciones procedentes de la doctrina y la Jurisprudencia civil y penal, sin perjuicio de añadir otras peculiarmente relacionadas con actividades del Estado y sus órganos, pero, en el fondo, de idéntica raíz y del mismo sesgo.

El carácter fundamental de diversos derechos de la personalidad se encuentra, como es bien sabido, expresamente reconocido y proclamado en la Constitución Española. Ahora bien, aunque venga apoyada en proclamações explícitas y al más alto rango, la aventura defensiva y afirmativa de la esfera personal siempre necesitará de nuevas y sucesivas concreciones. Encuéntrase sometida a avatares, a

---

(139) D. I, 5, 2.

(140) Así, la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, en su exposición de motivos, después de reiterar que «los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen tienen el rango de fundamentales [...]», hace notar que tales derechos han sido encuadrados por la doctrina jurídica más autorizada entre los derechos de la personalidad, calificación de la que obviamente se desprende el carácter irrenunciable [...].

la confrontación con otras esferas, a modulaciones o acotaciones quizá invocadas como ineludibles por organismos técnicos, o hasta revestidas como razones de Estado. En definitiva, requiere persistente reafirmación, remodeladoras puntualizaciones. Entraña así, probablemente, una de las más palmarias manifestaciones de la «lucha por el Derecho». Permanece abocada a incesante contraste frente a intereses y potestades acaso dotadas asimismo de otros reconocimientos formales, o respecto de otros derechos que reclaman preferencia general o al menos *ad cassum*.

De ahí que, aun asumidos como derechos fundamentales, los derechos de la personalidad estén llamados a permanecer en continua dialéctica argumental. Dialéctica concerniente al contenido, al alcance de su respectiva área y a las restricciones o expansiones de la misma. El carácter de derechos fundamentales no los encasilla en moldes cerrados, pues mantienen su natural dinamismo pugnaz y expansivo. De modo que la perspectiva tópica hecha patente en los derechos de la personalidad se aprecia asimismo, como muy certeramente ha hecho notar Böckenförde, en el método y variedad de razonamientos empleados a la hora de aplicar los derechos fundamentales (141). Su desarrollo y esclarecimiento requiere fórmulas abiertas, análisis y precisiones no estereotipadas, que caen fuera de la mera subsunción. Sugieren e irradian de continuo aplicaciones y exigencias sobre problemas de novísimo planteamiento que dan lugar a controversias sobre puntos específicos. E incluso cabe decir que, por ese camino, varía con el tiempo y se perfila el significado mismo y aun la lista efectiva de los derechos fundamentales (142). Requieren éstos, hoy también, ponderaciones minuciosas entre el *verum* y el *factum*, con arreglo a postulados de equidad; en suma, una tarea de *prudentia juris* orientada a señalar áreas y alcances sobre zonas jurídicas movedizas, de fácil colisión.

## 16. INVISTEN CON PRERROGATIVAS DE ORDEN PÚBLICO

Pero, aun así, y quizá precisamente por ello, pues esta movilidad de perfiles no es, en definitiva, sino intrínseca y vivaz reacción generadora de continua puesta al día, los derechos de la personalidad vienen a hacer eficaz, en todo caso, la rica y expansiva gama de virtualidades de la persona. Confieren a su posición jurídica una investidura que se hace presente y redundante en el ámbito total del Derecho.

---

(141) Vid. BÖCKENFÖRDE: *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, loc. cit., p. 1.536.

(142) Cfr. SCHWARTZ: *The Great Rights of Mankind*, 1977, pp. 220 y ss., en donde se explica la expansión, los nuevos matices y las variaciones prácticas de *Bill of Rights* experimentadas durante los treinta años anteriores.

Al ser «inherentes a la personalidad» (143), la acompañan y describen en torno a ella una esfera de respeto y de afirmación dotada de sentido en toda suerte de contingencias. Tradúcese tal esfera en presunciones de colmada plenitud. proyecta, en efecto, un ámbito de inmunidad y preferencia en relación con el cual las pretensiones en contrario vienen estigmatizadas con impronta restrictiva.

El Derecho comparado hace patente, en efecto, la conceptualización preferencial —*preferred position*, se ha dicho— que asiste a estos derechos en su calidad de libertades fundamentales. Toda ley que interfiera en un derecho erigido como fundamental se hace sospechosa de inconstitucionalidad y necesita justificarse frente al reclamante en calidad de solución única y excepcional, por lo que se encuentra sujeta a inquisición judicial rigurosa (144). Y no de otro modo se debe enfocar la cuestión entre nosotros. Pues, ante cualquier «proceder modificativo o extintivo de los derechos fundamentales, la autoridad que realice el acto deberá estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación». «Se requiere al efecto una motivación cumplida y suficiente» (145). De lo contrario, vendría a desconocerse la supremacía informante y configuradora que, expresamente, viene atribuida a estos derechos.

Su alcance y efectividad se proclama en nuestro Derecho con rango preeminente. «Responden a principios de alcance universal» (146). Dan razón de «bienes e intereses esenciales» (147). Expresan y contienen valores superiores del ordenamiento, de suerte que la alteración de su régimen requiere tratamiento asimilable a un cambio constitucional; vinculan a todos los poderes públicos, y sólo pueden ser regulados por la Ley orgánica (148). Ostentan reforzados cauces de efectividad, pues su tutela, además de las vías ordinarias, cuenta con específico procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, el recurso de amparo. En suma, su estructura y su función despliegan, en principio, prevalencia respecto de los demás derechos, a los cuales, si se plantea alternativa, relegan en toda confrontación que no cuente al efecto con apoyo en otra normatividad explícita y suficiente.

Tan trascendental cometido ofrece repercusión capital en el orden interpretativo. La técnica hermenéutica no es aquí válida para restringir derechos (149). Toda norma habrá de entenderse y aplicarse, si no consta lo contrario, en el sentido más favorable para la efectividad de los derechos esenciales de la persona (150). Traen éstos conexión

(143) Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1981.

(144) GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 146 y ss.

(145) Sentencias del Tribunal Constitucional, entre otras, de 17 de julio de 1981 y 31 de enero de 1985.

(146) Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1981.

(147) Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981.

(148) Constitución Española, artículos 10, 1, 168, 53 y 81.

(149) Cfr. sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de mayo de 1983.

(150) Sentencias del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 1983 y 18 de enero de 1985.

vinculante con criterios abiertos de formulación internacional (151). Por su propia naturaleza ofrecen base amplificadora en sostenida tensión hacia aspectos cada vez más pormenorizados a la hora de apreciar matices respecto de lo que a la persona, como tal, le es debido. La lista de derechos fundamentales susceptibles de reconocimiento adviene así expansiva, enderezada hacia máximos de protagonismo, de respeto y de significado positivo y configurador.

Habrà de presumirse excepcional cualquier reducción que afecte a los derechos de la personalidad erigidos como fundamentales. Ostentan éstos vocación de integridad. No cabe hablar, es cierto, de ilimitación, pero sí de presunción favorable a su plenaria aplicación y vigencia. Las restricciones «sólo serán admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables» (152). Se afirma que «la limitación o suspensión de derechos fundamentales sólo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales» (153), y aun en tal caso han de ser proporcionales y ajustadas al fin justo de que se trate (154).

Congruentemente, son de advertir notables consecuencias respecto de la carga de la prueba. Si toda restricción es en el fondo anormal, excepcional, quien aspire a establecerla habrá de probar que es del todo fundada y pertinente. Y, a la inversa, la reclamación positiva acerca del alcance propio de tales derechos vendrá facilitada al demandante con sólo poner de relieve la mengua inferida a los mismos, pues operará entonces la regla de que «la limitación del derecho es una excepción puesta a su normal ejercicio, y que la prueba de las excepciones compete siempre al demandado» (155).

La cuestión se extiende, asimismo, hacia obligado análisis crítico acerca del modo de obtener las pruebas. Pues, en consonancia con exigencias de la buena fe y de los límites normales impuestos a todo ejercicio jurídico, se proclama la inadmisibilidad de las conseguidas con violación de derechos fundamentales (156).

---

(151) Además de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que es referencia básica, han de citarse la Convención de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección del Hombre y Libertades Fundamentales; los Pactos de 16 de diciembre de 1966, relativos uno a Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el otro a Derechos Civiles y Políticos. Todos ellos ratificados por España. Y, asimismo, el Acuerdo VII del Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (Helsinki) y la Declaración Común del Parlamento Europeo, Consejo y Comisión relativa a los Derechos Fundamentales, firmada en Luxemburgo el 5 de abril de 1977.

(152) Sentencias del Tribunal Constitucional, entre otras, de 15 de junio de 1981 y 31 de enero de 1985.

(153) Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981.

(154) Sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de octubre de 1982 y 31 de enero de 1985.

(155) Cfr. sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981.

(156) Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1984, según la cual «su recepción implicaría una ignorancia de las garantías propias del

Con la particularidad de que estas prerrogativas conducentes hacia plenarias vigencias, se encuadran en un contexto de orden público sustraído a la autonomía de la voluntad, o, al menos, en una periferia estrechamente conexas a tal orden, sobremanera propicia a integrarse en el mismo y a sustanciar pariguales efectos. Al tratarse de derechos conceptuados expresamente como fundamentales, tal inclusión se encuentra fuera de posible duda (157). Elocuente, en tal sentido, es la obligada presencia del Ministerio Fiscal en los procesos relativos a estas materias, precisamente en calidad de parte (158). Ahora bien, aun al margen de un explícito reconocimiento como fundamentales, los derechos de la personalidad instan, por diversas vías y equivalentes calificaciones, similar prevalencia e idéntico rango funcional.

Así, caso de ser materia referente al estado civil de la persona, será inquestionable su inclusión en el orden público, con obligada intervención asimismo del Ministerio Fiscal, y con eficacia respecto de terceros. No en vano tales cuestiones se refieren a la cualidad que resulta del puesto que se tiene en cada una de las situaciones tipificadas como fundamentales en la organización civil de la comunidad (159). En otra dirección, diversos derechos de la personalidad encontrarán, por principio, conceptualización y valor de «derechos humanos», con lo que, a través de la correspondiente Declaración Universal y los Tratados y acuerdos internacionales que los aplican, obtendrán presencia en la normatividad interna relativa a derechos fundamentales y libertades públicas. En fin, cauce sobremanera relevante en el mismo sentido, es el carácter fundamental del derecho a la dignidad de la persona, en función del cual quedan potencialmente abarcados, en principio, todos los derechos de la personalidad, pues objeto propio de los mismos es, precisamente, la defensa de tal dignidad (160). Dignidad cuyo respeto y libre desarrollo encuéntrase constitucionalmente erigido en fundamento del orden y la paz social, esto es, en elemento integrante del orden público. En el rango fundamental explícito atribuido a la dignidad de la persona se encuentran así implícitas las diversas variedades de derechos de la personalidad en cuanto conducentes a hacerla efectiva. La técnica esclarecedora de proposiciones

---

proceso» (art. 24.2 de la CE), suponiendo también una inaceptable confirmación de la desigualdad entre las partes en juicio (art. 14 de la CE), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios con desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de «medios de prueba pertinentes» que aparece en el artículo 24.2 de la Constitución Española pasa aquí a incorporar en su contenido esencialmente técnico-procesal, un *alcance también sustantivo*, en mérito del cual nunca podrá considerarse pertinente un instrumento probatorio así obtenido».

(157) Sentencias del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981 y de 13 de febrero de 1985.

(158) Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de «Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona» (art. 12.3).

(159) DE CASTRO: *Compendio de Derecho Civil*, Madrid, 1970, p. 171.

(160) *Vid.* sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985.

implícitas (161) ofrecerá, en consecuencia, camino expansivo hacia interpretaciones evidenciales de ese nivel connatural y propio de los derechos de la personalidad.

Y en este contexto regido por exigencias de orden público es donde se insertan y obtienen significación las aludidas presunciones afirmativas, y otras que cabría apreciar, en relación con la plenaria efectividad de los derechos de la personalidad, tanto si se encuentran erigidos como fundamentales como si no. Frente a ese orden imperativo advienen irrelevantes los pactos en contrario y los actos de renuncia tal y como los artículos 6.2 y 1.255 del Código civil establecen y la doctrina enseña (162). Asimismo, en su virtud se hace patente la presunción de encontrarse tales derechos en efectivo ejercicio. Al no ser renunciables y pertenecer a la persona como tal el propio orden público no puede menos de mantener y colegir su vivencia individualizada y efectiva, no interrumpida (163). De lo cual resulta para cada uno no sólo la titularidad sino también la posesión de sus respectivos derechos de la personalidad. Pues el ejercicio jurídico es criterio expresivo de configuración posesoria (164). Sabido es que, entre otras corrientes conformadoras, nuestro Código acoge en este punto la tradición canonista con arreglo a la cual cualquier derecho, oficio, cargo, y concretamente el *status*, serán susceptibles de posesión. El antiguo adagio *spoliatus ante omnia restituendus* encuentra reflejo en la generalizada posesión de derechos como verdadera posesión, y no como mera cuasi posesión (arts. 430, 431, 432 y 438), y en la tutela interdictal dispensada a todo poseedor. Además, en materia de derechos de la personalidad el propio orden jurídico reconoce e inviste a la persona con «los que le son inherentes», por lo que su posesión habrá de tenerse como pública aun al margen de la intencionalidad explícita del interesado. Pues como certeramente se ha hecho notar, la exigencia de publicidad se independiza de la voluntad del sujeto poseedor (165).

Las diversas proyecciones defensivas de los derechos de la personalidad culminan, en suma, en la garantía de encontrarse en todo momento en situación de posible defensión frente a cuanto lesione su plenitud. Y es precisamente al recabar la tutela jurisdiccional cuando los derechos de la personalidad muestran de modo común e indiscriminado el significado fundamental que le es propio. Pues hacen patente entonces la índole de los intereses que comportan. Intereses que, en tal fase de ejercicio, delatan esencial inherencia en la persona, por lo que contrastan respecto de los otros intereses que, si bien

---

(161) Cfr. Z. GIACOMETTI: *Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit*, «R. D. Suisse», 1955, pp. 149 a 171; J. F. AUBERT: *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*, Neuchatel, I, 1967 pp. 125 y ss.

(162) DE CASTRO: *Notas sobre limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, ADC, 1982, pp. 1014 a 1051.

(163) Sentencias del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1983 y 5 de febrero de 1985.

(164) HERNÁNDEZ GIL: *La posesión*, Madrid, 1980, p. 270.

(165) Cfr. A. M. MORALES MORENO: *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972, p. 168.

jurídicamente protegidos, no entrañan esa consustancialidad, con la consiguiente diferencia de efectos (166).

Mas a su protección en vía jurisdiccional debe acompañar creciente asentimiento espontáneo de los derechos de la personalidad. Únicamente por esa vía se produce la necesaria compenetración entre vida social y vida personal. Pues es en la dimensión relacional con los demás donde se afirma el hombre como persona. El «yo» adquiere sentido por la interrelación vivida; lejos de ser dato previo, dimana del «nosotros». Como bien observó Xavier Zubiri, la conocida noción de Boecio define sólo al *suppositum*, al supuesto previo, al ser humano. Porque la noción de persona ha de incluir además la «religación» que le es propia; «religación» con los otros hombres, y en definitiva con el *ens fundamentale*, Dios. En esa «religación» el hombre cobra su libertad, su «relativo ser absoluto»: absoluto porque es suyo; relativo, porque es «cobrado» (167). Por ello la progresión afirmativa de lo personal supone añadir a ese *suppositum* crecientes nexos de alteridad y mutuos reconocimientos. Han de generalizarse actitudes y estilos colectivos que confieran sustentación y arraigo a las exigencias jurídicas. El hombre se hace persona al enfrentarse con lo que no es él en virtud de los dictados de su conocimiento y de su conciencia. La existencia humana es coexistencia. De ahí que los derechos de la personalidad requieran previa implantación social como vigencia reconocida y asumida de buen grado, en el contexto de las relaciones recíprocas y en el intercambio social. Necesitan nutrirse de convicciones, de vivencias efectivas, de aceptaciones unánimes, de enseñadas observancias. Sólo de esa manera sus postulados no quedarán relegados a mero ideario, a declaración formal, sino que darán razón de una *opinio iuris* generalizada y vinculante, eminentemente sustancialista. Serán expresión de prerrogativas y respetos por todos reconocidos a la dignidad humana.

---

(166) «[...] dentro de los intereses protegidos hay que distinguir los de carácter personal, pues en relación con ellos se establece el derecho fundamental del artículo 24.1 de la Constitución Española (sus [...] intereses legítimos), lo que significa que si el que ejercita la acción es titular de un interés legítimo y personal, lo que está ejercitando es un derecho fundamental, que goza de la protección reforzada que otorga la Constitución a los comprendidos en la Sección 1.ª del Capítulo 2.º, de su Título I, incluido el recurso de amparo.» (Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de julio de 1983.)

(167) XAVIER ZUBIRI: *Naturaleza, Historia, Dios*, Madrid, 1974, pp. 368 a 389, así como en *Sobre la Esencia*, Madrid, 1962, pp. 433 a 435.

# Competencia de los Parlamentos autónomos en la elaboración del Derecho civil: Estudio del artículo 149.1.8 de la Constitución (\*)

MARIA PAZ SANCHEZ GONZALEZ

Becaria y colaboradora del Departamento de Derecho Civil  
de la Facultad de Derecho de Jerez de la Frontera

SUMARIO: A) «*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias...*».—B) «*Legislación civil...*».—B).1. La expresión «legislación civil» en el marco del artículo 149.1.8: Planteamiento de la cuestión.—B).2. Sentencias del Tribunal Constitucional interpretativas de la expresión legal.—B).3. Aplicación de los criterios que sostiene el Tribunal Constitucional.—C) «...*Sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales...*».—C).1. ¿Es la unificación del Derecho civil un objetivo inconstitucional?—C).2. ¿Toda Comunidad Autónoma con Derecho civil, foral o especial, puede asumir competencia para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo?—C).4. Los derechos civiles, forales o especiales: concepto y naturaleza.—D) «...*Allí donde existan...*».—D).1. Posible extensión del Derecho foral vigente en parte del territorio de una Comunidad Autónoma a otras zonas de la misma.—D).2. ¿Podrán asumir competencia aquellas Comunidades Autónomas que tuvieron Derecho civil propio, pero que hoy en día ha desaparecido?—D).3. ¿Se considera como único Derecho foral existente al compilado o se admite la existencia de un Derecho civil extracompilado,.—E) «...*En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de Leyes...*».—E).1. Aplicación y eficacia de las normas jurídicas.—E).2. Relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio.—E).3. Ordenación de los registros e instrumentos públicos.—E).4. Bases de las obligaciones contractuales.—E).5. Normas para resolver los conflictos de Leyes.—F) «...*Y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial*».—F).1. ¿Son las fuentes del Derecho materia constitucional?—G) *Síntesis explicativa del contenido del artículo 149.1.8: posiciones*

(\*) La redacción de este trabajo se concluyó en febrero de 1986.

*doctrinales.*—H) *Conexión del artículo 149.1.8 con otras reglas constitucionales.*—H).1. Competencia en materia de Derecho agrario.—I) *Conclusiones.*

Dentro del complejo Título VIII del texto constitucional, uno de los preceptos que plantea más problemas interpretativos es el contenido en el artículo 149.1.8, según el cual «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

«Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de sus derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de Leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial.»

Este precepto representa el reconocimiento, por parte de la Constitución, de la coexistencia de una pluralidad de Derechos civiles españoles.

Para tratar de comprender el alcance y significado de este artículo es necesario proceder al desglose y análisis de cada uno de los apartados que lo integran, siendo éste el objetivo básico del presente estudio.

#### A) «EL ESTADO TIENE COMPETENCIA EXCLUSIVA SOBRE LAS SIGUIENTES MATERIAS...»

La expresión «competencia exclusiva» empleada en este precepto, ha dado lugar a múltiples problemas interpretativos. De ahí que consideremos necesario aludir sumariamente al sentido de dicha expresión.

La aplicación del artículo 3.1 del Código civil a la Constitución podría plantear un problema de jerarquía normativa. Sin embargo, la cuestión no tiene mayor trascendencia práctica, pues los posibles criterios interpretativos contenidos en la Constitución no contradicen al contenido del artículo 3.1 (1). A mi juicio, el criterio básico para realizar esta interpretación es el gramatical y en su modalidad literal o semántica. Con este tipo de interpretación se pretende averiguar el

---

(1) HERRERO DE MIÑÓN: *Aspectos constitucionales del nuevo Título preliminar del Código civil*, en «REP», 1974, n.º 198, p. 105; LUCAS VERDÚ: *Los Títulos Preliminares y Primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales*, en «Los Derechos Humanos y la Constitución de 1978», número monográfico 2.º de la «RFDUC», 1979, p. 21; PÉREZ LUÑO: *La interpretación de la Constitución*, en «Revista de las Cortes Generales», n.º 1, 1984, pp. 82 y ss., concretamente pp. 121 a 123.

sentido literal de las palabras empleadas por el legislador. De acuerdo con tal definición, veamos lo que significan los términos «competencia» y «exclusiva».

En el lenguaje corriente, «competencia» significa lo mismo disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre alguna cosa, que idoneidad o aptitud para un cometido. Es en este segundo sentido donde aquella voz adquiere mayor relevancia jurídica, al utilizarse para designar técnicamente la medida en que un órgano participa en el ejercicio de las funciones estatales. O sea, que la competencia, supuesto un órgano estatal participante de función pública, limita la idoneidad o aptitud de éste en cuanto a su posibilidad de resolver asuntos o llevar a cabo actividades correspondientes a aquella función estatal (2).

Por otro lado, el término «exclusivo» significa que excluye o puede excluir, único, solo, que opera excluyendo a cualquier otro. En consecuencia, «competencia exclusiva» será la aptitud o idoneidad para realizar una actividad excluyendo la posibilidad de actuación de cualquier otro. La expresión «competencia exclusiva» aplicada al Estado significa que sólo éste tiene la aptitud o idoneidad necesaria para legislar en materia civil, y ello tiene consecuencias importantes: la materia objeto de tal competencia se aplica *por igual* a todos los ciudadanos, no importa cuál sea su vecindad político-administrativa, su regionalidad; dicha materia es de *aplicación general*, siendo el órgano legislativo competente las *Cortes Generales* y no los Parlamentos autonómicos (3).

Esta interpretación gramatical semántica se ve reforzada por la histórica, en la medida en que la expresión «competencia exclusiva» de los artículos 14, 15 y 16 de la Constitución de 1931 fue entendida en la forma ya anteriormente señalada (4).

La interpretación semántica se ve avalada, además, por la teleológica, ya que determinados fines del Ordenamiento jurídico (igualdad ante la Ley de todos los ciudadanos españoles, seguridad jurídica, unidad de los principios inspiradores de la legislación, indisoluble unidad de la nación española, etc.), se cumplen más satisfactoriamente defendiendo que la interpretación precedente es la literal.

Por último, señalo, no obstante, que la expresión «competencia

---

(2) Definición tomada de la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. IV, dirigida por PELLISE PRATS, Barcelona, 1981, pp. 489 y ss. (No se cita en el tomo al autor de la voz en cuestión.)

(3) Si una determinada materia es competencia legislativa del Estado, el órgano competente para ejercerla son las Cortes Generales, puesto que, según el artículo 66.2, «las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado [...]».

(4) Según DE MEER, en *La Constitución de la II República*, Pamplona, 1978, p. 95, «los artículos 14 y 15 del Título I establecerían las facultades exclusivas del Estado en materia legislativa y el artículo 16 consignaba la facultad de que las regiones reclamasen y el Parlamento otorgase todas aquellas materias no comprendidas en los artículos 14 y 15 [...]». ASTARLOA VILLENA, en *Región y Religión de las Constituyentes de 1931*, Valencia, 1976, p. 118, dice que «las facultades que concede el artículo 16 se refieren a que basta que en el Estatuto se establezca una competencia sobre determinada materia, para que ésta corresponda, sin más trámites, a la Región. Pero la facultad que contempla el artículo 18 es del Estado que transmite, que puede transmitir, y no de la Región que recaba».

exclusiva» referida al Estado no tiene el mismo sentido que cuando se refiere a las Comunidades Autónomas, dado el contenido del número 3.º del artículo 149 de la Constitución, que excluye respecto de éstas la interpretación literal o semántica: la «exclusividad» de la competencia de éstas no impide la competencia, con carácter supletorio, del Estado. Pero éste no es el objeto de nuestra investigación.

## B) «LEGISLACION CIVIL...»

### B).1. La expresión «legislación civil» en el marco del artículo 149.1.8: Planteamiento de la cuestión

El artículo que analizamos atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de legislación civil, pero ¿qué se entiende por legislación civil?, ¿cuál es su ámbito? La expresión «legislación civil» del artículo 149.1.8 dista mucho de ser clara, por lo que es necesario concretar los límites de este bloque de competencia (5). Pero ello quizá sea conveniente empezar por precisar el concepto de Derecho privado, cuyo núcleo esencial lo constituye precisamente la legislación civil (junto con la mercantil).

Al hablar de Derecho privado se está haciendo referencia «a un sector del Ordenamiento jurídico de tan difícil delimitación que, al fin y a la postre, se acaba las más de las veces por definirlo a través de la contraposición con el Derecho público» (6). La distinción entre Derecho público y Derecho privado es para un gran sector de la doctrina una tarea difícil y de escaso valor práctico (7). La interrelación entre Derecho público y Derecho privado es tan estrecha que cuando se habla del primero se hace referencia al segundo y viceversa: de los derechos privados brotan derechos y deberes públicos; la violación de los derechos privados trae a veces como consecuencia la imposición de penas públicas. Para saber si una determinada relación es pública o privada no es decisivo el que la relación discutida pueda hacerse va-

(5) Conviene advertir que la referencia debe entenderse hecha a la expresión científica «Derecho civil», y que ésta se subsume dentro de la más amplia «Derecho privado».

(6) LASARTE: *Autonomías y Derecho privado en la Constitución Española*, Madrid, 1980, p. 32. En el mismo sentido se manifiesta JORDANO, en *Derecho civil, Derecho privado y Derecho público*, «Revista de Derecho Privado», octubre, 1963, pp. 868 y 869. En Italia: PERLINGIERI: *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, «Rivista di Diritto Civile», 1978, pp. 405 y ss., concretamente p. 414; GALASSO: *Il diritto privato nelle prospettive post-moderna*, «Rivista di Diritto Civile», 1983, vol. I, pp. 13 y ss., concretamente p. 17.

(7) LASARTE, *op. cit.*, p. 32. Afirma este autor que «dicha bipartición constituye uno de los grandes tópicos de la doctrina jurídica, alejado, sin embargo, de una solución medianamente satisfactoria. A pesar de que las mayores inteligencias de todos los tiempos se han afanado por trazar la línea divisoria entre uno y otro sector del ordenamiento jurídico, elaborando las más diversas teorías, lo cierto es que aquélla parece vana pretensión alquímica».

ler según el procedimiento civil. Tampoco debe atenderse a la presencia o ausencia de un interés patrimonial, ni a la causa de la adquisición. «Lo verdaderamente decisivo de la naturaleza pública de la relación es la circunstancia de intervenir un ente colectivo, un sujeto de potestad pública en concepto de tal, es decir, que intervenga en la relación jurídica en su cualidad de ente público» (8). De no darse esta circunstancia, la relación sería privada.

Una vez precisado, hasta cierto punto, el concepto de Derecho privado, es necesario proceder a una diferenciación entre legislación civil y otras ramas del Ordenamiento jurídico (para oponer la expresión «legislación civil» a todo lo que, en el 149.1.8, es Derecho público), especialmente con la legislación mercantil (que es competencia exclusiva del Estado en todo caso: art. 149.1.6). También es necesario diferenciarla de la legislación administrativa (respecto de la cual las Comunidades Autónomas tienen competencias propias, exclusivas o compartidas) y de la laboral (9) (cuya ejecución es atribuida a las Comunidades Autónomas por el art. 149.1.7).

Respecto de la legislación administrativa, hay que decir que la línea divisoria entre ésta y la legislación civil se difumina en determinados supuestos, y ello debido a la creciente intervención de la Administración en el campo de las relaciones jurídico-privadas. Esta distinción cobra importancia en el campo de las llamadas propiedades especiales (aguas, montes, minas, etc.), que no podrán ser competencia de las Comunidades Autónomas «salvo que entrasen por la vía del Derecho foral, que no es el caso» (10). La legislación básica sobre estas materias corresponde al Estado (art. 149.1, 23.º y 25.º). Sin embargo, el desarrollo de esta legislación básica sí puede ser competencia de las Comunidades Autónomas.

También respecto de la legislación mercantil es preciso hallar límites claros entre ésta y la civil. Esta cuestión plantea múltiples problemas, que se agudizan en relación con los llamados «actos mixtos». Una dificultad añadida a este problema surge por el hecho de que el Código de comercio declara al Derecho común aplicable a los actos mercantiles. En todos estos supuestos limítrofes, ¿a quién corresponderá la competencia legislativa? La cuestión tiene una gran trascendencia, porque mientras la legislación mercantil es competencia exclusiva del Estado en todo caso (art. 149.1.6), respecto de la civil se

---

(8) ENNECERUS, KIPP y WOLFF: *Tratado de Derecho civil*, Parte General, tomo I (trad. española de Pérez González y Alguer), 3.ª edición, Barcelona, 1981, p. 134.

(9) Para establecer la distinción entre Derecho civil y Derecho laboral nos remitimos al trabajo de JORDANO, *Derecho civil y Derecho del trabajo*, en «Revista de Derecho Privado», diciembre 1964, pp. 1.023 y ss., concretamente p. 1.032: «El Derecho laboral es un Derecho privado especial [...]. La especialidad del Derecho laboral tiene dos manifestaciones. La primera de ellas estriba en que, respecto de las específicas relaciones jurídicas laborales, el Derecho del trabajo tiene aplicación preferentemente sobre el Derecho común. La segunda, consecuencia de la anterior, radica en que el Derecho común tiene carácter supletorio de las normas laborales.

(10) GARCÍA-AMIGO: *La competencia legislativa civil según la Constitución*, «RDP», mayo 1983, pp. 437 y ss.

establece una salvedad en favor de las Comunidades Autónomas: «[...] sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan» (art. 149.1.8). Es decir, la reserva de competencia exclusiva en favor del Estado respecto de la legislación mercantil es absoluta. Sin embargo, respecto de la civil no lo es, de tal modo que, en materia civil, los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas van a tener determinadas competencias (las ya antes citadas). Como puede verse, la distinción tiene importantes consecuencias prácticas (11).

El proyecto de Constitución, siguiendo el modelo establecido por la Constitución de 1931, incluía a la legislación civil entre las facultades que podían asumir las Comunidades Autónomas. En efecto, el artículo 138 de dicho proyecto, que era el que establecía las competencias exclusivas del Estado, decía en su apartado 7.º: «Relaciones jurídico-civiles relativas a la forma de matrimonio, ordenación de los Registros e hipotecas, bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España.» *A contrario sensu*, todas las demás materias de Derecho civil se entendía que podían ser competencia de las Comunidades Autónomas. Este precepto implicaba que cualquier Comunidad Autónoma, tanto las que tenían Derecho foral propio como las que no, podrían legislar sobre materia civil. No obstante, tal ampliación «pareció excesiva e inadecuada al legislador constituyente» (12); de ahí que se modificara el precepto antes aludido, atribuyéndose competencia, en materia de legislación civil, únicamente a aquellas Comunidades Autónomas en donde exista Derecho civil, foral o especial, y sólo a los efectos de su conservación, modificación y desarrollo. De este modo se pasó «del autonomismo al foralismo» (13).

---

(11) Señala JORDANO, en *Derecho civil y Derecho mercantil*, «Revista de Derecho Privado», marzo 1964, pp. 175 y ss., concretamente p. 175, que «la distribución entre Derecho civil y Derecho mercantil, dentro del ámbito total del Derecho privado, no es un hecho permanente ni universal. La razón de ser del Derecho mercantil (como todos los Derechos especiales) frente al Derecho civil no descansa sobre criterios lógicos, sino sobre criterios históricos [...] fue impuesta por la misma realidad económica». Por su parte, GARRIGUES, en *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, 8.ª ed., revisada con la colaboración de SÁNCHEZ CALERO, Madrid, 1983, p. 3, indica cómo «el Derecho mercantil se concibe como el derecho de los actos de comercio. Ahora bien, el acto de comercio tiene una doble significación por cuanto sirve para delimitar la materia mercantil y por cuanto es además fuente de obligaciones que son mercantiles por serlo antes el acto de que dimanar [...], el Derecho mercantil es predominantemente un Derecho de obligaciones, y así se comprueba revisando nuestro Código civil. Por último, SÁNCHEZ CALERO, en *Instituciones de Derecho mercantil*, 8.ª ed., Valladolid, 1981, p. 15, dice que «el Derecho mercantil se califica como especial porque se aplica simplemente a ciertos individuos y a los actos que realizan, frente al Derecho civil, que es común o general».

(12) DELGADO ECHEVARRÍA: *Los Derechos civiles forales en la Constitución*, en «Estudios sobre la Constitución Española de 1978», Zaragoza, 1979, pp. 323 y ss. Según DELGADO, el peligro residía en «una inmediata generalización de hecho de los Estatutos de Autonomía» prevista por el legislador constituyente.

(13) DELGADO ECHEVARRÍA, *op. cit.*, p. 329.

## B).2. Sentencias del Tribunal Constitucional interpretativas de la expresión legal

El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado específicamente acerca del modo en que ha de interpretarse la expresión «legislación civil». Sin embargo, existen diversas sentencias de dicho Tribunal que, refiriéndose a otros apartados del artículo 149.1, pueden ayudarnos a precisar el alcance de la citada expresión.

Así, en la sentencia del 4 de mayo de 1982 (BOE de 9 de junio) se establece que «estas consideraciones nos mueven a sostener que cuando la Constitución emplea el término “legislación laboral” y la atribuye a la competencia estatal incluye también en el término los reglamentos tradicionalmente llamados ejecutivos, es decir, aquellos que aparecen como desarrollo de la Ley y, por ende, como complementarios de la misma, pues si ello no fuera así se frustraría la finalidad del precepto constitucional de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia» (Fundamento jurídico 5.º, párrafo 1.º). Por tanto, para el Tribunal Constitucional el término «legislación» debe entenderse no en sentido formal, sino material, comprendiendo también dentro de su ámbito los reglamentos ejecutivos (14).

Esta misma idea aparece literalmente recogida en la sentencia de 14 de junio de 1982 (BOE de 28 de junio): «[...] la distinción clásica entre Ley y Reglamento recibe su sentido de la necesidad de diferenciar, en razón de sus fuentes, las normas procedentes de un poder potencialmente ilimitado (dentro de la Constitución) y las dictadas por otro que, por el contrario, es radicalmente limitado, y, salvo muy contadas excepciones, sólo puede actuar cuando el primero lo habilita [...]. Cuando la Constitución, en su artículo 149, utiliza el concepto de legislación como criterio definidor del ámbito en el que las Comunidades Autónomas pueden adquirir competencias propias, tal concepto ha de ser entendido, en consecuencia, en sentido material, sea cual fuere el rango formal de las normas».

También la Sentencia de 30 de junio de 1982 (BOE de 16 de julio) se pronuncia en el mismo sentido: «[...] sin embargo, cuando se trata de indagar el significado con que el vocablo “legislación” se utiliza en el artículo 149.1 de la Constitución, como concepto referencial para reservar al Estado toda la legislación o sólo la legislación básica, el que prevalece es el concepto material, y no formal constreñido a las Leyes, en la acepción de normas que emanan de quienes, por excepción o delegación, pueden producir normas con valor de Ley [...]» (Fundamento jurídico 7.º, párrafo 1.º).

Por lo que respecta al término «civil», el Tribunal Constitucional se muestra contrario a las definiciones doctrinales: «El contorno de los grandes sectores sistemáticos del Ordenamiento no es en modo alguno preciso, y la referencia a estos sectores como criterio de deli-

---

(14) Esta tesis del Tribunal Constitucional ha encontrado eco en la doctrina: GARCÍA DE ENTERRÍA: *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*, Madrid, 1983, pp. 54 y 55.

mitación competencial hace depender tal delimitación de la opción que se tome dentro de una polémica doctrina siempre viva [...]» (15).

Por otro lado, la sentencia de 14 de junio de 1982 (BOE de 28 de junio) señala que «un problema tan necesitado de soluciones claras y firmes como es el de la determinación del ámbito de competencia de una Comunidad Autónoma no puede plantearse a partir de datos extrínsecos, sino, en cuanto sea posible, a partir sólo de nociones intrínsecas a la propia Constitución» (Fundamento jurídico 2.º, párrafo 5.º). Esta misma sentencia, refiriéndose al adjetivo «laboral», remite su interpretación al uso habitual (16).

De todas estas Sentencias cabe inferir la postura del Tribunal Constitucional respecto al tema:

1. El término «legislación» debe entenderse no en sentido formal, sino material, comprendiendo también los reglamentos ejecutivos, que en el campo del Derecho civil, aunque excepcionales, también existen. Por ejemplo: Reglamento del Registro Civil, Reglamento Hipotecario.

2. Rechazo de las definiciones doctrinales.

3. Recurso a conceptos intrínsecos a la propia Constitución y al uso habitual para la interpretación de las expresiones utilizadas en la delimitación de las competencias legislativas del Estado y de las Comunidades Autónomas.

### **B).3. Aplicación de los criterios que sostiene el Tribunal Constitucional**

Aplicando las anteriores consideraciones del Tribunal Constitucional a la expresión «legislación civil» del artículo 149.1.8, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

#### **B).3.1. *Quedan excluidas del ámbito de la legislación civil, a los efectos del artículo 149.1.8:***

a) Todas las demás legislaciones a las que se hace referencia en otros números del artículo 149.1, como son la legislación mercantil, penal, penitenciaria y procesal (art. 149.1.6), laboral (149.1.7), legislación sobre propiedad intelectual e industrial (149.1.9), sobre pesas y medidas (149.1.12), sobre productos farmacéuticos (149.1.16), sobre expropiación forzosa (149.1.18), recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma (149.1.22).

(15) Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 1981, «BOE» de 28 de noviembre.

(16) Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de junio de 1982, «BOE» de 28 de junio.

b) Las legislaciones básicas a las que se hace referencia en los distintos apartados del artículo 149.1: de la Seguridad Social (149.1.17), sobre contratos y concesiones administrativas y sistemas de responsabilidad de todas las Administraciones públicas (149.1.18), sobre protección del medio ambiente, montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias (149.1.23), normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión (149.1.27).

c) Las restantes materias recogidas en el artículo 149.1 que pudiesen tener alguna relación con el Derecho civil: nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo (149.1.2), seguros (149.1.11), pesca (149.1.19), transportes y circulación de vehículos de motor (149.1.21), patrimonio cultural, artístico y monumental (149.1.28).

d) Todas las materias recogidas en el artículo 148.1, algunas de las cuales guardan con el Derecho civil una relación más o menos estrecha, pero que, sin embargo, no pueden considerarse como legislación civil a los efectos del 149.1.8.

### B).3.2. *El concepto de «legislación civil» del 149.1.8 incluiría:*

a) Las materias que el 149.1.8 considera como competencia exclusiva del Estado de todo caso: reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de Leyes y determinación de las fuentes del Derecho.

b) Las materias que aparecen reguladas en el Código civil y en las Compilaciones, salvo que hayan sido recogidas en otros apartados de los artículos 148.1 y 149.1, como sucede, por ejemplo, con la nacionalidad.

A este respecto, Encarna Roca señala que el concepto de legislación civil comprendería «todas aquellas materias que han sido calificadas tradicionalmente como derecho privado y que no aparezcan recogidas en otros apartados del artículo 149.1» (17), opinión que también suscribimos.

Una última cuestión: según el artículo 148.1.7 de la Constitución, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencia en materia de agricultura y ganadería, de acuerdo con la ordenación general de la economía. Por su parte, el artículo 18.1 del Estatuto de Andalucía señala que «corresponde a la Comunidad Autónoma Andaluza, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general y la política monetaria del Estado y en los términos de lo dis-

---

(17) ROCA I TRIAS: *El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1979, n.º 1, pp. 15 y ss.

puesto en los artículos 38, 131 y 149.1, 11.º y 13.º, de la Constitución, la competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

«Agricultura y ganadería, competencias relativas a la reforma y desarrollo del sector agrario y a la mejora y ordenación de las explotaciones agrícolas, ganaderas y forestales.»

La reforma agraria es, pues, competencia de la Comunidad Autónoma Andaluza. Por tanto, una Comunidad que carece de Derecho foral, como es la citada, va a poder legislar en materia agraria (18). Ello va a incidir sobre el Derecho de propiedad, que, como sabemos, es un concepto esencial dentro del Derecho civil. Significa esto que las Comunidades Autónomas no forales (Andalucía, Castilla-La Mancha, Murcia, etc.) van a tener determinadas competencias que, indirectamente, inciden sobre el propio concepto de legislación civil. De ello trataremos brevemente más adelante.

C) «...SIN PERJUICIO DE LA CONSERVACION,  
MODIFICACION Y DESARROLLO  
POR LAS COMUNIDADES AUTONOMAS DE LOS  
DERECHOS CIVILES, FORALES O ESPECIALES...»

C).1. **¿Es la unificación del Derecho civil un objetivo  
inconstitucional?**

Esta es la primera cuestión que puede plantearse en torno a este apartado del artículo 149.1.8. En principio, podría pensarse que, al atribuirse por la Constitución a las Comunidades Autónomas el desarrollo de sus respectivos derechos civiles, la propia Constitución está imponiendo una diversidad, una disgregación del Derecho civil. Sin embargo, esta idea se desvanece si tenemos en cuenta que la Constitución no impone a las Comunidades Autónomas la conservación, modificación y desarrollo de sus respectivos derechos civiles, sino que sólo lo permite. Es decir, la regla constitucional no es imperativa, sino dispositiva. De este modo, será el correspondiente Estatuto de Autonomía el que decida acerca de la asunción o no de tal competencia; y, en el supuesto de que alguna de las Comunidades Autónomas con Derecho civil foral no hubiera hecho uso de la facultad que le confiere el 149.1.8, no habría podido decirse que su actitud era inconstitucional.

La Constitución no pretende garantizar la persistencia de los derechos civiles forales; lo que garantiza es la posibilidad de que aque-

---

(18) De hecho, ya ha legislado: Ley 8/1984, de 3 de julio; «BOJA» n.º 65; de 6 de agosto.

llas Comunidades Autónomas que tengan su propio Derecho civil puedan asumir determinadas competencias en relación al mismo (conservación, modificación y desarrollo). En este sentido se pronuncia Bercovitz al señalar que «la unificación del Derecho civil no es un objetivo constitucional, pero tampoco anticonstitucional» (19).

**C).2. ¿Toda Comunidad Autónoma con Derecho civil, foral o especial, puede asumir competencia para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo?**

La Constitución establece dos procedimientos de acceso a la autonomía, que dan lugar a dos distintos tipos de Comunidades:

— Comunidades con autonomía plena, que son aquellas que han accedido a su autonomía por la vía del artículo 151 (Andalucía), o de la disposición transitoria segunda (País Vasco, Cataluña y Galicia).

— Comunidades con autonomía menos plena, que son las constituidas por el procedimiento previsto en los artículos 143 y 144 de la Constitución.

El ámbito de competencia en uno y otro tipo de Comunidades es bien distinto: mientras las Comunidades con autonomía menos plena sólo pueden asumir las competencias enumeradas en el artículo 148 de la Constitución, las de autonomía plena pueden asumir todo tipo de competencia salvo aquellas que el artículo 149 atribuye a la competencia exclusiva del Estado (20). Es cierto que las Comunidades con autonomía menos plena pueden acceder a la autonomía plena pasados cinco años desde la entrada en vigor de sus Estatutos (art. 148.2), pero, mientras no transcurran esos cinco años, sólo pueden asumir competencias con respecto a sus derechos civiles (puesto que aparecen recogidos en el artículo 149) las Comunidades que hayan accedido a su autonomía por la vía del artículo 151 o de la disposición transitoria segunda, es decir, las Comunidades con autonomía plena

---

(19) BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO: *Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil*, en «Primer Congreso de Derecho Vasco: La actualización del Derecho civil», Oñati, 1983, pp. 75 y ss., concretamente p. 79. Para BERCOVITZ, la unificación del Derecho civil no es un objetivo inconstitucional porque la Constitución no impone una pluralidad de Derechos civiles españoles, sino que se limita a permitir la asunción de competencia, por parte de las Comunidades Autónomas, para la conservación, modificación y desarrollo de la correspondiente legislación. Tampoco puede considerarse la unificación del Derecho civil como un objetivo antiestatutario porque los Estatutos de Autonomía, al asumir competencia para conservar, modificar y desarrollar el Derecho foral respectivo, no tienen como misión necesaria el garantizar «la subsistencia del Derecho foral y la diversidad del ordenamiento civil».

(20) Esta conclusión se deduce de la combinación de los artículos 148.2 y 151.1 de la Constitución.

(21). Ello puede dar lugar a desiguales condiciones de desarrollo entre los Derechos forales vigentes (22).

El Estatuto de Cataluña (18 de diciembre de 1979) establece en su artículo 9.º:

«La Generalidad de Cataluña tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

[...]

2. Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán.»

Cataluña es una Comunidad con autonomía plena, constituida al amparo de la disposición transitoria segunda. De ahí que pueda atribuirse a través de su Estatuto competencia legislativa sobre su propio Derecho foral.

El caso de Aragón es distinto: se trata de una Comunidad con autonomía menos plena, y, en principio, no podría asumir en su Estatuto competencia sobre la conservación, modificación y desarrollo de

(21) CLAVERO SALVADOR: *Del principio de salvedad constitucional del Derecho histórico vasco*, en «Primer Congreso de Derecho Vasco: La actualización del Derecho civil», Oñate, 1983, pp. 175 y ss., concretamente p. 183. Este autor se plantea si el artículo 149.1.8 «resulta aplicable a los territorios forales de derechos históricos salvados por la Constitución; si, en materia de Derecho civil, deben distribuirse las competencias entre el Estado y las Comunidades vasca y navarra conforme a las reservas de dicho artículo [...], ¿se entiende entonces que escapan al régimen común por un principio general de conexión de los Estatutos vasco y navarro a sus derechos históricos antes que a la propia Constitución, o debe en cambio interpretarse que se someten plenamente entonces a dicho régimen, en nuestro caso al artículo 149.1.8?». CLAVERO resuelve esta cuestión inclinándose por la no aplicación de los topes competenciales del 149.1.8 al País Vasco y Navarra. Esta solución, sin embargo, no me parece adecuada. Para llegar a la anterior conclusión, CLAVERO distingue entre territorios dotados de foralidad civil y aquellos otros que poseen una foralidad política (País Vasco y Navarra) y entiende que el respeto a los Derechos forales históricos proclamado por la disposición adicional primera de la Constitución se refiere, específicamente, a la foralidad política, que son, como anteriormente se ha señalado, Navarra y País Vasco. Sin embargo, hay que tener en cuenta cuál es el sentido real de la disposición adicional primera de la Constitución. A nuestro juicio, ésta no amplía el marco del artículo 149.1.8, sino que lo ampara. La disposición adicional primera ha de servirnos para la correcta interpretación del artículo 149.1.8, no para desvirtuar su sentido. Por ello, entiendo que la reserva en favor de la competencia exclusiva del Estado rige también para Navarra y País Vasco, comunidades éstas que también quedan sometidas a los topes competenciales del 149.1.8, debiendo tenerse en cuenta, además, que dicho precepto no distingue unas Comunidades Autónomas de otras.

(22) DELGADO ECHEVARRÍA, *op. cit.*, p. 335. Estas desigualdades en el desarrollo de los Derechos forales vigentes se producirían, «no en razón del contenido, arraigo o cualquier otra justificación interna de los mismos, sino como consecuencia de la capacidad política de la correspondiente Comunidad Autónoma», lo cual sería, ciertamente, injusto. El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, en *La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico*, «Revista Española de Derecho Constitucional», año II, n.º 5, 1982, pp. 63 y ss., concretamente pp. 88 y 89, sostiene que todas las Comunidades Autónomas pueden asumir competencia sobre la conservación, modificación y desarrollo del respectivo Derecho civil sin necesidad de esperar cinco años ni de acudir al artículo 150.2 de la Constitución. Esta interpretación, sin embargo, nos parece ciertamente peligrosa, pues puede llevar a la ruptura del marco constitucional.

su Derecho foral. Sin embargo, el artículo 35.1 de su Estatuto (10 de agosto de 1982) atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva sobre la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés (23). Para evitar la posible inconstitucionalidad de este precepto, el Estatuto de Aragón emplea la siguiente fórmula:

«La asunción de las competencias [...] que, reguladas en este Estatuto, estén incluidas en el ámbito del artículo 149.1 de la Constitución, se realizará por uno de los siguientes procedimientos:

a) Transcurridos los cinco años previstos en el artículo 148.2 de la Constitución, previo acuerdo de las Cortes de Aragón adoptado por la mayoría absoluta y previa Ley Orgánica aprobada por las Cortes Generales, según lo previsto en el artículo 147.3 de la Constitución.

b) Mediante Leyes Orgánicas de delegación o transferencia, siguiendo el procedimiento del artículo 150.2 de la Constitución, bien a iniciativa de las Cortes de Aragón, del Gobierno de la Nación, del Congreso de los Diputados o del Senado.» (Art. 37.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón).

Fórmulas similares a ésta emplean los restantes Estatutos de aquellas Comunidades que, si bien tienen Derecho civil propio, no pueden asumir competencia en relación al mismo (hasta que transcurran cinco años) por haberse constituido al amparo de los artículos 143 y 144 de la Constitución (24).

Por lo que respecta a la Comunidad Autónoma de Andalucía, al carecer de Derecho foral, no contiene en su Estatuto una norma por la que se atribuya competencia en materia de legislación civil. Sin embargo, el artículo 21 de su Estatuto establece que:

«La Comunidad Autónoma de Andalucía podrá solicitar en cualquier momento del Estado la transferencia o delegación de competencias que, aun no asumidas en el presente Estatuto, no estén atribuidas expresamente al Estado por la Constitución y de aquellas otras que, atribuidas expresamente al Estado, por su propia naturaleza, sean susceptibles de transferencia o delegación. En este último caso, la Ley Orgánica que se dicte en aplicación de lo dispuesto en el artículo 150.2 de la Constitución determinará la correspondiente transferencia de recursos financieros, la necesaria asignación de medios personales y administrativos y las formas de control que se reserva el Estado.»

El artículo 150.2 de la Constitución regula las llamadas Leyes de transferencia y se refiere a todas aquellas materias cuya titularidad corresponde al Estado, exigiendo como única condición «[...] que por

---

(23) «Corresponde a la Comunidad autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias: 4.—La conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado, así como del procesal civil derivado de las peculiaridades de su Derecho sustantivo» (art. 35.1 del Estatuto de Autonomía de Aragón).

(24) Así sucede en los artículos 35, 35.2, 13.2, 11.2, 25.2 y 13.2 de los Estatutos de Canarias, Castilla-La Mancha, Murcia, La Rioja, Cantabria y Asturias, respectivamente.

su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación [...]». El artículo 150.2 exige además que la Ley prevea «la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserva el Estado».

En cambio, el artículo 21 del Estatuto andaluz exige que la correspondiente Ley Orgánica determine, además de los medios financieros y las formas de control que se reserve el Estado, la «necesaria asignación de medios personales y administrativos». Ello nos hace pensar que el artículo 21 contempla más un traspaso de competencias propias de la Comunidad Autónoma, que una transferencia de facultades y competencias sobre materia de titularidad estatal.

En realidad, el tema no es planteable respecto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por carecer ésta de un Derecho civil propio, si bien más tarde se hará alguna reserva a dicha afirmación.

### C).3. Análisis de los términos «conservación, modificación y desarrollo»

La Constitución atribuye competencia a las Comunidades Autónomas en relación a sus respectivos Derechos forales, pero sólo para conservarlos, modificarlos y desarrollarlos, y éste es el límite fundamental que impone la Constitución a las Comunidades Autónomas en cuanto a su legislación civil.

Para Sancho Rebullida (25), la conservación del Derecho foral es más bien un límite a la competencia legislativa regional que un contenido de la misma, ya que, para conservar el Derecho vigente, basta con no cambiarlo. Y la modificación y desarrollo suponen, conceptualmente, una relación de continuidad con el pasado, una evolución acorde con el espíritu del Derecho foral, con su tradición histórica, con los principios en que se inspira.

No obstante, para la mayoría de los foralistas, «la potestad legislativa regional en el tema de los Derechos forales comprende la posibilidad de actualizarlos, la de dictar normas opuestas a las existentes (por haber cambiado los supuestos sociales), y la de regular materias actualmente no disciplinadas en la correspondiente compilación, todo ello como «desarrollo» del ordenamiento foral (26).

El problema fundamental que aquí se plantea reside en el término «desarrollo». ¿Qué debe entenderse por desarrollar? La contestación a esta pregunta conlleva determinar el límite general de las competencias que pueden asumir determinadas Comunidades en relación con la legislación civil. En este tema, la doctrina se encuentra dividida. Vamos a tratar de sistematizar las diversas opiniones doctrinales que existen en relación al mismo:

(25) SANCHO REBULLIDA: *El futuro de los Derechos forales*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1977, pp. 315 a 319.

(26) LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, tomo I, vol. I, Barcelona, 1982, pp. 111 a 113.

a) Hay un primer sector que entiende que los derechos civiles, forales o especiales se identifican con las Compilaciones de Derecho civil foral, y su desarrollo se limita a las instituciones que son objeto de algún tipo de regulación en las mencionadas Compilaciones.

Esta posición es defendida por Elizalde y Aymerich (27), para quien «el Derecho foral, particular, y, en cuanto supone la inaplicación del Derecho común, excepcional y especial, carece de la eficacia expansiva propia de éste; por consiguiente, el “desarrollo” al que la Constitución se refiere no puede suponer su extensión a instituciones ajenas, que por ello ya han quedado sometidas al Derecho general, sino exclusivamente al complemento de la regulación de instituciones propias forales». «No existe problema ninguno para delimitar el núcleo básico foral, contenido actualmente para cada uno de los regímenes, en su respectiva Compilación» (28).

Esta misma posición es defendida por Carlos Lasarte (29). Tal interpretación ofrece como ventajas las siguientes:

1. La claridad, puesto que con ella puede conocerse *a priori* el ámbito de competencia de cada Comunidad Autónoma en materia de legislación civil.

2. Se adecúa perfectamente al texto del artículo 149.1.8.

3. Reduce las posibilidades de desarrollo de los Derechos a determinadas materias, lo cual está en consonancia con su naturaleza de Derecho especial.

En contra de esta posición, se ha argumentado que los Derechos civiles forales son Derecho común en los territorios respectivos, puesto que constituyen auténticos sistemas jurídicos con principios propios y con capacidad de autointegración. Al ser Derecho común, esos Derechos forales no tienen por qué limitar su desarrollo a las instituciones que son objeto de regulación en la correspondiente Compilación, porque, precisamente, una de las características más destacadas del Derecho común es su fuerza expansiva e integradora y su eficacia supletoria.

b) Hay un segundo sector doctrinal que entiende que el Derecho civil, foral o especial equivale a todo el Derecho civil vigente en una Comunidad autónoma, prescindiendo de cuál sea su origen. En consecuencia, su modificación y desarrollo se extiende a todos los ámbitos del Derecho civil, a excepción de los temas que corresponden a la competencia exclusiva del Estado según el artículo 149.1.8, en su parte segunda.

---

(27) ELIZALDE y AYMERICH: *Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1979, p. 756.

(28) ELIZALDE y AYMERICH, *op. cit.*, p. 756: «Las Compilaciones, al derogar las normas de Derecho foral, escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a su promulgación, permiten, a estos efectos, prescindir de la regulación histórica. *Vid.* Disposiciones finales primeras de las Compilaciones de Vizcaya y Alava, Cataluña, Baleares y Galicia, y la Ley I, párrafo I, de la Compilación de Navarra.»

(29) LASARTE, *op. cit.*, pp. 99 a 144.

Bercovitz (30) señala los siguientes argumentos en favor de esta tesis:

1. Se corresponde con el tenor literal de algunos de los Estatutos de autonomía afectados por la cuestión, en los que se atribuye la competencia correspondiente a la Comunidad Autónoma en términos que pueden coincidir con la mencionada interpretación (Estatutos de Cataluña, Comunidad Valenciana y Aragón). En todos estos casos parece, según Bercovitz (31), que el Derecho civil, foral o especial, pasa a ser el Derecho civil catalán, valenciano y aragonés. Lo que puede entenderse como Derecho civil vigente en Cataluña, Valencia y Aragón.

2. Esta interpretación no contradice el tenor literal del artículo 149.1.8, ya que la segunda frase del mismo («en todo caso»), no es sino la explicación concreta de la primera.

3. Se trata de una teoría clara que no plantea problemas ulteriores de delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

4. El artículo 149.1.8 no es sino una reproducción del artículo 13 del Código civil, con alguna reserva puntual más a favor de la legislación general estatal.

A pesar de sus ventajas, esta opción doctrinal no está exenta de críticas, y la fundamental que se puede hacer es que tergiversa el sentido del artículo 149.1.8: esta interpretación supone atribuir al 149.1.8 un enfoque autonomista, que, si bien se dio, efectivamente, en el primer borrador de la Constitución, posteriormente se abandonó y se sustituyó por el foralista. Con esta interpretación, por otro lado, la primera parte del precepto constitucional que atribuye la legislación civil a la competencia exclusiva del Estado, quedaría vacía de contenido en relación a aquellas Comunidades que tienen un Derecho civil propio.

Encarna Roca (32) mantiene en relación al tema una posición que, si bien parte de presupuestos distintos, llega a las mismas conclusiones que la citada anteriormente.

Esta autora considera que el Derecho civil vigente actualmente en Cataluña no se reduce al contenido en la Compilación catalana. Los artículos 149.1.8 de la Constitución y 9.2 del Estatuto catalán permiten a esta Comunidad Autónoma legislar sobre todo el Derecho civil a excepción de las materias que el 149.1.8 en su segunda parte atribuye a la competencia exclusiva del Estado.

A esta tesis se le puede hacer la misma crítica ya señalada: la Constitución ha optado por un enfoque foralista y no autonomista; el legislador constituyente no consideró oportuno permitir que las Comunidades Autónomas legislaran sobre materia civil, y sólo como ex-

(30) BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, p. 83.

(31) BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, p. 83.

(32) ROCA y TRÍAS: *El Derecho civil catalán...*, cit., en *Las Competencias de las Comunidades Autónomas...*, de BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, cit., p. 84.

cepción, movido por un sentido de respeto hacia el Derecho foral, se rompe esta regla en favor de determinadas Comunidades.

c) Existe una tercera posición definida por Delgado Echevarría (33). Este autor distingue entre el Derecho civil foral actual y el que puede ser en un futuro, y parte de la base de que el Derecho civil foral actual no es únicamente el contenido en las Compilaciones. Así, refiriéndose a Cataluña, señala que «sus normas se encuentran, en primer lugar, en la *Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, pero no entendidas, ni mucho menos, como elenco de excepciones a otro cuerpo legal, sino como elementos de un sistema propio, animados por principios [...] de gran fuerza expansiva [...]. En particular, muchos preceptos del Código civil forman parte, también, del Derecho civil catalán, porque su aplicación procede en Cataluña, precisamente, por ser reclamados por los preceptos catalanes o para complementarlos, en la forma adecuada a los principios catalanes».

Conforme a esta tesis, la competencia de las Comunidades Autónomas para conservar, modificar y desarrollar el propio Derecho foral, no tendría más límites que los derivados de sus propios principios informadores.

Por otro lado, los términos empleados por la Constitución, «conservación, modificación y desarrollo», implican una relación de continuidad entre la situación de partida y el futuro (34): el desarrollo del propio Derecho civil «hallará medios de llegar tan lejos como se proponga» (35), pudiendo «afectar a todas las instituciones del Derecho (foral) actual, alterando, no sólo los principios que lo informan, sino el ámbito institucional del mismo». Con todo ello quiere indicarse que el Derecho foral actual puede, en un futuro, convertirse en un Derecho distinto como consecuencia de la actividad legislativa de los Parlamentos autonómicos. En esta idea radica básicamente la distinción entre esta tesis y la anterior.

El propio texto constitucional podría servir de apoyo para defender la idea de que el desarrollo del Derecho civil foral va más allá del contenido actual de las Compilaciones: el artículo 149.1.8, en su segunda parte, establece cuáles son las materias que en todo caso son competencias del Estado. Algunas de estas excepciones hacen referencia a materias que no son reguladas en las Compilaciones.

¿No significa esto que el desarrollo del propio Derecho foral puede ir más allá del contenido en la correspondiente *Compilación*? De no ser así, algunas de las reservas constitucionales que el 149.1.8 realiza en favor del Estado carecerían de sentido.

Para poder realizar este argumento es necesario que nos remontemos a los trabajos parlamentarios que condujeron a la redacción definitiva del 149.1.8. Como ya sabemos, en la discusión del proyecto por la Ponencia del Congreso, se pasa de un enfoque autonomista a

---

(33) DELGADO ECHEVARRÍA, *op. cit.*, p. 337.

(34) DELGADO ECHEVARRÍA, *op. cit.*, p. 340.

(35) DELGADO ECHEVARRÍA, *op. cit.*, p. 341.

otro foralista. Este cambio no fue acompañado de una revisión de las materias que en todo caso eran competencia exclusiva del Estado, las cuales habían pasado de ser excepciones de una regla (la competencia de todas las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil) a ser excepciones de una excepción (sólo determinadas Comunidades Autónomas tienen competencia en relación con su propio Derecho foral). De este modo se produjo una desconexión, y algunas de las materias enumeradas como excepciones perdieron su sentido de tales (36).

En mi opinión, cuando la Constitución dice que las Comunidades Autónomas con Derecho civil, foral o especial, gozan de competencia para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo, está indicando que tales Comunidades podrán legislar sobre todo el Derecho civil. No creo que esta interpretación prive de sentido a la regla contenida en la primera parte del precepto constitucional: la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil está pensada, a mi juicio, para los territorios sometidos al Derecho común. De este modo, partiendo de un punto de vista foralista se llega a una conclusión más abierta, sin que pueda calificarse de autonomista, puesto que esta interpretación no implica que todas las Comunidades Autónomas puedan legislar sobre todo el Derecho civil a excepción de las materias que la Constitución atribuye al Estado como competencia exclusiva de éste en todo caso; por el contrario, la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación civil se mantiene para todos los territorios de Derecho común, derogándose la regla sólo en favor de aquellas Comunidades Autónomas en las que existen Derechos forales. Para éstas, el desarrollo del propio Derecho foral no tendría más límites que los enumerados por el 149.1.8 en su parte segunda (las materias que, en todo caso, son competencia exclusiva del Estado).

Entendiendo de esta forma el artículo 149.1.8, no se privaría de contenido a ninguna de las reglas en él contenidas, siendo esta interpretación, además, coherente con la Disposición adicional primera de la Constitución, que ampara interpretaciones amplias, siendo inadmisibles las tesis restrictivas por las dificultades insoslayables a las que conducen, y no pudiendo tampoco admitirse tesis intermedias (como la de Delgado) por ser excesivamente ambiguas.

Detrás de este precepto se esconde, quizá, una ambigüedad deliberada: la única forma de conseguir el consenso entre las distintas fuerzas políticas constituyentes fue mediante la redacción de un precepto que pudiera ser interpretado de distinta forma, tanto en un sentido como en otro. De ahí su redacción poco clara. En realidad, con esta fórmula lo único que se hizo fue desplazar el problema desde una instancia a otra, siendo el Tribunal Constitucional el encargado de

---

(36) BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, p. 89. La desconexión a la que hace referencia este autor se produce en relación a dos de las seis materias relacionadas en el artículo 149.1.8, en su segunda parte: «Relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio» y «Ordenación de los registros e instrumentos públicos».

dar solución al mismo. En cualquier caso, habrá que esperar para saber qué aplicación se le da.

#### C).4. Los Derechos civiles forales o especiales: concepto y naturaleza

Estos Derechos constituyen el objeto de la actividad de conservación, modificación y desarrollo que la Constitución atribuye a determinadas Comunidades Autónomas. De ahí que consideremos conveniente precisar algunas ideas en torno a los mismos.

Según Elizalde (37), «el término Derechos forales recogido por el artículo 149.1.8 de la Constitución se refiere al conjunto de Leyes y Cuerpos de Derecho, con vigor en determinadas regiones de España, que son distintas del Derecho de general aplicación en todas las provincias del Reino». En Italia, la determinación del concepto y naturaleza de la *legge regionale* ha dado lugar a abundantes estudios sobre el tema (38).

Desde una perspectiva centralista basada en un punto de vista histórico, estos Derechos fueron considerados como privilegios, como un Derecho excepcional. Esta tesis fue defendida, entre otros, por De Castro (39). Frente a esta opinión se alzaron autores como Hernández Gil, D'Ors o Lacruz, que entendían que los Derechos forales no eran excepciones al Derecho común, sino, sencillamente, otro Derecho, un Derecho distinto (40).

Lo que nos interesa destacar aquí es que el legislador constituyen-

(37) ELIZALDE y AYMERICH, *op. cit.*, p. 744. Para ELIZALDE, el artículo 149.1.8 de la Constitución incurrió en el mismo error que el Código Civil, al no distinguir entre Fueros municipales y Fueros provinciales, clasificación ésta que sí fue recogida en la Novísima Recopilación.

(38) A título de ejemplo, pueden citarse los siguientes trabajos: PALADIN: *Diritto privato e leggi regionali*, en «Giurisprudenza Costituzionale», 1957, pp. 1.118 y ss.; GALEOTTI: *Osservazioni sulla legge regionale come specie delle «lege» in senso tecnico*, «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», 1957, pp. 76 y ss., concretamente pp. 76 a 84; PALADIN: *Note sull rinvio delle leggi regionali*, «Giurisprudenza Costituzionale», 1967, pp. 74 y ss.; D'ATENA: *Legge regionale*, «Enciclopedia del Diritto», vol. XXIII, 1973, pp. 969 y ss., concretamente pp. 979; NANIA: *Limiti dei «principi» e autonomia legislativa regionale*, «Giurisprudenza Costituzionale», 1980, vol. I, pp. 1.774 y ss., concretamente pp. 1.774 a 1.785.

(39) DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil en España*, tomo I (3.ª ed.), Madrid, 1955, pp. 245 y 246. «El artículo 12 del Código civil (en su antigua redacción) ha señalado las notas del Derecho foral, el carácter del Derecho local o particular y el de provisional. La especial eficacia jurídica de esas normas impone aludir a su carácter excepcional y privilegiado. Por estos motivos, podrá definirse al Derecho foral como conjunto de privilegios locales heterogéneos que, como Derecho excepcional no derogado, se conserva en ciertos territorios que tuvieron fueros o costumbres especiales.»

(40) LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 116. «El Derecho del Código es más amplio, más completo; pero en lo regulado en las Compilaciones, éstas tienen en su territorio el mismo rango que el Código en el suyo: éste y aquéllas ocupan una posición paralela, y la misma obligación tienen los tribunales de conocerlos y los súbditos de respetarlos. Por consiguiente, ni las normas de Derecho foral son susceptibles de renuncia, ni han de ser objeto de interpretación con métodos y medios distintos que el Código mismo.»

te utilizó la distinción entre Derecho común y Derecho foral como criterio de distribución de competencias legislativas en materia civil entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Pero la Constitución habla de «Derechos civiles forales o especiales». ¿Qué significado ha de darse al término «especiales»?

Esta expresión puede interpretarse de dos formas distintas (41):

1. Es una calificación del término «forales»; nos indicaría que los Derechos forales son especiales en cuanto que su ámbito territorial de aplicación es limitado.

2. El término «especiales» hace referencia a una realidad distinta a los Derechos forales. ¿Cuál sería esta realidad? Aquellas Leyes que siendo especiales por razón de la materia y no constituyendo Derecho foral, tengan un ámbito de aplicación reducido a una determinada zona (ámbito de aplicación no general). Por ejemplo, la Ley de inscripción, división y redención de censos en Cataluña, de 31 de diciembre de 1945.

Estos son los dos sentidos en que puede interpretarse el término «especiales».

Encarna Roca (42) sostiene que «con la Constitución desaparece definitivamente el Derecho foral, que pasa a ser Derecho civil de la Comunidad Autónoma de que se trata [...]. La utilización del término Derecho foral en la Constitución se debe a reminiscencias históricas más que a la propia organización constitucional».

Esta conclusión no puede estimarse correcta: con la Constitución no sólo no desaparece el Derecho foral, sino que su previa existencia es requisito para la atribución a las Comunidades Autónomas de competencias en materia civil (43), lo cual es ciertamente criticable, ya que produce, entre otros inconvenientes, una pugna entre los principios forales y los constitucionales (Navarra y Aragón).

#### D) «...ALLI DONDE EXISTAN...»

Las Comunidades Autónomas pueden asumir, según la Constitución, competencia para conservar, modificar y desarrollar el propio Derecho civil, pero sólo «allí donde existan». La existencia coetánea al momento de la entrada en vigor de la Constitución es, pues, requisito indispensable para poder asumir competencia en relación al Derecho foral.

(41) GARCÍA-AMIGO, *op. cit.*, p. 440.

(42) ROCA I TRIAS: *El Derecho civil catalán...*, *op. cit.*, pp. 23 a 27.

(43) LASARTE, *op. cit.*, pp. 99 y ss. Señala este autor que la atribución de competencia a una Comunidad Autónoma para la conservación, modificación y desarrollo del propio Derecho foral, exige, como requisito previo, la existencia de ese Derecho foral: «La Constitución atribuye una relativa competencia respecto de la legislación civil exclusivamente a aquellas Comunidades Autónomas que en el momento de publicación de la Constitución se estuvieran rigiendo ya en ciertas materias por un conjunto de normas forales y especiales. Las demás regiones, sometidas tradicionalmente al Derecho común, no gozarán de competencia alguna en relación con la legislación civil.»

A estos efectos, podemos considerar, sin dudas, que existe Derecho foral en aquellos territorios que cuentan con compilación (País Vasco, Cataluña, Galicia, Navarra, Aragón y Baleares), además de Extremadura, en cuanto a la comarca en donde rige el fuero de Baylío. Será discutible, entre otros puntos, si en las zonas de Zamora y Asturias (donde se decía que era aplicable la Compilación gallega) existirá competencia foral para las Comunidades Autónomas donde están situados estos territorios (44). Por las razones que luego se expondrán, tampoco sería *a priori* rechazable que los Parlamentos extremeño, asturiano y castellano-leonés fuesen competentes para crear Derecho civil propio aplicable a todo su territorio (por ejemplo, Cáceres, Gijón o Valladolid), de manera similar a como no se niega por muchos autores la competencia del Parlamento vasco para crear Derecho civil propio para Bilbao o San Sebastián.

En el proyecto de Constitución aprobado por la Ponencia en el Congreso sólo se decía «la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos forales». Pero posteriormente, la Comisión para Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas introduce la especificación «allí donde existan». El cambio se produjo sin ninguna enmienda y sin discusión alguna, de donde se deduce que hubo total acuerdo en relación al mismo (45).

#### D).1. **Posible extensión del Derecho foral vigente en parte del territorio de una Comunidad Autónoma a otras zonas de la misma**

Hay un sector doctrinal que da a esta pregunta una respuesta afirmativa, entendiendo que el término «desarrollo» puede referirse no sólo a la materia regulada, sino también al ámbito espacial en donde se aplica el Derecho foral (46).

Hay que optar por un significado del término «desarrollar» que no prive de sentido a otros apartados del artículo 149.1.8. El término «desarrollar» puede referirse al contenido material o sustantivo de los Derechos forales, o a su extensión espacial. Si lo entendemos en este segundo sentido, podríamos estar privando de significado a la expresión «allí donde existan».

En base a esta interpretación podría hablarse de la posible inconstitucionalidad del artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, según el cual esta Comunidad tiene competencia exclusiva no sólo para la conservación, modificación y desarrollo del propio Derecho civil, sino también para «la fijación del ámbito territorial de su vigencia» (47).

---

(44) GARCÍA-AMIGO, *op. cit.*, p. 439.

(45) BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, p. 102.

(46) BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, pp. 102 y ss.

(47) Dice el artículo 10 del Estatuto de Autonomía del País Vasco: «La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva sobre las siguientes ma-

Sin embargo, cabe interpretar esta norma entendiendo que lo que atribuye la Comunidad Autónoma es la especificación de aquellos territorios que estén sometidos a la legislación civil general y de los que se sometan a la legislación propia de la Comunidad Autónoma. De este modo, podría salvarse la posible inconstitucionalidad de este precepto.

Asimismo, en función de los principios constitucionales y de los contenidos en los Estatutos, no puede atribuirse a la expresión «allí donde existan» un sentido restrictivo; dos son las razones:

*Primera.*—Porque ese sentido restrictivo implicaría una estrechez geográfica que pugnaría con el contenido amplio respecto del objeto regulado.

*Segunda.*—Porque una limitación artificiosa de la competencia de los Parlamentos autónomos no es admisible por ser contraria a los principios informadores, ínsitos en la misma Constitución, del régimen autonómico (48).

¿Cabe la no uniformidad por decisión del Parlamento vasco? Esta es una interesante cuestión que puede suscitarse en torno al tema, y a la que, a mi entender, hay que dar una respuesta negativa, pues lo contrario podría provocar una heterogeneidad dentro de una misma Comunidad Autónoma, desde mi punto de vista, no deseable y escasamente compatible con la misión homogeneizadora y conformadora del Cuerpo social y parte del Ordenamiento jurídico: no olvidemos que el modelo del Estado de las Autonomías escogido por nuestra Constitución implica una actitud beligerante en favor de la cohesión en el interior de las Comunidades Autónomas.

#### D).2. **¿Podrán asumir competencia aquellas Comunidades Autónomas que tuvieron Derecho civil propio, pero que hoy en día ha desaparecido?**

Hay un cierto sector doctrinal que entiende que la competencia para la conservación, modificación y desarrollo del propio Derecho civil, se extiende a aquellas Comunidades Autónomas que no cuentan con Derecho civil foral actualmente vigente, pero que tuvieron en su día algún Derecho civil propio. Esta posición encuentra su apoyo en la disposición adicional primera de la Constitución, según la cual «la Constitución ampara y respeta los Derechos históricos de los territorios forales». No obstante, hay que tener en cuenta que esta disposición fue dictada específicamente para País Vasco y Navarra, y se re-

---

terias: 5.—Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario, propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia.»

(48) La orientación de la Constitución respecto de la potestad legislativa de los Parlamentos Autonómicos no parece compatible con restricciones derivadas de la índole de la materia regulada o dependientes del ámbito geográfico. Las motivaciones de esta afirmación exceden del ámbito forzosamente restringido del presente trabajo.

fería, no a los Derechos civiles forales, sino al régimen foral administrativo, político y fiscal del que gozaban estas regiones a principios del siglo XIX (49).

Por otro lado, hay que pensar que si el legislador constitucional hubiese querido el restablecimiento de los Derechos civiles forales que existieron históricamente, pero que hoy ya no existen, no hubiera utilizado la expresión «allí donde existan», sino que hubiera dicho «allí donde existan o hubiesen existido» (conforme al criterio de interpretación gramatical establecido en el art. 3.1 del Código civil), y esto no es lo que dice la Constitución. Piénsese, además, que si se admite la actualización de un Derecho histórico no vigente, prácticamente todas las Comunidades Autónomas podrán asumir competencia en materia de Derecho civil, ya que es difícil encontrar alguna que no haya tenido en algún momento de su historia alguna institución propia en esta materia (por ejemplo, las «costumbres hogazanas» de Córdoba, los Fueros de Vicedo o Sepúlveda, etc.) (50). Ello supondría optar, en esta materia, por un enfoque autonomista que es contrario al espíritu de la Constitución, que cambió, en su día, autonomismo por foralismo.

Por otra parte, el restablecimiento de Derechos forales históricos no vigentes podría llevar al absurdo de la admisión de instituciones que resultasen incompatibles con nuestra realidad social y que plantearía graves problemas de aplicación. La retención de lo antiguo únicamente tiene sentido al tratarse de lo que permanezca vivo y usual (51). En realidad, el peligro reside más en el mantenimiento de la supuesta institución, que en el contenido mismo, que podría ser revisado.

Todo esto nos sirve para concluir que la disposición adicional primera de la Constitución, interpretada correctamente, no constituye apoyo suficiente para admitir el restablecimiento de Derechos forales históricos no vigentes en la actualidad.

Frente a esta idea podría decirse que la disposición derogatoria segunda de la Constitución, al derogar las Leyes del 25 de octubre de 1939 y 21 de julio de 1876, permite para las provincias Vascongadas el restablecimiento de los Derechos forales desaparecidos. Sin embargo, hay que tener en cuenta que las mencionadas Leyes no supusieron, en modo alguno, una alteración del régimen civil de las provincias vascas, sino que sólo afectaron a su Derecho público peculiar, y será sólo éste el que pueda restablecer al amparo de la disposición derogatoria segunda de la Constitución.

El caso de Valencia es muy peculiar. El Derecho propio del Reino de Valencia desapareció en 1707 por obra de Felipe V. A partir de

---

(49) ELIZALDE y AYMERICH, *op. cit.*, p. 747.

(50) Para DELGADO, *op. cit.*, p. 355, por esta vía podría llegarse a la restauración de un Derecho (civil) guipuzcoano o de un Derecho foral valenciano, e incluso a la restauración de un Derecho foral castellano.

(51) LÓPEZ JACOISTE: *Constitucionalismo y codificación civil*, en «Lecturas sobre la Constitución Española», vol. II, Madrid, 1978, pp. 581 y ss., concretamente p. 601.

ese momento se rigió por el Derecho común, a excepción de algunas normas consuetudinarias que se han mantenido a lo largo del tiempo y que hacen referencia, fundamentalmente, a los riegos y acequias. En la medida en que quepa reputar «legislación civil» (en el sentido que establece el art. 149.1.8), la materia jurídico-privada del régimen de aguas sometida al Derecho consuetudinario (preferentemente procesal) valenciano, en esa medida será subsumible Valencia en el ámbito del 149.1.8, amparada, además, por la disposición adicional primera. En otras palabras, dos son las opciones:

*Primera.*—Las aguas son materia civil; en cuyo caso, Valencia adquiere la misma posición que otra Comunidad Autónoma foral.

*Segunda.*—Las aguas no son materia civil, y entonces Valencia no tiene ninguna competencia en materia civil.

En mi opinión, las aguas son, en alguna medida, materia civil. En otro epígrafe del presente trabajo hemos dicho que el concepto de legislación civil comprende todas aquellas materias que han sido calificadas tradicionalmente como Derecho privado y que no aparezcan recogidas en otros apartados del artículo 149.1. El régimen de aguas es objeto de regulación en el apartado 22 del artículo 149.1, por lo que, en principio, no podríamos considerar dicho régimen como legislación civil. Pero, por otro lado, el número 22 del 149.1 no agota la regulación del régimen de aguas. En consecuencia, todo lo que no sea «legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamiento hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma», será legislación civil, y, por tanto, asumible por la Comunidad Autónoma Valenciana. Argumento corroborado por el número 10 del artículo 148 de la misma Constitución y por el hecho incontrovertible de que las aguas vienen siendo reputadas, en parte, tanto en el plano académico como en el legislativo, materia jurídico-civil.

**D).3. ¿Se considera como único Derecho foral existente al compilado, o se admite la existencia de un Derecho civil extracompilado?**

Para un sector doctrinal encabezado por Encarna Roca (52), la potestad de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil se extiende a la regulación de materias actualmente no disciplinadas en la correspondiente Compilación. Todo aquello que no se reserva el Estado puede ser objeto de legislación foral.

Delgado Echevarría (53) razona esta posibilidad en base al artículo 149.1, cuando «enumera a continuación una serie de temas que, en todo caso, corresponden a la competencia exclusiva del Estado». Para Delgado (54) esta reserva es muy significativa: se nos está indi-

(52) ROCA I TRIAS: *El Derecho civil catalán...*, op. cit., pp. 15 y ss.

(53) DELGADO ECHEVARRÍA, op. cit., p. 339.

(54) DELGADO ECHEVARRÍA, op. cit., p. 340.

cando que, de no existir tal reserva, hubieran podido ser materia de Derecho foral. Como conclusión, señala Delgado (55) que las Comunidades Autónomas con autonomía plena, en cuyo territorio exista Derecho civil foral, podrán, en virtud de su Estatuto, legislar sobre Derecho civil en general, sin otros límites claros que las materias expresamente excluidas en el segundo párrafo del artículo 149.1.8 de la Constitución.

El Congreso de Jurisconsultos sobre Derechos civiles territoriales en la Constitución, de 1981 (56), aprobó las siguientes conclusiones:

*Segunda:* «La competencia legislativa aludida (de las Comunidades Autónomas) no se restringe, en modo alguno, a la situación actual de las Compilaciones vigentes, lo que ya sería contradictorio con la idea misma de legislación: legislar supone innovar. Los Derechos civiles forales o especiales constituyen cada uno un sistema del que la correspondiente legislación, e incluso la histórica, no es sino expresión parcial, informados por principios peculiares que le proporcionan posibilidades de autointegración. Hasta donde lleguen estos principios informadores, llega la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas.»

*Tercera:* «Las Comunidades Autónomas podrán desarrollar el Derecho hoy vigente acomodado a las nuevas y cambiantes necesidades de la sociedad, con la misma libertad que las Cortes Generales pueden alterar y modificar el Código civil.»

Estas conclusiones del Congreso de Jurisconsultos parecen avalar la posición defendida por Jesús Delgado y Encarna Roca, a los que se opone Carlos Lasarte (57), entendiéndose que, cuando la Constitución concede competencia legislativa civil a aquellas Comunidades Autónomas que venían manteniendo un Derecho foral propio, lo ha hecho dentro de los límites de su conservación, modificación y desarrollo: «Propugnar, por consiguiente, que el desarrollo de los Derechos forales no ha de atender a su estado actual, a los supuestos institucionales regulados en las Compilaciones, entiendo que supone una alteración gravemente perturbadora del propio precepto constitucional, en cuanto manipulación del planteamiento historicista en que se asienta la Constitución.»

No compartimos una posición como la citada en cuanto que supone un encorsetamiento de la potestad normativa en materia de Derecho civil por parte de la Comunidad Autónoma, dado que el texto constitucional, a la vista de la interpretación que propugnamos, no resulta compatible con tal aptitud restrictiva.

Por otro lado, el artículo 149.1.8 exige una existencia actual («allí donde existan»), pero no exige que la norma o institución en cuestión tenga que aparecer en la Compilación. Puede tratarse de una norma

---

(55) DELGADO ECHEVARRÍA, *op. cit.*, p. 340.

(56) Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos Civiles Territoriales en la Constitución, «Anuario de Derecho Civil», abril-junio 1982, pp. 375 y ss.

(57) LASARTE, *op. cit.*, p. 106.

consuetudinaria no escrita, y esta norma, si es utilizada, ha de considerarse tan vigente como cualquiera de las contenidas en el texto de la Compilación. La Constitución exige que el Derecho foral que puede ser conservado, modificado y desarrollado, tenga una vigencia actual, pero no exige que dicho Derecho se encuentre recogido en una Compilación, por lo que podría admitirse la existencia de un Derecho extracompilado.

E) «...EN TODO CASO, LAS REGLAS RELATIVAS A LA APLICACION Y EFICACIA DE LAS NORMAS JURIDICAS, RELACIONES JURIDICO-CIVILES RELATIVAS A LAS FORMAS DE MATRIMONIO, ORDENACION DE LOS REGISTROS E INSTRUMENTOS PUBLICOS, BASES DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES, NORMAS PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS DE LEYES...»

Una vez reconocido que la legislación civil foral en general es competencia de las Comunidades Autónomas, el artículo 149.1.8, en su apartado segundo, establece una serie de materias civiles en las que las Comunidades Autónomas no pueden entrar en ningún caso. A través de estas normas se amplía el ámbito de competencia exclusiva del Estado en materia civil en aquellos territorios en los que existe el Derecho foral. Se trata de materias que exigen un tratamiento uniforme en todo el territorio nacional porque se relacionan con la «indisoluble unidad de la nación española», que constituyen uno de los fundamentos de nuestra Constitución (58). Por otra parte, el establecimiento en la Constitución de este campo de competencia exclusiva en favor del Estado va a producir una serie de consecuencias (59):

a) Sujeción del artículo 13 del Código civil a la nueva norma constitucional. Se ha producido, en cierto modo, la «constitucionalización» de este precepto del Código civil.

b) Quedan sin vigor, salvo en algunos casos relativos a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, algunas normas de Derecho foral que hacían referencia a materias relacionadas en este apartado del 149.1.8.

La reserva en favor del Estado que realiza esta norma, donde adquiere un mayor significado es en los supuestos en los que se produce una colisión entre una de las materias enunciadas en la misma y alguna norma de una Compilación. En tales casos prima la norma estatal.

---

(58) Así se establece en el artículo 2 de la Constitución: «La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española [...]».

(59) ELIZALDE y AYMERICH, *op. cit.*, p. 758. Además de las dos citadas, se produce una tercera consecuencia: «La coincidencia entre Texto constitucional y el tradicional del Código civil, en algún aspecto, permite utilizar este último como antecedente para la debida interpretación del primero (art. 3.º del Código)».

Las materias comprendidas en este apartado del artículo 149.1.8 son de muy diversa naturaleza. Podemos clasificarlas en dos apartados:

1. Las que proceden del artículo 15 de la Constitución de 1931 (60)
  - Relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio.
  - Ordenación de los registros e instrumentos públicos.
  - Bases de las obligaciones contractuales.
  - Normas para resolver los conflictos de Leyes.
2. Las que se inspiran en el artículo 13.1 del Código civil:
  - Aplicación y eficacia de las normas jurídicas.
  - Determinación de las fuentes del Derecho.

### E).1. Aplicación y eficacia de las normas jurídicas

Este inciso del 149.1.8 parece que se limita a reiterar el principio de general aplicación de las disposiciones del Título preliminar del Código civil, que hacen referencia a la aplicación de las normas jurídicas (arts. 3 a 5) y eficacia general de las mismas (arts. 6 y 7). La razón de esta reserva constitucional estaría, según García-Amigo (61), en que dichas normas no limitan su aplicación al Derecho civil, sino que se aplican a todo el Ordenamiento jurídico. ¿Cuál es la virtualidad efectiva de este precepto? La amplitud de los principios establecidos por los citados artículos del Código civil dificultan el establecimiento del ámbito concreto al que hace referencia la expresión constitucional.

El hecho de que se considere como competencia exclusiva del Estado la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, ¿implica una pérdida de virtualidad de las correspondientes normas forales? Dada la amplitud de los principios recogidos en los artículos 3 a 7 del Código civil, y dado que algunas de las cuestiones a que hacen referencia dichos artículos tocan el tema de las fuentes del Derecho (en relación a las cuales han de respetarse, según la Constitución, las normas de Derecho foral o especial), hay que dar a la anterior pregunta una respuesta negativa: las normas propias de los Derechos forales no quedan excluidas de forma absoluta o automática.

El profesor Lacruz (62) se manifiesta en este sentido cuando dice

---

(60) «Corresponde al Estado español la legislación, y podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes, sobre las siguientes materias: 1.—La legislación penal, social, mercantil y procesal, y en cuanto a la legislación civil, la forma de matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos personal, real y formal, para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España.»

(61) GARCÍA-AMIGO, *op. cit.*, p. 440.

(62) LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 104.

que «la Constitución no deroga tales reglas forales (se refiere a las normas de Derecho foral que hacen referencia a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas): se limita a decir que la materia es de la competencia estatal, lo cual, ni impide la vigencia de anteriores Leyes estatales, como las actuales Compilaciones, ni tampoco que el Estado legisle en el futuro sobre aplicación y eficacia de las normas para un solo territorio foral» (63). Esta opinión es mayoritaria en la doctrina: Puig Ferriol, Lalaguna, Díez-Picazo, Lasarte, Delgado Echevarría (64).

Por otro lado, hay que tener en cuenta, en relación con la interpretación de las normas, que en las Compilaciones no se contiene en realidad normas que resulten discordantes con las correlativas del Código civil, sino que se limitan a resaltar la importancia de la interpretación histórica que es un criterio recogido por el propio Código civil (65). Así, por ejemplo, el artículo 1.2 de la Compilación de Cataluña señala que «para interpretar e integrar esta Compilación y las restantes normas se tomarán en consideración las Leyes, las costumbres, la Jurisprudencia jurídica catalana, de acuerdo con los principios generales que inspiran el Ordenamiento jurídico de Cataluña». Reglas semejantes a éstas se encuentran en las Compilaciones de Baleares (66), Galicia (67) y Navarra (68).

En cualquier caso, la vigencia de tales reglas dependerá de su adecuación con el Derecho estatal.

---

(63) En materia de aplicación y eficacia de las normas jurídicas, no puede legislar más que el Estado, pero entiendo que, sin autonomía ni foralismo, no cabe desigualdad por obra del Estado, porque de admitirse la tesis de LACRUZ (el Estado puede dictar normas para un solo territorio foral) se pondría en entredicho el principio de igualdad consagrado en los artículos 9.2, 14 y 139.1 de la Constitución. Creo que no cabe desigualdad que no nazca de la autonomía, y aun ésta, dentro de ciertos límites.

(64) Para LALAGUNA, por ejemplo, «aunque llegue a admitirse que ciertas disposiciones del Título preliminar, como las relativas a la interpretación, equidad y analogía, a que se refieren los artículos 3 y 4, han de considerarse como reglas generales para la aplicación de las leyes, sería difícil mantener en buena lógica que esas disposiciones pueden tener aplicación directa en territorios forales, con olvido de que para éstos el Derecho civil propio ofrece, en la respectiva Compilación, otras normas distintas sobre interpretación, equidad y analogía. A esta conclusión ha de llegarse, lógicamente, por ese postulado de pleno respeto de los Derechos forales que contiene el artículo 13.2».

(65) «Las normas se interpretarán según [...] los antecedentes históricos y legislativos [...]» (art. 3.1 del Código civil).

(66) «De conformidad con lo establecido en el Código civil, las disposiciones de esta Compilación regirán con preferencia a dicho Cuerpo legal. Para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica balear encarnada en las antiguas leyes, costumbre y doctrinas de que aquéllos se derivan» (art. 2 de la Compilación de Baleares).

(67) «[...] Para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrinas de que aquéllas se derivan» (art. 2.2 de la Compilación de Galicia).

(68) «Esta Compilación del Derecho Privado Foral, o Fuero Nuevo de Navarra, recoge el vigente Derecho civil del antiguo Reino, conforme a la tradición y a la observancia práctica de sus costumbres, fueros y leyes» (Ley 1.2 de la Compilación de Navarra).

La Compilación de Navarra regula, además, la analogía (69), eficacia de las Leyes (70), renuncia y ejercicio de los derechos (71) y el fraude (72). Dichas materias se hallan reguladas en el Código civil, que respecto de ellas es, según la Constitución, de aplicación general y exclusiva, debiendo prevalecer sobre las normas forales.

El artículo 1.1 de la Compilación aragonesa dice que «constituyen el Derecho civil de Aragón, como expresión de su régimen peculiar, las disposiciones de esta Compilación integradas con la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico». Esta regla no es interpretativa en sentido estricto, pero exige para la aplicación de los preceptos contenidos en esta Compilación, tener en cuenta su propia tradición jurídica.

### E).2. Las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio

Esta excepción a la competencia de las Comunidades Autónomas respecto de sus Derechos forales procede del artículo 15 de la Constitución de 1931, que atribuía al Estado la competencia sobre «la forma de matrimonio». Esta forma única era la civil, no pudiendo las regiones autónomas dictar normas en sentido distinto.

El 149.1.8 de la Constitución habla de «formas de matrimonio». Esta expresión ha sido objeto de interpretaciones distintas. Así, Delgado (73) entiende que «formas de matrimonio» es una expresión equivalente a «clases de matrimonio» (art. 42 del Código civil, en su redacción de 24 de abril de 1958). De ahí extrae la conclusión de que la norma constitucional reserva al Estado «la fijación del sistema matrimonial español», «la determinación de la validez y eficacia civil de los matrimonios civiles y canónicos, así como la regulación de los primeros». Significa que el Estado se reserva competencia exclusiva sobre «todo el régimen personal de celebración y disolución del matrimonio [...] sobre el vínculo matrimonial y sus vicisitudes» (74).

Tanto en la regulación del Código civil como en la Constitución, el término «formas», según la doctrina, no equivale a clases de ma-

---

(69) «Antes de aplicarse el Derecho supletorio, deberá integrarse el Derecho privativo mediante la racional extensión analógica de sus disposiciones» (Ley 5 de la Compilación de Navarra).

(70) «En razón de la libertad civil, esencial en el Derecho navarro, las leyes se presumen dispositivas» (Ley 8).

(71) «La renuncia de derechos es válida, salvo que atente al orden público o se haga en fraude de ley» (Ley 9). «Los derechos pueden ejercitarse libremente sin más limitaciones que las exigidas por su naturaleza, la buena fe, las rectas costumbres y el uso inocuo de otras personas; y las impuestas, por prohibición expresa de la Ley» (Ley 17).

(72) «Los actos realizados con intención de excluir injustamente el derecho de un tercero pueden impugnarse a la vez que se ejercita el derecho que se intentó defraudar» (Ley 22).

(73) DELGADO ECHEVARRÍA, *op. cit.*, pp. 341 y ss.

(74) LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 205.

trimonio, sino a modos de celebración. Esta afirmación es aplicable al artículo 32.2 de la Constitución cuando dice: «La Ley regulará las formas de matrimonio».

En el artículo 149.1.8 vuelve a hablarse de «formas de matrimonio». Siguiendo un criterio de interpretación sistemático y entendiendo, consiguientemente, las formas de matrimonio del 149.1.8 como modos de celebración, se llegaría a la conclusión de que lo que reserva a la competencia exclusiva del Estado es sólo esto último, es decir, la regulación de los distintos rituales para contraer matrimonio, pero no la regulación de las clases de matrimonio. Ello supondría que las Comunidades Autónomas con Derecho foral podrían regular las clases de matrimonio de modo distinto, con el único límite que representa el artículo 32 de la Constitución. Así, por ejemplo, sería posible una regulación del divorcio para Cataluña distinta a la del País Vasco.

Esta conclusión no parece deseable, ni siquiera admisible, puesto que la regulación de las clases de matrimonio afecta a los Derechos fundamentales de la persona: igualdad de todos los españoles ante la Ley (art. 14 de la Constitución), igualdad jurídica de los cónyuges (art. 32.1 de la Constitución), libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), etcétera.

Queremos decir que tales imperativos constitucionales parecen, a nuestro juicio, exigir la existencia en el ordenamiento jurídico español de una sola *clase* de matrimonio, sea cual sea la *forma* (civil o religiosa) en que éste haya sido contraído y sea cual sea la Comunidad Autónoma a la que los contrayentes pertenezcan (75).

Por estas razones creo que cuando el 149.1.8 habla de «formas de matrimonio», hay que entender que lo que se reserva a la competencia exclusiva del poder central es la regulación de las clases de matrimonio, y no la de las formas de celebración.

A esta conclusión llegamos por un criterio de interpretación lógico, que primaría sobre el sistemático.

¿Por qué se habla de relaciones jurídico-civiles? Puede pensarse que la utilización de estos términos por el legislador constitucional respondía a la intención de señalar que el Estado no tenía competen-

---

(75) Sería admisible, en teoría, defender la posibilidad de regulaciones distintas sobre la clase de matrimonio, respetándose unos derechos fundamentales y una igualdad mínima. En tal hipótesis, cabría defender que la expresión *formas* contenida en el artículo 149.1.8 no comprende a las *clases* de matrimonio, lo que resulta perfectamente coherente con el criterio hermenéutico sistemático susceptible de ser inferido de la comparación del presente texto con el artículo 32 de la Constitución y, en general, con los preceptos del Código civil: queremos decir que dicha interpretación permitiría, por ejemplo, diferentes plazos o requisitos para el divorcio en Cataluña o en Navarra. Sin rechazar tajante y definitivamente tal posibilidad, optamos por defender la contraria, invocando argumentos de carácter teleológico precedentemente aludidos (las diferencias de regulación en materia relativa a los derechos fundamentales podría afectar cualitativamente a su contenido esencial), y de carácter histórico, no desmentidos por la normativa constitucional presente (todo el contenido del Título IV, del Libro I, del Código civil, era, en el Derecho precedente, materia reservada a la legislación del Estado).

cia sobre el matrimonio canónico (al margen del reconocimiento de sus efectos civiles). Pero también podría pensarse que se habla de «relaciones jurídico-civiles» para excluir las «relaciones jurídico-patrimoniales» que, de este modo, podrían ser objeto de regulación por las Comunidades Autónomas. De hecho, el régimen económico-matrimonial es una de las cuestiones sobre las que existe una mayor diversidad en su regulación por los Derechos civiles forales, que dan soluciones muy diversas a un mismo fenómeno (76).

Podría decirse que el régimen económico-matrimonial es también una relación jurídico-civil, pero con ello se privaría de contenido de forma casi absoluta a los distintos Derechos civiles forales.

¿Qué sucede con el divorcio? ¿Puede ser objeto de regulación foral? Ya hemos señalado que, para Lacruz, el Estado tendría competencia exclusiva sobre el régimen personal de disolución del matrimonio. Según este autor, de la misma forma que una Comunidad Autónoma con Derecho Foral puede regular las consecuencias económicas del matrimonio, «de igual modo podrá regular las consecuencias económicas del divorcio». Así, al Estado correspondería la regulación de las distintas formas de casarse o divorciarse, en tanto que las Comunidades autónomas regularían los efectos patrimoniales de uno y otro hecho.

¿Podría una Comunidad Autónoma, en base al principio de unidad familiar que rige en la mayoría de los Derechos forales, dictar normas contrarias al divorcio? Creo que ello no sería posible, porque, en caso contrario, se estaría infringiendo, además del propio artículo 149.1.8, el artículo 14 de la Constitución, que consagra la igualdad jurídica de todos los españoles. Este precepto es especialmente operativo en materia de derechos fundamentales, hallándose especialmente relacionados con ellos la disolubilidad del vínculo matrimonial. La cuestión ya se ha planteado: hay un sector de juristas navarros que sostienen que la Ley estatal de divorcio no sería aplicable en esta Comunidad (77). Esta posición carece de fundamento, ya que la com-

---

(76) DELGADO ECHEVARRÍA: *Las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el Derecho constitucional*, en «Jornadas de Derecho foral», Jaca, 1976, pp. 28 y ss. En el mismo sentido se pronuncia DE LOS MOZOS: *Régimen económico matrimonial primario*, en «Comentarios al Código civil», dirigidos por ALBALADEJO, tomo XIII, vol. I, Madrid, 1978, pp. 18 y ss.

(77) El caso de Navarra se presenta como peculiar por los propios juristas navarros (SALINAS QUIJADA, entre otros), que, para salvar objeciones como las hechas, alegan que la Constitución Española no puede atentar contra principios de Derecho navarro, previos a ella y que ella reconoce. Sin embargo, hay que entender que la Constitución es aplicable a cualquier Comunidad Autónoma, siendo Navarra, a estos efectos, y con las correspondientes matizaciones, una Comunidad como cualquier otra. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en la sentencia de 6 de febrero de 1984: «El hecho de que el acceso de Navarra a su actual régimen autonómico se haya llevado a cabo por una vía peculiar (mediante lo previsto en la disposición adicional primera de la Constitución), y de que la denominación utilizada por la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra sea la de "Comunidad Foral" y no la de Comunidad Autónoma, no supone que no le sean aplicables esas disposiciones constitucionales. La Constitución emplea el término "Co-

potencia del Estado sobre esta materia es exclusiva, sin paliativo alguno.

A modo de conclusión, puede decirse que las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio (que son competencia exclusiva del Estado), son los efectos civiles que se derivan del mismo, pero no todos, sino sólo los regulados en el Título IV del Libro I del Código civil, con excepción de las normas relativas al régimen económico matrimonial (como señala literalmente el art. 13.1 del propio Código).

Por último, hay que señalar que el régimen foral existente sobre la materia no se ve en realidad afectado por la Constitución, puesto que la Ley de Registro Civil (8 de junio de 1957) y su Reglamento (14 de noviembre de 1958), que son las principales normas aplicables junto con el Código civil, son, desde su promulgación, de aplicación general, sin que los Derechos civiles forales contengan norma alguna acerca de las formas de matrimonio.

### E).3. Ordenación de los Registros e instrumentos públicos

El precedente de esta expresión se encuentra en el artículo 15.1 de la Constitución de 1931, pero en ésta se atribuía al Estado competencia sobre la «ordenación de los registros e hipotecas». Esta misma expresión fue literalmente tomada por los redactores del proyecto de Constitución, hasta que en su debate en el Senado se produjo el cambio, dando lugar a la expresión recogida en la redacción definitiva del 149.1.8. ¿Por qué se produjo este cambio? Según Delgado (78), con este cambio se pretendía «cercenar las facultades que pudieran tener las Comunidades Autónomas relativas al notariado».

Esta cuestión se encuentra avalada por el hecho de que tanto la Ley notarial (28 de mayo de 1862) como su Reglamento (2 de junio de 1944) se han aplicado desde su promulgación con carácter general en todo el territorio nacional. Por otro lado, hay que tener en cuenta que las actuales legislaciones forales no contienen normas específicas sobre la materia, lo que constituye un indicio de lo que se afirma.

¿Todo el Derecho notarial es competencia exclusiva del Estado? Según Elizalde (79), sólo la «función notarial» queda remitida a la

---

munidades Autónomas" sin distinguir entre las diversas vías seguidas para acceder a la autonomía o las diversas denominaciones que se hayan adoptado, y emplea el término "Estado de Autonomía". Así, en la disposición adicional primera de la Constitución se especifica que la vía por ella prevista de la actualización general del régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.» Si consideramos, como lo hace el Tribunal Constitucional, que Navarra es una Comunidad como cualquier otra, no hay razón alguna para dudar de la aplicación, en esta Comunidad Autónoma, de la ley estatal por la que se reforma el Código Civil en materia de disolución del matrimonio (Ley de 7 de julio de 1981).

(78) DELGADO ECHEVARRÍA: *Los Derechos civiles forales...*, op. cit., p. 343.

(79) ELIZALDE y AIMERICH, op. cit., p. 764.

competencia del Estado, por lo que las Comunidades Autónomas podrán regular el régimen de la «organización notarial».

¿Qué sucede con las hipotecas? En el artículo 15.1 de la Constitución de 1931 se decía «ordenación de los registros e hipotecas». La supresión de la expresión «hipotecas» ha sido interpretada de forma distinta.

Así, Encarna Roca (80) sostiene que, dado que el texto constitucional hoy vigente no dice nada de las hipotecas, «podrán corresponder a las Comunidades Autónomas la creación o supresión de determinados tipos de Derechos reales de garantía».

Lasarte (81), en cambio, entiende que con la supresión de la referencia expresa a las hipotecas, lo que se pretendía era «abrazar un marco más amplio que el puramente hipotecario [...]. Por consiguiente [...], la alteración textual referida no debe interpretarse en el sentido de que la reserva estatal sobre el ámbito hipotecario haya disminuido».

Es necesario tener en cuenta, también aquí, que la Ley Hipotecaria (8 de febrero de 1946) ha tenido siempre una vigencia general, su aplicación en los territorios forales es indiscutida. Además, no existe en los Derechos forales un régimen peculiar de derecho de hipoteca. Por otro lado, y en relación con la posibilidad apuntada por Encarna Roca (82) de que las Comunidades Autónomas puedan crear o suprimir derechos reales de garantía, la Dirección General de los Registros y del Notariado no considera conveniente una política legislativa (del Estado o de las Comunidades Autónomas) que tienda a ampliar o restringir un inexistente elenco de derechos reales de garantía.

Por todas estas razones, entiendo que la postura de Carlos Lasarte (83) es la más correcta. En consecuencia, cuando la Constitución atribuye competencia exclusiva al Estado sobre la «ordenación de los registros e instrumentos públicos» lo que hace es consagrar constitucionalmente una situación establecida: la regulación de todos los registros civiles de personas (físicas o jurídicas) o de bienes (muebles o inmuebles) y todos los instrumentos públicos (notariales o no notariales) son competencia del Estado, estando todas estas materias actualmente reguladas por Leyes especiales de ámbito nacional español (84). Respecto de la parte no inmobiliaria registral, entiendo que cabe legislar de forma distinta, siempre que no afecte a las bases de las obligaciones contractuales.

Una última cuestión que podría señalarse en torno a este apartado del artículo 149.1.8 es su defectuosa colocación en una disposición re-

---

(80) ROCA I TRIAS: *El Derecho civil catalán...*, op. cit., pp. 30 y 31.

(81) LASARTE, op. cit., pp. 130 y 131.

(82) ROCA I TRIAS: *El Derecho civil catalán...*, op. cit., pp. 30 y 31.

(83) LASARTE, op. cit., pp. 130 y 131.

(84) Es conveniente aclarar que una cosa es la hipoteca y otra distinta el Derecho hipotecario. La hipoteca no sólo se regula por el Derecho hipotecario, sino también por el Código civil. La reserva constitucional afecta a todo el Derecho hipotecario, pero quizá no a la escasa parte civil de la hipoteca.

lativa a la legislación civil, puesto que tanto el Derecho notarial como el hipotecario, así como el registral, son predominantemente de carácter público y no privado. No entramos, en aras de una obligada brevedad, en este tema.

#### E).4. Bases de las obligaciones contractuales

Esta expresión procede del artículo 15.1 de la Constitución de 1931. La atribución de competencia exclusiva al Estado sobre esta materia obedecía a un intento de establecer unos criterios unitarios en la circulación de bienes y servicios y de excluir las diferencias existentes respecto al tema entre las distintas regulaciones forales, con el fin de garantizar la seguridad del tráfico jurídico.

Refiriéndose a la Constitución republicana, Encarna Roca ha señalado que la «expresión es ciertamente muy ambigua y podría referirse a varios temas: o bien al Derecho mercantil, dada la tendencia de la época hacia la unificación entre el Derecho civil y el mercantil, o bien podría referirse, asimismo, a un posible proyecto del Código civil, en el que se regulasen de forma nueva las obligaciones contractuales» (85). Esta autora termina inclinándose por la primera interpretación, a la que considera más factible.

Por lo que respecta a la Constitución actualmente vigente, esta misma autora, después de señalar la existencia de normas en materia de obligaciones y contratos en todos los regímenes civiles nacionales, y de recordar que el Estado tiene competencia exclusiva respecto de la legislación civil sobre las bases de las obligaciones contractuales, establece la siguiente conclusión: «Ciertamente, no veo la justificación de esta competencia, teniendo en cuenta, además, la existencia de normas sobre la materia en los distintos Derechos civiles españoles» (86).

Por su parte, Delgado Echevarría (87), al analizar el tema, nos dice que existiría «una incoherencia de fondo» en el hecho de excluir de la competencia de las Comunidades Autónomas las materias contractuales que en la actualidad son objeto de algún tipo de regulación en las Compilaciones. Para evitar que se produjera este resultado, *Minoría Catalana* presentó en el Congreso una enmienda según la cual la competencia exclusiva del Estado sobre las bases de las obligaciones contractuales sería «sin perjuicio del mantenimiento de las peculiaridades de las mismas que estuvieren vigentes en el Derecho sustantivo de los territorios autónomos». Esta enmienda fue rechazada. Señala Delgado (88) que la virtualidad del precepto constitucional «forzaría a interpretar restrictivamente la competencia legislativa re-

(85) ROCA I TRIAS: *El Derecho civil catalán...*, op. cit., p. 15.

(86) ROCA I TRIAS: *El Derecho civil catalán...*, op. cit., p. 32.

(87) DELGADO ECHEVARRÍA: *Los Derechos civiles forales...*, op. cit., p. 343.

(88) DELGADO ECHEVARRÍA: *Los Derechos civiles forales...*, op. cit., p. 344.

gional en materia de Derecho de obligaciones y de contratos en general, en las que no podría irse más lejos de lo que hoy es Derecho foral vigente». Conviene indicar aquí que, en realidad, los Derechos civiles forales, en materia de contratos, no difieren esencialmente del Derecho común, a excepción de alguna norma o figura aislada. Así, como señala Elizalde (89), sólo la Compilación de Navarra podría verse afectada, al establecer aquellas disposiciones paralelas a las del Código civil o sobre instituciones específicas o peculiares.

La clave para entender el alcance y significado de este apartado del 149.1.8 está en la correcta interpretación del término «bases». Lo que sea «básico» es competencia exclusiva del Estado; lo que no lo sea, puede ser competencia de las Comunidades Autónomas.

Lacruz (90) interpreta el término «bases» acudiendo al artículo 2 de la LOAPA: «La determinación de los principios y reglas esenciales de la regulación de la materia de que se trata y, en todo caso, los criterios generales y comunes a que habrán de acomodarse necesariamente las normas autonómicas de desarrollo para garantizar la igualdad básica de todos los españoles, la libertad de circulación y establecimiento de personas y bienes en todo el territorio español y la imprescindible solidaridad individual y colectiva.»

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca del significado del término «bases»: «El ejercicio de la competencia estatal para el establecimiento de las bases o legislación básica a que en distintos párrafos de su apartado 1 se refiere el artículo 149, no requiere, en modo alguno, la promulgación de Leyes de bases o de Leyes-marco. La noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material, y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no estén formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente» (91).

De estas consideraciones puede deducirse que, según el Tribunal Constitucional, cuando el 149.1.8 habla de «bases», éstas han de entenderse en un sentido material o sustancial: lo que es principal, lo que de sustancial tiene en cada momento la legislación vigente (legislación post y pre-constitucional, en la medida en que ésta última no haya sido derogada por la Constitución). Esto no significa que las bases, o lo que deba entenderse por base, no puedan cambiar (92). De

---

(89) ELIZALDE y AYMERICH, *op. cit.*, p. 764.

(90) LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 106. De esta definición de la LOAPA deduce LACRUZ que la competencia por la que se atribuye al Estado las bases de las obligaciones contractuales es una competencia que «ha de versar sobre principios verdaderamente esenciales, cuya contraposición entre un territorio y otro dé lugar a desigualdades básicas». «En todo caso, y conforme al artículo 3.º de la LOAPA correctamente interpretado, en los territorios de fuera continuará aplicándose en tema de obligaciones la Compilación correspondiente, que es Derecho del Estado. No cabría deducir de este artículo la aplicación del Código civil».

(91) Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981, en su fundamento jurídico sexto. En el mismo sentido se manifiestan las sentencias de 28 de enero de 1982 y de 28 de abril de 1983.

(92) Sentencias del Tribunal Constitucional de 25 de octubre de 1983 y de 26 de julio de 1984.

otro lado, según el Tribunal Constitucional, las bases se inducen con carácter de Ley, pero ello no significa que no puedan inducirse bases de los reglamentos ejecutivos de las Leyes. Cabe que existan bases en los reglamentos; lo que no cabe es que el Estado establezca bases exclusivamente a través de los reglamentos. Para implantar bases *ex novo* hay que recurrir a una norma legal. Las bases tienen que ser establecidas por el legislativo, no por el ejecutivo (93).

Existe una gran dificultad para determinar qué es «base». En última instancia, la única forma de saber si algo es básico o no es recurrir a lo que en cada momento diga el Tribunal Constitucional (94).

De todas las sentencias citadas puede deducirse cuáles son los criterios a los que atiende el Tribunal Constitucional para saber qué es básico:

1. La *finalidad*.—Se considera que algo es básico cuando afecta al interés del Estado. Esta incidencia sobre el interés general es el factor que determina la necesidad de una regulación uniforme.

2. *Bases* equivale a principios generales, en la medida en que son las directrices de la respectiva materia. En tal sentido, el término «bases» se equipara a la expresión «condiciones básicas» empleada por el artículo 149.1.1 de la Constitución.

3. Las bases se refieren a cuestiones estructurales y no coyunturales. Hay determinadas materias que, por su propia naturaleza, han de considerarse como básicas. Por ejemplo, temas de política económica (95).

4. El Estado no puede regular tan minuciosamente las bases que no quede campo alguno a las Comunidades Autónomas.

Son bases de las obligaciones contractuales las que se inducen de la legislación civil estatal actualmente vigente, que es eminentemente pre-constitucional (Libro IV del Código civil). Dentro del término «bases» habrá que incluir también lo que de básico exista en las regulaciones contenidas en las Compilaciones de Derecho civil foral.

¿Quién puede cambiar esas bases? Sólo el Estado. Esta afirmación también es válida para lo que de básico exista en las Compilaciones. Como conclusión puede decirse que no puede darse *a priori* una definición de lo que son bases de las obligaciones contractuales, pero es posible realizar una aproximación:

1. A través de las bases se pretende conseguir la igualdad a la que se refiere el artículo 149.1.1 de la Constitución (igualdad en la libertad de empresa).

2. En principio, aquellas normas sobre obligaciones y contratos contenidas en las Compilaciones que sean distintas de las del Derecho civil general, no son normas básicas. De hecho, no han supuesto una traba a la unificación del mercado nacional (96).

(93) Sentencias de 28 de julio de 1981, 28 de enero de 1982 y 28 de julio de 1983.

(94) Sentencias de 26 de julio de 1982 y 28 de abril de 1983.

(95) Sentencias de 9 de octubre de 1984 y 19 de octubre de 1984.

(96) Estas ideas fueron sugeridas por el doctor Rodrigo BERCOVITZ en la conferencia pronunciada el día 24 de enero de 1985, en la Facultad de Derecho de Jerez, sobre el tema «La Constitución y los Derechos forales».

3. Esta atribución de competencia exclusiva al Estado se conecta con el 149.1.6: guarda relación con el Derecho mercantil porque es en esta rama del Ordenamiento jurídico donde se manifiesta esa unificación del mercado. En este punto el Derecho civil es esencialmente complementario del Derecho mercantil.

El apartado que estamos analizando del artículo 149.1.8 plantea una última cuestión: quizá por mimetismo hacia la Constitución de 1931, aquél habla de bases *contractuales*; pero, ¿qué sucede con las obligaciones no contractuales? La Ley 448 de la Compilación de Navarra regula un supuesto de obligación no contractual (que no es problemático porque establece una regulación coincidente con la del Código civil). De regularse en las Compilaciones materia extracontractual, creo que habría que propugnar una interpretación extensiva del 149.1.8, pues de otra forma se rompería la unidad de mercado. Aun considerando que esta regla del artículo 149.1.8 es una excepción a la competencia de las Comunidades Autónomas, entiendo que sería susceptible de aplicación analógica dada la importancia que reviste el tema a nivel de macroeconomía. Las obligaciones no contractuales requieren un tratamiento uniforme para evitar la ruptura de la unidad de mercado. Piénsese, por ejemplo, que la canalización de la satisfacción de los intereses derivados de la culpa extracontractual se realiza generalmente a través de la figura del seguro, ya sea de daños en general, o de responsabilidad civil. En contra de lo anterior, se podría argumentar que, según el Código civil, las normas excepcionales no son susceptibles de analogía. Sin embargo, entiende un sector de la doctrina, con el que nos manifestamos de acuerdo, que el Derecho excepcional es susceptible de aplicación analógica dentro de su ámbito (97).

#### E).5. Normas para resolver los conflictos de Leyes

Siguiendo el modelo de la Constitución republicana, el anteproyecto de Constitución atribuía al Estado competencia exclusiva sobre la «regulación de los estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España». Esta redacción fue modificada y se sustituyó por la actualmente vigente (art. 149.1.8).

Los conflictos de Leyes a los que alude la Constitución pueden ser de dos tipos:

1. Internacionales, que serán los que surjan entre los Derechos civiles nacionales y los extranjeros (98).

---

(97) JORDANO: *Derecho civil y Derecho mercantil*, op. cit., pp. 182 y 183.

(98) Sobre este tema pueden consultarse, entre otros, los siguientes autores: FERNÁNDEZ ROZAS: *Tráfico jurídico externo y sistema de Derecho internacional privado*, Oviedo, 1985; GONZÁLEZ CAMPOS: *Curso de Derecho Internacional Privado*, Oviedo, 1984; ESPINAR VICENTE: *Derecho Internacional Privado Español*, Málaga, 1984.

2. Interregionales, que son los que se produzcan entre los Derechos civiles nacionales (99).

En el primer supuesto, la competencia para dictar normas destinadas a resolver estos conflictos corresponde al Estado, ya que las Comunidades Autónomas, aunque dotadas de personalidad jurídica, carecen de la posibilidad de actuar jurídicamente en este plano (internacional). Pero también en el segundo supuesto (conflictos interregionales) la competencia corresponderá al Estado, puesto que, de otro modo, se podrían establecer soluciones distintas a un mismo problema, infringiéndose el principio de seguridad jurídica.

Delgado Echevarría (100) hace notar las diferencias básicas existentes entre el Derecho interregional privado y el Derecho internacional privado.

1. Mientras que en el primero, el Derecho sustantivo aplicable es siempre el mismo (por proceder la norma de conflicto de un poder legislativo único) con independencia del lugar en que el caso se plantee al Juez; en el segundo, el Derecho sustantivo a aplicar dependerá de la nacionalidad del Juez que conozca del supuesto (foco de atracción).

2. Si se trata de un conflicto interregional, el Juez será siempre español y aplicará el Ordenamiento regional que corresponda. Si el conflicto es internacional, el Juez puede ser o no español, y se aplicará el Derecho, nacional o extranjero, que señala la norma del conflicto.

3. Las normas para resolver los conflictos interregionales se encuentran en el Capítulo V del título preliminar del Código civil (arts. 13 a 16); las de Derecho internacional, en el Capítulo IV de dicho Título (arts. 8 a 12).

En las actuales Compilaciones existen normas relativas a los conflictos de Leyes. Algunas de estas normas son simples remisiones al Código civil, como, por ejemplo, el artículo 3 de la Compilación de Cataluña, según el cual «los efectos de los estatutos real, personal y formal en Cataluña y para los catalanes, así como la condición de tales en relación con los demás territorios y personas de diferente legislación civil, se regirán por las normas establecidas en el título preliminar del Código civil y disposiciones concordantes».

En otros casos, el texto de la Compilación señala una regulación diferente de la establecida con carácter general por el Código civil. Nos estamos refiriendo concretamente a la Ley 13 de la Compilación de Navarra en lo referente a la adquisición de vecindad foral por extranjero naturalizado.

Según Delgado, «el precepto constitucional que comentamos no las deroga (se refiere a las normas de Derecho interregional que con-

(99) BOUZOS VIDAL: *Problemas de adaptación entre Derecho Internacional Privado e Interregional*, Madrid, 1977.

(100) DELGADO ECHEVARRÍA: *Los Derechos civiles forales...*, op. cit., pp. 344 y 345.

(101) DELGADO ECHEVARRÍA: *Los Derechos civiles forales...*, op. cit., p. 344.

tiene las Compilaciones) en modo alguno, sino que su alcance se reduce a privar a las Comunidades Autónomas del poder de dictar, en un futuro, normas de similar contenido» (101).

F) «...Y DETERMINACION DE LAS FUENTES DEL DERECHO, CON RESPETO, EN ESTE ULTIMO CASO, A LAS NORMAS DE DERECHO FORAL O ESPECIAL

El artículo 149.1.8, tras enumerar una serie de materias que son competencia exclusiva del Estado «en todo caso», establece, como salvedad, el respeto de las normas forales en relación con las fuentes del Derecho (102), «lo cual no puede querer decir otra cosa que las fuentes del Derecho de cada Derecho foral dependen exclusivamente de éste y, por tanto, de sus Comunidades Autónomas respectivas» (103). Este tema de las fuentes es de vital importancia porque, como dice López Jacoiste (104), «a través del sistema de fuentes se está afirmando la sustantividad del propio Ordenamiento jurídico». La regla que ahora estudiamos procede de una enmienda que se hizo al proyecto de Constitución con objeto de salvaguardar la circunstancia de que algunas Compilaciones (concretamente las de Aragón y Navarra) contenían normas relativas al sistema de fuentes del Derecho que diferían, en alguna medida, de las establecidas por el Código civil.

Las primeras Compilaciones que se promulgaron no contenían ninguna norma relativa al sistema de fuentes, y ello determinó la aplicación del sistema establecido por el Código civil (105). En cambio, las Compilaciones de Aragón (106) y Navarra (107) establecieron un sistema de fuentes peculiar y principios propios para su integración.

Las diferencias básicas entre estos sistemas y el Código civil radican en:

1. Jerarquía normativa: se antepone la costumbre a la Ley dis-

---

(102) Que pueden ser definidas como «aquellas formas o actos a través de los cuales el Derecho se manifiesta en su vigencia: GARRIDO FALLA: *Las Fuentes del Derecho*, en «La Constitución Española y las fuentes del Derecho», Dirección General de lo Contencioso del Estado, vol. I, Madrid, 1979, pp. 31 y ss., concretamente p. 31; también CRISAFULLI, *Fonti del Diritto*, en «Enciclopedia del Diritto», vol. XVII, pp. 925 y ss.

(103) DE LOS MOZOS, en CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo I, vol. I, 12.<sup>a</sup> edición, revisada y puesta al día, Madrid, 1984, p. 345.

(104) LÓPEZ JACOISTE, *op. cit.*, p. 607: «En ocasiones se ha visto como contenido esencial de los Códigos civiles la ordenación de un sistema de fuentes jurídicas, seguido del consiguiente desarrollo particularizado. Por eso, el reconocimiento de las genuinas fuentes forales en su autenticidad implica afirmar su propia sustancialidad y su potencial plenitud.»

(105) Así se establecía en las disposiciones finales primera y segunda de las Compilaciones de Cataluña, Vizcaya y Alava, Baleares y Galicia.

(106) Artículos 1, 2 y 3 de la Compilación de Aragón.

(107) Leyes 2 a 5 de la Compilación de Navarra.

positiva en Aragón; en Navarra, toda Ley, imperativa o dispositiva, está detrás de la costumbre.

2. Sustitución de los principios generales del Derecho por los principios generales en los que se inspira el ordenamiento respectivo.

3. Admisión de la costumbre *contra legem* en el Derecho navarro (108) y, de forma más limitada, en el aragonés.

El artículo 13.1 del Código civil, al relacionar las materias del título preliminar que son de aplicación general y directa en toda España, no menciona a las fuentes del Derecho, por lo que hay que entender que éstas quedan englobadas en el apartado 2.º de este mismo artículo, que establece el carácter supletorio del sistema del Código civil respecto de los Derechos forales o especiales, coincidiendo con lo dispuesto con carácter general por el artículo 149.3 de la Constitución.

#### F).1. ¿Son las fuentes del Derecho materia constitucional?

En relación con este tema aparecen en la doctrina posiciones encontradas:

De un lado, Díez Picazo (109) señala: «Esa determinación de las fuentes del Derecho no es un tema constitucional, sino que es un tema en el que la exclusiva competencia corresponde al Estado y se desarrolló por medio de la legislación ordinaria. En el Derecho vigente en estos momentos parece que se lleva a cabo a través del artículo 1 del Código civil; mientras otra cosa no se establezca el artículo 1 del Código civil, no ha sido, en orden a la determinación de las fuentes del Derecho, derogado por la Constitución».

Lucas Verdú (110) sostiene que «las fuentes del Derecho son materia constitucional, aunque formalmente no se contenga en el texto fundamental [...]. El artículo 1 del Código civil contiene materia constitucional como todo el título preliminar del mismo cuerpo civil».

A mi entender, la clave del problema estaría, más que en la determinación del posible carácter constitucional o no de las fuentes del Derecho, en el *análisis de la contradicción (al menos aparente) entre los términos «en todo caso» y «con respeto a este último caso», utilizado en el texto constitucional.*

La competencia exclusiva que la Constitución atribuye al Estado en relación a la determinación de las fuentes del Derecho, ¿no se ve reducida a la nada por la exigencia de respeto a las normas de Derecho foral o especial que existan sobre la materia? La referida expresión ha sido muy criticada por la doctrina. Así, Encarna Roca

---

(108) SALINAS QUIJADA: *Derecho civil de Navarra*, Diputación Foral de Navarra, Institución Príncipe de Viana, Pamplona, 1983, pp. 51 a 97.

(109) Díez PICAZO: *Constitución y fuentes del Derecho*, en «La Constitución y las fuentes del Derecho», vol. I, Madrid, 1979, pp. 653 y ss., concretamente p. 658.

(110) LUCAS VERDÚ: *Penetración de la Historicidad...*, *op. cit.*, pp. 62 y 63.

(111) la considera absurda, «puesto que si se reserva al Estado la determinación de las fuentes del Derecho, entiendo por tales las contenidas en el artículo 1.1 del Código civil, pero a la vez se respetan las normas de Derecho foral o especial, resulta que el Estado no tiene la competencia exclusiva en materia de fuentes del Derecho». Jesús Delgado (112) también ha señalado la incongruencia de la fórmula constitucional.

En cualquier caso, esta exclusión de competencia estatal en materia de fuentes, en principio, sólo podría darse respecto de aquellos Derechos forales que contengan normas sobre las mismas, como son los de Aragón y Navarra.

El respeto a los Derechos forales exigido por la Constitución parece significar que el Estado no puede alterar el sistema de fuente por ellos establecido. Pero es que ese respeto a las normas de Derecho foral en materia de fuentes ya estaba garantizado cuando en el informe de la Ponencia se reservaba al Estado, sin excepción alguna, «las reglas relativas a la determinación en las fuentes del Derecho». Esta reserva estatal impedía que las Comunidades Autónomas pudieran legislar en materia de fuentes, pero no implicaba la pérdida de vigencia de las reglas forales correspondientes contenidas en las Compilaciones. ¿Qué sentido tiene, entonces, la enmienda por la que se introduce en el texto de la Constitución ese respeto a las normas forales que hagan referencia al tema? Obviamente, con decir que la Constitución permite la subsistencia de las normas de Derecho foral en materia de fuentes, no queda solventado el tema. Podría entenderse, para que la salvedad introducida tenga algún significado, que las Comunidades Autónomas podrán, al modificar y desarrollar sus propios Derechos, establecer sus sistemas de fuentes de forma distinta, modificarlos. Por tanto, la determinación de las fuentes de los Derechos forales estaría dentro de las competencias que las Comunidades Autónomas podrían asumir, con lo que la reserva constitucional en favor del Estado, por lo que las fuentes del Derecho se refiere, tendría un carácter poco menos que residual.

Pero donde el problema alcanza su grado máximo es en relación aquellas Comunidades Autónomas cuyas Compilaciones no contienen reglas algunas sobre fuentes. ¿Podrán las Comunidades Autónomas respectivas generar *ex novo* un sistema de fuentes e introducirlo en su legislación civil? (113).

La profesora Encarna Roca (114) trata de demostrar la existencia de un sistema de fuentes y de unos principios generales propios del Derecho civil catalán a fin de reclamar la competencia respectiva para esta Comunidad Autónoma. Los argumentos que emplea son los siguientes:

---

(111) ROCA I TRIAS: *El Derecho civil catalán...*, op. cit., p. 33.

(112) DELGADO ECHEVARRÍA: *Los Derechos civiles forales...*, po. cit., p. 345.

(113) MARTINES: *Note sul procedimento di formazione delle fonti del Diritto*, en «Studio in onore di Mortati», vol. II, 1978, pp. 321 y ss.

(114) ROCA I TRIAS: *El Derecho civil catalán...*, op. cit., pp. 32 y 34.

a) «En primer lugar, la Constitución no habla para nada de normas actualmente vigentes (como lo hace cuando determina qué Comunidades Autónomas pueden crear Derecho civil), sino que se refiere sólo a normas de Derecho foral.»

b) «Este artículo no distingue entre aquellos sistemas nacionales que actualmente tienen un sistema de fuentes propio, de aquellos que no lo tienen, y por ello no puede distinguirse.»

c) «La determinación clara de las fuentes del Derecho en aquellas regiones donde no existen en la Compilación una jerarquía de forma clara, entra dentro de las posibilidades de desarrollo del propio sistema nacional.»

d) «Sería absurdo reconocer competencia legislativa en materia civil y suprimir la posibilidad de fijación de las fuentes del propio Ordenamiento, porque se discrimina entre aquellas regiones que en la actualidad tienen un sistema de fuentes, y otras que, por exigencias de política legislativa, no tienen, se produciría una situación de privilegio por parte de los Ordenamientos primeramente citados, con respecto a los segundos, cosa que la propia Constitución rechaza.»

Analicemos estos argumentos: respecto del primero, si bien la Constitución en este apartado no habla de normas actualmente vigentes, así lo hace al atribuir a las Comunidades Autónomas la conservación, modificación y desarrollo del propio Derecho foral, dentro del cual se incluye la materia de fuentes. De este modo, no sería necesario especificar aquí que se trata de normas vigentes, porque ya anteriormente lo ha señalado, sería una redundancia.

En cuanto al argumento basado en el viejo aforismo «*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*», hay que decir que, si bien la regla es ciertamente discutible (115), y que podría hacerse la misma crítica anterior (la Constitución en este apartado concreto no distingue entre los Derechos forales que tienen sistemas de fuentes y los que no tienen, porque esta distinción ya la ha realizado en el anterior apartado: «allí donde existan»), encierra algo de razón. Pero, a mi juicio, el argumento decisivo es el citado en cuarto lugar por Encarna Roca: fueron razones de política legislativa las que impidieron que las Compilaciones de Cataluña, Vizcaya y Alava, Baleares y Galicia, contuvieran un propio sistema de fuentes. Estas Compilaciones fueron elaboradas por las comisiones territoriales, pero requerían la aprobación de la Comisión General de Codificación, rechazando ésta cualquier propuesta en materia de fuentes. En cambio, la Compilación de Aragón se elaboró posteriormente, cuando las circunstancias políticas habían cambiado en cierto modo y se había adoptado una actitud más permisiva en torno al tema de los Derechos forales, de forma que esta Compilación sí pudo incluir un sistema de fuentes.

Con estas premisas, no me parece justo introducir diferencias entre unos regímenes forales y otros en base a la existencia, en la ac-

---

(115) Como señala DE CASTRO, *op. cit.*, p. 525, muchas veces las reglas jurídicas son verdaderos sofismas que «pueden utilizarse a mayor abundamiento o para exorno retórico, pues, en verdad, dan ya por resuelta la cuestión en cuanto suponen conocida la finalidad de la norma y el carácter del principio que la informa».

tualidad, en las correspondientes Compilaciones, de normas sobre fuentes, porque la existencia o inexistencia de tales normas no fue obra de la voluntad de la Comunidad afectada, sino del poder central; de tal modo que si, por ejemplo, la Compilación de Cataluña se hubiera elaborado con posterioridad al momento en que se hizo, en la actualidad, probablemente, contendría un sistema de fuentes propio, teniendo en cuenta que históricamente lo tenía y que persistió después de 1889, desapareciendo (por obra del poder central) en 1960. Por lo tanto, ese sistema de fuentes forma parte del Derecho histórico que, según la Constitución, debe ampararse y respetarse (disposición adicional primera). En el fondo, vestigios de sistema de fuentes había en Compilaciones anteriores. Es inherente al concepto de capacidad creadora del Derecho la posibilidad de configurar su sistema de producción.

Como conclusión, entiendo que el respeto a las normas de Derecho foral exigido por la Constitución en materia de fuentes afecta, no sólo a las normas correspondientes contenidas en las Compilaciones de Aragón y Navarra (que, como ya hemos dicho, son las únicas que en la actualidad contienen un propio sistema de fuentes), sino también a aquellos Derechos forales que tuvieron su sistema propio y posteriormente fueron suprimidos en la época de las Compilaciones.

#### G) SINTESIS EXPLICATIVA DEL CONTENIDO DEL ARTICULO 149.1.8: POSICIONES DOCTRINALES

La redacción del precepto cuyo estudio nos ocupa es, ciertamente, enrevesada. En él aparecen mezcladas las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas.

Para Lasarte (116), el precepto discurre de lo general a lo particular, considerando conveniente descomponerlo y exponer tipográficamente el contenido del mismo como una cadena de reglas y excepciones:

- «1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación civil.
2. Sin embargo, la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales, allí donde existan, corresponderán a las Comunidades Autónomas.
3. A pesar de la existencia de Derechos forales, el Estado tiene competencia exclusiva sobre las reglas relativas a las siguientes materias:
  - a) La aplicación y eficacia de las normas jurídicas.
  - b) Las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio.
  - c) La ordenación de los registros y de los instrumentos públicos.
  - d) Las bases de las obligaciones contractuales.
  - e) Normas para resolver los conflictos de Leyes.
  - f) La determinación de las fuentes del Derecho.

4. No obstante, la competencia exclusiva del Estado sobre la determinación de las fuentes del Derecho han de respetarse en este punto las normas (propias, podríamos añadir) de Derecho foral o especial.»

El mismo juego de regla-excepción es utilizado por Encarna Roca para estudiar el contenido del 149.1.8 (117).

Me parece acertada la teoría de Lasarte (118) acerca del contenido del 149.1.8, sobre todo si tenemos en cuenta los trabajos parlamentarios que dieron lugar a su redacción definitiva.

En este precepto se pone de manifiesto la tensión existente en materia de legislación civil entre el poder central (al que se reserva la competencia exclusiva como regla general) y las Comunidades Autónomas con Derechos forales (que, como excepción, van a gozar de competencia sobre su propio Derecho foral).

El contenido del 149.1.8 respondería, en mi opinión, al siguiente esquema:

1. El Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación civil en todo el territorio nacional de Derecho común.

2. Las Comunidades Autónomas tienen competencia para conservar, modificar y desarrollar sus propios Derechos forales, allí donde existan.

3. A pesar de la competencia de las Comunidades Autónomas, el Estado tiene competencia exclusiva, tanto en territorio de Derecho común como en territorio de Derecho foral, sobre las siguientes materias:

a) Reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas.

b) Relaciones jurídico-civiles relativa a las formas de matrimonio.

c) Ordenación de los registros e instrumentos públicos.

d) Bases de las obligaciones contractuales.

e) Normas para resolver los conflictos de Leyes.

4. La determinación de las fuentes del Derecho es competencia de las Comunidades autónomas con Derecho foral o especial.

---

(117) ROCA TRIAS: *La Constitución de 1978 y las competencias del Parlamento catalán en el marco de la legislación civil*, en «Tapia: Publicación para el mundo del Derecho», año II. Esta posición es criticada por LUCAS VERDÚ: *Penetración de la Historicidad...*, *op. cit.*, pp. 58 y ss., quien, para refutar la teoría anterior, se remonta a ROSSI: *Un criterio de la lógica jurídica: la regoe l'accezione particolarmente nel Diritto pubblico*, en «Scritto vari de Diritto pubblico», vol. V, Milán, 1939, pp. 1 y ss. Según este autor, en el Derecho sólo existen reglas, por lo que hablar de excepciones es un modo de expresión incorrecto. La excepción es una norma especial respecto de una norma general. LUCAS VERDÚ aplica estas teorías de ROSSI al artículo 149.1.8, y señala que «no debe interpretarse considerando que contiene una regla general (legislación civil, que compete exclusivamente al Estado), seguida de varias excepciones [...]. El citado precepto contiene una regla general: legislación civil exclusiva del Estado sobre todo el territorio nacional de Derecho común, y otras distintas, aplicables al ámbito más restringido de las Comunidades Autónomas».

(118) LASARTE, *op. cit.*, p. 46.

## H) CONEXION DEL ARTICULO 149.1.8 CON OTRAS REGLAS CONSTITUCIONALES

Si entendemos por *Derecho civil* «el Derecho privado general, que tiene por objeto la regulación de la persona en su estructura orgánica, en los derechos que le corresponde como tal y en las relaciones derivadas de su integración en la familia y de ser sujeto de un patrimonio, dentro de la comunidad» (119), observaremos que algunos de los conceptos que integran esta disciplina aparecen recogidos en distintos números del artículo 149.1. Así, los números 2, 9, 19, 22, 23, 25 y 27 del citado artículo.

Esto nos lleva a considerar que el concepto de *legislación civil*, tal como aparece en el 149.1.8, no coincide con el de *Derecho civil* (que sería más amplio). Las materias que se recogen en los números citados forman parte del Derecho civil:

1. La nacionalidad (art. 149.1.2).
2. Propiedad intelectual e industrial (149.1.9).
3. Pesca marítima (149.1.19).
4. Aprovechamiento hidráulico cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma (149.1.22).
5. Legislación básica sobre el medio ambiente, montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias (149.1.23).
6. Bases del régimen minero y energético (149.1.25).
7. Normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión (149.1.27).

### H).1. Competencia en materia de Derecho agrario

También en el artículo 149.1.7 de la Constitución aparece una materia, como es la agricultura, cuya regulación (Derecho agrario) es, según opinión académica y científica preponderante, una parte del Derecho civil (120), y que, sin embargo, no se considera como *legislación civil* a los efectos del 149.1.8.

Es una cuestión muy debatida en la doctrina, si el Derecho agrario (entendiendo por tal el conjunto de reglas encaminadas «a la parcelación y redistribución de tierra de una parte, y de otra, la concentración de minifundios y reorganización de nuevas unidades agrarias vinculadas a la familia campesina» (121), forma parte del Derecho civil, o es una rama del Ordenamiento jurídico independiente de aquél (122).

---

(119) HERNÁNDEZ GIL: *El concepto del Derecho civil*, Madrid, 1943, p. 163.

(120) JORDANO: *Derecho civil y Derecho agrario*, en «Revista de Derecho Privado», septiembre de 1964, pp. 721 y ss., concretamente pp. 729 y 730.

(121) BONFANTE: *Sull'autonomia del Diritto agrario*, «Riv. Dir. Agrario», 1930, p. 191.

(122) En favor de la autonomía del Derecho agrario se han señalado las diferencias existentes entre las relaciones agrarias y las civiles. Son partidarios de esa auto-

La opinión mayoritaria se inclina por considerar al Derecho agrario como parte integrante del Derecho civil, si bien se trataría de una parte especial de éste, dotada de fisonomía propia.

Este Derecho agrario puede ser competencia de las Comunidades Autónomas y no sólo de aquellas que tienen Derecho foral, sino de todas.

La cuestión tiene importantes consecuencias prácticas: cualquier Comunidad autónoma va a poder dictar normas en materia agraria (123) (siempre que tales normas se adecúen a la ordenación general de la economía), pudiendo tener tales normas una relevante incidencia en conceptos básicos dentro del Derecho civil, como es, por ejemplo, la propiedad.

El Parlamento andaluz, haciendo uso de las facultades que le confiere el artículo 149.1.4 de su Estatuto, ha dictado una Ley de Reforma Agraria (124) en cuya exposición de motivos se señala que «la ausencia de un desarrollo agrario basado en la explotación eficiente de los recursos productivos y, en definitiva, los obstáculos al desarrollo de la economía han estado ligados históricamente en Andalucía a la estructura de la propiedad de la tierra. De este modo, el problema de la tierra y de la concentración de la propiedad ha sido un tema que ha estado presente en todos los estudios y programas políticos desarrollados en España desde el siglo XVIII».

«Una Ley de Reforma Agraria concebida como tal, y no como un mero programa de reforma de estructuras, transformación en regadíos, concentración parcelaria, etc., sólo tiene sentido en aquellas regiones donde se manifiesta un elevado grado de concentración de la propiedad.»

Estos párrafos de la exposición de motivos de la Ley citada nos ponen de manifiesto la conexión existente entre reforma agraria y derecho de propiedad. La legislación agraria influye de forma decisiva en la configuración del Derecho de propiedad.

---

nomía: BUIGI: *Per l'autonomia del Diritto agrario*, en «Riv. Dir. Agrario», 1928, p. 138; BOLLA: *L'autonomia del Diritto agrario*, en «Riv. Dir. Agrario», 1929, p. 138. En España: CAMPUZANO: *El Derecho agrario en España*, en «Revista de Derecho Privado», 1963, p. 361. En contra de la autonomía del Derecho agrario respecto del civil, se ha señalado que las diferencias existentes entre ambos no son más que simples interferencias de Derecho público, careciendo (el Derecho agrario) de principios informadores. Esta actitud es mantenida por CICU: *Corso de Diritto agrario*, Milán, 1937; en España: BALLARÍN: *La formación, concepto y fines de un Derecho agrario de la empresa*, p. 97; CASTÁN: *Las instituciones protectoras de la familia y de su propiedad*, pp. 94 y 131.

(123) A este respecto señala CLAVERO, en *Autonomía Regional y Reforma Agraria*, Jerez, 1984, pp. 127 y 128, que «a los efectos más tangibles de competencias, ya vimos que la existencia anterior de Derecho foral, circunstancia que no reúne Andalucía, mediatizaba su asunción a los efectos de una reforma agraria. Aparte que quiera o no emprenderse, o que en estas otras Comunidades no constituya un objetivo estatutario, tanto Cataluña como Galicia, por referirnos tan sólo a supuestos contemplados, cuentan, y sin necesidad de que así se pormenorice en sus respectivos Estatutos, con unas competencias legislativas en materia de derecho de propiedad, contratación y sucesión agrarias no previstas constitucionalmente para Andalucía».

(124) Ley 8/1984, de 3 de julio; «BOJA» n.º 65, de 6 de agosto.

Es necesario que partamos de la base de que la propiedad, en el sentido moderno del término, no puede definirse *a priori*, y que no es admisible considerar los límites que las Leyes o los reglamentos establecen para esa propiedad como algo ajeno al concepto, sino que el concepto de propiedad se define contando con sus límites (125). El objeto provoca diferencias sobre la regulación de la propiedad, de tal modo que no cabe hablar de *propiedad* sino de *propiedades*. No se puede hablar de propiedad como concepto genérico, sino de propiedades, y para definir las hay que tener en cuenta los límites legales o reglamentarios. La Ley de Reforma Agraria andaluza establece unos límites claros a la propiedad, límites (no limitaciones) (126) que podrán ser distintos de los establecidos por las Leyes agrarias de otras Comunidades Autónomas. De este modo, la tesis de que el Derecho de propiedad inmobiliaria sea distinto en Andalucía al de Castilla o Cataluña es perfectamente defendible, lo que conlleva un giro inesperado desde el criterio foralista en el que se inspira el artículo 149.1.8, hacia un criterio autonomista (de clara inspiración republicana).

## I) CONCLUSIONES

Una vez llegados a este punto en el estudio del artículo 149.1.8, quizá sea conveniente establecer unas conclusiones acerca del mismo, conclusiones que, sin atreverme a calificarlas de definitivas, sí pueden servir como síntesis del estudio realizado:

1. La legislación civil es, en términos generales, competencia exclusiva del Estado; ello significa que, en principio, el órgano legislativo competente son las Cortes Generales, excluyendo la posible actuación de los Parlamentos autonómicos.

2. El concepto de legislación civil empleado por la Constitución ha de entenderse en su sentido tradicional, comprendiendo todas aquellas materias que han sido calificadas tradicionalmente de Derecho privado y que no aparecen recogidas en otros apartados del artículo 149.1.

3. La unificación del Derecho civil no puede considerarse como un objetivo constitucional ni antiestatutario.

4. Las Comunidades Autónomas forales constituidas al amparo del artículo 151 o de la disposición transitoria segunda, pueden asu-

---

(125) PUGLIATTI: *La proprietà e le proprietà*, en «La Proprietà nel nuovo Diritto», cit. en *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, de MONTES, Madrid, 1980, p. 86.

(126) Es necesario distinguir entre límites y limitaciones de la propiedad. Como señala ALBALADEJO, en *Derecho civil*, tomo III, vol. I, Barcelona, 1983, p. 257, los límites del derecho de propiedad son «las fronteras, el punto normal hasta donde llega el poder del dueño, o sea, el régimen ordinario de restricciones a que (comparándolo con el supuesto de que fuese omnímodo) está sometido tal poder». «Otras cosas son las limitaciones que, procediendo de muchas causas, pueden reducir, en casos singulares, el poder que normalmente tiene el dueño sobre la cosa».

mir, desde el mismo momento de entrada en vigor del respectivo Estatuto, competencia para conservar, modificar y desarrollar el propio Derecho foral, mientras que las restantes Comunidades forales habrán de esperar cinco años.

5. Cuando la Constitución atribuye a las Comunidades Autónomas, con Derecho civil propio, competencia para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo, está indicando que tales Comunidades podrán legislar sobre todo el Derecho civil, excepto en las materias comprendidas en el 149.1.8, subsistiendo la competencia exclusiva del Estado, en materia de legislación civil, para los territorios sometidos al Derecho común.

6. La competencia que se atribuye a las Comunidades Autónomas forales para la actualización del propio Derecho civil exige la previa existencia de ese Derecho (compilado o no), no pudiendo restablecerse Derechos civiles forales que existieron en un momento histórico determinado, pero que hoy han desaparecido.

7. Las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales y normas para resolver los conflictos de Leyes, son competencia exclusiva del Estado en todo caso, tanto en territorio de Derecho común como en territorio de Derecho foral.

8. La determinación de las fuentes del Derecho es competencia, no sólo de aquellas Comunidades que cuentan en la actualidad con un propio sistema de fuentes, sino también de aquellas otras cuyos respectivos Derechos contuvieron un sistema propio, y posteriormente se suprimieron en la época de las Compilaciones.

9. El concepto de legislación civil, a los efectos del 149.1.8, no coincide con el de Derecho civil, teniendo ello importantes consecuencias: conectando este artículo con el 149.1.7, se obtiene la conclusión de qué Comunidades Autónomas que carecen de Derecho foral van a gozar de competencia para legislar sobre sectores básicos del Derecho civil: por ejemplo, la propiedad, dada la posibilidad de dichas Comunidades de producir Derecho agrario, lo que conlleva un giro desde el criterio foralista en el que se inspira el 149.1.8, hacia un criterio autonomista (que, efectivamente, se dio en la Constitución de 1931).

# ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

## Crónica de Derecho Privado francés (\*) (Año 1985)

GEORGES VERMELLE

Profesor de la Facultad de Derecho  
y Ciencias Económicas de Tours

Traducción a cargo de ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

### I. BIBLIOGRAFIA

#### I. CUESTIONES GENERALES

1. A. POUILLE, *Le pouvoir judiciaire et les tribunaux*, Masson, 338 pp.  
Obra pedagógica y original que trata sobre las instituciones judiciales con una concepción publicista centrada en la idea de poder.
2. P. OURLIAC y L. GAZZANIGA, *Histoire du droit privé français de l'An Mil au Code civil*, Colección «L'évolution de l'humanité», Albin Michel, 1985, 442 pp.  
Estudio relativo a la formación del Derecho francés donde el período decisivo está situado en los siglos XI y XII.
3. C. ATIAS, *Le faux et le droit, Le temps de la réflexion*, 1985.
4. J. L. AUBERT, *Le fondement du caractère coercitif de la règle de droit*, Rép. Defrénois, 1985, 619.

- 
- (\*) Lista de abreviaturas relativas a las principales revistas jurídicas citadas:
- *Bull. civ.*: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles: sentencias pronunciadas en materia civil, mercantil y laboral; boletín que reúne las decisiones pronunciadas cada año.
  - *D.*: Recueil Dalloz-Sirey.
    - *D. chron.*: Parte doctrinal del Recueil.
    - *I.R.*: Informaciones rápidas.
    - *Leg.*: Parte legislativa.
    - *Somm.*: Sumarios de jurisprudencia.
  - *Gaz. Pal.*: Gazette du Palais.
  - *J.C.P.*: Jurisclasseurs périodiques. Semaine juridique.
  - *J.C.P. (N)*: Edition notariale.
  - *J.O.*: Journal Officiel.
  - *Rép. Defrénois*: Répertoire du Notariat Defrénois.
  - *Rev. dr. imm.*: Revue de Droit Immobilier.
  - *Rev. sc. crim.*: Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé.
  - *Rev. trim. dr. civ. o R.T.D.C.*: Revue trimestrielle de Droit Civil.
  - *S.*: Recueil Sirey.

5. F. CABALLERO, *Plaidons par procureur. De l'archaïsme procédural à l'action de groupe*, RTDC, 1985, 1.
6. J. HERON, *Etude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil)*, RTDC, 1985, 277.
7. Travaux de l'association Henri Capitant, *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Jornadas Suizas, 1983, XXXIV, *Económica*, 1985, 616 pp.  
 Síntesis de varios trabajos de la Asociación que ponen de relieve el hecho de que la práctica juega un papel en la formación del Derecho objetivo y tiende a afirmarse como una fuente formal del Derecho.
8. D. THOUVENIN, *Ethique et droit en matière biomédicale*, D. 1985, Chr. 21.
9. B. CALAIS, *La mort et le droit*, D. 1985, Chr. 73.
10. *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, 854 pp.  
 Recopilación de trabajos sobre temas muy diversos y relativos principalmente al Derecho civil y al Derecho procesal. Los estudios han sido libremente elegidos por los autores de acuerdo con su especialidad.
11. *Droit, Nature, Histoire* (IV Colloque de l'Association Française de Philosophie du Droit. Universidad de París II, 23-24 de noviembre de 1984). MICHEL VILLEY, *Philosophie du Droit*, Presses Universitaires de France, 1985, 210 pp.  
 Homenaje dado a Michel Villey mediante la organización de un coloquio referente a su obra y la publicación de los trabajos de este encuentro.
12. *Génétique, procréation et droit*, Actes du colloque des 18 et 19 janvier 1985. Actes Sud HUBERT NYSSER éditeur, 1985.  
 Trabajos de un coloquio pluridisciplinar relativo a la genética y los nuevos métodos de procreación.
13. F. DEKEUWER-DEFFOSSEZ, *Dictionnaire juridique. Droits de femmes*, Dalloz, 1985, 454 pp.  
 Informaciones diversas recogidas en todos los sectores del derecho y presentadas en forma de diccionario, cuya lectura es muy agradable.
14. M. MAYMON-GOUTALLOY, *De la conformité du droit français des personnes et de la famille aux instruments internationaux protecteurs des droits de l'homme*, D. 1985, Chr. 219.
15. M. VIVANT, *Quelques mots sur l'information juridique*, JCP, 1985, I, 3211.
16. B. BORIES, *A la rencontre du droit vécu (l'étude des masses jurisprudentielles: une dimension nouvelle des phénomènes socio-judiciaires)*, JCP, 1985, I, 3213.
17. P. MALAURIE y L. AYNES, *Cours de droit civil. Les obligations*. Editions Cujas, 1985, 635 pp.  
 Obra relativa al Derecho de obligaciones en general, distinguiéndose entre las fuentes y el régimen de sus obligaciones. Entre los aspectos de interés esencial de este estudio, hay que destacar que toda la materia está contenida en un mínimo de páginas y que la presentación de las cuestiones referentes a las obligaciones con tres sujetos es especialmente clara y original.

## 2. DERECHO CIVIL

### a) Personas - Familia

18. P. RAYNAUD, *Le démantèlement de la présomption de paternité légitime (à propos de deux arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation du 27 février 1985)*, D. 1985, Chr. 205.

19. C. ATIAS, *Droit civil - Les personnes - Les incapacités*, Presses Universitaires de France, 1985, 265 pp.

Esta obra pertenece a la colección titulada Derecho fundamental. La materia es clásica, pero el pensamiento, la presentación y las perspectivas expuestas por el autor son originales.

20. C. COLOMET, *Droit civil - La famille*, Presses Universitaires de France, 1985, 370 pp.

Obra relevante igualmente de la colección Derecho Fundamental. El autor contempla sucesivamente, con precisión y claridad, la creación, el desarrollo, la organización y la desagregación de la familia.

21. G. MEMETAU, *Le premier avis du Comité consultatif national d'éthique (prélevements sur embryons et fœtus)*, JCP, 1985, I, 3191.

22. D. AQUARONE, *L'ambiguïté à l'image*, D. 1985, Chron. 128.

23. R. LINDON, *La transmission du nom de la mère légitime à ses enfants*, D. 1985, Chron. 113.

24. D. HUET-WEILLER, *Requiem pour une présomption moribonde (la contestation directe de la paternité légitime sur le fondement de l'article 322, al. 2, C. civ.)*, D. 1985, Chron. 123.

25. J. RUBELLIN-DEVICHI, *La gestation pour le compte d'autrui*, D. 1985, Chron. 147.

26. T. FOSSIER, *Les libertés et le gouvernement de la personne incapable majeur*, JCP, 1985, I, 3195.

27. N. COIRET, *La liberté du mariage au risque des pressions matérielles*, RTDC, 1985, 63.

28. A. SERIAUX, *Droit naturel et procréation artificielle: quelle jurisprudence?*, D. 1985, Chron. 53.

29. *Mariage civil et mariage canonique*, Actes du Vème Colloque National des Juristes Catholiques, Paris, 20-21 avril 1985, Téqui, 1985, 176 pp.

Volumen de las actas del coloquio relativo a las cuestiones referentes, para los juristas católicos, a la evolución del matrimonio y del divorcio en un sistema que conoce el matrimonio civil y el matrimonio religioso.

30. A. MAZEL, *Conflit parental et mères gardiennes*, JCP, 1985, I, 3214.

31. A. DORSNER-DOLIVET, «*Le placement dit volontaire*» ou la bonne conscience par les textes, JCP, 1985, I, 3209.

32. H. FULCHIRON, *Autorité parentelle et parents désunis*, ed. del CNRS, 1985, 235 pp.

Tesis doctoral que propone modificaciones de las normas que rigen las relaciones paterno-filiales en caso de separación y más generalmente de cesación de la comunidad de vida.

#### b) Bienes

33. F. ZENATI, *Sur la constitution de la propriété*, D. 1985, Chron. 171.

34. E.-E. FRANCK, *La vue sur l'horizon est-elle protégée par la loi?*, Rép. Defrénois, 1985, 1025.

35. C. LARROUMET, *Droit civil, tomo II, Les biens. Droit réels principaux*, Economica, 1985, 602 pp.

Obra clara y pedagógica que trata solamente sobre los principales dere-

chos reales, que el autor analiza haciendo suceder al estudio de su estructura general la de los derechos reales inmobiliarios y los derechos reales mobiliarios.

36. J. L. COSTES, *La representation dans la gestion d'une indivision*, JCP, 1985, I, 3181.
37. M. DAGOT, *Le bail du bien indivis*, JCP, 1985, I, 3178.
38. M. REMOND-GOUILLOUD, *Ressources naturelles et choses sans maître*, D. 1985, Chron. 27.
39. *Destin du droit de propriété*, Droits, Revue Française de Théorie Juridique, n.º 1, Presses Universitaires de France, 1985.  
Se trata de una nueva revista cuyo primer número se refiere a los destinos de la propiedad..
40. B. DUFOUR, *Réflexion sur la sanction et la portée d'une clause d'inaliénabilité*, JCP, 1985, ed. N., 234.
41. G. VIGNERON, *La loi n.º 84-595 du 12 juillet 1984 sur la location-accesion et le statut de la copropriété*, JCP, 1985, ed. N., 115.
42. P. ARGNEY, *Pour une rénovation de l'usufruit du conjoint survivant*, JCP, 1985, ed. N., 231.
43. P. CAPRIAS, *Le droit de propriété au point de non-retour? (à propos de la loi n.º 85-729 du 18 juillet 1985)*, D. 1985, Chron. 293.
44. J. HUET, *Les logiciels sont-ils protégés par le droit d'auteur? (Loi du 3 juillet 1985)*, D. 1985, Chron. 281.

### c) Obligaciones

45. P. MALAURIE, *Le consommateur*, informe de síntesis presentado al 81º Congreso de Notarios, Rép. Defrénois, 1985, 1040.
46. J. L. AUBERT, *Petit bilan personnel d'un grand congrès (81ème Congrès des notaires de France - Le consommateur, Lyon 12-15 mai 1985)*, Rép. Defrénois, 1985, 824.
47. G. PAISANT, *Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du Code civil relative à la clause pénale (Loi du 9 juillet 1975)*, Rev. trim. dr. civ. 1985, 647.
48. L. CHAINE, *L'authenticité et le notariat*, JCP (ed. N), 1985, 125.
49. M. N. JOBARD-BACHELLIER, *Existe-t-il encore des contrats réels en droit français? ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif*, R.T.D.C., 1985, 1.
50. R. LEGEAIS, *Responsabilité civile des enfants et responsabilité civile des parents*, Rép. Defrénois, 1985, 545.
51. G. VINEY, *La réparation des dommages causés sous l'empire d'un état d'inconscience, un transfert nécessaire de la responsabilité vers l'assurance*, JCP, 1985, I, 3189.
52. A. SINAY-CYTERMANN, *La commission des clauses abusives et le droit commun des obligations*, Rev. trim. dr. civ. 1985, 521.
53. M. DEFOSSEZ, *Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations*, Rev. trim. dr. civ., 1985.
54. F. CHABAS, *Le droit des accidents de la circulation (après la réforme du 5 juillet 1985)*, Gazette du Palais y Librairies techniques, 1985, 263 pp.

Comentario de la Ley de 5 de julio de 1985, que no excluye el Derecho común de la responsabilidad y que ha de interesar tanto a los prácticos como a los teóricos.

56. Diversos estudios que tratan sobre la reforma del derecho de accidentes de circulación.  
 F. CHABAS, JCP 1985, I, 3205; C. LARROUMET, D. 1985, Chron. 237; D. LANDRAUD, JCP, 1985, I, 3222; E. BLOCH, JCP, 1985, I, 3223; E. SEVERIN y M. C. RONDEAU-RIVIER, D. 1985, Chron. 227; P. BIHR, D. 1985, Chron. 63.
57. H. MAZEAUD, *La faute objective et la responsabilité sans faute*, D. 1985, Chron. 13.

d) *Garantías-Publicidad inmobiliaria*

58. M. DAGOT y D. LE PELTIER, *Un nouveau privilège immobilier, le privilège de l'accédant dans le contrat de location-accesion*, JCP, 1985, ed. N., 75.

e) *Contratos*

59. P. OURLIAC y M. DE JUGLART, *Statut du fermage et structures agricoles (Loi du 1er août 1984)*, JCP, ed. N., 1985, 223.
60. P. MALINVAUD y P. JESTAZ, *La définition des travaux de bâtiments dans l'assurance construction*, Rev. dr. imm., 1985, 217.
61. *Location-accesion à la propriété immobilière (Loi du 12 juillet 1984)*, Rev. dr. imm., Sirey, París, 1985.

Publicación que reúne las comunicaciones presentadas al coloquio organizado por el CERCOL (Centro de Estudios e Investigaciones sobre el Urbanismo, la Construcción y la Vivienda).

62. P. JESTAZ y P. MALINVAUD, *L'accession à la propriété par le contrat de location-accesion*, D. 1985, Chron. 273.

f) *Liberalidades - Regímenes matrimoniales - Sucesiones*

63. M. MAUBRU, *L'agrément du conjoint de l'associé*, Rép. Defrénois, 1985, 807.
64. M. GRIMALDI, *La combinaison de la quotité disponible ordinaire et de la quotité disponible entre époux: revirement de jurisprudence (après Civ. 1ère, 25 avril 1984)*, Rép. Defrénois, 1985, 545.
65. F. BOULANGER, *La loi du 4 juillet 1984 sur la révision des charges dans les libéralités*, JCP, 1985, I, 3177.
66. A. COLOMER, *La révocation tacite d'un testament olographe*, Rép. Defrénois, 1985, 545.
67. H. MEAU-LATOUR, *La donation déguisée en droit civil français. Contribution à la théorie générale de la donation*, Bibliothèque de Droit Privé, tomo CLXXXIV, 1985, 511 pp.

Obra profunda sobre la donación encubierta, que constituye una aportación doctrinal importante en la teoría general de la donación.

## 3. DERECHO MERCANTIL

68. P. SERLOOTEN, *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*, D. 1985, Chron. 187.
69. C. GAVALDA y J. STOUFFLET, *La loi bancaire du 24 janvier 1984*, JCP, 1985, I, 3175.
70. R. SAINT-ALARY y C. SAINT-ALARY HOUIN, *La location-accession à la propriété immobilière*, Rev. dr. imm. 1985, 1.
71. J. HONORAT, *L'inscription en compte obligatoire des valeurs mobilières françaises*, Rép. Defrénois, 1985, 209 y 1089.
72. C. GAVALDA y J. MENEZ, *Le règlement amiable des difficultés des entreprises (Loi n.º 84-148 du 1er mars 1984 et Decret n.º 85-295 du 1er mars 1985)*, JCP, 1985, I, 3196.
73. J. AZEMA, *Nouveaux apports législatifs au droit des brevets d'invention*, D. 1985, Chron. 91.
74. A. SAYAG, *De nouvelles structures pour l'entreprises. La loi n.º 85-697 du 11 juillet 1985*, JCP, 1985, I, 3217.
75. P. PREUD'HOMME, *Les réformes apportées au droit des sociétés depuis la promulgation de la Loi n.º 81-1160, du 30 décembre 1981*, Gaz. Pal. 1985, D. 52.
76. M. VASSEUR, *Le paiement électronique. Aspects juridiques*, JCP, 1985, 3206.
77. C. GAVALDA, *La soumission des ententes intervenancières à la commission de la concurrence (Loi n.º 85-695, du 11 juillet 1985)*, D. 1985, Chron. 265.
78. F. DERRIDA, P. GODE y J. P. SORTALIS, *La Loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises. I - Vue d'ensemble de la réforme*, Rép. Defrénois, 1985, 1249. II - *Les effets du jugement de redressement judiciaire à l'égard de l'entreprise*, 1329 y 1409.

## 4. DERECHO PENAL

79. J. LE CALVEZ, *Les principes constitutionnels en droit pénal*, JCP, 1985, I, 3198.
80. P. COUVRAT, *La politique criminelle pénitentiaire à l'image de l'expérience française depuis 1945*, Rev. sc. crim. 1985, 231.
81. D. THOMAS, *Les contrôles d'identité préventifs depuis les arrêts de la Chambre criminelle des 4 octobre 1984 et 25 avril 1985: la nécessité d'une réforme*, D. 1985, Chron. 181.
82. J. PRADEL, *La loi du 9 juillet 1984 sur le recul de la détention provisoire: un pas en avant utile?*, D. 1985, Chron. 7.
83. W. JEANDIDIER, *Les juridictions pénales d'exception dans la France contemporaine*, JCP, 1985, I, 3173.
84. J. DEVEZE, *Le vol des «biens informatiques»*, JCP, 1985, I, 3210.
85. R. MERLE, *La pénitence et la peine. Théologie. Droit canonique. Droit penal*, Editions du Cerf et Editions Cujas, 1985, 151 pp.

Estudio que tiene como punto de partida la noción de penitencia (que inspira el Derecho canónico) y aboca a una concesión nueva de la pena.

## 5. VARIOS

86. A. PERDRIAU, *Aspects actuels de la cassation sans renvoi*, JCP, 1985, I, 3180.
87. P. OURLIAC y M. DE JUGLART, *Statut du fermage et structures agricoles*, JCP, 1985, I, 3179.
88. A. GARAPON, *L'âne portant des reliques... Essai sur le rituel judiciaire*, Justice humaine, Le Centurion, 1985, 211 pp.  
Obra que rehabilita el ritual judicial en lo que tiene de esencial para la defensa de los derechos del hombre.
89. R. PERROT, *Le constat d'huissier de justice*, Chambre Nationale des huissiers de justice, 1985, 91 pp.  
Publicación de los trabajos del Congreso de la Cámara Nacional de los ujieres judiciales en 1985.

## II. LEGISLACION

## 1. DERECHO CIVIL

1. **Actas de estado civil.** Ley n.º 85-528, de 15 de mayo, *sobre las actas y sentencias declarativas de fallecimiento de las personas deportadas* (J.O. 18 de mayo).

El Derecho se pone aquí al servicio de la memoria y del futuro. La mención «muerte en deportación» es empleada en relación con las actas de fallecimiento de las personas muertas en estas circunstancias. La Ley se encarga así de arreglar las dificultades conectadas a las actas de fallecimiento, a la desaparición y a la rectificación de las actas de estado civil

2. **Extranjeros.** Circular del Primer Ministro de 17 de mayo de 1985 relativa a los *solicitantes de asilo* (J.O. 18 de mayo).

Circular conforme a la orientación liberal de los poderes públicos en materia de derecho de asilo. En el plano judicial, la competencia de la Oficina Francesa de Protección de los Refugiados y Apátridas es afirmada en materia de demanda de asilo.

3. **Alimentos.** Decreto n.º 85/560, de 30 de mayo de 1985, sobre aplicación de las disposiciones legales relativas al *subsidio de mantenimiento de la familia y a la intervención de los organismos deudores de prestaciones familiares en el cobro de los créditos por alimentos impagados* (J.O. 31 de mayo).

Decreto de aplicación de las disposiciones de la Ley de 22 de diciembre de 1984.

4. **Bienes mostrencos.** Decreto n.º 85/632, de 21 de junio de 1985, que modifica el Decreto n.º 61/1547, de 26 de diciembre de 1961, que establece el *régimen de los restos de un naufragio* (J.O. 23 de junio).

La Ley establece el régimen jurídico aplicable a estos bienes especiales que son los bienes mostrencos, tanto en lo que concierne a la policía de los mismos como a su atribución.

5. **Estado de las personas, libertades civiles, domicilio.** Ley n.º 85/772, de 25 de julio de 1985, que establece *diversas disposiciones de orden social* (J.O. 26 de julio).

Castigando la discriminación, la Ley se extiende a las costumbres. Según los criterios étnico, sexual y familiar, la referencia a las costumbres de una persona para rehusar el beneficio de un derecho, de un bien o de un servicio, para entorpecer su actividad económica o para fundar un rechazo a la contratación o un despido, es punible en virtud del artículo 187.1 reformado del Código penal.

6. **Domicilio.** Decreto n.º 85/684, de 8 de julio de 1985, que modifica el Decreto n.º 70/705, de 31 de julio de 1970, estableciendo la aplicación del título I y de algunas disposiciones del título II de la Ley n.º 69/3, de 3 de enero de 1969, relativa al ejercicio de las actividades ambulantes y al régimen aplicable a las personas que circulan en Francia sin domicilio ni residencia fijos (J.O. 10 de julio).

7. **Sociedades.** Ley n.º 85/697, de 11 de julio de 1985, sobre *la empresa unipersonal de responsabilidad limitada y de explotación agrícola de responsabilidad limitada* (J.O. 12 de julio).

La Ley instituye la empresa unipersonal de responsabilidad limitada (E.U.R.L.). Se trata de una sociedad de responsabilidad limitada con un único «socio». Al mismo tiempo, permite la explotación rural con responsabilidad limitada (E.A.R.L.). Estas adopciones han determinado la modificación del artículo 1.832 del Código civil, que da la definición de la sociedad. Esta reforma, determinada por el recurso cada vez más frecuente de la forma social como técnica de organización de la pequeña empresa, la consideración de la noción de patrimonio de destino a un fin y la contribución de las experiencias extranjeras, no dejará de plantear cuestiones de teoría general y de poner a prueba nociones básicas como las de sociedad y personalidad jurídica.

8. **Sociedad colectiva.** Ley n.º 85/695, de 11 de julio de 1985, relativa a *diversas medidas de orden económico y financiero* (J.O. 12 de julio).

Los socios no están obligados ya a incluir su nombre en el de la sociedad. La mención «sociedad colectiva» debe acompañar, no obstante, a la denominación social.

9. **Sociedad por acciones, participaciones.** Ley n.º 85/705, de 12 de julio de 1985, relativa a *las participaciones detentadas en las sociedades por acciones* (J.O. 13 de julio).

10. **Asociaciones.** Ley n.º 85/698, de 11 de julio de 1985, que autoriza *la emisión de valores mobiliarios por determinadas asociaciones* (J.O. 12 de julio).

Esta Ley autoriza las asociaciones que ejercen una actividad económica para recurrir al ahorro por la emisión de títulos «asociativos».

11. **Propiedad literaria y artística.** Ley n.º 85/600, de 3 de julio de 1985, referente a *los derechos de autores y a los derechos de artistas-intérpretes, de los productores de fonogramas y de videogramas y de las empresas de comunicación audiovisual* (J.O. 4 de julio).

Esta reforma tiene por objeto armonizar la Ley de 11 de marzo de 1957 con las realidades de hoy. El objetivo general es promover las condiciones de un mercado de obras. Este desarrollo de la creación pasa por un equilibrio de los intereses respectivos del autor y del beneficiario. De tal suerte, la actualización del régimen de los derechos del creador está animada por el afán de fortalecer la apropiación de las obras del espíritu y la voluntad de mejorar las condiciones de explotación de estas últimas.

12. **Responsabilidad civil.** Ley n.º 85/677, de 5 de julio de 1985, dirigida a la mejora de la situación de las víctimas de accidentes de circulación y a la aceleración de los procedimientos de indemnización (J.O. 6 de julio).

Desde una perspectiva general, la cuestión de los accidentes de circulación merecía, por numerosas razones, la atención del legislador: multiplicación de los accidentes, contraste de la situación del automovilista (asegurado) y de la víctima (particularmente no conductora), complejidad del Derecho de la responsabilidad civil, lentitud y coste de la indemnización, etcétera.

Desde el punto de vista teórico, la filosofía de la reforma no aparece con gran evidencia: ¿transformación o retoques? De hecho, la Ley no pone en marcha una socialización de la indemnización. Permanece fiel al principio de la reparación íntegra y al criterio de la culpa. Como contrapartida, el problema de la exoneración recibe un régimen exorbitante (anunciado por la sentencia Desmares de 21 de julio de 1982). Las relaciones con el asegurador son profundamente modificadas.

En el terreno técnico, la víctima de un accidente de circulación puede obtener la reparación del daño sin ver la oposición por el autor conductor del vehículo en caso de fuerza mayor o de hecho de un tercero. La responsabilidad del conductor surge desde el instante en que su vehículo está implicado en un accidente. La culpa de la víctima no conductora, siquiera si es inexcusable y en caso de daño corporal, es una causa de exoneración.

A fin de garantizar un pago rápido de la indemnización, el asegurador está obligado a formular una oferta de indemnización. La Ley disciplina esta vía transaccional y protege los intereses de la víctima.

En fin, diversas disposiciones modifican algunos puntos de Derecho civil. El plazo de prescripción es reducido a diez años, una acción en procedimiento de urgencia interrumpe la prescripción, el dominio y el régimen del interés legal son precisados y las normas de la acción subrogatoria son afectadas. La Ley tiene por objeto mejorar la situación de las víctimas. Sin embargo, no parece tener ni capacidad ni incluso voluntad para hacer desaparecer un contencioso cuyos elementos podrían simplemente desplazarse.

13. **Venta.** Ley n.º 85/706, de 12 de julio de 1985, relativa a la publicidad hecha en favor de las armas de fuego y sus municiones (J.O. 13 de julio).

14. **Administración legal.** Ley n.º 85/1372, de 23 de diciembre de 1985, referente a la igualdad de los esposos en los regímenes matrimoniales y de los padres en la gestión de los bienes de los hijos menores (J.O. 26 de diciembre).

La Ley es importante. Además de que reafirma la igualdad matrimonial, establece la igualdad de los padres tanto desde el punto de vista de la administración legal como del derecho de usufructo legal (art. 40 de la Ley, que modifica los arts. 383, 389, 389.1 y 389.2 del Código civil).

15. **Sociedad entre esposos.** Ley de 23 de diciembre de 1985 (art. 40).

La Ley suprime la prohibición entre esposos de las sociedades que determinan obligaciones indefinidas y solidarias.

16. **Regímenes matrimoniales.** Ley de 23 de diciembre de 1985.

Ella consuma la igualdad matrimonial tanto en lo que afecta a la administración de la comunidad (el marido ya no es el jefe de la comunidad en el régimen legal, la gestión se basa en la forma de la administración concurrente) como a la composición de los patrimonios (los bienes reservados de la mujer desaparecen).

El pasivo común se crea tanto para la mujer como para el marido, las ganancias y salarios reciben un régimen de igualdad y las disposiciones protectoras de la esposa desaparecen (arts. 8 y ss.).

17. **Nombre.** Ley de 23 de diciembre de 1985 (art. 43).

Toda persona (por el menor esta facultad es ejercitada por los titulares de la patria potestad) puede añadir a su nombre, a título de uso, el nombre del padre que no le transmitió el suyo. Esta disposición determina el declive, al menos a título de experiencia, del único nombre patronímico.

18. **Obligaciones.** Cláusula penal. Ley n.º 85/1097, de 11 de octubre de 1985, relativa a *la cláusula penal y los pagos de deudas*, artículos 1 a 3 (J.O. 15 de octubre).

La Ley de 9 de julio de 1975 había establecido un poder moderador del Juez en materia de cláusula penal. Este poder puede, además, ser ejercido de oficio (arts. 1.152 y 1.231 del Código civil).

19. **Pago.** Ley de 11 de octubre de 1985 (arts. 4 a 8).

Ella modifica la moratoria civil en dos aspectos. De un lado, el plazo máximo de Derecho común es fijado en dos años (art. 1.244 del Código civil). De otro lado, las convenciones por las que un intermediario se encarga o se ofrece mediante remuneración a gestionar las deudas de una persona son, en principio, nulas, y el intermediario que, en virtud de ello, haya percibido una suma de dinero será penalmente condenado.

## 2. DERECHO MERCANTIL

20. **Empresa.** Ley n.º 85/98, de 25 de enero de 1985, relativa al *saneamiento y la liquidación judiciales de las empresas*, y Ley n.º 85, de 25 de enero de 1985, referente a los *administradores judiciales, mandatarios-liquidadores y expertos en diagnóstico de empresa* (J.O. 26 de enero).

La Ley se explica principalmente por la existencia de la crisis económica y sus efectos sobre la empresa. Las normas relativas a la quiebra y la liquidación judicial se presentan, hoy en día, inadaptadas.

El nuevo procedimiento se aplica también a los artesanos. El mismo tiene como destino permitir la salvaguardia de la empresa, el mantenimiento de la actividad y del empleo y la comprobación del pasivo. El interés de los acreedores no es, pues, la prioridad afirmada. El caso de apertura principal detiene la suspensión de pagos. La institución del Juez comisionado es mantenida, pero los síndicos desaparecen. Dos mandatarios judiciales suceden a este último órgano, que representaba a la vez los intereses del deudor y de los acreedores. Los segundos serán confiados al representante de los acreedores. Los intereses de la empresa, a un administrador, llegado el caso.

El procedimiento abierto es, en lo sucesivo, único: el del saneamiento judicial. Existe un período de observación. El Tribunal deberá luego escoger entre la continuación, la cesión o la liquidación de la empresa. Esta Ley debe permitir la supervivencia de la empresa en dificultades.

21. Decreto n.º 85/295, de 1 de marzo de 1985, sobre *la prevención y el arreglo amistoso de las dificultades de la empresa* (J.O. 4-5 de marzo).

22. **Competencia.** Ley n.º 85/500, de 13 de mayo de 1985, que modifica la Ley n.º 81/766, de 10 de agosto de 1981, relativa al *precio del libro* (J.O. 14 de mayo).

La Ley de 10 de agosto de 1981, relativa al precio del libro, establecía una derogación de la prohibición de los precios impuestos al decretar la fijación por el editor o el importador de libros de un precio obligatorio para el detallista. La Ley de 13 de mayo de 1985 (las empresas de distribución habían revelado, especialmente, la no conformidad al Tratado de Roma de la Ley de 10 de agosto de 1981) redefine normas de fijación del precio por el editor compatibles con la jurisprudencia comunitaria.

23. Decreto n.º 85/556, de 29 de mayo de 1985, sobre las infracciones a la Ley n.º 81/776, de 10 de agosto de 1981, modificada en lo relativo al *precio del libro* (J.O. 30 de mayo).

24. **Banca, efectos de comercio, carta de pago.** Ley n.º 85/695, de 11 de julio de 1985, que establece diversas disposiciones de orden económico y financiero.

El texto comporta disposiciones relativas al pago por cheque y por tarjeta de crédito.

25. **Bolsa.** Decreto n.º 85/809, de 31 de julio de 1985, que modifica el Decreto de 3 de enero de 1968 sobre *organización administrativa y financiera de la Comisión de operaciones de bolsa* (J.O. 1 de agosto).

26. **Auxiliares judiciales.** Decreto n.º 85/1389, de 27 de diciembre de 1985, relativo a los *administradores judiciales, mandatarios-liquidadores y expertos en diagnóstico de empresa* (J.O. 29 de diciembre).

27. **Saneamiento y liquidación judiciales.** Decreto n.º 85/1388, de 27 de diciembre de 1985, relativo al *saneamiento y la liquidación judiciales de las empresas* (J.O. 29 de diciembre).

Decreto que confirma la entrada en vigor el 1 de enero de 1986 de la Ley relativa al saneamiento y la liquidación judiciales de las empresas y que determina la operatividad de este texto básico.

28. **Valores mobiliarios.** Ley n.º 85/1321, de 14 de diciembre de 1985, que modifica diversas disposiciones del *Derecho de valores mobiliarios, títulos de crédito negociables, sociedades y operaciones de bolsa* (J.O. 15 de diciembre).

Ley financiera que interesa al mercado financiero introduciendo una mayor competencia en la cesión de fondos. El objeto de esta política es reducir el costo y aumentar la cantidad del ahorro. Una protección de los ahorradores es tenida en cuenta mediante la Comisión de las Operaciones de Bolsa.

29. **Competencia.** Ley n.º 85/1408, de 30 de diciembre de 1985, sobre *mejora de la competencia* (J.O. 31 de diciembre de 1985).

La Ley se propone mejorar sobre todo las instituciones que tienen por objeto preservar la competencia (comisión de la competencia) y las normas que rigen la materia (procedimiento que permite, a semejanza del Derecho comunitario, declarar determinadas prácticas *a priori* conformes y el arreglo de los hechos justificativos de acuerdos y abusos de posición dominante).

### 3. DERECHO PROCESAL

30. **Organización judicial.** Decreto n.º 85/442, de 10 de abril de 1985, relativo a *la organización judicial y que modifica la tasa de competencia del Tribunal de instancia y del Tribunal de gran instancia en materia civil y del Tribunal de comercio* (J.O. 13 de abril).

Decreto que revisa las tasas de apelación y de competencia. Las sentencias de los Tribunales de gran instancia, de los Tribunales de instancia y de los Tribunales de comercio son dictadas en última instancia hasta 13.000 F., lo que concuerda con la última tasa de la instancia de conciliación. En materia personal y mobiliaria, el Tribunal de gran instancia es competente más allá de 30.000 F. El texto fija también nuevas cifras en materia de rentas vitalicias.

31. **Tribunal de comercio.** Decreto n.º 85/880, de 22 de agosto de 1985 (J.O. 23 de agosto).

El Decreto modifica textos anteriores relativos a los Tribunales de comercio.

32. **Tribunal de asuntos de la Seguridad Social.** Ley n.º 85/772, de 25 de julio de 1985, sobre diversas disposiciones de carácter social, artículos 29 y siguientes (J.O. 26 de julio).

33. **Abogados.** Ley n.º 85/772, de 25 de julio de 1985, sobre diversas disposiciones de orden social.

34. **Juicios.** Ley n.º 85/699, de 11 de julio de 1985, dirigida a *la constitución de archivos audiovisuales de la justicia* (J.O. 12 de julio).

El texto atempera con prudencia la prohibición de principio del registro sonoro o audiovisual de un proceso. Esta facultad juega en interés de la constitución de archivos históricos de la justicia y recibe una reglamentación que incide sobre las autoridades encargadas de la decisión y sobre los plazos permitiendo progresivamente su consulta.

35. **Abogados.** Decreto n.º 85/1123, de 22 de octubre de 1985, que modifica el Decreto n.º 72/468, de 9 de junio de 1972, organizando la profesión de abogado, y que ha sido adoptado para la aplicación de la Ley n.º 71/1130, de 31 de diciembre de 1971, que determinó la reforma de determinadas profesiones judiciales y jurídicas, y el Decreto n.º 80/234, de 2 de abril de 1980, referente a *la formación de los futuros abogados y al certificado de aptitud para la profesión de abogado* (J.O. 23 de octubre).

36. **Notificación de los actos procedimentales.** Decreto n.º 85/1330, de 11 de diciembre de 1985, que modifica determinadas disposiciones del nuevo Código de procedimiento civil (J.O. 18 de diciembre).

El Decreto aumenta los poderes del Juez, ya que se reconoce a este último el poder de ordenar la ejecución de la obligación incluso si se trata de una obligación de hacer, luego más allá de la obligación de suma de dinero. Este texto se ocupa igualmente de regular determinadas dificultades relativas al recurso contra las ordenanzas que fijan la remuneración de los técnicos, a la indemnización que ha de pagarse al demandado por el demandante que fracasa en el recurso de casación y a la información de los acreedores de pensión alimenticia.

#### 4. DERECHO DE SEGUROS

37. **Vehículo.** Decreto n.º 85/879, de 22 de agosto de 1985, relativo al *anuncio en los vehículos de un certificado de seguro* (J.O. 23 de agosto).

#### 5. DERECHO PENAL

38. **Ejecución de las penas.** Decreto n.º 85/836, de 6 de agosto de 1985, que modifica algunas disposiciones del Código de procedimiento penal (3.ª parte: decretos) (J.O. 8 de agosto).

Modificación de algunas disposiciones del Código de procedimiento penal con el fin de mejorar la situación de los detenidos y de favorecer su puesta en libertad.

39. **Policía judicial.** Ley n.º 85/1196, de 18 de noviembre, que modifica diversas disposiciones del Código de procedimiento penal y del Código de circulación, y que se refiere a la *policía judicial* (J.O. 19 de noviembre).

Texto que aumenta la atribución de la calificación de agente de policía judicial y la competencia territorial de los oficiales de la policía judicial.

40. **Jurisdicción de instrucción.** Ley n.º 85/1303, de 10 de diciembre de 1985, sobre reforma del procedimiento de instrucción en materia penal (J.O. 11 de diciembre).

Ley que atempera el carácter inquisitorio del procedimiento de instrucción. Permite, en concreto, a la jurisdicción de instrucción publicar comunicados sobre un asunto, tanto en lo que concierne a los hechos revelados por la indagatoria como sobre el propio procedimiento. Establece sobre todo, en esta fase del procedimiento, la colegialidad por la creación de la Cámara de instrucción. Esta última deberá estar compuesta por tres miembros, de los que dos serán Jueces de instrucción, y podrá delegar en uno o varios de estos Magistrados según el asunto. La entrada en vigor de la Ley se difiere al 1.º de marzo de 1968.

#### 6. DERECHO LABORAL

41. **Trabajo.** Ley n.º 85/772, de 25 de julio de 1985, referente a diversas disposiciones de carácter laboral (J.O. 26 de julio).

Ley que reforma, en concreto, la lista de los casos de recurso al trabajo temporal o al trabajo de duración determinada, estableciendo la agrupación de los empleadores, teniendo por objeto poner sus miembros al alcance del personal y que prevé expresamente la nulidad del despido irregular de un huelguista cuando el ejercicio del derecho de huelga ha sido normal.

#### 7. DERECHO PROFESIONAL

42. **Psicólogos.** Ley n.º 85/772, de 25 de julio de 1985, sobre diversas disposiciones de carácter laboral (J.O. 26 de julio).

La Ley reglamenta y protege la profesión de psicólogo sin considerarle obligado al secreto profesional.

## 8. DERECHO AGRARIO

43. Ley n.º 85/1273, de 4 de diciembre de 1985, relativa a *la gestión, la revalorización y la protección del bosque* (J.O. 5 de diciembre).

La nueva Ley forestal trata de racionalizar la gestión del bosque privado. El texto se incardina en un movimiento de descentralización administrativa hacia los centros regionales de la propiedad forestal. Establece la concentración forestal y facilita la agrupación de los propietarios en entidades de administración común.

## 9. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE

44. **Montaña.** Ley n.º 85/30, de 9 de enero de 1985, relativa al *desarrollo y la protección de la montaña* (J.O. 10 de enero).

Texto que trata de conciliar, en la montaña, la protección de la naturaleza y el desarrollo económico. La Ley crea instituciones específicas independientemente de las clásicas del Derecho.

## 10. VARIOS

45. **Informática.** Ordenanza de 13 de marzo de 1985 (J.O. 14 de marzo) para la *creación del Diario oficial electrónico* y Circular de 12 de febrero de 1985 (J.O. 7 de marzo), sobre el servicio público de los bancos de datos jurídicos.

## III. JURISPRUDENCIA

### 1. PERSONAS-FAMILIA

#### 1. **No representación del hijo. Derecho de visita. Pérdida. Abandono de familia. Condena.**

*Hay que absolver a la madre por no representación del hijo cuando, en virtud de la aplicación del artículo 373.3 del Código civil, el padre había perdido, en la fecha de los hechos, el ejercicio de su derecho de visita a consecuencia de una sentencia devenida definitiva, que le condena por abandono de familia* (Crim. 4 de diciembre de 1984, D. 1985, 414, nota de J. Massip).

La sentencia es pronunciada por la Sala de lo criminal, pero interesa al Derecho civil. La condena del padre por abandono de familia entraña la pérdida del ejercicio de la patria potestad y, en consecuencia, del derecho de visita y de alojamiento (por aplicación del art. 373 del Código civil). Desde entonces, la madre guardadora que se niega a enviar al hijo al otro padre no comete el delito de no representación previsto en el artículo 257 del Código penal. La decisión está fundamentada, pero ¿se respeta el interés del hijo?

#### 2. **Vida privada. Intromisión. Película.**

*El Tribunal de apelación ha justificado legalmente su decisión, que, por intromisión en la vida privada, ha ordenado la supresión de determinadas escenas de la película titulada «Mesrine».*

*La utilización en una obra que sólo es parcialmente de ficción, sin que haya sido autorizado, de los nombres y apellidos de personas existentes e identificables como tales, constituye una intromisión en la vida privada que justifica la supresión, en la película «Mesrine», del nombre patronímico y de los nombres de los demandantes (Cas. civ. 1.ª, 13 de febrero de 1985, 2 sentencias. D. 1985, 488, nota B. Edelman y JCP 1985, II, 20467, nota R. Lindon).*

Por demanda de la compañera de un malhechor matado por la policía y personaje central de la película, el Tribunal de Casación decide la supresión de algunas escenas puramente privadas que permiten la identificación de la interesada. En la segunda decisión, la supresión del nombre de las víctimas de un rapto llevado a cabo por el mismo personaje, es ordenada. Las dos decisiones destacan el valor, frente a la creación artística, del núcleo íntimo de la vida privada.

### **3. Apellido. Nombre. Denominación social. Nombre comercial.**

*El principio de la inalienabilidad y de la imprescriptibilidad del nombre patronímico, que impide a su titular disponer de él libremente para identificar por el mismo título a una persona física diferente, no se opone a la conclusión de un acuerdo relativo a la utilización de este nombre como denominación social o nombre comercial.*

*El patronímico Bordas se convirtió, en virtud de su inserción el 23 de enero de 1946 en los estatutos firmados de la sociedad de Pierre Bordas, en un signo distintivo que se desvincula de la persona física que lo detenta, para aplicarse a la persona jurídica que el mismo distingue, y se convierte así en objeto de propiedad incorporal. Al prohibir a la sociedad de ediciones Bordas la utilización de este nombre tanto en concepto de denominación social como en el de nombre comercial, la sentencia impugnada ha violado el artículo 1.134 del Código civil y el artículo 1 de la Ley de 28 de julio de 1824 (Com. 12 de marzo de 1985, JCP 1985, II, 20400, conclusiones de Montanier y nota de G. Bonet, D. 1985, 471, nota de J. Ghestin).*

Con motivo de un litigio planteado por la utilización del nombre Bordas, dirigiendo Pierre Bordas dos sociedades y las ediciones Bordas, en las que este último había participado anteriormente con su hermano, pero no ejercía en nombre propio entonces responsabilidad alguna, el Tribunal de casación se ha pronunciado sobre la utilización del nombre objeto del litigio. Subraya, en un asunto donde las consecuencias económicas eran importantes, el derecho de las ediciones Bordas de conservar sin reserva el uso del nombre Bordas. El Tribunal ha debido zanjar el problema del alcance exacto de una autorización dada en 1946 a la sociedad editora de insertar el nombre Bordas en su denominación social.

Según el mismo, pero la solución no cuenta con una aprobación unánime, esta inserción había transformado definitivamente este nombre en signo distintivo, desvinculado de la persona física de su titular, para aplicarse a la persona jurídica que distingue y convertirse así en objeto de propiedad incorporal, es decir, derecho exclusivo en beneficio de la sociedad.

### **4. Matrimonio. Efectos. Artículo 220 del Código civil. Personas no casadas.**

*No basta que dos personas se consideren esposos para conferir a sus compromisos un carácter solidario, no siendo el artículo 220 del Código civil aplicable a las personas que no están casadas (Cas. civ. 1.ª, 11 de enero de 1984, Gaz. Pal. 1985, 133, nota de J. M.).*

El artículo 220 del Código civil prevé que cada uno de los cónyuges tiene el poder de celebrar sólo los contratos que tienen por objeto el sostenimiento de la familia y la educación de los hijos. La deuda así contraída por uno obliga solidariamente al otro. El Tribunal de Casación destaca aquí que esta norma de solidaridad no es aplicable a las personas que no están casadas.

#### 5. Divorcio. Medidas provisionales. Guarda alternativa.

*Resulta de la combinación de los artículos 287, 290 y 373.2 del Código civil que si, en caso de divorcio, el Juez, teniendo en cuenta los acuerdos de los cónyuges, puede confiar conjuntamente la guarda de los hijos comunes al padre y la madre, no puede confiarles alternativamente la guarda (Civ. 2.<sup>a</sup>, 2 de mayo de 1984, JCP 1985, 20412, nota de A. Dekeuwer, Gaz. Pal. 1985, I, 59, nota de J. M.).*

La decisión se inscribe en la evolución de la «guarda conjunta» de los hijos menores después del divorcio de sus padres. El Tribunal de casación se basa en la ilegitimidad de la «guarda alternativa», pero reafirma que la guarda conjunta es posible.

#### 6. Adopción. Adopción simple. Condiciones.

*El hecho de que el adoptante revele que considera que es el padre consanguíneo del hijo que trata de adoptar, no puede tener por efecto prohibirle el recurso a la adopción para conseguir la creación de un vínculo de filiación entre el mismo y el hijo (París, 4 de mayo de 1984, D. 1985, 278, nota de S. Betant-Robet).*

¿Puede ser establecida la adopción si el adoptante admite ser el padre consanguíneo del hijo? El Tribunal de apelación de París considera que si ningún obstáculo importante impide el establecimiento de la filiación natural paterna, la adopción puede ser establecida. En efecto, la institución no es desviada de sus fines normales, desde el momento en que el interés que presenta la adopción para el futuro adoptado se ha establecido.

#### 7. Filiación legítima. Artículo 322, párr. 2 C. civ. Interpretación «a contrario».

*El artículo 322, párrafo 2.º, del Código civil, se limita a sentar el principio de que en materia de filiación legítima nadie puede impugnar el estado de aquel que detenta una posesión conforme a su título de nacimiento.*

*Así, en ausencia de posesión de estado conforme al título, la impugnación de la paternidad como de la maternidad legítima es admisible (Civ. 1.<sup>a</sup>, 27 de febrero de 1985, 2 sentencias, D. 1985, 265, nota de G. Cornu, JCP 1985, II, 20460, nota de E. Fortis-Monjal y G. Paire, Rép. Defrénois, 1985, 1283, nota de M. Grimaldi).*

Estas dos decisiones establecen explícitamente la interpretación «a contrario» del artículo 322, párrafo 2.º, del Código civil: la impugnación directa de la paternidad legítima es admisible como la de la maternidad legítima. Esta acción se dirige a poner en cuestión la filiación de un hijo que, solamente apoyado en el título de hijo legítimo, no goza de una posesión de estado conforme. La solución contribuye a dar una mayor fuerza al principio de la veracidad de la filiación.

### 8. Filiación natural. Reconocimiento. Prueba.

*Resulta del artículo 1348 del Código civil que los actos jurídicos pueden ser probados por todos los medios cuando el título que servía de prueba literal se ha perdido por caso fortuito o fuerza mayor.*

*Por ello, una sentencia ha podido admitir, basándose en presunciones fuertes, precisas y concordantes, enunciadas en motivos no hipotéticos, que el reconocimiento de un hijo natural había sido bien registrado por un Tribunal (Civ. I, 10 de octubre de 1984, D. 1985, 85, nota de J. M.).*

Aunque el reconocimiento de un hijo natural debe revestir la forma auténtica, el Tribunal de Casación admite que en caso de pérdida del acta por caso fortuito, la prueba de este reconocimiento puede, según las normas del Código civil, hacerse por todos los medios. Se habría podido igualmente invocar, llegado el caso, la posesión de estado de hijo natural, puesto que ésta última es reconocida, desde la Ley de 25 de junio de 1982, como un modo de prueba de la filiación natural.

### 9. Incapaces mayores. Tutela. Modalidades.

*Resulta del artículo 499 del Código civil que la designación de un gestor tutelar supone que el Juez constate, teniendo en cuenta los bienes que han de administrarse, la inutilidad de la constitución completa de la tutela.*

Casación de la sentencia, que se ha abstenido de toda búsqueda en esta materia (Civ. I, 10 de octubre de 1984, D. 1985, 61, nota de Massip).

La sentencia fija los principios que deben gobernar la elección que ha de hacerse entre las diversas modalidades de tutela de un mayor. El Código civil ofrece varias posibilidades graduables. El Juez debe adoptar la que esté justificada por la situación patrimonial y familiar del incapaz. El Juez de tutelas, para decidirse, debe proceder a esta búsqueda. Se quiere evitar la aplicación al incapaz de un régimen demasiado pesado.

## 2. BIENES

### 10. Servidumbres. Medianería. Muro. Invasión

*Ha justificado legalmente su decisión la Corte de apelación, que, para desestimar una demanda de los propietarios interpuesta contra sus vecinos, en la que se solicita el reembolso de la mitad del costo de la construcción de un muro de separación, ha establecido soberanamente que los demandantes habían tomado la iniciativa de esta construcción sin que se hubiera obtenido el acuerdo del propietario de la parcela limítrofe y de ello ha deducido justamente que este muro permanecía privativo, aunque su base haya podido invadir esta parcela (Civ. 3.ª, 9 de julio de 1984, D. 1984, D. 1985, 409, nota de H. Souleau).*

Las cuestiones de la medianería pueden ser muy actuales. El propietario de un fundo había construido un muro de separación cuya base invadía el terreno del vecino. El Tribunal de casación rehúsa acordar el reembolso de la mitad del costo de la construcción. Se trata de la denegación de la teoría denominada «de la medianería nacida» o «de origen», según la cual un semejante muro sería de pleno derecho medianero, sin la condición de la conformidad del vecino.

### 11. Usufructo. Definición. Derecho de fijación de carteles perpetuo.

*No constituye un usufructo el derecho de fijación de carteles sobre el muro de un inmueble puesto por su propietario en régimen de copropiedad, con el fin de su venta por partes, desde el momento en que el propietario se reserva este derecho a título perpetuo con la facultad de cederlo a terceros (Cas. civ. 3.<sup>a</sup>, 18 de enero de 1984, D. 1985, 504, nota de F. Zenati).*

El artículo 578 del Código civil define el usufructo como el derecho de gozar de las cosas que son propiedad de otro. Sin embargo, el Tribunal de casación no considera que existe un derecho de usufructo en el derecho perpetuo de fijación de carteles sobre el inmueble que se han reservado los propietarios de una vivienda, habiendo vendido su bien o varias partes, en régimen de copropiedad de inmuebles construidos. La sentencia parece que configura el derecho real de fijación de carteles como un derecho «sui generis».

### 12. Servidumbres. Copropiedad.

*Según los términos del artículo 637 del Código civil, una servidumbre es una carga impuesta a un predio para el uso y la utilidad de un predio que pertenece a otro propietario. Debe ser casada la sentencia que admite la acción de supresión de vista derecha intentada por el adquirente de una villa de un conjunto inmobiliario en copropiedad contra un propietario vecino, constatando principalmente que, según el reglamento de la copropiedad y los documentos de adquisición, los copropietarios que tenían la propiedad exclusiva de las construcciones sólo detenían el goce exclusivo de su parte, por lo que la propiedad permanecía común para todos (Cas. civ. 3.<sup>a</sup>, 10 de enero de 1984, D. 1985, 335, nota de J. L. Aubert).*

Según la decisión, existe una incompatibilidad de naturaleza entre servidumbre y copropiedad. Ninguna servidumbre puede existir en una copropiedad en beneficio de una parte y como carga de otra parte, mientras que una situación semejante podría existir en una copropiedad en beneficio de un fundo exterior a ésta.

## 3. OBLIGACIONES

### 13. Notario. Préstamo. Acuerdo de las partes. Reiteración del acto. Consecuencias. No responsabilidad.

*Habiendo sostenido los prestamistas en sus conclusiones de apelación, contrariamente a lo que había afirmado el Tribunal, que los fondos prestados no habían sido remitidos a los prestatarios antes de la realización del documento auténtico, de manera que la culpa del notario, que no había verificado la situación hipotecaria de los inmuebles dados en garantía, estaba en relación de causalidad con el perjuicio resultante de la falta de reembolso del préstamo, el Tribunal de apelación, al no responder a este motivo, no ha tenido en cuenta lo exigido por el artículo 455 del nuevo Código de procedimiento civil (Cas. civ. 1.<sup>a</sup>, 15 de enero de 1985, D. 1985, 233 y Rep. Defrénois, 1985, nota de J. L. Aubert).*

La sentencia se basa en la falta de contestación a las conclusiones. No obstante, es interesante. Con motivo de un préstamo, los fondos habían sido remitidos por el prestamista a los prestatarios antes de la realización del acto de préstamo.

El notario no había verificado la situación hipotecaria de los inmuebles dados en garantía. Su responsabilidad no parece que deba surgir. Técnicamente, el notario no debe ser responsable de las consecuencias de un acto en que sólo ha hecho reiterar una convención anteriormente concluida por las partes. Con mayor amplitud, la decisión marca el abandono de una responsabilidad sistemática del notario por no atender a su obligación de consejo, al menos cuando la situación perjudicial resulta, en realidad, de la voluntad de las partes.

#### 14. Responsabilidad civil. Cosas inanimadas. Guardián. Exoneración.

*El comportamiento de la víctima, si no ha sido para el guardián de la cosa imprevisible e inevitable, no puede exonerar a este último de responsabilidad, incluso parcialmente* (Cas. civ. 2.<sup>a</sup>, 15 de noviembre de 1984, 3 sentencias, D. 1985, 20, conclusiones Charbonnier).

#### 15. Responsabilidad civil. Vínculo de causalidad. Suicidio. Libro. Modo de empleo.

*No puede ser admitido, frente a los autores y el editor de un libro sobre el suicidio (Suicidio. Modo de empleo), el motivo de haber incitado directa e inmediatamente a un lector —que era desconocido— a tomar una decisión surgida de lo más recóndito y secreto de su propia personalidad* (Tribunal de gran instancia de París, Sala 1.<sup>a</sup>, 23 de enero de 1985, D. 1985, p. 418, nota de B. Calais).

La decisión es sólo una sentencia, pero el asunto merece ser destacado. Una joven se había suicidado y sus padres habían apreciado la presencia, en su domicilio, de un libro titulado «Suicidio. Modo de empleo», en el que pretendían haber descubierto el instrumento de la realización del acto. Invocaron así, contra el editor, una culpa, que había consistido en suministrar conscientemente al público, principalmente a las personas enfermas, el más seguro medio para poner fin a sus días, haciendo así que las víctimas perdiesen toda alegría de vivir. La sentencia rechaza la pretensión de los padres de la víctima. Para justificarlo, se refiere a la libertad de obrar de las partes y a la ausencia de vínculo de causalidad entre las dos acciones, la publicación y el suicidio. La solución es ciertamente defendible, pero el libro merece la reprobachión.

#### 16. Responsabilidad civil. Animales. Guardia. Persona jurídica.

*Cualquiera que sea la utilidad del animal para el ejercicio de sus actividades, una sociedad puede tener sobre un perro, en el momento de un accidente, los poderes de control, dirección y uso que caracterizan la guardia* (Cas. civ. 2, 22 de febrero de 1984, D. 1985, 19, nota de E. Agostini).

Esta decisión admite que una persona jurídica puede ser declarada responsable, a título de guardián, basándose en el artículo 1.385 del Código civil, del daño causado por el animal.

#### 17. Repetición de lo indebido. Error del solvens.

*Desde el momento que se estableció que los pagos de los salarios a sus empleados se conectaban a una fecha ficticia y que habían reportado a sus titulares intereses que no les eran debidos, el establecimiento bancario que demandaba la repe-*

*tación no estaba obligado a demostrar un error de su lado* (Cas. civ. 1.ª, 17 de julio de 1984, D. 1985, 298, nota de P. Chauvel).

En esta decisión, el Tribunal de casación destaca expresamente que el *solvens*, tratándose de la repetición de una suma pagada indebidamente, no está obligado a demostrar un error de su lado.

#### 4. GARANTIAS. PUBLICIDAD INMOBILIARIA

##### 18. **Prenda. Atribución judicial. Pignoración del utillaje.**

*El acreedor pignoraticio puede, a falta de pago, hacer que se ordene judicialmente que el bien gravado le sea atribuido hasta la cantidad debida* (Cas. Pleno, 26 de octubre de 1984, D. 1985, 33, conclusiones de J. Cabannes y nota de F. Derrida, JCP, 1985, II, 20342, informe de M. Viennois y nota de P. Corlay, Gaz. Pal. 1985, J., 131, nota de A. Piedelievre).

El Pleno del Tribunal de casación generaliza una solución que permite al acreedor, que tiene como garantía el material de equipamiento profesional, invocar la atribución judicial de la prenda prevista en el artículo 2.078 del Código civil. Esta decisión establece que el acreedor puede, a falta de pago, hacer que se ordene judicialmente que el bien gravado le sea atribuido hasta la cantidad debida, preservando, sin embargo, pero sólo en relación con la garantía de que se trata (pignoración del material de equipamiento profesional), las disposiciones contrarias que podrían oponerse a ello. Redactada en términos lacónicos, la solución revela la voluntad de sustraer, cada vez que un texto no lo prohíbe, al acreedor pignoraticio a la preeminencia de los acreedores declarados preferentes por el legislador. Suscita reflexiones sobre la reforma de los procedimientos colectivos relativos a la empresa con dificultades.

##### 19. **Publicidad inmobiliaria. Prescripción.**

*La adquisición de un inmueble por prescripción es oponible a todos sin tener que ser publicada* (Cas. civ. 3.ª, 13 de noviembre de 1984, D. 1985, 345, nota de J. L. Aubert).

El Tribunal de casación, en esta decisión, recuerda el principio de que la usucapión es un modo de adquisición de la propiedad cuyo efecto se impone a todos independientemente de toda publicidad.

#### 5. CONTRATOS

##### 20. **Venta de un inmueble. Promesa. Registro. Plazo.**

*Según el artículo 1.840 del Código general de impuestos, el plazo de diez días en que debe ser registrado el acto en documento privado constatando una promesa unilateral de venta de un inmueble, empieza a contar a partir de la fecha de aceptación de esta promesa.*

En consecuencia, es nula la promesa unilateral de venta registrada antes de haber sido aceptada (París, 2.ª S. A, 17 de enero de 1984, JCP, 1985, II, 20456, nota de H. T.).

Esta interpretación, favorable al texto del artículo 1.840 A del Código general de impuestos, pero que puede ser contraria a su espíritu, hace nula la promesa registrada antes de su aceptación.

#### 21. **Venta. Promesa de venta. Cláusula de sustitución.**

*El ejercicio anterior al de la opción de la facultad de sustitución que se había reservado el beneficiario inicial de una promesa de venta, no constituye una cesión de la promesa y no entra, por ello, en el ámbito de aplicación del artículo 1.840 A del Código general de impuestos (Cas. civ. 3.<sup>a</sup>, 17 de abril de 1984, 234, nota de I. Najjar).*

El Tribunal de casación recuerda que la promesa de venta sólo está sujeta al artículo 1.840 A del Código general de impuestos si es unilateral. Se evita esta disposición si es sinalagmática o si tiene lugar en un plazo de diez días a contar de su conclusión. La misma solución vale cuando el beneficiario de la promesa, sin ejercitar la opción, es sustituido, en el plazo de diez días y en virtud de una cláusula de la promesa, por otro.

### 6. LIBERALIDADES. REGIMENES MATRIMONIALES. SUCESIONES

#### 22. **Regímenes matrimoniales. Comunidad. Artículo 221, párrafo 2.º del Código civil. Cuenta. Inmovilización. Oposición de los herederos. Necesidad.**

*El artículo 221, párrafo 2.º, del Código civil —que dispone que el cónyuge depositante se reputa, respecto del depositario, que tiene la libre disposición de los fondos y títulos en depósito— dispensa al depositario de proceder a toda verificación de propiedad o poder en el momento en que estos fondos o títulos están depositados y decae, al respecto, la presunción de comunidad.*

*Esta dispensa de verificación no suele ser puesta en cuestión retroactivamente por el fallecimiento de uno de los cónyuges. Si el depositario no ha tenido oposición de los herederos, debe considerar los fondos o títulos como pertenecientes al cónyuge sobreviviente, titular de la cuenta (Cas. Pleno, 4 de julio de 1985, JCP 1985, II, 20457, informe de A. Ponsard; D. 1985, 421, concl. J. Cabannes y nota de D. Martin; Rép. Defrénois 1985, 1130, nota de G. Champenois).*

Esta decisión define los derechos de un esposo titular de una cuenta en un banco en el momento del fallecimiento de su cónyuge y, por lo mismo, los deberes del banquero. La cuenta personal del marido o de la mujer no debe ser bloqueada por el banquero cuando este último conoce el fallecimiento del otro cónyuge, mientras que los herederos del mismo no le demanden por vía de oposición. Esta solución ha sido legalizada por la reforma de 23 de diciembre de 1985, relativa principalmente a la igualdad de los cónyuges en los regímenes matrimoniales. El párrafo segundo del artículo 221 del Código civil prevé en lo sucesivo que «en relación con el depositario, el depositante se considera siempre, incluso después de la disolución del matrimonio, que tiene la libre disposición de los fondos y de los títulos en depósito».

#### 23. **Testamento ológrafo. Fecha. Prueba.**

*La enunciación de la fecha es una condición esencial para la validez de los testamentos ológrafos; en defecto de semejante enunciación, la prueba de esta fecha*

*sólo puede ser hecha a través de elementos externos que encuentran su principio y su raíz en los elementos intrínsecos que vienen a corroborar* (Cas. civ. 14 de marzo de 1984, JCP 1985, 20506, nota de P. Remy).

Esta decisión recuerda dos principios tradicionales: de un lado, la enunciación de la fecha es una condición esencial de validez de los testamentos ológrafos; de otro lado, a falta de prueba, la prueba sólo puede ser hecha a través de ciertos elementos probatorios que se aproximan, ciertamente, al sistema de la prueba libre.

#### **24. Regímenes matrimoniales. Partición. Atribución preferencial. Vivienda familiar.**

*Se debe considerar que cumple la condición de cohabitación requerida por el artículo 832 del Código civil para demandar la atribución preferencial de la propiedad del alojamiento como vivienda la mujer que, para escapar a la violencia del marido, ha sido, poco antes de presentar su demanda de divorcio, constreñida y forzada a dejar, con sus hijos, el domicilio conyugal para refugiarse en casa de su madre* (Cas. civ. 1.<sup>a</sup>, 19 de febrero de 1985, D. 1985, 405, nota de A. Breton).

Según la jurisprudencia, que aplica las normas relativas a la partición sucesoria a las de la comunidad, cuando un cónyuge divorciado demanda la atribución preferencial de la vivienda, debe justificar que residía en dicha vivienda en la fecha de la asignación al producirse el divorcio y que existe todavía su vivienda. La sentencia precisa que la condición de residencia se considera cumplida desde el momento en que el cónyuge que demanda la atribución preferencial del alojamiento familiar no ha podido, contra su voluntad, realizarla. Aunque sólo haya sido cumplida en el plano intencional, la condición no deja de ser eficaz.

#### **25. Comunidad conyugal. Liquidación. Recompensas.**

*Es nula una convención celebrada durante el matrimonio y con anterioridad a toda demanda de divorcio y que se dirige principalmente a modificar las normas del cálculo de las recompensas* (Cas. civ. 1.<sup>a</sup>, 28 de junio de 1983, JCP 1985, II, 20330; nota de J. S. Pillebout).

Esta decisión está fundamentada en la regla de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales.

#### **26. Comunidad conyugal. Poder del marido.**

*El acto realizado por el marido en relación con los bienes comunes, más allá de los límites de sus poderes, está afectado por la nulidad y se encuentra desde entonces privado de efectos, no sólo respecto de la mujer sino también en las relaciones del marido y el otro contratante; el hecho de que el marido haya celebrado un acto semejante sin el consentimiento de su esposa no implica una culpa que comprometa su responsabilidad frente al adquirente* (Cas. civ. 1.<sup>a</sup>, 28 de marzo de 1984, JCP 1985, 20430, nota de M. Henry).

El Tribunal de casación admite que el acto cumplido por el marido en relación con los bienes comunes, más allá de los límites de sus poderes, está afectado de nulidad. No busca paliar la ausencia del consentimiento de la mujer invocando el mandato aparente. El acto realizado en estas condiciones por el marido no puede producir efectos.

**27. Sucesión. Indivisión. Venta. Derechos sucesorios.**

*Los derechos sucesorios, aunque constituyan una deuda personal de cada heredero por su parte, pueden ser perseguidos solidariamente contra los diversos herederos y sobre los bienes de la sucesión. Por ello, la Corte de apelación ha podido decir que la negativa de uno de los condueños a consentir la enajenación de los bienes indivisos para asegurar el pago de los derechos sucesorios ponía en peligro el interés común de los condueños* (Cas. civ. 1.<sup>a</sup>, 14 de febrero de 1984, Rép. Defrénois, 1985, 129, nota de A. Breton).

El Tribunal de casación admite en esta decisión la posibilidad de vender inmuebles sucesorios, a pesar de la oposición de uno de los herederos, para pagar los derechos de mutación.

**28. Testamento. Ejecutor testamentario.**

*El acto por el que un testador no expresa por sí mismo su voluntad en lo concerniente a las condiciones en las que un legado podría ser reducido o suprimido, habiendo sido otorgados todos los poderes a un executor testamentario para apreciar la oportunidad de la entrega parcial o total del legado, no puede constituir un testamento válido según el artículo 895 del Código civil y la misión conferida a esta persona excede de los poderes de un executor testamentario* (Cas. civ. 1.<sup>a</sup>, 6 de marzo de 1984, D. 1985, 5, y Rép. Defrénois 1985, 193, nota de A. Breton).

El Tribunal de casación proclama la nulidad del legado con facultad de reducir. La circunstancia de que un tercero encargado de fijar el montante del legado tenga la cualidad del executor testamentario debe ser indiferente. Los poderes del tercero sobrepasan los de un simple executor testamentario, cuya misión no es la de fijar los términos de una disposición.

**29. Donación. Bienes indivisos. Indivisión.**

*Resulta de la combinación de los artículos 883 y 894 del Código civil que la donación de un bien indiviso consentida por uno solo de los condueños no es nula; es solamente inoponible a otros condueños y su eficacia está subordinada a los resultados de la partición* (Cas. civ. 1.<sup>a</sup>, 4 de julio de 1984, D. 1985, J., 214 y Rép. Defrénois 1985, 573, nota de A. Breton).

La sentencia concierne a la donación de un bien sobre el que el donante sólo tenía un derecho indiviso. Esta operación es inoponible a los otros condueños. Se trata de la misma solución que en materia de venta.

**30. Sucesiones. Partición. Indivisión. Prescripción.**

*Resulta de la combinación de los artículos 816, 2.229 y 2.237 del Código civil que el condueño no puede prescribir los bienes de la herencia en contra de los condueños más que si justifica una posesión no equívoca y que el vicio de equívoco puede ser opuesto a sus herederos* (Cas. civ. 1.<sup>a</sup>, 17 de abril de 1985, JCP 1985, II, 20464, concl. Gulphe).

El Tribunal de casación debía zanjar el problema de saber si la persona que ha comenzado a prescribir puede continuar haciéndolo cuando sucede a alguien que no podía prescribir. Responde negativamente destacando la existencia de vicio de equívoco en la posesión del causante y, sobre todo, su oponibilidad a sus herederos.

**31. Cuota disponible. Cuota ordinaria. Cuota entre esposos.**

*Está permitido a un cónyuge legar al otro el usufructo de la totalidad de los bienes que componen su sucesión por aplicación del artículo 1.094-1 del Código civil, y esta liberalidad, en lo que no afecta a la nuda propiedad de los bienes, le deja la facultad de disponer, en beneficio de uno o de varios de sus hijos, de la nuda propiedad de la cuota disponible ordinaria fijada, en presencia de tres hijos, en la cuarta parte de los bienes del disponente, por el artículo 913 del Código civil (Cas. civ. 1.ª, 26 de abril de 1984, D. 1985, 133 y Rép. Defrénois 1985, 117, nota de G. Morin, Gaz. Pal. 1985., 460, nota de D. de la Marnierre).*

Esta decisión parece poner en cuestión los principios aplicables en materia de concurso de cuotas disponibles, es decir, de la cuota disponible ordinaria (en beneficio de cualquier persona) y de la cuota disponible especial (en beneficio exclusivo del cónyuge sobreviviente).

Es conveniente igualmente citar, en relación con el Derecho civil:

- La crónica trimestral de la R.T.D.C., 1985: pp. 135 y ss., 354 y ss., 571 y ss. y 708 y ss., por J. RUBELLIN-DEVICHI, J. MESTRE, J. HUET, P. REMY, G. GIBERDON, P. SALVAGE-GEREST y J. PATARIN.
- La crónica trimestral del Repertorio del Notariado, 1985, n.º 334777 y ss., 33535 y ss., 33581 y ss. y 33630 y ss., por J. L. AUBERT, G. CHAMPENOIS, J. MASSIP, H. SOULEAU y G. VERMELLE.

## Comentario al Proyecto de Ley de Adopción (\*)

FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE

Catedrático de Derecho Civil  
de la Universidad de Deusto

### **OBSERVACIONES CRITICAS AL PROYECTO DE ADOPCION REMITIDO POR EL CONSEJO DE MINISTROS EL 21 DE FEBRERO DE 1986 AL CONGRESO DE DIPUTADOS**

#### **I. CONCLUSION CON ESTA REFORMA DE LOS CAMBIOS LEGISLATIVOS OPERADOS EN EL DERECHO DE FAMILIA Y PRINCIPIOS INNOVADORES EN EL MERITADO PROYECTO**

Con la presente reforma concluye el ciclo de modificaciones importantes en el Libro I del Código Civil. Recuérdese en este sentido la del Título IV (modificación de la regulación del matrimonio y procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (Ley de 7 de julio de 1981). Asimismo, las reformas de los Títulos V, VI y VII (filiación, patria potestad, alimentos), como la llevada a cabo en el Título III del Libro IV (régimen económico matrimonial), modificaciones, éstas últimas, consagradas por la Ley de 13 de mayo de 1981.

Finalmente, la última reforma se produjo el 24 de octubre de 1983, que modificó los Títulos IX y X, también del Libro I (tutela y consejo de familia).

Pues bien, ahora, con la proyectada reforma de la adopción, se modifica sustancialmente el Capítulo V del Título VII del Libro I, que alude a las relaciones paternofiliales.

La regulación de la adopción ha sido objeto en España de sucesivas reformas, de modo que la Ley que rige hoy el instituto de la adopción es la Ley de 4 de julio de 1970, modificada subliminarmente por las Leyes de 13 de mayo de 1981 y 7 de julio de 1981, que trataban las materias ya explicitadas. La necesidad de la reforma que ahora se acomete, como explica la exposición de motivos del proyecto, «nace de la insatisfacción de la *función social* que debe cumplir la institu-

---

(\*) En el momento de cerrarse la edición de este número (31 de diciembre de 1986), me veo en la obligación de hacer la siguiente observación: el meritado Proyecto no siguió su normal tramitación parlamentaria en la segunda legislatura. Sin embargo, en la actual (tercera) se anuncia su próximo nuevo envío al Congreso de los Diputados. Oportunamente se dará cuenta a los lectores del Anuario de las modificaciones que pudiera introducir el nuevo texto, en relación con el que ahora comentamos.

ción, causada o motivada en parte por la existencia de una serie de defectos e insuficiencias normativas que la experiencia de estos últimos años ha puesto de manifiesto». A tal efecto, una preocupación constante en el proyecto es la constatación de un férreo control judicial en torno a todas las actuaciones preliminares que anteceden a la adopción. Se justifica dicha actuación porque así con ello se evitará el tráfico de niños y la descontrolada selección de los adoptantes. La adopción deja de ser un negocio jurídico eminentemente privado (padres por naturaleza y tercero adoptante o adoptantes) y se institucionaliza la relación, de suerte que las propuestas de adopción van a competir casi exclusivamente a las entidades públicas (v. gr., Junta de Protección de Menores) y a aquellas entidades colaboradoras (asociaciones y fundaciones de carácter privado) que hayan obtenido dicha calificación y que actuarán como instituciones de integración familiar, es decir, entidades no lucrativas que presten sus servicios sin remuneración alguna, y en cuyos estatutos figuren como fin las actividades de acogimiento familiar y promoción de la adopción y cuya finalidad teleológica fuera a ser posible *la reinserción del menor en su vínculo familiar por naturaleza*. Esto se traduce en que los padres, tutores o guardadores, habrán de dirigirse a una institución de las citadas para que haga la propuesta de adopción, y no podrán seleccionar aquéllos a los adoptantes, aunque sí expresar su preferencia por parientes o allegados determinados, pero que no será vinculante, en ningún caso, para la entidad pública o privada competente.

## II. EL CAPITULO V DEL TITULO VII DEL LIBRO I DEL CODIGO CIVIL, QUE COMPRENDE LOS ARTICULOS 172 A 180 INCLUSIVE, QUEDARA REDACTADO BAJO LA RUBRICA «DE LA ADOPCION Y OTRAS FORMAS DE PROTECCION DE MENORES»

Comenzamos examinando los artículos atinentes a una figura que se introduce como novedad en el proyecto de reforma de la adopción que es el *acogimiento familiar* (*affidamento*, figura homónima tipificada en el Derecho italiano y que en buena medida nuestro proyecto recoge sus líneas directrices).

**Artículo 172.** «1. La entidad pública a que en el territorio corresponde la protección de menores tendrá su tutela, en tanto se encuentren en situación de desamparo. Tendrá también la guarda cuando los que tengan potestad sobre un menor lo soliciten por no poder tenerlo en su compañía a causa de enfermedad u otras circunstancias graves, o cuando lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.

2. El ejercicio de la guarda corresponde, bajo la vigilancia de la entidad pública, al director del establecimiento en que el menor es internado o a las personas que lo reciban en acogimiento. Se procurará que los hermanos queden encomendados a una misma institución o persona.

3. Corresponde al Juez la superior vigilancia de la tutela o guarda de los menores. A este efecto se le dará cuenta de los nuevos ingresos de menores y de su acogimiento. Al menos semestralmente inspeccionará la situación del menor y, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, adoptará las medidas adecuadas.

4. Se procurará la reinserción del menor en la propia familia.»

**Artículo 173.** «1. Los menores que estén bajo la guarda de una entidad pú-

blica pueden ser confiados a personas que puedan proporcionarles su integración en una vida de familia. Serán preferidas las que cumplan las condiciones exigidas para la adopción.

El acogimiento familiar se formalizará por escrito en el que prestarán su consentimiento la entidad pública y las personas que reciban al menor. Si fueren conocidos los titulares de la patria potestad o tutela, se requerirá, además, el consentimiento de éstos o que el Juez lo estime necesario para el bien del menor, previa audiencia de los padres o tutores.

También será necesario el consentimiento del menor si tiene más de doce años y se le oirá desde que tenga suficiente juicio.

2. Las personas que acojan al menor deberán velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. El Juez podrá privar a los padres que no tengan la patria potestad del derecho a visitar al menor acogido, cuando de su ejercicio pudiera racionalmente resultar para éste un grave perjuicio.

3. El acogimiento cesa por la decisión de quienes tienen acogido al menor, una vez comunicada a la entidad pública.

También el Juez podrá acordar que cese el acogimiento, tras oír al menor y a los que le tienen acogido. El procedimiento podrá iniciarse a petición del menor, de la entidad pública, del Ministerio Fiscal, de los padres o tutores, o bien de oficio. La petición de los padres que no hayan perdido la patria potestad será atendida si es posible la reinserción efectiva del menor en la propia familia, sin perturbaciones dañosas para éste.»

El proyecto de ley establece como principios rectores la configuración del instituto de la adopción como un instrumento de integración familiar referido a quienes más lo necesitan, entre otros los niños abandonados respecto de los cuales no se producía ninguna reclamación o no se produce ahora ninguna reclamación o ningún efectivo interés por parte de nadie; de manera que los centros asistenciales que se hacían cargo de ellos encontraban serios inconvenientes para su adopción si aquéllos no eran recién nacidos. En tal sentido, una de las novedades, que en realidad no lo es tanto por lo que a continuación explicaré, la constituye la figura del acogimiento familiar que se intenta supla en el futuro las situaciones de desamparo (niños abandonados o no) de manera que tanto a las entidades públicas como a aquellas instituciones de integración familiar (asociaciones y fundaciones de carácter privado que hayan obtenido esta calificación) les compete la colocación exclusiva de los niños en régimen de acogimiento familiar, es decir, que estos menores de edad puedan ser confiados a persona o personas que reúnan las condiciones morales y materiales necesarias. El acogimiento es de carácter temporal, y normalmente concluirá con la adopción del menor, de modo que en la propuesta de adopción se expresará si existe entre quienes pretenden la adopción y el adoptado situación de acogimiento familiar o convivencia de hecho. He comentado previamente la fiscalización y decisivo intervencionismo del Juez, de modo que, como se observará, aunque el acogimiento se formalice en el plano administrativo, no deja de estar sometido, ya desde su inicio, al necesario control judicial. Así el escrito en el que se formaliza el acogimiento, al que deberán prestar consentimiento la institución *ad hoc* (entidad pública o institución colaboradora), la persona o personas a quienes se confíe el menor (prohijantes) y el menor (cuyo consentimiento es necesario si tiene más de doce años cumplidos, y se le oirá desde que tenga suficiente juicio, valorándose su negativa), sigue la misma línea que

otras reformas anteriores, verbigracia, patria potestad (arts. 154-156 del Código civil), donde aquella necesaria intervención va en consonancia con el respeto al desarrollo de su personalidad. El escrito en el que se constata el contrato de prohijamiento se debe remitir inmediatamente al Juez, quien en cualquier momento podrá poner fin al acogimiento si lo juzga conveniente para el menor; de modo que extraemos otro principio regulador que es la *necesaria primacía del interés del niño* en régimen de acogimiento o adopción, que debe prevalecer sobre los demás intereses en juego, prohijantes, adoptantes, padres, tutores o guardadores del adoptado, de tal forma que el beneficio del niño se sobrepone a cualquier otro interés legítimo concurrente. Asimismo se establece en la disposición adicional cuarta que tanto el procedimiento judicial de constitución de la adopción como el de cesación del acogimiento se ajustará a las reglas de la jurisdicción voluntaria.

He comentado anteriormente que el acogimiento no constituía una novedad, puesto que dicha institución era regulada en el plano administrativo. Así en el Decreto de 2 de julio de 1948, texto refundido de la regulación sobre protección de menores. En cierto modo, sus disposiciones adolecen hoy, como es obvio, de un cierto anacronismo incapaz de dar respuesta efectiva a las necesidades sociofamiliares imperantes en el momento presente; así pues, esta arcaica regulación sobre protección de menores desprendía una clara visión paternalista del Estado. Efectivamente, dicha regulación ha quedado desfasada ante las nuevas exigencias sociales, de suerte que se impone una refacción de la legislación tutelar de menores en la que se prevea como finalidad esencial el desarrollo de su personalidad y, por ende, de su inserción real en la sociedad, compitiendo a los poderes públicos la protección integral de los menores y la tuición efectiva de sus derechos; a tal efecto, sería deseable que en la nueva regulación sobre Tribunales Tutelares de Menores tuviera la competencia de estos asuntos una jurisdicción especial (Jueces de Menores) que velase por la tutela de ese menor en aras a su desarrollo biológico, psicológico y afectivo integral.

Volviendo al Decreto de 1948, que regulaba la Junta de Protección de Menores, contemplaba *el acuerdo de acogimiento*. En síntesis, puede decirse que se llegaba a dicha situación cuando previamente el encargado del Registro Civil, al tener conocimiento de la inscripción de hijos de padres desconocidos, lo ponía en conocimiento de la Junta de Protección de Menores, de modo que ésta disponía de un efectivo protector social (*prohijante*) de ese niño, seleccionando a aquél de las ingentes solicitudes de personas dispuestas a la custodia de hecho, y en una fase ulterior podía procederse a la adopción de ese menor.

El acogimiento familiar ha venido a suplir a la adopción simple (en el proyecto queda derogada), reducida paulatinamente ésta en las sucesivas reformas a una institución residual de escasa trascendencia jurídica, de modo que venía a suponer una parcial integración familiar de hecho, que no originaba un estado de filiación homónimo al de filiación matrimonial, mientras que la adopción plena sí intentaba equipararla (*adoptio naturam imitatur*). No puede decirse que la figura del acogimiento o custodia de hecho potenciada ahora en el proyecto haga las veces o desempeñe el papel antes asignado a la adopción simple. La Ley, se dice en la exposición de motivos, procura dotar de contenido jurídico la relación que crea entre el menor y la persona o persona a quienes se le confía, no olvidando los derechos de los padres por naturaleza y distinguiendo según que los hijos estén bajo su cuidado o hayan sido internados en establecimientos. El Juez asimismo po-

drá privar a los padres del derecho a visitar a los hijos colocados en régimen de acogimiento familiar cuando de su ejercicio resulte grave perjuicio para ellos. También establece que los padres que no estén privados de la patria potestad o los tutores, en su caso, pueden acudir al Juez a fin de que si éste lo considera conveniente para el menor, decreta el cese del *acogimiento familiar*. Ahora bien, su petición queda condicionada a que fuera más conveniente para el menor su reinserción en la familia de origen. La efectividad de lo dispuesto dependerá del cumplimiento de la inspección semestral que compete al Juez en el seguimiento de la situación del menor en régimen de acogimiento, y mucho nos tememos que dicha disposición quedará reducida a una encomiable intención pleonástica.

Finalmente, el acogimiento cesa asimismo por decisión de quienes tienen acogido al menor, una vez comunicada a la entidad pública, con lo que se pone de manifiesto el carácter temporal y revocable de la situación de acogimiento, lo cual puede redundar en perjuicio del desarrollo psicoafectivo, en la efectiva y consolidada integración del menor, y en detrimento del desarrollo de su personalidad.

Establece el proyecto en el párrafo final del artículo 173 que el procedimiento podrá iniciarse a petición del menor. Lógicamente, debemos entender que cuando tenga como mínimo doce años cumplidos, edad suficiente para consentir tanto el acogimiento (art. 173, párrafo 3.º) como la adopción (art. 176, párrafo 1.º).

Con respecto a la entidad pública creo que, asimismo, aunque se omita, podrá iniciarse el procedimiento por la institución colaboradora (asociación o fundación de carácter privado que hubiera obtenido esta calificación), que, como establece el proyecto, tiene la tutela de aquéllos que se encuentren en situación de desamparo, y la guarda cuando los que tengan potestad sobre el menor lo soliciten (v. gr., enfermedad u otras circunstancias graves).

También puede instarse el cese del acogimiento por el Ministerio Fiscal, o bien de oficio. Esta es una medida satisfactoria y coherente, dado que en el procedimiento de adopción o de acogimiento interviene siempre el Ministerio Fiscal.

A mi juicio, se potencia en el proyecto excesivamente la figura del acogimiento o prohijamiento (art. 172), cuando no siempre va a concluir necesariamente en la adopción; de suerte que se darán supuestos en los que el hijo en régimen de acogimiento hubiera logrado una efectiva integración familiar, y no obstante se frustrase esta integración del hijo cuando los progenitores de aquél no estuvieran privados de la patria potestad o suspendidos del derecho de guarda y educación y acudan al Juez a fin de que decreta el cese del acogimiento. Puede suceder que se hubiera recurrido al acogimiento familiar con consentimiento de los padres que recurrieron a esta fórmula debido a problemas económicos o de cualquier otra índole y pensando en el interés del hijo; sin embargo, nada impide pensar que, desaparecida la razón (superación de la crisis económica), los padres acudan al Juez para que decreta el cese del acogimiento, o que acudan a la institución *ad hoc*. Evidentemente, el parámetro según el cual tiene que medirse la solución es el interés del menor, que no será nada fácil de proteger dado que puede dañarse sin querer la estabilidad psicoafectiva alcanzada por el hijo en el vínculo familiar de los prohijantes. Quizás uno de los problemas del acogimiento familiar estribará, no tanto en que ese acogimiento no devenga necesariamente en una adopción, sino que, siendo por definición el acogimiento temporal y revocable, ¿cómo puede el Juez invocar la efectiva integración del hijo?, ¿qué criterios son los determinantes en estas situaciones para valorar la conveniencia del menor?, ¿basta con la vigilancia e inspección que compete al Juez? Hubiera sido más lógico que en lu-

gar del Juez fueran las instituciones de integración familiar las que fiscalizaran, controlaran y supervisarán periódicamente la situación del acogimiento, y especialmente la integración familiar alcanzada, puesto que están en mejores condiciones que el Juez, para realizar esta labor, al contar con una operativa infraestructura humana y material; o que el Juez, dado que el proyecto parece que le atribuye estas competencias, remita a la institución *ad hoc* la obligación de comprobar la situación del acogimiento o la integración alcanzada.

Esto supuesto, quiero resaltar finalmente otros aspectos del acogimiento que considero debieran haberse explicitado con mayor nitidez:

1.º Cuando el párrafo 1.º del artículo 172 del proyecto alude a la entidad pública, en coherencia con la filosofía del proyecto debiera haberse añadido: «Las instituciones colaboradoras que obtengan tal calificación».

2.º Cuando se habla de protección de menores en situación de desamparo imagino que con dicha expresión se acoge el supuesto de los abandonados o no; pero no hubiera estado de más concretar qué se entiende por situación de abandono y las circunstancias atinentes a la autoridad que debe apreciarla y declararla. En este punto juzgo suficiente lo dispuesto en el actual artículo 174 del Código civil (texto vigente), aplicable *mutatis mutandis* al caso del acogimiento de menores abandonados en el proyecto de adopción. De tal forma, consiguientemente en el supuesto del acogimiento se prescindirá, como es obvio, del consentimiento de los abandonantes (o, si se quiere, para ser coherente con la filosofía del proyecto del «asentimiento»), aunque el Juez puede oírlos si son conocidos y citados comparecieran (art. 176, párrafo 2.º).

3.º Con respecto a la tutela que tienen estas personas jurídicas (entidades públicas y privadas), se dice en el proyecto que el derecho de guarda corresponde al director del establecimiento en el que el menor es internado, o a las personas que lo reciban en acogimiento.

En relación al ejercicio de guarda que corresponde al director del establecimiento, habrá que diferenciarlo del supuesto en que el mismo director del ente fuera asimismo el *tutor*. En tal sentido, para disociar ambas facetas en su justa medida, habrá que traer a colación el vigente articulado de la tutela, y en concreto el artículo 239 y el 242, manifestación preclara, ambos artículos, de la *tutela institucional* o *tutela de estado*. A tal efecto, habrá que tener en cuenta que, a diferencia de lo que ocurría anteriormente en la regulación de la tutela (arts. 212 y 303), que se confería *ex lege* la tutela al director del establecimiento; sin embargo, ahora la atribución de dicho cargo tuitivo no es automática, de modo que el director del establecimiento no tiene por qué ser necesariamente *tutor per se*.

Se alude en la Memoria explicativa del Proyecto vigente que la experiencia diaria enseña que aparecen menores desprotegidos de los que no se sabe si su filiación está determinada, o aunque lo esté, si los progenitores, culpables o no, han abandonado a sus hijos. Es necesario adoptar medidas inmediatas de protección personal de esos menores. De ahí que el nuevo proyecto se haya decidido cambiando el criterio del 239, por atribuir a cada entidad pública competente la tutela del menor desamparado. Entiendo que es lógico que fuera el establecimiento mismo el titular de la tutela, en aras precisamente del beneficio e interés del pupilo, que no se encontraría de esta manera abocado a una claudicante situación en lo concerniente a su representación legal, como lo estaría de ser el tutor no el centro *ad hoc*, sino el director del establecimiento, que ostentase la titularidad tuitiva en razón al cargo. Esto supuesto, es más sensato y coherente que ostentando la tutela

la persona jurídica en cuestión (asociación o institución colaboradora: art. 242), el ejercicio de guarda y las demás obligaciones o funciones tutelares competan al director del establecimiento o funcionarios o personas designadas al efecto. Por lo que podemos concluir que el artículo 239 ha quedado desnaturalizado y carente de sentido práctico y operativo, al existir un precepto como el 242, que cumplirá socialmente mejor su función.

4.º Respecto al artículo 173, creo que su párrafo segundo no está bien redactado, y la disyuntiva que explicita es incoherente. Dice el referido párrafo: «[...] si fueren conocidos los titulares de la patria potestad o tutela, se requerirá además el consentimiento de éstos o que el Juez lo estime necesario para el bien del menor, previa audiencia de los padres o tutores».

Me imagino que querrá decir que si los padres o tutores no han sido privados de la patria potestad o tutela deberán dar su consentimiento, y en concordancia con lo que se dispone para la adopción, *ante la presencia judicial*; en caso contrario (privación de la patria potestad o remoción de la tutela), si su domicilio es conocido deberán ser citados para ser oídos, en todo caso. En este supuesto, el Juez, si el interés del menor lo requiere, podrá suspender el derecho de visita del menor o acogido. Es evidente que el transcrito párrafo del artículo 173 constituye una redacción ininteligible, no concretizando con claridad los aspectos que acabamos de referir.

### III. DE LA ADOPCION

#### NOTA INTRODUCTORIA

En el proyecto se regula una única forma de adopción, que produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza (después comentaremos este extremo, que hasta el momento presente era polémico). Es digno de destacar que en el proyecto la adopción deja de ser un negocio privado entre el adoptante y los progenitores por naturaleza, de modo que cobran decisiva importancia las instituciones de integración familiar a quienes competen, de modo casi exclusivo, las propuestas de adopción, erigiéndose en el intermediario de la adopción a quien competirá efectuar ese *encaje*, decidiendo tanto el acogimiento (figura normalmente previa a la adopción, aun cuando no es necesario que así fuera) como la adopción.

Puede decirse que nuestro legislador ha dado un giro copernicano, una auténtica mutación de rumbo al cambiar la filosofía imperante en este negocio jurídico del derecho de familia que es la adopción; es decir, se constata una evidente desprivatización del instituto de la adopción, consecuentemente se funcionaliza dicha institución al competir a la Administración el control y los requisitos que deben reunir estos nuevos intermediarios en la adopción, que suplen la voluntad de los interesados (padres o tutores del adoptando y el adoptante).

Ya se decía en la exposición de motivos de la Ley de 1970 que «el cometido del legislador, que actualmente es a la vez de elaboración y revisión, no ha de considerarse, por tanto, desentendido de la incidencia de la norma de la vida y en la opinión pública».

Queda por ver si dichas instituciones *ad hoc* acelerarán los trámites de espera para proceder a la adopción. No ha de olvidarse que para el desarrollo psicoafectivo del menor puede redundar en su detrimento quedar recluido en régimen

de internamiento, puesto que ello puede provocar taras emocionales (v. gr., hospitalismo), cuando el prolongado internamiento en la institución ponga en peligro el normal desarrollo biológico, psicológico, social o afectivo del menor, esto puede originarse cuando los que tengan la potestad sobre el menor soliciten de la institución que ejerza el derecho de guarda, cuando aquéllos por enfermedad u otras circunstancias graves no puedan tenerlo en su compañía o cuando lo acuerde el Juez. También es cierto que puede decirse que con la centralización en estos organismos unitarios que capitalizan las propuestas de adopción se evitará el comercio de recién nacidos y la intervención de intermediarios poco fiables...

Asimismo debo resaltar que la normativa de *ius condendum* sobre la adopción incide o repercute en lo dispuesto en el Derecho internacional privado. En tal sentido, el proyecto de ley que el Consejo de Ministros ha enviado al Congreso de los Diputados da una nueva redacción al artículo 9.5 del Código Civil, inspirando un sistema netamente judicialista. Así, cuando la adopción sea constituida por Juez español, deberá aplicarse la Ley española. Se argumenta en la memoria del proyecto que la adopción es efecto de una resolución judicial, tendrá aplicación la Ley del Juez que, siendo competente para ello, constituya la adopción, lo cual significará una gran facilidad para conocer las leyes aplicables. Otros aspectos dignos de interés son la posibilidad de la adopción consular, los efectos en España de las adopciones realizadas en el extranjero ante las autoridades extranjeras, y, finalmente, se admite la posibilidad de complementar ante autoridades españolas los efectos de las adopciones constituidas en el extranjero, por un trámite sencillo.

**Artículo 174.** «Nadie puede ser adoptado por más de una persona mientras viva el adoptante. Se exceptúan los cónyuges, que pueden adoptar simultánea o sucesivamente a una misma persona.

El adoptante habrá de tener veinticinco años cumplidos. En la adopción por marido y mujer basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. Todo adoptante ha de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado.

Sólo pueden ser adoptados los no emancipados. Sin embargo, será posible la adopción de un emancipado cuando haya existido inmediatamente antes de la emancipación una situación ininterrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de los catorce años.

No pueden adoptar los ascendientes a sus descendientes ni un hermano a otro.»

## COMENTARIO SOBRE EL ARTICULO 174

Establece el párrafo III del referido artículo que sólo pueden ser adoptados los no emancipados. Sin embargo, será posible la adopción de un emancipado cuando haya existido inmediatamente antes de la emancipación una situación ininterrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de los catorce años.

A diferencia del texto vigente, en el que, como se sabe, sólo se permite la adopción plena de los menores de catorce años, así como la de los mayores en determinados supuestos; en el proyecto, las líneas directrices son permitir, como regla general, la adopción del no emancipado (menor abandonado o no) y haya precedido o no una previa situación de custodia de hecho o acogimiento familiar; de modo que tanto en un supuesto como en otro, los padres, tutores o guardadores habrán de dirigirse a la entidad pública o institución colaboradora para que

haga la propuesta de adopción, y no les competará a aquéllos seleccionar a los adoptantes; no se olvide que la adopción deja de considerarse, *stricto sensu*, como negocio jurídico privado, para pasar a convertirse en un acto de autoridad, cual si se tratara de una subespecie de contrato dictado y/o forzoso donde lo que cuenta es la voluntad de la institución y no la de los particulares que han de someterse a ella.

Es lógico que con la adopción de los no emancipados se intente plasmar lo más posible el vínculo que nace de la filiación adoptiva con el que corresponde a la filiación por naturaleza, y que puede concluirse, como comentaremos después, que en el proyecto se llega a un *status familiae* en la relación del hijo adoptado, no sólo con el adoptante, sino también con la familia de éste a todos los efectos legales. En este sentido, uno de los principios inspiradores de la reforma es reservar, como regla general, la adopción a los menores de edad no emancipados, y, consecuentemente, lo excepcional será la adopción de mayores de edad que queda reservada a determinados supuestos.

En relación a la adopción de los menores de edad, la circunstancia de que hubiera precedido acogimiento o convivencia por un tiempo ininterrumpido de un año posibilita que no sea necesaria propuesta previa de la entidad pública correspondiente; no obstante, el Juez podrá recabar información de aquélla.

Asimismo, se permite en el proyecto que los emancipados sean también objeto de adopción; pero, a diferencia del texto vigente, no se habla de vínculos familiares ni tampoco efectivos, aunque, como regla general, queda proscrita la adopción de personas unidas por una previa relación de parentesco (véase art. 174, *in fine*, del proyecto); no pueden adoptar los ascendientes a sus descendientes, ni un hermano a otro.

Según esta redacción, se da en el proyecto una mutación o cambio de rumbo, dado que actualmente nada impide que entre adoptante y adoptado exista una previa relación de parentesco, de modo que un ascendiente puede adoptar a un descendiente (v. gr., el abuelo al nieto), e incluso se permite la adopción plena entre colaterales (v. gr., un hermano a otro, o tía a sobrina).

Puede decirse que, *de lege ferenda* o *ius condendum*, quedaría proscrita toda adopción cuando el parentesco entre el posible adoptante y adoptado fuera en línea recta; en cambio, en la línea colateral no cabrá ningún tipo de adopción entre parientes que estén en segundo grado (v. gr., hermanos); sin embargo, en el parentesco por consanguinidad en la línea colateral, tercer grado (incluso por afinidad), cabe que se dé la adopción.

Referente a este último punto que estamos comentando, es *conditio sine qua non* que haya existido antes de la emancipación una situación ininterrumpida de acogimiento o convivencia iniciada antes de los catorce años (art. 174, párrafo 2.º, del proyecto). El aludido párrafo establece la excepción a la regla general (sólo adopción de menores no emancipados), en el sentido de permitir la también para los emancipados, tengan o no vínculo familiar con el adoptante, de suerte que en el supuesto de que tuvieran una previa relación de parentesco tiene que serlo en las condiciones explicadas.

Encuentro razonable que se exija una relación previa de acogimiento o convivencia, pero ¿por qué tiene que ser inexorablemente iniciada antes de los 14 años y no después? Obsérvese además que dentro de las prohibiciones para adoptar han desaparecido del proyecto aquellos supuestos, hoy vigentes, según los cuales no podía adoptar el tutor respecto de su pupilo antes de aprobadas definitivamente

las cuentas de la tutela, como tampoco las personas a quienes su estatuto religioso prohíba el matrimonio (véase art. 172 del Código civil).

Además, echo en falta, en el artículo 174 del proyecto, un párrafo como el del artículo 173, hoy vigente, según el cual «el Juez, aun cuando concurren todos los requisitos necesarios para la adopción, valorará siempre su conveniencia para el adoptado, conforme a las circunstancias de cada caso, y muy especialmente si el adoptante tuviere hijos». A mi juicio, es cierto que puede decirse que estas precauciones y limitaciones para adoptar cuando existen vínculos familiares están justificadas casualmente en esa previa relación de parentesco que existe entre los sujetos, con lo que hace carente de causa el negocio jurídico de adopción; sin embargo, a pesar de esta objeción creo que no deberían haberse establecido las prohibiciones mencionadas, en unos casos, y las limitaciones, en otros, y dejar libre la puerta de la adopción de personas unidas por vínculos familiares siempre y cuando quedara constancia en un párrafo, como ocurre en el texto vigente a la sazón, que el Juez, aun cuando concurren todos los requisitos necesarios para la adopción, valorará siempre su conveniencia para el adoptado, conforme a las circunstancias de cada caso, lo cual se traduciría que en el supuesto que comentamos (adopción entre parientes) será el Juez quien valorará la oportunidad o no de crear el vínculo adoptivo que lo equipara a todos los efectos legales, cual si se tratara de un descendiente por naturaleza (v. gr., ventajas sucesorias).

También a diferencia de la adopción de los no emancipados, que no puede llevarse a cabo si no es a través de estos *intermediarios institucionales*, en la adopción de los emancipados se prescinde de ese intervencionismo administrativo (o propuesta previa de la entidad), y, por tanto, simplemente bastará que exista un acuerdo de voluntades y una resolución judicial; no quedando claro si ésta se limita a homologar el cumplimiento de los requisitos legales, o si por el contrario la aprobación judicial comporta una valoración discrecional de la oportunidad de la creación del vínculo. A mi juicio, es claro que con el texto vigente la aprobación judicial es una decisión de la autoridad del Estado que valora la conveniencia o no de la adopción.

En conclusión, por causas sobrevenidas después de llegar a la mayoría de edad, puede establecerse la adopción, exceptuando la regla general, que sólo la permite para los no emancipados, en el sentido que, *a contrario*, sólo cabe adoptar a los que ya lo son si ha existido acogimiento o convivencia iniciada antes de los catorce años. Ahora bien, tienen que probarse dos cosas: a) que se inició durante la minoría de edad (antes de los catorce años), y b) que ha tenido una continuidad e ininterrupción sin especificar el tiempo mínimo..., lo cual constituye otra crítica en el sentido de inconcreción del aludido párrafo del proyecto.

La adopción se formalizará por resolución judicial, sin intervención de la entidad pública o institución colaboradora.

Es lógico que no intervenga la susodicha entidad, puesto que a ésta, como sabemos, competen, casi exclusivamente, las propuestas de adopción (siempre las de menores), y en todo caso la de colocación de niños en régimen de acogimiento.

Queda la duda de si la resolución judicial es una simple homologación del cumplimiento de los requisitos legales o si por el contrario es una decisión de autoridad, *de imperium*, y, por tanto, discrecionalmente valorada por el Juez, a pesar del cumplimiento de todas las exigencias legales.

Finalmente, como epílogo a estas consideraciones críticas sobre el artículo 174 del proyecto, estimo procedente llamar la atención en torno a un extremo, que

no es regulado en el proyecto, y es el atinente a la posibilidad de la adopción del *non nato* (evento que cobrará especial relevancia cuando se aprueba la ley de inseminación artificial humana y la fecundación *in vitro*) (1).

El planteamiento de la cuestión es el siguiente: con el uso de estas técnicas de reproducción humana (fecundación *in vitro*), se lleva a cabo una estimulación ovárica de la mujer destinada a producir varios óvulos. Puede ocurrir que se disponga de más de tres embriones, que son los aconsejables. Entonces el problema consiste en decidir qué hacer con los embriones sobrantes.

Desde mi punto de vista es rechazable la manipulación o investigación de los embriones sobrantes con exclusivos fines científicos. Al embrión debe otorgársele, como *vida humana que es*, la adecuada tutela jurídica; de modo que este concebido, no viable por su propia espontaneidad, tiene derecho al desarrollo completo de su potencialidad biológica. Debe ser amparado desde el momento de la concepción, evitándose cualquier manipulación no orientada a su finalidad intrínseca que es el nacimiento, coadyuvando a su implantación uterina bien en la pareja de la que provienen los gametos o destinándolo a otra pareja infértil.

En tal sentido, en la comisión especial constituida en el Congreso de Diputados para el estudio de la fecundación extracorpórea se ha suscitado el tema de si la donación de embriones puede subsumirse dentro de la institución de la adopción, constituyendo un supuesto de adopción prenatal.

Actualmente al adoptado se le exige que sólo tenga dieciséis años menos que su adoptante; en cambio, en el proyecto queda reducida dicha exigencia a catorce años. Asimismo, el punto conflictivo radica en que el adoptado tiene que tener capacidad jurídica; por eso, *de lege data*, no es posible adoptar a un *nasciturus*, y mucho menos a un *nondum concepti*.

¿Qué ocurrirá *de iure condendo*? Parece que la postura adecuada es la de extender la institución de la adopción también al supuesto de donación de embriones. Es decir, que la adopción prenatal se daría en el momento de la transferencia de los embriones al útero de la mujer receptora. A tal efecto, admitir esta hipótesis supondría que la reforma de la adopción debería tener en cuenta el proyecto de fecundación extracorpórea en estos extremos; sin embargo, como podemos observar, *de lege ferenda*, no se alude al problema en absoluto, como tampoco se arguye el que a continuación referenciamos, y que es el siguiente: ¿Cómo debe valorarse el consentimiento que da el marido en la inseminación artificial heteróloga? ¿Cuál si se tratara del consentimiento que da el adoptante?

**Artículo 175.** «1. La adopción se constituye por resolución judicial. El Juez tendrá en cuenta, preferentemente, el interés del menor.

---

(1) Es necesario, a mi juicio, que se tipifique el supuesto de la adopción del *non nato*. En este punto me parece acertada la inclusión de la proposición de ley del grupo popular de dicha posibilidad (15-1-1986). Así, dice el artículo 175 de la mentada proposición de ley: «[...] Sólo pueden ser adoptados los menores de edad salvo en los supuestos siguientes: a) El concebido y no nacido, siempre y cuando medien los consentimientos previstos en el artículo siguiente, y no existiendo acción en cambio de los padres del adoptando en las cuarenta y ocho horas siguientes al momento del alumbramiento.»

En otro punto y aparte establece que para el supuesto contemplado en el apartado a), se creará al efecto en los Juzgados de Familia un registro especial en el que constarán de manera confidencial los datos del progenitor o progenitores dispuestos a dar a su hijo en adopción y los de los futuros adoptantes, siendo competencia exclusiva de la autoridad judicial la aplicación del mencionado apartado a) a efectos de iniciar los trámites para la adopción.

2. La resolución exige propuesta previa de la entidad pública correspondiente.

En la propuesta se expresará especialmente:

a) El último domicilio conocido del cónyuge del adoptante y el de los padres o guardadores del adoptando.

b) Si uno y otros han formalizado ya su asentimiento ante la entidad pública o en documento auténtico. El asentimiento puede ser revocado si la revocación se notifica a la entidad antes de la presentación de la propuesta del juzgado.

c) Las condiciones personales, familiares y sociales y medios de vida del adoptante o adoptantes seleccionados y sus relaciones con el adoptando.

Con la propuesta se presentarán los documentos a que se refiere el apartado b) y cuantos informes o dictámenes se juzguen oportunos.

3. No se requiere propuesta previa:

1.º Cuando el adoptando esté emancipado.

2.º Cuando el adoptando sea huérfano y el adoptante pariente colateral de tercer grado por consanguinidad o afinidad.

3.º Cuando el adoptando sea hijo del adoptante.

4.º Cuando el adoptando lleve más de un año acogido por el adoptante.

El Juez, no obstante, podrá recabar información de la entidad pública.

4. En ningún momento se admitirá que el asentimiento de los padres o guardadores se refiera a adoptantes determinados.»

**Artículo 176.** «1. Antes de acordarse la adopción han de consentir en ella ante el Juez el adoptante o adoptantes y el adoptado si ha cumplido los doce años.

2. También es necesario que ante el Juez o en documento auténtico presten su asentimiento el cónyuge del adoptante y los padres del adoptando. No se requiere este asentimiento:

a) Si lo han prestado antes y no han transcurrido seis meses cuando se presenta la propuesta de adopción.

b) Cuando sufran enfermedad o deficiencia persistentes que les impidan manifestar la voluntad.

c) Tratándose del cónyuge, cuando haya separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

d) Tratándose de los padres, si están privados legalmente de la patria potestad o han dado causa para ello.

3. No se admitirá el asentimiento irrevocable de la madre del adoptando en tanto no transcurran quince días desde el parto.»

**Artículo 177.** «El Juez deberá oír previamente:

1.º A los padres, en todo caso.

2.º Al tutor si la tutela estuviera constituida y, en su caso, al guardador de hecho.

3.º Al adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente discernimiento.»

Puede decirse que la adopción deja de conceptuarse como un acto a la vez consensual, formal y heterogéneo (es decir, concurso de voluntades, autorización judicial y otorgamiento de escritura pública, todo con igual valor constitutivo), para pasar a ser un puro acto institucional, administrativo, y no ya un negocio jurídico privado con aquellas características, de modo que ahora lo decisivo para la formulación de la adopción serán exclusivamente los consentimientos exigibles y la autorización judicial, *prescindiéndose de la etapa de formalización notarial en todo caso*. Lo cual no deja de ser asimismo criticable, de modo que podía haberse

mantenido para aquellos supuestos en los que no hubiera conflicto de intereses, por ejemplo en la adopción por un cónyuge al hijo de su consorte.

En este punto expresa claramente el artículo 175 del proyecto que la adopción se constituye por resolución judicial. Luego éste es el único documento público válido para la inscripción en el Registro. No estoy de acuerdo, sin embargo, con el punto segundo, *in fine*, del referido artículo, que explicita que el Juez tendrá en cuenta preferentemente el interés del menor. Entiendo que sería más acertado decir que el Juez tendrá en cuenta preferentemente el interés del *adoptando*, puesto que, según hemos tenido ocasión de examinar en el artículo precedente, no sólo pueden ser adoptados los no emancipados (menores abandonados o no), sino también los ya emancipados, que pueden ser, por ende, mayores de edad, por lo que expresarse con el tenor transcrito es dejar fuera los otros supuestos, lo que constituye una criticable omisión.

Según mi criterio, lo que no queda claro en el proyecto, y ya lo he comentado precedentemente, es si la resolución judicial constituye una auténtica aprobación judicial o es una simple autorización u homologación judicial.

En mi opinión, creo que la resolución judicial del proyecto se limita más a autorizar, a homologar la constatación o no de las circunstancias exigibles. En los preceptos mencionados de la reforma objeto ahora de comentario (arts. 175, 176 y 177) no se explicita con notoriedad, como en el vigente artículo 173, *in fine*, del Código civil, que «el Juez, aun cuando concurren todos los requisitos necesarios para la adopción valorará siempre su conveniencia para el adoptado, conforme a las circunstancias de cada caso...». Luego actualmente la intervención judicial es una auténtica aprobación; sin embargo, en el proyecto más bien parece lo contrario.

En el proyecto la propuesta para la adopción de un no emancipado tiene que nacer de la entidad pública o de la institución de integración familiar *ad hoc*; con este proceder se intenta que exista un único intermediario válido que controle todas las adopciones de menores de edad. Efectivamente, una de las críticas más acerbadas que se hacen a la ley vigente es que no existe un organismo unitario que encauce y viabilice todas las adopciones, sino que la realidad demuestra una gran dispersión; se prescinde de las entidades públicas competentes (v. gr., Junta de Protección de Menores y el Servicio de Acogidos y Expósitos, ente dependiente de la Diputación), y se recurre a otros tipos de intermediarios no institucionales, que, previo pago de una determinada cantidad, faciliten un recién nacido...

Actualmente, como se sabe, cuando el encargado del Registro tenga conocimiento de la inscripción de hijos de padres desconocidos, tiene que remitir constancia del hecho a la Junta de Protección de Menores, de modo que, conforme a las facultades que administrativamente le competen (art. 36 del Texto Refundido de la regulación sobre protección de menores, aprobado por Decreto 2 de julio de 1948) tiene aquélla la custodia legal de esos niños.

Teóricamente, pues, todos los hijos inscritos como de padres desconocidos deben ser controlados por la junta. El problema que surge es el conflicto de intereses que se produce cuando pueda intervenir la Junta de Protección de Menores y paralizar, en el uso de sus atribuciones, el expediente de adopción que iniciaron los irregulares prohijantes, cuando tuvieran bajo su guarda de hecho al menor abandonado al margen de las instituciones competentes, que, como sabemos, en principio, tienen asumido tanto el control público e institucional sobre los menores abandonados como las personas que pueden asumir la custodia provisional de

ese niño, es decir, el protector social del mismo (seleccionado del Registro de solicitudes que conserva la Junta de Protección de Menores). Esto supuesto, se formalizará entonces el acuerdo de acogimiento, en el que se determinan las facultades y obligaciones del protector, y, finalmente, se iniciará, si la integración del hijo ha sido completa, el oportuno expediente de adopción.

Volviendo al asunto de este comentario, del ordinal segundo del artículo 175 del proyecto se colige fácilmente que la propuesta o expediente es necesario o tiene que incoarlo la entidad pública o institución de integración familiar (entidad colaboradora), dejando en el ordinal tercero las excepciones según las cuales no es necesaria la propuesta previa. En tal sentido, continuando con el examen del ordinal segundo, manifiesta los extremos que necesariamente debe expresar la propuesta (domicilio, asentimiento de los padres, tutores y guardadores al previo acogimiento formalizado por escrito en que intervino la institución pública, los adoptantes y el menor si tuviera más de doce años).

Me parece que debiera haberse hecho constar necesariamente tanto la existencia del acogimiento familiar como su duración (cuando hubiera existido entre el que pretende la adopción y el adoptado), puesto que si el adoptando lleva más de un año acogido por el adoptante la propuesta de la entidad pública no es preceptiva, y la resolución judicial puede darse sin ella, aunque queda discrecionalmente al criterio del Juez recabar información al respecto. Asimismo debiera haberse hecho constar el extremo atinente al grado de integración familiar alcanzada por el menor, puesto que es la propia institución de integración familiar (privada o pública) la que está en mejores condiciones de observar con periodicidad la inserción del no emancipado en el vínculo familiar de los prohijantes. Cierto es que puede decirse que queda subsumido en los aspectos a complementar en la propuesta, concretamente en el punto c) del apartado segundo, «con la propuesta se presentarán los documentos a que se refiere el apartado b) y *cuantos informes o dictámenes se juzguen oportunos*», sin embargo me hubiera parecido más acertado expresarlo con mayor nitidez.

Otro aspecto que destaco del artículo 176 del proyecto es el que suscita su párrafo primero, cuyo tenor literal dice que «antes de acordarse la adopción han de consentir en ella ante el Juez el adoptante o adoptantes y el adoptando si ha cumplido los doce años».

En la situación actual, recordemos que el artículo 173 del Código civil dice que habrán de prestar consentimiento, pero no expresa el inciso según el cual tenga que prestarse necesaria e ineluctablemente *a la presencia judicial*. En el proyecto cambia radicalmente la filosofía en este punto, en el sentido que se expresa con claridad que la declaración de voluntad del adoptante o adoptantes y adoptando se hará a la presencia judicial, con lo cual en la emisión de dichos consentimientos queda cerrada la puerta a un apoderamiento o mandato (materia indelegable sometida a la regla del *intuitu personae*).

En mi opinión, creo que en este extremo hemos retrocedido a lo que disponía la reforma de 1958 (art. 176: «Necesariamente se manifestará a la presencia judicial el consentimiento...»).

Siguiendo a los profesores Díez-Picazo y Gullón, estoy de acuerdo en la crítica que se hacía al mencionado precepto de la reforma de 1958, expresando que dicho texto suponía la exclusión de cualquier intervención de apoderado o mandatario y la nulidad de la adopción en que así hubiese ocurrido; sin embargo, frente a la regulación del proyecto podría argumentarse que no se ve razón para que pu-

diéndose otorgar matrimonio por poder no pueda intervenir un apoderado especialísimo. En el poder especial sería menester indicar el número de expediente y de adopción, la persona del adoptado, y las demás condiciones del contenido de aquélla. Pues bien, estos razonamientos esgrimidos por los autores citados son de aplicación al texto del proyecto, que, como hemos visto, se expresa con un tenor literal que comporta un carácter personalísimo de dichos consentimientos, sin que quepa ningún tipo de delegación.

Queda claro, por tanto, que los consentimientos imprescindibles, sin los cuales no se acuerda la adopción y además ineluctablemente tienen que ser otorgados personalmente ante el Juez, son los del adoptante o adoptantes y el del adoptado (siempre que tenga doce años cumplidos, si es menor de esta edad deberá ser igualmente oído: art. 177 del proyecto). Se decía en la exposición de motivos de la Ley vigente a la sazón (Ley 4 de julio de 1970) que el Juez carece, como es natural, de facultades decisorias en contra del consentimiento de tales personas o ante la falta del mismo. Puede decirse que, *mutatis mutandis*, ocurre lo mismo en el proyecto.

Esto supuesto, los restantes consentimientos encajan en la figura del asentimiento, sin que el Código civil nos defina la acepción de la mentada palabra, aunque puede decirse que no es un requisito sustancial del negocio jurídico, sino complementario y prescindible en determinadas hipótesis.

En tal sentido, estos asentimientos no requieren su ratificación ante el Juez, aunque pueden otorgarse, de suerte que si no se formalizan por comparecencia puede llevarse a cabo en documento auténtico (público o no); es decir, basta una declaración de voluntad indubitada de quien proceda, que no haya dudas que proviene de él; significa asimismo que cabe perfectamente en estos supuestos la figura del apoderado o del mandatario, porque dichos consentimientos no son personalísimos, como, por el contrario, sí lo son los del adoptante o adoptantes y adoptado. Consecuentemente, deben prestar su asentimiento el cónyuge del adoptante y los padres del adoptando.

No se requiere este asentimiento:

- a) Si lo han prestado antes y no han transcurrido seis meses cuando se presenta la propuesta de adopción.
- b) Cuando sufran enfermedad o deficiencia persistente que les impida manifestar su voluntad.

Con respecto a este punto parece que el supuesto a que se refiere se cohonestaba mal con lo dispuesto en el ordinal primero del artículo 177, de suerte que la expresión imperativa «en todo caso» encuentra su excepción en el supuesto que sufran enfermedad o deficiencia persistente que les impidan manifestar su voluntad; luego esa excepción quedará circunscrita a los padres, privados o no de la patria potestad o suspendidos del derecho de guarda y educación, de modo que en el supuesto que lo estuvieran no se requerirá su asentimiento, pero sí deberán ser oídos, con lo cual se sigue el criterio del vigente artículo 173 del Código civil, en sentido que no es en ningún modo vinculante para el Juez que estas personas que deban ser oídas comparezcan manifestando su criterio desfavorable a la adopción.

Otro punto que no se regula con la suficiente nitidez en el proyecto es qué ocurre en el caso de que el cónyuge hubiera sido judicialmente incapacitado. Parece que las soluciones a dichas hipótesis son dos: o bien prescindir del asentimiento, por entender que queda subsumida dicha hipótesis en el apartado b) del artículo 176, «Enfermedad o deficiencia persistente», o, por el contrario, seguir

por analogía lo dispuesto por el Código civil (art. 121) para el reconocimiento del incapaz, que necesita para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal; de modo que, *mutatis mutandis*, en el supuesto de la adopción del consentimiento que no puede dar libremente el cónyuge incapacitado es sustituido por la necesaria aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

c) En relación al supuesto del cónyuge separado legalmente o de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, se prescinde del asentimiento del otro cónyuge, y tampoco es imprescindible que el Juez deba oírle previamente. A mí me parece que hubiera sido lógico incluirlo también dentro de los casos del artículo 177 del proyecto. Es de resaltar la relevancia que se da a la situación fáctica cuando fuera fehaciente, coherente con la importancia que en otras hipótesis el legislador contempla la situación de hecho; así, en materia sucesoria, para poder recibir el cónyuge los bienes en propiedad no tendrá lugar el llamamiento cuando exista separación de hecho que conste fehacientemente (art. 945 del Código civil) y en el supuesto de inclusión de la sociedad de gananciales a solicitud de uno de los cónyuges cuando lleven separados más de un año por acuerdo mutuo (art. 1393.3); finalmente, el artículo 116 del Código civil, que hace cesar la presunción legal de paternidad si el hijo ha nacido después de los trescientos días siguientes a la separación de hecho.

d) Tratándose de los padres, si están privados legalmente de la patria potestad o bien han dado causa para ello. Creo que en este supuesto también se debería prescindir de su asentimiento, aunque puedan y deban comparecer para ser oídos si hubieran sido suspendidos del derecho de guarda, tampoco cuando no puedan ser localizados o habiendo sido citados no comparecieran, o, finalmente, si el menor hubiera sido abandonado. No entiendo por qué razón al tutor del adoptando se le discrimina con relación al padre, de modo que aquél no puede dar su asentimiento y simplemente puede ser oído, cuando la tutela es el organismo de guarda tutitvo sustitutivo de la patria potestad. Creo que, como bien dice el adagio, «donde hay la misma razón debiera aplicarse el mismo derecho», debiera haberse resuelto el supuesto de la tutela en la misma forma que se resuelve para el padre o progenitor.

Vuelvo a repetir que echo en falta un apartado similar al que regula el actual artículo 173 del Código civil, en el sentido de que el Juez, aun a pesar de cumplirse todos los requisitos legales, valorará siempre su conveniencia para el adoptado. No encuentro otra razón a su supresión que entender que como ahora se canalizan las adopciones a través de intermediarios oficiales (entidades públicas o asociaciones o fundaciones que sean instituciones de integración familiar) son éstas las que al seleccionar al adoptante *ad hoc* juzgan la conveniencia o no del adoptando; si fuera así, en mi opinión, la resolución del Juez sería una simple homologación, pero no una auténtica aprobación judicial.

Finalmente, queda en el aire la cuestión atinente al *fallecimiento del adoptante* después de prestado el consentimiento para la adopción, ¿será obstáculo para que ésta pueda pronunciarse? En relación con esta cuestión se suscita actualmente con el texto vigente (Ley de 4 de julio de 1970), un problema ciertamente polémico cual es decidir el momento constitutivo del negocio jurídico de adopción, ¿el auto judicial, o, por el contrario, la escritura pública? Ya hemos visto que en la exposición de motivos de la Ley de 1970 (de 4 de julio), tanto la autorización judicial como la escritura pública tienen igual valor constitutivo.

Esto supuesto, ¿qué ocurre *de iure condito*, cuando el adoptante ha dado su

consentimiento, se ha ratificado ante el Juez, pero fallece antes de otorgarse escritura pública? Las soluciones van en función de la comprensión de las dos etapas: la judicial y la notarial, definitorias ambas del negocio constitutivo de la adopción; de suerte que si nos decantamos porque ya desde que ha recaído el auto judicial ha habido perfeccionamiento del negocio jurídico, resultaría intranscendente que posteriormente falleciera el adoptante antes de la formalización notarial; sin embargo, si optamos porque es con la escritura pública cuando se da realmente el momento constitutivo, el fallecimiento del adoptante, en el ínterin, imposibilita la adopción.

El texto del proyecto que comentamos ha omitido pronunciarse expresamente sobre el tema, lo cual no deja de ser criticable, si bien al haberse prescindido de la etapa de la formalización notarial, puede razonarse que como el consentimiento del adoptante tiene que otorgarse necesariamente a la presencia judicial, no será óbice, para que la adopción pueda concluirse, que el adoptante falleciera después de haber prestado consentimiento ante el Juez.

**Artículo 178.** «1. Conforme a las disposiciones de este Código, la filiación adoptiva surte los mismos efectos que la filiación por naturaleza, y, en consecuencia, el adoptado forma parte, como los demás hijos, de la familia del adoptante o adoptantes.

2. La adopción extingue las relaciones con la familia de origen, con excepción de lo previsto para los impedimentos matrimoniales.

No obstante, persistirán sin modificación alguna:

a) Cuando uno adopte al hijo de su consorte, aunque el consorte hubiere fallecido.

b) Cuando sólo esté determinado legalmente un progenitor y el adoptante sea persona de distinto sexo. En este caso se requiere, además, que así lo acuerde el Juez al tiempo de la adopción, con la conformidad del adoptante, del adoptado si tuviere más de doce años y del padre o madre cuyo vínculo ha de persistir.

3. La determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción.»

En el proyecto se aclara, con la redacción de este precepto, la polémica harto dificultosa que nos depara *de iure condito* la interpretación de los preceptos hoy vigentes (arts. 176 y 179), en el sentido de que en el proyecto el hijo adoptado ostenta definitivamente un auténtico *status familiae*. Así, se dice con claridad que a todos los efectos legales el adoptado forma parte de la familia del adoptante, lo cual implica que en el campo de los derechos sucesorios la relación de filiación no se limita al padre adoptante, como sucede actualmente (véase art. 179 del Código civil: «El hijo adoptivo o sus descendientes ocupan en la sucesión del adoptante la misma posición que los demás hijos o descendientes. Los adoptantes ocuparán en la sucesión del hijo adoptivo y sus descendientes la posición de los ascendientes...»); con lo que, interpretando el texto vigente del artículo 179, los derechos sucesorios del hijo adoptado quedaban circunscritos al adoptante, pero no a su familia (ascendientes ni colaterales), de manera que los parientes por naturaleza del adoptante no heredaban al adoptado y sus descendientes, ni éstos a aquéllos.

Puede decirse entonces que (en coherencia con la dicción literal del artículo 179 del texto hoy vigente) la delación o llamamiento sólo llega hasta el adoptante y no a sus ascendientes, muerto aquél (el adoptante), el hijo adoptado no hereda por derecho de representación al ascendiente del adoptante. Tampoco hereda (ni

es heredado) a ningún pariente colateral, puesto que el artículo 179, hoy vigente, expresamente habla de derechos sucesorios en *línea recta*, limitando el grado al adoptante, y ya no a su ascendencia; no expresa nada sobre la sucesión a los colaterales, de modo que entonces muerto abintestato un hijo por naturaleza del adoptante, no le sucederá el adoptado ni sus descendientes. Tampoco los colaterales del adoptante son heredados ni heredan al adoptado y a sus descendientes. Parece que está la *communis opinio* en la doctrina más autorizada, fundamentalmente en la cuestión formulada (Cámara, entre otros).

En cambio, la filosofía del proyecto ha aclarado todas estas dudas simplificando si se quiere la cuestión, llevando hasta sus últimas consecuencias el principio de que «*adoptio naturam imitatur*», en el sentido de que la posición jurídica sucesional del hijo adoptado es la misma que la que ostenta el hijo por naturaleza, es decir, *un status familiae*, y no simplemente un *status filii*. Así entonces la adopción comportará un parentesco igual al que disfruta el hijo por naturaleza. Por ejemplo, entre ellos —hijo adoptado y descendiente por naturaleza— serán hermanos; del mismo modo, también el hijo adoptado y sus descendientes tendrán relación de filiación con los ascendientes y colaterales del adoptante (v. gr., se heredarán recíprocamente).

En conclusión, se rompe, por otra parte, todo parentesco, y, consiguientemente, todo deber por razón del mismo con respecto a la familia por naturaleza del adoptado, con excepción de lo previsto para los impedimentos matrimoniales (véase art. 47 del Código civil). En tal sentido, según la regla segunda del citado precepto los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado no pueden contraer matrimonio. Como se verá, se alude exclusivamente al parentesco por consanguinidad, omitiendo toda referencia al parentesco por adopción, obviamente si la filosofía del proyecto es equiparar a todos los efectos legales la situación del hijo adoptivo con la del hijo por naturaleza, surtiendo los mismos efectos la filiación adoptiva que la que corresponde por naturaleza (matrimonial y extramatrimonial), parece evidente que el párrafo 2.º del artículo 47 debiera extender su ámbito de aplicación también para los adoptivos, puesto que el parentesco del adoptado no es ya sólo en línea recta y circunscrito al adoptante, sino también con los ascendientes de éste y con los parientes colaterales por naturaleza del adoptante.

Asimismo, recuérdese que el artículo 174 *in fine* (del proyecto que comentamos) dice que no pueden adoptar los hermanos entre sí; debemos entender que, tanto lo sean por naturaleza como por adopción (dos personas adoptadas por un tercero), de suerte que manteniendo la regla del artículo 47, párrafo 2.º, sí podrán, por el contrario, contraer matrimonio.

En el texto del proyecto se dice que dejan de tener eficacia civil los vínculos existentes entre el adoptado y su familia de origen, lo cual se traducirá en que ni los parientes por naturaleza del hijo adoptado, ni éste, conservarán recíprocamente ningún derecho legítimo. Actualmente el párrafo 2.º del artículo 179 del Código civil establece que «los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la ley en la herencia del adoptado...». Con lo cual quedaba clara la solución para la familia natural, pero no para el hijo adoptado, al que, según el meritado precepto, no se le niega que pueda reclamar derechos legítimos a aquéllos.

Además, tampoco se podrán exigir recíprocamente ningún deber por razón de parentesco. En el momento presente es claro que el adoptado no tiene ninguna

obligación para con su familia por naturaleza (v. gr., alimentos), pero no quedaba claro si el adoptado conservaba, sin embargo, estos derechos con relación a aquella. Así, el texto vigente: «Al adoptado no le serán exigibles deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza» (art. 178, párrafo 4.º, del Código civil).

Finalmente, creo que un derecho que persistirá con respecto a la familia de origen, igual que sucede de presente en la vigente regulación, es el derecho de reversión que tienen los padres y ascendientes por naturaleza. Así, dice el artículo 812 del Código civil: «Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió».

Luego cuando el descendiente (donatario) hubiera sido adoptado y muriera sin posteridad, el ascendiente por naturaleza (matrimonial o extramatrimonial) de aquél conserva un derecho sucesorio *ex lege*, para recuperar el objeto que donó a su descendiente por naturaleza, y cuando no exista el mismo objeto operará la subrogación real. Pues bien, a pesar del tenor del artículo 178 del proyecto: «[...] dejan de tener eficacia civil los vínculos existentes entre el adoptado y su familia de origen, con excepción de lo previsto para los impedimentos matrimoniales», también subsistirá la excepción del derecho de reversión, aunque no quede explicada en el proyecto.

Continuando con la explicación del artículo 178 del proyecto, pasamos a examinar los dos apartados del ordinal segundo.

El apartado a) se refiere al supuesto de la adopción por un cónyuge del hijo de su consorte.

Antes de analizar en concreto el supuesto tipificado en el artículo 178 (persistencia de los vínculos con la familia de origen) creo necesario examinar ciertos aspectos de esta modalidad de adopción en relación al punto atinente a la capacidad del adoptante.

Hemos visto cómo en el proyecto, en el artículo 174, párrafo 2.º, se dice: «El adoptante habrá de tener veinticinco años cumplidos». Este supuesto, en esta adopción (de un cónyuge al hijo de su consorte), como en las demás, el adoptante debe cumplir dicho requisito de capacidad; sin embargo, obsérvese que cuando son los dos cónyuges adoptantes basta que se reúnan los requisitos de capacidad en uno de ellos, de modo que por falta de la capacidad legal para adoptar, un cónyuge no puede ser adoptante del hijo de su consorte; no obstante, si en vez de adoptar al hijo de su cónyuge se adopta a un tercero, sí puede ser adoptante, aun prescindiendo, en este supuesto, de que reúna o no la edad exigible para adoptar, puesto que dichos requisitos de capacidad los cumple ya el otro cónyuge, que también es adoptante.

Este es un punto que con la regulación actual, que yo sepa, poco se había incidido en él, de suerte que al existir unas disposiciones legales que exigen, por una parte, una plena capacidad de obrar (estar en el ejercicio de todos sus derechos civiles), y, por otra, una edad mínima de treinta años, obstaculizaban, como inconvenientes insalvables, las adopciones plenas de un cónyuge al hijo de su consorte cuando no se cumplieran aquellos requisitos; aunque si ambos quieren adoptar a un tercero, el cónyuge que no pudo ser adoptante del hijo de su consorte

sí puede serlo de un tercero, prescindiéndose de que reúna o no los requisitos de capacidad (véase art. 172, vigente a la sazón).

En el proyecto no se aclara este punto, que sería deseable, a mi juicio, que se revisara, puesto que en la realidad en los Juzgados hay muchos expedientes de adopción paralizados, o, mejor, sin poder cursarse, porque no cumple el requisito de capacidad (de edad) el presunto adoptante. A mí me parece criticable, máxime cuando con dicha adopción el cónyuge adoptante *refuerza el estado de filiación del hijo*, redundando claramente en su beneficio al poder quedar equiparado al hijo por naturaleza a todos los efectos legales (ya que, como expresa actualmente el art. 178 del proyecto, la filiación adoptiva surte los mismos efectos que la filiación por naturaleza).

No obstante, una exégesis literalista con el texto legal y con lo dispuesto de *lege ferenda* nos llevaría a la conclusión de que la imposibilidad de adoptar sea al hijo del cónyuge, o unilateralmente el cónyuge que pretenda adoptar a un tercero, si no cuenta con la capacidad legal necesaria para este acto, que será la estipulada en el precepto; así, actualmente treinta años, y *de iure condendo*, veinticinco años, en detrimento, quizás, del propio hijo, al no ver reforzado su estado de filiación, cual si se tratara de un hijo por naturaleza constante matrimonio.

Repárese que, por ejemplo, el Código civil francés, en el artículo 343.2, establece que la condición de edad prevista en el artículo precedente (treinta años) *no es exigida en el caso de la adopción del hijo del cónyuge*.

Es más, en otro apartado de este trabajo hemos criticado la omisión de un párrafo como el vigente a la sazón, en el cual, aun cuando concurren todos los requisitos necesarios para la adopción, el Juez valorará siempre su conveniencia para el adoptando (art. 173, *in fine*, del Código civil); pues bien, creo que en el párrafo 2.º del artículo 174 del proyecto, que establece que el adoptante ha de tener veinticinco años cumplidos, y termina diciendo que todo adoptante habrá de tener por lo menos catorce años más que el adoptado, no hubiera estado de más concluir el párrafo añadiendo que el Juez, en aras del interés del adoptando, pueda admitir la adopción, aunque la diferencia de edad sea inferior a la tipificada como regla general.

Pasemos ahora a examinar concretamente lo dispuesto en el apartado a) del artículo 178, es decir, la subsistencia de los vínculos con la familia por naturaleza cuando un cónyuge adopta al hijo de su consorte, aunque el consorte hubiera fallecido.

¿Cómo se interpreta actualmente dicha cuestión con el articulado vigente? ¿Cómo cabe entenderlo de *ius condendum*?

La contestación al primer interrogante me remite a la acertada opinión de Bercof Rodríguez Cano, que considera aplicable en nuestro ordenamiento la misma solución expresamente recogida por el alemán, es decir, el artículo 1.756 del BGB, que establece que la adopción del hijo legítimo del consorte no disuelve el parentesco del adoptando con el cónyuge premuerto y su familia. Opina el referido autor que la extinción de esos vínculos (de su plena eficacia) no sería justa ni para el adoptando ni para la familia de su progenitor premuerto. A lo que hay que añadir que no parece responder a las necesidades de la adopción en este caso.

En tal sentido, consecuentemente, *de lege data*, admitiendo el mantenimiento de esos vínculos, al adoptando podrían exigírsele deberes por razón de parentesco de sangre (v. gr., alimentos por parte de sus parientes por naturaleza), y que los

parientes de sangre asimismo conservarían sus derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptando (véanse arts. 178 y 179 del Código civil).

El Derecho francés, en concreto el artículo 356, viene a establecer igualmente el mantenimiento de los vínculos de parentesco; así, la adopción del hijo del cónyuge deja subsistente su filiación de origen en relación a este cónyuge y su familia. Ello produce, por lo demás, los efectos de una adopción por los dos esposos.

En respuesta al segundo interrogante, es decir, cuál es la solución *de iure condendo*, el proyecto ha resuelto el problema explicitando la subsistencia de los vínculos con la familia por naturaleza del progenitor que consiente la adopción de su hijo por su consorte. En este sentido, el proyecto viene a transcribir lo dispuesto en el artículo 356.2 del Código civil francés, «sin embargo la adopción del hijo del cónyuge deja subsistente su filiación de origen en consideración a este cónyuge y su familia».

Con esto queda solucionado en el proyecto el supuesto polémico de la duplicidad de parentesco. Incluso se permite la adopción aunque el consorte progenitor hubiera fallecido.

Ahora bien, no obstante, hay ciertos aspectos a los que no se les da solución en el proyecto y que pasamos a examinar:

¿Qué ocurre con el otro progenitor del hijo? En el apartado a) se prescinde de su comparecencia para que dé su *asentimiento* (siguiendo la filosofía del proyecto y, por analogía, con lo dispuesto en el art. 176.2 del proyecto).

Efectivamente, es obvio que si éste hubiera reconocido legalmente al hijo (art. 120 del Código civil), tendrá, como representante legal, que prestar su asentimiento, bien ante la presencia judicial, bien por documento auténtico, a no ser que hubiese sido privado de la patria potestad o suspendido del derecho de guarda, pero aun así en estos casos, y por analogía con lo establecido en el artículo 177 del párrafo 1.º del proyecto, tiene *que ser oído en todo caso*. Si no es así, nada le impide acogerse al artículo 180 (del proyecto) y pedir la extinción de la adopción siempre y cuando presentara la demanda dentro de los dos años siguientes a la adopción; y además puede argüir perfectamente que no se encuentra en las situaciones previstas en el artículo 176.2 (supuestos en los que se prescinde del asentimiento), ni tampoco ha tenido ocasión de ser oído en el expediente por circunstancias que no le son imputables. Asimismo, la oposición de este interesado (progenitor) no transformaría en contencioso el expediente y la susodicha oposición se ventilaría por los trámites del juicio verbal, y contra la resolución que se dictara no cabrá recurso.

Ciertamente, si el proyecto no contemplara el asentimiento de este otro progenitor del hijo y diera luz verde a su actual redacción, puede razonarse que aun así los supuestos que pudieran presentarse no comportarían, en todo caso, la ruptura del vínculo adoptivo, puesto que siempre le cabe al Juez acogerse al apartado c) del artículo 180: «Que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor.» Con lo cual se seguiría una línea judicialista, que es la que ha imperado en el proyecto.

Asimismo, si este otro progenitor estuviera divorciado, *mutatis mutandis*, valen los mismos razonamientos que hemos contemplado para la hipótesis del progenitor que hubiera reconocido.

¿Cuándo no sería necesario el asentimiento del otro progenitor?

a) Si estuviera privado de la patria potestad o suspendido del derecho de guarda.

b) Si estuviera incapacitado legalmente (arts. 199 y 200 del Código civil) o sufriera enfermedad o deficiencia persistente que le impida manifestar su voluntad (art. 176, párrafo 2.º, del proyecto). Queda la duda de si, por analogía a lo dispuesto en el artículo 121 del Código civil, es necesaria la aprobación judicial en estos casos, como vimos *supra*.

c) Si el progenitor no pudiera ser hallado o no compareciera en plazo.

Otros problemas concomitantes con lo tratado son los siguientes:

Centrando nuestra atención en el cónyuge que adopta al hijo de su consorte, ¿qué ocurre si están separados legalmente o de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente? ¿Puede aquél adoptar al hijo de su cónyuge? ¿Tiene que dar éste su consentimiento? Contestando al primer interrogante, como el proyecto no distingue, parece coherente afirmar que podrá perfeccionarse el negocio jurídico, tanto si conviven en situación normal de matrimonio como si estuvieran separados (fáctica o judicialmente). En relación a la segunda interrogación, es obvio que tendrá que dar el asentimiento el cónyuge a la adopción de su propio hijo; puesto que lo que regula el proyecto es la innecesariedad del asentimiento en las circunstancias citadas, cuando se va a adoptar por un cónyuge a un tercero (artículo 176, párrafo 2.º, c), del proyecto), pero no cuando este tercero fuera el propio hijo del cónyuge al que se pretende adoptar.

Otro aspecto a destacar es que tampoco es inconveniente (si lo fuera, estaría viciado de inconstitucionalidad: art. 14 de la Constitución) el *status filii* del hijo, tanto puede ser matrimonial como extramatrimonial, en cualquier hipótesis de las contempladas.

Tampoco resuelve el mentado precepto el problema referente a qué ocurre si el progenitor que tiene que consentir la adopción de su hijo por su cónyuge hubiera sido declarado incapacitado legalmente. ¿Cuál sería la solución? ¿Quizá decantarse por la imposibilidad de la adopción? ¿Prescindir del consentimiento, en base a una argumentación a *simili* con la innecesariedad del asentimiento del cónyuge del adoptante, cuando aquél sufriera enfermedad o deficiencia —*vide* 176 b) del proyecto—? Sin embargo, ¿no sería más lógico reservar este supuesto a la resolución del Juez, que valorará la conveniencia del adoptando según el caso *ad hoc*? En tal sentido, sería deseable que se tipificara un nuevo párrafo al artículo 175 del proyecto, que ahora dice: «[...] El Juez tendrá en cuenta preferentemente el interés del menor.» Pues bien, añadir que asimismo, aun cuando por justos motivos no concurren todos los requisitos para la adopción, valorará siempre la conveniencia para el adoptando, conforme a las circunstancias particulares de cada caso.

Finalmente, las reflexiones que nos suscita el apartado b) del artículo 178 son las siguientes:

Lógicamente, está pensado en el sentido de que si *adoptio naturam imitatur*, el vínculo adoptivo tiene que ser lo más análogo derivado de la filiación por naturaleza, de suerte que es lógico que el adoptante tiene que ser de distinto sexo que el progenitor del adoptando; así éste, al no romperse su relación de filiación con su familia de origen, no se dará la incongruencia que tuviera por ejemplo dos ascendientes del mismo sexo. Asimismo, deducimos que el otro progenitor que no hubiera reconocido legalmente la filiación de la persona que es adoptada, cesaran para él y su familia de origen los vínculos familiares con quien es adoptado, del

mismo modo que éste con relación a aquéllos —queda clara esta observación del apartado *in fine* de la letra b), al que me remito—, como asimismo del ordinal tercero del artículo 178: «La determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción.»

Otra observación a hacer es que da a entender el párrafo mencionado, que en este tipo de adopciones dependerá del criterio del Juez acordarlas o no, con lo que parece que si hemos venido comentando que la resolución judicial es más bien un mero control u homologación del cumplimiento de los requisitos, en razón a que la propuesta de la adopción nace de la entidad pública o institución colaboradora que es la que examina o no la conveniencia, resultará por tanto que el Juez no tiene que pronunciarse sobre la referida conveniencia o no del adoptando; luego su intervención es más bien testimonial. Sin embargo, según el apartado b) del proyecto, es más bien una decisión de autoridad, juzga la idoneidad o no del vínculo adoptivo a crear; luego su intervención está más en la línea de la aprobación judicial.

Como epílogo a las observaciones que hacemos al apartado b) del artículo 178, no queda nada claro qué significa técnicamente esa *conformidad del adoptante*, del adoptado, si tuviera más de doce años, y del padre o madre cuyo vínculo ha de persistir, ¿encaja en la figura del consentimiento? Y si es así, ¿se le aplica por analogía el artículo 176.1 del proyecto? ¿Ha de hacerse necesariamente a la presencia judicial, o, por el contrario, el apartado b) del artículo 178 es una excepción a la regla general? Asimismo, si no es estrictamente consentimiento, ¿es a contrario asentimiento, y entonces habrá que remitirse, por analogía, al artículo 176.2? ¿O quizá no es ni lo uno ni lo otro, y simplemente bastará con que sean oídos? No parece razonable esta última interpretación, porque claramente se expresa que tienen que dar la conformidad. En mi opinión, me decanto porque esta conformidad implica el consentimiento, y, por ende, la aplicación del artículo 176, párrafo 1.º.

**Artículo 179.** «Fuera de los casos taxativamente establecidos en la legislación del Registro Civil, no se dará publicidad, a partir de la adopción, de dato alguno que revele el origen del adoptado ni su condición de tal.»

Creo que se ha omitido en la redacción del artículo 179 dejar constancia de que la resolución judicial por la que se aprueba la adopción será el título válido para la inscripción. Es lógico que dicho documento público fuera el título legalmente probatorio al haber desaparecido el otorgamiento de la escritura pública en la formalización del negocio jurídico de adopción. Asimismo, creo que dicha resolución judicial debe ser comunicada de oficio al Registro Civil competente.

Puede concluirse finalmente que la inscripción no es requisito constitutivo del acto, sino en todo caso para su oponibilidad ante terceros. Es decir, que la inscripción otorga eficacia *erga omnes*, de suerte que el tercero de buena fe no pueda quedar perjudicado (tercero que no conociera si hubiera debido conocer la adopción no inscrita). En conclusión: la inscripción es necesaria para poder ejercitar los derechos que nacen de tal situación, como tal título de legitimación del estado civil; por eso, si la adopción no ha sido inscrita, la adopción existe, pero no es eficaz, puesto que para que así lo fuere es necesario, según lo ordena el artículo 2 de la Ley del Registro Civil, que previo simultáneamente se hubiera practicado la inscripción omitida.

**Artículo 180.** «1. La adopción es irrevocable.

2. Podrá, no obstante, acordarse judicialmente la extinción de la adopción a

instancia del padre o de la madre por naturaleza, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

a) Que la demanda se presente dentro de los dos años siguientes a la adopción.

b) Que el demandante no hubiere consentido la adopción, ni se encuentre en las situaciones previstas en el artículo 176.2, apartado d), ni hubiere oído en el expediente por circunstancia que no le sea imputable.

c) Que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor.

3. Si el adoptante hubiere dado causa, con su comportamiento, para ser privado de la patria potestad, el Juez, a petición del Ministerio Fiscal, o a petición del adoptado dentro de los dos años siguientes a su plena capacidad, acordará que el adoptante quede, desde la interposición de la demanda, excluido de las funciones tuitivas y de ostentar derechos por ministerio de la Ley respecto del adoptado o de sus descendientes, o en sus herencias.

En este caso el adoptado no emancipado podrá ser objeto de nueva adopción, que extinguirá la anterior.

4. La extinción de la adopción no es causa de pérdida de la nacionalidad española ni alcanzará a los efectos patrimoniales anteriormente producidos.»

A mi juicio, globalmente me parece acertada la redacción del proyecto.

En relación al ordinal segundo, no queda claro si las circunstancias tienen que concurrir simultáneamente o, por el contrario, son independientes unas de otras. Entiendo que debe prevalecer la primera interpretación, es decir, que los progenitores tienen que presentar la demanda inexcusablemente dentro de los dos años siguientes a la adopción, y además que por circunstancias no imputables a ellas se hubiera realizado sin haber tenido la posibilidad de hacer valer legalmente su oposición, y por ende que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor. En tal sentido, juzgo conveniente que para evitar equívocos innecesarios se subsuman los tres apartados en un solo párrafo.

Igualmente considero criticable la redacción del apartado b), que alude a la figura del consentimiento, cuando, como todos sabemos, siendo coherentes con la filosofía del proyecto que distingue el consentimiento del asentimiento, reserva aquél exclusivamente para el adoptante o adoptantes y el adoptando si ha cumplido los doce años, relegando el asentimiento para los padres del adoptando; de suerte que habría que sustituir la palabra consentimiento por asentimiento (véase en este sentido el art. 176.2, apartado d), y el art. 177, párrafo 1.º), para ser coherentes con esa línea discursiva.

Con relación al ordinal tercero del artículo 180, considero acertada la legitimación del Ministerio Fiscal, puesto que, teniendo en cuenta que en el procedimiento judicial de constitución de la adopción será siempre parte el mismo, no es justificable que sólo quedara reducida la legitimación en la extinción judicial de la adopción a los padres por naturaleza y no al Ministerio Fiscal, que siempre actuará motivado por alguna parte interesada. En el proyecto que elevó el Ministerio de Justicia al Consejo de Ministros se omitía la legitimación del Ministerio Fiscal (2).

(2) Artículo 180.—La adopción es irrevocable.

La determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción.

Podrán pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción los padres por na-

A tal efecto, el adoptante, interpuesta la demanda (a petición del Ministerio Fiscal o del adoptando, dentro de los dos años siguientes a su plena capacidad; es decir: mayoría de edad o sentencia firme por la que se declara legalmente capacitado), perderá todos los derechos por razón de parentesco (v. gr., alimentos, derechos sucesorios, etc.) con respecto al adoptando o sus descendientes. Ahora bien, lo que no significa que éstos, *a contrario*, los pierdan igualmente, sino que conservan dichos derechos por ministerio de la Ley, a no ser que el adoptando fuera objeto de nueva adopción, que extingue la anterior y con ella los derechos por razón de parentesco del adoptando con su anterior adoptante privado de la patria potestad.

Finalmente, sólo objetar al penúltimo párrafo del artículo 180: ¿Por qué circunscribe la posibilidad de nueva adopción al no emancipado y, por el contrario, al que fuera ya emancipado lo deja fuera de su ámbito? A mi juicio, si el interés prioritario es el del adoptando, ¿por qué discriminar y reducir las ulteriores adopciones a los no emancipados y excluir a los que ya lo son y podrían beneficiarse igualmente del vínculo adoptivo?

---

turalidad dentro de los dos años siguientes a la inscripción de la adopción, cuando por circunstancias no imputables a ellos se hubiera realizado sin que los mismos hubieran tenido la posibilidad de hacer valer legalmente su oposición, y siempre que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor, para lo cual el Juez deberá recabar informe de la institución que propuso la adopción.

La extinción de la adopción no alcanzará a los efectos patrimoniales anteriormente producidos.



# INFORMACION LEGISLATIVA (\*)

A cargo de  
PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH

## I. DERECHO CIVIL

### 1. *Parte General*

1. LENGUAS REGIONALES. Regulación de la normalización lingüística en las Islas Baleares.

Ley del Parlamento Balear 3/1986, de 19 de abril («B. O. E.» del 16 de julio).

#### A) Exposición:

La presente Ley desarrolla las previsiones del Estatuto de Autonomía para normalizar el empleo, en las Islas Baleares, de la lengua catalana; garantizando su uso, junto con el castellano, como idiomas oficiales de la Comunidad Autónoma. Así, la Ley, después de proclamar al catalán como lengua propia de las Islas, establece el derecho de todos a conocerla y usarla, lo cual implica la atribución de plenos efectos a las actuaciones en lengua catalana.

Para potenciar el uso del catalán, la Ley regula su carácter de lengua oficial en la Comunidad Autónoma, la presencia del catalán en todos los niveles educativos en las Islas, su empleo por los medios de comunicación social y las medidas de fomento que adoptará la Administración autonómica.

El régimen del uso oficial del catalán supone el establecimiento de normas de especial interés, como son:

1. Publicidad de las normas: Las Leyes y Reglamentos emanados de órganos de la Comunidad Autónoma se publicarán en catalán y en castellano en el «Butlletí Oficial de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears», prevaleciendo el texto catalán en caso de interpretación dudosa.

2. Actuaciones administrativas: Los ciudadanos podrán dirigirse a la Administración Pública en el ámbito balear en lengua catalana, surtiendo los actos realizados en ella todos los efectos que les sean propios.

3. Actuaciones registrales: En los Registros públicos dependientes de la Comunidad Autónoma los asientos se practicarán, en general, con la lengua oficial empleada en el documento que los origine. Cuando los Registros no dependen de

---

(\*) Se refiere a las disposiciones publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» durante el tercer trimestre de 1986.

la Comunidad, el Gobierno balear promoverá la normalización de la lengua catalana en ellos.

4. Redacción de los documentos públicos: Los documentos otorgados en Baleares se redactarán en la lengua oficial escogida por el otorgante o acordada por las partes, y, en caso de discrepancia, en las dos lenguas oficiales. Las copias se expedirán en la lengua empleada en la matriz.

5. Actuaciones judiciales: Los ciudadanos podrán dirigirse a la Administración de Justicia en Baleares en la lengua oficial que elijan, siendo sus actos plenamente eficaces y sin que el empleo del catalán redunde en retraso de la tramitación de sus pretensiones.

#### B) Observaciones:

Esta Ley, como las demás reguladoras de las lenguas propias de las Comunidades Autónomas, suscita dificultades por lindar con materias reservadas a la competencia exclusiva del Estado, según la Constitución. En un conjunto de preceptos que, en su mayoría son de índole administrativa (régimen de la enseñanza, medidas de fomento), las Leyes de normalización lingüística llegan a regular la forma de publicidad de las normas jurídicas, estableciendo criterios interpretativos, reglas para expedir los documentos públicos e inscribirlos en Registros y normas de Derecho procesal, como son las que regulan la comparecencia de los interesados ante los órganos jurisdiccionales.

La regulación de estas materias afecta a la aplicación de las normas, la ordenación de los registros e instrumentos públicos y a la legislación procesal, que se encuentran reservadas al Estado por el artículo 149.1 de la Constitución (núms. 6 y 8) y deberían ser objeto de normación general y uniforme en todo el territorio nacional. Estos criterios han sido aplicados por el Tribunal Constitucional en dos recientes sentencias (de 26 de junio de 1986, «B. O. E.» del 4 de julio) para declarar inconstitucionales varios preceptos de las Leyes de normalización lingüística del País Vasco (Ley 10/1982) y de Cataluña (Ley 7/1983). De ambas sentencias cabe destacar, en este momento, que consideran contrario a la Constitución dejar a la decisión de la parte promotora de un expediente o procedimiento la determinación del idioma a utilizar, así como atribuir efectos prevalentes a la redacción de las normas en lengua regional en caso de interpretación dudosa. Ambos extremos deberán tenerse en cuenta al aplicar la Ley balear ahora reseñada.

2. ASOCIACIONES ESCOLARES. Régimen de las asociaciones de alumnos y de padres de alumnos.

Reales Decretos 1.532 y 1.533/1986, de 11 de julio («B. O. E.» del 29).

Ambos Decretos surgen al amparo de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la educación, desarrollando los requisitos para constituir tipos específicos de asociaciones.

Las asociaciones de alumnos se podrán constituir en los centros públicos o privados que impartan enseñanzas de EGB, Bachillerato o FP, pero sin comprender alumnos de Preescolar o ciclos inicial y medio de EGB. Su acta de constitución habrá de firmarse por un mínimo de 5 alumnos que representen el 5 por 100 de los alumnos del centro, inscribiéndose en un censo administrativo, sin que la inclusión tenga efectos constitutivos.

Por su parte, los padres o tutores de alumnos de centros de Educación Preescolar, EGB, Bachillerato y FP podrán asociarse para cooperar en el ejercicio de sus derechos en materia educativa. Para ello constituirán las asociaciones mediante acta en que «varios» padres o tutores (no se fija el número) manifiesten su voluntad, inscribiéndose, a efectos declarativos, en un censo administrativo.

Las asociaciones de padres de alumnos existentes en la actualidad deberán acomodarse al nuevo régimen en plazo de seis meses.

3. PERSONAS JURIDICAS. Regulación de las entidades canarias en el exterior.

Ley del Parlamento de Canarias 4/1986, de 25 de junio («B. O. E.» del 30 de agosto).

Se consideran entidades canarias en el exterior las asociaciones, sociedades y otras entidades carentes de finalidad lucrativa constituidas por canarios residentes en el exterior o cuyos estatutos marquen el cumplimiento de fines culturales o sociales relacionados con el pueblo canario.

Estas entidades podrán solicitar del Gobierno de la Comunidad Autónoma Canaria su reconocimiento, el cual les permitirá recabar el apoyo de los poderes públicos y ejercer los derechos que la Ley establece (de índole social y cultural).

Las entidades reconocidas deberán colaborar con las autoridades canarias en actividades culturales, de estudio y sociales que sean de interés para Canarias y para los canarios residentes en el exterior.

4. PERSONAS JURIDICAS. Se regula el reconocimiento de las entidades extremeñas.

Ley de la Asamblea de Extremadura 3/1986, de 24 de mayo («B. O. E.» del 5 de septiembre).

Las asociaciones constituidas fuera de Extremadura que, actuando sin ánimo de lucro, persigan el mantenimiento de lazos sociales y culturales con el pueblo extremeño, su historia y su cultura, podrán solicitar de la Junta de Extremadura su reconocimiento. Este las habilitará para recibir ayudas culturales, sociales y financieras de la Comunidad Autónoma destinados a cumplir sus fines.

### 3. *Derechos reales*

5. BIENES PUBLICOS. Aprobación del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

Real Decreto 1.372/1986, de 13 de junio («B. O. E.» del 7 de julio).

A) Exposición:

La Ley de Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril, estableció la necesaria actualización de los textos reglamentarios que, desde los años 50, venían regulando esta materia. Se aprueba ahora el Reglamento de Bienes, que mantiene los criterios tradicionales, aunque previendo la actuación de las Comunidades Au-

tónomas. Debe recordarse que este texto, entre otros, llena la remisión que a los bienes locales realiza el artículo 344 del Código civil.

El Reglamento desarrolla el régimen de los siguientes temas:

1. Bienes locales: Encabeza el Reglamento la enumeración de las fuentes reguladoras, con la siguiente prelación:

- legislación básica del Estado sobre régimen local,
- legislación básica del Estado sobre bienes administrativos,
- legislación de las Comunidades Autónomas,
- legislación estatal de régimen local y bienes públicos,
- las ordenanzas propias de cada Entidad, y
- supletoriamente las restantes normas de los ordenamientos administrativo y civil.

Los bienes de las Entidades locales se engloban en las dos categorías de bienes de dominio público (tanto de uso como de servicio público e incluyendo los comunales) y de bienes patrimoniales. Los bienes de dominio público son inalienables, inembargables, imprescriptibles y no están sujetos a tributo alguno.

Regula el Reglamento las formas de alteración de la calificación jurídica de los bienes, es decir, las afectaciones expresas, tácitas o implícitas y presuntas (por la adscripción durante más de 25 años) y las desafectaciones, que precisan siempre la recepción formal.

2. Adquisición de bienes: Reconocida la plena capacidad de los Entes locales para adquirir bienes, se regulan las especialidades de los actos onerosos y gratuitos. En todo caso, la aceptación de herencias se entenderá hecha a beneficio de inventario y en caso de adquisición vinculada a la afectación de los bienes a un uso establecido, se entenderá éste cumplido cuando se haya realizado durante 30 años.

El Reglamento incluye aquí dos normas sobre el ejercicio de acciones: Por una parte, se reitera su ejercicio obligatorio en defensa de los bienes y derechos locales; por otra, se impone el previo dictamen del Secretario, Asesoría Jurídica o letrado al acuerdo para ejercitarlas.

3. Conservación de los bienes: Desde el punto de vista jurídico, la defensa de los bienes locales se instrumenta mediante el inventario que toda Corporación local está obligada a llevar, y la inscripción en el Registro de la Propiedad de sus bienes inmuebles.

La inscripción de las fincas se realizará con la aportación del certificado previsto en la legislación hipotecaria, expedido por el Secretario con el visto bueno del Presidente de la Corporación, reduciéndose a la mitad los honorarios de los registradores. Estos deberán comunicar al Presidente de la Corporación la falta de inscripción o inmatriculación de los bienes de ésta de que tengan conocimiento.

No menor importancia revisten las prerrogativas de que disfrutaban las Entidades locales para defender sus bienes, concretadas en las facultades de investigación, deslinde y amojonamiento y recuperación posesoria, reguladas por el Reglamento, que detalle en cada caso el procedimiento administrativo a seguir. Como es tradicional en la regulación del «interdictum proprium», se limita su aplicación al plazo de un año cuando se trate de bienes patrimoniales.

Mediante un precepto expreso se prohíbe a las Corporaciones locales el alla-

namiento a las demandas que afecten al dominio y demás derechos reales de su patrimonio (art. 73).

También regula el texto reglamentario la administración de los bienes, refiriéndose a los valores mobiliarios y a los montes de forma particular.

Con separación de las restantes prerrogativas se regula el desahucio en vía administrativa, manteniendo el régimen del Reglamento anterior.

4. Disfrute de los bienes: El uso de los bienes de dominio público, según la modalidad que corresponda, podrá precisar de autorización o concesión administrativa, con los trámites y requisitos que se establecen.

Los bienes patrimoniales se arrendarán con aplicación del Reglamento de contratación y los comunales se explotarán en común por los vecinos.

5. Enajenación de los bienes: La disposición a título oneroso de bienes patrimoniales requerirá, en ocasiones, la autorización del órgano competente de la Comunidad Autónoma. Las cesiones gratuitas sólo podrán hacerse a instituciones públicas cuyos fines redunden en beneficio de los habitantes o a instituciones privadas de interés público no lucrativas.

#### B) Observaciones:

El presente Reglamento deroga expresamente al de 27 de mayo de 1955 y, como él, constituye la norma estatal que de forma más completa y sistemática regula los bienes de dominio público (locales, claro está). Por ello, su redacción ha sido tomada como modelo en las varias leyes reguladoras del patrimonio de las Comunidades Autónomas y promulgadas por éstas.

#### 6. DERECHOS DE PROPIEDAD. Regulación de la Dehesa en Extremadura.

Ley de la Asamblea de Extremadura 1/1986, de 2 de mayo («B. O. E.» del 22 de julio).

#### A) Exposición:

1. Ambito de aplicación de la Ley: Se consideran dehesas a las fincas rústicas en que más de 100 hectáreas de superficie sean susceptibles de aprovechamiento ganadero extensivo, según su destino agrario más idóneo. Quedan incluidas en el concepto las fincas de un mismo propietario que formen una unidad de explotación en un término municipal y las fincas cuyo aprovechamiento corresponda a varias personas, siempre que reúnan las condiciones físicas antes señaladas.

Las divisiones, actos o negocios realizados en fraude de esta Ley no serán obstáculo para su aplicación.

2. Control de aprovechamiento: Las dehesas habrán de inscribirse en un Registro especial administrativo, dependiente de la Consejería de Agricultura y Comercio, debiendo los propietarios afectados formular declaración al efecto dentro del plazo de tres meses desde la publicación de la presente Ley.

Una vez realizada la inscripción, el órgano autonómico competente comprobará la producción efectiva del aprovechamiento ganadero o corchero que se desarrolle en la misma. Igualmente determinará la producción potencial ganadera o corchera de que sea susceptible la finca según sus características y aplicando los criterios establecidos en los Anexos de esta Ley.

Si la carga ganadera o la producción corchera de una dehesa no alcanzan el 80 por 100 de las potenciales calculadas, los titulares habrán de elaborar un Plan de Aprovechamiento y Mejora, que aprobará la Consejería de Agricultura y Comercio. Cuando el plan no se elabore o sea rechazado, el órgano autonómico realizará uno de oficio.

3. Calificación de deficiente aprovechamiento: La falta de cumplimiento de los planes aprobados por la Administración autonómica dará lugar a la calificación individual de la dehesa como de deficiente aprovechamiento, competencia de la Junta de Gobierno de Extremadura y previa audiencia del titular de la finca.

Esta calificación supone la constatación del incumplimiento de la función social de la propiedad que habilita para la exacción de un impuesto especial y, en su caso, a la expropiación forzosa del uso o del dominio, por motivos de interés social.

El Impuesto de Dehesas se crea por la presente Ley, constituyendo su hecho imponible la calificación de las dehesas en deficiente aprovechamiento. Recae sobre los titulares de las fincas, sirviendo como base la diferencia entre la producción potencial y la efectiva de las dehesas, según su aprovechamiento, los tipos son progresivamente crecientes en el tiempo y según los años sucesivos de devengo. El impuesto queda afectado a la financiación del sector agrario.

Cuando las dehesas sean explotadas con arreglo a las directrices del plan aprobado, procederá la extinción de la exigencia del gravamen.

4. Otras disposiciones: Las medidas antes descritas para el control del aprovechamiento de las dehesas son el núcleo del texto legal, pero a ellas se añaden otras de diferente contenido y finalidad. Tales son:

a) Protección de las superficies forestales: El cultivo agrícola de las dehesas precisará de autorización previa de la Consejería de Agricultura y Comercio, que sólo la otorgará cuando los terrenos cumplan los requisitos físicos que la Ley establece.

El incumplimiento de este régimen se sanciona pecuniariamente y obliga a repoblar las zonas afectadas.

b) Aprovechamiento de las dehesas boyales o comunales: Estos terrenos, pertenecientes en este concepto a los municipios, figurarán inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad, pudiendo cederse el aprovechamiento a una Cooperativa o Sociedad Agraria de Transformación de la que forme parte el Ayuntamiento.

c) Unificación de la titularidad de aprovechamientos: Se fomentan por la Comunidad Autónoma, mediante auxilios económicos, todas las operaciones que acaben con la disgregación de la titularidad de aprovechamientos distintos sobre las dehesas. Los beneficiarios quedarán obligados a mantener la unión de las titularidades durante 20 años, so pena de perder los beneficios obtenidos.

#### B) Observaciones:

La Ley extremeña de Dehesas surge en el moderno conjunto de disposiciones que acometen la reforma agraria con medidas preferentemente distintas a la expropiación forzosa del dominio.

Referencia obligada es la Ley de Reforma Agraria de Andalucía, dictada por esta Comunidad Autónoma en 1984 (Ley de 3 de julio, reseñada en este Anuario,

XXXVII-IV, disposición n.º 5 de la Información legislativa), que contiene los instrumentos aplicados también por la Comunidad extremeña. Debe indicarse, sin embargo, que la Ley andaluza es más amplia en la regulación general de la reforma agraria, incluyendo normas administrativas de organización; pero la presente Ley de Extremadura aborda otras cuestiones específicas de las dehesas, procurando la conservación de su situación física actual.

La competencia de la Comunidad de Extremadura para regular esta materia (la reforma agraria) se recoge expresamente en el artículo 6.º d) del Estatuto de Autonomía, aunque el régimen completo debe obtenerse con la aplicación supletoria de la legislación estatal.

7. BIENES SINDICALES. Reglamento de la Ley de cesión de bienes del patrimonio sindical acumulado.

Real Decreto 1.671/1986, de 1 de agosto («B. O. E.» del 8).

La Ley 4/1986, de 8 de enero (reseñada en este Anuario, XXXIX-II, disposición n.º 7 de la Información legislativa), estableció un sistema para la integración en el Patrimonio del Estado de los bienes de la antigua Organización Sindical y su posterior cesión en uso a los Sindicatos y Asociaciones Empresariales. Mediante el presente Decreto se desarrollan algunos de los extremos de la citada Ley, destacándose los siguientes:

1. Concepto de Patrimonio sindical acumulado: Se incluyen en su ámbito los bienes de los antiguos Sindicatos o Agrupaciones Sindicales y entes que los sucedieron, exceptuándose sólo los bienes y derechos cuya titularidad dominical hubiere sido adquirida legítimamente por terceros o transferida antes de la entrada en vigor de la Ley 4/1986.

2. Integración de los bienes en el Patrimonio del Estado: Esta integración se produce con autonomía funcional, quedando adscritos los bienes al cumplimiento de los fines previstos por la Ley 4/1986. Estos bienes se inscribirán en los Registros correspondientes a nombre del Estado y mencionando su condición especial. Las certificaciones o solicitudes para practicar las inscripciones en el Registro de la Propiedad, se expedirán por el Subsecretario de Trabajo y Seguridad Social. La realización de instrumentos públicos y asientos registrales gozará de los beneficios aplicables al Estado en cuanto a los honorarios que se devenguen.

Podrán sustituirse bienes inmuebles sindicales por otros bienes del Patrimonio del Estado, de valor equivalente, mediante resolución del Ministerio de Economía y Hacienda; igualmente podrán permutarse los bienes con otros de terceras personas, precisándose autorización del Ministerio citado o del Consejo de Ministros.

3. Cesiones en uso de los bienes: Las cesiones de los bienes serán gratuitas, reuniendo todas las características propias del contrato de comodato (arts. 1.740 a 1.752 del Código civil).

Corresponde al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social aprobar las cesiones de bienes, que serán inscribibles en el Registro de la Propiedad, haciéndose constar que la propiedad de los bienes sigue siendo del Estado y que el incumplimiento de los fines y condiciones de la cesión causará su extinción.

El Reglamento detalla también el régimen administrativo de las solicitudes de cesión, su tramitación y la organización de la Comisión Consultiva competente en esta materia.

4. Régimen de los bienes incautados por el Estado: Los bienes incautados a entes sindicales por aplicación de la Ley de Responsabilidades Políticas de 1939 no se incluyen en el Patrimonio sindical acumulado, sino que se reintegrarán a sus antiguos propietarios. La reintegración se acordará por el Consejo de Ministros, inscribiéndose a cargo del Estado en el Registro de la Propiedad. De ser imposible reintegrar los bienes, el Estado compensará pecuniariamente su valor, estimado con referencia a la fecha de entrada en vigor de la Ley 4/1986.

#### 4. *Derecho de familia*

8. ALIMENTOS. Convenio sobre Ley aplicable a las obligaciones alimenticias, La Haya, 2 de octubre de 1973.

Instrumento de 16 de mayo de 1986 («B. O. E.» del 16 de septiembre).

##### A) Exposición:

1. Ambito de aplicación: El Convenio afecta a los alimentos debidos por relaciones de familia, parentesco, afinidad o matrimonio, comprendiendo los de hijos no legítimos.

Sin embargo, se admite que los Estados partes apliquen el Convenio sólo a los alimentos debidos por esposos o a menores de 21 años no casados. También podrán formular reserva los Estados excluyendo la aplicación del Convenio para colaterales, afines o ciertos matrimonios.

España formula reserva para aplicar su Ley interna cuando acreedor y deudor tengan nacionalidad española siempre que el deudor resida habitualmente en España.

2. Ley aplicable: El sistema que se establece, flexible, permite aplicar las siguientes Leyes internas:

- 1) De la residencia del acreedor alimenticio.
- 2) De la nacionalidad común de acreedor y deudor.
- 3) De la autoridad que conozca de la reclamación.

Procederá aplicarlas, sucesivamente, cuando las legislaciones primeramente citadas no permitan obtener alimentos.

3. Normas especiales: Se refieren a supuestos concretos:

— Los alimentos entre divorciados se regirán por la Ley aplicable al divorcio, así como debidos en caso de separación o anulación del matrimonio.

— Entre parientes colaterales o afines, el deudor podrá oponer la falta de obligación alimenticia en la Ley nacional común o en la de residencia habitual del deudor.

— El reembolso, por una institución pública, de la prestación suministrada se regulará por la Ley de la institución.

— En Estados con pluralidad de sistemas jurídicos, la Ley interna aplicable será la que establezca su propio Derecho, sin necesidad de que se ajuste a las disposiciones de este Convenio.

4. Alcance de la regulación: La Ley aplicable a la obligación alimenticia regulará el derecho del acreedor a los alimentos, la legitimación y plazos para ejer-

citar acciones y los límites de la obligación del deudor. Sin embargo, en todo caso, habrán de tenerse en cuenta las necesidades del acreedor y los recursos del deudor para fijar el montante de los alimentos.

Podrá excluirse la aplicación de la Ley determinada por el Convenio sólo cuando sea manifiestamente incompatible con el orden público.

#### B) Observaciones:

El presente Convenio entró en vigor para España, con la reserva indicada, el día 1 de octubre de 1986.

Las normas de Derecho internacional privado españolas, concretamente el artículo 9.7 del Código civil, difieren en algún punto del régimen convenido. Por una parte, la prelación de las legislaciones aplicables coloca en primer lugar a la Ley nacional común, mientras que el Convenio pospone ésta a la Ley de la residencia habitual del alimentista. Pueden producirse diferencias también en relación con los alimentos entre divorciados y otros casos de privación de efectos del matrimonio. En general, sin embargo, no se produce un cambio de criterio, pues el Convenio de 1973, sucesor del anterior Convenio sobre obligaciones alimenticias respecto a menores, de 24 de octubre de 1956, se funda en criterios ya tenidos en cuenta en la redacción dada en 1974 al Título preliminar del Código civil.

## II. DERECHO REGISTRAL

9. REGISTRO MERCANTIL. Se aprueban modelos de hojas para libros de inscripciones y se declara obligatoria su llevanza mediante hojas móviles.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de agosto de 1986 («B. O. E.» del 5 de septiembre).

Haciendo uso de las facultades conferidas por el Real Decreto 3.285/1976, de 23 de diciembre, se declara obligatoria la llevanza de los libros de inscripciones mediante el sistema de hojas móviles. Al tiempo, se aprueban nuevos modelos de estos libros y hojas, dictándose instrucciones para su utilización (práctica de asientos, medios utilizables, rectificación de errores) que son extensivas a los libros de Buques y Aeronaves.

Las nuevas normas sustituyen a las contenidas en la Resolución de 27 de julio de 1979.

10. REGISTRO MERCANTIL. Caducidad de las certificaciones negativas del Registro General de Sociedades.

Orden del Ministerio de Justicia de 28 de agosto de 1986 («B. O. E.» del 5 de septiembre).

Se establece un plazo de caducidad de tres meses para las certificaciones negativas del Registro citado, de forma que, para la autorización o inscripción de escrituras de constitución o cambio de denominación de Sociedades, será preciso aportar certificación de inferior antigüedad.

Como indica la exposición de motivos de la Orden, se subsanan, así, los posibles errores o confusiones derivados de la falta anterior de un plazo de caducidad.

**11. REGISTROS DE LA PROPIEDAD.** Llevanza mediante hojas móviles.

Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 26 de agosto de 1986 («B. O. E.» del 8 de septiembre).

Esta resolución aprueba nuevos modelos de las hojas móviles de los libros de inscripciones para los Registros de la Propiedad, dando, además, instrucciones para su llevanza. Los temas tratados son: medios de reproducción utilizables, asientos a practicar, régimen de publicidad, rectificación de errores y firma del Registrador.

**12. REGISTRO CIVIL.** Se modifican varios artículos de su Reglamento.

Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto («B. O. E.» del 19 de septiembre).

El Reglamento del Registro Civil, aprobado por el Decreto de 14 de noviembre de 1958, fue modificado en 1969 y 1977, pero desde entonces mantuvo su redacción a pesar de los cambios acaecidos en el ordenamiento civil español. Buena parte de sus preceptos resultaban, en efecto, incompatibles con los criterios introducidos por la Constitución y por las reformas del Código civil realizadas por las Leyes 11/1981, de 13 de mayo; 30/1981, de 7 de julio; 51/1982, de 13 de julio, y 13/1983, de 24 de octubre.

Por otra parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985, de 1 de julio, altera la estructura organizativa de la Administración de Justicia, añadiendo razones para la urgente modificación del régimen del Registro Civil.

Así pues, la reforma actual supone una completa revisión del texto reglamentario para coordinarlo con la legislación vigente. Resultan afectados 174 artículos del Reglamento, no sólo para actualizar su contenido sino suprimiendo regulaciones obsoletas e introduciendo nuevos criterios técnicos.

De la completa reforma sólo procede aquí hacer referencia específica a los extremos que pueden considerarse más llamativos. Tales son:

1. Entre los datos consignados en el Registro de que no se dará publicidad sin autorización especial, se menciona la «rectificación del sexo», con lo que, implícitamente, viene a admitirse esta operación registral (art. 21.2).

2. El Libro de Familia recogerá las indicaciones registrales sobre régimen económico de la sociedad conyugal, facilitándose la publicidad de éste (art. 36).

3. Los documentos que tengan acceso al Registro y no estén redactados en castellano deberán ser acompañados por su traducción salvo que al Encargado le conste su contenido (art. 86). Este precepto, que se inserta en el ámbito de las competencias constitucionales del Estado, discrepa del contenido de las diversas Leyes de normalización lingüística promulgadas por las Comunidades Autónomas.

4. No será necesaria la legalización de los documentos extranjeros si consta al Encargado la autenticidad de los mismos (art. 89); debe tenerse en cuenta, además, la vigencia de tratados internacionales en esta materia.

5. El plazo de declaración del nacimiento, cuando se acredite justa causa, se amplía a 20 días (art. 166).

6. Se actualizan los regímenes de las inscripciones de la emancipación e incapacitación, acomodándolos a las normas vigentes del Código civil.

7. Al regularse la filiación y su constancia, se contemplan las situaciones del hijo nacido dentro de los 180 días siguientes al matrimonio, del hijo no matrimonial de persona casada y los documentos públicos aptos para el reconocimiento de la filiación.

8. Las normas sobre nacionalidad se adecúan a la redacción actual del Código civil, recogién dose expresamente la posibilidad de no motivar las resoluciones denegatorias fundadas en razones de orden público e interés nacional (art. 224).

En esta materia resulta excesiva, sin embargo, la norma del artículo 366.2, según la cual «no es imperativa la resolución de peticiones de gracia», pues llega a vulnerar la Ley 92/1960, de 22 de diciembre, y el artículo 70 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que imponen a los órganos administrativos la obligación de resolver las instancias que reciban en asuntos de su competencia.

9. Al regularse la vecindad civil, el nuevo texto reitera el criterio restrictivo del artículo 15 del Código civil frente a la vecindad foral, sin tener en cuenta las disposiciones recogidas por los Estatutos de Autonomía, que son normas estatales y de rango especial (véanse el artículo 7.2 del Estatuto catalán y 6.2 del Estatuto de las Islas Baleares).

10. También los aspectos registrales del matrimonio reciben una completa modificación para acomodarlos al actual régimen sustantivo.

11. Queda robustecida la publicidad del régimen económico matrimonial al asegurarse el reflejo en el Registro Civil de las capitulaciones y demás hechos que le afecten. Los Notarios quedan obligados a expresar en las capitulaciones los datos registrales del matrimonio y deberán expedir copias de aquéllas a quienes se acrediten como titulares de algún derecho patrimonial frente a cualquiera de los cónyuges (art. 266).

12. Finalmente, también las inscripciones de cargos tutelares o de la curatela reciben nueva regulación.

### 13. REGISTRO DE HIPOTECA MOBILIARIA Y PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO.

Permite la utilización del sistema de hojas móviles.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de septiembre de 1986 («B. O. E.» del 20).

Aplicado ya el sistema de hojas móviles en los libros del Registro de la Propiedad y del Registro Mercantil, se extiende ahora al Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento. Como anexo se aprueban los modelos de libros de inscripciones y de sus hojas.

## III. DERECHO MERCANTIL

14. SEGUROS Y AVERIAS. Régimen jurídico del personal técnico tasador y liquidador.

Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 10 de julio de 1986 («B. O. E.» del 1 de agosto).

La presente disposición tiene naturaleza administrativa, dedicándose a establecer un control del Ministerio de Economía y Hacienda sobre las personas que actúen como peritos tasadores de seguros, comisarios y liquidadores de averías.

En general, las personas citadas deberán inscribirse en un Registro administrativo especial que se crea en el citado Ministerio y cumplir los requisitos de titulación y formación que la Orden detalla. Las sociedades podrán desarrollar estas funciones cuando constituyan su objeto social exclusivo y sus socios sean profesionales inscritos en el Registro especial.

Los distintos profesionales regulados son objeto de normas especiales que determinan sus funciones, titulación exigida y régimen de actuación:

1. Peritos tasadores de seguros: Les corresponde el asesoramiento a las partes del seguro en las operaciones de evaluación precisas para tarificar los riesgos y para determinar la indemnización de los siniestros producidos. Estas actividades están reservadas de forma exclusiva a los profesionales que cumplan los requisitos establecidos en la presente Orden.

2. Comisarios de averías: En los ramos de transportes actúan también con exclusividad, para constatar las averías en cascos y mercancías, sus causas y evaluación.

3. Liquidadores de averías: Realizan la liquidación de las averías gruesas o particulares por encargo de los interesados.

La Orden establece un régimen transitorio para su aplicación a las personas que, con anterioridad a su vigencia, ejerzan las actividades reguladas.

15. PROPIEDAD INDUSTRIAL. Convenio sobre concesión de Patentes Europeas, hecho en Munich el 5 de octubre de 1973.

Instrumento de 10 de julio de 1986 («B. O. E.» del 30 de septiembre).

El presente Convenio, de gran extensión, pues añade a sus 178 artículos el Reglamento para su ejecución, establece un derecho común a los Estados partes en la concesión de patentes de invención. Se introduce, así, la patente europea, que surtirá en los Estados partes los mismos efectos que las patentes nacionales.

Regula el Convenio la infraestructura administrativa en que se basa la patente europea, consistente en la Organización Europea de Patentes con sede en Munich, así como el régimen de competencias y financiero que permiten su funcionamiento. En cuanto al Derecho sustantivo de patentes, se determinan los requisitos de patentabilidad, los efectos de la patente europea y el complejo procedimiento de su tramitación. Buena parte de los criterios utilizados han sido recogidos en Derecho español por la reciente Ley de Patentes (11/1986, de 20 de marzo, reseñada en este Anuario, XXXIX-II, disposición n.º 20 de la Información legislativa).

Al ratificar el Convenio de España formula reserva para excluir la protección de los productos químicos o farmacéuticos, como tales, en la medida en que se la confiera la patente europea.

16. DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Aplicación de las normas de la CEE en España.

Real Decreto 1.882/1986, de 29 de agosto («B. O. E.» del 15 de septiembre).

Los principios del Derecho comunitario sobre libertad de competencia se establecen por los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, desarrollados por los Reglamentos del Consejo 17/62, de 6 de febrero de 1961, y 1.017/68, de 19 de julio de 1968.

Prevista en el Acta de Adhesión de España a la Comunidad la aplicación interna del acervo comunitario, el presente Decreto establece los medios que la permiten.

Al efecto se designa al Tribunal de Defensa de la Competencia como autoridad competente para aplicar las normas citadas y colaborar con la Comisión de las Comunidades Europeas. La Dirección General de Defensa de la Competencia realizará, a través de sus funcionarios, las verificaciones que solicite la Comisión, prestando apoyo, en su caso, a los agentes de ésta.

Expresamente se impone a los funcionarios o agentes competentes la obligación de no divulgar los datos obtenidos en el ejercicio de sus funciones de verificación y reservarlos para su uso en los fines de defensa de la competencia, por incluirse en el ámbito del secreto profesional.

## V. OTRAS DISPOSICIONES

17. ACTOS ADMINISTRATIVOS. Regulación de las comunicaciones y escritos administrativos.

Orden del Ministerio de la Presidencia de 7 de julio de 1986 («B. O. E.» del 22).

Con el fin de racionalizar y simplificar la elaboración de los escritos y comunicaciones de los órganos de la Administración del Estado, se dicta una serie de normas referentes a las siguientes materias: identificación de los firmantes de documentos, elaboración de documentos y utilización de material impreso.

La presente Orden proscribe la utilización de fórmulas redundantes y farragosas en los escritos administrativos y trata de asegurar la claridad de las expresiones que se utilicen. Estas normas serán de obligado cumplimiento para los órganos administrativos y sólo orientadoras o indicativas para los particulares.

18. ADMINISTRACION DEL ESTADO. Se reestructuran ciertos Departamentos ministeriales.

Real Decreto 1.519/1986, de 25 de julio («B. O. E.» del 26).

Con ocasión del nombramiento de nuevo Gobierno después de las elecciones del 22 de junio, se modifica la lista de Ministerios, reajustando las competencias de los Ministerios de Administración Territorial y de Presidencia, que se extinguen, entre los nuevos, «para las Administraciones Públicas» y «de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno».

19. HACIENDA PUBLICA. Regulación de la Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Ley de las Cortes de Aragón 4/1986, de 4 de junio («B. O. E.» del 30 de julio).

Para regular su Hacienda, la Comunidad de Aragón, igual que otras Comunidades Autónomas, utiliza el modelo de la Ley General Presupuestaria, de 4 de enero de 1977, adaptando sus normas al ámbito autonómico.

Además de sus preceptos de índole organizativa, la Ley establece principios básicos que rigen las relaciones de la Comunidad Autónoma con los administrados, mereciendo destacarse los siguientes aspectos:

1. Atribución a la Comunidad aragonesa de las prerrogativas de que goza el Estado para exigir sus ingresos de Derecho público.
2. Competencia de la Diputación General para transigir, someter a arbitraje derechos de la Hacienda aragonesa o desistir de acciones.
3. Exclusión de embargo o apremio de los bienes y derechos de la Hacienda.
4. Encomienda de la representación y defensa en juicio de la Hacienda de Aragón a los letrados de la Comunidad Autónoma.
5. Establecimiento de requisitos especiales para la realización de operaciones de crédito o préstamo por las que se endeude la Comunidad Autónoma. Los títulos de la Deuda Pública de Aragón gozarán del mismo régimen que la Deuda estatal.

#### 20. HACIENDA PUBLICA. Régimen económico y presupuestario del Principado de Asturias.

Ley de la Junta General 6/1986, de 31 de mayo («B. O. E.» del 9 de agosto).

La presente Ley asturiana regula la Hacienda de la Comunidad Autónoma, con especial atención a los aspectos contables y presupuestarios. Para ello, siguiendo el precedente marcado por otras autonomías, se utiliza como modelo a la Ley General Presupuestaria, de 4 de enero de 1977, extendiendo la aplicación de los principios tradicionales de la Hacienda estatal, con las adaptaciones imprescindibles.

Especial interés revisten, para este Anuario, los preceptos que permiten a la Comunidad Autónoma emplear medios administrativos para la exacción de sus recursos de Derecho público, la prohibición del empleo del procedimiento de apremio sobre los bienes del Principado y la competencia del Consejo de Gobierno para transigir o someter a arbitraje los derechos de la Hacienda autonómica.

También se regulan las operaciones de endeudamiento, sometidas a especiales requisitos, y la Deuda Pública del Principado, representada por títulos-valores cuyo régimen será el mismo que el de la Deuda Pública estatal.

#### 21. REGIMEN LOCAL. Se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación Territorial.

Real Decreto 1.690/1986, de 11 de julio («B. O. E.» de 14 de agosto).

La Ley de Bases de Régimen Local (7/1985, de 2 de abril) ya anunció la elaboración de nuevos reglamentos de desarrollo de esta legislación. Publicado el texto articulado y refundido de dicha Ley (Real Decreto-legislativo 781/1986, de 18 de abril, reseñado en este Anuario, XXXIX-II, disposición n.º 26, de la Información legislativa), van sucediéndose los desarrollos reglamentarios que sustituyen

yen a los aprobados en los años 50. Los nuevos textos, como el que nos ocupa, tienen en cuenta las competencias en la materia asumidas por las Comunidades Autónomas, que dificultaban la aplicación de los antiguos reglamentos.

El presente Reglamento tiene dos partes bien diferenciadas:

1. La regulación del territorio, es decir, de los términos municipales, refiriéndose a sus alteraciones, deslinde, capitalidad y agrupaciones. Muy inferior es la importancia del territorio provincial, también regulado.

2. La población municipal, clasificada en residentes (vecinos y domiciliados) y transeúntes, que se integra en el documento público y fehaciente que es el Padrón Municipal. La llevanza de éste es objeto, también, de regulación detallada.

22. **IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS.** Régimen para las devoluciones de las cantidades ingresadas por Recargo Municipal.

Real Decreto 1.959/1986, de 29 de agosto («B. O. E.» del 24 de septiembre).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 179/1985, de 19 de diciembre, declaró inconstitucionales los artículos de la Ley 24/1983, de 21 de diciembre, que permitían a los Ayuntamientos imponer recargos sobre la cuota del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Para llevar a completa ejecución dicha sentencia se regula el procedimiento para la devolución a los contribuyentes de las cantidades ingresadas por dichos recargos correspondientes a 1983 y 1984. La devolución se realizará de oficio y por el Ministerio de Economía y Hacienda, pudiendo reclamarla los interesados si transcurren seis meses desde la vigencia de este Decreto, sin haberla recibido.

Terminan así las discusiones surgidas en la Administración sobre el alcance de las declaraciones contenidas en la citada sentencia del Tribunal Constitucional.



# BIBLIOGRAFIA

## Libros

**ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio:** «Curso de Derechos reales. Tomo I. Propiedad y posesión», Madrid, 1986, Editorial Cívitas, S.A., 224 páginas.

Con esta obra sobre los Derechos reales, dedicada, ahora, concretamente a la propiedad y a la posesión, el docto profesor Alvarez Caperochipi continúa su magnífica labor expositiva y eficazmente pedagógica en el ámbito del Derecho civil con la redacción de este nuevo «Curso», breve, claro y profundo, que facilitará a los iniciados y recreará a los especialistas, tanto por sus orientaciones críticas como por sus aportaciones.

El capítulo primero comienza con un tratado de los derechos reales, su posición en el sistema de Derecho civil, su contenido y tipicidad, además de recoger su elenco bibliográfico y una nota sobre la jurisprudencia registral. El capítulo segundo aborda la propiedad como principio epistemológico del Derecho, su tratamiento en el Código civil, la formación histórica del concepto de propiedad privada en dicho Código, la definición y caracteres del derecho de propiedad, su función social, así como la crisis y sentido de la propiedad en el Derecho moderno. El capítulo tercero trata la tutela jurisdiccional de la propiedad, su prueba, sus orígenes y desarrollo, para pasar a la acción reivindicatoria. El capítulo cuarto comprende la propiedad de inmuebles, el concepto de finca y las relaciones de vecindad.

La posesión es materia del quinto capítulo, con el estudio del origen y fundamento de la protección posesoria, la naturaleza jurídica de la posesión, la detentación, la prueba y el objeto de la posesión y la adquisición a **non domino** de los bienes muebles.

Los modos de adquirir la propiedad y la teoría de la adquisición de la propiedad como parte del tratado de la posesión componen el capítulo sexto; el séptimo trata la ocupación (hallazgo, tesoro y aprehensión de animales); el capítulo octavo abarca la sucesión; el noveno, la usucapión; el décimo, la tradición; el undécimo, la propiedad común, la copropiedad, la distinción entre comunidad y sociedad, así como el régimen jurídico de la comunidad de bienes en el Derecho vigente; por último, el capítulo doce explica la propiedad horizontal, su naturaleza jurídica, las partes privativas y los elementos comunes, el estatuto del propietario, o la gestión de la comunidad, y, finalmente, la propiedad horizontal y el Registro de la Propiedad.

**BELTRAN, Emilio:** «Las deudas de la masa», “*Studia Albortiana*”, n.º 1. Prólogo de Angel Rojo. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986.

El Derecho concursal es en nuestro país un sector del ordenamiento jurídico particularmente falto de tratamiento científico. La importante elaboración realizada en el siglo XVII por los concursalistas españoles —aquí es obligada la cita de Salgado de Somoza y su *Labyrinthus creditorum*— no tuvo, pese a su incuestionable influencia incluso fuera de nuestras fronteras, la adecuada continuación en los dos siglos posteriores.

La carencia de este necesario sustrato se refleja de alguna manera en la vigente regulación concursal, claramente defectuosa e insuficiente. Constituida por acumulación sucesiva de normas pertenecientes a diversos momentos históricos, se encuentra contenida en distintos cuerpos legales —no siempre armónicos— en los que con frecuencia, y con discutible resultado práctico, late la pretensión de diferenciar las vertientes procesal y sustancial de la institución concursal. Pero, con todo, no es ello el principal defecto imputable a nuestro Derecho relativo a las situaciones de crisis empresarial. Hay que convenir en su carácter arcaico u obsoleto; es decir, inadecuado a las nuevas circunstancias económicas y sociales e inspirado por una «ideología» —hoy superada— que sitúa en el centro del sistema la tutela del interés de los acreedores, interés con el que se identifica el interés público presente en el concurso.

En este marco normativo —ciertamente complejo—, la labor investigadora presenta dificultades adicionales que han alejado de su ámbito al estudioso. Dejando al margen concretas y honrosas excepciones, no ha sido el Derecho concursal objeto de especial atención en los círculos académicos; al contrario, los esfuerzos realizados en torno al mismo han sido llevados a cabo predominantemente por juristas prácticos que, con desigual fortuna, se han esforzado por colmar los vacíos existentes y por aclarar las dudas que suscita nuestro Derecho positivo.

Las mencionadas circunstancias no han arredrado a Emilio Beltrán. El estudio contenido en la obra que motiva estas líneas penetra en profundidad en el Derecho concursal. La figura de las deudas de la masa, como recuerda el profesor Rojo en su prólogo, es el banco de pruebas de la propia quiebra, y, ciertamente, el trabajo realizado pone de relieve el esfuerzo llevado a cabo por el autor para depurar instituciones fundamentales del concurso, cuya clarificación conceptual es requisito ineludible para fijar el régimen jurídico de las deudas de la masa o cuya configuración viene determinada en función de la específica naturaleza de las deudas de la masa.

El estudio desarrollado aún, en otro orden de cosas, actualidad y tradición. Las deudas de la masa —gastos y obligaciones— aparecen ya en los primeros momentos del juicio universal de quiebra en su carácter de deudas —en sentido amplio— contraídas para el adecuado desarrollo del mismo. Pero la institución contemplada encuentra un renovado interés a la luz de la nueva «filosofía» que informa el Derecho de la crisis empresarial: el «saneamiento» de la empresa, término acuñado para indicar el renovado objetivo a que se dirige el concurso. La liquidación del patrimonio del deudor común entre los acreedores no constituye ya la finalidad natural del concurso, sino que éste se orienta a la conservación de la empresa. Bajo este presupuesto es obvio que las deudas de la masa cobran una renovada actualidad; «de su correcta delimitación —como señala el autor— dependerá en buena medida la eficacia de los procedimientos concursales», pues

la conservación de la empresa sólo llegará a buen puerto, si se otorga preferencia en el pago, conceptuando acreedores de la masa, a quienes contribuyen a reflotar la empresa del deudor común.

A modo de introducción a la obra aquí reseñada, tras una breve referencia al origen y evolución histórica de las deudas de la masa y al distinto significado de la expresión en los Derechos germánicos y latinos, se ocupa en base a las razones apuntadas de la creciente importancia de la institución.

La primera parte del estudio del doctor Beltrán se dirige a determinar el concepto y naturaleza de las deudas de la masa. En primer lugar se expone la situación del tema en los ordenamientos francés, italiano y alemán, para afrontar a continuación la problemática en el Derecho español. Es obvio que para ello es indispensable conocer quiénes son los sujetos de la relación jurídico-obligacional presente en las deudas de la masa y, consecuentemente, plantearse el debatido tema de la personificación de la masa activa y de la masa pasiva de la quiebra. Coherentemente con otros ordenamientos, se niega toda personalidad a la masa patrimonial de la quiebra. «No es más que aquel conjunto de bienes del deudor común que, separados del resto del patrimonio de éste, pasan a ser administrados por los órganos de administración y representación de la quiebra con la específica finalidad de satisfacer a los acreedores». Se trata, pues, de un patrimonio separado, pero tal hecho no lo convierte de objeto sobre el que se hace efectiva la responsabilidad en sujeto. Tampoco la masa pasiva, la masa de acreedores, es el deudor de las deudas de la masa. Esta no es sino el conjunto de acreedores con derecho a concurrir a la quiebra; su unión es un simple hecho procesal motivado por la ejecución colectiva y, evidentemente, no cabe su personificación. Las deudas de la masa son deudas del quebrado, generadas por el procedimiento concursal (gastos de la masa) o generadas por los síndicos y previamente por el depositario (obligaciones de la masa) en su condición de gestores, de un patrimonio separado, cuya titularidad sigue correspondiendo al quebrado, si bien no la administración encomendada por Ley a los citados para la realización de la finalidad específica de la quiebra.

Examina seguidamente el doctor Beltrán la posición de las deudas de la masa en el marco del concurso. A tal efecto, la nota de su prioridad, esto es, que deben ser satisfechas con preferencia a las restantes deudas del deudor común, es puesta en relación con la masa activa, masa pasiva y con los créditos privilegiados. De ello resulta que las deudas de la masa, que son pagadas en prededucción, se caracterizan por ser posteriores a la apertura del procedimiento concursal, por ser deudas a cargo del quebrado, nacidas básicamente de la actuación de los síndicos y depositario en el caso de las obligaciones de la masa, o de la actuación del quebrado, acreedores u órganos de la quiebra en el caso de los gastos de la masa, y, en último lugar, por estar encaminadas a hacer posible el procedimiento concursal, por lo que comprenden tanto las estrictamente procesales como aquellas motivadas por la gestión del patrimonio concursal.

Tras la consideración de las fuentes de donde emanan las deudas de la masa, gastos y obligaciones, la segunda parte del estudio penetra en el examen de su régimen jurídico. La situación jurídica de los acreedores de la masa durante la tramitación del procedimiento de quiebra y el pago de las deudas de la masa son detenidamente contempladas por el autor, que desciende a un rico casuismo sin que por ello los concretos árboles le hagan perder de vista el frondoso bosque de la quiebra, donde encuentran perfecto acomodo y engarce las soluciones que ofrece.

El estudio concluye con un capítulo, el tercero de la segunda parte, destinado al examen de las deudas de la masa en la quiebra dependiente, y en el que incluye, asimismo, el supuesto de reapertura de la quiebra.

A mi juicio, debe resaltarse el indiscutible mérito del autor al enfrentarse con un tema ciertamente difícil —dentro de la ya intrínseca dificultad de la materia concursal— y que en nuestro país no había merecido, salvo contadas excepciones, la adecuada atención. La extensión de la quiebra de la sociedad a los socios de la misma ilimitadamente responsables y la quiebra consecutiva que se abre como consecuencia de un precedente procedimiento concursal permiten al doctor Beltrán poner de manifiesto su dominio no sólo del Derecho concursal, sino también de otros sectores, como el de sociedades, cuyos conceptos e instituciones maneja con total soltura.

De las líneas precedentes se desprende sin género alguno de duda la positiva valoración que merece la obra que aquí se reseña. Por supuesto, podrá discreparse de alguna determinada solución; podrá pensarse, también, en algún concreto supuesto del que hubiera sido deseable una más detenida consideración. Ahora bien, ello no empaña en ningún caso la intrínseca calidad. Con estilo sencillo y a la vez cuidado, el lector es conducido a través de los vericuetos del Derecho concursal siguiendo el curso de las deudas de la masa; pero, además, ofrece el doctor Beltrán al lector interesado, mediante las abundantes notas, un gran número de sugerencias, de temas conexos que, unidos a una rica bibliografía, extienden el interés de la obra más allá del estricto ámbito determinado por su título.

El estudio considerado se une a otros también recientemente aparecidos en nuestro país sobre la temática concursal y que parecen reflejar un renacimiento del interés doctrinal por estas cuestiones. Confiemos que no sea un fenómeno meramente coyuntural y continúe la prestigiosa tradición de la concursalística española de siglos anteriores. Excelente materia prima para ello hay entre nuestros juristas, como lo acreditan los autores del Anteproyecto de Ley Concursal y lo acredita asimismo Emilio Beltrán con títulos suficientes.

EDUARDO GALÁN CORONA

**MEZQUITA DEL CACHO, José L., y LOPEZ MEDEL, Jesús: «El Notariado y los Registros. Orientación vocacional y de estudios».** Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid, 1986, 232 páginas.

Cuando dos juristas, en la cúspide de su vida profesional y en plena madurez intelectual, hacen un alto en su quehacer y reflexionan en voz alta sobre su propia actividad —en este caso, la notarial y la registral, respectivamente—, el fruto de aquélla suele ser brillante y atrayente, pues aciertan a formular quintaesencias y últimos principios, en los que se plasma y decanta el saber acumulado a lo largo de muchos años, y adquirido tanto en los libros como en la práctica diaria del ejercicio profesional.

Cuando entre nosotros se procede a una frenética revisión, con oportunidad o sin ella, de importantes profesiones jurídicas (así ocurre con los Abogados del Estado, que después de ser un prestigioso Cuerpo centenario ha visto ahora difuminados sus perfiles en un amorfo conglomerado; por no hablar de Jueces y

Magistrados, conmovidos en sus principios también seculares por una nueva Ley Orgánica; o de los Catedráticos universitarios, que conservan el nombre a costa de ver recortadas sus funciones), resulta ejemplar que un Notario y un Registrador, ambos con reconocido prestigio como publicistas, aúnen esfuerzos y nos ofrezcan, bajo un título modesto, que acaso puede desorientar sobre su contenido, un análisis en profundidad sobre el concepto de seguridad jurídica privada y las diversas formas de realización a través de la actividad notarial y registral, precedido todo ello de unas breves pero enjundiosas páginas sobre el Derecho como objeto del saber científico.

También resulta destacable el modo de distribución del trabajo entre ambos autores, pues, aunque cada capítulo tiene la firma correspondiente, confiesan aquéllos en el prólogo que la obra es realmente «conjunta», por lo que bien puede decirse que la han escrito «mancomunada y solidariamente», por utilizar una cláusula de estilo no por imperfecta menos clásica.

Con encomiable modestia, la obra se dirige a opositores de ambos Cuerpos (a quienes, por lo demás, ofrece unos interesantes datos estadísticos del período 1975/1985). Pienso, no obstante, que el tema de la seguridad jurídico-privada es central en la parte general del Derecho civil, en el capítulo dedicado a la tutela del Derecho subjetivo, o, si se prefiere, en la Teoría General del Derecho (si se introduce esta asignatura en el nuevo plan de estudios); sin olvidar el puesto básico que debe ocupar en el Derecho Inmobiliario Registral, que, sin duda, está llamado a ocupar un lugar preferente en los programas del tercer ciclo.

Todo ello corrobora la oportunidad de la aparición de la presente monografía, por la que deben ser felicitados sus autores.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

**PASCUAL ESTEVILL, Luis: «El pago». Barcelona, 1986, Bosch, Casa Editorial, S.A., 414 páginas.**

Esta monografía sobre el pago o cumplimiento de las obligaciones tan sólo recoge lo ya tratado por la doctrina civilista española, en un acopio legislativo y jurisprudencial, sin que aporte nuevos matices y planteamientos, destacándose su redacción por dicciones muy personales y barrocas.

El libro comienza con una breve introducción sobre la obligación, su ciclo vital y la extinción de la relación obligatoria mediante el pago o cumplimiento, y se divide el tratamiento del pago de las obligaciones en dos secciones: la primera referida propiamente al pago y la segunda concretada a los sustitutivos del pago o cumplimiento.

La sección primera comprende los cinco primeros capítulos del libro. El primero trata el concepto y naturaleza jurídica del pago o cumplimiento; el segundo aborda la exactitud de la prestación; el tercero, las posiciones pasiva y activa en el pago, y el cuarto se refiere a los efectos que puede producir un cumplimiento.

La sección segunda continúa con el capítulo quinto sobre la consecución del fin de la obligación en virtud de la intervención de tercero en la realización de la prestación y los efectos de aquel subingresso en la relación; el capítulo sexto contiene la dación en pago y la cesión para pago de bienes y derechos; el capítulo

séptimo recoge la imputación de pagos, y, por último, el capítulo octavo concluye con el ofrecimiento de pago y consignación de la prestación debida.

JOSÉ BONET CORREA

**PIOTET, Paul: «Le régime matrimonial suisse de la participation aux acquêts».**  
Editions Staempfli, Berne, 1986, 160 páginas.

Entre los países europeos occidentales, era Suiza el que no había acometido la gran reforma de los regímenes económicos del matrimonio. Ciertamente, no por falta de interés ni de preocupación por el tema, pues ya en 1957 el Departamento Federal de Justicia encargó su estudio a una Comisión presidida por el profesor Grossen, que en sus Informes de 1962 y 1965 propuso, por leve mayoría, un nuevo régimen matrimonial, que denominó de «administración separada». En 1968 se daría el impulso definitivo mediante una nueva Comisión de expertos, en la que el trabajo principal fue desarrollado por el profesor Deschenaux, de la Universidad de Friburgo, asistido por el profesor Petitpierre, de Genève. El anteproyecto se ha convertido en la Ley Federal de 5 de octubre de 1984, que modifica el Código civil en lo relativo a los efectos generales del matrimonio, régimen económico matrimonial y sucesiones. El fin principal de la reforma ha sido sustituir el régimen de unión de bienes por el de participación en las ganancias como régimen legal; y como ejemplo paradigmático del *savoir faire* del legislador suizo cabe destacar que el nuevo régimen entrará en vigor el 1.º de enero de 1988, con lo que teóricos y prácticos, juristas y no juristas, disfrutarán de una amplia *vacatio legis* para adaptarse al cambio legal.

Nos dice el autor que el legislador ha rechazado la separación de bienes, como régimen legal, por no tener en cuenta, por sí sola, en el plano financiero, a la comunidad conyugal, y también la comunidad de adquisiciones, en razón de la dificultad de regular de modo satisfactorio la administración de los bienes comunes.

Con relación al anterior régimen legal, se ha suprimido la propiedad del marido sobre los bienes fungibles aportados por la mujer, y la administración y disfrute por el marido de los restantes bienes aportados por la mujer; carentes de significado, han desaparecido los bienes reservados. Al dispensar identidad de trato a ambos cónyuges, se fija en la mitad la participación de cada uno en las ganancias netas del otro. En adelante habrá cuatro masas patrimoniales: las propias de cada cónyuge y las ganancias del marido y de la mujer.

Al ser la primera exposición de conjunto sobre la reforma, ya se comprende que no abundan las referencias bibliográficas. Tampoco contiene indicaciones de Derecho comparado. Su finalidad es fundamentalmente expositiva. Su utilidad, no obstante, sobre todo para el jurista extranjero, no es desdeñable; entre nosotros, cabe esperar la pronta aparición de estudios comparativos, con vistas a una eventual reforma de nuestro casi inédito régimen de participación.

La obra consta de ocho capítulos, en los que, después de una introducción general, se estudia la distribución de bienes entre los privativos y las ganancias con los reembolsos y subrogaciones, la responsabilidad interna por las deudas, los bienes propios, las ganancias, las presunciones y las pruebas de la pertenencia de los bienes, la disolución y liquidación y el Derecho transitorio.

El autor no se dispensa de hacer una crítica general al nuevo régimen legal. A su juicio, se trata de un régimen demasiado complicado para ser comprendido y aplicado por la inmensa mayoría de los ciudadanos; puede resultar injusto en el caso de que uno de los cónyuges haya adquirido una gran fortuna y el otro haya permanecido en el hogar, debiendo compartir la mitad, a la muerte de éste, con sus herederos. Se inclina por un régimen de separación con ampliación de derechos sucesorios y una indemnización equitativa para el cónyuge que trabajó en el hogar y no obtuvo nada en caso de divorcio. Por ahora, se trata de críticas doctrinales que habrán de contrastarse con las que se deriven de su funcionamiento práctico.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

**RUIZ SOROA, J. M./ZABALETA SARASUA, S./GONZALEZ RODRIGUEZ, M.:**  
**«Manual de Derecho del Transporte Marítimo», Ed. Escuela de Administración Marítima del Gobierno Vasco, Vitoria, 1986, 451 páginas.**

1. No abundan en nuestra doctrina obras relativas al Derecho marítimo, y en especial a la institución que constituye el centro de gravedad del mismo: los contratos de utilización del buque. La historia de los estudios maritimistas entre nosotros se ha caracterizado, como es bien sabido, por su fragmentariedad y su valor desigual. Hoy, sin embargo, se aprecia una creciente sensibilización de los autores hacia esta rama del Derecho. En esta línea, el libro que vamos a comentar representa una importante aportación al tratamiento de aquellas figuras contractuales, con particular referencia al **fletamento** y al **transporte marítimo en régimen de conocimiento**.

Se inicia la presente obra con unas reflexiones introductorias en torno al sistema de los contratos de utilización del buque. Aunque se niega la existencia entre ellos de un nexo jurídico estructural, se observa que, desde una perspectiva económica y descriptiva, la categoría puede ser utilizada para englobar contratos de tan diversa naturaleza jurídica como son, de una parte, el arrendamiento del buque a casco desnudo o **bareboat charter** (tema 2) y la discutida figura del fletamento por tiempo o **time-charter** (tema 4 y ss.), y de otras formas inequívocas de transporte, sea bajo la modalidad de fletamento por viaje (tema 11 y ss.), sea bajo la modalidad de transporte en régimen de conocimiento (tema 24 y ss.). Merece especial atención la decidida postura que se adopta en favor de una consideración del **time-charter** como contrato de transporte, recibiendo así una configuración unitaria del fletamento **by charter party** en su doble modalidad de fletamento por tiempo y fletamento por viaje. Se rechazan de esta forma las construcciones de las doctrinas francesas e italiana en las que se distinguía entre fletamento, en el que el fletante sólo prometía la navegación, y contrato de transporte, en el que el porteador asumía la obligación adicional de desplazamiento de las mercancías. Siguiendo una opinión consolidada en la doctrina anglosajona, observa Ruiz Soroa que «todo fletamento entraña una operación de transporte» porque «no se promete navegar, sino navegar para transportar» (p. 33).

El segundo tema del Manual se dedica a la figura del arrendamiento del buque a casco desnudo (**bareboat charter** o **affrètement coque-nue**), por el que el propie-

tario cede la posesión del buque al arrendatario, quien se convierte, de esta forma, en naviero titular de la explotación. Unas interesantes consideraciones sobre la función económica y el relanzamiento de la institución como consecuencia de la crisis del sector de la construcción naval introducen al lector en el estudio de su régimen jurídico, que será el del arrendamiento de cosas del Código civil completado por las normas del Código de comercio sobre el fletamento que «respondan a una *eadem ratio* de supuestos con el arrendamiento», por ejemplo, puesta a disposición del buque a favor del fletador (p. 36). El tratamiento de las cuestiones de detalle sobre el contenido del contrato se realiza a la luz de los dos formularios habituales en el tráfico: **Barecon A** y **B** (pp. 37 y ss.).

El tercer tema introductor, redactado como los anteriores por Ruiz Soroa, va destinado a fundamentar la construcción unitaria del fletamento. En nuestro Código de comercio, a diferencia del francés, el fletamento, al atenderse a la finalidad que con el contrato se pretende obtener, tiene la naturaleza de transporte. Sin embargo, la recepción por algún sector de nuestra doctrina de las construcciones francesa e italiana en las que se distinguían ambas figuras, determinaría la ruptura con la postura defendida por nuestros autores más clásicos. No obstante, ni los textos legales, ni la realidad comercial, ni el recurrido «particularismo» del Derecho marítimo, permiten explicar los diferentes tipos de fletamento sino como formas de transporte (pp. 48 y ss.). A continuación se realiza una serie de consideraciones sobre el régimen, elementos personales (especialmente interesantes las observaciones sobre los «corredores de fletes» o **brokers**), elementos reales y formales del contrato, el estudio de las pólizas habituales en el tráfico, así como los tratos preliminares y perfección del contrato.

El tema cuarto es el primero de los dedicados al estudio del **time-charter**. Zabaleta Sarasúa recoge las consideraciones anteriores y califica, a pesar de la opinión mayoritaria de los autores españoles, también al fletamento por tiempo como contrato de transporte. Se abandona así aquella posición de nuestra doctrina en la que se configuraba este negocio como arrendamiento de cosas, o, la más extendida, que lo calificaba como **locatio operis**, siendo el **opus** simplemente la navegación. Defendiendo su integración en el concepto unitario de fletamento, se mantiene la aplicación directa de los preceptos generales del Código de comercio sobre este contrato, también al **time-charter** (p. 69). De un examen detenido de las cláusulas más normales en las pólizas-tipo se puede deducir que la prestación a la que se obliga el fletante es la de realizar un servicio de transporte. Tal es el punto de vista que tradicionalmente han mantenido la doctrina y la jurisprudencia anglosajona, en donde resulta igualmente evidente la responsabilidad del naviero fletante en concepto de porteador marítimo frente a los poseedores de los conocimientos emitidos por el capitán (p. 119). Efectivamente, el dato fundamental radica en el mantenimiento de la relación de dependencia del capitán, cuando firma los conocimientos de embarque en los que se fundamenta la responsabilidad **ex recepto**, respecto del armador fletante, no obstante la falsa apariencia que genera la «**employment clause**», cuya incorrecta interpretación, destacada por alguno de nuestros autores (1), determinaría la equívoca calificación que recibiría este tipo contractual en la doctrina maritimista del continente europeo. El tema 9 está de-

---

(1) GONDRA, J. M.: *El "time-charter" en el sistema de los contratos de utilización del buque*, «Il Diritto Marittimo», 1984, pp. 765 y ss. (esp. 801 y ss., 614).

dicado al estudio de otras cláusulas especiales que aparecen, eventualmente, en las pólizas del **time-charter**. Termina la primera parte del libro con un tratamiento de las causas de extinción de este contrato.

La segunda parte del Manual contiene un amplio estudio del fletamento por viaje, en el que González Rodríguez destaca el hecho de ser éste el tipo negocial que tiene en cuenta el legislador del Código de comercio al tratar del contrato de fletamento. El amplio conocimiento práctico del comercio marítimo, de los formularios habituales y de la jurisprudencia anglosajona que posee el autor tiene reflejo en el conjunto de los temas destinados al estudio del **voyage-charter**. Se echa en falta, sin embargo, alguna referencia a la jurisprudencia de otros ámbitos o la literatura jurídica que ha estudiado este tipo contractual. También cabría objetar el tratamiento tan detallado de alguna materia concreta, frente a las escasas referencias de otras de, por lo menos, igual importancia (por ejemplo, relación entre póliza de fletamento y conocimiento de embarque, p. 186), lo que puede estar justificado por encontrarse éstas mejor tratadas en otros lugares de la obra. Especial interés tiene el tema 15 referente a las operaciones de carga y descarga, donde se realiza un tratamiento minucioso e informativo de las cláusulas habituales en los formularios. Lo mismo cabe decir de los temas 16 y 17 sobre tiempos de «planchas y demoras», en los que se abandona la confusa terminología de origen latino reflejada en nuestro código de «estadía y sobreestadías». Se ofrecen también varios ejemplos prácticos muy clarificadores sobre liquidaciones de demoras en relación con los pactos contractuales más normales. Posteriormente se atiende a las obligaciones del fletador donde el mayor número de problemas se sitúa en torno al pago del flete y a los supuestos en los que éste se puede suspender. Ruiz Soroa recupera el hilo de la obra con el tratamiento de las cuestiones básicas sobre la responsabilidad del fletante (tema 20 y ss.) y la influencia que en ella ejerce la emisión de un conocimiento de embarque en cuanto a la modificación del régimen jurídico aplicable. Continúa el Manual con interesantes referencias a las causas de extinción del contrato previstas en los formularios.

Se presenta posteriormente (tema 22) un estudio de aquellos supuestos especiales que se sitúan a caballo entre el **time-charter** y el **voyage-charter**: fletamento por viajes consecutivos, **trip-charter**, **round charter** y **tonnage agreement**. En la obra se indica que el criterio distintivo de aquellas dos formas básicas de transporte y que nos permite encuadrar correctamente estos casos especiales, es el que atiende a quién conserva «la gestión comercial del buque», es decir, es capaz de la «determinación unilateral de la aventura marítima» (pp. 321 y ss.). No obstante, tratando de buscar un régimen jurídico integrador, quizá fuera conveniente acercar estos casos especiales a uno u otro de los tipos contractuales básicos, para lo que probablemente sea necesario establecer, también aquí, si el criterio para el cálculo del flete es el viaje o el tiempo.

Esta parte del Manual termina haciendo referencia a diversas cuestiones de Derecho internacional privado.

La tercera parte de la obra está dedicada al transporte en régimen de conocimiento de embarque. La aparición de los transportes en líneas regulares, no prevista en nuestro Código de comercio, se verifica en el último tercio del siglo pasado como consecuencia de la regularidad introducida en la navegación por la revolución tecnológica que en ésta se opera (casco de acero, telegrafía sin hilos, propulsión a vapor). Como es bien sabido, esta nueva modalidad contractual se caracteriza por su simplificación documental —desaparece la póliza de fletamento

y se traslada al conocimiento la función de prueba del contrato—, lo que en el fondo obedece a la pérdida de relevancia del medio de transporte (el buque). Configurados estos **Bill of Lading Contracts** como verdaderos contratos de adhesión, se hizo necesaria la aparición de una disciplina imperativa (que tendría su antecedente en la **Harter Act** americana), cuya finalidad era proteger a los destinatarios que fundan sus derechos en un conocimiento de embarque, y, de esta forma, tutelar la circulación de éste en cuanto título representativo de las mercancías. Es así como surge el Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924, que, como señala Ruiz Soroa, si bien no establece un régimen completo sobre el contrato de transporte, sí supone una regulación exhaustiva e imperativa de la responsabilidad del porteador que emitió un conocimiento de embarque, cuando éste llegó a manos de un tercero distinto del cargador. Unas interesantes consideraciones generales sobre la historia y la evolución de los convenios internacionales en la materia desembocan en la exposición de las fuentes legales (convencionales y nacionales) que regulan hoy este tráfico. Digna de reflexión es la tesis que se mantiene en el Manual, en contra de otro sector de nuestros autores (2), de que la ratificación por España («B.O.E.» de 11-2-1984) del Protocolo de Bruselas de 1979 —que modificó en materia de limitación de la responsabilidad las Reglas de Visby, y en otros aspectos las dejó en vigor, incorporando a nuestro ordenamiento el régimen del Convenio de Bruselas-Visby—, supone la «derogación implícita de la LTM de 1949 y su sustitución íntegra por el texto único que resulta del Convenio de 1924-1968-1979» (p. 359). También pueden destacarse las referencias a las Reglas de Hamburgo de 1978 (pp. 351 y ss.), que, aun cuando no han entrado en vigor, merecen una singular atención por lo que suponen de signo de cambio y evolución del Derecho de los transportes marítimos.

Especial interés tienen las cuestiones sobre individualización e identificación del porteador. Sobre la base de la responsabilidad directa del naviero frente al portador del conocimiento de embarque de los artículos 618 a 620 y 587 del Código de comercio y artículos 6 y 7 de la LTM, se establece su calificación como porteador, prescindiéndose de que fuera o no parte en el contrato de transporte concluido por el cargador y que se documentó en el conocimiento. Se abandona así (pp. 361 y ss.) el criterio formalista que atendía al único dato de la rúbrica del documento a la hora de identificar al porteador marítimo. Tras este acertado punto de partida hay, sin embargo, una cierta indecisión en lo que se refiere al establecimiento del criterio para decidir quién es el obligado a la entrega. El tema continúa (pp. 366 y ss.) con un interesante estudio sobre la validez de la **identity of carrier clause** o **demise clause**. Posteriormente se hacen algunas referencias en torno a otros sujetos intervinientes en la ejecución del contrato de transporte con el fin de distinguirlos de la figura del porteador: consignatarios (p. 366), **forwarding agents** o transitarios (pp. 367 y ss.), y capitán y otros dependientes del porteador (p. 369) no son porteradores, a pesar de que ejecuten obligaciones que corresponden a éste.

En lo que se refiere al destinatario, se rechaza, siguiendo a Garrigues (3), su configuración como beneficiario de un contrato a favor de terceros. Su posición

---

(2) SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones de Derecho Mercantil*, 12.ª ed., Madrid, 1986.

(3) GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, 8.ª ed., revisada. Madrid, 1983, p. 214.

deriva de la posesión de un documento —el conocimiento de embarque— que goza de los caracteres de los títulos valores. No obstante, se echa en falta en los capítulos de la obra referidos a la naturaleza y contenido del documento, un tratamiento más profundo de sus caracteres como título valor y, más específicamente, como prototipo de los títulos representativos o de tradición. Sí existe, en cambio, unas interesantes consideraciones (pp. 382 y ss.) sobre los *waybills* como documentos que se van extendiendo en el tráfico y que, a diferencia del conocimiento, sólo acreditan el contrato de transporte y prueban la carga, pero carecen de los caracteres de los títulos valores «en sentido estricto». También son interesantes las indicaciones (pp. 388 y ss.) que se hacen en torno a la moderna configuración del documento como prueba del contrato: *short-form* y «cláusula de incorporación» a la póliza de fletamento. El tema 28 está dedicado, por último, a la función probatoria del conocimiento respecto a las condiciones de las mercancías cargadas. Siendo una de las cuestiones más discutidas en el curso de la vigencia del Convenio de Bruselas hubiera sido preferible una atención más detenida al tratamiento que el tema recibió en los diferentes ordenamientos, así como a la doctrina comparada, que, sin embargo, Zabaleta Sarasúa no ofrece.

Especial interés recobra la obra cuando se tratan las cuestiones referidas a las obligaciones de las partes en el contrato (tema 29) y a la responsabilidad del porteador (tema 30). Aquí es conveniente observar cómo, frente al sistema del Convenio de Bruselas, las Reglas de Hamburgo admiten plenamente el retraso —dudosamente contemplado en aquél— como uno de los casos en los que se genera la responsabilidad del porteador (p. 421), y sobre todo debe resaltarse entre las innovaciones producidas por estas reglas la supresión de la tradicional exoneración por causa náutica. El tema 31, referido a la limitación de la deuda —con las indicaciones sobre las modificaciones de 1968 y 1979—, y el tema 32, referido al ejercicio de las acciones de reclamación por pérdidas y averías —quizá deducibles, sin necesidad de su tratamiento, de anteriores páginas— cierran esta obra.

2. Esperamos que nuestra reseña sirva para atraer la atención sobre este Manual. Nunca es fácil establecer cuál es el mayor mérito de una obra, pero sí cabría destacar aquí dos circunstancias positivas. La primera de ellas se refiere al hecho de que el libro comentado pretende contribuir al análisis completo de una de las instituciones más importantes del Derecho marítimo, y a la vez más necesitadas de un tratamiento modernizado entre nosotros: los contratos de fletamento y transporte marítimo. En este sentido, los profesionales vinculados al tráfico marítimo cuentan con un marco de referencia obligado en la materia. En segundo lugar, y en relación directa al contenido de la obra, debe destacarse la adecuada forma en que se ha conjugado el tratamiento de los nuevos problemas de orden jurídico y técnico del tráfico marítimo, con una exposición rigurosa pero clarificadora de los mismos. Se echa en falta, no obstante, un estudio más actualizado de ciertas cuestiones referidas a la documentación del contrato: así, los modernos procedimientos informáticos, que prescinden de todo soporte documental, o la influencia que, en el régimen del contrato y de su documentación, supone el transporte en *containers*. Quizá también deberían haberse actualizado las indicaciones que se hacen sobre las Reglas y Usos Uniformes sobre créditos documentarios de la CCI de París, cuya última revisión es de 1983.

En un plano metodológico, de carácter general, se observa en la mayor parte de la obra reseñada una destacada atención, en orden a la resolución de los pro-

blemas planteados, a los criterios doctrinales y jurisprudenciales del mundo anglosajón. No cabe objetar nada a este planteamiento, a la vista de la decisiva influencia ejercida en la conformación del Derecho marítimo moderno, en particular en el Derecho contractual de producción autónoma (formularios) y en el Derecho legislado de carácter internacional, por las concepciones jurídicas anglosajonas. Pero esta afirmación no debe conducir a desconocer el relevante significado de las aportaciones de Derecho positivo y doctrinales de otros ámbitos jurídicos, como el italiano, francés o alemán, que deben ser objeto de atención si se quiere realizar un tratamiento global y a la vez pormenorizado del tema de nuestro estudio.

3. Las pequeñas observaciones que se han realizado al final de este comentario no deben oscurecer la importancia y el interés de la obra. El **Manual de Derecho del Transporte Marítimo** de Ruiz Soroa, Zabaleta Sarasúa y González Rodríguez posee un gran valor por la forma en que se tratan los temas, con una lógica atención preferente al Derecho de los formularios dictados por la práctica del comercio internacional, pero sin ignorar la necesidad de su coordinación con las normas de nuestro ordenamiento, no obstante el desfase histórico bien conocido de que adolece la regulación del contrato de fletamento en nuestro Código de comercio. Tarea nada sencilla, pero que los autores han cumplido con acierto.

ANDRÉS J. RECALDE CASTELLS

Becario de Investigación  
Unidad docente de Derecho Mercantil  
de la Universidad de Alcalá de Henares

# RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

## II. Resoluciones

A cargo de:  
ANTONIO PAU PEDRON  
y ENRIQUE MADERO JARABO  
Registradores de la Propiedad

**AÑO 1985**

### A) REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. **Asiento de presentación: su prórroga.**—No cabe que sea indefinida (Resolución de 14 de enero de 1985).

2. **Estado civil de divorciado: su prueba.**—Confirma el contenido de la Circular de la Dirección General de 16 de noviembre de 1984 (Resolución de 20 de febrero de 1985).

3. **Constitución de hipoteca. Objeto social.**—No es aplicable a los supuestos de representación orgánica el artículo 1.713 del Código civil (Resolución de 4 de marzo de 1985).

4. **Finca supuestamente inmatriculada dos veces.**—El Registrador puede suspender la inmatriculación de una finca en los supuestos recogidos en los artículos 300 y 306 del Reglamento Hipotecario. Esta solución no es aplicable cuando el inmueble está ya inscrito en el Registro de la Propiedad, ya que en esta situación es aplicable el artículo 313 del mismo texto legal (Resolución de 25 de marzo de 1985).

5. **Urbanismo. Licencia municipal.**—Es necesaria su obtención, ya que, de la inscripción de la finca matriz y de las nuevas parcelas formadas, no hay duda de que se está ante un «núcleo de población» (artículo 94 de la Ley del Suelo).

*Pacto de indivisibilidad de finca que consta en el Registro.*—Su constancia en los libros registrales a través de nota marginal aparece como inútil e innecesaria, ya que, concedida en su caso por el órgano competente, la licencia de segregación quedaría automáticamente anulada, así como el valor del pacto de indivisibilidad, dada la prevalencia sobre el contenido registral de la norma legal o la aprobación de un Plan General o su modificación (Resolución de 22 de abril de 1985).

6. **Inscripción de inmueble por sociedad civil con objeto mercantil.**—No es inscribible la adquisición de un inmueble realizada en nombre de una sociedad no inscrita en el Registro Mercantil, porque, aunque tiene objeto mercantil, es de carácter civil por su constitución (Resolución de 28 de junio de 1985).

7. **Notificación al comprador de la resolución de la compraventa por falta de pago.**—Ha de hacerse la notificación al comprador, y no al titular registral.

*Reinscripción del inmueble a favor del vendedor.*—De los preceptos legales no se deduce que sea únicamente la primera copia que motivó la inscripción a favor del comprador la que tenga forzosamente que ser presentada para que el vendedor obtenga su reinscripción (Resolución de 17 de septiembre de 1985).

8. **Tercer poseedor de bienes anotados (art. 143 R.H.).**—Reitera la doctrina de la Resolución de 16 de octubre de 1974, de que para que tenga lugar la figura del tercer poseedor de bienes anotados, es preciso que el título de adquisición sea posterior al embargo practicado (Resolución de 3 de octubre de 1985).

9. **Suspensión de pagos que no se ha hecho constar en el Registro de la Propiedad.**—Es inscribible la escritura de venta otorgada por el titular registral, declarado en situación de suspensión de pagos y que ha finalizado por convenio que autoriza al vendedor a realizar el contrato de compraventa discutido, aunque aquella situación no haya tenido acceso a los libros registrales (Resolución de 11 de octubre de 1985).

10. **Cancelación de gravamen.**—No procede, ya que todavía no se ha purificado el fideicomiso (Resolución de 24 de octubre de 1985).

11. **El artículo 165 del Reglamento Hipotecario y la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.**—No es necesario que el mandamiento para la práctica de un asiento registral sea dirigido por el Juez que lo ordena a través de exhorto al Juzgado o Tribunal en cuyo término jurisdiccional radique el Registro, pudiéndolo hacer directamente (Resoluciones de 31 de octubre de 1985, 7 de noviembre de 1985, 8 de noviembre de 1985, 12 de noviembre de 1985, 5 de diciembre de 1985, 6 de diciembre de 1985 y 17 de diciembre de 1985).

12. **Falta de legitimación del Procurador que ha interpuesto el recurso.**—Hay que apreciarla, dado que el documento presentado, de dos folios, simplemente mecanografiado, sin firma alguna, no ya de particulares, sino tampoco de fedatario público que pudiera darle el valor de testimonio notarial, carece de toda autenticidad (Resolución de 11 de noviembre de 1985 y 13 de noviembre de 1985).

13. **Escritura de compraventa por apoderado: legitimación.**—Otorgada la revocación del poder un día antes de la autorización notarial de la escritura de venta e inscrita dicha revocación en el Registro Mercantil después de otorgada esta última escritura, y notificada de otra parte la revocación al apoderado casi dos meses después, se encontraba éste legitimado para realizar la venta, ya que en ese momento podía desconocer su cese como apoderado (Resolución de 19 de noviembre de 1985).

14. **Cancelación de precio aplazado. Carta de pago intervenida por Agente de Cambio y Bolsa.**—No procede la cancelación así solicitada, al carecer los Agentes de Cambio y Bolsa de facultades como fedatario en el presente caso (Resolución de 13 de diciembre de 1985).

15. **Recurso gubernativo.**—Sólo pueden tenerse en cuenta las cuestiones que se relacionen directamente con la calificación del Registrador y con los documentos que ha tenido a la vista (Resolución de 16 diciembre de 1985).

16. **Recurso gubernativo. Apelación fuera de plazo.**—Interpuesta la apelación fuera de plazo, queda firme el Auto del Presidente de la Audiencia Territorial (Resolución de 27 de diciembre de 1985).

## B) REGISTRO MERCANTIL

1. **Administradores. Nombramiento.**—No es necesario que el Notario autorizante de la escritura asevere en las personas que aparecen como certificantes del acuerdo adoptado en la Junta se encuentran en el ejercicio de sus cargos (Resolución de 30 de enero de 1985).

2. **Pago del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.**—Es necesario que se acredite su pago para poder practicar el asiento (Resolución de 26 de junio de 1985).

3. **Aportación social.**—No cabe realizarla con bienes de dominio público (Resolución de 12 de septiembre de 1985).

4. **Extranjero residente en España.**—Por la importancia de su determinación, no basta que el Notario autorizante señale en la escritura la fecha de expedición de la Tarjeta de Residencia, pues, dada la diversidad de plazos de caducidad que tienen, se hace necesario que reseñe si se encuentra en vigor, lo que normalmente resulta de las mismas si las tiene a la vista (Resolución de 22 de octubre de 1985).

5. **Ampliación de capital. Junta de un solo socio.**—No es inscribible una escritura de ampliación de capital social y modificación de Estatutos en virtud de acuerdo adoptado en Junta universal convocada por el único socio, titular de todas las acciones (Resolución de 13 de noviembre de 1985 y 14 de noviembre de 1985).

6. **Poder conferido por el administrador único de una sociedad.**—Es inscribible en el Registro Mercantil (Resolución de 21 de noviembre de 1985).

7. **Objeto social.**—Reitera la doctrina de este centro, que declara que sólo puede entenderse como fórmula omnicomprendiva la que recoge de manera indeterminada toda actividad industrial, mercantil o comercial.

*Pacto limitativo de transmisión de acciones.*—La cláusula que la recoge en los Estatutos es inscribible (Resolución de 27 de noviembre de 1985).

8. **Ampliación de capital social que se delega en el Consejo de Administración. Renuncia por los accionistas al derecho de suscripción preferente.**—Es inscribible en el Registro Mercantil el acuerdo de ampliación de capital unido a la renuncia por los accionistas de su derecho de preferente suscripción (Resolución de 7 de diciembre de 1985).

**AÑO 1986 (1.º, 2.º y 3.º trimestres)**

#### A) REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. **Retroacción de la quiebra y tercero hipotecario.**—El simple Auto de declaración de nulidad de los contratos realizados por el quebrado desde la fecha a la que se retrotrae la quiebra no es suficiente para cancelar las inscripciones practicadas a favor de terceras personas que adquirieron los inmuebles —en escrituras otorgadas dentro del período de retroacción de la quiebra— de quienes a su vez los habían adquirido del quebrado. Al no constar en el Registro causa alguna de resolución, para practicar la cancelación sería necesario el consentimiento de los actuales titulares registrales o, en su defecto, que en el procedimiento adecuado —en el que sean citados y oídos los mismos— se ordene la cancelación mediante resolución judicial firme (Resolución de 20 de enero de 1986, «B. O. E.» de 17 de febrero).

2. **Hipoteca: pacto de no arrendar.**—No es inscribible el pacto de absoluta prohibición de arrendar; sin embargo, no parece abusivo que en la escritura de hipoteca se contenga alguna prevención respecto de aquellos arrendamientos ulteriores que pudieran no estar sujetos al principio de purga, y que por la renta estipulada pudieran disminuir gravemente el valor de la finca hipotecada.

*Pacto de vencimiento anticipado del crédito en caso de quiebra.*—No es inscribible, pues tal pacto recae sobre materia sustraída del arbitrio de los contratantes.

*Pacto de vencimiento anticipado del crédito por venta de la finca.*—No es inscribible, por envolver una innecesaria y abusiva limitación al dueño para disponer de sus bienes, contra el principio de libertad del tráfico inmobiliario.

*Pacto de renuncia del deudor al derecho que le asigna el artículo 124 de la Ley Hipotecaria (en caso de pago parcial).*—No es inscribible, por ir contra el interés público (Resolución de 27 de enero de 1986, «B. O. E.» de 7 de marzo).

3. **Opción de compra de carácter real.**—Pacto de extinción («caducidad») por falta de pago de la prima: Puede condicionarse la conservación del derecho de adquisición al puntual pago de los plazos en que se haya dividido la prima porque, entonces, lo que se estipula no es tanto la extinción automática de un derecho inmobiliario definitivamente adquirido como los presupuestos para que sea posible la futura adquisición definitiva del inmueble.

Requisitos: No se aprecia indeterminación en el plazo para el ejercicio de la opción, precio de la compraventa y tiempo y forma de ejercicio del derecho.

Pérdida de las cantidades entregadas como precio de la compraventa en caso de no ejercicio de la opción: No hay contradicción en tal pacto, pues aunque se trata de un pago anticipado a cuenta del precio futuro, no implica ello por sí, con-

forme a lo estipulado, ejercicio de la opción (Resolución de 29 de enero de 1986, «B.O.E.» de 17 de febrero).

4. **Anotaciones preventivas: «numerus clausus».**—No cabe practicar anotación preventiva de una sentencia desestimatoria de una tercera de dominio, pues al ser «numerus clausus» sólo pueden extenderse aquellas que tengan su origen en un precepto legal que declare esa posibilidad, aparte de que la anotación pretendida carecería de trascendencia práctica (Resolución de 4 de febrero de 1986, «B.O.E.» de 20 de febrero).

5. **Derecho real de sobreelevación sujeto a condición.**—Es inscribible en el Registro una escritura en que se constituye un derecho de vuelo sobre la planta baja de un edificio proyectado y sujeto a la condición de que el adquirente del derecho construya la citada planta baja dentro de un plazo determinado: se trata de un derecho real (cumpliéndose en la escritura los requisitos del art. 16.2 del R. Hipotecario), y el carácter condicional del derecho no impide su acceso al Registro (art. 23 L.H.) (Resolución de 5 de febrero de 1986, «B.O.E.» de 28 de febrero).

6. **Hipoteca: extensión objetiva.**—La hipoteca se extiende a las edificaciones existentes en la finca hipotecada, aunque su construcción no figure en el Registro ni se hubiese hecho constar en el contrato (art. 110 de L.H.); en consecuencia, se puede inscribir una hipoteca sobre una finca en la que existe una edificación, sin necesidad de previa inscripción de la declaración de obra nueva de la misma (Resolución de 6 de febrero de 1986, «B.O.E.» de 20 de febrero).

7. **Cancelación de anotación preventiva de embargo.**—No puede practicarse —estando vigente la anotación— en virtud de petición hecha en una simple instancia, sino que se requiere providencia ejecutoria, a través del mandamiento correspondiente y en base a resolución judicial firme.

**Recurso gubernativo.**—Sólo procede contra la negativa del Registrador a practicar un asiento, pero no contra un asiento ya practicado (aunque se estime que lo ha sido indebidamente); la rectificación del asiento que se estima erróneo habrá de hacerse por el procedimiento idóneo entre los que señala el artículo 40 de la Ley Hipotecaria (Resolución de 7 de febrero de 1986, «B.O.E.» de 25 de febrero).

8. **Arrendamientos rústicos: venta de finca.**—No es inscribible la escritura de venta de finca rústica que no refleja con la debida claridad la manifestación exigida por el artículo 91 de la L.A.R. de no hallarse la finca arrendada, siendo insuficiente la declaración del vendedor de no haber formalizado ningún arrendamiento mientras ha sido dueño, pues cabe que existan otros celebrados con anterioridad y que estén vigentes (Resolución de 10 de febrero de 1986, «B.O.E.» de 26 de febrero).

9. **Adjudicación a los socios de un inmueble en la liquidación de la sociedad.**—El liquidador de una sociedad anónima no puede ejecutar unilateralmente el acuerdo adoptado en la correspondiente junta universal de la «Sociedad en liquidación», que aprobó por unanimidad la adjudicación del único bien social, con-

sistente en un inmueble, a los dos únicos socios que la integran, sino que para la inscripción de dicha finca en el Registro de la Propiedad se requiere, además, la comparecencia en la escritura de los dos adjudicatarios (Resolución de 13 de febrero de 1986, «B. O. E.» de 28 de febrero).

**10. Suspensión de pagos: ejecución aislada de créditos privilegiados.**—Practicada anotación de embargo por créditos correspondientes a salarios e indemnización por despido, no puede inscribirse la adjudicación y escritura de venta subsiguiente cuando de la misma resulta que la sociedad deudora se hallaba en suspensión de pagos: El Estatuto de los Trabajadores no considera a las indemnizaciones por despido dentro del concepto de salario, por lo que no gozan del privilegio de ejecución aislada; y para que los acreedores enumerados en el artículo 15 de la Ley de Suspensión de Pagos puedan hacer valer su derecho de abstención se requiere que hayan sido incluidos en la lista definitiva de acreedores, aprobada por el Juez (Resolución de 17 de febrero de 1986, «B. O. E.» de 3 de marzo).

**11. Asiento ordenado por la autoridad judicial: Juez competente.**—Para practicar un asiento ordenado por la Autoridad judicial no es necesario que el mantenimiento que lo contenga sea librado por el Juez del Partido Judicial en donde se encuentre enclavado el Registro, sino que puede hacerlo directamente el Juez que entendió del asunto, debiendo entenderse derogado el artículo 165 del Reglamento Hipotecario por el nuevo artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Resolución de 20 de febrero de 1986, «B. O. E.» de 14 de marzo).

**12. División material y venta: rectificación de cabida.**—Rectificada la cabida de la finca matriz antes de proceder a la subsiguiente división material y venta, no procede especificar en relación a cada finca resultante —pues sería imposible hacerlo— la parte que le corresponde de la cabida inscrita y la que le podría corresponder en cuanto al exceso (Resolución de 21 de febrero de 1986).

**13. Compraventa documentada en dos otorgamientos sucesivos. Unidad de acto.**—Es inscribible una escritura redactada formalmente como de compraventa, pero en la que no comparecen las partes simultáneamente, sino primero una de ellas y al día siguiente la otra, lo que se hace constar mediante diligencia de adhesión; los contratos no precisan unidad de acto sustantiva —art. 1.262-2 del Código civil— (Resolución de 18 de marzo de 1986, «B. O. E.» de 23 de abril).

**14. Albacea contador-partidor: Facultades.**—Aunque se considerase que tiene facultades para la división de la cosa común, siempre las facultades conferidas habrían de entenderse modalizadas por la finalidad de conseguir la ejecución del testamento y limitadas por la necesidad de dar efectividad a las disposiciones del testador (Resolución de 19 de marzo de 1986, «B. O. E.» de 23 de abril).

**15. Derecho foral de Aragón: venta de inmueble adquirido por resultas del comercio.**—Es necesario el consentimiento del cónyuge del comerciante respecto de la parte consorcial (pues la apreciación de que fue adquirido por resultas del comercio escapa de la calificación del Registrador); y tratándose de aragoneses, es precisa la renuncia al derecho expectante de viudedad (Resolución de 20 de marzo de 1986, «B. O. E.» de 23 de abril).

16. **Hipoteca: procedimiento ejecutivo extrajudicial.**—No es inscribible una escritura de venta otorgada en procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria si no consta haber efectuado la notificación prevenida en el artículo 235.4 del Reglamento Hipotecario a los titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca, aunque sea por ignorarse su domicilio (Resolución de 24 de marzo de 1986, «B.O.E.» de 10 de junio).

17. **Sociedad anónima: objeto social y ámbito de la representación.**—Es necesario hacer constar el objeto social cuando el Administrador que actúa no tiene ampliadas sus facultades legales, concretándose éstas a los actos comprendidos dentro del giro o tráfico de la empresa. Pero los Administradores pueden tener ampliadas sus facultades en los Estatutos o por autorización de la Junta General: en consecuencia, es inscribible una escritura de venta en la que no se hace constar el objeto social de las sociedades vendedora y compradora, dado que en sus respectivos Estatutos se encuentra autorizado el órgano administrativo para realizar el acto cuestionado, y estos Estatutos —inscritos en el Registro Mercantil— son los que aparecen transcritos en la escritura (Resolución de 31 de marzo de 1986, «B.O.E.» de 25 de abril).

18. **Partición hereditaria: menor representado por defensor judicial.**—No es necesaria la aprobación judicial de una partición de herencia en la que los hijos menores se encuentran representados por el defensor judicial designado al existir contraposición de intereses con su padre (Resolución de 4 de abril de 1986, «B.O.E.» de 6 de mayo).

19. **Propiedad horizontal: Elemento común de uso exclusivo de un departamento.**—Figurando en los Estatutos de una propiedad horizontal que existe un elemento común —la cubierta del edificio— cuyo uso exclusivo —para aparcamiento— se atribuye a uno de los departamentos, es inscribible la venta de una cuota del citado departamento, transmitiéndose simultáneamente el derecho de uso exclusivo —no una cuota dominical— sobre una parte de la cubierta común del edificio (Resolución de 17 de abril de 1986, «B.O.E.» de 4 de mayo).

20. **Arrendamientos urbanos: Disolución de comunidad y notificación al inquilino.**—No es necesaria la notificación a los inquilinos cuando se adjudica la vivienda a un comunero como consecuencia de la disolución de una comunidad de bienes que forman parte de una actividad empresarial (Resolución de 18 de abril de 1986, «B.O.E.» de 14 de mayo).

21. **Derecho foral de Aragón: Institución de heredero recíproca entre cónyuges.**—En caso de institución de heredero recíproca entre cónyuges aragoneses en testamento mancomunado, y fallecidos ambos sin hijos, no es suficiente la instancia privada de manifestación de herencia para inscribir en favor del único heredero del cónyuge últimamente fallecido los bienes del premuerto de los que el sobreviviente no haya dispuesto por cualquier título, debiendo acompañarse la declaración de herederos abintestato del causante premuerto de la que no resulte quedar persona (colaterales dentro del cuarto grado) llamada a la sucesión de éste en el momento del fallecimiento del supérstite (Resolución de 23 de abril de 1986, «B.O.E.» de 14 de mayo).

22. **Gananciales: Efectos respecto a los acreedores, de la liquidación de la sociedad de gananciales.**—Desde el punto de vista de los acreedores que tengan derecho a perseguir los bienes gananciales, ni la disolución de la sociedad ni siquiera la adjudicación de bienes gananciales a uno u otro cónyuge a consecuencia de la liquidación, significan que se haya producido la salida del bien ganancial de la misma masa autónoma de responsabilidad en que por el régimen de la sociedad de gananciales está incluido el bien. En consecuencia, practicada anotación de embargo sobre finca ganancial, aunque después se inscriba la disolución de la comunidad de gananciales —anterior al embargo— y adjudicación de la finca al cónyuge del demandado, no se cierra el Registro a la escritura de venta consecuencia del embargo (Resolución de 25 de abril de 1986, «B. O. E.» de 31 de mayo).

23. **Gananciales: Venta por el marido con autorización judicial, existiendo separación canónica anterior a la legislación vigente.**—Acordada la separación de los cónyuges por sentencia de 1975 de Tribunal eclesiástico, de la que no hubo ni ejecución civil ni mención en el Registro Civil, puede en el año 1982 enajenar el marido bienes gananciales sin consentimiento de su esposa, pero con autorización judicial supletoria (Resolución de 28 de abril de 1986, «B. O. E.» de 4 de junio).

24. **Partición de herencia.**—Es inscribible una escritura de aprobación y protocolización de operaciones particionales, con liquidación de la sociedad conyugal, en la que se adjudican bienes al cónyuge viudo y a los herederos en los diversos conceptos habidos, pero sin que se especifique en cada bien concreto el concepto o conceptos de la adjudicación (Resolución de 30 de abril de 1986, «B. O. E.» de 31 de mayo).

25. **Gananciales: Anotación de embargo una vez disuelta la sociedad.**—Disuelta la sociedad de gananciales por muerte de uno de los cónyuges, pero no liquidada la misma, se atribuye al sobreviviente una mitad en el conjunto patrimonial en liquidación, pero no una mitad indivisa en cada uno de los bienes concretos. Por ello, figurando aún inscritos los bienes como gananciales, no cabe anotar un embargo sobre la mitad indivisa de un bien concreto. Hasta que se produce la liquidación, la finalidad cautelar pretendida con la anotación puede lograrse: a) Embargando bienes concretos (en cuyo caso la demanda, de ser la deuda consorcial, habría que dirigirla conjuntamente contra el viudo y los herederos del premuerto); b) Embargando la parte que al viudo demandado corresponda en la sociedad de gananciales en liquidación (Resolución de 22 de mayo de 1986, «B. O. E.» de 17 de junio).

26. **Segregación y venta de una finca inexistente.**—No puede inscribirse una escritura de segregación y venta de una —supuesta— finca situada (según la descripción que de ella se hace en el título) dentro de un polígono cuya superficie íntegra aparece ya inscrita en el Registro a favor de personas distintas de la sociedad vendedora (Resolución de 23 de mayo de 1986, «B. O. E.» de 17 de junio).

27. **Hipoteca en garantía de deuda ajena.**—Puede constituirse hipoteca en garantía de deuda ajena con la sola comparecencia del hipotecante, sin que sea necesaria la intervención del deudor, bastando con que en la hipoteca se identifique debidamente la obligación que se garantiza, o se precisen sus circunstancias bá-

sicas cuando sea futura (Resolución de 26 de mayo de 1986, «B. O. E.» de 17 de junio).

28. **Gananciales: Anotación preventiva de embargo.**—Impagada una letra de cambio suscrita por el marido, e iniciado el correspondiente procedimiento ejecutivo, puede anotarse el embargo trabado sobre un inmueble ganancial con la simple notificación del embargo a la esposa del deudor demandado, sin que sea necesaria la demanda conjunta. Reitera la doctrina de la Resolución de 28 de marzo de 1983 (Resolución de 27 de mayo de 1986, «B. O. E.» de 17 de junio de 1986).

29. **Escritura de ratificación: Descripción de la finca.**—Los títulos inscribibles han de consignar la descripción de los inmuebles a que se refieren, y sin que normalmente su omisión pueda suplirse por la referencia a otros documentos o escrituras. Sin embargo, cabe prescindir de la descripción en una escritura de ratificación de otra anterior de compra de usufructo —en la que se describía correctamente la finca—, escritura en la que además se vende dicho usufructo al titular de la nuda propiedad —que la había adquirido en la misma escritura ratificada (Resolución de 28 de mayo de 1986, «B. O. E.» de 17 de junio).

30. **Gananciales: Embargo y enajenación una vez disuelta la sociedad.**—Practicada una anotación de embargo sobre los derechos que correspondan al cónyuge viudo en la disuelta sociedad conyugal (véase Resolución de 22 de mayo de 1986), no puede inscribirse la escritura de venta judicial de una finca concreta, pues la total titularidad dominical la comparte el cónyuge viudo con los herederos del premuerto (Resolución de 3 de junio de 1986, «B. O. E.» de 18 de junio).

31. **Opción de compra. Pacto comisorio.**—No es posible constituir sobre un bien inmueble una garantía que consista en atribuir al acreedor la facultad de adquirirlo (derecho de opción) en el caso de que el deudor no cumpla a su tiempo con la obligación garantizada (la cantidad debida pasaría a ser el precio de la compra) (Resolución de 10 de junio de 1986, «B. O. E.» de 27 de junio).

32. **Propiedad horizontal: Desvinculación de un anejo.**—Inscritas en el Registro bajo un mismo número una buhardilla, y como anejo de ella una plaza de garaje, puede el propietario, con el consentimiento de los demás dueños del inmueble en régimen de propiedad horizontal, desvincular la plaza de garaje —atribuyéndole la correspondiente cuota— y enajenarla a un tercero (Resolución de 11 de junio de 1986, «B. O. E.» de 27 de junio).

33. **Anotación preventiva de embargo en garantía de una pensión de divorcio.**—No cabe practicar anotación preventiva de embargo sobre finca de un divorciado, en garantía del pago de la pensión que debe satisfacer, pues se trataría de una anotación no prevista en la Ley (en contra del «numerus clausus» que rige en esta materia), y que además no encajaría en el objeto y finalidad propios de las anotaciones preventivas (que se practican para asegurar obligaciones vencidas y no cumplidas, y se caracterizan por su transitoriedad y provisionalidad) (Resolución de 13 de junio de 1986, «B. O. E.» de 2 de julio).

34. **Derecho civil catalán: «Ius transmissionis».**—Es inscribible una escritura de transmisión de herencia en la que se encuentra integrado un «ius transmissionis» que es repudiado por la única heredera, solicitándose le la aplicación del derecho de acrecer —y sin que entre en juego la sustitución vulgar a favor de los hijos, establecida en el testamento del transmitente— (Resolución de 23 de junio de 1986, «B.O.E.» de 16 de julio).

35. **Anotación preventiva de embargo.**—a) No puede practicarse si la finca aparece inscrita a nombre de tercero. b) No obsta a lo anterior el hecho de que antes de la transmisión a tercero se practicase una anotación de suspensión (del embargo pretendido) por defecto subsanable, que está cancelada en el Registro por caducidad: no cabe pronunciarse en la vía del recurso gubernativo sobre si tal cancelación fue o no ajustada a Derecho (aunque es indudable que tanto la anotación de embargo como la de suspensión pueden ser canceladas por caducidad).

*Naturaleza de la función registral.*—La actividad registral se aproxima, en sentido material, a la jurisdicción voluntaria, siendo en todo caso distinta de la propiamente administrativa, y estando regulada por normas civiles. El procedimiento registral se rige por las normas de la legislación hipotecaria, y no por la Ley de Procedimiento Administrativo (Resolución de 26 de junio de 1986, «B.O.E.» de 16 de julio).

36. **Propiedad horizontal: Embargo de pisos por deudas de la comunidad.**—Cuando el embargo por deudas de una comunidad de propietarios quiera hacerse efectivo sobre todos y cada uno de los pisos, es necesario, para que el mismo pueda anotarse, convocar y requerir personalmente a cada uno de los titulares, no bastando que lo haya sido la comunidad (Resoluciones de 27 y 30 de junio y 7 de julio de 1986, «B.O.E.» de 16, 17 y 18 de julio).

37. **Compraventa: Pacto de cancelación de condición resolutoria.**—No es inscribible, en una compraventa con precio aplazado garantizado con condición resolutoria, el pacto de cancelación de la condición por acta notarial en la que se acredite que obran en poder del comprador las letras emitidas, si tales letras no están suficientemente identificadas (Resolución de 21 de julio de 1986, «B.O.E.» de 21 de agosto).

38. **Zonas de defensa. Adquisición por extranjero: Autorización militar.**—No es inscribible la adquisición por extranjero de inmuebles sitos en zonas de acceso restringido a la propiedad, a la que no se acompaña autorización militar, habida cuenta del pretendido carácter urbano —en población no fronteriza— de los terrenos transmitidos, que se pretende acreditar con certificación urbanística de un Plan Parcial de fecha anterior a la Ley y el Reglamento de Zonas de Defensa (Resolución de 30 de julio de 1986, «B.O.E.» de 28 de agosto).

## B) REGISTRO MERCANTIL

### Sociedad anónima

1. **Poder mercantil.**—No es inscribible en el Registro Mercantil la cláusula de un poder que autoriza al apoderado a «prorrogar, disolver, modificar y liquidar

toda clase de sociedades de objeto análogo y ejecutar todos los derechos y obligaciones inherentes a la cualidad de socio».

**Recurso gubernativo.**—Este recurso recae sobre materias de Derecho privado, y por eso las normas a aplicar, en defecto de las específicamente suyas, son las del Reglamento Hipotecario y no las de la Ley de Procedimiento Administrativo (Resolución de 21 de enero de 1986, «B. O. E.» de 25 de febrero).

2. **Estatutos sociales: Contenido mínimo.**—Son inscribibles los Estatutos calificados, pues, empleando un estilo claro y preciso, aparecen contenidas todas las menciones esenciales enumeradas en los artículos 11 de la L.S.A. y 102 del R.M.M. (Resolución de 24 de enero de 1986, «B. O. E.» de 3 de febrero).

3. **Recurso gubernativo: Inadmisión por interposición fuera de plazo.**—El artículo 55 del R.R.M. establece el plazo de dos meses a contar de la fecha de la nota de calificación para poder entablar recurso gubernativo contra dicha nota: extendida la misma el 15 de octubre de 1985, e interpuesto el recurso el 16 de diciembre de 1985, es indudable que no se ha entablado el plazo oportuno, dado que el plazo se computa de fecha a fecha con arreglo al artículo 5 del Código civil (Resolución de 28 de enero de 1986, «B. O. E.» de 12 de febrero).

4. **Renovación parcial del Consejo de Administración.**—Mientras no se opte por la Junta —que tiene esa facultad— por el sistema de Consejo de Administración, no es preciso que los Estatutos prevean el sistema de renovación parcial del Consejo.

**Acciones.**—El precio de readquisición de las acciones puede ser el que corresponde en el haber líquido social del último balance practicado, aunque éste sea inferior al de compra, sumando los gastos del contrato (Resolución de 11 de febrero de 1986, «B. O. E.» de 28 de febrero).

5. **Nombramiento de Administradores.**—No cabe inscribir el nombramiento de Administradores realizado en base al ejercicio del derecho de agrupación de acciones establecido en el artículo 71 de la L.S.A., cuando no existen vacantes en el Consejo de Administración por estar todos los puestos cubiertos hasta el número máximo que autorizan los Estatutos (Resolución de 19 de febrero de 1986, «B. O. E.» de 3 de marzo).

6. **Nombramiento de Administrador: No puede serlo un menor emancipado.**—El menor de edad, aunque por estar emancipado tenga —en principio— la libre disposición de sus bienes, no tiene capacidad legal para el ejercicio del comercio ni para ser factor de una empresa ni, más concretamente, para ser Administrador de una sociedad anónima (Resolución de 24 de febrero de 1986, «B. O. E.» de 14 de marzo).

7. **Sociedad anónima en constitución.**—Junta General: Puede adoptar determinados acuerdos aun antes de su inscripción en el Registro Mercantil. Certificación de acuerdos: No es preciso que en la elevación a públicos de los mismos dé fe el Notario de que quienes suscriben la certificación se encuentran en el ejercicio de sus cargos (Resolución de 27 de febrero de 1986, «B. O. E.» de 9 de marzo).

8. **Certificación de acuerdos.**—Es inscribible la certificación de un acuerdo expedida por el Secretario y visada por el Administrador único que fue elegido en virtud de acuerdo del que se certifica (Resolución de 3 de marzo de 1986, «B.O.E.» de 19 de marzo).

9. **Administración.**—No pueden los accionistas revocar las facultades de un Consejero impuesto por el testador que estableció diversas limitaciones a sus herederos (entre ellas, un especial sistema de administración) hasta que se cumplieran determinadas condiciones.

*Recurso gubernativo.*—No se paraliza por la existencia de una causa criminal (Resolución de 17 de marzo de 1986, «B.O.E.» de 4 de abril).

10. **Renovación del Consejo de Administración.**—Siendo el nombramiento de nuevos consejeros por tiempo indefinido, y no contraviniéndose ninguna norma estatutaria, no es obstáculo para la inscripción de la renovación total del Consejo el no haberse hecho constar expresamente lo ordenado en el artículo 73.1 de la L.S.A. sobre renovación parcial (Resolución de 7 de abril de 1986, «B.O.E.» de 9 mayo).

11. **Aportaciones no dinerarias.**—a) No es preciso describir los muebles que se aportan con la misma precisión que es posible hacerlo respecto de los inmuebles. b) No es preciso determinar las acciones adjudicadas en pago de las aportaciones dinerarias y no dinerarias, distinción no exigida en el artículo 100 R.R.M. (Resolución de 9 de abril de 1986, «B.O.E.» de 6 de mayo).

## C) REGISTRO DE HIPOTECA MOBILIARIA

1. **Hipoteca mobiliaria.**—a) Descripción de los bienes hipotecados: No es defecto que impida la inscripción la falta de mención de alguno de los datos del artículo 16 del Reglamento, siempre que los aportados permitan la identificación del bien hipotecado. b) Constitución de hipoteca por Consejero Delegado cesado en el cargo: Presentada en el Registro Mercantil la escritura de revocación de facultades del Consejero, no es inscribible la escritura de hipoteca mobiliaria otorgada por el mismo con posterioridad, aunque el destituido desconociese la revocación (Resolución de 2 de abril de 1986, «B.O.E.» de 25 de abril).

## El Derecho transitorio de la filiación en la Jurisprudencia

JOSE ANTONIO SERRANO GARCIA

Profesor Ayudante de Derecho civil  
en la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. *Planteamiento*.—II. *Evolución del Derecho de la filiación en el Código Civil*.—III. *Valor normativo de la Constitución en materia de filiación*.—1. Primera Jurisprudencia del Tribunal Supremo.—2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.—3. Nueva Jurisprudencia del Tribunal Supremo.—IV. *El Derecho transitorio de la filiación en la Ley 11/1981, de 13 de mayo*.—1. Cuestiones previas.—2. Disposiciones transitorias.—A) Disposición transitoria primera.—B) Disposiciones transitorias relativas a la determinación e impugnación de la filiación.—C) Disposiciones transitorias relativas a los efectos de la filiación.

### I. PLANTEAMIENTO

El cambio de las disposiciones del Derecho positivo es un fenómeno irremediable, y de frecuencia, muchas veces superior a lo necesario y conveniente. Es preciso determinar cuándo termina la obligatoriedad de una norma y es sustituida por otra, y es preciso hacerlo con la mayor precisión, por exigirlo así la seguridad jurídica. La cuestión básica del Derecho transitorio es la de marcar la línea divisoria entre la eficacia de la Ley antigua y de la Ley nueva. Las disposiciones legales derogadas conservan una supervivencia especial, por el respeto que el principio de irretroactividad impone en favor de los derechos adquiridos, hechos y actos realizados conforme a ellas. Con la derogación pierde la Ley su fuerza creadora y organizadora, y sólo pervive en aquellos restos de su pasado que conservan las disposiciones transitorias. Los Tribunales han de continuar aplicando los preceptos de la antigua Ley, pero no en su carácter de Ley, sino por el mandato de esas reglas transitorias. El Derecho transitorio tampoco se preocupa de conservar arqueológicamente restos de un muerto ayer, sino que, por razones de equidad y conveniencia, ampara las si-

tuaciones creadas bajo la antigua Ley, para no perjudicar intereses particulares dignos de protección (1).

Dentro de la amplia reforma que en el Derecho de familia del Código civil español introduce la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, quizá la más profunda y de mayor repercusión social es la relativa a la filiación. Era, sin duda, la más necesitada de un cambio global por haber quedado la vieja redacción de 1889 cada día más alejada de la realidad social y en desacuerdo tanto con los principios y valores imperantes en la actualidad cuanto con los conocimientos biológicos modernos que pueden ser tenidos en cuenta en la determinación de la filiación. La consagración en la Constitución Española de 1978 del principio de igualdad de todos los españoles ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento (art. 14), de modo que todos los hijos, con independencia de su filiación, son iguales ante la Ley (art. 39.2) y la declaración constitucional de que la Ley posibilitará la investigación de la paternidad, hacían ineludible e inaplazable que el legislador ordinario abordase la reforma de la filiación (2).

A la hora de analizar los problemas de Derecho transitorio que la modificación del Código civil en materia de filiación conlleva, hay que tener presente, por tanto, no sólo la eficacia derogatoria de la Ley 11/1981 y el grado de retroactividad deducible de sus disposiciones transitorias, sino también en qué medida el Derecho de filiación contenido en el Código civil había sido ya derogado por la incidencia directa de la Constitución (3). En tal caso, habrá que comprobar si el régimen de Derecho transitorio establecido por la citada Ley de 1981 es compatible con el valor normativo de la Constitución en materia de filiación.

Antes de centrarnos en el estudio de estos temas, a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, puede ser conveniente recordar, sucintamente, los grandes rasgos de la filiación en el régimen derogado y en el nuevo, así como los preceptos constitucionales que aluden a la filiación.

---

(1) En estos términos se expresa el profesor DE CASTRO al referirse a los límites de la eficacia de las normas civiles, en su *Derecho civil de España*, Parte General I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, 3.ª ed., pp. 697 y ss.

(2) El Derecho español de la filiación no está contenido únicamente en el Código civil, sino que también las Compilaciones forales, a excepción de la gallega, tienen normas que, directa o indirectamente, se refieren a la relación paterno-filial. Todas ellas, igual que el Código civil, han sido notablemente afectadas por los novedosos principios constitucionales, y están, por ello, igualmente necesitadas de adaptación constitucional. Casi con esta exclusiva finalidad ha tenido lugar ya la modificación de la Compilación catalana (Ley 31/1984, de 20 de marzo) y de la aragonesa (Ley 3/1985, de 21 de mayo).

(3) El problema, lógicamente, es común a todos los Derechos forales con normas relativas a la filiación. La Constitución incide por igual sobre todos los Derechos civiles españoles como norma suprema de nuestro Ordenamiento jurídico.

## II. EVOLUCION DEL DERECHO DE LA FILIACION EN EL CODIGO CIVIL

El Código civil de 1889 adoptó en materia de filiación (4) los criterios mantenidos por la casi totalidad de las legislaciones vigentes en aquellos momentos, regulando de manera diferente la filiación legítima, en cuanto a su determinación, condiciones generales y modo de probarla, y la filiación ilegítima, donde se englobó a todos los hijos nacidos fuera de matrimonio. La primera otorgaba al hijo la plenitud de los derechos inherentes a la relación familiar (*status familiae*), y su determinación descansaba en la presunción de paternidad del marido, muy difícil de vencer. La filiación ilegítima se dividía en natural e ilegítima no natural, según que los padres tuvieran o no aptitud legal para casarse entre sí al tiempo de la concepción del hijo, con dispensa o sin ella. En cuanto a sus efectos, la filiación natural otorgaba un verdadero *status filii*, si bien su contenido era más reducido que el de los hijos legítimos. El trato discriminatorio se producía con mayor intensidad respecto de los hijos ilegítimos no naturales, quienes carecían de todo *status* y únicamente tenían derecho a alimentarlos en sentido estricto. Por otra parte, los hijos naturales podían ser legitimados, con un *status* diferente según lo fueran por subsiguiente matrimonio o por concesión real.

Sin necesidad de profundizar más, podemos concluir —con García Cantero (5)— que «las consecuencias de aplicar esta legislación eran un trato discriminatorio en favor de los hijos legítimos respecto de todos los demás, así como, en ocasiones, la ocultación de la verdad biológica en favor de las presunciones de filiación matrimonial».

El Código civil no ha sido modificado en sede de filiación hasta la reciente reforma de 1981; no obstante, en este largo período, otros textos jurídicos han tratado de suavizar las discriminaciones existentes. El artículo 43 de la Constitución republicana imponía a los padres para con sus hijos nacidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él, y, además, prohibía consignar indicación alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de la filiación ni sobre el estado civil de los padres en las actas de nacimiento (6).

---

(4) Las ideas generales sobre el régimen de la filiación en el Código civil de 1889 pueden encontrarse, entre otros manuales de Derecho civil, en CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, t. V, vol. 2, 8.ª ed., Madrid, 1966; DÍEZ PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, IV, Tecnos, Madrid, 1978; ESPÍN: *Derecho civil español*, IV, Edersa, Madrid, 1972; LACRUZ Y SANCHO REBULLIDA: *Derecho de familia*, II, Bosch, Barcelona, 1975, 2.ª ed.; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, IV, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1970.

Puede verse también la reciente monografía sobre *La reforma de la filiación*, de E. SERNA MEROÑO (Montecorvo, Madrid, 1985), que dedica la primera parte a los antecedentes de la reforma.

(5) G. GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, t. V, vol. 2.º, Reus, Madrid, 1985, 9.ª ed., pág. 54.

(6) La virtualidad práctica de este artículo 43 de la Constitución de 1931 fue prácticamente nula, dado que no fue desarrollado por leyes ordinarias y la doctrina entendió que tenía solamente carácter programático, no llegando a modificar, por tanto, la situación jurídica de los hijos ilegítimos configurada en el Código civil.

La Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 mejoró, en su ámbito, la situación de los hijos no matrimoniales. Restringió las discriminaciones al seno de la familia: «Fuera de la familia no podrá hacerse distinción de españoles por la clase de filiación» (art. 52). Mejoró la situación de los hijos extramatrimoniales en relación con los apellidos y con la determinación de la filiación e impuso al Registro un especial recato para estas situaciones. En esta línea progresiva, la Jurisprudencia de la DGRN llegó a afirmar en la Resolución de 26 de diciembre de 1968, en orden al establecimiento de la filiación natural paterna, que los principios fundamentales del Ordenamiento español no se encontraban ya en el Código civil y que era otra la concepción jurídica imperante, más de acuerdo con el deber moral que a todo progenitor alcanza de dar nombre y amparo a sus hijos, y que, en consecuencia, sus preceptos debían ser interpretados según la nueva concepción jurídica y, por tanto, restrictivamente cuando la contraríen (7). En varias ocasiones la Sala Primera del Tribunal Supremo se hizo eco del nuevo enfoque dado al Derecho de la filiación por la legislación registral (8).

A pesar de estos bienintencionados esfuerzos, había, sin embargo, obstáculos que sólo podían ser removidos mediante la reforma del Código mismo. Por ejemplo, la prohibición de la investigación de la paternidad y la jerarquía de efectos entre las distintas clases de filiación. Por ello, la doctrina científica, desde finales de los años 60 y comienzos de los 70, no ocultó ya por más tiempo su opinión, rotundamente contraria a mantener vigente una normativa que se estimaba no sólo injusta, sino socialmente obsoleta (9). Aunque hay que reconocer que —como dice Rodríguez Adrados—, aparte de afirmaciones de pasada, la doctrina se inclinaba por la reforma y no por la equiparación de todos los hijos ante la Ley (10).

---

(7) Véase el extenso análisis que de esta jurisprudencia realiza HUALDE SÁNCHEZ: *Filiación ilegítima y Registro Civil*, en el trabajo colectivo «La filiación fuera de matrimonio en el Derecho español. Régimen vigente y bases para una reforma», Convocatoria Fundación J. March, 1974, pp. 547-1.010.

(8) Se ha ocupado de analizarlas CADARS PALAO: *Conclusiones sobre la filiación extramatrimonial en la jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo*, en el trabajo colectivo citado, pp. 537-547.

(9) Así, por ejemplo, ARCE y FLÓREZ-VALDÉS: *La regulación legal española sobre filiación ilegítima a la luz de los derechos del niño*, RGLJ, 1970, pp. 343-378; DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1976; GARCÍA CANTERO: *Situación jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio*, ADC, 1975, pp. 521-550; GÓMEZ DE LIAÑO y GONZÁLEZ: *Los hijos ilegítimos y los adoptivos (Su problemática actual)*, Montecorvo, Madrid, 1972; MARTÍNEZ CALCERRADA: *La discriminación de la filiación extramatrimonial*, Montecorvo, Madrid, 1977; OLTRA MOLTÓ: *El hijo ilegítimo no natural (Su situación jurídica)*, Montecorvo, Madrid, 1976; RIVERO HERNÁNDEZ: *La presunción de paternidad legítima (Estudio de Derecho Comparado y Derecho Español)*, Tecnos, Madrid, 1971; RODRÍGUEZ ADRADOS: *La evolución del Derecho de familia en materia de filiación*, RDN, 1975, pp. 281-434; VÁZQUEZ RICHART: *Situación y porvenir legal de los hijos ilegítimos y adoptados*, Madrid, 1971.

(10) RODRÍGUEZ ADRADOS: *La filiación*, en «Las reformas del Código civil por Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981», INEJ, Madrid, 1983, pp. 111-209.

También hay que destacar cómo la subsistencia en España de esta indefendible reglamentación contrastaba penosamente con la evolución que se estaba consumando allende nuestras fronteras, de suerte que iba abriéndose un verdadero abismo entre nuestras anticuadas disposiciones legales y los principios aceptados por la comunidad internacional (11).

Ante circunstancias tan adversas, era evidente que la Constitución Española de 1978 no podía sancionar el sistema de nuestras viejas y trasnochadas Leyes civiles en materia de filiación. En el texto definitivo se ocupan del tema los artículos 14 y 39.

Al formularse el principio de igualdad ante la Ley, que encabeza el capítulo 2.º del Título I, sobre los *Derechos y libertades*, hay una clarísima alusión a la igualdad entre las filiaciones: «Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer *discriminación alguna por razón de nacimiento...*» (art. 14). Posteriormente, entre los *principios rectores de la política social y económica* (cap. 3.º, Tít. I), el párrafo segundo del artículo 39 dispone que «los poderes públicos aseguran, asimismo la protección integral de los hijos, *iguales éstos ante la Ley, con independencia de su filiación... La Ley posibilitará la investigación de la paternidad*» (12).

Dado que los principios constitucionales en esta materia representan un cambio drástico en relación con los que inspiraban la regulación del Código civil y de las Compilaciones forales se ha planteado, a diferencia de lo ocurrido en la Constitución republicana (13), el problema de su vigencia inmediata, en particular a la vista de la disposición derogatoria 3.ª y del artículo 53.2 de la Constitución (14). Profundizaremos en el tema más adelante.

---

(11) Los nuevos principios imperantes en el mundo, y en particular en Europa, sobre la familia, y más concretamente sobre la filiación, determinaron una corriente de reformas de una intensidad y generalidad como no se conocía desde el tiempo de la Gran Codificación. Primero en los países escandinavos, después en los socialistas y, finalmente, en los países occidentales. Véase, al respecto, G. GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: *Derecho civil...*, t. V, 2.º, pp. 34-40.

(12) La doctrina civilista, en general, critica la deficiente regulación constitucional del tema, al haber aludido al mismo en dos capítulos distintos de valor muy diferente según el artículo 53 de la Constitución. Esta deficiente regulación, como veremos, ha sido fuente de discrepancias de criterio en la doctrina y en la jurisprudencia al decidir sobre el posible valor normativo del principio constitucional de no discriminación por razón de nacimiento.

(13) En relación con los artículos 25 y 43 de la Constitución de 1931, el Tribunal Supremo sentó la doctrina de que para que las declaraciones constitucionales dejen de ser programáticas y tengan efectividad, necesitan ser desarrolladas en leyes especiales complementarias (sentencias de 4 de febrero de 1960, 4 de noviembre de 1963, que valoran negativamente la eficacia de los reconocimientos de hijos adúlteros que se habían inscrito en los Registros Civiles en virtud de las disposiciones constitucionales mencionadas).

(14) Disposición derogatoria 3.ª: «Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución.»

Artículo 53.2: «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.ª del Capítulo 2.º ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Promulgada la Constitución, la necesidad de acomodar el Código civil y las Compilaciones forales a los nuevos principios sobre filiación era imperiosa para evitar la situación de inseguridad jurídica originada por la existencia de preceptos constitucionales o de dudosa constitucionalidad, con las consiguientes lagunas legales. La Ley de 13 de mayo de 1981, por la que se reforma la filiación en el Código civil, trata, fundamentalmente, de desarrollar el principio constitucional de igualdad entre los hijos (15).

La Ley de 1981 ha dado nueva redacción a todo el Título V del Libro I del Código civil, aunque manteniendo idéntica rúbrica y la misma numeración de los artículos. Pero la estructura del Título ha cambiado radicalmente. No menos radical ha sido la modificación operada en sus principios orientadores. El nuevo texto ya no habla de hijos legítimos ni de ilegítimos, naturales o no naturales, sino que refleja sólo el hecho de su concepción dentro o fuera del matrimonio, reconociendo a todos su condición de hijos por naturaleza, como contrapuestos a los de adopción. La filiación por naturaleza es la basada en vínculos de sangre, mientras que la filiación adoptiva es una creación jurídica. En la primera se distingue entre hijos matrimoniales, cuando el padre y la madre están casados entre sí, y no matrimoniales, cuando no ocurre tal circunstancia. El artículo 108, párrafo 2.º, establece el principio de igualdad de efectos entre todas las clases de filiación: «La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código». Se mantiene la diversidad de modos de determinar la filiación matrimonial y la no matrimonial. Se permite, en principio, la libre investigación de la paternidad. Se aspira a fundamentar la filiación en la verdad biológica y, por último, el bien del hijo es el principio que preside toda la regulación de la filiación (16).

---

Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.»

(15) Por su parte, la Ley 13/1984, de 20 de marzo, de la *Generalitat de Catalunya*, se propone, según se desprende de su E. de M., principalmente, la adaptación del Derecho civil catalán a los principios constitucionales de no discriminación por razón de sexo, nacimiento o estado civil, y el Preámbulo de la Ley 3/85, de 21 de mayo, de las Cortes de Aragón, dice textualmente que «la previsión constitucional de una serie de principios nuevos que inciden directamente en una distinta concepción del Derecho de familia, ha determinado el hecho de que la mayor parte de las Compilaciones civiles se encuentre, en mayor o menor medida, en una clara situación de inconstitucionalidad. Los principios constitucionales de igualdad de los hijos ante la Ley, y la de los cónyuges en el matrimonio, así como la introducción del divorcio como nueva causa de la disolución del vínculo matrimonial, exigen una revisión profunda del Derecho civil aragonés».

(16) Resumen de los principios orientadores de la nueva Ley extraído de la exposición de G. GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: *Derecho civil español...*, t. V, 2.ª, pp. 62-66. Sobre el régimen de la filiación vigente en el Código civil puede verse también ALBALADEJO: *Curso de Derecho civil*, IV, Bosch, Barcelona, 1984, 2.ª ed.; DíEZ PI-CAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, IV, Tecnos, Madrid, 1983, 3.ª ed.; ESPÍN: *Manual de Derecho civil español*, IV, Edersa, Madrid, 1984, 8.ª ed.; LACRUZ y SAN-CHO: *Elementos de Derecho civil*, IV, Bosch, Barcelona, 1984; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, IV, Bosch, Barcelona, 1985, 2.ª ed.; DE LA CÁMARA ALVA-REZ: *Comentarios a los artículos 108 a 141 del Código civil*, en «Comentarios al Código

Siendo consciente de las importantes novedades que la nueva legalidad comporta respecto de la anterior, y por ello de la posibilidad de conflicto entre aquélla y ésta, el legislador ha dictado numerosas disposiciones transitorias especiales para la filiación (17). Pero, aparte de que éstas no regulan todos los supuestos, no impiden la posibilidad de que sea objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional una resolución judicial firme, dictada en el tiempo intermedio entre la vigencia de la Constitución y la entrada en vigor de la Ley reformadora. Otro tema a tratar es si las nuevas normas de Derecho transitorio respetan o no los principios sancionados por la Constitución, y, consecuentemente, si inciden o no en inconstitucionalidad.

### III. VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCION EN MATERIA DE FILIACION

Si nos situamos en un momento posterior a la entrada en vigor de la Constitución y previo a la aprobación de las Leyes de reforma del Código civil, de la Compilación catalana o de la Compilación aragonesa, que adaptan estos textos legales al principio constitucional de igualdad de los hijos ante la Ley, o, sin más, en un momento posterior a la vigencia de la Constitución en aquellas regiones forales que todavía no han reformado su Compilación (18), y tratamos de resolver cuestiones de filiación derivadas de hechos y situaciones jurídicas anteriores a las Leyes de reforma, donde las haya, y, en todo caso, posteriores a la Constitución, ¿cuál será el Derecho aplicable? Es decir, ¿deben reputarse vigentes, hasta que tiene lugar la modificación de las Leyes civiles, las normas que éstas contienen relativas a la filiación aunque contradigan el principio constitucional de no discriminación por razón de nacimiento? Si respondemos en sentido negativo, ¿cómo llenar, en el entretanto, el consiguiente vacío normativo? En definitiva, la pregunta clave es si la parte dogmática de la Constitución tiene o no valor normativo directo (19). Al respecto, en un principio, se anunciaron dos tesis:

---

civil y Compilaciones forales», t. III, vol. 1.º (Edersa, Madrid, 1984); PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *De la paternidad y filiación*, en «Comentarios a las reformas del Derecho de familia», vol. I (Tecnos, Madrid, 1984), pp. 775-1.023; MARTÍNEZ CALCERRADA: *La filiación*, en «El nuevo Derecho de Familia», II, Madrid, 1981, pp. 7-143; RIVERO HERNÁNDEZ: *Ideas generales en torno al nuevo régimen de la filiación*, AAMN, XXV, 1982, pp. 421-483; SERNA MEROÑO, E.: *La reforma de la filiación*, Montecorvo, Madrid, 1985.

(17) Como veremos, ocho de las once previstas para toda la amplia materia reformada por la Ley de 13 de mayo de 1981 son de aplicación a la filiación.

(18) En estos momentos, junio de 1986, todavía no se ha producido la reforma de las Compilaciones navarra, balear y vizcaína. Tampoco de la gallega, pero ésta no contiene normas sobre filiación.

(19) Véase DE LA CÁMARA: *Comentarios...*, op. cit., pp. 23-25; PEÑA: *De la paternidad y filiación*, op. cit., p. 790.

1.<sup>a</sup> La que entendía que debían considerarse vigentes los textos legales, por razones de seguridad jurídica, mientras no fuesen adaptados a la Constitución (20).

2.<sup>a</sup> La que entendía ya derogadas todas las normas contrarias a los principios de igualdad entre los hijos y de los cónyuges en el matrimonio, pues estos principios constitucionales, en cuanto expresión del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, eran de directa aplicación sin necesidad de ulterior desarrollo legislativo (21).

Veamos cuál ha sido la evolución del tema en la Jurisprudencia de nuestros más Altos Tribunales.

### 1. Primera Jurisprudencia del Tribunal Supremo

En una línea, acaso, de prudencia, el Auto del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1979 deniega el *exequatur* a la resolución de un Tribunal francés sobre reclamación de alimentos de una súbdita francesa a un ciudadano español, unidos entre sí por una relación de filiación ilegítima no natural. Entre otras razones, afirma el Tribunal Supremo que «tratándose de cuestión que por afectar a una relación biológica paterno-filial atañe en alguna medida al orden público interno del Estado requerido, ya que no ha sido desarrollada todavía la norma programática del artículo 39, párrafo 2.º, proposición segunda, de la Constitución Española, el reconocimiento de la resolución, y los efectos pretendidos serán denegados».

En el caso objeto de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1981, dos hijos legítimos entablan acción contra dos medio hermanos (varón y hembra, ésta menor de edad) habidos por el padre de aquéllos con mujer distinta de la esposa, constante matrimonio. La finalidad buscada con la acción era conseguir la declaración de nulidad del testamento otorgado por su progenitor, en el que, declarándose soltero, reconocía como hijos naturales a los habidos con la otra mujer; pretendían, asimismo, la nulidad de dicho reconocimiento y de la subsiguiente inscripción registral, con la consecuencia aneja de privar a los demandados del apellido paterno, impuesto en virtud de ese reconocimiento, y que se declarase como único testamento válido el posterior del padre por el que instituía herederos a los demandantes.

---

(20) Así la Consulta del Fiscal General del Estado de 12 de enero de 1979 y la primera jurisprudencia postconstitucional del Tribunal Supremo (auto de 26 de noviembre de 1979 y sentencias de 8 de mayo de 1981, 31 de octubre de 1981, 8 de abril de 1982).

(21) En la defensa de esta tesis sobresalió E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma jurídica*, ADC, 1979, pp. 291 y ss., trabajo reproducido después en *La Constitución Española de 1978*, estudio sistemático dirigido por los profesores A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, 1981, pp. 97 y ss. Tesis confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencias de 2 de febrero de 1981, 1 de junio de 1981 y 20 de diciembre de 1982).

La representación de los demandados se avino a la pretensión principal, pero en la reconvencción pidió que se mantuviera el apellido paterno, por ser de uso corriente y por estar probada la filiación ilegítima no natural, y que se reconociera derecho a alimentos respecto de la demandada menor de edad.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia, el 7 de junio de 1978, en la que, estimando en parte la demanda, declaró nulo el reconocimiento como hijos naturales y prohibió a los hijos ilegítimos llevar los apellidos del padre; declaró, igualmente, nulos los asientos e inscripciones registrales como hijos naturales y ordenó su anulación y cancelación; asimismo, desestimó la demanda reconvenccional. Todo ello en aplicación del Derecho vigente, de modo indubitado, en la fecha de la sentencia.

Habiendo entrado ya en vigor la Constitución, la Audiencia dictó sentencia, el 11 de marzo de 1980, desestimando el recurso de apelación. Se interpuso recurso de casación por infracción de Ley y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. Acreditada y reconocida la condición de hijos ilegítimos no naturales de los demandados, así como el estado de buena y suficiente fortuna económica de la madre natural, se rechaza la petición de alimentos por ausencia de los requisitos generales del derecho y obligación alimentaria, es decir, la necesidad del alimentista y la existencia de persona prioritariamente obligada a la prestación, cual es la madre natural. En cuanto al derecho al apellido paterno, el Tribunal Supremo lo rechaza por aplicación del mandato legal expreso que así lo prohíbe (art. 139, en su redacción anterior).

Pero lo fundamental de esta sentencia, a nuestros efectos, es que, ante la alegación por los recurrentes de violación del principio de igualdad de los hijos, abstracción hecha de su origen, sentado en el artículo 39.2 de la Constitución, el Tribunal Supremo afirma, en resumen, que *el citado precepto está comprendido en el capítulo tercero del Título Primero, y, consiguientemente, en la prohibición de su aplicación directa, según el artículo 53.3 de la Constitución, de modo que no puede tomarse en consideración para, al socaire de una interpretación que sería más bien un desarrollo modificativo de una norma, adelantarse a una precisión legislativa que la propia Constitución prohíbe, para remitirla al legislador ordinario, todo lo cual, además, obvia el problema que pudiera plantearse sobre la derogación constitucional de los preceptos del Código civil afectados y aplicados correctamente por la Sala de instancia, cuya sentencia, por tanto, hay que mantener (22).*

Destaca la rotundidad con la que el Tribunal Supremo rechaza la aplicación inmediata del principio de igualdad de los hijos ante la Ley

---

(22) Fue ponente el Magistrado señor VEGA BENAYES. Véase «La Ley», 1981, 4, pp. 682 y ss., con el comentario de J. C. ESTEBAN GÓMEZ: *Remedios contra la eficacia de la sentencia de filiación anterior a la Ley 11/1981, de 13 de mayo*; ADC, 1981, p. 1.115, sentencia extractada y anotada por J. DEL CORRAL RIVAS.

proclamado por la Constitución. Piénsese en los distintos resultados a que conduciría su aplicación. No obstante, el principio de retroactividad de la Ley de 1981, patente en sus disposiciones transitorias 1.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup>, como se verá luego, lleva a la conclusión de que la presente sentencia pierde en parte su autoridad de cosa juzgada, ya que el reconocimiento contenido en el testamento discutido habrá que estimarlo válido e inscribible, siempre que resulten ya cumplidos los requisitos que la nueva Ley exige (23).

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la sentencia de 31 de octubre de 1981 (24), ante la proposición por el recurrente de una prueba encaminada a la investigación de la paternidad, declara que *si bien el número 2.º del artículo 39 de la Constitución dispone que la Ley posibilitará la investigación de la paternidad, resulta que la mentada disposición no constituye un precepto constitucional de aplicación directa, sino que requiere un desarrollo legislativo o legislación complementaria* que no se hallaba en vigor cuando las resoluciones fueron dictadas por el Tribunal de Instancia, quien, por ello, procedió acertadamente y no cometió la infracción que se denuncia por el recurrente.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, en la sentencia de 8 de abril de 1982 (25), declara no haber lugar al recurso de casación y confirma la sentencia de la Audiencia que había apreciado caducidad de la acción. El razonamiento fundamental en que se asienta la estimación de la caducidad de la acción, con la subsiguiente absolución de la pretensión actora, se basa en ambas resoluciones impugnadas, en que la acción de reconocimiento de la condición de hijo natural, que viene regulada en el artículo 137 del Código civil, en su anterior redacción, ha sido ejercitada por la parte demandante, después del fallecimiento de su presunto padre, cuando, a la sazón, la accionante había superado cumplidamente su mayoría de edad, aportando unos documentos autógrafos de aquel, que obraban en su poder, al acaecer el óbito de su pretendido padre, operándose, en todo caso, la caducidad de la acción, dado que su ejercicio había superado considerablemente los seis meses, contados desde la fecha de aparición de los

---

(23) Así opina DÍEZ DEL CORRAL, ADC, 1981, p. 1.116.

(24) Ponente: Magistrado señor GARCÍA MIGUEL.

(25) Ponente: Magistrado señor GÓMEZ DE LA BÁRCENA Y LÓPEZ.

Algunos hechos relevantes para la comprensión del caso son los siguientes: la actora y recurrente nació en 1923 y está inscrita en el Registro Civil como hija natural de madre viuda. El presunto padre falleció en 1972. En un primer testamento notarial dejó a la actora parte de su herencia, pero 20 días antes de morir otorgó nuevo y último testamento en el que ya no citaba para nada a la recurrente. Interpuesta acción para el reconocimiento de su filiación natural respecto del testador, tras su fallecimiento, fue desestimada por la sentencia del Juzgado de 3 de marzo de 1978 por entender caducada la acción a tenor del artículo 137 del Código civil. Contra ella se interpuso recurso de apelación, durante cuya tramitación se promulgó la Constitución, alegándose la inconstitucionalidad del artículo 137 del Código civil por contradecir el principio de igualdad proclamado en los artículos 14 y 39.2 de la Constitución. Igual argumentación se repite en casación, y posteriormente, en amparo, ante el Tribunal Constitucional.

documentos, a que se refiere el último párrafo del precitado artículo 137 del Código civil.

Contra la sentencia de la Audiencia, la recurrente alegó infracción de Ley por inaplicación del artículo 14 de la Constitución y por interpretación errónea del artículo 137 del Código civil (redacción anterior a la actual), al no haber tenido en cuenta la pauta interpretativa contenida en el artículo 53.3 de la Constitución. Al respecto, el Tribunal Supremo argumentó que el artículo 137 del Código civil no devino inconstitucional a causa del artículo 14 de la Constitución, porque *tal mandato tiene alcance de una declaración de principio que, a su vez, se matiza incluyéndolo dentro de los principios comprendidos en el art. (sic) 3.º del Tít. I de la Constitución, y concretamente en el art. 39.2, al que alcanza la prohibición de su alegación directa ante la jurisdicción ordinaria, prescrita en el artículo 53, núm. 3, de la Constitución*, pero, además, a la igualdad que proclama el artículo 14 de la Constitución entre todos los españoles, y también, por tanto, entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales, ha de llegarse obteniendo una declaración específica y previa de la relación paterno filial para que pueda de esta forma equipararse en el trato al hijo matrimonial con el no matrimonial. *La admonición contenida en el artículo 53.3 de la Constitución en cuanto a los principios contenidos en el capítulo 3.º del Título I, ha de conjugarse con lo establecido en el párrafo siguiente: «Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen»; y mientras no existan tales Leyes, no pueden ser aplicados aquellos principios, al menos de una manera directa, por los Tribunales.* En consecuencia, los artículos 14, 39 y 53 de la Constitución no impiden la aplicación correcta del 137 del Código civil, al estimar acertadamente la caducidad de la acción esgrimida, precepto que era el aplicable al tiempo de dictarse la resolución recurrida y que ha sido interpretado correctamente con un criterio que, a mayor abundamiento, resulta confirmado por la disposición transitoria 7.ª de la Ley de 13 de mayo de 1981.

*Doctrina.*—De estas cuatro primeras resoluciones del Tribunal Supremo referidas a la filiación, una vez promulgada la Constitución, se deduce, sin lugar a dudas, que el Alto Tribunal considera que deben entenderse vigentes los textos legales no acordes con la Constitución mientras no sean modificados por el legislador ordinario. Entiende que esto es así, como hemos visto, porque, en su opinión, la prohibición de discriminaciones por razón de nacimiento (art. 14) sólo tiene el alcance de una declaración de principios que, al estar matizada por el artículo 39.2, colocado en el capítulo III, no puede ser alegada directamente ante la jurisdicción ordinaria por prohibirlo el párrafo 3.º del artículo 53. El artículo 39.2 es sólo una norma programática sin desarrollar que no puede ser tomada en consideración por los Tribunales para, adelantándose al legislador competente, proceder, indirectamente, al desarrollo modificativo de una norma que la contradiga.

## 2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

De la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981 (26), que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por 56 Senadores contra diversos preceptos de la Legislación de Régimen Local, nos interesa destacar, a nuestros fines, los siguientes razonamientos:

Respecto de las Leyes preconstitucionales, la Constitución es una Ley superior —criterio jerárquico— y posterior —criterio temporal—. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar, de una parte, a la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente invalidez de las que se opongan a la Constitución, y de otra, a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación (disposición derogatoria 3.ª) (27).

*Los principios generales del Derecho incluidos en la Constitución tienen carácter informador de todo el Ordenamiento jurídico* (art. 1.4 del Código civil), *que debe así ser interpretado de acuerdo con los mismos. Pero allí donde sea irreductible la oposición entre aquéllos y las Leyes anteriores, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma.* El hecho de que el artículo 53.2 prevea un sistema especial de tutela de las libertades y derechos reconocidos, entre otros, en su artículo 14 —referido al principio de igualdad—, es una específica confirmación del valor aplicativo y no meramente programático de los principios generales plasmados en la Constitución.

El enjuiciamiento de la conformidad de las Leyes con la Constitución es una competencia propia del Tribunal Constitucional y sólo excepcionalmente, en cuanto a las preconstitucionales, corresponde también a los Jueces y Tribunales del Poder Judicial, los cuales, al inaplicar tales Leyes, no enjuician la labor del legislador, sino que aplican la Constitución.

Se trata, por tanto, de una sentencia que defiende la doctrina de la eficacia directa de la Constitución y que contrasta, lógicamente, con la tesis antes expuesta del Tribunal Supremo.

*Sentencia de 1 de junio de 1981 (28).*—Resuelve la cuestión de constitucionalidad planteada por un Juez de Primera Instancia de Barcelona. Se cuestionaba la constitucionalidad del artículo 252, párrafos 2.º y 3.º, de la Compilación catalana, de 21 de junio de 1960, en relación con el artículo 39.2 de la Constitución. Dicho precepto esta-

(26) Ponente: Magistrado señor GÓMEZ FERRER.

(27) La diferencia entre inconstitucionalidad sobrevenida y derogación provocó un voto particular del Magistrado señor RUBIO LORENTE. La sentencia de 8 de abril de 1981, de la que fue Ponente el Magistrado señor Díez PICAZO, recogió el parecer unánime del Pleno del Tribunal Constitucional y pacificó las disputas existentes.

(28) Ponente: Magistrado señor RUBIO LORENTE. Véase GARCÍA CANTERO: *La filiación extramatrimonial ante el Tribunal Constitucional*, en «De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» (Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 1985), pp. 595-614.

blecía (29) la incapacidad sucesoria relativa total de la persona culpable de trato sacrílego, adulterino o incestuoso con el causante, y de los hijos nacidos de tales uniones, así como de los padres en la sucesión de estos hijos.

El Tribunal, que *considera el artículo 39.2 como concreción del principio del artículo 14, y, por ello, de aplicación inmediata*, no se pronuncia sobre la cuestión planteada, porque la derogación total o parcial de la norma cuestionada se habría producido el día 29 de diciembre de 1978 y no podría tener repercusión alguna sobre los derechos y obligaciones nacidos con anterioridad a su fecha, como son los que nacieron en el momento de la muerte del causante (26 de agosto de 1975) de la herencia objeto del proceso civil (art. 657 del Código civil), fecha a la que hay que referir también la calificación de capacidad de los herederos o legatarios, y en la medida en que el fallo del Juez haya de basarse precisamente en la existencia o inexistencia de la capacidad sucesiva de los designados en el testamento, ese fallo no depende del pronunciamiento que el Tribunal Constitucional pudiera hacer sobre los efectos derogatorios que hayan de atribuirse a la probable contradicción entre la norma cuestionada y la Constitución.

«Es claro —sigue diciendo el Tribunal Constitucional— que los efectos que sobre la validez y la eficacia de las normas se derivan de su contradicción con la Constitución sólo surgen desde el momento en que se produce la contradicción misma, esto es, para las normas promulgadas con posterioridad a la Constitución, desde el momento de su entrada en vigor, y para las anteriores al texto constitucional, desde la fecha en que éste inició su vigencia.»

«Cosa muy distinta es la interpretación que, una vez promulgada la Constitución, haya de hacerse de una norma que en razón de ser anterior a la Constitución puede ser inaplicada por el propio Juez si la considera contraria a ella, pero cuya validez en el momento de nacimiento de los derechos sucesorios de las partes no puede ser cuestionada, y cuyo sentido responde a una valoración social de determinadas relaciones personales bien distinto al que subyace a los preceptos de nuestra Ley Fundamental. Esta interpretación corresponde, sin embargo, al Juez Civil y no a este Tribunal.»

*Sentencia de 20 de diciembre de 1982 (30).*—Contra la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1982 se presentó recurso de amparo constitucional por infringir los artículos 14 y 39 de la Constitución, así como también, en cuanto a la óptica del asunto, el artículo 53.3, ya que aplica el artículo 137 del Código civil, que es un precepto absolutamente rechazable e inconstitucional. En tres ocasiones, por tanto (al apelar, al recurrir en casación y al plantear este recurso de amparo constitucional), ha suscitado la recurrente el problema del valor normativo inmediato del artículo 14 de la Constitución

(29) Modificado por la Ley 13/1984, de reforma de la Compilación catalana.

(30) Ponente: Magistrado señor TOMÁS Y VALIENTE. Véase el BJC núm. 21, pp. 62 y ss; «La Ley», 1983, 2, pp. 58-65, con el comentario de FERNANDO F. BOBADILLA.

y el de su posible efecto derogatorio respecto al artículo 137 del Código civil en su redacción anterior.

El Tribunal Constitucional, sin hacer alusión a la caducidad de la acción derivada del artículo 137 del Código civil, reafirma de un modo enérgico el carácter normativo de la Constitución:

«Que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema, y no una declaración programática o principal. es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su artículo 9.1 [...]. Pero si es cierto que tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los artículos 39 a 52 en los términos del artículo 53.3 de la Constitución, *no puede haber duda a propósito de la vinculatoriedad inmediata* (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) *de los artículos 14 a 38*, componentes del capítulo 2.º, Título I, pues el párrafo 1.º del artículo 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo «vinculan a todos los poderes públicos» [...]. Entre los cuales se insertan, obviamente, los «Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial» (art. 117 de la Constitución), desde el momento mismo de la entrada en vigor del texto constitucional. Uno de tales derechos es el de igualdad ante la Ley que tienen todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna entre ellos por razón de nacimiento (art. 14).»

Valor normativo inmediato del artículo 14, que —según el Tribunal Constitucional— ha sido ignorado o abiertamente negado tanto por la sentencia de la Audiencia como por la de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que han aplicado, después de entrar en vigor la Constitución, el artículo 137 del Código civil, en su redacción anterior, que contenía un criterio discriminatorio por razón de nacimiento, contrario a la igualdad en relación al régimen de las acciones de filiación entre las pertenecientes a los hijos que pretendieran el reconocimiento de la filiación matrimonial o extramatrimonial. Tales sentencias contienen fallos contrarios al derecho de igualdad que perpetúan en el presente postconstitucional un trato discriminatorio nacido al amparo de la legislación preconstitucional, por todo lo cual deben ser anuladas.

«Lo dicho hasta aquí no implica —concluye el Tribunal Constitucional— la aplicación retroactiva de la Constitución, sino el reconocimiento de su carácter normativo [...], porque la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 137 del Código civil genera su nulidad y produce necesariamente efectos incluso sobre los procesos pendientes, actuando así como límite al principio según el cual un proceso debe resolverse con arreglo a la legislación vigente en el momento de interponer la acción. Este Tribunal Constitucional no puede ni debe formular ningún pronunciamiento sobre la filiación de la recurrente en amparo, pero sí debe colocarla en una situación procesal en la que sea tratada por los Tribunales con respeto a su derecho a la no discriminación por razón de nacimiento, de modo que, anuladas las sentencias de apelación y casación, vuelvan a resolverse en estas vías, pero teniendo ahora en cuenta el valor normativo del artículo 14 de la Constitución, la derogación del artículo 137 del Código civil y la

interpretación expansiva del 118 del Código civil en el período posterior a la Constitución y anterior a la Ley 11/1981, sus recursos contra la sentencia del Juez de Primera Instancia, válida en su día, pero no firme.»

Sentencia justa, si se quiere, por los resultados equitativos a que da lugar, pero contradictoria con la de 1 de junio de 1981, al no tener presente la caducidad de la acción de reconocimiento de hijo natural *ex* artículo 137 del Código civil, que se produjo, *ipso facto*, al tiempo de fallecer el presunto padre (4 de octubre de 1972), es decir, más de seis años antes de entrar en vigor la Constitución de 1978. La derogación por la Constitución del artículo 137 del Código civil se habría producido al entrar en vigor ésta, y no podría tener repercusión alguna sobre los derechos y obligaciones nacidos con anterioridad.

La doctrina civilista critica esta sentencia ampliamente por entender que el Tribunal Constitucional da a la Constitución un efecto retroactivo que no tiene, con grave riesgo de la seguridad jurídica si tal criterio va a prevalecer y deben someterse a revisión particiones hereditarias ya consumadas (31).

Podría aducirse que al ser la sentencia que atribuye al hijo la condición de natural (no matrimonial) de fecha posterior al testamento, en rigor no puede afirmarse que exista preterición. Pero la Jurisprudencia (sentencia de 27 de febrero de 1909) ha resuelto estos problemas a favor de la existencia de preterición y la doctrina ha aplaudido la solución (32). No obstante, si tenemos en cuenta el criterio expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 1 de junio de 1981, hay que entender que los efectos producidos antes de la vigencia de la Constitución no deben resultar afectados retroactivamente por ésta.

*Doctrina.*—Al margen de la declaración de que también los principios generales del Derecho incluidos en la Constitución participan de la fuerza derogatoria de la misma cuando su oposición con las Leyes anteriores sea irreductible, el Tribunal Constitucional considera al artículo 39.2 como una concreción del principio general de igualdad enunciado en el artículo 14 y, por ello, de aplicación inmediata. Pero los efectos que sobre la validez y la eficacia de las normas se deriven de su contradicción con la Constitución sólo surgen, para las anteriores al texto constitucional, desde la fecha en que éste inició su vigencia. Por lo tanto, la validez de las normas preconstitucionales en el momento de nacimiento de los derechos de las partes, previo a la vigencia de la Constitución, no puede ser cuestionada.

---

(31) Véase GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: *Derecho civil español...*, t. V, 2, p. 61; DE LA CÁMARA: *Comentarios...*, pp. 27 y ss. BOBADILLA, en su comentario («La Ley», 1983, p. 63), dice que esta resolución «abre las puertas de par en par a un sinfín de litigios, con las funestas consecuencias que implica remover pretéritas relaciones familiares y patrimoniales, definitivamente consolidadas por la común opinión y por la Ley».

(32) Véase Díez PICAZO: *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, II, Tecnos, 1969, p. 531.

Dado que el derecho de igualdad ante la Ley que tienen todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna entre ellos por razón de nacimiento, vincula a todos los poderes públicos (art. 9.1 y 53.1 de la Constitución), y entre ellos, obviamente, a Jueces y Magistrados, no pueden dictarse fallos, después de entrar en vigor la Constitución, contrarios al derecho de igualdad perpetuando en el presente postconstitucional un trato discriminatorio nacido al amparo de la legislación preconstitucional.

La inconstitucionalidad sobrevenida de una norma produce necesariamente efectos incluso sobre los procesos pendientes, actuando así como límite al principio según el cual un proceso debe resolverse con arreglo a la legislación vigente en el momento de interponerse la acción.

### 3. Nueva Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sentencia de 16 de febrero de 1984 (33).—En esta sentencia se produce un cambio de orientación en la doctrina del Tribunal Supremo. Se afirma en ella que *a partir de la vigencia de la Constitución y por así disponerlo su artículo 14, precepto de carácter normativo y no meramente programático o declarativo de principios, nadie puede ser discriminado por razón de nacimiento, entendiéndose, en consecuencia, derogadas las limitaciones que respecto a la investigación de la paternidad de los hijos extramatrimoniales se contenían en la regulación del Código civil anterior a la reforma de 1981*, por lo que, si en el caso de litis el Tribunal de Instancia examina el acta de nacimiento firmada por el presunto padre y por considerarla expresiva de su voluntad, le atribuye la paternidad del inscrito, hoy actor, no comete violación alguna de la normativa aplicable al caso (34).

Sentencia (Sala Segunda) de 4 de abril de 1984 (35).—Juzgando sobre un posible delito de falsedad de documento público, al haberse reconocido en testamento abierto notarial otorgado el 14 de octubre de 1980 a una hija como de padre viudo, estando en realidad casado, considera el Tribunal Supremo que como el documento público re-

---

(33) Ponente: Magistrado señor PÉREZ GIMENO.

En el caso objeto de la sentencia, la inscripción en el Registro Civil del actor había sido extendida en virtud de declaración de un hermano del que aparece inscrito como padre, dando a conocer, también, los datos de la madre. Dicha acta de nacimiento fue posteriormnete suscrita por los presuntos padres (que ya figuraban en el acta). El actor solicita la nulidad del testamento de su presunto padre, que, preteriéndole, había nombrado heredero universal a una tercera persona. La parte demandada discute la condición de hijo del causante que alega el actor.

(34) El Tribunal Supremo no considera, pues, relevantes las posibles infracciones que, conforme a las normas preconstitucionales, pudieran haber existido: violación del principio de unidad de acto de la inscripción (art. 30 LRC), o violación de la prohibición contenida en el artículo 132 del Código civil entonces vigente, o bien, en su caso, violación del artículo 49 de la LRC por no haberse hecho constar al margen de la inscripción la declaración de reconocimiento firmada por los que la realizaron.

(35) Ponente: Magistrado señor MOYNA MÉNGUEZ.

dargüido de falsedad se inscribe temporalmente después de la vigencia de la Constitución de 1978 y antes de la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981, si se entendiera que el texto constitucional era en este punto —principio de igualdad de los hijos ante la Ley con independencia de su filiación— de aplicación directa e inmediata sin necesidad de legislador ordinario, la tipicidad penal de los hechos sería insostenible porque la inveracidad cometida en la narración del documento notarial no podría ser calificada de esencial (36); pero si se patrocinara el criterio de no ser vinculante aquella norma constitucional hasta su desarrollo legislativo, entonces no habría otra solución para llegar a la conclusión propuesta que acudir al principio de retroactividad de las Leyes favorables (art. 9.3 de la Constitución; disp. trans. 5.ª Ley de 13 de mayo de 1981; art. 24 del Código penal); retroactividad avalada además por razones de justicia material, pues no sería justo mantener una condena sobre la base de unas concepciones jurídicas —la discriminación entre los hijos extramatrimoniales— no profesadas por el Legislador y repudiadas por la conciencia social del momento.

Sentencia de 10 de febrero de 1986 (37).—El 31 de enero de 1979 tiene lugar el fallecimiento del causante, bajo testamento abierto, otorgado el 5 de octubre de 1977, en el que instituyó herederos a sus tres hijos legítimos habidos de su primer matrimonio, los hoy recurridos, sin hacer referencia alguna a un hijo ilegítimo no natural, hoy recurrente. Solicitada por éste último la nulidad del testamento, la sentencia del Juzgado estimó la demanda declarando la preterición del actor, sentencia que fue revocada por la dictada en apelación.

La sentencia de la Audiencia, aquí recurrida, partiendo del supuesto de que el principio constitucional de igualdad de los hijos ante la Ley, con independencia de su filiación (art. 39.2), sólo puede tener efectividad mediante desarrollo legislativo posterior, argumenta que, si la apertura de la sucesión se produce en la fecha de la muerte del causante (art. 657 del Código civil), si la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modifica el Código civil en materia de filiación, ordena en su disposición transitoria octava que «las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación», es claro, concluye, que en el presente caso la apertura de la sucesión se produjo cuando no regía la Ley 11/1981, y, por tanto, cuando el hijo ilegítimo no natural sólo tenía derecho a alimentos, no pudiendo hablarse en ningún caso de preterición, conclusión que lleva aparejada la desestimación de la pretensión actuada.

---

(36) Dice la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en otro considerando, que la declaración de haber procreado a la hija en estado de viudez no pasaría de ser una mendacidad sin trascendencia penal, en cuanto inocua para alterar o afectar a la relación jurídica de filiación, con sujeción al brocardo *falsitas non punitur quae non erat apta nocere*, que se ha traducido, en la doctrina jurisprudencial penal, en la exigencia, común a todas las modalidades de falsedad, de que la conducta manifieste la existencia de una mutación «esencial» de la verdad.

(37) Ponente: Magistrado señor PÉREZ GIMENO.

En casación se denuncia la infracción por no aplicación de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución, en conexión con la disposición derogatoria tercera y repetidas sentencias del Tribunal Constitucional.

Para el adecuado examen y decisión de este recurso, el Tribunal Supremo considera necesario sentar las siguientes premisas básicas: «Primero: *La Constitución, como norma suprema del Ordenamiento jurídico español, es vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos desde el momento de su entrada en vigor (art. 9), y si bien los principios rectores de la política social y económica recogidos en los artículos 39 a 52, aun cuando deben informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen (art. 53.3), sin embargo, los derechos proclamados en los artículos 14 a 38 son de aplicación directa e inmediata, sin perjuicio de que un posterior desarrollo legislativo pueda regular su ejercicio (art. 53.1).* Segundo: Consecuentemente, *el principio de igualdad ante la Ley sin discriminación alguna por razón de nacimiento que proclama el artículo 14 de la Constitución rige desde la entrada en vigor de la Constitución, el 29 de diciembre de 1978, y, por tanto, los preceptos del Código civil que trataban desigualmente a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, por estar basados en principios discriminatorios por razón de origen, quedaron sin eficacia por imperativo de la disposición derogatoria tercera de dicha Norma fundamental, que declara expresamente derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo en ella establecido por inconstitucionalidad sobrevenida.*»

En aplicación de tales premisas, afirma el Tribunal Supremo que, como la apertura de la sucesión se produjo vigente ya la Constitución, cuando los preceptos del Código civil de contenido discriminatorio por razón de origen matrimonial o extramatrimonial habían quedado sin efecto, es manifiesto que no pueden negarse al actor derechos sucesorios en la herencia del causante, padre común de los litigantes. En consecuencia, el actor recurrente, al devenir heredero forzoso a partir de la vigencia de la Constitución, resultó preterido... Por todo lo expuesto, procede casar la sentencia recurrida y confirmar la dictada por el Juzgado.

*Doctrina.*—La doctrina del Tribunal Supremo, claramente expresada en la sentencia que acabamos de reseñar, es ya plenamente coincidente con la del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución. No podía ser de otra manera. En aplicación de esta doctrina, las normas de las Leyes civiles referentes, directa o indirectamente, a la filiación, y que contradigan frontalmente el principio de no discriminación por razón de nacimiento, deben considerarse, desde la vigencia de la Constitución, derogadas. Cualquier sentencia o resolución que las aplicase sería recurrible en amparo ante el Tribunal Constitucional (38).

---

(38) En este sentido se manifiesta DE LA CÁMARA: *Comentarios...*, p. 28.

Pero, según entiende la mejor doctrina, la exclusión de toda discriminación que contradiga frontalmente el principio de igualdad de los hijos ante la Ley no implica la prohibición de cualquier diferenciación entre los hijos dentro del Derecho de familia. Sólo deben entenderse derogadas las discriminaciones que carecen de una justificación objetiva (39).

La adaptación completa, por otra parte, del Derecho de familia español a las exigencias constitucionales no concluirá hasta que se reformen todas las Leyes civiles que aluden, directa o indirectamente, a la filiación. Mientras las reformas son elaboradas y aprobadas se plantea el difícil problema de cómo llenar el vacío dejado por la derogación de las normas objetivamente discriminatorias.

En algún caso bastará con entender directamente suprimida la prohibición contraria a los principios de la Constitución (por ejemplo, la prohibición de investigar la paternidad), pero, en general, como apunta el Tribunal Constitucional en la sentencia de 20 de diciembre de 1982, los Jueces y Tribunales se verán obligados a realizar una interpretación extensiva de normas, en un principio, sólo previstas para la filiación legítima.

«Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido» (art. 1.7 del Código civil), en el que ocupa el primer lugar la Constitución.

Se trata, de todas maneras, de una situación interina llamada a ser remediada por las disposiciones transitorias de las Leyes de reforma y, en su defecto, por los principios generales de Derecho transitorio aplicables al caso. Pero, evidentemente, las reglas de Derecho transitorio nunca podrán impedir la aplicación directa del principio constitucional de igualdad de los hijos ante la Ley, una vez vigente el texto constitucional, en otro caso quedarían abiertas las puertas al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En cuanto a los Derechos forales y hasta el momento de su adaptación constitucional, es importante la reforma de la filiación en el Código civil operada por la Ley 11/1981. En primer lugar, porque en la nueva Ley se manifiestan principios generales de todo el Ordenamiento español, con el significado interpretativo o integrador que

---

(39) DE LA CÁMARA, *loc. cit.*, habla de normas «que contradigan frontalmente el principio de no discriminación por razón de nacimiento»; PEÑA: *De la paternidad y filiación*, p. 791, se refiere a las «discriminaciones sin justificación objetiva». Dice este autor que «la derogación de las normas diferenciadoras no exentas de justificación objetiva —como puede ser la protección de la familia, que es también otro de los principios constitucionales—, podría significar la creación de una inmensa incertidumbre, y con ella la violación de otro principio constitucional, el de seguridad jurídica (cfr. art. 9.3 de la Constitución)». Deben, pues, mantenerse, como de hecho ha mantenido la Ley de 13 de mayo de 1981, las diferencias, por ejemplo, en el régimen de las acciones según que la filiación sea matrimonial o no matrimonial, fundadas en la mayor certeza que, en general, el matrimonio da a la filiación. En otro caso, habría que considerar inconstitucionales todas las diferencias entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales que contiene la Ley de reforma del Código civil citada.

ellos tienen respecto de cualquiera de los preceptos, aunque sean especiales o forales. En segundo lugar, porque una vez agotado el sistema de fuentes propio de cada Compilación civil hay que acudir para llenar los vacíos normativos al Derecho supletorio, es decir, al Código civil vigente (40).

#### IV. EL DERECHO TRANSITORIO DE LA FILIACION EN LA LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, deroga el régimen anterior de la filiación en el Código civil y lo sustituye por otro acorde con los imperativos constitucionales y con la realidad social de nuestro tiempo. La línea divisoria entre la eficacia de la Ley antigua y la nueva viene, en principio, determinada por las disposiciones transitorias de la nueva Ley. A continuación nos ocupamos de su análisis, pero tal vez sea conveniente traer a colación algunas cuestiones previas.

##### 1. Cuestiones previas

*La presunción de irretroactividad de las Leyes.*—¿Han de aplicarse las nuevas Leyes solamente a las situaciones jurídicas que tengan su origen en hechos acaecidos a partir de su entrada en vigor, o pueden también proyectarse sobre situaciones jurídicas nacidas de hechos anteriores?

Conforme al artículo 2.3 del Código civil, «las Leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario». Pero para que una Ley tenga efectos retroactivos no es imprescindible, como pudiera parecer, que contenga una disposición expresa y tajante que confiera tal carácter a la misma para todo caso y circunstancias. Naturalmente, la nueva Ley puede determinar el ámbito temporal de su aplicación y, por tanto, atribuirse efecto retroactivo; pero el artículo 2.3 del Código civil está pensado para el intérprete y no para el legislador. Como dice el Tribunal Supremo (sentencia de 12 de julio de 1985), «el tema de la retroactividad es cuestión que sitúa al exégeta ante esta problemática: a) La irretroactividad se supone, evidentemente; en consecuencia, dicho principio vincula al intérprete de tal forma que caso de silencio o duda se presume que la norma en cuestión carece de efectos retroactivos. b) Mas, por otra parte, no puede ponerse en duda que el Derecho positivo, y más concretamente su verbo, la Ley, viene dictada con una clara proyección hacia quien ha de interpretarla, y, consiguientemente, pensando en el juzgador que ha de efectuar su exégesis para aplicarla adecuadamente, por ser él quien en los casos sometidos a su enjuiciamiento ha de investigar el sentido de su alcance temporal, acudiendo para ello, si es preciso, tanto a la inter-

---

(40) Véase, en relación a los Derechos especiales y forales, PEÑA: *De la paternidad y filiación*, pp. 789 y ss.

pretación lógica como a la sistemática y finalista, e incluso, si fuera preciso, a la histórica y sociológica (art. 1 del Código civil)».

En definitiva, la posibilidad de que la Ley tenga efecto retroactivo puede resultar no tanto o no sólo de una disposición expresa, sino, asimismo, de una disposición tácita de la nueva norma inducida de su significado específico en relación con los intereses que trata de proteger, aunque el respeto a la seguridad jurídica aconseje siempre no acentuar el efecto retroactivo.

En el análisis del problema de la retroactividad de las Leyes es preciso considerar el artículo 9.3 de la Constitución, que garantiza a todos los ciudadanos, entre otras cosas, «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y la seguridad jurídica». La mayor parte de los artículos del Código civil modificados por la Ley de 13 de mayo de 1981 son disposiciones favorables que amplían notablemente los derechos individuales de los hijos no matrimoniales (41), lo que sitúa a la referida Ley fuera del marco de irretroactividad que el precepto constitucional declara.

*Tipos de retroactividad.*—Como dice De Castro (42), aunque una Ley disponga, expresa o tácitamente, la aplicación retroactiva, no por ello se excluye totalmente la aplicación del principio favorable a la irretroactividad, porque seguirá operando como presunción favorable a la restricción de la eficacia retroactiva de las Leyes. En íntima relación con este amplio significado del artículo 2.3 del Código civil, tiene interés la distinción de los tres tipos de retroactividad que generalmente se señalan.

1. Retroactividad en grado máximo.—La nueva Ley se aplica a la misma relación jurídica básica y a sus efectos, sin tener en cuenta, para nada o sólo de modo secundario, que aquélla fuera creada a éstos ejecutados bajo el imperio de la Ley anterior.

2. Retroactividad de grado medio.—La nueva Ley se aplica a efectos nacidos ya durante la vigencia de la Ley derogada, pero sólo en cuanto hayan de ejecutarse después de la vigencia de la nueva Ley.

3. Retroactividad de grado mínimo o atenuada.—La nueva Ley se aplica a los efectos de una relación jurídica regulada según la legislación anterior, pero sólo a los que nazcan después de estar vigente la nueva Ley, sustituyendo desde entonces la nueva regulación a la antigua.

*Efectos retroactivos de la determinación legal de la filiación.*—Conforme al nuevo artículo 112 del Código civil, la determinación legal de la filiación «tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere

---

(41) Lo que no quiere decir que no existan artículos modificados por dicha Ley que no deban recibir una aplicación retroactiva. Por ejemplo, el nuevo artículo 111 del Código civil.

(42) DE CASTRO: *Derecho civil de España*, Parte General, I, cit., pp. 723-724.

lo contrario. En todo caso, conservarán su validez los actos otorgados, en nombre del hijo menor o incapaz, por su representante legal, antes de que la filiación hubiere sido determinada». Ello quiere decir que la retroactividad, en general, de la filiación hay que conjugarla con la naturaleza de los efectos que de ella se derivan, y esta declaración, impuesta por exigencias de la realidad, vale tanto para la retroactividad referida a la determinación respecto del nacimiento como a la retroactividad de la Ley misma.

Según el criterio seguido por el legislador de 1981 y reflejado en el artículo 112 del Código civil, el carácter retroactivo o irretroactivo de la determinación de la filiación debe decidirse en atención a la naturaleza misma de cada uno de los efectos que se siguen de la filiación como estado civil. Unos efectos pueden retrotraerse y otros no (43).

La indicación de que la filiación *no surtirá efectos retroactivos cuando la Ley así lo disponga* parece que no puede entenderse sino en relación con lo establecido en las disposiciones transitorias de la Ley de 13 de mayo de 1981, que luego analizaremos. En cuanto a la naturaleza de los efectos que de la filiación se siguen hay que decir, en resumen, que el derecho a los apellidos (art. 109 del Código civil) carece de efectos retroactivos, y lo mismo sucede con la patria potestad y el derecho a los alimentos (44). En cambio, la naturaleza de los derechos sucesorios no se opone a que, determinada la filiación después de fallecido el causante o de abierta la sucesión, el hijo haga efectivos los derechos hereditarios que la Ley le atribuye en atención a su estado civil.

## 2. Disposiciones transitorias

De las 11 disposiciones transitorias de la Ley 11/1981, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, ocho van dirigidas, directa o indirectamente, a la filiación. El denominador común de la mayor parte de ellas, y la filosofía jurídica que las preside, es dar preferencia a la legislación nueva en cuanto es, o puede ser, más favorable para el hijo, o a veces para la propia filiación en su nueva concepción (45). Las disposiciones transitorias 1.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> mantienen el principio de retroactividad plena; las disposiciones transitorias 7.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup>, por el con-

---

(43) Otras posibles soluciones hubieran sido: 1) Otorgar a la determinación de la filiación carácter simplemente declarativo, lo que equivaldría a proclamar que los efectos de aquella han de retrotraerse a la fecha del nacimiento; 2) Estimar que la determinación de la filiación tiene carácter constitutivo en el sentido de que la relación jurídica paterno-filial sólo nace cuando la filiación se determina legalmente.

Véase, sobre este tema, el *Comentario* al artículo 112 del Código civil de DE LA CÁMARA, *op. cit.*, pp. 164 y ss.

(44) A salvo, en relación con los alimentos, las reclamaciones que procedan conforme al artículo 1.894 del Código civil.

(45) Así lo entiende RIVERO HERNÁNDEZ: *La filiación*, en «El nuevo régimen de la familia», II, *cit.*, p. 88.

trario, no prevén efectos retroactivos; finalmente, las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>, con una retroactividad limitada, aplican la nueva normativa como más beneficiosa.

Siguiendo a De la Cámara (46), dividiremos estas disposiciones en dos grandes grupos: la disposición transitoria primera, que tiene carácter general, y las siete restantes, que se proyectan sobre temas concretos. A su vez, las disposiciones segunda a séptima son susceptibles de una posterior subdivisión, pues mientras unas tratan de la determinación o impugnación de la filiación, otras se refieren a sus efectos.

### A) *Disposición transitoria primera*

Dice esta disposición que «la filiación de las personas, así como los efectos que haya de producir a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán por ella, con independencia de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada».

En la sentencia de *28 de febrero de 1984*, el Tribunal Supremo aplica la disposición transitoria 1.<sup>a</sup>, en relación con la disposición transitoria 9.<sup>a</sup>, para resolver un caso sobre patria potestad (47); en la sentencia de *29 de mayo de 1984*, poniendo en relación la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> y la 7.<sup>a</sup>, aplica el derecho derogado a una acción de reclamación de filiación legítima (48). En ambas sentencias se alude a la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> como expresión de un principio general modalizado por las restantes disposiciones.

La sentencia de *12 de julio de 1985* (49) dice que, «según la mejor

---

(46) DE LA CÁMARA: *Comentarios...*, cit., p. 965.

(47) Ponente: Magistrado señor PÉREZ GIMENO.

El actor solicita se declare que es él la única persona a quien corresponde ostentar la patria potestad sobre su hijo natural reconocido, en función del artículo 154 del Código civil derogado (los hijos naturales reconocidos, menores de edad, estaban sometidos a la sola potestad de uno de los padres). Conforme a las disposiciones transitorias 1.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup>, el Tribunal Supremo aplica el artículo 154 en su nueva redacción, que atribuye la patria potestad conjuntamente a ambos progenitores, cualquiera que sea la naturaleza de la filiación, norma de derecho necesario o «ius cogens», que hace inviable cualquier pretensión dirigida a que se declare la potestad sobre el hijo de uno de los progenitores, con exclusión del otro, amparada en una legislación derogada al tiempo de dictar sentencia.

(48) Magistrado señor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.

Reconocido que el actor no es hijo natural sino legítimo, y habiendo fallecido su padre y causante antes de la entrada en vigor de la Ley de 13 de mayo de 1981, el Tribunal Supremo, en aplicación de las disposiciones transitorias 1.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup>, entiende que la acción para reclamar su legitimidad compete al actor, por corresponderle durante toda su vida según el artículo 118 del Código civil, en su redacción anterior a la vigencia de la expresada Ley de 13 de mayo de 1981.

(49) Ponente: Magistrado señor FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO.

Un hijo adulterino por parte de madre había sido reconocido sólo por el padre biológico. Fallecido éste y constituida la oportuna tutela sobre el menor, pretende la madre que se declare su maternidad y se le conceda la patria potestad sobre el menor, debiendo extinguirse, en consecuencia, la tutela. El Juzgado, en sentencia de 11

doctrina científica española, la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> lo que hace en realidad es sancionar una retroactividad de grado máximo». Sin embargo, para la sentencia de 14 de octubre de 1985 (50) «el principio general formulado en la disposición transitoria 1.<sup>a</sup>, que por lo demás tampoco precisa su grado de retroactividad, habrá de ser acomodado a lo que establecen las siguientes». El tema del grado de retroactividad de esta disposición no es, pues, pacífico.

Tampoco en la doctrina hay unanimidad. Para Peña (51), la Ley de Reforma del Código civil, aunque acepta con radicalismo el principio constitucional de igualdad entre los hijos no lleva ese radicalismo a entender que el nuevo régimen opere, incluso con efectos retroactivos, ni siquiera a partir del día en que entró en vigor la Constitución. Así, según la disposición transitoria 1.<sup>a</sup>, la nueva Ley es aplicable a los efectos que la filiación haya de producir *a partir de la entrada en vigor de tal nueva Ley*. La legislación anterior será la contenida en el Código civil, salvo aquellas de sus normas que impliquen diferencias por razón de la filiación carentes de justificación objetiva.

Según De la Cámara (52), sin embargo, se trata de una disposición de orden general que proclama la retroactividad de la nueva Ley, la cual se aplica no sólo a los hijos que nazcan después de su vigencia, sino también a los que hubiesen nacido antes, y esto tanto si la filiación de los segundos se determinó cuando la nueva legislación no había entrado en vigor como si se determinó posteriormente. De este modo, toda relación jurídica de filiación, con independencia del momento en que se haya producido su determinación, producirá los efectos que la Ley establece según el principio de igualdad de filiaciones, de suerte que también los hijos no matrimoniales (y recíprocamente, sus progenitores o parientes) tendrán los mismos derechos y obligaciones que los matrimoniales, sin más limitaciones que las resultantes, muy excepcionalmente, de algunos preceptos.

Este principio general favorable a la retroactividad de grado máximo estaría excepcionado —según el autor citado— por algunas de las disposiciones transitorias siguientes. Por otra parte, entiende que el inciso «a partir de la entrada en vigor de la presente Ley», referido a los efectos, parece que sólo quiere enunciar la verdad elemental de que cualquier Ley, por muy retroactiva que quiera ser, sólo puede aplicarse desde que se promulga.

---

de noviembre de 1980, declaró a la actora madre del menor, pero declaró, igualmente, no haber lugar a las demás pretensiones de la demandante. Tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo, que se pronuncian después de haberse promulgado la Ley de 13 de mayo de 1981, aplican el nuevo Derecho y declaran que a la recurrente corresponde como madre la patria potestad del menor y que ha de extinguirse la tutela.

Los preceptos del Código civil modificados por la Ley citada de 1981 y aplicables a este caso son —dice el Tribunal Supremo— favorables al menor al ampliar los derechos dentro del ámbito de su familia, lo que sitúa a la referida Ley, en lo que a esto hace, fuera del marco de la irretroactividad que el artículo 9.3 de la Constitución declara.

(50) Ponente: Magistrado señor CASTRO GARCÍA.

Véase, al tratar de la disposición transitoria 4.<sup>a</sup>, la reseña de esta sentencia.

(51) PEÑA: *De la paternidad y filiación*, p. 792.

(52) DE LA CÁMARA: *Comentarios...*, cit., pp. 966-967.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina están de acuerdo en considerar a la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> como expresión de un principio general del Derecho transitorio aplicable a la filiación que viene matizado, o excepcionado, por algunas de las siguientes disposiciones transitorias. Pero, sin embargo, falta el consenso sobre el grado de retroactividad deducible de esta disposición.

En realidad, creemos que a partir de una interpretación gramatical de esta disposición, se puede llegar a la conclusión de que existen en ella dos grados distintos de retroactividad, según nos refiramos a los efectos de la filiación o a la filiación en sí. El verbo transitivo «se regirán» está en plural, y sujetos del mismo no pueden ser otros, evidentemente, que «la filiación de las personas», por un lado, y «los efectos que haya de producir» (la filiación), por otro. Tanto la filiación en sí como los efectos futuros de la misma se regirán por la nueva Ley, «con independencia de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada». De modo que, respecto de los efectos de la filiación, la retroactividad es de grado mínimo o atenuada porque la nueva Ley se aplica a los efectos de una relación biológica y/o jurídica de filiación creada durante la vigencia de la legislación anterior, pero sólo a los que se produzcan después de la entrada en vigor de la nueva Ley. En particular, las antiguas filiaciones ilegítimas, naturales o no naturales, producirán desde la vigencia de la Ley del 81 los mismos derechos sucesorios y de alimentos que producía, y produce, la filiación matrimonial. Los hijos ilegítimos no naturales tendrán derecho a estar bajo la patria potestad de sus progenitores y a llevar sus apellidos (con arreglo a lo dispuesto en la Ley).

Creemos, no obstante, que el grado de retroactividad en relación con los efectos de la filiación puede ser, en ocasiones de tipo medio. Así ocurrirá cuando el derecho a alimentos legales entre parientes de un hijo ilegítimo no natural hubiese nacido ya durante la vigencia de la Ley derogada; las pensiones que deban pagarse después de la vigencia de la nueva Ley tendrán en cuenta el caudal o medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe y no únicamente, como ocurría en el Derecho derogado, los auxilios necesarios para la subsistencia del alimentista.

Ahora bien, los efectos de una relación de filiación ya ejecutados bajo el imperio de la Ley anterior no pueden ser modificados por la nueva. Las sucesiones abiertas, los alimentos percibidos, etcétera, conforme al viejo Derecho, no pueden revisarse a la luz de la nueva regulación de la filiación y sus efectos. No existe en este punto retroactividad de grado máximo. Solución ratificada por las disposiciones transitorias 8.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup>, que regulan una retroactividad de grado mínimo para los derechos sucesorios y para la patria potestad.

Volvamos al otro sujeto de la oración gramatical: «La filiación de las personas». Si prescindimos de los efectos, puede leerse la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> de la siguiente forma: «La filiación de las personas se regirá por la presente Ley con independencia de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmen-

te determinada.» Aquí no hay ningún tipo de atenuación o limitación de la retroactividad: la nueva normativa se aplica a toda relación biológica sin determinar legalmente nacida con anterioridad a su vigencia y a todas filiaciones legalmente determinadas conforme al Derecho derogado. Los hijos que durante toda su vida han sido considerados legal y socialmente, incluso por sentencia firme, hijos de segunda categoría (hijos ilegítimos en general) tienen derecho a ser tratados desde siempre como hijos sin más, si bien nacidos fuera de matrimonio, aunque no puedan remover los efectos ya producidos. Las discriminaciones sufridas en el pasado no pueden —y en ocasiones no deben, salvo grave riesgo para la seguridad jurídica— tener remedios aplicables retroactivamente. Pero en la actualidad sólo existen dos tipos de filiación por naturaleza: la filiación matrimonial y la no matrimonial, y esta tipología de las clases de filiación sí que es retroactiva en grado máximo, pudiendo exigirse la modificación de los asientos del Código civil que hablen de hijos ilegítimos.

Esta retroactividad de grado máximo para todo el Derecho de filiación distinto de los efectos propiamente dichos, debería extenderse, en consecuencia, también, a la determinación e impugnación de la filiación; las acciones de reclamación y de impugnación de una relación jurídica de filiación, creada al amparo de la regulación anterior o prohibida por ésta, previstas en la nueva Ley, serían aplicables, retroactivamente y durante los nuevos plazos de caducidad, para modificar relaciones de filiación firmes o inamovibles según el viejo Derecho. Sin embargo, esto no es así porque, como veremos, la disposición transitoria 7.<sup>a</sup> dice, al respecto, algo muy distinto.

Confirman la existencia de retroactividad en grado máximo las disposiciones 5.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> para supuestos muy específicos.

Esta interpretación de la disposición transitoria 1.<sup>a</sup>, al considerar que los nuevos efectos de la filiación sólo tienen una retroactividad atenuada, deja sin resolver los problemas de interpretación del Derecho de filiación aplicable tras la incidencia directa en el tema de la Constitución de 1978. Estimamos que el legislador ordinario debió haber retrotraído los efectos derivados de la filiación al momento de entrar en vigor la Constitución. No obstante, y pese a no haber sucedido así, hay que considerar que la legislación anterior a la Ley 11/1981 era la contenida en el Código civil una vez eliminadas aquellas de sus normas discriminatorias por motivos de filiación carentes de justificación objetiva. Esa difícil labor judicial de determinar qué normas del Código civil son inconstitucionales y cuáles no, y, en su caso, cómo se llenan las lagunas producidas por la inconstitucionalidad sobrevenida, se pueden solucionar de raíz tomando como ejemplo a imitar el desarrollo constitucional llevado a efecto en la Ley citada.

#### B) *Disposiciones transitorias relativas a la determinación e impugnación de la filiación*

Las disposiciones tercera, cuarta, sexta y séptima se refieren a las acciones de filiación, mientras la quinta se refiere a la determinación

extrajudicial de la filiación. Parece conveniente estudiar primero ésta y después las demás no sólo porque inciden sobre temas distintos, sino porque la quinta puede ser interpretada aisladamente, mientras que las otras están, en alguna medida, relacionadas entre sí.

*Disposición transitoria quinta.*—«El reconocimiento de un hijo que, según la legislación anterior, tuviere la condición de ilegítimo no natural, determinará su filiación con los efectos que le atribuye la presente Ley, siempre que resulten ya cumplidos los requisitos que ésta exige».

No existe todavía jurisprudencia sobre esta disposición. En la doctrina, De la Cámara (53) pone de manifiesto la, a su juicio, inconstitucional distinción entre el reconocimiento de hijos naturales y el reconocimiento de hijos ilegítimos no naturales. Apunta dos posibles soluciones al inciso «siempre que resulten ya cumplidos los requisitos que ésta [la nueva Ley] exige». Una, quizá la más conforme con el tenor literal de la disposición, que al entrar en vigor la Ley esos requisitos se hayan cumplido efectivamente. Otra, más flexible y racional, que el cumplimiento de los requisitos se remita al momento en que se pretenda hacer valer el reconocimiento o al tiempo de solicitar su inscripción (54).

#### *Disposiciones transitorias relativas a las acciones de filiación*

Ha de tratarse de un hijo nacido antes de la nueva Ley sin que se haya ejercitado, durante la vigencia del Derecho anterior, la acción que proceda.

El precepto clave es la *disposición transitoria 7.<sup>a</sup>*: «Las acciones de filiación se registrarán exclusivamente por la legislación anterior cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubiere fallecido al entrar en vigor la presente Ley.»

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la sentencia de 8 de abril de 1982 utiliza la disposición transitoria 7.<sup>a</sup> como criterio, a mayor abundamiento, para negar la aplicación directa de la Constitución. La sentencia de 29 de mayo de 1984, en relación con una acción de reclamación de legitimidad de la filiación, fallecido el presente padre antes de la entrada en vigor de la Ley de 13 de mayo de 1981, aplica el Derecho derogado. La sentencia de 19 de noviembre de 1985 cita la disposición transitoria 7.<sup>a</sup> a los fines de señalar la legislación

---

(53) DE LA CÁMARA, *op. cit.*, pp. 970-974.

(54) Por la segunda interpretación parece inclinarse también la declaración número 6 de la Circular de 2 de junio de 1981 de la DGRN, sobre consecuencias registrales del nuevo régimen legal de la filiación: «La inscripción de los reconocimientos de una filiación no matrimonial exige especialmente que se den los requisitos establecidos por los artículos 123 y 124 del Código civil, y no aparezcan obstáculos derivados del artículo 113.2 del Código civil. Cumplidas estas condiciones, no importará que el reconocimiento no fuera inscribible según la legislación anterior bajo la cual se otorgó.»

aplicable, en un asunto sobre determinación legal de la filiación no matrimonial de una menor cuyo presunto padre había fallecido en 1982. En consecuencia, aplica el nuevo Derecho.

Estamos aquí en presencia de una Ley posterior a la Constitución, que imperativamente remite a la aplicación de otra Ley, anterior a ella, que, en opinión del Tribunal Constitucional, lesiona derechos fundamentales públicos (55). Hay que entender, en buena lógica, que la legislación anterior a que remite la Ley de 1981 es la contenida en el Código civil, salvo aquellas de sus normas que por contener discriminaciones frontalmente contrarias al principio de igualdad entre los hijos fueron derogadas directamente por la Constitución. En caso contrario, siempre quedará el recurso de amparo constitucional.

Con esta solución aportada por la disposición transitoria 7.<sup>a</sup> quedan sin solucionar los problemas de cómo resolver, en el período intermedio entre la Constitución y la Ley del 81, los vacíos normativos creados en el Código civil por la incidencia directa de la Constitución.

Por lo demás, la regla resultante de la disposición transitoria 7.<sup>a</sup>, clara en principio, está sujeta a importantes matizaciones que de algún modo la oscurecen. Complican la cuestión la disposición transitoria 3.<sup>a</sup>, y también, en alguna medida, la disposición 6.<sup>a</sup>.

Dice la *disposición transitoria 3.<sup>a</sup>*: «Las acciones concernientes a la filiación nacidas conforme a la legislación anterior durarán el tiempo que señale esta legislación, salvo que por la nueva tuvieran mayor plazo.»

Esta disposición, por ser más especial que la 7.<sup>a</sup>, debe aplicarse con preferencia de modo que si el plazo de caducidad fuere mayor que el señalado en la legislación anterior, la acción no caduca mientras no se haya extinguido el plazo señalado por la nueva Ley.

No obstante, De la Cámara (56) apunta dos posibles interpretaciones: 1.<sup>a</sup>) Si la acción no hubiese caducado al entrar en vigor la nueva Ley y hubiera podido ejercitarse todavía, su duración se prorrogaría automáticamente hasta que se extinga el mayor plazo. 2.<sup>a</sup>) Aunque la caducidad se hubiese producido de acuerdo con la legislación anterior, podrá, no obstante, ejercitarse la acción si, de aplicar la legislación vigente, aún estuviere viva. Para este autor, la más correcta es, desde luego, la primera (57).

Al respecto ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo en la sentencia de *14 de octubre de 1985* (58). Dice el Tribunal

(55) Véase, sobre este tema, E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 77-79.

(56) DE LA CÁMARA, *op. cit.*, pp. 977 y ss.

(57) La interpretación lata, de algún modo, está presente en la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1982, si bien el alto organismo no podía fundar en ella su fallo favorable al amparo. El Tribunal Constitucional da por supuesto que las acciones nacidas conforme a la legislación anterior pueden ejercitarse, aunque hubieren caducado, durante los plazos señalados por la nueva Ley si éstos tienen una mayor duración.

(58) En el caso de litis, un marido plantea en 1982 la acción de impugnación de su paternidad respecto a un hijo nacido de su esposa en 1971 e inscrito en el Registro Civil como habido de ambos cónyuges.

Supremo que «la prórroga prevista por la disposición transitoria 3.<sup>a</sup>, que según voz autorizada sólo tendrá lugar si a la entrada en vigor de la nueva Ley la acción no había caducado conforme a la normativa derogada, prorrogándose automáticamente su duración hasta que finalice el mayor plazo, podría incluso ser interpretada en el sentido de que a pesar de la caducidad ya operada viene permitido el ejercicio de la acción, si aún estuviere viva, aplicando la legislación reformadora, pero en manera alguna puede sostenerse que [...] agotado con notable exceso el plazo fijado en la nueva Ley, la Ley innovadora conceda *ipso iure* un año más para la impugnación a contar desde su entrada en vigor».

Por lo tanto, ambas interpretaciones son, según el Tribunal Supremo, en principio viables.

Para interpretar la disposición transitoria 3.<sup>a</sup>, sirve también la 4.<sup>a</sup>. Dice esta disposición: «A salvo lo dispuesto en la disposición anterior, cuando el hijo hubiere nacido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley y en este momento no gozare en las relaciones familiares de la posesión de estado de hijo respecto del marido de la madre, éste podrá impugnar su paternidad dentro del primer año de vigencia de la nueva Ley.»

Explica la sentencia de 14 de octubre de 1985, anteriormente citada, que «el tenor literal de la disposición transitoria 4.<sup>a</sup> es incuestionable en el sentido de que la posibilidad otorgada al marido de impugnar la paternidad dentro del primer año de vigencia de la nueva Ley se halla condicionada por la exigencia de que el hijo nacido antes de la reforma no goce de la posesión de estado en las relaciones familiares, esto es, no se le tenga por tal hijo en el círculo estrecho de los parientes y en los medios sociales, con lo que —según ha hecho notar la doctrina— se tiende a poner fin a la imputación de paternidad a maridos que por la rigidez de la legislación anterior no tuvieron posibilidad de desvirtuar la presunción en tal sentido a pesar de la *reputatio* de que no son padres de los hijos en cuestión. [...] La disposición transitoria 4.<sup>a</sup> descansa sobre el presupuesto de que falta la posesión del *status filii*».

Critica De la Cámara (59) que sólo se haya concedido al marido esa posibilidad excepcional de impugnar su paternidad sin conceder igual derecho al hijo.

Aunque esta disposición tiene actualmente un interés puramente histórico, pues ya ha transcurrido más de un año desde que entró en vigor la Ley de 13 de mayo de 1981, el inciso que abre la disposición sirve para interpretar la disposición transitoria 3.<sup>a</sup>: si al tiempo de entrar en vigor la nueva Ley todavía no ha caducado el mayor plazo, en su caso concedido por la nueva legislación, la acción impugnatoria debió ejercitarse dentro del mismo. Excepcionalmente, la disposición transitoria 4.<sup>a</sup> abre un nuevo plazo impugnatorio si la acción, en los

---

(59) DE LA CÁMARA, *op. cit.*, p. 982.

términos de la disposición transitoria 3.<sup>a</sup>, hubiese ya caducado antes de la vigencia de la nueva Ley. De lo contrario, sobra la salvedad.

Nos queda por examinar la *disposición transitoria 6.<sup>a</sup>*: «Las sentencias firmes sobre filiación no impedirán que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos sólo previstos por la legislación vigente.»

Esta disposición otorga a la nueva Ley, en este punto, retroactividad de grado máximo.

No hay todavía jurisprudencia. En la doctrina, De la Cámara (60) entiende que esta disposición es norma especial frente a la disposición 7.<sup>a</sup>, por lo que cabe ejercitar de nuevo la acción aun en el caso de que hayan muerto el hijo o el progenitor cuestionado. Sin embargo, considera que la acción sólo podrá ejercitarse si no ha caducado conforme a lo dispuesto en la disposición 3.<sup>a</sup>. «En resumen —dice—, el nuevo ejercicio de la acción sólo será posible si aquélla no ha caducado, y si el que la ejercita es persona legitimada según sea de aplicación la legislación antigua o la nueva conforme a la disposición transitoria séptima.»

Para Rivero, el precepto puede dar mucho juego, pero, por su drástico rigor y alcance, sólo se justifica en la mayor justicia de la Ley de Reforma frente a lo injusto de la antigua (61).

### C) *Disposiciones transitorias relativas a los efectos de la filiación*

La *disposición transitoria 2.<sup>a</sup>* dice: «Los hijos legitimados por concesión tendrán los mismos derechos sucesorios y de alimentos que los establecidos por esta Ley para los hijos cuya filiación no sea matrimonial.»

Tampoco existe jurisprudencia específica.

Al haber desaparecido en la nueva regulación la categoría de hijos legitimados, los hijos que antes de entrar en vigor la nueva Ley tuvieran esa conceptualización se equiparan a los no matrimoniales en la esfera de los alimentos y hereditaria. Esferas en las que ya no existen discriminaciones por razón de nacimiento de los hijos. No se hace referencia al derecho a llevar los apellidos del progenitor, pues este derecho ya lo ostentaban conforme al antiguo artículo 127 del Código civil.

Aunque la disposición nada dice de los derechos de los progenitores, demás ascendientes y colaterales, hay que entender que se trata de una omisión involuntaria que debe ser subsanada por el intérprete.

(60) DE LA CÁMARA, *op. cit.*, pp. 983-984.

(61) RIVERO HERNÁNDEZ: *La filiación*, cit., p. 90. Para este autor, la disposición transitoria 6.<sup>a</sup> no respeta la cosa juzgada. Cosa distinta parece sostener J. C. ESTEBAN GÓMEZ: *Remedios contra la eficacia de la sentencia de filiación anterior a la Ley 11/1981, de 13 de mayo*, en «La Ley», 1981-4, pp. 688-690.

Lo que en realidad quiere decir la disposición transitoria es que la antigua filiación legitimada surte los mismos efectos que la filiación no matrimonial (62).

*Disposición transitoria 8.ª:* «Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después, por la nueva legislación.»

En la jurisprudencia más reciente encontramos dos sentencias del Tribunal Supremo que tienen relación con esta disposición transitoria.

La sentencia de *13 de julio de 1985*, haciendo uso de la disposición transitoria 8.ª, juzga la preterición de la única descendiente del causante, una hija natural reconocida en testamento anterior, conforme al Derecho derogado (63).

Más interés tiene para nosotros la sentencia de *10 de febrero de 1986*. La Audiencia, al resolver el recurso de apelación, argumenta que en el presente caso, por haberse producido la apertura de la sucesión del causante el día de su fallecimiento, ocurrido el 31 de enero de 1979, cuando no regía la modificación introducida por la Ley 11/1981, y, por tanto, cuando el hijo habido fuera de matrimonio de quien estaba casado, tenía la cualidad de ilegítimo no natural, con derecho únicamente a alimentos, no puede hablarse en ningún supuesto de preterición, en cuanto el actor, como tal hijo ilegítimo no natural del causante, no tenía derechos hereditarios en su caudal relicto, conclusión que llevaba aparejada la desestimación de la pretensión actuada.

Frente a dicha sentencia, el Tribunal Supremo, sin aludir siquiera a la disposición transitoria 8.ª, resuelve la cuestión aplicando directamente el artículo 14 de la Constitución en relación con la disposición derogatoria 3.ª, y considerando derogados desde el 29 de diciembre de 1978, todos los preceptos del Código civil que trataban desigualmente a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, por estar basados en principios discriminatorios por razón de origen, y entre ellos los que calificaban al nacido fuera del matrimonio del padre o madre casados como ilegítimo no natural, con las consecuencias que en el orden sucesorio tal condición llevaba aparejada. En consecuencia, el

---

(62) DE LA CÁMARA, *op. cit.*, p. 985.

(63) Ponente: Magistrado señor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.

En segundo testamento se ha declarado heredero universal al cónyuge supérstite con preterición del único descendiente, una hija natural reconocida en testamento anterior. Dice el Tribunal Supremo que si no cabe desconocer que según la disposición transitoria 8.ª de la Ley 11/1981, las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior, es lo cierto que la problemática interpretativa que el artículo 814 del Código civil planteaba viene a reproducirse y reconducirse en la actualidad, por lo que, con base en el artículo 3.1 del Código civil, que ordena interpretar las normas atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, puede tenerse en cuenta la distinción que el nuevo artículo 814 del Código civil hace entre «preterición intencionada» y «preterición no intencional».

Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida y confirma la dictada por el Juzgado.

En esta sentencia vemos reflejadas las dos interpretaciones a que, con mayor probabilidad, puede dar lugar la transitoria 8.<sup>a</sup>.

Por una parte, esta disposición parece declarar implícitamente que hay un período de tiempo (el comprendido entre la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y la entrada en vigor de la Ley de 13 de mayo de 1981) en el que siguen aplicándose normas sucesorias, que pueden ser claramente discriminatorias de la filiación no matrimonial, en contraste con preceptos constitucionales. Así parece haberlo entendido la Audiencia.

La disposición transitoria 8.<sup>a</sup>, por lo demás, se limita a repetir el criterio contenido en la disposición transitoria 12.<sup>a</sup> del Código civil, del siguiente tenor: «Los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior» (64). Criterio correcto, avalado por casi un siglo de experiencia, pero que plantea en la Reforma de 1981 el problema de interpretar cuál es la legislación anterior al haber incidido decisivamente sobre el Código civil los nuevos principios establecidos por la Constitución de 1978. Este problema de averiguación fáctica del Derecho vigente a la luz de la Constitución no hubiera existido si la disposición transitoria 8.<sup>a</sup> hubiera establecido la retroactividad de la nueva Ley hasta el comienzo de la vigencia de la Constitución.

En realidad, una vez constatado el valor normativo en materia de filiación de la Constitución de 1978, el problema de concretar el Derecho vigente antes de la Ley 11/1981 es más un problema práctico que teórico. En teoría, el Derecho de la filiación anterior al 13 de mayo de 1981 está presidido por el principio constitucional de igualdad ante la Ley de todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna entre ellos por razón de nacimiento, principio de aplicación inmediata que vincula a todos los poderes públicos y deroga directamente todas las normas preconstitucionales discriminatorias por razón del nacimiento. Cualquier sentencia o resolución que las aplicase sería recurrible en amparo ante el Tribunal Constitucional. Por ello, no puede entenderse que la disposición transitoria 8.<sup>a</sup> remita a la aplicación de normas sucesorias claramente discriminatorias para la filiación no matrimonial. La misma disposición transitoria sería inconstitucional.

En la práctica, los Jueces y Tribunales, al no haberse retrotraído los derechos hereditarios de la nueva Ley a las sucesiones abiertas después de entrar en vigor la Constitución, tienen que dictar fallos

---

(64) Sin embargo, según relata PEÑA (*op. cit.*, p. 7.982), el Congreso rechazó las propuestas del Senado, conforme a las cuales, los derechos hereditarios, que corresponden, según la nueva Ley, «a la filiación no matrimonial y las disposiciones de la misma que guarden relación directa con aquéllos», serían «de aplicación a las sucesiones abiertas después de entrar en vigor la Constitución».

acordes con la Constitución a partir de un Derecho positivo cuajado de lagunas por la inconstitucionalidad sobrevenida de muchas de sus normas. Faltan unos criterios precisos y uniformes para evitar las posibles contradicciones y el riesgo de inseguridad jurídica.

A nuestro entender, ésta es la interpretación más coherente con la teoría del valor normativo de la Constitución y la que ha seguido el Tribunal Supremo en la sentencia de 10 de febrero de 1986, aunque sin aludir expresamente a la disposición transitoria 8.<sup>a</sup>. Solución correcta, pero que no elimina los problemas apuntados.



# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## I. Sentencias comentadas

### **ALGUNAS NOTAS SOBRE LA PRENDA DE DINERO A RAIZ DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE DICIEMBRE DE 1985**

#### **EL SUPUESTO DE HECHO DE LA SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1985**

1.º A había pignorado en favor del Banco dos imposiciones a plazo por importe de quince millones de pesetas, documentadas en libretas nominativas, quedando los respectivos saldos en calidad de prenda en las cajas del Banco en garantía de determinadas operaciones concertadas entre A y el Banco, y en concreto una apertura de crédito, y en virtud de las cuales A era deudor del Banco por un importe superior a noventa y dos millones de pesetas.

2.º B, acreedor de A, había entablado un juicio ejecutivo contra A, embargando los saldos que A tuviera en el Banco. Tras sucesivos mandamientos judiciales al Banco, a fin de que remitiera las cantidades correspondientes a los saldos que A mantenía en el Banco, éste persistía en contestar que dichas cantidades se hallaban pignoradas a favor del mismo, en garantía de determinadas operaciones que A había concertado con el Banco.

3.º En estas circunstancias, el Banco interpuso contra B una demanda de tercería de mejor derecho, alegando que las imposiciones a plazo se encontraban pignoradas a su favor y que, por consiguiente, ostentaba un derecho preferente frente a B sobre dichas imposiciones y sus saldos, solicitando del Juzgado se decretara la suspensión del procedimiento en vía de apremio respecto de tales bienes. El Juzgado de Primera Instancia tramitó la tercería, declarando no haber lugar a la misma, absolviendo a la entidad B, decretando la expresa imposición de costas a cargo del Banco y alzando la suspensión del procedimiento ejecutivo.

4.º Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por el Banco, que fue admitido y estimado por la Audiencia, declarando que las imposiciones a plazo en cuestión se encontraban pignoradas a favor del Banco, ostentando éste un derecho de crédito preferente frente a B, y decretando la suspensión del procedimiento de apremio en lo relativo a dichas imposiciones, sin hacer pronunciamiento expreso en cuanto a costas.

5.º Se interpuso por B recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que estimó el recurso, casando y anulando la sentencia de la Audiencia, sin expresa im-

posición de costas y negando, en definitiva, el derecho preferente que el Banco pretendía ostentar frente a B en virtud de prenda.

\* \* \*

a) Señala el Tribunal Supremo que el conflicto planteado en la instancia y el punto capital del recurso versan sobre la naturaleza y alcance de las operaciones realizadas por la actora y recurrida, Banco B.S.A., con Don Pishu, reflejadas en dos libretas de «imposición a plazo» cuyos respectivos saldos quedaron «en calidad de prenda en las cajas» de dicha entidad como «garantía de operaciones» a realizar (apertura de crédito), según rezan las pólizas extendidas al efecto, autorizadas por Corredor de Comercio colegiado; tema *decidendi* en cuanto al cual la Sala de Instancia resolvió, básicamente, que a la tercerista le asiste mejor derecho frente a la demandante en juicio ejecutivo y ahora recurrente X.S.A. por virtud de la pignoración de los títulos, que dota de preferencia a los créditos del Banco B.S.A.

b) Para el Tribunal Supremo, si bien la tercería de mejor derecho es inadmisibile después de realizado el pago al acreedor ejecutante, presupuesto riguroso de oportunidad establecido en el artículo 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, obviamente el medio liberatorio no puede entenderse producido mientras el ejecutante no haya recibido la suma dineraria en que consiste la entrega a realizar (art. 1.157 del Código civil) o no se acuerde la adjudicación de bienes en pago en el proceso de ejecución, lo que determina la improcedencia del motivo primero del recurso que, basado en el artículo 1.692-5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 1.533-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque si bien en el procedimiento de apremio fue ordenada al Banco B.S.A. «la entrega de la cantidad de 7.688.890 pesetas, embargadas al demandado», tal suma no fue facilitada al organismo jurisdiccional ejecutor, ya que la entidad bancaria entendió que le amparaba un privilegio frente a la ejecutante X.S.A., criterio que en definitiva le condujo a promover el litigio del que dimana el presente recurso de casación.

c) A continuación señala la sentencia, entrando ya en el tema de la prenda, que el segundo motivo del recurso aduce infracción de los artículos 1.857-1, 1.858, 1.859, 1.869 y 1.872-1, todos del Código civil, y artículo 320 del Código de comercio, alegando en síntesis que las operaciones referidas no comportan un depósito de valores en garantía de operaciones a realizar, ni de pignoración de cosa alguna en poder del acreedor, sino que se trata de imposiciones de dinero a plazo fijo, por lo que no puede hablarse de contratos típicos de prenda, ya que los derechos que entrarían no reúnen los requisitos para calificarlos como tales y poder subsumirlos en la específica normativa del Código civil; impugnación, dice el Tribunal Supremo, que ha de prosperar por las siguientes razones:

Primero: «Ciertamente, la modalidad más utilizada de garantía real en las operaciones de apertura de crédito bancario es la prenda de valores o efectos cotizables en Bolsa, y en este sentido, si la restringida mención que los artículos 320 a 324 del Código de comercio hacen de las operaciones con pignoración de “efectos o valores públicos”, en la práctica mercantil se extiende a todo tipo de títulos o valores industriales o privados, pero si son susceptibles de cotización bursátil, es claro que de tal característica están desprovistas las libretas que documentan

imposiciones a plazo fijo, y aunque tampoco existe prohibición de que los títulos a la orden se den en prenda, será menester que se trate propiamente de títulos-valores, y que se realice su endoso en garantía, lo que mal podrá predicarse de los que el Banco recurrido utiliza en apoyo de su tesis.»

Segundo: «El depósito de dinero o imposición a plazo fijo, cuya naturaleza jurídica se cuestiona, pues se le aproximó al mutuo (sentencia de 13 de diciembre de 1960) y hasta se le calificó de contrato *sui generis*, aunque no es un negocio formal, suele documentarse utilizando una libreta nominativa con menciones expresivas, y tiene el significado de un título impropio o “de legitimación”, que faculta a su titular para exigir en su día la suma de dinero correspondiente, pero que en modo alguno puede ser conceptuada de título valor, pues a éste conviene la definición descriptiva de documento de un derecho literal destinado a la circulación, capaz de atribuir de modo autónomo la titularidad del derecho a su propietario, y que confiere suficiente legitimación al poseedor para recabar el cumplimiento del derecho que incorpora.»

Tercero: «Sólo podrá hablarse de “depósito de valores en garantía de operaciones” en las hipótesis de imposiciones a plazo fijo movilizables mediante los llamados “certificados de depósito”, encajables en la categoría de títulos-valores conforme a la regulación contenida en las órdenes ministeriales de Hacienda de 24 de abril de 1969, 9 de agosto de 1974, y orden ministerial de Economía y Comercio de 17 de enero de 1981, ya que vienen sujetos a modelos oficiales en los que, según destaca la doctrina, se «literalizan» los elementos necesarios para el ejercicio y circulación del derecho, facilitando su liquidez, que sólo podrá lograrse con la presentación del documento por su titular, o por el último endosatario, formalmente legitimado por la cadena de endosos.

d) En cuanto al motivo tercero, que es asimismo estimado, imputa a la sentencia impugnada la infracción de los artículos 1.922-3 y 1.924-3 del Código civil en cuanto concede al Banco B.S.A. preferencia para el cobro de su crédito, basándose en una garantía prendaria inexistente y en otro aspecto desprovisto de base, el pretendido privilegio especial, y ostentando el derecho de una y otra parte condición común, que ha de prevalecer en el crédito de X S.A. en virtud del segundo de tales preceptos, dado que la prioridad a efectos de tercería no viene determinada por la fecha de la póliza intervenida por Corredor de Comercio, sino por los datos de la liquidación fehacientemente intervenida, según doctrina contenida en la sentencia de 21 de septiembre de 1984, alegación que merece ser acogida en su primera parte, pues no cabe desconocer que el artículo 1.922-2 del Código civil hace referencia a un privilegio mobiliario basado en la existencia de prenda propiamente dicha «que se halle en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance la garantía», y en manera alguna a la denominada prenda irregular mediante la entrega de dinero sin especificación, tanto más que en las imposiciones a plazo no concurren, como queda dicho, los elementos que convienen al contrato de prenda, a pesar de que se aluda a la suma depositada como «garantía» de la apertura de crédito.

## CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA

Por lo que respecta al derecho de prenda, de la sentencia mencionada, podrían extraerse las siguientes consecuencias:

1.ª) El Tribunal Supremo admite en términos generales la prenda de los títulos-valores, entendiendo el concepto de título-valor en el sentido de la sentencia, esto es, «documento de un derecho literal destinado a la circulación, capaz de atribuir de modo autónomo la titularidad del derecho a su propietario y que confiere suficiente legitimación al poseedor para recabar el cumplimiento del derecho que incorpora».

Bajo este concepto, el Tribunal Supremo admite:

a) La prenda de valores o efectos cotizables en Bolsa, expresamente regulada en los artículos 320 a 324 del Código de comercio, como pueden ser acciones, obligaciones, bonos...

b) La prenda de los «certificados de depósito», considerados por el Tribunal Supremo como títulos-valores endosables, coincidiendo en este punto con la doctrina mercantilista (1).

c) La prenda de otros títulos valores a la orden, realizable a través de un endoso en garantía.

Aunque el Tribunal Supremo no las menciona expresamente, cabe, como es lógico, la pignoración de las acciones no cotizables en Bolsa, ya que el artículo 42 de la Ley de Sociedades Anónimas se refiere a la prenda de acciones en términos generales, sin hacer referencia a su cotización en Bolsa o no.

A pesar de que el Tribunal Supremo hable expresamente de títulos-valores «a la orden», no parece que haya inconveniente en la pignoración de pagarés nominativos, que, en virtud de la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985, pueden ser también endosados, cumpliendo con la función de circulación típica de los títulos-valores, puesto que el artículo 14 de la citada Ley prohíbe únicamente el endoso de las letras de cambio en las que figure la cláusula «no a la orden», y al remitir el artículo 96 de la citada Ley a la regulación de la letra de cambio en lo que se refiere a los pagarés, parece evidente que los únicos pagarés no endosables serán aquéllos expedidos con la «no a la orden» circunstancia que no se da en los pagarés nominativos (2).

2.ª) La libreta nominativa en que se documenta el depósito de dinero o imposición a plazo fijo no es un título valor (3). La pignoración de imposiciones a plazo fijo constituye una «prenda irregular», caracterizada por la entrega de dinero sin especificación, en la que no concurren los elementos que convienen al contrato de prenda, a pesar de que se aluda a la suma depositada como «garantía» de la apertura de crédito.

(1) GARRIGUES: *Contratos bancarios*, 1975, pp. 381 y ss.

(2) Sobre la consideración de los pagarés como títulos valores, ver fundamentalmente *Estudios de Derecho Cambiario*, 1986, dirigidos por Aurelio Menéndez.

(3) En este sentido se había manifestado ya GARRIGUES, en *Contratos bancarios*, *op. cit.*, pp. 372-373. En efecto, dice este autor que en la práctica bancaria española la libreta nominativa en que se documenta una imposición a plazo no es un título-valor en sentido técnico, sino más bien un título de legitimación que contiene la promesa de una prestación. Estos títulos de legitimación se parecen a los títulos valores en que la posesión es también condición inexcusable para ejercer el derecho. Pero se diferencian de ellos en que faltan las notas de incorporación del derecho al título, la literalidad y la aptitud para la circulación. La cualidad de intransferible se destaca en todos los reglamentos bancarios españoles respecto de las libretas de ahorro. Y la obligación del suscriptor (banco) no se regula según la declaración unilateral de voluntad manifestada en el título 1, sino conforme a la relación contractual de depósito que se ha estipulado para su emisión.

3.ª) Al no ser una verdadera prenda la pignoración de imposiciones a plazo fijo, el acreedor pignoraticio carece de la preferencia que otorga a dichos acreedores el artículo 1.922-2 del Código civil, que establece que tienen preferencia sobre determinados bienes muebles del deudor: «Los créditos garantizados con prenda que se hallen en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor.» De hecho, ésa fue la argumentación del Banco en la sentencia que estudiamos: habiendo embargado un tercero las cuentas, depósitos y saldos que el deudor tenía en el Banco, éste alegaba frente al tercer embargante que tenía una preferencia de cobro, al ser acreedor pignoraticio, al amparo del artículo 1.922-2 del Código civil. Tal argumentación fue rechazada, desestimándose la tercería de mejor derecho interpuesta por el Banco.

Y si la prenda sobre una imposición a plazo no es una verdadera prenda, el teórico acreedor pignoraticio no gozará de tal calidad en los casos de quiebra o suspensión de pagos del depositante. En efecto, el artículo 918 del Código de comercio establece, para los casos de quiebra, que los acreedores con prenda constituida por escritura pública o en póliza intervenida por Agente o Corredor de Comercio, no tendrán obligación de traer a la masa los valores u objetos que recibieron en prenda, y, por su parte, los artículos 15 y 22 de la Ley de Suspensión de Pagos conceden al acreedor pignoraticio derecho de abstención en los supuestos de suspensión de pagos del deudor, sin estar sometidos, por tanto, al Convenio de la suspensión.

#### EL DERECHO DE PRENDA Y LA PRENDA DE DINERO: CARACTERISTICAS

La prenda es aquel derecho real que tiene el acreedor de una obligación principal, sobre una cosa mueble ajena, en cuya virtud, para garantizar el cumplimiento de aquella obligación, está facultado para poseer la cosa y para, si es incumplida, promover su enajenación y que le sea hecho pago con el precio (4).

El artículo 1.857 del Código civil, bajo la rúbrica «Disposiciones comunes a la prenda y a la hipoteca», exige como requisitos para la constitución de un derecho de prenda:

- a) Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.
- b) Que la cosa pignorada pertenezca en propiedad al que la empeña.
- c) Que las personas que constituyan la prenda tengan la libre disposición de sus bienes.

A su vez, y a los efectos de estas páginas, se pueden considerar como características esenciales del derecho real de prenda las siguientes:

- 1) El deudor debe entregar la posesión de la cosa dada en prenda al acreedor. Así lo exige el artículo 1.863 del Código civil: en efecto, tal y como está regulada la prenda en nuestro Código civil, una de sus notas básicas es la desposesión de la cosa gravada que, en todo caso, debe experimentar el deudor o el dueño de la misma que constituye el gravamen. Esta desposesión, que era ya exigida por el Derecho romano y Las Partidas (5), se justifica en el Derecho francés,

(4) ALBALADEJO: *Derecho civil*, tomo III, 1983, p. 238.

(5) Ley 1.ª, Título 13, parte V; *vid.* GUILARTE LAPATERO: *Comentarios al Código civil*, tomo XXIII, pp. 396 y ss.

al decir de PLANIOL, como un procedimiento de publicidad de hecho, cuya finalidad es poner de manifiesto la constitución de la prenda a fin de avisar a los terceros que no han de contar con el valor del objeto dado en prenda como garantía de un crédito. La misma idea es aplicable por STOLFI en relación al antiguo Código italiano, y parcialmente por GORLA respecto del vigente. Sin embargo, tal consideración de la transmisión posesoria y del estado de hecho que produce como un medio de publicidad en beneficio de los terceros, no parece suficiente a nuestro legislador, que, como establece en el artículo 1.865, impone, para que la prenda surta efectos frente a terceros, la necesidad de que conste la certeza de la fecha en documento público. Preceptos análogos se sancionan en el Código francés y en el italiano. De ahí, señala GUILARTE, que sin negar que la entrega de la posesión representa una cierta publicidad útil a los terceros, parezca más exacto entender que la transmisión posesoria y la propia situación a que da lugar se explica porque en ella descansa la propia garantía que la prenda representa, como puso de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1912 (6). Y ello no sólo porque mediante la desposesión del deudor el acreedor está en condiciones de impedir la enajenación fraudulenta de la cosa gravada, con los consiguientes perjuicios, unida al juego del artículo 464, sino, además, porque todo el contenido de seguridad que la prenda entraña se asienta sobre la posesión de ésta, sin la que no es posible concebir la reglamentación legal.

Esta idea parece exacta: en efecto, la razón de ser de esta entrega o desplazamiento posesorio responde a una doble exigencia: en primer lugar, conseguir que el deudor deje de tener la dominación efectiva de la cosa: de esta forma el deudor no podrá ni hurtar la cosa a la garantía, enajenándola, por ejemplo, ni hacerla desmerecer de valor. La idea central es, pues, que el pignorante pierda la posesión inmediata: esto es más importante que el hecho de que pase a poseer el acreedor prendario, pues en definitiva, según admite el artículo 1.863, la cosa pignorada puede quedar en poder de un tercero. Y en segundo lugar, posibilitar que el acreedor pueda ejecutar la cosa si se incumple la obligación garantizada. En este sentido, la mejor garantía del acreedor es tener en su poder la cosa del deudor (7).

2) El deudor sigue siendo propietario del bien dado en prenda: artículo 1.869 del Código civil.

3) Si el deudor no cumple con su obligación principal, el acreedor tiene el poder jurídico de realizar el valor de la cosa pignorada (*ius distrahendi*): esto es, la facultad para instar la venta de la cosa y cobrar el crédito con el importe obtenido. El acreedor tiene terminantemente prohibido quedarse con la cosa dada en prenda en caso de que el deudor impague la obligación principal: así lo señala el artículo 1.859 del Código civil, que consagra la prohibición del llamado pacto comisorio. En virtud de esta norma se entiende no sólo que está prohibido que el acreedor en caso de incumplimiento por el deudor se apropie de las cosas dadas en prenda, sino también que está excluida la posibilidad de que las partes pacten

(6) GUILARTE, *op. cit.*, p. 397.

(7) En esta línea, PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo III, vol. III, p. 29, y ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 245. Que la desposesión del deudor se justifica por la necesidad de que éste carezca de poder de disposición sobre la cosa se comprueba fácilmente en el supuesto de prenda de créditos, como veremos más adelante.

que el acreedor tendrá esa facultad en caso de incumplimiento: semejante pacto es nulo, como ha señalado la Jurisprudencia reiteradamente (8).

4) El acreedor pignoraticio tiene la facultad de cobrar, con el precio obtenido por la enajenación de la prenda que se hallaba en su poder, con preferencia a otros acreedores del deudor (arts. 1.922-2 y 1.926-1 del Código civil) (9).

En la misma línea de preferencia, la condición de acreedor pignoraticio concede importantes ventajas en supuestos de insolvencia del deudor, como, por ejemplo, suspensión de pagos o quiebras. En efecto, el artículo 918 del Código de comercio para los casos de quiebra y el artículo 15 de la Ley de Suspensión de Pagos permiten al acreedor pignoraticio «ir por fuera» de la quiebra o de la suspensión, pudiendo ejecutar la prenda sin verse afectado por la situación de quiebra o concurso del deudor. En este sentido ha señalado TORRES DE CRUELLS que en el orden práctico, y en la suspensión de pagos, el crédito derivado de la prenda es preferente, pues o se ha de atender antes del convenio, o, si el acreedor no concurre al otorgamiento de éste, se ha de atender íntegramente después (10).

Y así lo reconoció el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de junio de 1945: cuando la garantía prendaria consiste en efectos cotizables y ha sido constituida por escritura pública o en póliza intervenida por Agente o Corredor de Comercio, el acreedor está facultado (arts. 320, 323 y 918 del Código de comercio) para no llevar a la masa de los bienes del quebrado o suspenso los valores pignorados, excepto cuando se hace uso del derecho de recuperarlos pagando íntegramente el crédito que aseguraban, pudiendo vender la garantía y hacerse pago al margen de la quiebra o suspensión, a cuyo llamamiento no está obligado a acudir, como tampoco a pasar por los convenios de la Junta de Acreedores, según reconoce la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, en el párrafo 3.º de su artículo 15.

5) El acreedor pignoraticio tiene la facultad de retener la cosa dada en prenda en su poder hasta que se le pague el crédito, según señala el artículo 1.866 del Código civil. Al reconocer el Código esta facultad de retención hasta el pago total del crédito, no hace sino proclamar expresamente un derecho esencial e indispensable para la finalidad de garantía que el contrato persigue.

Complemento de esta idea es el artículo 1.871, en virtud del cual no puede el deudor pedir la restitución de la prenda contra la voluntad del acreedor mientras no pague la deuda y sus intereses con las expensas en su caso.

En cuanto a los objetos sobre los que puede recaer la prenda, el artículo 1.864 del Código civil señala que pueden darse en prenda todas las cosas muebles que estén en el comercio, con tal de que sean susceptibles de posesión. Con base en este artículo, la doctrina viene sosteniendo que el dinero puede ser objeto de prenda, pues es un bien mueble, *in comercio* y poseponible.

Sin embargo, las especiales características del dinero considerado como bien susceptible de ser objeto de prenda hacen que las notas típicas enunciadas del derecho de prenda de algún modo se difuminen, hasta el punto de que la prenda

---

(8) *Vid.*, sin embargo, GUILARTE, *op. cit.*, p. 370, con una serie de matizaciones interesantes sobre la validez de ciertos pactos, permitiendo al acreedor apropiarse de la cosa y jurisprudencia al efecto.

(9) DIEZ-PICAZO: *Sistema de Derecho civil*, tomo III, 1985, pp. 491 y ss.; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 43; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 249; ESPÍN: *Derecho civil, Derechos reales*, p. 366.

(10) TORRES DE CRUELLS: *La suspensión de pagos*, Barcelona, 1957, p. 282.

de dinero se considera como una «prenda irregular». En la prenda irregular, dice DÍEZ-PICAZO, se da una verdadera especialidad en cuanto al objeto, pues el constituyente entrega dinero (aunque no hay inconveniente dogmático para que sean otras cosas fungibles) sin especificación y el acreedor pignoraticio ha de devolver otro tanto al cumplirse la obligación garantizada. De otra parte, señala PUIG BRUTAU que prenda irregular es la que atribuye al acreedor la propiedad y el derecho a consumir la cosa pignorada (generalmente dinero) a cambio de la obligación de devolver otra cantidad igual (11).

Y, como apuntábamos, las características del derecho de prenda aparecen desdibujadas en el caso de prenda irregular:

a) En efecto, si una característica de la prenda es el desplazamiento posesorio de la cosa dada en prenda al acreedor, continuando el deudor como dueño de la misma (art. 1.869 del Código civil), en este caso esta última nota no se da. En la prenda irregular el objeto dado en prenda pasa al patrimonio del acreedor, se confunde en su patrimonio, de forma que lo que nace para el acreedor que recibe el bien, es la obligación de devolver «otro tanto de la misma especie y calidad» en caso de que se cumpla la obligación garantizada: en caso de prenda de dinero, el acreedor tiene la obligación de devolver no ese dinero específico que el deudor le ha entregado en prenda, sino una suma representativa del mismo importe. Por eso es irregular la prenda: porque el acreedor se hace dueño de lo que se le entrega, si bien con la obligación de restituir «otro tanto de la misma especie y cantidad».

En este sentido, afirma claramente ALBALADEJO que en la prenda irregular, como en otros casos de figuras calificadas también de irregulares (así, usufructo, depósito), el que entrega no conserva la propiedad de lo dado, sino que la adquiere quien la recibe, que queda obligado frente a aquél a devolverle otro tanto de lo mismo. Lo que constituye, señala este autor, no un derecho real (del acreedor pignoraticio) en cosa ajena (del pignorante), sino un derecho de propiedad de aquél (que hizo suya la cosa al recibirla) con el simultáneo nacimiento de un derecho de crédito (del pignorante) a la devolución de otro tanto de lo mismo. Así pues, concluye ALBALADEJO, no se puede decir que jurídicamente haya prenda, si el llamado titular de ese derecho, lo que recibe realmente es la propiedad de la

---

(11) DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 492; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 26. Sobre la prenda irregular, *vid.* VIÑAS MEY: «Revista de Derecho Privado», 1925, pp. 341 y ss.

Desde la perspectiva de la prenda, afirma GUILARTE, comentando el artículo 1864 del Código civil (*op. cit.*, p. 411), las cosas fungibles pueden entregarse al pignorante de dos distintas formas, según que aquéllas se consignen en su individualidad específica, en cuyo caso el acreedor, satisfecha la obligación garantizada, deberá devolver las mismas cosas recibidas, o que el dinero o la cosa fungible de que se trate se entregue sin ninguna especificación y con el acuerdo, expreso o tácito, de que el acreedor, de cumplirse la obligación principal, deberá devolver otro tanto de la misma especie y cantidad de lo recibido. En el primer caso, la prenda no ofrece especialidad de ningún tipo, a no ser que, tratándose de prenda de dinero, no es necesaria la realización de la cosa, incumplida la obligación, por razones obvias. En el segundo caso, se da lugar a la tradicionalmente denominada «prenda irregular», que representa una especialidad tan acusada que realmente hace dudar de si se trata de una verdadera prenda. Nuestro Derecho positivo, que silencia el tema en su planteamiento general, lógicamente, y a diferencia de lo que ocurre en algunos Códigos, no establece criterio o presunción que ayude a determinar cuándo se está en presencia de una prenda normal, que tiene por objeto una cosa fungible, o de una prenda irregular. La cuestión, no siempre fácil, debe resolverse mediante la interpretación de lo realmente querido por las partes.

cosa entregada, convirtiéndose en deudor de una obligación genérica, hacía el pignoratice. Habrá si se quiere una prenda en sentido económico, pero en sentido rigurosamente jurídico no hay prenda (derecho real en cosa ajena), sino una situación que en la práctica satisface también, a veces, los fines de aquélla, pues tratándose de asegurar el cumplimiento de una deuda, el aseguramiento se consigue, asimismo, si el acreedor recibe algo que hace suyo y que no se verá obligado a devolver en la cuantía en que el deudor incumpla la obligación garantizada. Y lo que hay es que a esa prenda que jurídicamente no lo es, jurídicamente hablando se le llama prenda irregular (12).

b) Pero es que, además, en la prenda irregular, en caso de incumplimiento por parte del deudor de la obligación principal, el acreedor pignoratice no va a acudir a los procedimientos de realización de valor que marca el artículo 1.872 del Código civil, esto es, la pública subasta, sino que se va a quedar directamente con la cosa dada en prenda, en este caso el dinero (13), cumpliendo así perfectamente su función de garantía para el acreedor, pero consagrando una consecuencia muy similar a la que prohíbe el artículo 1.859 del Código civil, al decir que «el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda ni disponer de ellas».

c) Y a lo dicho hay que añadir que a tenor de la sentencia de 27 de diciembre de 1985, objeto de este comentario, en caso de prenda de dinero, el acreedor pignoratice no goza de la preferencia de cobro del artículo 1.922-2 del Código civil en caso de que otros acreedores del deudor intentaran también el cobro en la cosa dada en prenda. Y aunque no lo dice expresamente la sentencia, al no tratarse de tal supuesto, no sería aventurado pensar que, con base en los argumentos de la sentencia y fundamentalmente el de que la prenda irregular no es una verdadera prenda, tampoco se reconociera al acreedor pignoratice en caso de prenda de dinero el derecho de abstención en los supuestos de quiebra o suspensión de pagos del deudor.

Respecto a este punto, hay que señalar también que el Tribunal Supremo ya se había ocupado de la prenda irregular en —al menos— otra sentencia, la de 1 de marzo de 1930, en la que, tras señalar que «la prenda irregular es una modalidad jurídica de la garantía prendaria que, conforme al designio de la voluntad de los contratantes, desfigura las normas del contrato de prenda», niega la aplicación a la prenda irregular del derecho de preferencia de cobro que el artículo 1.922-2 concede al acreedor pignoratice (14).

Por tanto, si en la prenda de dinero el deudor pierde la propiedad de lo dado en prenda, naciendo un derecho de crédito frente al acreedor para la restitución en caso de cumplimiento de la obligación principal, si el acreedor puede quedarse directamente con el dinero pignorado sin necesidad de acudir a los procedimientos

---

(12) ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 253.

(13) Se admite normalmente que en caso de prenda de dinero el acreedor no tiene que acudir al procedimiento del artículo 1.872, sino que puede hacer suyo directamente el dinero pignorado.

(14) A pesar de que el entrecomillado corresponde literalmente a la sentencia, realmente el caso juzgado en aquél supuesto no era un verdadero caso de prenda irregular, ya que se trataba de un supuesto de prenda de acciones que estaban perfectamente identificadas, en el que el deudor permitía al acreedor pignoratice hacerse pago con las mismas, poniéndolas a su nombre, en caso de impago de la obligación principal.

*Vid.* el comentario a esta sentencia de Díez-PICAZO, en *Estudios de Jurisprudencia civil 1975*, p. 386.

de ejecución, y si además resulta que el acreedor pignoraticio no tiene preferencia de cobro, habremos de convenir que la prenda de dinero es una figura que guarda poco parecido con la prenda entendida como derecho real.

Y sin embargo, y es importante señalarlo, es una figura que cumple una función importante de garantía y que no tiene por qué ser mirada con disfavor. En efecto, la prenda, y también, como es lógico, la prenda de dinero, responde a una relación de crédito-deuda entre acreedor y deudor, en cuya virtud el deudor debe, normalmente, dinero al acreedor. Y el interés del acreedor en garantizar la recuperación de ese dinero es un interés perfectamente legítimo: además, el acreedor se esmerará en cumplir todos los requisitos para que su garantía sea efectiva, y normalmente la prenda constará en documento público, otorgado ante Notario o intervenido por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio a efectos de la certeza de la fecha, precisamente por su juego frente a terceros. Lo que ocurre es que por la especialidad del objeto dado en prenda, ésta tiene las características antes enunciadas. Sin embargo, toda esa función de garantía desaparece, a tenor de la sentencia comentada, frente a otros acreedores posteriores que intentan hacer cobro sobre el mismo objeto dado en prenda, esto es, el dinero. Y ello, a nuestro juicio, constituye un resultado injusto.

No vamos a discutir aquí los razonamientos del Tribunal Supremo en cuanto a la prenda de dinero, entre otras cosas porque posiblemente estemos también convencidos de que el dinero como cosa fungible sin especificación no puede ser objeto de prenda, como dejábamos entrever anteriormente. Lo que vamos a intentar es que la función de garantía de esa figura, que las partes han denominado como prenda de dinero, siga siendo válida, a través de expedientes jurídicos distintos. Para ello distinguiremos dos supuestos: el caso de la prenda de dinero ya constituida en que el interés del acreedor pignoraticio choca con otros acreedores del deudor y el caso de que las partes deseen construir, hacia el futuro, una figura que surta los mismos efectos de garantía que una prenda de dinero.

#### LAS PRENDAS DE DINERO, HOY EN VIGOR, A LA LUZ DE LA SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1985

Hay que partir del dato fáctico de que, debido a su misma naturaleza, la prenda de dinero se dará normalmente en el ámbito de las operaciones bancarias, siendo el Banco acreedor pignoraticio y deudor el cliente que tiene constituidos depósitos o cuentas en ese u otro Banco o institución financiera. A la vista de la sentencia comentada, parece posible pensar que si en el futuro un tercero se dirige al Banco embargando los saldos, cuentas y depósitos del deudor, o si el deudor se declara en suspensión de pagos o quiebra, la garantía que el acreedor buscó a través de la prenda de esos saldos y depósitos, puede quedar sin efecto alguno si efectivamente un Juez o Tribunal declara que la prenda de una imposición a plazo es una prenda irregular que carece de la preferencia del artículo 1.922-2 del Código civil o de los derechos de abstención que le reconocen para los casos de quiebra o suspensión de pagos los artículos 918 del Código de comercio y los artículos 15 y 22 de la Ley de Suspensión de Pagos.

Y para encontrar una salida a esa situación hay que cambiar el planteamiento respecto a la prenda de dinero. En efecto, el Tribunal Supremo considera en esa

sentencia que la prenda de una imposición a plazo es una prenda irregular, y que, por tanto, carece de las notas del derecho de prenda, y entre ellas el derecho de preferencia de cobro antes citado. Pues bien, aceptemos esta premisa y saquemos las consecuencias de la misma, en vez de intentar convencer al Tribunal de lo contrario. Porque a su vez, el mismo Tribunal Supremo, en su sentencia de 1 de marzo de 1930, y la mayoría de la doctrina (CASTÁN, ESPÍN, ALBALADEJO, GUILARTE, DÍEZ-PICAZO) consideran que la prenda irregular no es prenda, aunque las partes la llamen así, porque la propiedad del objeto pignorado, en este caso el dinero, pasa a ser propiedad del acreedor, en este caso el Banco, teniendo éste la obligación de devolver dicho importe si la obligación garantizada se cumple por el deudor. Pues bien, si esto desnaturaliza el contrato de garantía celebrado hasta el punto de que se niega que sea prenda, lo que es evidente es que entonces la propiedad del dinero dado en «prenda» ha pasado a ser propiedad del Banco (15), a quien le corresponde ahora una hipotética obligación de restitución. Y si ello es así, entonces frente a la pretensión del tercero embargante de los saldos y depósitos del deudor habrá que mantener no que el derecho del acreedor pignoraticio —el Banco— tiene preferencia porque es un derecho de prenda, sino que lo que el tercero embargante está embargando no es propiedad del deudor, sino del Banco: y por tanto, en vez de una tercería de mejor derecho —como opuso el Banco en la sentencia aquí comentada— habría que oponer una tercería de dominio: es decir, en suma, hacer valer el derecho de propiedad del Banco sobre las sumas dadas en prenda.

Por otra parte, si analizamos la naturaleza jurídica de la imposición a plazo, creemos que la idea expuesta queda corroborada. En efecto, la imposición a plazo es una operación «pasiva» del Banco en virtud de la cual éste capta unos fondos que posteriormente remunera. La doctrina mercantilista ha situado tal figura dentro del contrato de depósito, y concretamente se habla de «depósito a plazo fijo» (16). Sin embargo, el hecho de que el bien objeto del depósito sea el dinero plantea una serie de particularidades que han obligado a revisar la naturaleza jurídica de la imposición a plazo. Así, GARRIGUES parte de la base de que depósito de dinero el Banco hace suyo el dinero recibido, limitándose su obligación a devolver una cantidad igual: cuando esto ocurre en un contrato de depósito, el depósito se transforma en «irregular», porque en el depósito normal o regular el depositante sigue siendo dueño de la cosa depositada. La adquisición por el depositario (esto es, el Banco) de la propiedad de la cosa depositada es la nota característica de la figura irregular del depósito: el derecho del depositante se convierte así en un derecho de crédito frente al banco (17).

---

(15) CASTÁN: *Derecho civil, op. cit.*, p. 485, señala en este sentido que los efectos fundamentales de la prenda irregular son: a) en primer lugar, la prenda de que se trata atribuye inmediatamente (en ello consiste su especialidad) la propiedad del dinero al acreedor pignoraticio, *que se hace deudor de la cantidad*; b) en caso de incumplimiento de la obligación principal, puede ser aplicada la garantía al pago de aquella; c) en caso de ser incumplida la obligación principal, el acreedor pignoraticio tiene la obligación de restituir una cantidad igual a la recibida.

(16) GARRIGUES: *Contratos bancarios*, Madrid, 1975, pp. 376 y ss.

(17) Esta idea del traspaso de propiedad del depositante al depositario del dinero depositado es central para GARRIGUES. Así, señala este autor, hablando de la deuda de dinero, que la expresión «propiedad del dinero» hemos de admitirla con mucha reserva, a causa, precisamente, de la extrema fungibilidad que le caracteriza. Es evidente que soy dueño del dinero que tengo en mi bolsillo o que conservo guardado en casa.

Por otra parte, el hecho de que en las imposiciones a plazo el depositante no tenga la libre disponibilidad de su dinero sino al final del plazo pactado constituye una nota más de desnaturalización del contrato de depósito, que precisamente se basa en la posibilidad para el depositante de recuperar en cualquier momento la cosa depositada, lo que hace opinar a GARRIGUES que probablemente seguimos llamando depósito a un contrato que ofrece las características del préstamo: pase, ex artículo 1.753 del Código civil, de la propiedad al prestatario (en este caso, el Banco) y devolución a término de una suma igual a la recibida (18).

En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 18 de junio de 1985, al estudiar la naturaleza jurídica de las imposiciones a plazo, señala que éstas se pueden calificar, ya sea como préstamo, ya sea como depósito irregular, pero que en cualquier caso se caracterizan porque al entregar el cliente al Banco ciertas sumas de dinero, éste adquiere la propiedad de las mismas, comprometiéndose a devolverlas en la forma y con el interés pactado.

---

Pero se da la circunstancia de que en nuestra casa tenemos muy poco dinero, porque la mayor parte la depositamos en un banco. De donde se sigue que mi propiedad sobre el dinero es exigua e insignificante. Lo que ocurre es que yo sigo considerando como mío el dinero que entrego al banco, y así, digo: "Tengo mi dinero en el Banco X". Mas en realidad ese dinero no es mío, sino del banco, ya que al ingresar en sus cajas se incorpora al resto del dinero que posee el banco, siendo imposible la identificación de las piezas que yo entregué. *Lo único que a mí me queda en tal caso es un crédito contra el banco para la restitución de la suma entregada.* Mas siendo tan firme como es, en general, la solvencia de los bancos, ese crédito mío es tan seguro que me permito una suplantación de conceptos jurídicos, llamando "mi dinero" al que en realidad es dinero de otro, es dinero del banco [...]. En suma, cuando el dinero sale de mi poder, yo pierdo su propiedad. *Mi dominio se ha transformado en un crédito nacido de un contrato de depósito o de préstamo, y que obliga al depositario o al prestatario a la restitución de la suma debida»* (Op. cit., p. 71).

En el mismo sentido se manifiesta VÁZQUEZ IRUZUBIETA: «La circunstancia de que lo que se deposita es dinero (cosa mueble fungible), y lo que se recupera es dinero en la misma cantidad, pero no precisamente las mismas piezas de papel o monedas que se depositaron, hace reclamar a la gran mayoría de la doctrina la calificación de "depósito irregular", en virtud de que altera sustancialmente las reglas generales que dominan esta institución. Por principio, el depositario no puede utilizar para provecho propio o ajeno la cosa dada en depósito; si lo hace sin permiso, responde de los daños y perjuicios ocasionados y posibilita la resolución inmediata del contrato con otras consecuencias jurídicas. Si tiene permiso para usar la cosa entregada en depósito, entonces el contrato se desnaturaliza, convirtiéndose en préstamo o comodato (art. 1.786 del Código civil), según que a cambio se perciban beneficios o el préstamo sea gratuito. De suerte que si el depósito desnaturalizado se convierte en préstamo cuando el depósito lo es de dinero u otra cosa fungible, el prestatario (en este caso, el banco), conforme al artículo 1.753 del Código civil, adquiere en propiedad y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad.» Vid. VÁZQUEZ IRUZUBIETA: *Operaciones bancarias*, p. 155.

(18) Sin embargo, a este respecto afirman Díez-Picazo y Gullón (*Sistema de Derecho civil*, tomo II, 1983, p. 499) que la equiparación entre depósito irregular y préstamo no deja, sin embargo, de ser algo concorde con las verdaderas intenciones de las partes. El depositante del dinero, por ejemplo, no piensa para nada en concederle un préstamo al depositario, sino que quiere, lo mismo que en el depósito irregular, que éste le custodie los fondos y tener en todo momento la disponibilidad de los mismos. Y haciéndose eco de esta idea, concluye GARRIGUES (op. cit., p. 377) que «tendremos que llegar a la conclusión, tan frecuente en el Derecho mercantil, de que estamos en presencia de un contrato *sui generis*, que no es préstamo ni depósito, aunque se siga llamando depósito». A pesar de ello, Díez-Picazo y Gullón señalan que es constante en la Jurisprudencia la equiparación entre depósito irregular y préstamo (sentencias de 22 de diciembre de 1941, 7 de marzo de 1944 y 4 de diciembre de 1975).

Por su parte, la doctrina civilista, al estudiar el depósito irregular, es también de la opinión de que el depositario adquiere la propiedad de lo entregado: «Si el depositario recibe dinero o cosas fungibles que se confunden en su patrimonio — dicen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN—, la pérdida de la individualidad se le produce automáticamente, el depositario podrá disponer de ellas como de todas las demás que en su patrimonio tenga, y su obligación de restitución no versará sobre la misma cosa depositada, sino sobre el *tantumdem* (otro tanto de la misma especie y calidad)» (19). Del mismo criterio son FLORES MICHÓ (20), ESPÍN y ALBALADEJO. Por tanto, y como conclusión a este respecto, cabría señalar que es opinión común que en caso de depósitos de dinero el depositario —normalmente un Banco— adquiere la propiedad de ese dinero (21).

Esta conclusión impediría cabalmente que se constituyera por parte del cliente-deudor un derecho de prenda sobre esos depósitos, que por hipótesis ya no son suyos, sino del Banco.

Ello implicaría, como hemos señalado, que si se produce un supuesto como el de la sentencia estudiada, el Banco podría defenderse del embargo esgrimiendo una tercería de dominio en vez de una tercería de mejor derecho. Sin embargo, tal argumentación no resuelve la situación del Banco, pues a continuación el tercero embargará el crédito que el deudor tiene frente al Banco para la restitución de los depósitos, supuesto en el que, a su vez, cabe distinguir dos casos:

a) Si el depósito vence posteriormente al crédito que tiene el Banco frente al cliente-deudor, cuando el ejecutante solicite al Banco la restitución de los depósitos por la vía de embargo, el Banco podrá oponerle la compensación. Tal pa-

---

(19) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, tomo II, *op. cit.*, p. 499.

(20) FLORES-MICHÓ: *El depósito irregular*, «Revista de Derecho Privado», 1963, p. 751; ESPÍN: *Derecho civil*, tomo II, p. 613; ALBALADEJO: *Derecho civil*, tomo II, p. 370.

(21) De esta idea se pueden extraer importantes consecuencias; así, en el caso de quiebra del depositario: mientras que tratándose de un depósito ordinario o regular tendría el depositante el derecho de separación *ex iure domini* con base en los artículos 908 y 909.3 del Código de Comercio, en el depósito de dinero, al convertirse el dinero depositado en propiedad del quebrado depositario no parece posible tal separación, sino que el depositante ostentaría un derecho de crédito frente al depositario para la recuperación de la cantidad depositada. De acreedor de dominio se convertiría en acreedor de suma.

En algunas ocasiones los Tribunales han abordado directamente este problema: así, por ejemplo, en el caso de la quiebra del Banco de Barcelona, con conclusiones opuestas entre las sentencias del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Territorial de aquella ciudad. La sentencia del Juzgado contiene como declaraciones fundamentales la de que el depósito irregular existe como figura independiente del mutuo, y la de que en aquél no pierde el depositante la propiedad de las cosas depositadas, por lo cual debe ser considerado de modo preferente a los simples acreedores personales. La sentencia de la Audiencia Territorial, que revocó la del Juzgado, esbozó un estudio del contrato de cuenta corriente, manifestando que éste no se puede confundir con el depósito regular ni irregular ni con el préstamo, constituyendo un contrato *sui generis*; la propiedad de los fondos ingresados —declaró también— se transfiere al banco, siendo el cuentacorrentista acreedor de cantidad y no de dominio. *Vid.* FLORES MICHÓ, *op. cit.*, p. 772.

Y a la inversa, añadimos nosotros: en caso de quiebra o suspensión de pagos del depositante, las cantidades depositadas no pertenecerán a la masa de la quiebra o de la suspensión, sino que los órganos de una y otra deberían hacer valer frente al depositario el derecho de crédito del depositante para la recuperación de las cantidades depositadas.

rece ser que era la situación en el caso aquí estudiado, pues en el antecedente primero de la sentencia se nos dice que «D. Pishu mantiene con el Banco B.S.A. operaciones en curso vencidas y no cobradas por un montante que actualmente es superior a 71.916.075.»

Obsérvese que no estamos hablando de mecanismos de defensa propios del derecho de prenda, que por hipótesis estamos pensando que no sería admitida por el Tribunal, sino de mecanismos de defensa propios de las obligaciones en general, como es la compensación.

b) Pero si, por el contrario, el depósito vence antes que el crédito que tiene el Banco frente al cliente-deudor, entonces el Banco, ante la reclamación del ejecutante, no tendría protección y habría de restituir los depósitos, pues no cabría alegar la compensación al no tratarse de una deuda «vencida, líquida y exigible», como exige el artículo 1.192 del Código civil.

La misma consecuencia negativa para el Banco se daría en caso de suspensión de pagos del depositante. No así en caso de quiebra de éste, pues al declarar el artículo 873 del Código de comercio que la declaración de quiebra implica el vencimiento automático de todas las deudas del quebrado, el Banco podría oponer la compensación frente a la reclamación de la sindicatura de la quiebra de restitución de los depósitos.

En resumen, la adopción de una postura como la adoptada por el Tribunal Supremo de que la prenda de unos depósitos o de unas imposiciones a plazo no es una verdadera prenda sino una prenda irregular, sin extraer ninguna consecuencia de la operación realizada por el Banco y su deudor, deja al acreedor pignoraticio en ciertos casos inermes ante la acción de terceros acreedores y ante supuestos de insolvencia del deudor, y ello aunque su intención era precisamente construir una garantía ante tales supuestos.

#### NUEVAS FORMULAS PARA FUTURAS GARANTIAS: LA PRENDA DE CREDITOS

Hasta aquí hemos analizado los riesgos contraídos por los acreedores bajo la forma de garantías prendarias. Pero hay que plantearse la cuestión hacia el futuro: es decir, si conviene seguir hablando de prendas de dinero y constituyendo garantías prendarias sobre depósitos. A nuestro juicio, ante tal situación habrá que tener dos ideas claras:

1.<sup>a</sup> Cuando un cliente realiza un depósito de dinero en un Banco, estamos ante un depósito irregular, en cuya virtud el Banco se convierte en propietario del dinero, ostentando el cliente un derecho de crédito frente al Banco para la restitución de dicha suma.

2.<sup>a</sup> Partiendo de esta base, e independientemente del disfavor con que el Tribunal Supremo contemple la prenda de dinero, el cliente no podrá dar en prenda ese dinero, sencillamente porque no es suyo: podrá dar en prenda el derecho de crédito que tiene frente al depositante, pero no el dinero. Habrá que hablar, entonces, de prenda de derechos.

La prenda de derechos es una figura que, aunque no está expresamente regulada en nuestro Código, a diferencia de otras legislaciones, es admitida sin reser-

vas por nuestra doctrina, y en concreto es admitida la prenda de crédito (22). El obstáculo que puede suponer el hecho de que el crédito objeto de la prenda no sea un bien poseisible a efectos del artículo 1.864 del Código civil (lo que impediría el desplazamiento posesorio típico de la prenda), se salva por la doctrina señalando que en tal caso ha de acudirse a un procedimiento que, en defecto de la transmisión posesoria produzca las consecuencias de ésta, especialmente la indisponibilidad del derecho gravado por parte de su titular: en concreto, y en materia de prenda de créditos, se afirma que la notificación de la constitución de la prenda al deudor del crédito es suficiente para que se opere la indisponibilidad del mismo: es decir, para que aquél se abstenga de pagar al deudor pignorante. Es de notar, sin embargo, señala GUILARTE (23), que tal notificación, apta para vincular al acreedor prendario con el deudor del crédito, no releva de la necesidad de observar lo que dispone el artículo 1.865 para que la prenda tenga efectos frente a terceros. De suerte que solamente la concurrencia de ambas formalidades determinará una situación preferente del acreedor prendario sobre otros posibles acreedores del pignorante y en relación al crédito cedido.

Respecto a la realización del derecho de crédito dado en prenda, en caso de incumplimiento por el deudor de sus obligaciones, la doctrina entiende que el acreedor pignoraticio podrá cobrar directamente el crédito pignorado, aplicando el dinero recibido al pago de su propio crédito. GUILARTE (24), siguiendo en este punto la opinión de CASTÁN, piensa que en este caso es de aplicación, por analogía, lo dispuesto en los artículos 486 y 507 respecto al usufructo de créditos y acciones, con lo que, en definitiva, el acreedor pignoraticio evita tener que acudir al procedimiento del artículo 1.872, con la posibilidad de adjudicarse el crédito en la subasta y después reclamarlo a su vez al deudor.

La prenda de derechos así constituida, que guarda muchas analogías con una cesión de crédito en garantía, es una verdadera prenda, con los derechos de preferencia que le concede el artículo 1.922-2 del Código civil y los derechos de abstención en caso de situaciones de quiebra o suspensión de pagos del deudor.

En este caso, y centrandó el tema en las operaciones bancarias, cabe distinguir dos supuestos: cuando el cliente tiene efectuados depósitos en un Banco distinto de aquél al que quiere dar la garantía y cuando los tiene efectuados en el mismo Banco.

## DEPOSITOS EFECTUADOS EN EL MISMO BANCO

Si un Banco tiene contraídos riesgos con un determinado cliente y desea obtener la garantía de los depósitos del cliente en tal Banco, en vez de acudir a la prenda de unas imposiciones a plazo, que encontraría los obstáculos de la senten-

---

(22) La admiten, entre otros, los Códigos alemán, suizo, italiano de 1942, y portugués vigente. En cuanto a nuestra doctrina, *vid.* LACRUZ, *op. cit.*, p. 155; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 253 y bibliografía allí citada; CASTÁN, *op. cit.*, p. 455; Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 492.

(23) *Op. cit.*, p. 415.

(24) GUILARTE, *op. cit.*, p. 415, sigue en este punto la opinión de CASTÁN, para quien, en este caso, es de aplicación, por analogía, lo dispuesto en los artículos 486 y 507 respecto al usufructo de crédito y de acciones.

cia comentada, podría acudir a una prenda de créditos en virtud de la cual el deudor entregaría al Banco en garantía su derecho de crédito frente al mismo Banco para la restitución de los depósitos. En este caso, evidentemente, no sería necesario realizar la notificación antes mencionada, y en caso de que incumplida la obligación principal el Banco ejecutara la garantía, se produciría una confusión de derechos, al resultar el Banco simultáneamente acreedor y deudor de sí mismo.

No obstante, esta especialidad no impediría que se tratase de un derecho de prenda perfectamente constituido, que si consta en documento público produciría los siguientes efectos frente a terceros:

a) En caso de que un tercero embargara los saldos, cuentas y depósitos del deudor en el Banco, éste podría oponerle que tales depósitos pertenecen al Banco, teniendo el deudor un derecho a su restitución. Si el tercero embargara tal derecho, el Banco alegaría su condición de acreedor pignoraticio sobre el mismo y, por tanto, su preferencia al cobro (art. 1.922-2 del Código civil).

b) En caso de quiebra del depositante, el Banco, acreedor pignoraticio, quedaría fuera de la quiebra según el artículo 918 del Código de comercio, pudiendo, en definitiva, ejecutar su garantía sobre los depósitos.

c) En caso de suspensión de pagos del depositante, se daría el mismo supuesto anterior, pues el ya citado artículo 15 de la Ley de Suspensión de Pagos permite al acreedor pignoraticio no someterse al convenio.

## DEPOSITOS EFECTUADOS EN OTRO BANCO

El cliente puede también ofrecer en prenda los derechos de crédito que tenga, por ejemplo, frente a otro Banco para la restitución de los depósitos allí efectuados. En este caso sería imprescindible efectuar la notificación de la pignoración de los créditos al otro Banco, a fin de que se abstenga de pagar a otra persona distinta que el Banco acreedor.

Los supuestos de embargo por un tercero del crédito e insolvencia del depositante tienen la misma solución que en el caso anterior: es decir, el Banco conserva su preferencia de cobro. Sin embargo, en caso de que la insolvencia (quiebra o suspensión de pagos) fuera del Banco en el que están efectuados los depósitos, el Banco acreedor no tendría más garantías frente al Banco depositario que las que expresamente tuviera el crédito del depositante.

## CONCLUSIONES CRÍTICAS

Llegados a este punto, habrá que concluir que el resultado consagrado por la sentencia estudiada es injusto y criticable. Injusto porque una operación lícita en la que las partes buscan una finalidad de garantía es reducida por el Tribunal Supremo a la «nada jurídica», utilizando la expresión del profesor DE CASTRO. Y criticable porque el Tribunal Supremo tenía en sus manos argumentos jurídicos para haber llegado a un resultado distinto. Veamos ambos razonamientos.

En cuanto al primero, hay que señalar nuevamente que lo que las partes buscan es una finalidad de garantía, para lo que acuden a la fórmula de la prenda

de dinero. Pues bien, hay supuestos en los que las partes buscan a ultranza una finalidad de garantía, como por ejemplo la venta en garantía, ejemplo típico de negocio fiduciario, que siendo mirados con recelo y disfavor por el derecho, consagran unas consecuencias menos perjudiciales para el acreedor. En efecto, en la «fiducia cum creditore», cuando el fiduciante-deudor vende la cosa al fiduciario-acreedor en garantía de su deuda (con el pacto íntimo de devolución consiguiente), en caso de quiebra del fiduciante se le reconoce a éste el derecho de solicitar el ingreso en la masa de la cosa vendida, lo que implica no reconocer, en definitiva, validez a la operación de venta. Pero como la aplicación a rajatabla de esta idea llevaría a unas consecuencias injustas para el fiduciario acreedor, que quedaría sin garantía alguna, se le reconoce a éste un *ius retinendi* mientras no se le abone su crédito y un derecho de preferencia para el cobro frente a los restantes acreedores, asimilándole, cuando sea posible, y precisamente porque tiene la posesión de la cosa, al acreedor pignoraticio a efectos del artículo 1.922-2 del Código civil (25).

Sin embargo, en nuestro caso, tratándose de un negocio perfectamente lícito, el Tribunal Supremo le da peor trato que al negocio fiduciario, reduciéndolo a la «nada jurídica», y, en consecuencia, desatendiendo la finalidad de garantía buscada por las partes.

Y es que —y éste es el segundo razonamiento— el Tribunal podía haber hablado de una prenda de créditos. En este sentido hay que recordar la reiteradísima Jurisprudencia de la misma Sala, según la cual la naturaleza de los contratos no depende de la denominación que les den las partes, sino de lo que se derive de su clausulado. E incluso se puede considerar como correcta la afirmación del Tribunal Supremo de que no se puede pignorar el dinero. Pero puesto que lo que se puede pignorar no es el dinero depositado, sino el crédito contra el depositario, el Tribunal Supremo podía —y creemos que debía— haber continuado su argumentación señalando que lo que había realmente en el supuesto estudiado era una prenda de créditos, lo que habría dejado salvaguardada la finalidad de garantía lícitamente buscada por las partes.

ALBERTO MANZANARES SECADES  
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil

---

(25) *Vid.*, en este sentido, *Problemas que suscita la «venta en garantía» en relación con los procedimientos de ejecución del deudor*, de RICARDO DE ANGEL, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1973, y *El negocio jurídico*, de FEDERICO DE CASTRO, pp. 432 y ss.



## **EL EJERCICIO ANOMALO DE LA FACULTAD DE REVISION EN LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO URBANO CON CLAUSULAS DE ESTABILIZACION**

(Comentario a la Sentencia del T. S. de 23 de junio de 1986)

SUMARIO: 1. La cuestión de hecho y las decisiones judiciales.—2. La validez de las cláusulas de estabilización.—3. La operabilidad o modo de aplicar las cláusulas de estabilización.

### **1. LA CUESTION DE HECHO Y LAS DECISIONES JUDICIALES**

Las partes contratantes celebran dos contratos de arrendamiento de local de negocio el 1 de agosto y el 1 de noviembre de 1975 y pactan en una de sus cláusulas lo siguiente: «El precio del arrendamiento, como ya ha quedado estipulado, se fija en 43.000 y en 90.750 pesetas mensuales, pagaderas por meses anticipados en los cinco primeros días de cada mes en el domicilio de la persona que designe el arrendador y sin necesidad de requerimiento alguno. La renta será actualizada cada año, acomodándose en más o en menos a las variaciones del coste de la vida, según los índices que fije el Instituto Nacional de Estadística.

Al año siguiente, en 1976, se procedió a la revisión de la renta y el arrendatario pagó el aumento de la suma de la nueva renta actualizada. Transcurridos cinco años, hasta el 10 de septiembre de 1981, que se celebra un acto de conciliación, no se reclama por el arrendador al arrendatario una nueva actualización de las rentas; sin embargo, el arrendador, en vez de pretender que la renta se actualice para el nuevo año que va a transcurrir la vigencia de los contratos, lo que reclama es la suma resultante de lo que hubieran supuesto las actualizaciones de las rentas de los años anteriores, desde noviembre de 1977 a octubre de 1981, por un total de 1.395.180 pesetas.

Al disentir el arrendatario, el arrendador plantea litigio ante el Juzgado de Primera Instancia, el cual sentencia accediendo a la pretensión condenatoria del pago de la cantidad reclamada por el arrendador. La sentencia es apelada ante la Audiencia Territorial, que la revoca, si bien mantiene la validez y eficacia de las pactadas cláusulas de estabilización, pero desestima el resto de las pretensiones y singularmente la consistente en la condena al pago de los incrementos reclamados para los años anteriores.

El arrendador interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el cual, por sentencia de 23 de junio de 1986, establece los considerandos siguientes:

«Los motivos primero y segundo, aquél por violación de los artículos 1.255, 1.256 y 1.258 del Código civil y éste por aplicación indebida del artículo 101 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, deben ser examinados conjuntamente, por cuanto, en definitiva, dichos motivos cuestionan, desde dos puntos de vista diferentes, la validez, y más en particular el modo de aplicar la cláusula de estabilización instalada en ambos contratos de arrendamiento. Las sentencias del Juzgado y de la Audiencia no ponen siquiera en duda la plena validez de la cláusula, idéntica en ambos contratos y en que se manifiesta la voluntad de las partes contratantes utilizando la autonomía que le reconocen los artículos 1.255 y 1.258 del Código civil, y 97 y 98, y número 1 del 100 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; la cuestión propiamente es la de la operabilidad de la cláusula, pues la sociedad arrendadora pretende, contra el parecer de la sociedad arrendataria, el automatismo que resplandece en el acto de conciliación» y, después, en la demanda.

Es que, como añade la sentencia, «la reclamación de la fracción de la renta que resultaría de la aplicación a las mensualidades comprendidas entre el mes de agosto de 1977 y el de julio de 1981 (para el primero de los contratos) y desde noviembre de 1977 a octubre de 1981, inclusive (para el segundo), de la cláusula de estabilización es improsperable, tanto en la tesis de no aplicabilidad a dicha cláusula de la normativa del artículo 101 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, según las sentencias que el segundo motivo invoca, o sea, las de 18 de enero de 1974 y 25 de septiembre de 1976, con precedentes en las de 8 de febrero de 1957, 19 y 31 de diciembre de 1966, 9 de noviembre de 1972 y 29 de octubre de 1973, como en la aplicabilidad que, con el precedente de la sentencia de 26 de marzo de 1982, mantiene la de 19 de junio de 1985, recaída en caso en que se cuestionaba una cláusula de estabilización de idéntica redacción que la aquí litigiosa, pues, como en ésta se razona, si bien es cierto que la repetida cláusula exime “de requerimiento alguno” (refiriéndose, por cierto, al pago de la mensualidad vencida y no a la actualización de la renta mediante utilización de la cláusula de revisión), ello no quiere decir sino que, en efecto, no será preciso el mismo para que pueda nacer o ejercitarse el derecho de revisión pactado en el contrato, pero que sí será necesario el ejercicio del 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 de la renta revisada es en verdad un abandono o renuncia al mismo, pues entender lo contrario sería favorecer la inseguridad jurídica contractual. Interpretar la cláusula en el sentido propuesto por la parte demandante, desde el escrito de la demanda hasta los motivos en examen, tanto significaría como que la mera publicación de los índices del coste de la vida funcionarían en el seno de los arrendamientos litigiosos, operando en ellos a la manera de intimación o interpelación automática, sin concurso alguno del acreedor. Por el contrario, la cláusula de estabilización, según rectamente ha entendido la Audiencia, incorpora al contrato la facultad de que las partes emanen la declaración recepticia dirigida a la contraria, originadora de una modificación (el precio en el caso del arrendamiento) de la relación negocial básica, pero con efecto “ex nunc”, o sea, sólo desde que se produce y recibe la declaración modificativa, y no “ex tunc”, o sea, desde el tiempo en que pudo efectuarse, siendo esto último lo que el recurso pretende con su tesis de automaticidad, que entrañaría además olvidar varias disposiciones sobre limitación de determinadas rentas, desde el Real Decreto-Ley 18/1976, de 8 de octubre, al Real Decreto-Ley 15/1980, de 12 de diciembre.»

Además, «debe reiterarse aquí lo que la ya citada sentencia de esta misma Sala de 19 de junio de 1985 razonó en caso idéntico al presente: la conducta descrita, a más de favorecer la inseguridad jurídica contractual, es, en otro aspecto, autorizar a consagrar un ejercicio anómalo de un derecho (art. 7 del Código civil) por parte de quien deja transcurrir los años 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».

La sentencia vuelve a plantear, fundamentalmente, dos conocidas cuestiones, como son la del fundamento normativo y legal de la validez de las cláusulas de estabilización y la referida a su aplicabilidad automática o bien la rogada, en base al artículo 101 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, o ya conforme a la normativa del artículo 7.2 del Código civil, cuando por la omisión de su autor se sobrepasen los límites normales del ejercicio de un derecho.

## 2. EL FUNDAMENTO NORMATIVO DE LA VALIDEZ DE LAS CLAUSULAS DE ESTABILIZACION EN LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO URBANO

Es ya una vieja cuestión legal y doctrinal, la de la validez de las cláusulas de estabilización insertas en un contrato de arrendamiento urbano, resuelta a partir de la refundición de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, al admitirlas implícitamente en su artículo 100.1, *in fine*, cuando expresa: «Si las partes no hubieren convenido de modo expreso otro sistema de actualización» que no fuese la revalorización legal de la renta aprobada en Consejo de Ministros. El otro sistema de actualización que no fuese el legal era el voluntario, es decir, el pactado por las partes en su contrato. Dado que en el anterior texto de la LAU de 1964 no permitía una posterior alteración de la cuantía de la renta, el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, según el principio de Derecho común establecido en el artículo 1.255 del Código civil, resultaba restringido, por lo que la pretendida alteración de dicha renta resultaba ilícita, sancionándose con la nulidad parcial del pacto o cláusula, sin afectar al resto de la totalidad del contrato.

De aquí que, conforme a la LAU vigente, la actual sentencia diga que «las sentencias del Juzgado y de la Audiencia ponen siquiera en duda la plena validez de la cláusula, idéntica en ambos contratos, y en que se manifiesta la voluntad de las partes contratantes utilizando la autonomía que le reconocen los artículos 1.255 y 1.258 del Código civil y 97 y 98 y número 1 del 100 de la LAU». Con este mismo fundamento normativo el Tribunal Supremo ha venido confirmando la validez de las cláusulas de estabilización (entre las más inmediatas, las sentencias de 23 de enero y 19 de junio de 1985), por lo que sus decisiones ya forman una sólida doctrina legal. Lo que sí puntualiza esta doctrina es que se trata de genuinas cláusulas de estabilización, es decir, de aquellos pactos —como en el caso de autos— en que las partes prevén la actualización de la renta para determinados períodos con arreglo a un índice, no especulativo, sino normal, que refleja el «nivel medio del coste de la vida» o de «consumo» en relación con el poder adquisitivo de la moneda. Ahora bien, para que el pacto suponga una correcta cláusula de estabilización habrá de implicar una posible actualización de doble efecto, tan-

to para el acreedor como para el deudor, a fin de que se cumpla el principio de equivalencia de las prestaciones ante la eventualidad de que se produzca cualquiera de los efectos de las alteraciones monetarias, la inflación o la deflación del dinero. No se debe olvidar que el pacto que implica una cláusula de estabilización supone una modificación de la naturaleza de la deuda dineraria, que de deuda de suma o cantidad nominal se pasa a una deuda de valor. Esta transformación de la deuda de dinero en un contrato como el de arrendamiento urbano, al dejar de ser pecuniaria y resultar concibiéndose como una deuda de valor, será posible por el giro dado en la normativa vigente respecto al carácter potestativo de las normas sobre la renta, según queda expuesto.

### 3. LA OPERABILIDAD O MODO DE APLICAR LAS CLAUSULAS DE ESTABILIZACION

Es frecuente que en la redacción de un contrato de arrendamiento urbano se exprese que el precio o renta sea pagadero por meses anticipados y «sin necesidad de requerimiento alguno». En realidad, se trata más de un ansia que de una exigencia, puesto que es un resultado jurídico más querido que efectivo, ya que, en realidad, supone una mera cláusula de estilo, debido a que el ejercicio de cualquier derecho o débito ha de ser siempre accionado, puesto en marcha o exigido para que tenga virtualidad para la otra parte.

En el ámbito de la ciencia del Derecho, a diferencia de las ciencias de la naturaleza o exactas, no se producen efectos automáticos, dado que se trata de una operatividad debida al libre albedrío de la conducta o de los actos humanos, si bien se hayan de acomodar al deber ser normativo de las leyes imperativas y prohibitivas, pero no a las potestativas, donde cada uno es dueño de ejercitar o no los derechos y deberes que le interesen, hasta poderlos perder por renuncia, abandono o prescripción extintiva.

De ahí que la inactividad en el ejercicio de un derecho subjetivo es siempre el resultado de una actitud personalísima y, por tanto, no transferible, ni previamente negociable. La titularidad de los derechos y deberes ha de ponerse en práctica por sus titulares mediante su exigencia o su realización, y, cuando se produzca su desconocimiento o incumplimiento, es cuando entra en ejercicio el «principio de la justicia rogada» mediante el requerimiento ante el Juez o los Tribunales.

Para el caso de autos, como ya sucedió en otro análogo sancionado por la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1985 —que la actual sentencia acoge—, «no será preciso el requerimiento para que pueda hacer o ejercitarse el derecho de revisión pactado en el contrato, pero sí será necesario el ejercicio del 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 de la renta es en verdad un abandono o renuncia al mismo, pues entender lo contrario sería favorecer la inseguridad jurídica contractual».

Efectivamente, la falta de ejercicio del nuevo derecho a revisar la renta nacido del pacto o cláusula de estabilización, al cabo de cada año, supone un claro abandono por parte del arrendador, debido a sus *facta concludentia*, por no haberlo exigido al tiempo del cobro de la renta. Admitida la cuantía de dicha renta inicial, pero no pedida la suma o rebaja correspondiente, según el índice estabilizador

arroje una elevación o un descenso, dada la inflación o deflación existente, resulta un hecho concluyente el de dar admitido por bien hecho, sin más, dicho pago de la renta inicial y no de la actualizada.

La cuestión planteada por el acreedor, o arrendador, fue la de que, una vez pactada la actualización de la renta, «sin requerimiento alguno», ni cumplimiento de ninguna formalidad, quedaba operada cada estabilización temporal, y si la parte arrendataria dejó de satisfacer los aumentos, limitándose a seguir abonando las rentas anteriores, sin ellos, la parte arrendadora tiene derecho a exigirle tales aumentos mientras no hubiesen prescrito.

El Tribunal Supremo, en la actual sentencia, opone a este razonamiento que tal tesis es improsperable, ya se aplique o no dicha cláusula estabilizadora la normativa del artículo 101 de la LAU, porque, además, el pacto de no requerimiento se refiere, por cierto, al pago de la mensualidad vencida y no a la actualización de la renta. Aunque el Tribunal Supremo no decida sobre la aplicabilidad del artículo 101 de la LAU a los efectos de una cláusula de estabilización respecto a que se pueda ejercitar en cualquier tiempo, lo que sí decide es que será necesario el ejercicio del derecho de revisión anualmente, es decir, en cada año, si bien de acuerdo con el artículo 101, respecto a que en ningún caso tenga efecto retroactivo, o sea, con efectos *ex nunc*, desde que se produce y recibe la declaración definitiva.

A mi juicio, el artículo 101 de la LAU no es aplicable al supuesto de las cláusulas de estabilización porque únicamente considera el solo efecto de la elevación de la renta, mientras que para una actualización tanto puede elevarse como descender, siendo así distinta la *ratio iuris*.

El auténtico fundamento jurídico para que los efectos de una cláusula de estabilización se produzcan está tanto en que la deuda pecuniaria se transforma en deuda de valor, como en que se da una conducta inoperante del acreedor o arrendador en el tiempo debido, causa del débito. Al quedar convertida la «deuda pecuniaria» en una «deuda de valor», su cuantía, si bien es determinable, no está determinada, por lo que deberá procederse a su determinación en cada período pactado —en el caso de autos, cada año—, con arreglo al índice económico elegido por las partes; tal obligación corresponde al acreedor, que deberá hacerlo según las circunstancias de la época y del valor precisamente pactado (cada año, dos, tres, etc., o «nivel medio de vida» o «de consumo», etc.); o sea, que la prestación actualizada no es líquida en su cuantía hasta que no es hallada y exigida por el arrendador.

En cuanto a la conducta inoperante del arrendador, o al ejercicio de su derecho a destiempo o extemporáneamente para actualizar la renta —como expresan fundamentalmente las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1985 y la actual—, favorece la inseguridad jurídica contractual, ya que consagra un ejercicio anómalo del derecho que la Ley no ampara (art. 7.2 del Código civil) y coloca al deudor arrendaticio 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. Una vez más se cumple la máxima: «Ius civile vigilantibus scriptum est», o de la necesaria diligencia en el ejercicio de los derechos.



## II. Sentencias

A cargo de: Emilio BLANCO  
Antonio CABANILLAS SANCHEZ  
Gabriel GARCIA CANTERIO  
Esther GOMEZ CALLE  
Alberto MANZANARES SECADES  
Fernando OLEO BANET  
Luis ROJO AJURIA

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. PARTE GENERAL

**1. Solidaridad. Interrupción de la prescripción.**— A todos los demandados les alcanza responsabilidad solidaria por consecuencia de los daños y perjuicios en cuestión, y determina que la actividad interruptora de prescripción producida con relación a uno solo de los responsables solidarios alcanza a los demás con respecto a los que esa actividad no se haya producido.

**Apreciación de la prueba suministrada por las partes.**— Es de la exclusiva soberanía de la Sala de Instancia, cuya estimación sólo puede combatirse en casación por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demostrando el error de hecho o de derecho en la forma que en él se determina. (STS 19 abril 1985, no ha lugar.)

**HECHOS.**—Una promotora contrató con un contratista las obras de excavación y cimentación de un solar, a fin de construir dos bloques de viviendas, interviniendo también un arquitecto y un aparejador. Debido a tales obras se produjo el derrumbamiento de la casa de la actora, que interpuso demanda solicitando indemnización de daños y perjuicios. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó este fallo. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.)

**2. Interrupción de la prescripción extintiva. Acto de conciliación.**— Es doctrina reiterada de esta Sala de Casación que el acto de conciliación, incluso a través de la mera presentación de la papeleta de demanda, interrumpe por sí solo la prescripción extintiva de acciones sin necesidad de que dentro de los dos meses siguientes se interponga la demanda. (STS 15 julio 1985, ha lugar.)

**HECHOS.**—Se ejercitó por el arquitecto demandante una acción personal de reclamación de honorarios profesionales, que fue estimada por parte del Juez de Primera Instancia, a la vez que desestimaba la excepción perentoria de prescripción opuesta por el demandado. Apelada por éste la sentencia, fue revocada por la recurrida al estimar la excepción expresada. Prospera el recurso de casación interpuesto por la representación del arquitecto. (A.C.S.)

## 2. DERECHO DE LA PERSONA

**3. Capacidad procesal del suspenso: innecesaria de autorización judicial.**— La norma del apartado 4.º del artículo 5.º de la Ley de Suspensión de Pagos, sólo impone a los Interventores el deber de informar al Juez acerca de la procedencia de cualquier reclamación del suspenso frente a terceros, pero no exige autorización judicial para que el suspenso ejercite acciones, debiendo recordarse que, según el artículo 6.º de la misma Ley, éste conserva en principio la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios, y en el presente caso, la conducta del suspenso al reclamar lo que se le debe aparece tanto más correcta, desde la vertiente de su personalidad, para actuar, cuanto que expresamente la sentencia hace constar que formuló su reclamación «con conocimiento del Interventor», cuya presencia hace más inobjetable su intervención. (STS 8 julio 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

**4. Cooperativas: acuerdo para exigir responsabilidad a sus órganos rectores: validez, aunque no figure en el orden del día.**— Cuando se trata de la acción de responsabilidad contra los miembros del Consejo, el artículo 35.2 de la Ley de Cooperativas establece que podrá ser ejercitada por la Asamblea General en cualquier momento, precepto que se reproduce en los Estatutos de la entidad, y que obedece a la importancia y urgencia de la materia, sobre la cual es lógico que pueda tomarse la decisión de los cooperativistas, en el seno de la Junta General, a consecuencia de una deliberación suscitada sobre la conducta de los administradores, que no debe hacerse depender —con el consiguiente aplazamiento— de una nueva convocatoria con este objeto específico; como establece para las sociedades anónimas el artículo 80 de la Ley de 1951, al permitir expresamente que se adopte el acuerdo, aunque «el tema de la responsabilidad no conste en el orden del día». (STS 24 abril 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

**5. Creación de organizaciones profesionales. Facultades conferidas por normativa legal a otras entidades o corporaciones con carácter exclusivo.**— Procede estimar los motivos 2.º y 3.º del recurso, que denuncian la violación por no aplicación de los artículos 22.1 y 7 de la Constitución Española y la violación, también por inaplicación, del artículo 1.º de la Ley de 1 de abril de 1977, reguladora del derecho de asociación sindical, pues, ni este último precepto ni los principios constitucionales que informan las asociaciones de carácter sindical, son impeditivos de la creación de organizaciones profesionales para la defensa de los intereses económicos de una actividad determinada, con posibilidad de que en la misma se integren los elementos personales intervinientes en su desarrollo, como ya hubo de argumentarse en el primer razonamiento de esta resolución, y abona, en el caso del recurso, la circunstancia fáctica de que los Estatutos de la Asociación, que trata de constituirse, integrando en su seno a los llamados Agentes Libres de Seguro, hacen expresa salvedad de

que sus funciones se entenderán sin perjuicio de las facultades conferidas por normativa legal a otras entidades o Corporaciones con carácter exclusivo (STS 25 febrero 1984, ha lugar.)

### 3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

**6. Incumplimiento del contrato. Causa funcional.**— El cumplimiento puntual y exacto de las obligaciones conlleva la necesidad de cumplir la finalidad a que va destinado el contrato; pero sin que pueda decirse que se cumple, cuando se cumple mal, efectuando un trabajo gravemente defectuoso, como es el hacer una perforación incorrecta, que imposibilita el entubado posterior que permita el aprovechamiento, incumpliendo, en suma, la finalidad que constituyó el condicionante del contrato, su para qué o causa funcional, que incide en el supuesto del artículo 1.101 del Código Civil, al contravenir, de este modo, «al tenor de la obligación», que integraba el objeto de aquél. (STS 26 abril 1985, no ha lugar.)

**HECHOS.**—La demandada contrató a la demandante la realización de unos trabajos de sondeo de investigación para el alumbramiento de aguas subterráneas en una finca de su propiedad. La demandante se negó a satisfacer parte de la cantidad reclamada por la demandante, alegando que los trabajos realizados eran inútiles para la finalidad de alumbramiento de aguas subterráneas. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia, estimando la demanda de reclamación de cantidad. La Audiencia Territorial revocó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por la demandante. (A.C.S.)

**7. Compensación. Requisitos.**— Tiene declarado esta Sala que la compensación es de apreciación exclusiva del Juzgador de Instancia y el pago abreviado que supone procede cuando existe una relación económica entre dos personas, recíprocamente deudoras y acreedoras, y las cantidades que la integran consisten en dinero, estén vencidas y sean líquidas y exigibles, bastando, en consecuencia, su alegación, aunque sea sin formalidad reconvenzional, siempre que sea reconocida judicialmente por darse las exigencias que le dan vida, ya que, siendo la compensación una forma de pago, secuencia de un modo extintivo de las obligaciones, surte efectos desde el momento que se declare procedente por apreciación judicial y no es combatida por el cauce adecuado la afirmación de concurrencia de los supuestos que la determinan, cual sucede en el presente caso.

**Compensación. Deudas cruzadas.**— No se requiere que las deudas cruzadas tengan un origen común.

**Perjuicios específicos. Resarcimiento.**— No puede entenderse perjudicado el que ha percibido lo que le correspondía en la actividad laboral durante el período de tiempo que no ha podido desempeñarlo, y el hacerlo significaría un enriquecimiento injusto por parte del preceptor, que vería indebidamente incrementado su patrimonio por duplicidad en su causa preceptora.

**Deuda de valor. Resarcimiento de daños y perjuicios.**— La indemnización conducente a la reparación de daños y perjuicios tiene carácter de deuda de valor, por lo que su cuantía ha de determinarse con referencia a la fecha en que recaiga la condena a la reparación, o, en su caso, a la que se liquide su importe en el período de ejecución de sentencia, y que, en el supuesto ahora contemplado, ha de guardar relación, conforme interesa el recurren-

te, al salario mínimo interprofesional del trabajador más modesto en la fecha en que haya de procederse efectivamente a realizar el pago, y sin que exceda, por respeto al Principio de Congruencia, a lo que, por el concepto a que afecta, fija el tan meritado demandante, ahora recurrente. (STS 31 mayo 1985, ha lugar.)

**HECHOS.**— El Tribunal Supremo revoca la sentencia de la Audiencia Territorial, declarando que el causante del accidente y la compañía aseguradora deben pagar al actor de forma solidaria determinadas cantidades por las secuelas de incapacidad por impotencia funcional del trabajador y otros daños derivados del accidente para el actor. Estas cantidades han de determinarse con referencia a la fecha de la presente resolución o, en su caso, a la de la liquidación de su importe en el período de ejecución de sentencia.

**NOTA.**— Una de las razones fundamentales por las que prospera el recurso de casación interpuesto por el trabajador reside en que la indemnización conducente a la reparación de daños y perjuicios implica una deuda de valor. Sobre esta cuestión véase BONET CORREA, *Las deudas del dinero*, Madrid, 1981. (A.C.S.)

**8. Rescisión de enajenación por fraude: venta de padre a hija emancipada: simulación: perjuicio del Estado por deuda tributaria.**— En la ficticia compraventa no hubo precio cierto, ni entrega real del mismo, había un apremio pendiente de la Hacienda Pública sobre el vendedor, ya que se le había notificado, y precedió a la venta un mandamiento de embargo de los bienes defraudados, y, a causa de la simulada venta, el deudor dejó de satisfacer la mayor parte de su deuda tributaria; habiendo declarado esta Sala que el fraude puede estar constituido tanto por la intención de causar un perjuicio a los acreedores, como por la simple conciencia en ese sentido, y que los Tribunales encargados de apreciar la presencia o ausencia del fraude, como cuestión de mero hecho que corresponde dilucidar en cada caso, son los de instancia; siendo, en este caso, datos suficientes para declarar el fraude, las circunstancias personales de la compradora, hija del vendedor, soltera y estudiante, emancipada por su padre pocos días antes de la compra, que no tenía ni había desempeñado con anterioridad empleo alguno retribuido, viviendo bajo la dependencia de sus padres, y nunca había enajenado bien alguno de que fuera titular por herencia, legado o donación (STS 30 abril 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

**9. Reconocimiento de deuda: emisión de letras de cambio como forma de pago: inexistencia de novación modificativa.**— En el documento base de la demanda consta que existía una deuda, de cuantía determinada, y que para su pago se pactó la emisión de las cambiales que allí se enumeran, circunstancia que en ningún caso evidencia una novación, sino simplemente el pago de la deuda, no constando la ineludible declaración terminante de que una obligación queda extinguida o modificada por otra, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles, según exige el artículo 1.204 del Código Civil.

**Fianza: inexistencia.**— No cabe admitir que exista contrato de fianza entre quienes son evidentemente deudores en la misma posición jurídica frente al acreedor, como claramente se deduce del mencionado documento de reconocimiento de deuda. (STS 4 junio 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

**10. Negocio en fraude de acreedores: aportación a sociedad.**— La aportación de unos cónyuges a una sociedad familiar con capital social de 150.000 pesetas valorada en 225.000.000 de pesetas en inmuebles y dinero efectivo, variando sustancialmente su entidad y capacidad económica en proporciones realmente inusitadas, no habiendo prueba alguna de que, tanto la sociedad como el matrimonio tuvieran otros bienes para hacer frente a cuantiosas deudas, ignorándose, asimismo, el destino dado a las acciones recibidas a cambio de la aportación, constituye un negocio fraudulento que supuso una desposesión inmobiliaria y dineraria en perjuicio de los acreedores, con la finalidad de buscar una situación de insolvencia de signo dañoso, actuando realmente una efectividad de su despatrimonialización, o una simulación destinada a conseguir un evento perjudicial para los intereses acreedores, de fortísima calidad en el momento de la suscripción de aquellas acciones, cifrada en más de 225.000.000 pesetas de capital y 69.000.000 de gastos y costas, en deudas a la Seguridad Social.

**Acción contradictoria del dominio inscrito: artículo 38, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria.**— Esta norma está establecida con el rigor que merece toda medida o requisito enderezado a proteger los derechos de tercero con buena fe, circunstancia no concurrente en la sociedad recurrente, a cuyo abrigo se ha hecho una transferencia patrimonial por persona apremiada por expediente en Magistratura, con vaciado del caudal propio de éste con una intencional insolvencia, buscada de propósito para frustración de intereses de terceros acreedores; por otra parte, la necesidad de pedir la cancelación sólo es aplicable cuando del éxito de las acciones haya de derivar el reconocimiento de un derecho inconciliable con la inscripción, o cuando la acción persiga la nulidad del título, pero no cuando la acción conduzca a una mera inscripción que, sin contradecir el derecho inscrito, derive precisamente de él.

**Rescisión por fraude: necesidad de demandar al transmitente.**— El ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores, al precisar para su éxito el señalamiento de una convivencia entre las partes del contrato o negocio impugnado, requiere la audiencia en el procedimiento de todas y cada una de las partes intervinientes, y, en el presente caso, falta la del deudor en el expediente laboral, en cuya vía de apremio se decretó el embargo preventivo de finca de su propiedad, origen y causa de la presente tercería de dominio. (STS 4 febrero 1986, ha lugar.) (G.G.C.)

**11. Nulidad simulación: artículo 1.306 del Código Civil.**— El artículo 1.306 del Código Civil no es aplicable cuando la nulidad se funda en ser simulado el contrato, ni tampoco si uno sólo de los contratantes entregó algo, que es, al igual que el supuesto contemplado en la Sentencia de 7 de febrero de 1959, el caso aquí contemplado, en que el presunto vendedor, padre del demandado, hoy recurrente, transmitió a éste, que figuraba como comprador, las fincas objeto de las simuladas compraventas, sin contraprestación alguna por su parte. (STS 30 octubre 1985)

**HECHOS.**— El actor solicitaba la declaración de nulidad de varias escrituras de venta de fincas efectuadas a favor de su hijo, alegando que tal venta carecía de causa, puesto que se había instrumentado únicamente con la finalidad de evitar la acción de los acreedores sobre el patrimonio del actor. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda declarando la simulación absoluta de dichas ventas y condenando al demandado a la devolución de las mismas. La Audiencia desestimó el recurso y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A.M.S.)

**12. Prelación de créditos: tercería de mejor derecho: póliza intervenida por agente de cambio y bolsa: requisitos para hacer valer la preferencia.**— Según el artículo 1.924 del Código Civil, en su número 3.º, tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de sus fechas, los créditos que, sin privilegio especial, consten: A) en escritura pública, o B) por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio; a lo que cabe añadir que, según reiterada doctrina legal, están asimilados a la escritura pública las pólizas intervenidas por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor Colegiado de Comercio, en armonía con lo dispuesto en el artículo 93 del Código de Comercio y en relación con el 1.218 del Código Civil y 595 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo advertirse que lo decisivo para otorgar a la póliza de crédito eficacia como título preferente frente a otro título de fecha posterior, es no sólo su autenticidad como documento o instrumento (y, por tanto, su fecha como determinante del privilegio), sino también su exigibilidad, cualidad que le será otorgada por la oportuna liquidación y fijación del saldo y que, asimismo, será la fecha de esa operación intervenida fehacientemente la determinante para fijar la prioridad del crédito respecto de otro de fecha posterior, sea escritura o sentencia. (STS 21 septiembre 1984, no ha lugar.)

**13. Cesión gratuita de terreno a un Ayuntamiento: calificación del contrato: naturaleza administrativa.**— Al estudiar la distinción entre los contratos privados y los administrativos, la doctrina científica y la jurisprudencia prescinden del tradicional criterio de las cláusulas exorbitantes o derogatorias del derecho común y atienden básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de manera que una relación jurídica concreta presentará naturaleza administrativa cuando ha sido determinada por la prestación de un servicio público, expresión ésta entendida en la más amplia acepción posible para comprender cualquier actividad que la Administración desarrolla en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia y, por lo mismo, porpio de sus funciones peculiares; sentido lato que inspira el artículo 4.º de la Ley de Contratos del Estado de 17 de marzo de 1973, cuya regla 2.ª comprende la actividad típica que el órgano administrativo desenvuelve en el ámbito de su competencia funcional, a lo que se debe añadir el principio de la auto-integración del ordenamiento administrativo, al disponer el precepto que, en caso de silencio contractual o legal, serán la propia Ley y los principios generales de aquél los que, con preferencia, han de regir como supletorios, en lugar de acudir a la normativa iusprivatista; lo cual es aplicable a la contratación de las Corporaciones Locales, siendo patente el contrato administrativo objeto de la litis, pues la cesión realizada por el causante de los recurrentes en favor del Ayuntamiento de Marbella, con la proclamada finalidad de construir en el fundo cedido el mercado para el abastecimiento de la población, permitió cumplir a la entidad el servicio público que le venía impuesto por la Ley de Régimen Local.

**Unidad de la calificación contractual.**— No es permitido romper la unidad de la calificación contractual para atender tan sólo al beneficio que habría de reportar lo convenido al donante, con olvido de que cualesquiera que fuesen las posibles utilidades por éste perseguidas, preponderan, con toda nitidez, los elementos de índole jurídico-administrativa, por lo mismo que la situación negocial se halla íntimamente ligada a la peculiar actividad del Ayuntamiento, órgano contratante. (STS 30 abril 1985, no ha lugar.)

**NOTA.**—No se trataba de una donación pura, sino modal o con carga, pues el donante se reserva la facultad de explotar un pequeño negocio de bar en el futuro mercado a construir en el terreno donado «sin obligación de pagar alquiler ni arbi-

trios especiales». Cuando, al cabo de más de 20 años, se plantea la posible reversión a los herederos del donante, se hacen valer otras motivaciones que éste pudo tener al realizar la cesión gratuita, y que desnaturalizarían la idea de servicio público del contrato. No parecen relevantes tales alegaciones, pues la Ley ha tipificado la *causa donandi*, siendo accesorias otras posibles motivaciones que pudieran concurrir en el acto de libertad. (G.G.C.)

**14. Compraventa de viviendas: buena fe. Obligación de cumplir lo anunciado en la oferta de promoción.**— El contrato de compraventa celebrado obliga a cuanto en él se pactó y a todo lo que, conforme a su naturaleza, sea conforme a la buena, al uso y a la Ley, y esa exigencia de buena fe alcanza a entender que la ejecución de la obra en los términos convenidos había de reunir los detalles que la oferta de promoción expresamente nombraba, ya que tales datos fueron, en el decir no contradicho de la Sala de Instancia, determinantes del consentimiento prestado.

**Reparaciones: cuantía máxima: incongruencia.**— Hay parcial incongruencia al haber señalado la parte actora, en cantidad determinada, el importe de las reparaciones que fue abonada por ella, pues tal importe debió ser fijado en la Sentencia como tope máximo de la condena (STS 28 septiembre 1985, ha lugar.)

NOTA.— No obstante, imputar a la demanda «reprochable vaguedad en punto a la cuantificación de lo pedido», pues se pedía la condena «a los gastos necesarios para dar gran prestancia y decoración al portal de entrada», interesa la Doctrina de esta Sentencia por continuar la reciente línea jurisprudencial que integra en el contenido contractual los anuncios impresos de la promotora de viviendas. (G.G.C.)

**15. Compraventa de libros: lugar de cumplimiento: pago fraccionado del precio: recibos presentados al cobro en el domicilio del comprador: cláusula de sumisión expresa no firmada por el adquirente.**— No existe sumisión expresa, pues es reiterada y uniforme la doctrina jurisprudencial de no conceder tal consideración a la que aparece en el reverso de la nota de pedido, sin firma de las partes; no consta tampoco cómo se transportó la mercancía, si lo fue a cuenta y riesgo del comprador o si la entrega se efectuó en el domicilio del vendedor, y, al haberse convenido el pago fraccionado mediante presentación de recibos mensuales, por cobradores de la vendedora, en el domicilio del comprador, debe reputarse éste como lugar del cumplimiento a efectos de determinar la competencia territorial (STS 12 noviembre 1985, resolviendo cuestión de competencia.)

NOTA.— Aunque el objeto de la reclamación es de cuantía mínima (25.990 pesetas), se trata de un supuesto muy frecuente, probablemente de venta domiciliaria de libros, por agentes de una gran Editorial, incurso en la Ley de Consumidores, La cláusula de sumisión impresa en el reverso de la nota de pedido se declara no vinculante para el comprador, que no la firmó y que, seguramente, no la conoció siquiera. Doctrina, por tanto, de gran trascendencia económica para las Editoriales. (G.G.C.)

**16. Resolución de contrato: artículos 1.504 y 1.124.**— Una doctrina legal invariablemente mantenida sobre el particular tiene establecido que para llegar al resultado de la resolución negocial basta con que se produzca el hecho del incumplimiento obstaculizador

del fin del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la otra parte que se ve privada de alcanzar el fin económico perseguido con el vínculo negocial, sin que sea menester indagar si concurre un específico elemento volitivo dirigido a vulnerar la obligación asumida, sino que basta la incuestionable realidad de un incumplimiento sustancial no provocado por el acreedor, que, lógicamente, revela una actitud de menosprecio a lo convenido, como acontece si se deja de satisfacer una parte importante del precio de venta del inmueble. (SS. 27 octubre 1981, 11 octubre 1982, 7 agosto 1983 y 31 mayo 1985).

Lo que particularmente singulariza el contrato de compraventa de bienes inmuebles es que la resolución implícita del artículo 1.124 del Código Civil o la cláusula expresa que se contenga en el contrato no opera automáticamente si no se pone en juego el requerimiento previsto en el artículo 1.504 del Código Civil con manifestación clara y rotunda; es decir, «su propósito decidido» —como dice la Sentencia de 16 de octubre de 1961— de resolver el contrato, pero en el inequívoco entendimiento de que, para la eficacia del requerimiento se precisa insoslayablemente que se haya producido el incumplimiento de la obligación de pago en la forma convenida por parte del comprador.

La resolución del contrato sinalagmático por incumplimiento tiende a cancelar desde un principio los efectos de lo convenido, colocando a los intervinientes en la misma posición en que se hallarían si el pacto no se hubiera celebrado, efecto que opera «ex tunc» y que lleva consigo la obligación de restituir cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional, sin perjuicio de las terceras adquirentes de buena fe, cuyo derecho ha de ser respetado. (SS. 21 noviembre 1963, 14 marzo 1964 y 16 octubre 1967). (STS 28 noviembre 1985) (A.M.S.)

17. **Donación de bienes inmuebles. Forma «ad solemnitatem».**— Si los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, esta regla tiene la importante excepción de los contratos llamados solemnes, en los que la Ley requiere la observancia de una forma determinada, no para su simple acreditamiento, sino para su perfección, de tal modo que ésta no se alcanza si no se plasma en la exigida, siendo uno de tales contratos el de donación referida a bienes raíces.

**Escritura pública. Valor simplemente probatorio.**— Conforme al artículo 1.224 del Código Civil, al no constar en la escritura pública expresamente la voluntad novatoria de los otorgantes, nada sustantivo se adicionó entonces a lo pactado el día 5 antecedente, no incorporándose el 12 más efectos intrínsecos, sino adquiriendo sólo el elemento probatorio extrínseco emanado de la intercesión de la fe notarial, mas sin exceder la escritura el plano estrictamente probatorio, que escrituras de la clase y contenido de la que aquí se considera no tienen otro significación que la de medios de reconocimiento de un acto o contrato preexistente, siendo sus efectos los puramente confesorios del acto o negocio primitivos. (STS 15 octubre 1985, no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se tiene por probado que el contrato impugnado, luego reconocido en escritura pública, es una donación de inmuebles con reserva del usufructo, hecha por el acto en favor de sus hijos. En la demanda se solicitó la nulidad de dicha donación por defecto de forma. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.)

**18. Contrato de compraventa: interpretación: «in claris non fit interpretatio».**— Que, si bien la regla *in claris non fit interpretatio* ha sido, a su vez, interpretada en el sentido de que sentar la claridad de un texto supone un prejuicio, una estimación previa por el intérprete de su claridad o de la univocidad y sencillez del caso, de su no problematicidad, también puede afirmarse que tal regla ha de ser aplicada de modo natural e incondicionado cuando haya real armonía, no discordancia, entre las palabras (*verba*) y su significado final y orgánico o relacional con el contexto, con la estructura finalidad y pragmática del mismo, de tal modo que esa correspondencia natural y lógica excuse o haga innecesaria la búsqueda del sentido total del texto o documento, bien por corresponder las palabras empleadas al sentido usual de los negocios o relaciones jurídicas en conflicto, ora porque del texto estudiado no resulte indicio de duda o ambigüedad, naciendo de ese modo, por la ausencia de ésta, el deber para el intérprete o Juez de abstenerse de más indagaciones, tal como ya dijo el clásico: *cum in verbis nulla ambigua est, non debet admitti voluntatis quaestio* (Decreto 3.32.1), en armonía con la regla de que las palabras, si son *verba simpliciter*, deben entenderse según su natural significado, y con lo declarado por este Tribunal, al proclamar que lo que está claro no necesita de interpretación, supuesto en el que la interpretación de la voluntad «huelga» (Sentencia 3 mayo 1954), y en el que ha de ser prevalente la aplicación del párrafo 1.º del artículo 1.281 del Código Civil, con exclusión de otros criterios.

**Doble venta: mala fe del segundo adquirente: validez de la primera venta consumada.**— No sólo hay que ahondar en las razones del Juzgado respecto a sus argumentos sobre la pérdida de la protección que concede el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, cuando el subadquirente carezca de buena fe, hecho que resulta de la prueba, sino también añadir que, probada la existencia de un contrato de compraventa anterior al impugnado, incluso con la consumación operada por la *traditio* y entrega efectiva al comprador, que lo arrendó a uno de los demandados —luego segundo adquirente—, se está ante el supuesto normativo del artículo 1.473, párrafo 2.º, del Código Civil, que otorga la propiedad, caso de doble venta, y si fuera inmueble la cosa vendida, al que antes la inscriba en el Registro, mas siempre, según reiterada jurisprudencia, que concurra en el inscribente la situación subjetiva de la buena fe, dada la relación que hay que establecer entre dicho precepto y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y, en virtud de no merecer protección civil ni registral, el adquirente que conoció la primera venta (STS 3 mayo 1985, ha lugar.)

**HECHOS.**—Supuesto de hecho que gravita sobre la interpretación que deba darse a un contrato formalizado en documento privado, cuyo tenor literal era el siguiente: «Recibimos con esta fecha de don Pedro M. O. la cantidad de 35.000 pesetas, a cuenta del piso que le vendemos de la casa de nuestra propiedad sita en esta capital calle de J.A.A., 6.º Dcha, A. La forma de pago de la misma se efectuará en la forma siguiente...». De la prueba parece desprenderse que el precio aplazado no llegó a abonarse, sino que fue sustituido por las obras de reparación que el comprador realizó en el resto de la vivienda. El documento privado no fue elevado a escritura pública y el piso permaneció arrendado durante 13 años por el comprador hasta que el anterior propietario (a cuyo favor figuraba inscrito en el Registro) volvió a venderlo precisamente al arrendatario. La Audiencia Territorial había revocado la Sentencia del Juzgado que estimó la demanda interpuesta por el primer comprador. El Tribunal Supremo, con base en las normas sobre interpretación de los contratos, estima el recurso y en segunda Sentencia confirma la resolución del Juzgado.

No parece que lo afirmado, a propósito de la máxima *in claris non fit interpretatio*, deba estimarse contradictorio con aquellas otras Sentencias que han declara-

do rotundamente la falsedad del citado axioma (por ejemplo, Sentencia de 1 marzo de 1971). En realidad, lo que hace aquí el Tribunal Supremo es captar ese elemento espiritual a que alude esta última Sentencia y declarar que las palabras utilizadas corresponden exactamente al mismo, por lo cual no precisa de ulteriores indagaciones, como las que realizó la Sala para negar lo que resulta evidente del texto literal y se corrobora con la conducta posterior del comprador que durante 13 años se comporta como dueño. Sobre el tema cfr. LACRUZ *Elementos* II-2.º, p. 222; DIEZ PICAZO, *Fundamentos* I, pp. 264 y siguientes. (G.G.C.)

**19. Doble venta: falta de indentificación.**— El artículo 1.473 del Código Civil requiere como exigencia indispensable que se trate de una misma cosa que se vende a distintos compradores, lo que supone la inequívoca identificación de la finca, que, en este caso, ha quedado sin demostrar (STS 18 mayo 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

**20. Naturaleza jurídica del contrato. Compraventa.**— No puede entenderse alterado el vínculo jurídico de compraventa por la circunstancia de que conjuntamente con la entrega efectiva de parte del precio establecido se hubiese asignado también una determinada cantidad con causa arrendaticia.

**Compraventa de bienes inmuebles. Artículo 1.504 del Código Civil.**— Se deduce «a sensu contrario» del contexto del artículo 1.504 del Código Civil que la compraventa de bienes inmuebles subsiste en su eficacia, en el supuesto de retraso del pago del precio, en tanto el comprador no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial de resolución del contrato por esa causa, y ese esencial requerimiento a tal fin no consta haya sido oportunamente practicado.

**Interpretación del contrato.**— Si ciertamente son supletorias las normas de interpretación distintas de la literal, como consecuencia de la norma contenida en el párrafo 1.º del artículo 1.281 del Código Civil, ello ha de ser sobre la base que al contenido gramatical de lo pactado responde a una clara e indubitada apreciación, sin precisión de acudir a otras reglas interpretativas, que no es lo apreciable en el presente caso. (STS 18 septiembre 1985, no ha lugar.)

**HECHOS.**— Se cuestiona la naturaleza jurídica del vínculo contractual existente entre el actor y el demandado. La Audiencia Territorial, revocando la sentencia del Juzgado, considera que existe una compraventa de un inmueble, cabiendo la resolución solicitada por el actor, ya que la finca fue vendida libre de cargas y gravámenes y estaba gravada con diversas servidumbres, que desconocía el actor al efectuar la compra. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.)

**21. Compraventa de inmuebles: resolución por incumplimiento: doctrina general sobre falta de pago.**— La decidida actitud incumplidora sancionable con el efecto resolutorio está *prima facie* demostrada por el hecho mismo de la ineffectividad del precio, máxime si el deudor ha incurrido en una prolongada inactividad, a no ser que medien circunstancias denotadoras de que al comprador no le es reprochable la falta de prestación, todo lo cual comporta aspectos fácticos del conflicto, cuya ponderación es cometido de los organismos jurisdiccionales de instancia y, en cuanto tales, únicamente susceptibles de censura en casación, acudiendo a la vía procesal adecuada, sin olvidar que la declaración de volun-

tad recepticia en forma de requerimiento fehaciente al deudor no se dirige a reclamar el pago, sino a provocar la resolución misma.

**Retraso en el ejercicio de la acción resolutoria.**— La circunstancia de que el vendedor se haya abstenido de reclamación alguna durante ocho años, obviamente no conlleva la pérdida de su derecho, y, tan sólo, evidencia su paciente espera ante un comprador que, sobre haberle entregado dos talones sin cobertura, persistió tan largo tiempo en el incumplimiento, hasta el punto de que la consignación de la suma adeudada no la realiza hasta la contestación a la demanda.

**Enriquecimiento injusto.**— No es válido el argumento de que el mantenimiento de la sentencia resolutoria supondría un enriquecimiento injusto del demandante, habida cuenta de la desproporción entre las prestaciones recíprocamente devueltas, porque, sin desconocer que el valor actual de la finca vendida alcanza los 3.000.000 de pesetas, siendo su precio de 950.000 pesetas, las consecuencias lesivas para el patrimonio del deudor son debidas a su conducta vulneradora de lo pactado; por otra parte, rechazada en Primera Instancia la indemnización de daños y perjuicios, tal desestimación se traduce en el hecho de que, durante cerca de 15 años, el demandado y su esposa han permanecido en la ocupación del chalet, sin efectuar contraprestación alguna. (STS 21 febrero 1986, no ha lugar.) (G. G. C.)

**22. Venta de pisos de protección oficial: indemnización por incumplimiento.**— Ha quedado acreditada la contravención del tenor de las obligaciones contraídas por parte de la entidad vendedora, tanto respecto a la elevación a escritura pública, a la que sólo se allana cuando se le reclama judicialmente, como con la inobservancia de la normativa establecida para efectuar la venta, que impidió que el comprador gozase del beneficio legal de exención tributaria, al que tenía derecho, habida cuenta la modalidad del contrato celebrado, realizando un pago que no tenía que haber efectuado.

**Exención de impuestos por tratarse de primera transmisión.**— Es cierto que al comprador correspondía el pago de todos los gastos, como se dice en la cláusula 6.ª del contrato, pero no es menos cierto que éste, por su modalidad especial, conlleva la exención del pago del impuesto, por tratarse de una primera transmisión por actos *inter vivos*, siempre que la vendedora cumpla con la normativa legalmente establecida, lo que de hecho no hizo, viéndose obligado el comprador a pagar.

**Elevación a escritura pública.**— Se trata de una obligación de la vendedora que sólo cumplió previa interpelación judicial, habiéndose pactado que, en caso de incumplimiento, todos los gastos y costas judiciales serán de cuenta de la parte que lo origine. (STS 14 noviembre 1985, ha lugar.) (G.G.C.)

**23. Compraventa de vivienda: reclamación del precio aplazado: improcedencia de su revalorización por razones de equidad.**— Si el principio de equidad ha sido invocado por la sentencia recurrida en el sentido de equidad natural, entendiéndola implícita en todo el ordenamiento positivo, ha de tenerse en cuenta que no puede autorizarse la utilización, sin otra apoyatura, frente a los claros términos de un contrato, de un principio abstracto cuya eficacia el texto del artículo 3.º del Código Civil condiciona, cuando es argumentado, de manera exclusiva, a la expresa permisividad de la Ley.

**Aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» al precio aplazado: improcedencia.**— Si bien no puede dogmatizarse el principio de seguridad jurídica que consagran los artículos

1.091 y 1.258 del Código Civil, la incidencia en el mandato que estos preceptos contienen a través de la cláusula «rebus sic stantibus» no queda justificada, sin más, por la existencia de una notable e incluso exorbitada desproporción entre las prestaciones de las partes contratantes, sino que a ello habría que añadir una extraordinaria e imprevisible alteración de las circunstancias que median entre la celebración y la consumación del contrato, unida a la imposibilidad de remediar de otro modo el desequilibrio de las prestaciones, amén de la buena fe y carencia de culpa por parte del que alega la causa. (STS 19 abril 1985, ha lugar.)

NOTA.— El problema no es tanto de devaluación monetaria, aunque también le afecta, como de resolver equitativamente una ocupación gratuita del piso por un comprador que sólo ha entregado una parte del precio. La Audiencia lo resuelve discrecionalmente duplicando el importe del precio aplazado, a cuyo pago condena al comprador. Acertadamente se estima el recurso, en base a las circunstancias concurrentes, dado que los contratantes habían previsto el pago de intereses del precio aplazado; no concurren los requisitos de la resolución (no hubo requerimiento notarial ni judicial); y, lo que parece determinante, el vendedor motivó con su conducta la resistencia del comprador al pago puntual del precio aplazado, impidiendo la calificación de la vivienda como de protección oficial. No puede aplicarse la cláusula «rebus sic stantibus» por no concurrir sus requisitos, ni la regla de la equidad. (G.G.C.)

**24. Venta de vivienda de protección oficial. Resolución de contrato: artículo 1.504. Precio excesivo. Nulidad parcial.**— Don Francisco G. A. celebró contrato de compraventa de una vivienda de protección oficial con don Julio M. S. en un precio de 2.800.000 pesetas, que quedaba aplazado. El comprador no pagó el precio y don Francisco solicitó la resolución del contrato, oponiendo don Julio que tan sólo debía abonar el precio oficial fijado por la Administración en 806.400 pesetas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia revocó la Sentencia declarando la obligación de don Francisco de otorgar escritura pública de venta en el precio fijado por la Administración. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

**Resolución de contrato: artículo 1.504 del Código Civil.**— El artículo 1.504 ha de aplicarse en obligada combinación con el artículo 1.124, y para aplicar aquél ha de resultar acreditada debidamente la actitud del comprador deliberada, resuelta y obstinadamente rebelde al cumplimiento de su obligación principal, que es la de pagar el precio, sin que a tal actitud, que constituye el presupuesto de aplicación del artículo 1.504, sirva de alternativa válida la de su renuncia al pago del precio pactado, pero ineficazmente por ser superior al oficialmente asignado al piso, única exigible, por lo que falta en todo caso la voluntad rebelde inexcusable para la aplicación del artículo 1.504.

**Precio excesivo: nulidad parcial.**— Es reiterada la doctrina de esta Sala, manifestada en gran número de Sentencias (entre las últimas, las de 3 y 26 de diciembre de 1984) acerca de que la limitación imperativa del precio que es correlativa a los importantes beneficios a constructores y promotores y que constriñe el libre juego de la voluntad de las partes en extremo tan importante en el contrato de compraventa, cual es la determinación del precio, se traduce no en la nulidad total del contrato, que redundaría en beneficio del vendedor culpable de la contravención, sino en el de la nulidad parcial de la obligación relativa al precio pactado con excesividad enriquecedora de aquél y con desconocimiento de las

disposiciones administrativas que tasan el precio, operando en el sentido de ajustarlo al señalado por el organismo competente (Sentencia de 2 de febrero de 1983) y las que en ella se citan, y sin que, ni se produzca la nulidad total del contrato contemplado por la Sentencia ya citada de 3 de diciembre de 1984, ni, como aquí se quiere, mantener incólume el precio excesivo pactado con la secuela, única por ella, de las sanciones de multa imponibles por la Administración del ramo. (STS 5 noviembre 1985) (A.M.S.)

**25. Compraventa de inmuebles. Resolución por incumplimiento. Interpretación y aplicación conjuntos de los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil.**— Según reiterada jurisprudencia, no cabe separar ni aislar en su eficacia jurídica los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, ya que no se eluden entre sí, sino que se complementan, en el sentido de que la regla general que se establece en el primero para toda clase de obligaciones recíprocas no obsta al desarrollo específico y concreto del segundo para el supuesto de compraventa de bienes inmuebles, o, mejor dicho, que la norma del artículo 1.504 no excluye la aplicación cuando proceda del artículo 1.124, significándose con ello que para que prospere la resolución contractual del artículo 1.504 habrá de concurrir en el que la insta, el cumplimiento de sus obligaciones así como el incumplimiento de las suyas por parte del requerido (Sentencias de 10 de noviembre de 1982, 7 de febrero de 1983, 1 de diciembre de 1983, 19 de enero, 7 de febrero, 28 de mayo y 15 de octubre de 1984).

**Voluntad rebelde al cumplimiento.**— El incumplimiento por el demandado de su obligación de pago sin causa ni justificación alguna es revelador de una voluntad rebelde al cumplimiento de lo convenido. (STS 28 mayo 1985, no ha lugar.)

**HECHOS.**— Se celebró un contrato de compraventa de un apartamento; las partes acordaron, por un lado, el aplazamiento del pago de parte del precio, mediante la aceptación por el comprador de dos letras de cambio y, por otro, que el impago de cualquiera de los plazos facultaría al vendedor para exigir el cumplimiento del contrato o darlo por resuelto, perdiendo el comprador la suma hasta entonces satisfecha. Ante el impago de las citadas letras a sus vencimientos respectivos, el vendedor requirió notarialmente al comprador, manifestando su voluntad de dar por resuelto el contrato. Tanto en Primera Instancia como en Apelación se declara la resolución bien hecha. No prospera el recurso de casación.

**NOTA.**— Viene a reiterar esta Sentencia, lo que ya constituye doctrina constante de nuestro Tribunal Supremo, en relación con la interpretación y aplicación del artículo 1.504 del Código Civil. De esta doctrina merecen ser subrayadas, al menos, tres afirmaciones: en primer lugar, que no cabe separar ni aislar en su eficacia jurídica los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, ya que no se eluden entre sí, sino que se complementan (Sentencias, entre las más recientes, de 29 de abril, 11 y 12 de marzo, 1 y 14 de febrero de 1985); en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, que al igual que ocurre en el caso del artículo 1.124, para el ejercicio de la resolución, al amparo del artículo 1.504, es necesario, entre otros requisitos, que concurra en el deudor una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido (Sentencias, entre otras, de 29 abril, 9 abril, 12 marzo y 1 febrero de 1985). Por último, que el solo incumplimiento por el deudor de su obligación de pago, sin causa ni justificación alguna, es revelador de tal voluntad rebelde (Sentencias de 29 abril 1985 y 19 mayo 1981, entre otras). Se trata de tres afirmaciones, estrictamente vinculadas entre sí, que forman el núcleo de una línea jurisprudencial que trata de salvar los efectos, excesivamente rigurosos para el deudor, que se

podrían derivar de una interpretación meramente literal del artículo 1.504 del Código Civil.

Es sabido que el artículo 1.504 regula, en interés del vendedor, el ejercicio de la resolución de la venta de bienes inmuebles en caso de incumplimiento por parte del comprador de la obligación de pago del precio aplazado (medie o no pacto comisorio: Sentencias, entre las más recientes, 27 mayo y 26 febrero 1985). Constituye, pues, una modalidad o aplicación concreta de la regla general prevista en el artículo 1.124 para toda clase de obligaciones recíprocas. En un primer momento el artículo 1.504 resulta favorable para los intereses del comprador, pues le permite pagar, aun después de expirado el término fijado para el incumplimiento, interín no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial (vid. Sentencia 27 mayo 1985). En cambio, en un momento posterior, realizado el requerimiento, resulta netamente favorable a los intereses del vendedor, ya que impide al Juez hacer uso de la facultad prevista en el párrafo 3.º del artículo 1.124 del Código (fijar al deudor un plazo para el cumplimiento). Y conviene recordar que, según la propia jurisprudencia, el requerimiento a que alude el artículo 1.504 no se refiere al pago del precio, sino a la resolución del contrato: se trata de una notificación al deudor obstativa al pago y declarativa de la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato, pero no de un requerimiento o intimación para el pago del precio (Sentencias, entre otras muchas, 27 mayo, 12 abril, 12 marzo y 25 enero 1985).

En definitiva, a tenor del artículo 1.504, el comprador puede pagar, aun después de expirado el término, interín no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Pero hecho el requerimiento, declarada fehacientemente por el vendedor su voluntad de resolver el contrato, la venta queda resuelta, sin que el Juez pueda conceder nuevo término. Si a lo anterior se añaden los efectos previstos en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria para el caso de que exista pacto resolutorio expreso inscrito en el Registro, no cabe duda de que se producen unas consecuencias extremadamente rigurosas para el deudor (vid. el excelente comentario de R. Bercovitz a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1984, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 4; enero-marzo, 1984, pp. 1.303 y siguientes). Consciente de ello la jurisprudencia ha tratado de limitar su alcance.

Justamente se ha observado (cfr. R. Bercovitz, *op. cit.* pp. 1.309 y siguientes) que la jurisprudencia ha ido insistiendo sucesivamente sobre diversos límites a la eficacia resolutoria del artículo 1.504, en dos sentidos: en primer lugar, y con base en el propio precepto, a través de una meticolosa exigencia del requerimiento previo del vendedor al comprador (cfr. Berconvitz, *op. loc. cit.*); en segundo lugar, a través de la aplicación e interpretación conjuntas de los artículos 1.504 y 1.124 del Código Civil. Desde esta última perspectiva, al igual que para el artículo 1.124, se niega la legitimación para el ejercicio de la resolución al vendedor que ha incumplido previamente sus obligaciones (Sentencias 12 y 11 marzo 1985, esta última con cita de otras muchas que se pronuncian en el mismo sentido) y, además, se exige, para que la resolución proceda, que el comprador manifieste una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.

En relación con esta última exigencia jurisprudencial se afirma que con ella los efectos del artículo 1.504 quedan muy debilitados (cfr. DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema II*, p. 370). Sin embargo, la propia jurisprudencia ha matizado el alcance de este requisito que, por lo demás, no puede ni debe ser entendido de una

manera literal, sino más bien como una manifestación de criterios de equidad y exigencia de buena fe en el ejercicio de los derechos (cfr. LACRUZ-DELGADO, Elementos II, 1.º, p. 268). Tanto en su origen como en su posterior generalización, la máxima de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento más que enunciar una exigencia positiva trata de formular o de englobar casos en la acción resolutoria debe ser desestimada (cfr. DIEZ-PICAZO, «El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos», ADC, 1969, pp. 390 y siguientes).

En concreto, y por lo que se refiere a su exigencia en relación con el artículo 1.504, la jurisprudencia viene afirmando (y así lo hace la Sentencia que anotamos) que el solo incumplimiento por el comprador de su obligación de pago del precio, *sin causa ni justificación alguna*, es reveladora de una voluntad rebelde al cumplimiento de lo convenido. Como señala la Sentencia de 19 de mayo de 1981, la voluntad rebelde «vendrá de ordinario entrañada en el dato mismo de la ineffectividad del precio, a pesar de la facilidad que el aplazamiento comporta, denotador de la evidencia de una voluntad incumplidora (Sentencias 22 diciembre 1978 y 5 noviembre 1979), en tanto no se aleguen y prueben circunstancias demostrativas del proceder del comprador respetuoso con lo acordado y, por lo tanto, con las pautas de la buena fe que han de presidir la ejecución contractual, a pesar de lo cual el cumplimiento no se realizó por causas ajenas a su ánimo diligente».

Se puede afirmar que ésta es la regla general. Incumplida la obligación de pago del precio aplazado, al vendedor le basta con manifestar su voluntad de dar por resuelto el contrato mediante el correspondiente requerimiento resolutorio. Incumbe al comprador probar que tal resolución no procede, porque existía alguna causa o justificación para el impago, o, lo que es lo mismo, porque no existía voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento. Así, por ejemplo, cuando el comprador prueba el previo incumplimiento del vendedor (Sentencia 11 marzo 1985), o que su propio incumplimiento proviene de la no actividad cumplimentada del vendedor de entregar el inmueble adquirido libre de cargas, tal y como se había convenido (Sentencia 12 marzo 1985), o que el pago del resto del precio aplazado estaba supeditado al otorgamiento de escritura pública (Sentencia 7 febrero 1984). También cuando no se cumplió por imposibilidad física o jurídica, lo que ocurre cuando no se conoce con exactitud el importe exacto de la deuda y el modo de su satisfacción (Sentencia 7 marzo 1983), etc.

Como se ha señalado (cfr. BERCOVITZ, op. cit. p. 1.313) un aspecto importante para estimar la existencia de la tan mencionada voluntad rebelde, aunque no siempre manifestado expresamente, es la valoración que se hace de las cantidades ya pagadas a cuenta del precio. El Tribunal Supremo se resiste a conceder la resolución cuando la cantidad pagada es la más importante y ya queda una cantidad reducida por pagar (vid. las Sentencias, entre otras, 16 febrero 1983, 2 febrero 1984). En cambio, accede a la resolución cuando queda la mayor parte del precio por pagar y no se alega causa ni justificación alguna para tal incumplimiento. Así sucede en la Sentencia que anotamos, en la que de un total de 2.050.000 pesetas de deuda, el comprador sólo abonó 550.000 pesetas. (E.B.)

**26. Resolución del contrato de compraventa. Existencia de auténtico y verdadero incumplimiento.**— El motivo ha de ser desestimado, ya que es de observar: a) que la exigencia por esta Sala de casación de la prueba de una voluntad deliberadamente rebelde en el

comprador para dar lugar a la resolución de la venta no ha sido señalada de un modo exclusivo, sino que unas veces la ha colocado como alternativa de la ejecución por parte del comprador de un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento y, en otras, lo decisivo es que quede acreditado una verdadera omisión de su pretensión por parte del comprador, incumplimiento que no implique un mero retraso o demora en el pago, sino dejar de cumplir la prestación principal; b) que para determinar ese incumplimiento no han de entrar en el conjunto valorativo del comportamiento de cada contratante las simples obligaciones accesorias o complementarias que no fueron elevadas por las partes a presupuesto esencial de sus respectivas declaraciones de voluntad; c) que la determinación de quien dejó de cumplir lo estipulado y que ha de aceptar las consecuencias de ese incumplimiento es cuestión que, por ser de hecho, corresponde sea determinada por el juzgador de instancia, cuya decisión ha de ser respetada en casación, mientras no se impugne en forma a través del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**Requerimiento de resolución.**— Es suficiente y eficaz a los efectos pretendidos, a lo que no obsta que le precediese un requerimiento de la compradora a la vendedora para que cumplierse aquellas supuestas obligaciones.

**Inexistencia de abuso de derecho.**— No existe abuso de derecho, ya que ni se probó en la parte actora intención alguna de dañar, ni falta de un interés legítimo, ni procedió de mala fe o contra la función social del derecho ejercitado, cuyos límites normales fueron respetados, sino que únicamente puso en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas para hacer valer una atribución que la actora estima corresponderle, concurriendo a su favor una «justa causa litigantis» que excluye todo abuso de derecho. (STS 25 junio 1985, no ha lugar.)

**HECHOS.**— Se celebró un contrato de compraventa de un local destinado a bar, dejando el comprador de pagar determinados plazos, por lo que la parte compradora dio por resuelto el contrato. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial acogieron la demanda de resolución. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.)

**27. Compraventa de solar: incumplimiento del comprador: mora.**— El cumplimiento de las obligaciones es mera cuestión de hecho, y es reiteradísima la doctrina jurisprudencial, según la cual para que una de las partes del contrato se considere incumplidora es preciso que concurra una voluntad rebelde al cumplimiento, y, en el presente caso, se ha probado que el vendedor se allanó a formalizar la escritura pública correspondiente, cumpliendo con ello su obligación contractual, por lo cual, al incumplir el comprador su obligación de pago, le hizo incurrir en mora.

**Derecho del comprador a suspender el pago del precio: requisitos del artículo 1.502.**— Para aplicar el artículo 1.502 del Código Civil es preciso acreditar que el comprador ha sido perturbado en su posesión dominical o que existieran razones para que en él se produjera el temor de serlo en virtud de alguna acción reivindicatoria, y, en el presente caso, el comprador ha disfrutado de su calidad de propietario de la parcela sin obstáculo alguno material ni jurídico, existiendo intentos por parte del vendedor de activar la formalización de la escritura pública, que no encontraron en el demandado el eco obligado del abandono del precio, por lo que resulta inaplicable el referido precepto. (STS 20 mayo 1985, no ha lugar.)

La perturbación alegada fue el incumplimiento del vendedor de formalizar la escritura pública al objeto de permitir al comprador agilizar la tramitación del expediente urbanístico. Como ha defendido en otro lugar (*Comentarios Albaladejo*, tomo XIX, p. 416) no hay *numerus clausus* de posibles perturbaciones de la posesión o dominio, y la alegada hubiera podido tenerse en cuenta de haber sido probada (G.G.C.)

**28. Permuta de solar para edificar por vivienda y bajo: acción de cumplimiento.—**

La acción que se ejercita lo es de condena y de carácter personal, tendente al cumplimiento de un contrato *inter partes* por virtud del cual los actores cedieron a la cooperativa un solar para edificar a cambio de un piso y un bajo de determinadas características, encaminada a la formalización del título domical de este último al negarse a ello la cooperativa, y debe ser estimada sin perjuicio de la responsabilidad en que puede incurrir en cuanto a la satisfacción del equivalente de su prestación de no ser posible el equivalente *in natura*; no se demanda a los adquirentes del bajo, por lo que la sentencia no afecta a la legitimación registral de tales subadquirentes protegidos por la Ley Hipotecaria.

**Litis consorcio pasivo necesario: no se da respecto de terceros interesados suficientemente protegidos.—** La doctrina del litis consorcio pasivo necesario halla su fundamento en la necesidad de evitar tantos fallos contradictorios como en la de cumplir con el principio de audiencia bilateral y la posibilidad de condena a personas sin haberla oído, con violación incluso de norma constitucional (artículo 24 del Código Estatuario), posibilidad o peligros que no existen cuando las personas de quienes se dice que hubieran debido ser citadas al juicio tienen suficientemente protegidos sus derechos, tales los terceros civiles (artículo 1.257 del Código Civil) o los hipotecarios (artículo 34 de la Ley Hipotecaria), por las defensas que el ordenamiento jurídico les proporciona. (STS 22 mayo 1985, no ha lugar.)

NOTA.— Puede decirse que existe ya una abundante doctrina jurisprudencial sobre este contrato atípico de cesión de solar por pisos o locales, y que suele calificarse de *permuta de cosa presente por cosa futura*. Son frecuentes los incumplimientos por parte del cesionario, tanto si son total como parciales, y tanto en la identidad, integridad y calidad de la prestación futura. En el presente caso había una cláusula singular, por cuya virtud en la fecha del otorgamiento la cooperativa cesionaria efectuó una imposición a plazo fijo, a nombre del cedente, por el importe del precio asignado al bajo. Parece correcto el rechazo de la excepción alegada por la cooperativa de litisconsorcio pasivo necesario con los subadquirentes del bajo que se había comprometido a entregar al cedente; su estimación hubiera significado una prima a la mala fe, ya que voluntariamente enajenó a terceros el local que se comprometió a entregar al otro permutante (probablemente por un precio superior al inicialmente tasado). A la hora de calcular el importe del cumplimiento por equivalente parece que habrá de tenerse en cuenta el valor real del bajo al tiempo en que debió ser entregado y no el fijado en el contrato de permuta (G.G.C.)

**29. Resolución por incumplimiento: artículo 1.504 del Código Civil.—** La resolución por incumplimiento del comprador en la compraventa de bienes inmuebles, conforme 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, tiene como presupuesto el requere-

rimiento preceptivamente exigido por aquella norma, además del elemento esencial de la concurrencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del contrato contra quien la acción se ejercita, bien entendido que la actitud incumplidora sancionable con la resolución por hallarse informada de tal ánimo vulnerador de lo pactado viene en principio demostrada por el mismo hecho de la ineffectividad del pago, contraviniendo la obligación asumida, siempre que no medien circunstancias singulares denotadoras de que al adquirente no le es reprochable la falta de esa prestación, que habrían de ser oportunamente alegadas y probadas, todo lo cual se traduce en cuestiones fácticas sometidas a la ponderación de los organismos judiciales de instancia, sólo susceptibles de censura en la casación, acudiendo a la vía procesal adecuada al efecto. (STS 18 octubre 1985) (A.M.S.)

**30. Cesión de permiso de investigación minera: precio condicionado a rentabilidad: interpretación: actos de ejecución.**—No se trata de prescindir del canon hermenéutico proporcionado por la literalidad documental para llegar a la intención de los otorgantes, sino que teniendo por incuestionable el significado de las declaraciones de voluntad emitidas de modo concorde, se hace preciso averiguar si concurren los factores preestablecidos por el común querer de los sujetos, tales como la rentabilidad del yacimiento y permanencia en las tareas de explotación en determinada fecha, a los efectos del incremento en el precio, extremo en orden a los cuales reviste capital importancia la actitud observada en la ejecución del negocio y en sus distintas vicisitudes por el cesionario.

**Prueba: valor del acta notarial de presencia.**— Si bien las declaraciones vertidas en documentos de esa clase carecen de auténtico rango testifical si no son ratificadas en el proceso, no existe obstáculo legal para que el juzgador las tenga en cuenta como un elemento más de convicción integrado en el conjunto, no pudiendo desconocerse, además, que el acta levantada da fe de las percepciones sensoriales del Notario, cuyas observaciones de hecho no pueden ser ignoradas, al captar directamente los pormenores fácticos que el fedatario narra *de visu et auditu suis sensibus*, y fue ya enseñanza del Derecho histórico que «toda carta que sea fecha por mano de escrivano público vale para probar lo que en ella dixere» (P. 3.18.114). (STS 14 mayo 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

**31. Cesión de derechos de distribución de obra literaria: interpretación del contrato.**— Se trata de la cesión de unos derechos de distribución y venta de una obra literaria, con sus gastos correspondientes, pero no de hacer desembolsos para los costos de publicación, pues entenderlo de otra forma significaría que el cesionario habría de entregar 5.000.000 de pesetas sin recibir contraprestación alguna, pues se trata de una obra que ya está en el dominio público.

**Resolución por incumplimiento.**— Si la gravedad del incumplimiento ha de ser relacionada con criterios de equidad y de buena fe, y, de otro lado, es suficiente para basar el pedimento resolutorio la evidencia de la frustración del fin del contrato, eliminando las legítimas expectativas de la parte perjudicada, no puede ponerse en tela de juicio el acierto del pronunciamiento censurado si se tiene en cuenta el cese de la actividad de la empresa cedente, prácticamente después de la fecha del contrato, de suerte que el negocio quedó sin base para el recurrido al desaparecer toda posibilidad de prestación por la otra parte (entrega, para su venta, de los tomos publicados), a pesar de lo cual la recurrente puso al cobro las letras de cambio, las protestó y promovió los juicios ejecutivos, ocasionando al recurrido cuantiosos gastos, que habrán de ser resarcidos conforme a los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil. (STS 28 febrero 1986, no ha lugar.) (G.G.C.)

**32. Arrendamiento celebrado por no propietario. Eficacia. Artículo 34 de la Ley Hipotecaria.**— El derecho de propiedad corresponde a la parte demandante por haberlo adquirido, según el registro de la Propiedad en que aparecía inscrito a favor de quien, en la tesis de los recurrentes, lo vendió mediante documento privado, habiéndosele adjudicado a los reivindicantes por auto que se inscribió en el Registro de la Propiedad, donde aparecen como titulares de cualquier virtualidad que pudiera reconocerse al documento privado, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, a tenor del cual el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva por causas que no consten en el mismo Registro; presumiéndose la buena fe del tercero, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro; sin que, por otra parte, se haya opuesto por el demandado, en el concepto de aparente dueño del piso, derecho de propiedad fundado en la usucapión, ya que el demandado adujo únicamente su derecho de propiedad derivado del contrato de compraventa en documento privado, pero nunca la prescripción adquisitiva en que hubiera podido operar como título, tema no suscitado. (STS 29 octubre 1985).

HECHOS.— Doña Alfonso había comprado un piso en documento privado a un constructor. Fallecida doña Alfonso, su hijo, don José, se había convertido en propietario, en virtud de testamento a su favor, y lo había arrendado posteriormente a don Félix. El actor alegaba ser dueño del piso por haberlo adquirido en pública subasta, inscribiendo su adquisición en el Registro de la Propiedad, y solicitaba su devolución y la condena de don José y don Félix a indemnizarle por la falta de ocupación del piso. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia reconoció al actor como dueño, denegó la petición de indemnización y reconoció el derecho del arrendatario don Félix para seguir en el piso. La Audiencia revocó la Sentencia en cuanto que condenó a indemnizar a los demandados, negó eficacia al contrato de arrendamiento entre don José y don Félix, y condenó a los demandados al pago de las costas en Primera Instancia. El Tribunal Supremo estimó el recurso en cuanto a la obligación de indemnizar y las costas. (A.M.S.)

**33. Resolución de contrato de arrendamiento.**—El actor solicitaba la resolución del contrato de arrendamiento de una mina, porque la arrendataria demandada no abonaba los cánones pactados como precio.

El Juzgado estimó la demanda, declaró resuelto el contrato y condenó al pago. La Audiencia desestimó el recurso de apelación y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Los artículos 1.556 y 1.124 del Código Civil no requieren que el incumplimiento contractual sea consecuencia de una persistente y tenaz resistencia al cumplimiento de lo convenido, sino que es suficiente que tal incumplimiento se produzca, frustrando las legítimas expectativas de la otra parte que se ve privada de alcanzar el fin económico perseguido con el vínculo negocial (Sentencias 27 octubre 1981, 11 octubre 1982, 7 marzo 1983 y 31 mayo 1985). (STS 13 noviembre 1985) (A.M.S.)

**34. Arrendamiento urbano de vivienda sujeto a Ley de Arrendamientos Urbanos: Improcedencia del tanteo ejercitado por arrendatario no ocupante.**—Es reiterada la doctrina jurisprudencial que deniega el derecho de tanteo si la ocupación no se da real-

mente, porque el artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos exige la doble condición de arrendatario y ocupante, no pudiendo aquél ser concedido a quien, con sus propios actos, está demostrando con la desocupación que no le es necesaria la vivienda.

**Excepción a la prórroga del número 3.º del artículo 62 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.**— La desocupación continuada e ininterrumpida durante más de seis meses de la vivienda arrendada, sin que ni siquiera se haya alegado que obedeciese a justa causa es causa de resolución del contrato por constituir el supuesto del número 3.º del artículo 62 de excepción a la prórroga, y, aunque es un derecho que se concede al arrendador que obviamente puede no utilizar, excluyendo voluntariamente la aplicación de la Ley y que, como todo derecho, es renunciable conforme al artículo 6, 2.º, del Código Civil, ambas cosas tienen el límite infranqueable de que no perjudiquen a tercero, como ocurre en este caso en que el tanteo se ejercitó por el arrendatario no ocupante.

**Cesión gratuita de la vivienda: consentimiento presunto del arrendador.**— La realidad de hecho de la ocupación lo es también de derecho, como consecuencia de la cesión gratuita, no existiendo constancia alguna de onerosidad, pues aquella ocupación durante más de 10 años, pagando los recibos de la renta, así como los de luz, gas y teléfono, domiciliados en el piso acredita la existencia de una auténtica cesión consentida por la propiedad; siendo de recordar la doctrina jurisprudencial de que el consentimiento requerido, tanto para la cesión como para el traspaso, puede ser verbal o escrito, expreso o tácito, teniendo eficacia el prestado en cualquiera de estas formas, al no establecer la Ley limitación alguna, con tal de que se evidencie de modo fehaciente, llegando incluso a admitirse que es lícito deducir la existencia del consentimiento, de la mera pasividad del arrendador en el ejercicio de las acciones que puedan corresponderle, en tanto no transcurra el tiempo de prescripción de las miamas.

**Retracto ejercitado por ocupante.**— Debe estimarse la acción de retracto ejercitada por el ocupante que tiene la cualidad de arrendatario, según las consideraciones anteriores, debiendo advertirse que con el mismo se iniciaron las gestiones para la realización de la venta, que no se consumó por la actitud, contraria a Derecho, de la entidad arrendadora, que la realizó con el anterior arrendatario, no ocupante de la vivienda (STS 7 mayo 1985, ha lugar.)

NOTA.— Notable sentencia (Pte. Beltrán de Heredia) caracterizada por el decidido propósito de llegar al fondo del asunto y lograr la justicia material. Entre un arrendatario no ocupante, que se confabula con el arrendador para adquirir la vivienda a bajo precio, y un arrendatario «fáctico», que ocupa la vivienda desde hace más de 10 años y se encuentra al corriente de sus obligaciones, la elección no era dudosa. Sorprende, no obstante, lo relativo a la causa de excepción a la prórroga por no uso, que no aparece ejercitada por quien estaría legitimado para hacerlo (G.G.C.)

**25. Arrendamiento de vivienda para despacho: cláusula de estabilización: doctrina general sobre su validez.**— En este caso, ambas partes, bilateral y libremente, han pactado que la renta «sería revisada y ajustada anualmente en el caso de prorrogarse este contrato», y que «la actualización y adaptación de la renta se llevará a cabo aumentándola o reduciéndola en la misma proporción en que hayan variado los ponderados índices generales del coste de vida correspondientes al mes de febrero del año del otorgamiento del contrato», siendo obvio que lo pactado es una auténtica cláusula de estabilización, que, al

prever la posibilidad de revisión en alza o en baja, de la renta pactada, de acuerdo con unos parámetros objetivos —los del alza o baja del índice del coste de la vida—, no altera, sino contrariamente, mantiene la mayor equivalencia de las contraprestaciones, cumpliendo cuantos requisitos exige la jurisprudencia.

**Condena en costas: estimación parcial de la demanda en apelación.**— La resolución de la Audiencia, modificando la del Juzgado, tan sólo acepta parte de los pedimentos formulados en la demanda, con lo que sienta un criterio que prima sobre el del Juzgador y que, por coherencia legal, exige la modificación del pronunciamiento sobre costas efectuado por el Juzgado, dictándose en su lugar otro en que se aluda la condena en costas. (STS 12 julio 1985, ha lugar.) (G.G.C.)

**36. Arrendamiento urbano. Derecho de tanteo.**— El artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, para que el inquilino pueda utilizar el derecho de tanteo, exige que se trate de venta de pisos, aunque se transmitan por plantas o agrupados a otros, y, en el caso debatido, el objeto de la venta fue una casa de cuatro plantas, una de las cuales únicamente corresponde al piso de que es inquilino el retrayente, pues esta Sala tiene declarado que los derechos de tanteo y retracto proceden en el caso de venta por pisos de uno o varios, pero no todos. (STS 30 abril 1985, no ha lugar.)

**HECHOS.**— El recurso de casación dimana de tanteo ejercitado por el arrendatario de vivienda, no prosperando la acción ejercitada por éste en ambas instancias, con apoyo en que el objeto de la transmisión no fue únicamente el piso de la finca como unidad integrada. No prospera el recurso de casación interpuesto por el arrendatario. (A.C.S.)

**37. Arrendamiento de local de negocio. Justa causa de cierre.**— Si bien es cierto que la justa causa del cierre no puede identificarse con la genérica voluntad e intención del arrendatario de abrir el local en un futuro más o menos próximo, no es menos cierto que tampoco puede desconocerse la concurrencia de dicha justa causa excluyente de la excepción a la prórroga, cuando a la voluntad o intención concreta y específica de apertura se asocia una continuada actividad, con el ritmo proporcionado a la importancia y características de la obra a realizar y tendente a dejar el local en las condiciones funcionales y decorativas propias de su posterior destino negocial, supuestos que son los de litis. (STS 11 julio 1985, no ha lugar.)

**HECHOS.**— Solicitada en la instancia la resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio por haber permanecido cerrado el local arrendado más de seis meses en el curso del año sin que medie justa causa, tanto la sentencia del Juzgado como de la Audiencia desestimaron la expresada pretensión resolutoria por entenderse que concurría la invocada justa causa para tal cierre. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.)

**38. Arrendamiento de local de negocio de carácter solidario entre los arrendatarios, pactado voluntariamente: admisibilidad y régimen jurídico.**— Probada la existencia de un contrato de arrendamiento de local de negocio, cuyos arrendatarios tienen, por acuerdo con el único arrendador, la cualidad de solidarios, es obvio que a dicha situación y sin perjuicio de la normativa arrendaticia específica que sea de aplicación, le serán también, en la

medida en que el contrato suscrito lo permita, los principios que caracterizan la solidaridad.

**Fallecimiento de uno de los arrendatarios solidarios: inaplicabilidad del artículo 60 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.**— Al operarse el fallecimiento de los arrendatarios solidarios se produce como inmediato efecto la automática subrogación en su puesto de los supervivientes (argumento de la Sentencia de 26 marzo 1958), en lugar de aplicarse la subrogación *mortis causa* del artículo 60 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, precepto que contempla en términos generales situaciones de arrendador y arrendatario únicos, lo cual, si bien no impide el que dicha singularización puede pluralizarse, como tiene reconocido la doctrina de esta Sala, no conlleva el que a estos últimos supuestos haya de aplicarse las mismas reglas, especialmente cuando se ha pactado la solidaridad, haciendo uso de la libertad de contratación que consagra el Código Civil en los artículos 1.254 y 1.255, y cuando la Ley de Arrendamientos Urbanos no prohíbe la solidaridad arrendaticia.

**Renuncia del único arrendatario superviviente y entrada en la reclamación arrendaticia de la viuda del coarrendatario fallecido: resolución del contrato.**—La renuncia del único arrendatario sobreviviente, en relación con el hecho de haber dado entrada en el local cuestionado a la viuda de su coarrendatario fallecido, sin estar autorizado y sin tener derecho a ello, comporta la introducción de un tercero ajeno a la relación contractual que viabiliza la resolución instada al amparo del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y doctrina jurisprudencial que lo interpreta. (STS 31 mayo 1985, no ha lugar.)

Supuesto singular, y decisión jurisprudencial no menos singular, sobre un interesante contrato arrendaticio, apenas estudiado por la doctrina y escasamente contemplado en la doctrina legal. El antecedente lejano está constituido por un contrato de arrendamiento sobre local de negocio con arrendatario único, al que suceden sus dos hijos bajo la fórmula de «arrendamiento solidario». No resulta claro lo que las partes entendían con semejante fórmula contractual, que parece tener acogida en la amplia dicción del artículo 58.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, *in fine*, si bien puede conjeturarse que los arrendatarios querían salvaguardar la posibilidad de que uno solo de los hermanos sucesores en el arrendamiento continuase sin problemas el negocio heredado del padre. Lo que en realidad sucedió fue el fallecimiento de uno de los coarrendatarios solidarios y a continuación se producen una serie de hechos que conducirán a la resolución del contrato: la viuda ocupa el lugar de su marido con el pleno asentimiento de su cuñado, notificando tardíamente la subrogación *mortis causa* al arrendador con arreglo al artículo 60.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, quien la rechaza, y, posteriormente, la renuncia del arrendatario solidario superviviente, que se notifica y se rechaza igualmente por el arrendador. Parece cuestionable que la cláusula de solidaridad entre arrendatarios implique renuncia tácita al derecho del artículo 60.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pese a que no existe duda sobre su renunciabilidad (artículo 6.3). Acaso haya que inscribir esta Sentencia en esa política de «desmantelamiento jurisprudencial de la Ley de Arrendamientos Urbanos» que el Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985 ha consagrado legislativamente de modo sorpresivo (G.G.C.)

**39. Subarriendo de local de negocio: desahucio por expiración de plazo: error de hecho.**— La probanza documental a que el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjui-

ciamiento Civil anuda la virtualidad de acreditar la equivocación padecida en la apreciación de la prueba de instancia, es a la de dicha naturaleza documental que pone de manifiesto el error denunciado sin estar contradicha por otros elementos probatorios, situación que no es la del presente caso en el que, además de la existencia de esos otros elementos probatorios de signo opuesto al argumentado por el recurrente, se da la circunstancia de que el documento está redactado en términos de imprecisión e incorrección gramatical y jurídica, tales que resulta no sólo opuesto a los restantes hechos del escrito de demanda, y por supuesto desconectado del suplico de la misma, sino incluso de difícil inteligencia dentro del contexto del propio hecho segundo en que se contiene. (STS 23 noviembre 1985, no ha lugar.)

NOTA.— La base del recurso radica en una contradicción de los hechos que sirven de fundamento a la acción resolutoria de un contrato de subarriendo de local. En determinado pasaje de aquélla parece se alude a que la relación jurídica que vincula a las partes es mera continuación de un anterior subarriendo, y no contrato nuevo y autónomo. Los razonamientos para desestimar el recurso son muy ajustados y deben aprobarse. Un mero error de hecho no debe permitir invalidar una sentencia. (G.G.C.)

**40. Arrendamiento de temporada de local de negocio: calificación del contrato: sujeción al Código Civil: resolución por expiración del término.**— La acción resolutoria se basa en el contrato en el que expresamente se pacta el arriendo «en régimen de temporada», del 1 de marzo de 1977 al 31 de octubre del propio año, y por idéntica temporada, en los años 1978 y 1979, fecha en que quedará sin efecto el contrato; a lo largo de todo el período contractual los arrendatarios estuvieron en posesión de las llaves del local, y, aunque no permaneció absolutamente cerrado en los meses de enero a marzo no se acredita que se dedicase fuera del plazo contractual a la actividad propia para que fue arrendador; la continuación del contrato durante 1978 y 1979 se debió al acuerdo entre ambas partes y no por la sola voluntad del arrendatario; no se ha demostrado simulación alguna en el otorgamiento del contrato, que fue asumido libre y espontáneamente por los arrendatarios, ni que el arrendador haya consentido la dedicación del local en la forma pactada fuera del plazo establecido en el contrato, sino que lo acreditado ha sido una auténtica intención de temporalidad de los contratantes y así lo expresaron en el contrato litigioso y lo ratificaron después los arrendatarios con ocasión de una denuncia que el arrendador presentó ante la Guardia Civil; de donde la Sala deduce la existencia de un contrato sujeto al Código Civil, que se resuelve por expiración del término de duración pactado.

**Utilización del local fuera del plazo pactado.**— El Tribunal de apelación considera no probado que la utilización del local fuera del plazo de temporada turística tuviese el asentimiento del arrendador, pero tal circunstancia fáctica no excluye el arriendo de temporada, habiendo declarado la Sentencia de 5 de junio de 1963 que la apertura esporádica del local algún día durante el resto del año, fuera de la temporada de la locación, cualquiera que sea la mayor o menor extensión que tenga la temporada, los plazos concertados para el arrendamiento y las fechas de pago de la renta, no son obstáculo para que el contrato haya de regularse por la legislación común; máxime cuando del servicio de aguas y electricidad por sí solo no se demuestra que los arrendatarios ejercieran su actividad mercantil con carácter permanente y continuado, y menos que ello tuviera lugar, consintiéndolo el arrendador.

**Violación de normas sobre interpretación.**— Los preceptos sobre interpretación de los contratos han de invocarse en casación por la vía del número 1 del artículo 1.692 de la Ley

de Enjuiciamiento Civil; el artículo 1.282 del Código Civil tiene carácter subsidiario respecto del anterior, por lo que sólo debe recurrirse a él si el contrato que hubiese de interpretarse ofreciese alguna duda en el sentido literal de sus cláusulas.

**Error de hecho.**— El recurso de casación no es una tercera instancia en que esta Sala pueda revisar el resultado probatorio obtenido en la instancia para llegar a conclusiones satisfactorias para los recurrentes, quienes en la formulación del motivo no se limitan a señalar, como procedía, uno o varios documentos de los que resulte como palmaria y manifiesta una equivocación de la Sala de instancia, sin necesidad de interpretaciones ni deducciones, sino que propiamente se hace una interpretación de los documentos esgrimidos, que en sí no revelan error alguno manifiesto en el fallo recurrido, que los tuvo en cuenta junto con otros medios probatorios. (STS 20 septiembre 1985, no ha lugar.)

**NOTA.**— Reitera la Sentencia, con finalidad pedagógica, la naturaleza del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, que no ha variado después de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al tiempo que sale al paso de una argumentación habitual de los arrendatarios de temporada, a saber, que su duración los convierte en arriendos normales. Cabe esperar, por otra parte, un cambio en la frecuencia y contenido de los pleitos arrendaticios urbanos, a medida que se haga más intensa la aplicación del Decreto-Ley Boyer de 1985, cuya normativa privaría de sentido a pleitos como el aquí contemplado (G.G.C.)

**41. Arrendamiento de solar para instalar estación de servicio: calificación: legislación aplicable: desahucio por expiración de plazo.**— El objeto del arriendo fue una parcela, propiedad del Ayuntamiento, sin edificación alguna, constitutiva de un solar, para que en ella estableciera el arrendatario una estación de servicios de venta de carburante líquidos; por tanto, no cabe hablar de un arrendamiento de local de negocio, por faltar la base fáctica de «edificación habitable», y ni aun después de instalada la estación de servicio podría hablarse de edificaciones habitables en el sentido de que reúnan las condiciones de seguridad, higiene y protección contra los accidentes atmosféricos, que exige indispensablemente la habitabilidad; por lo que se trató de un arriendo de solar sin complejidad alguna derivada de elementales instalaciones que exige una estación de servicio, y sin que pueda hablarse de arrendamiento de local cuando después de celebrado el contrato se llevan a cabo determinadas edificaciones, lo cual no implica modificación del contrato en orden a las normas de excepción relativas a la prórroga; ni aun en el supuesto de que el arrendatario hubiese convertido el solar en un local de negocio, a lo que no le autoriza el contrato, se hubiera desvirtuado la naturaleza del objeto arrendado que no se rige por la Ley de Arrendamientos Urbanos; por consiguiente queda excluida la aplicación de toda hipotética complejidad, así como sustraído al ámbito de aplicación del artículo 3.º, apartado 2.º, de aquélla, que exige que el arrendatario recibiera el local, bien con un negocio o industria ya establecido en él, bien para instalar allí su propia industria, ni tampoco se trató del arriendo de local de negocio en que hubiese instalada una de estas estaciones, sino que el ahora recurrente se obligaba a instalarla en el solar recibido y a levantarla al concluir el plazo contractual, según solemnemente se comprometió por comparecencia ante la entidad arrendadora.

**Tácita reconducción: requisitos: duración.**— No se produjo tácita reconducción, porque al vencer el plazo contractual el arrendador hizo un requerimiento de desalojo conminando al arrendatario a levantar las instalaciones; y, aunque se hubiera producido, en mo-

do alguno puede asignársele la duración originaria del contrato, sino la de un año, por pagarse la renta por años. (STS 9 abril 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

**42. Arrendamiento de industria: prueba de confesión.**— Según reiterada jurisprudencia, para que la confesión haga prueba contra su autor ha de ser clara, precisa y contundente, es decir, constitutiva y demostrativa de un hecho indiscutible o de una afirmación vinculante y suficiente para destruir la apreciación de la prueba, no sólo de su conjunto, sino de otros medios particulares tenidos en cuenta por el Juez, que es lo que aquí no ocurre, porque el Juez de Instancia obtiene la calificación del contrato como arrendamiento de industria, fundamentalmente de su texto escrito y anejo inventario, pero también de la constancia de una efectiva entrega de utensilios y menaje suficiente y aptos para la industria que ya se había ejercitado en el local, apreciación que no puede ser destruida por una interpretación de la confesión judicial que carece de precisión (STS 31 mayo 1985, no ha lugar.)

**43. Arrendamiento: calificación: mixto de industria y de vivienda: resolución por vencimiento del plazo.**— Ante la ausencia de contrato escrito se llega a la calificación del contrato sobre la base de la apreciación de elementos fácticos extraídos de las pruebas practicadas, llegándose a la conclusión de que el bar ya existía y que lo explotaba el marido de la actora, y que desde entonces se siguió explotando sin solución de continuidad, lo que indica que se transmitió una organización productiva, formada por elementos materiales entre sí suficientes para funcionar y asumir una actividad productiva y lucrativa sin necesidad de más elementos, aunque se fueran introduciendo otros que ampliaban, mejoraban o perfeccionaban los existentes, pero que en nada afectan a la calificación del arrendamiento como de industria, a cuyo principal objeto lucrativo se une, como accesorio, la vivienda, integrando un solo contrato, al que es de aplicar la normativa de la resolución contractual contenida en el artículo 1.581 del Código Civil, dado que el alquiler es mensual, lo que determina la resolución del unitario contrato, por expiración del plazo contractual.

**Legitimación activa de un comunero para el desahucio.**— Es constante la doctrina de esta Sala, que establece que cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio, en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, tanto para ejercitarlos, como para defenderlos, especificándose en las Sentencias de 7 de julio de 1954 y 25 de enero de 1958, que pueden ejercitar en beneficio de todos los copartícipes acciones encaminadas a obtener la resolución de un contrato de arrendamiento, beneficio que, lógicamente, se produce a favor de los demás si la resolución prospera, y sin que sea preciso para ello que en su comparecencia en el proceso especifique que lo hace, tanto en su nombre como en el de los demás condóminos.

**Legitimación activa de la usufructuaria.**— El artículo 1.564 de la Ley de Enjuiciamiento Civil proclama la legitimación de la usufructuaria para el desahucio por expiración de plazo, estando además reconocida como arrendadora por los propios recurrentes al abonarle la renta pactada. (STS 14 mayo 1985, No ha lugar.)

**44. Arrendamiento para explotación de plaza de toros: naturaleza: de industria y no de local de negocio.**— La doctrina de esta Sala tiene en cuenta para distinguir el arrendamiento

miento de industria del de local de negocio, que en el primero el arrendatario recibe, además del local, el negocio o industria en él establecido «de modo que el objeto del contrato no sea solamente los bienes que en el mismo se enumeran, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas», mientras que con el arriendo de local de negocio el arrendatario ejerce en el inmueble locado su propia industria o negocio; en el presente caso, el contrato básico revela en una interpretación literal que se refiere a una unidad patrimonial integrada por una plaza de toros, cuyo destino se sobreentiende, y que expresamente se da en arriendo, al objeto de celebrar corridas y también otros espectáculos, constando que al comienzo del arriendo se entrega la plaza con todas sus dependencias anejas, en perfecto estado para la lidia, y regulándose minuciosamente el contenido del contrato en relación con el servicio de la plaza, enfermería, servicio de agua y luz, pago de impuestos, reserva gratuita de localidades a favor de los propietarios, quienes se reservan además la vivienda del conserje y un despacho, lo que constituye una unidad patrimonial con vida propia susceptible de inmediata explotación.

**Presunciones.**— Es lógico deducir de ser propietario de una plaza de toros que se pueda arrendar el inmueble para ofrecer espectáculos taurinos y de otra clase, lo que responde a la más pura lógica y a la naturaleza de las cosas, no pudiendo decirse que los propietarios del inmueble sean ajenos a la actividad comercial que allí se realiza, pues, precisamente, en vista de ello, la cedieron en arriendo, se fijó la renta y se percibe la misma, y con este objeto evidentemente adquirieron la propiedad del inmueble.

**Capacidad para arrendar: «Nemo dat quod non habet».**— La cesión de una cosa en arrendamiento no es acto de riguroso dominio, que no se incluye como tal en el artículo 348 del Código Civil, ni tal exigencia se presupone en los artículos 1.564 y 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que, por el contrario, la cesión arrendaticia es un mero acto de administración, lo que no obsta para que en la mayoría de los casos sea el mismo propietario el que concierta el contrato de locación; siendo de notar que en el presente caso la entidad arrendataria nunca discutió a los arrendadores su calidad de titulares del inmueble arrendado, quienes fueron los mismos que anteriormente habían cedido la explotación del negocio a otros arrendatarios; por lo que no se infringió el principio del derecho *nemo dat quod non habet*.

**Abuso o exceso de jurisdicción.**— No procede alegar esta excepción si lo que se discute es «si el mismo» órgano jurisdiccional hubo de seguir distinto procedimiento del que efectivamente siguió, ya que, en estos casos, en nada se afecta a la jurisdicción con que se actúa, como ocurre cuando un juicio de desahucio pierde su primitiva sencillez para adquirir la estructura procesal de un juicio declarativo.

**Desahucio por expiración de plazo seguido en procedimiento incidental: adecuación del procedimiento.**— En el juicio de desahucio seguido por el procedimiento incidental ha podido muy bien sustanciarse la controversia planteada de desahucio por expiración del plazo, en procedimiento cognitorio con amplitud de fase cognitoria, sin quebranto de la doctrina reiterada de que en el juicio de desahucio no pueden resolverse cuestiones complejas que requieran el amplio debate y probanzas de los juicios declarativos, no sólo porque se ha seguido un juicio declarativo, como es el incidental de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino también porque las cuestiones traídas a debate, sustancialmente si se trata de arrendamiento de industria o de local de negocio, están tan íntimamente ligadas al proceso de desahucio y a la causa invocada de extinción del contrato, que es ineludible su tratamiento, en cuyo caso esta Sala declaró con anterioridad que pueden ser susceptibles de dis-

cusión y de resolución sin contrariar por ello la doctrina de exclusión del mismo de cuestiones complejas ajenas al ámbito propio del procedimiento sumario de dicho juicio de desahucio (Sentencias 5 de octubre 1920, 20 mayo 1946 y 16 octubre 1951).

**Costas en Primera Instancia: artículo 1.582 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.**— Se ha declarado por Sentencia de 14 de junio de 1984, y otras anteriores, que en juicio de desahucio de arrendamiento de industria no se está en presencia, en materia de costas, de un precepto terminante de carácter imperativo, y el Juez de Primera Instancia aplicó indebidamente el artículo 1.582 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que el proceso, en el presente caso, perdió su primitiva sencillez para adquirir la estructura procesal de un juicio declarativo, en el que no se observó por el Juez temeridad o mala fe en la conducta del demandado, no procediendo expresa condena de las costas de Primera Instancia. (STS 8 octubre 1985, ha lugar.)

NOTA.— La declaración de ser el arrendamiento un acto de administración ha de entenderse en el contexto de la Sentencia referido a un arrendamiento de industria sujeto al régimen del arrendamiento de cosas en el Código Civil. Sabido es que la doctrina ha discutido ampliamente acerca de si los arrendamientos sometidos a Leyes especiales requieren capacidad de disponer. La respuesta afirmativa viene corroborada por la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, mientras que para las locaciones urbanas el Decreto-Ley Boyer hará aplicable la doctrina común respecto a los contratos posteriores, salvo que se trate de arrendamientos inscribibles en el Registro de la Propiedad. (G.G.C.)

**45. Arrendamiento de industria. Eficacia de documento privado.**— El Tribunal Supremo señala que el documento privado de venta de muebles y enseres de la cafetería no puede jugar frente al actor, tercero en este caso, sino desde la fecha de su presentación a Hacienda, esto es, 11 de noviembre de 1980 (y, por tanto, una vez que el actor era ya propietario del local), a tenor del artículo 1.227 del Código Civil y, en consecuencia, no surtiendo efecto los contratos sino entre las partes que los otorgan y sus herederos, al adquirir el actor el 24 de mayo de 1977 el local en que se asentaba la cafetería, se subrogó en la posición de los vendedores respecto al arrendamiento de industria existente.

**Novación.**— Es excesivo apreciar la existencia de novación y deducirla del tan citado documento de venta de enseres, que sólo a esto se refiere, y sin que en él conste la voluntad clara y explícita (Sentencias 25 mayo 1981, 18 junio 1982, 22 noviembre 1982 y 24 febrero 1984) de sustituir el primitivo contrato de arrendamiento de industria por el de simple local de negocio, amén de que en caso de duda hay que estar por la novación modificativa, no por la extintiva (Sentencia 29 enero 1982). (STS 26 octubre 1985).

**HECHOS.**— En fecha 1 de abril de 1975 se concertó contrato de arrendamiento de industria entre los propietarios del local y el recurrido, para destinarlo a cafetería, por plazo de un año prorrogable por otros cuatro. El 30 de julio de 1976 los arrendadores venden al arrendatario los muebles, enseres y maquinaria de la cafetería en documento privado que no se presenta en Hacienda hasta el 10 de noviembre de 1980. El 24 de mayo de 1977 los dueños venden al actor en escritura pública el local en que se hallaba la cafetería. El 24 de abril de 1980 el actor solicita la resolución del arrendamiento de industria por expiración del plazo convenido, a lo que se opone el arrendatario, entendiendo que al comprar los enseres de la cafetería el arrendamiento de industria se ha convertido en arrendamiento de local de negocio.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestiman la demanda del actor. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso.

**46. Arrendamiento de industria: calificación del contrato.**— Mediante el arrendamiento aquí contemplado se transfirió a la recurrente un negocio activo de bar, dotado del necesario utillaje e incluso de la clientela como factor comercializable, sin dejarse justificado que la referida arrendataria fuera la creadora de su propia empresa o la hubiera modificado sustancialmente, revelando en consecuencia la entrega por el arrendador de algo más que un conjunto de bienes comerciales, cual es el fruto de un trabajo prolongado en el tiempo, que es lo que caracteriza al arrendamiento de industria, y no la de un simple local en el que va a surgir una industria *ex novo*, que es lo que configura el arrendamiento de local de negocio.

**Mejora de las instalaciones por el arrendatario: no desvirtúa la naturaleza del contrato.**— La calificación como arrendamiento de industria no viene desvirtuada por el hecho de que quien adquiere un negocio en vínculo arrendaticio, mejore las instalaciones y elementos entregados, puesto que ello es mera consecuencia de la lógica perfectibilidad que es inherente a toda actividad industrial, sin más alcance que adaptar el destino de la industria a las necesidades sentidas por el auge que adquiera, pero sin que determine alteración de su inicial naturaleza. (STS 7 mayo 1985, no ha lugar.)

**47. Arrendamiento pecuario: desahucio por expiración de plazo: derecho transitorio: inaplicabilidad de las prórrogas por Decretos-Leyes.**— Las prórrogas dispuestas por los Reales Decretos-Leyes de 1978, 1979 y 1980, sobre prórroga de arrendamientos rústicos dictados con anterioridad a la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, dispusieron la perduración, hasta la vigencia de ésta únicamente de aquellos arrendamientos que afecten a cultivadores directos y personales, debiendo esta condición serles discernida «a fortiori», según la normativa vigente a la sazón, que definía como tal al arrendatario cuando las operaciones agrícolas se realicen materialmente por éste, o por los familiares en su más amplio sentido, que con él convivan bajo su dependencia económica, no utilizando asalariados más que circunstancialmente por exigencias estacionales del cultivo, y sin que, en ningún caso, el número de obradas exceda del 25 por 100 del total que sea necesario para el adecuado laboreo de la finca.

**Duración mínima.**— Según la legislación derogada, la duración mínima de los arrendamientos de fincas, cuya principal explotación sea la pecuaria será de tres años, no existiendo derecho de prórroga salvo que se trate de arrendamiento protegido, que no es el presente. (STS 25 abril 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

**48. Arrendamiento rústico con finalidad pecuaria: desahucio por obras; improcedencia: derecho transitorio.**— La causa 5.ª del artículo 28 del R.A.R. de 1959 ha de contemplarse tomando como punto de partida lo que es esencial en este tipo de arrendamientos, esto es, la atención, cuidado, cultivo y tratamiento de las tierras arrendadas (aspecto agrícola), así como la proyección de esas actividades sobre el aprovechamiento pecuario; y en el presente caso las obras fueron realizadas por el arrendatario para facilitar la entrada directa de la hierba en la cuadra, lo que implica que las referidas obras, más que un arrojarse facultades dominicales, suponen un poner en juego las facultades del arrendatario

para lograr una más adecuada explotación de la finca, con vistas a obtener los rendimientos de que sea susceptible.

**Desahucio por daños: improcedencia.**— Tiene declarado la jurisprudencia que los daños vienen principalmente referidos a los originados por falta de celo y cuidado del arrendatario en el ejercicio de sus facultades arrendaticias, siempre que sean de gravedad y produzcan desmerecimiento de la finca, deterioro o desvalorización que en estos arrendamientos debe contemplarse con perspectivas y criterios distintos a los que han de emplearse cuando se trata de los urbanos, debiendo advertirse que el elemento del dolo o culpa del arrendatario, exigido por el artículo 28, número 5.º R.A.R., por su trascendencia exige una clara y terminante declaración, no pudiendo presumirse. (STS 12 abril 1985, ha lugar.)

NOTA.—Se trataba del arrendamiento de un caserío con finalidad ganadera, y las obras que la Audiencia estimó causa de desahucio habían consistido en la apertura de un boquete en la cuadra de 0,80 × 0,60 metros para poder descargar directamente la hierba mediante un tabique en forma de escuadra; los informes periciales dictaminan que es correcta la forma de llevar la explotación ganadera. Mientras el Juzgado desestimó la demanda, la Audiencia dio lugar al desahucio por obras y daños. En Sentencia que destaca por la claridad en la fijación de los hechos (Pte. Martín-Granizo) se da lugar al recurso de revisión. Es de señalar que el Tribunal Supremo tiene cuidado de resaltar los diferentes derroteros que ahora están tomando las legislaciones de arrendamientos rústicos y urbanos, por lo que resulta inadecuado trasladar de una a otra los respectivos criterios hermenéuticos (G.G.C.)

**49. Arrendamientos Rústicos: retracto.**— Los requisitos que debe reunir para su eficacia el ejercicio de las acciones de retracto que contempla el artículo 16 del Reglamento sobre arrendamientos rústicos de 1959 en relación con el artículo 1.518 del Código Civil son:

- a) Ejercicio de la acción de retracto dentro del plazo establecido en el citado artículo 16.
- b) Verificar el retrayente los reembolsos que previene el indicado artículo 1.518 del Código Civil.

Para que el acto de conciliación pueda interrumpir el plazo preclusivo en orden a la acción de retracto es necesario que se cumpla también el requisito de la consignación que fija el citado artículo 1.518 del Código Civil, si el precio es conocido. (STS 21 octubre 1985) (A.M.S.)

**50. Arrendamiento de máquina copiadora: cláusula de sumisión expresa en condiciones generales: falta de firma de la arrendataria.**— Si bien el contrato unido a la demanda contiene una cláusula de sumisión a los Juzgados de Madrid, dicho contrato no aparece firmado por la entidad arrendataria, por lo que, siendo la firma la esencia de la obligación contraída por escrito, dicha obligación de sumisión no existe al faltar la firma del obligado.

**Competencia a favor del domicilio del demandado.**— Siendo ineficaz la cláusula de sumisión expresa en que pretende apoyarse el demandante, y al no existir tampoco sumisión

tácita, han de regir las normas del artículo 62, regla 1.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, por tanto, es Juez competente, a falta de designación del lugar en que deba cumplirse la obligación, el del domicilio del demandado, ya que la actora no ejercitó la opción que concede la expresada regla 1.ª (Sentencia 11 mayo 1985: Competencia por inhibitoria).

A idéntica solución se hubiera llegado aplicando la Ley General de defensa de los Consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984, dado que la alegada cláusula de sumisión expresa estaba incluida entre las condiciones generales del contrato de la máquina multcopiadora. El litigio se plantea entre la Rank Xeros Española, S. A., y el P.S.O.E. de Las Palmas. (G.G.C.)

**51. Transacción. Elemento objetivo.**— El elemento objetivo o materia sobre la que necesariamente ha de versar la relación obligacional transigida ha de ser cierto, preciso, conocido y determinado.

**Actividad transaccional.**— Implica un acto de disposición, como consecuencia de la reiterada doctrina jurisprudencial de que transigir equivale a enajenar.

**Elemento común de inmueble en régimen de propiedad horizontal. Renuncia de derechos.**— La renuncia de derechos, en cuanto conduzca a la actividad dispositiva sobre un elemento común de inmueble en régimen de propiedad horizontal, no tiene enmarque en el ámbito de la norma segunda del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, sino en la regla segunda del mismo precepto legal, ya que, como queda dicho, la renuncia pretendida afecta y alcanza a elementos comunes y requiere el acuerdo unánime de los copropietarios. (STS 29 mayo 1985, no ha lugar.)

**HECHOS.**—Estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Comunidad de Propietarios de un edificio contra el promotor-vendedor, el Juez de Primera Instancia le condenó a realizar las obras pertinentes para adecuar los elementos comunes del edificio al nivel de calidad constructiva previsto en el proyecto de construcción aprobado por la Delegación del Ministerio de la Vivienda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación.

**52. Contrato de obra: construcción de maquinaria: requisitos del cumplimiento: defectos subsanables.**—Si el pago es el acto de realización o ejecución de lo debido que, para que surta los efectos extintivos de la obligación, debe reunir, entre otros requisitos, los de identidad e integridad entre lo pactado y lo entregado, es manifiesto que en el caso de litis el constructor cumplió con la obligación contraída entregando al comitente la máquina por éste encargada, en cuanto tal prestación o entrega reunía las expresadas características, sin que a ello obste que la indicada máquina tuviera algún defecto que, ni era insubsanable, ni importante a los fines perseguidos, y que sólo podía dar lugar a una disminución en el precio.

«Exceptio inadimpleti contractus»: Requisitos.— Según doctrina jurisprudencial, el éxito de la excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionado a que el defecto o defectos de obra sean de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, lo que no ocurre en este caso. (STS 13 mayo 1985, no ha lugar.)

NOTA.— Sobre el tema de la excepción sigue siendo fundamental el trabajo de ESPIN, *La excepción de incumplimiento contractual*, ADC. 17(1964)543 ss. y resumidamente en el *Manual III*<sup>6</sup> (Madrid, 1983), p. 431, donde considera que es contrario a la buena fe la alegación de un incumplimiento de leve entidad. (G.G.C.)

**53. Responsabilidad del subcontratista.**—Aun cuando pudiera admitirse que la responsabilidad viene atribuida por el artículo 1.591, únicamente al constructor por los vicios de la construcción generantes de ruina, y que el subcontratista no tiene relación directa con los adquirentes de los pisos demandantes, lo cierto es que éstos han sufrido unos perjuicios, en cuya causación tiene participación, aunque en grado no determinado, la impugnante, a cuyo abono indudablemente ha de contribuir en la forma solidaria establecida, por aplicación del artículo 1.902 del Código Civil, precepto que también los actores invocaron en su demanda en apoyo de sus pretensiones indemnizatorias. (STS. 23 noviembre 1985, no ha lugar.)

HECHOS.— Un promotor construyó un edificio que fue vendido a diversas personas que constituyeron la Comunidad de Propietarios. Aparecieron en el edificio graves daños por causa de las filtraciones por defectos de obras de impermeabilización de la terraza, juntas de dilatación, enladrillado y masa de cemento que cubre la misma. La Comunidad de Propietarios demandó al promotor, al arquitecto, al aparejador y al subcontratista que se encargó de la impermeabilización de la terraza-azotea, a fin de que realizasen a su costa, de forma solidaria, las obras precisas para eliminar los defectos de construcción e indemnizar de daños y perjuicios. El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda, condenando exclusivamente al promotor. Revocando en parte esta sentencia, la Audiencia Territorial condenó solidariamente al promotor, al aparejador y al subcontratista. No prospera el recurso de casación.

NOTA.— Partiendo de la naturaleza extracontractual de la responsabilidad decenal regulada en el artículo 1.591 del Código Civil no habría dificultad alguna para admitir una acción directa contra el subcontratista, en función de la doctrina jurisprudencial que aplica este precepto para configurar la responsabilidad del promotor-vendedor. Sin embargo, nuestro Tribunal Supremo no sigue este camino en la sentencia que anotamos, pues acude a la vía del artículo 1.902 del Código Civil, considerando a los adquirentes de los pisos como terceros perjudicados.

A nuestro juicio, desde la perspectiva contractualista es coherente pensar que el promotor responde, tanto por sus propios hechos, cuanto por los de los subcontratistas a quienes haya podido encomendar parte de los trabajos. En este sentido, la responsabilidad del promotor por el hecho de subcontratista constituye una hipótesis concreta de responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones, que en sede de contrato de obra aparece en el artículo 1.596 del Código Civil (TORRALBA, *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*, en este ANUARIO, 1971, fasc. 4.º, p. 1.143 y ss.)

Sobre las distintas teorías defendidas para configurar la responsabilidad del subcontratista, con atinadas observaciones críticas, véase CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitecto y constructores*, Madrid, 1976, p. 205 y ss.). (A.C.S.)

**54. Contrato de arquitecto con obra sindical del hogar: No es el Estado a efectos de reducción de honorarios.**— La Obra Sindical del Hogar, como las demás dependientes del

desaparecido Movimiento Nacional, no eran órganos genéricos de la Administración, no estaban integrados en ella, ni con ella se confundían (S. 8 julio 1960, de la Sala 1.ª, y S. 25 abril 1967 de la Sala de lo Contencioso), y porque además, según la Ley de 26 de diciembre de 1958, sobre Organismos Autónomos, se dejaba fuera de su órbita a los organismos del Movimiento, así como a la Organización Sindical y entidades que la integran, que no podían considerarse, por su naturaleza y fines, como estatales nacidas de la descentralización de los servicios propios de la Administración Pública, y, por consiguiente, no acreedora a los descuentos previstos para las obras destinadas a esta Administración.

**Subrogación del Instituto Nacional de la Vivienda: irretroactividad: Respeto a los derechos adquiridos.**— La estimación de la demanda del arquitecto se hace conforme a la legalidad vigente en 1975, aunque en la actualidad, dicha Obra Sindical del Hogar haya sido asumida en sus funciones por el Instituto Nacional de la Vivienda, y como tal, subrogado deudor de la prestación pactada en su integridad, pues otra cosa sería atentar al principio de irretroactividad, en perjuicio de un derecho adquirido y consolidado. (STS 5 febrero 1986, no ha lugar.) (G.G.C.)

**55. Sociedad irregular: liquidación de cuentas: condena a la cantidad que resulte en ejecución de sentencia.**—Mantenida inmutable en este trámite la condena a liquidar, el recurrente en trámite de ejecución tendrá la posibilidad de acreditar si realmente es acreedor o deudor del demandante, demostrando cumplidamente, en tal fase del proceso, los abonos o detracciones o gastos verificados, hasta llegar a una liquidación definitiva, debiendo entre tanto mantenerse la presunción sentada en la instancia al ser uniforme la doctrina jurisprudencial que proclama que la conclusión a que en la instancia se llega, ha de ser mantenida en casación al no poder ser tildada de absurda, ilógica o inverosímil.

**Valoración de la prueba testifical.**— El artículo 1.248 del C.C. no es apto para apoyar en el mismo el recurso de casación, al no contener normas valorativas de prueba alguna de obligada observancia, sino de simple carácter admonitivo, por lo que la apreciación de ese medio de prueba es facultad discrecional de los Tribunales de instancia, además de que las reglas de la sana crítica son simples máximas de experiencia que no han sido codificadas. (STS 21 diciembre 1984, no ha lugar.)

**NOTA.**— La única duda que suscita esta sentencia es la de si no se convierte la fase de ejecución en una nueva instancia, de modo que, existiendo una condena a liquidar las cuentas de una sociedad civil irregular, por falta de claridad o integridad de las bases fijadas en la sentencia de instancia, no se altere decisivamente el sentido de ésta.

**56. Sociedad Civil irregular. Prueba. Admisión parcial de hechos por el confesante. Tacha de testigo no alegada.**—El canon probatorio de la confesión judicial no se infringe por el Juzgador por hacer abstracción de la admisión parcial de determinados hechos por el confesante, acogiendo por el contrario otros, si resultan estos últimos corroborados por las demás pruebas, lo que no apareja división de la confesión como ya dijeron las sentencias de 24 noviembre 1983 y 19 octubre 1984; la tacha legal por razón de parentesco debió ser alegada en momento oportuno del pleito, sin cuyo requisito no pudo ser estimada, ni amparar un recurso de casación por infracción de Ley, como estableció la Sentencia de 20 octubre 1928, aparte de que, sean o no tachables los testigos, la apreciación de esta prueba pertenece al arbitrio discrecional de los Tribunales. (STS 30 abril 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

**57. Contrato de arbitraje. Casación contra laudo de equidad. Ambito del recurso.**— Esta Sala no puede entrar a conocer del contenido y de la procedencia de los pronunciamientos del laudo de equidad, los cuales no han de ser examinados en el recurso extraordinario que resuelve, sino sólo desde el punto de vista o aspecto formal de si, a partir de que puedan ser objeto de arbitraje, caen o no dentro de los puntos sometidos a la decisión de los árbitros. (STS 28 septiembre 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

**58. Cesión de solar por vivienda. Novación modificativa parcial. Subsistencia de la fianza al ser consentida por cofiadores.**— La novación operada respecto a algunos de los pactos del contrato inicial de cesión de solar por pisos a construir fue conocida y consentida por los cofiadores y, en particular, se declara que la prórroga para la entrega de las viviendas fue conocida y consentida por los cofiadores.

**Incumplimiento de la obligación principal. Cláusula penal por demora. Compatibilidad con la prestación por equivalente.**— Se decreta la resolución del contrato y su aneja consecuencia indemnizatoria al haberse quedado patente la imposibilidad del cumplimiento por la deudora de la obligación de entregar los pisos construidos, por lo cual se sustituye la prestación en especie por el valor que debía ser entregado, el cual no constituye la obligación de daños y perjuicios contenida en el artículo 1.152, párr. 1.º al efecto de hacer permisible que la aplicación de la cláusula penal exonere al deudor del cumplimiento sustitutorio, procediendo la aplicación de la cláusula dicha, ya que el retraso ha operado y sigue operando hasta la fecha en que el obligado realice la prestación sustitutoria.

**Beneficio de excusión. Requisitos.**— El beneficio de excusión tiene unas reglas determinadas para su ejercicio, debiendo oponerse por el fiador luego que el acreedor le requiera para el pago, señalándole bienes del deudor realizables dentro del territorio español, que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda, habiéndose aclarado por esta Sala: a) que el precepto no determina la forma del requerimiento de pago, por lo que es claro que puede ser hecho por demanda judicial, que quedará enervada de hacer uso el fiador del privilegio en la forma ordenada; b) que el beneficio ha de ser opuesto oportunamente en el pleito, durante el período expositivo del mismo y no en escritos distintos a los que se regulan en los artículos 524, 540 y 548 L.E.C., y muchos menos en los que se presenten después de constituida la relación jurídico-procesal.

**Diferencias entre novación modificativa y extintiva.**— Según reiterada jurisprudencia, el deslinde entre ambas ha de hacerse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación que se introduce, de modo que, mientras el vínculo primitivo subsista, aunque modificado, habrá novación impropia. (STS. 3 octubre 1985; no ha lugar.) (G.G.C.)

**59. Culpa extracontractual. Seguro de accidentes. Fecha de celebración del contrato de seguro. Prueba de presunciones. Doctrina General.**— Es preciso distinguir el hecho o hechos demostrados y aquél que se trata de deducir entre los que es indispensable que haya un «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» que la doctrina legal puntualizó con rigor, exigiendo que entre los dos exista conexión y congruencia, muestras de una relación concordante, teniendo en cuenta unas reglas, como las del criterio humano, que son las de la lógica o raciocinio lógico que no autorizan a realizar deducciones que la Ley no permite, ni dar a los hechos significación de que carecen.

**Presunción de validez del contrato de seguro al tiempo del accidente.**— El accidente tuvo lugar el 3-11-1975, a las 12,25 horas, y la proposición del seguro se efectuó por la hermana del conductor y propietario del coche, figurando en ella un sello que dice «cobrado, 3-11-1975. Deleg. Valencia», y las Oficinas de la aseguradora se cierran a las 13 horas; de estos hechos no se puede racionalmente deducir que el contrato se hiciera ese día, pero después del accidente, por la práctica imposibilidad material de que el conductor del coche, atendiese al accidentado, cumplierse las diligencias normales con los Agentes de la autoridad, buscarse a su hermana, la encontrarse, la instruyese del encargo, con suministro de datos necesarios y que ella acudiese a la sede de la Compañía aseguradora, formalizando las oportunas operaciones, con pago del importe, todo ello en treinta y cinco minutos escasos.

**Omisión de la hora. Culpa de la aseguradora.**— La duda suscitada respecto de la hora en que se efectuó la proposición del contrato de seguro —aceptado y cobrado su importe— tiene su origen en un acto imputable única y exclusivamente a la Compañía aseguradora que en el referido escrito de proposición no hizo constar la hora en que se efectuó, cuya constancia hubiese evitado las posteriores discusiones, con la importante particularidad de estar obligada a hacerlo (art. 16 Reglamento del Seguro Obligatorio de 1964), de cuyo incumplimiento sólo ella debe sufrir las consecuencias que inciden, no en una mera propuesta de contrato, sino en un contrato perfecto, que fue aceptado y cobrado por la aseguradora, donde aquella omisión, con la consiguiente oscuridad al respecto, no puede interpretarse a su favor, por impedirlo el artículo 1.288 C.C., con la consiguiente exoneración de responsabilidad de la aseguradora si se concluye que el contrato es de fecha posterior al accidente, siendo así que era a ella a quien incumbía demostrar lo contrario con hechos concretos y fehacientes, no con simples conjeturas y deducciones. (STS 7 octubre 1985, ha lugar.)

NOTA.— Parece razonable la presunción en que se basa el TS para estimar el recurso, pues sólo con el concurso de un conjunto extraordinario de circunstancias, pudo ocurrir lo contrario; por ejemplo, si el propietario tenía preparada la documentación antes del accidente, y al ocurrir éste alerta por teléfono a su hermana para que, sin dilación, se persone en la Compañía de Seguros y concierte el contrato. No es ciertamente, *quod plerumque accidit* y la buena fe debe presumirse también en el asegurado. (G.G.C.)

**60. Culpa extracontractual. Daños causados por excavaciones en finca colindante. Responsabilidad de los arquitectos. Inversión de la carga de la prueba.**— Es doctrina de esta Sala la de que el autor de los daños que se acrediten es quien, por una inversión de la carga de la prueba, viene obligado a justificar, para exonerarse de la obligación de repararlos, que en el ejercicio de su actividad obró con toda la prudencia y diligencia precisas para evitar tales daños, lo que tiene su fundamento en una moderada recepción del principio de responsabilidad objetiva basada en el riesgo o peligro que excuse el factor psicológico de la culpabilidad del agente, o, lo que es igual, que la culpa de éste se presume *iusuris tantum* y hasta tanto no demuestre el autor de los daños que obró en el ejercicio de sus actos lícitos con toda la prudencia y diligencia precisas para evitar los daños, y en el presente caso se declara probado que los Arquitectos dejaron de hacer cuanto era debido para que no se produjera el riesgo y daño ocurrido.

**Acción directa contra la compañía aseguradora. Solidaridad.**— Según reiterada doctrina de esta Sala, el perjudicado ostenta acción directa y principal para exigir el resarci-

miento del daño al asegurador que contrató un seguro de esa especie, obligación del asegurador que tiene carácter solidario con la del asegurado, y que, incluso, es más onerosa que una obligación solidaria (S. 26 marzo 1977), pues, aunque la solidaridad no se presume, hay casos en que la Ley crea la solidaridad pasiva, bien como interpretación de la voluntad de las partes, o como garantía para el acreedor, o como sanción de acto ilícito.

**Prueba del daño. Valor de la confesión.**— La confesión hace prueba contra su autor, quien, en este caso reconoció, no sólo el hecho del no abono por parte de la Comunidad de Propietarios de las facturas de hotel, sino también el hecho positivo de su abono efectivo por un tercero, todo lo cual lleva a la estimación del recurso y a tener por no probado el daño que se alega causado a los actores.

**Incumplimiento de requisitos del Art. 1.902.**— La resolución recurrida interpretó erróneamente el artículo 1.902 del C.C., toda vez que la falta de prueba del hecho del perjuicio que suponía el abono de las referidas facturas impedía la aplicación del mecanismo indemnizatorio del citado precepto. (STS 30 mayo 1985, ha lugar.)

NOTA.— La estimación del recurso conduce a reducir el alcance de la indemnización señalada por la A.T. eliminando el importe de las facturas de hotel mientras subsistió el peligro de derrumbamiento.

**61. Culpa extracontractual. Daños por incendio. Responsabilidad solidaria del propietario y del arrendatario del local incendiado. Presunción de culpa.**— Es doctrina legal la presunción *iusuris tantum* de culpa imputable al autor de los daños que se acreditan causados, siendo éste, por inversión de la carga de la prueba, el que debe probar, para exonerarse de responsabilidad, que actuó con la diligencia y prudencia precisas para evitar tales daños. (STS 13 mayo 1985, no ha lugar.)

NOTA.— Lo importante de esta declaración es la tajante afirmación de que en el sector del tráfico a que afecta el supuesto de hecho (daños por incendio) rige el principio de la presunción de culpa e inversión de la carga de la prueba. El incendio producido en un bar se propaga al resto del inmueble siendo condenados solidariamente el propietario del bajo y el arrendatario. (G.G.C.)

**62. Culpa extracontractual. Atropello de niña de cinco años. La culpabilidad como «*quaestio iuris*».**— Es doctrina constante de esta Sala que la calificación como culposa de una conducta es una cuestión jurídica y por ello atacable siguiendo la vía del ordinal 1.º del artículo 1.692 L.E.C., si bien los hechos que sirven de partida para llegar a tal calificación han de denunciarse por el cauce del número 7.º del mismo precepto.

**Culpa exclusiva de la víctima.**— En la resolución atacada existen unas declaraciones de orden fáctico que giran en torno tanto de la actuación de la desgraciada víctima, como de sus padres y de la del agente directo de la producción del hecho dañoso, a más de las circunstancias concurrentes de tiempo y lugar, que permanecen inalterables en este trámite casacional, las que lejos de acreditar una reprochable conducta del que manejaba el vehículo, viene a demostrar que no hubo por su parte falta de atención a la conducción, ni exceso de velocidad, y sí por el contrario actuación súbita por parte de la niña que resultó golpeada, precisamente por la parte posterior izquierda del vehículo, o sea, cuando ya estaba re-

basada la parte delantera y lateral del mismo, acaeciendo el evento también por la falta de atención de las personas que la tenían bajo su custodia. (STS 25 mayo 1985, no ha lugar.)

NOTA.—¿Regresión en la doctrina jurisprudencial al apreciar, con benevolencia, la culpa exclusiva de la víctima en la causación del daño? Son datos básicos: que la niña irrumpe en la calzada entre dos vehículos aparcados, que la vía es de dirección única y que el vehículo la golpea estando casi a punto de rebasarla. Obsérvese que no se utiliza la presunción de culpa o la responsabilidad por riesgo, sino que se declara un actuar diligente y cuidadoso del conductor, al que se le exonera de culpa. (G.G.C.)

**63. Culpa extracontractual. Incendio de vehículo por deficiente reparación. Acumulación con la responsabilidad contractual. Irrelevante siempre que el fallo deba mantenerse por otros fundamentos.**— Con independencia de que tanto una como otra forma de culpabilidad tienen su origen en un comportamiento antijurídico productor de un daño que debe ser indemnizado para restablecer en lo posible el equilibrio patrimonial perturbado por el hecho ilícito, no puede olvidarse que el recurso de casación por infracción de Ley sólo procede contra la parte dispositiva de la sentencia y no contra sus considerandos, a no ser que éstos constituyan premisa obligada del fallo, siendo ineficaz combatir los considerandos si no son un antecedente obligado de la parte dispositiva, cuando ésta, por otros fundamentos legales, deba mantenerse dentro de los hechos que fueron objeto del debate judicial.

**Presunciones.**— La sentencia considera acreditado tanto el hecho de la reparación del vehículo en los talleres de la sociedad recurrente, como su incendio el mismo día después de recorrer menos de cien kilómetros, presumiéndose que al realizar la reparación se incidiera en negligencia determinante de que parte de la gasolina se almacenara en algún sitio del motor y una chispa eléctrica provocase la inflamación de tal combustible, y la posterior destrucción del vehículo; presunción que viene avalada por un informe pericial extrajudicial y que confirma el técnico que informa en los autos; lo que equivale a decir que la conclusión fáctica que sienta la sentencia no se obtiene exclusivamente por el cauce de la presunción; en todo caso, es doctrina reiterada que la apreciación de la existencia de enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir, es facultad del Tribunal de instancia que es obligado respetar en casación mientras se mantenga en la esfera de la lógica.

**Los preceptos administrativos o reglamentarios no son aptos para fundar un recurso de casación por infracción de ley.**— Es doctrina reiterada de este Tribunal que los preceptos de carácter administrativo o reglamentario no son hábiles para fundamentar un recurso de casación por infracción de Ley.

**Subrogación del asegurador. No puede ser invocada por el causante del daño.**— El principio de relatividad del contrato impide al recurrente —dueño del taller condenado como causante de los daños— apoyarse en un negocio jurídico de seguros concertado por el propietario del vehículo siniestrado, en el que no es parte y que no puede favorecerle ni perjudicarle (STS 28 mayo 1985, no ha lugar.)

NOTA.— En la doctrina jurisprudencial, el tema de la acumulación de responsabilidades, contractual y extracontractual, suele resolverse de manera empírica, dejando al perjudicado que escoja la acción que le sea más favorable; sabido es

que procesalmente utilizar una u otra vía acarrea importantes consecuencias en materia de carga de la prueba, plazo de prescripción. Lo que no parece correcto es impugnar la elección efectuada por el perjudicado sin denunciar los vicios o defectos en que se ha incurrido en el concreto camino procesal elegido. La desestimación del recurso es plenamente de aprobar. (G.G.C.)

**64. Culpa extracontractual. Daños por incendio. Prueba de la culpa.**— Para exigir responsabilidad con base en el artículo 1.902 del Código Civil no basta acreditar la existencia de un resultado dañoso, sino también la existencia de un comportamiento culposo o negligente, que debe evidenciarse sin duda alguna, y no por meros «pareceres», que son únicamente posibilidades, hipótesis, opiniones o criterios meramente subjetivos, que por su naturaleza no son suficientes para generar la responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana.

**Presunciones.**— Es imprescindible que el hecho base esté claro y probado para que a partir de él pueda obtenerse el hecho consecuencia, situación que no se da en el presente caso, desde el momento en que se parte de un simple «parecer», que en cuanto gramaticalmente y de hecho es una apreciación de una situación de entre otras posibles, no puede servir para crear un aspecto de prueba plena reveladora del hecho a que afecta. (STS 9 julio 1985, ha lugar.)

**NOTA.**— Importante Sentencia en el sector de daños por incendio reveladora de esa ya perceptible «marcha regresiva» de la jurisprudencia en el ámbito de la culpa extracontractual. No hay responsabilidad objetiva, ni cuasi-objetiva, ni inversión de la carga de la prueba. En el penúltimo considerando se afirma tajantemente: «La existencia de un siniestro no quiere decir, por sí solo, que responde a un actuar de culpa o negligencia de la persona a quien se pretenda responsabilizar». (G.G.C.)

**65. Culpa extracontractual. Gran invalidez causada en conductor de moto por colisión de caballerías conducidas por menores.**— Se declara probado que el accidente no ha sido motivado por culpa del accidentado que conducía su moto, sino por la de los menores de 16 años que montaban caballerías, sin la vigilancia de mayores de 18 años, como exige el Código de la Circulación, sin portar luces señaladoras de situación una vez ya anochecido, y formando, por su invasión conjunta de derecha e izquierda, un frente difícil de pasar en inmediación a curva, poniéndose de manifiesto un actuar circulatorio que ponía en inminente peligro a los que lo efectuasen correctamente conduciendo vehículos, proviniendo de dirección contraria, que difícilmente podrían apercibirse y eludir el obstáculo que ese inopinado frente de caballería les presentaba.

**Responsabilidad de los padres.**— Habiendo existido un comportamiento culposo proyectable a los demandados por causa del comportamiento de sus respectivos hijos, con el resultado dañoso reconocido como producido al demandante, con nexo de causa a efecto, deviene indudable la correcta aplicación de la normativa responsabilizadora que emana del artículo 1.902 del Código Civil, según reconoce reiterada doctrina jurisprudencial.

**Prueba de confesión.**— La confesión judicial indecisoria, ni es superior a los demás medios de prueba, ni sirve para destruir las deducciones que el Juzgador de Instancia haya extraído del conjunto de elementos probatorios. (STS 10 mayo 1985, no ha lugar.)

NOTA.—No parece inoportuno recordar el entronque del artículo 1.903 con su inmediato anterior, viendo en aquél una modalización de la culpa extracontractual que tiene lugar cuando se debe responder por los hechos dañosos de otras personas (menores, incapacitados, dependientes, funcionarios, etc.), sobre todo cuando no son infrecuentes las decisiones de la Sala 1.ª, que califican de cuasi-objetiva la responsabilidad de los padres (G.G.C.)

**66. Daños ocasionados en accidente con vehículo de motor. Aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil. Legitimación activa. Congruencia.**— No hay aplicación indebida de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil cuando se dan los requisitos de existencia de daño, conducta culposa y relación causal entre ambos. Esta Sentencia vuelve a reiterar la doctrina del Tribunal Supremo en este punto.

**Reclamación por daños causados en la persona del cónyuge. Falta de legitimación activa.**— Por lo que se refiere al artículo 533, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es doctrina del Tribunal Supremo que la falta de personalidad del demandante, ya derive de su plena incapacidad jurídica, ya se limite a la carencia de la necesaria para actuar con eficacia en el proceso por no acreditar la representación o el carácter que ostenta, y cualquiera que sea la forma en que se esgrime la excepción, constituye siempre un vicio «in procedendo», que al no ser traído a casación sino por quebrantamiento de forma, el hecho de serlo a través del número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, denunciándose infracción de los artículos 533 y 503 de la misma, es razón suficiente para la desestimación del motivo (Sentencia 17 mayo 1963).

**Congruencia.**— Para que proceda la estimación de la causa 4.ª del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es precio que los distintos pronunciamientos integrados en el fallo sea antagónicos y manifiestamente incompatibles, que racionalmente duas sobre su verdadero sentido en el período de ejecución (Sentencia 13 noviembre 1969). Es doctrina del Tribunal Supremo que «la adecuación entre lo pedido y lo concedido no requiere una identidad absoluta, siendo suficiente la existencia de una anexión íntima entre ambos términos, de tal modo que se decida sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo, en todo o en parte (Sentencia 23 noviembre 1964).

«De los términos en que aparece redactado el número 2.º del artículo 1.692, en relación con el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el vicio de incongruencia ha de surgir al comparar los pronunciamientos del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, o sea, que ha de atenderse al propio contenido de la materia objeto del pleito y no al elemento personal de la litis, cuya suficiencia o deficiencia ha de denunciarse más propiamente al amparo de otros motivos». (STS 38 mayo 1968, no

**67. Culpa extracontractual. Actuaciones penales. Cómputo de la prescripción.**— Un tractorista, realizando tareas agrícolas al servicio del arrendatario de una finca, causó daños en un oleoducto de CAMPSA, que reclamaba daños y perjuicios. La demanda fue desestimada en ambas instancias y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

CAMPSA había iniciado actuaciones penales que concluyeron con un auto del Juzgado de Instrucción de 20 de abril de 1979, ordenando el archivo de las actuaciones. El auto

fue notificado el 25 de abril, y quedó firme el 29 de abril. CAMPSA no interpuso contra ese auto el preceptivo recurso de reforma, sino que interpuso directamente recurso de apelación, cuya admisión fue denegada, por lo que recurrió en queja, recurso asimismo desestimado el 25 de junio de 1979. La demanda de CAMPSA se presenta el 16 de junio de 1979 y CAMPSA pretende computar el plazo de un año desde la fecha de resolución del recurso de queja.

El Tribunal Supremo estimó que se había producido la prescripción extintiva de la acción por el paso de un año del artículo 1.968, 2.º, del Código Civil, puesto que si la Sentencia de 8 de marzo de 1985 establecía que «para estimar la interrupción prescriptiva de una acción determinada es absolutamente necesario que se haya ejercitado dicha acción y no otra que con ella tenga mayor o menor analogía», es claro que no puede interrumpir la prescripción el ejercicio de un recurso improcedente (como era el recurso de apelación), que por serlo no impidió la firmeza del auto que concluyó la actividad penal; que, en consecuencia, es determinante, precisamente desde esa firmeza, del cómputo inicial a que se contrae el artículo 1.969 del Código Civil, pues el entender lo contrario significaría tanto como dejar al arbitrio de la parte beneficiada por el instituto jurídico de la prescripción de las acciones el comienzo del plazo impeditivo de la prescripción con solamente plantear actividades procesales improcedentes. (STS 16 noviembre 1985) (A.M.S.)

**68. Accidente de circulación. Culpa extracontractual. Artículo 1.903.**— La responsabilidad por hecho ajeno, tipificada en el párrafo 4.º del artículo 1.903 del Código Civil, se basa en una relación de dependencia o subordinación entre el causante material del daño y el empresario demandado, además de que el acto antijurídico y lesivo haya sido realizado en la esfera de actividad del responsable, siempre con posibilidad de acción directa contra el titular de la empresa (Sentencias 18 junio 1979, 4 enero 1982, 27 febrero 1983 y 26 junio 1984, entre otras) y ya se funde en la intervención de culpa in eligendo o in vigilando, por infracción del deber de cuidado reprochable al segundo en la selección del dependiente o en el control de la actividad por éste desarrollada, bien se prescinda de tales presunciones y se acuda a la responsabilidad por riesgo, siguiendo el criterio mayoritario (Sentencias 4 enero 1982 y 3 julio 1984), ciertamente será indispensable una actuación culposa del dependiente o empleado (Sentencia 9 julio 1984), como se desprende del fundamento mismo de tal responsabilidad y del párrafo 1.º del propio artículo 1.903.

**Prueba del daño. Inversión de la carga de la prueba.**— Presumida «iuris tantum» la producción del resultado dañoso, habrá de ser el demandado quien, por inversión de la carga de la prueba, tenga que demostrar cumplidamente que el sujeto activo obró con la diligencia y cautelas precisas para evitar el quebranto inferido, lo que entraña una moderada recepción del principio de responsabilidad objetiva basada en la creación de peligro, según tiene declarado la doctrina legal (Sentencias 27 abril 1981, 24 abril y 6 mayo 1983, 11 abril 1984 y 13 y 30 junio 1985, entre otras).

**Indemnización del «pretium doloris».**— Por lo que concierne a la realidad de los perjuicios causados es irrefutable que la muerte de la viajera doña A. I. N., esposa del actor y madre de los tres hijos habidos del matrimonio, todos ellos menores de edad al tiempo del suceso, determina la procedencia de una pretensión indemnizatoria fundada en el dolor de la pérdida (pretium doloris) del ser querido, y en la lesión económica que su fallecimiento significa para quienes han sido declarados herederos universales de dicha causante.

El Tribunal Supremo concedió en este caso una indemnización por causa de muerte de 5.000.000 de pesetas, de las que 70.000 eran a cargo del Seguro Obligatorio (STS 7 noviembre 1985)

**HECHOS.**— El actor, en nombre propio y en el de sus hijos menores de edad, formula demanda reclamando una indemnización por la muerte de su esposa ocurrida en accidente de circulación. La demanda se formula solidariamente contra la compañía propietaria del vehículo causante del accidente y contra la aseguradora de éste.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda del actor, la Audiencia desestimó el recurso de apelación y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (A.M.S.)

**69. Responsabilidad civil del médico.**— Sin que, por otra parte, esta mera actuación exploratoria al tacto y presión seguida de momentánea expectativa, que el Jefe del Servicio de Traumatología también reputó correcta, al declarar en el sumario, aparezca probado que fuese técnicamente desaconsejable en el momento y situación en que se ordenó, como lo revela el aquietamiento de los profesionales presentes, ni mucho menos determinante del ulterior proceso fisiopatológico que acabó con la vida del lesionado, como, literamente, pone de manifiesto el informe de la Escuela de Medicina Legal, al decir que no hubiera podido ser evitado tal proceso con una intervención precoz, aseveración que forzó a la Sala de Instancia a sentar su conclusión, no controvertida en este trámite, de que falta en la imputación hecha al médico demandado la necesaria relación de causalidad entre su conducta y el desgraciado resultado letal producido. (STS 30 septiembre 1985, no ha lugar.) (L.R.A.)

**70. Responsabilidad Civil.**— Que le asiste la razón a la entidad recurrente cuando proclama que es básico el principio culpabilístico que late en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil (Sentencias 6 mayo 1983 y 12 diciembre 1984); pero no es menos cierto el fundamento de la Sentencia de la Audiencia que recuerda la doctrina establecida por esta Sala a partir de su Sentencia de 10 de julio de 1943 y reiterada en otras muchas hasta las de 11 de abril de 1984 y 13 y 30 de mayo del corriente año 1985, según las cuales existe una presunción «*iuris tantum*» de culpa imputable al autor de los daños, siendo este autor quien, por inversión de la carga de la prueba, es el llamado a producirla si quiere exonerarse de responsabilidad; de suerte que, en el caso que la Sentencia impugnada contempla el conductor del turismo, era, y no el victimado ocupante del mismo, quien debió probar, y la Aseguradora del mismo en su común interés, que ciertamente el accidente fue originado por la rotura de los mecanismos de la dirección del turismo. Esta Sala aplica en tema de responsabilidad por hechos de la circulación el principio de la responsabilidad por el riesgo (Sentencias, entre las últimas, de 16 octubre 1981, 4 octubre 1982 y 6 mayo 1983), según el cual la que deriva para el poseedor de un vehículo de motor por los daños que el mismo cause, mientras es utilizado y máxime siendo su conductor, tiende a ser responsabilidad por riesgo, es decir, derivada del simple hecho de aquella posesión, prescindiéndose de la culpa de las personas que lo manejan, por estimarse que el uso del automóvil, ya de por sí, implica un riesgo y que este riesgo es suficiente de suyo para acarrear y exigir aquella responsabilidad, a salvo el caso, como explica la ya citada Sentencia de 12 de diciembre de 1984, de que la propia víctima se interfiera en la cadena causal, ya que la respon-

sabilidad por riesgo, aún más avanzada que la presunción de culpa, tampoco puede ser erigida en fundamento único de la obligación de indemnizar. (STS 1 octubre 1985, no ha lugar.) (L.R.A.)

#### 4. DERECHOS REALES

**71. Doble venta de inmuebles. Buena fe.**— Es criterio generalizado en la doctrina de esta Sala que la existencia o inexistencia de buena fe es cuestión de hecho y, por tanto, de la libre apreciación del Juzgador de Instancia, lo que no obsta para que también se haya declarado que la buena fe es un concepto jurídico apreciado libremente por el Tribunal sentenciador, valorando los hechos que le sirven de origen, y que su calificación es impugnabile al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; doctrina que no resulta, en realidad, contradictoria, sino que denota que, por un lado, se ha de partir de los hechos acreditados, y, por otro, que su apreciación integra una valoración jurídica en cuanto que la buena fe en sí no es un hecho, sino una de las llamadas en el proceso «máximas de experiencia», cuya apreciación compete a esta Sala de casación.

**Conocimiento de la inexactitud del Registro por el segundo comprador.**—No puede considerarse actuación de buena fe la del segundo comprador del piso, cuando, conociendo que dicho inmueble había sido vendido con anterioridad en documento privado, no obstante sin más indagación que la formalista de consultar los libros registrales, adquiere la misma cosa mediante escritura pública, a sabiendas de la inexactitud del Registro inmobiliario consultado, que hacía figurar como propietario a quien, en realidad, no lo era; como declaró ya la Sentencia de 30 de enero de 1960, el comprador no tuvo en la escritura en que fue parte un proceder recto, leal y sincero, al olvidar las normas éticas de todo contratante y suscribir una escritura de compraventa de una fica, que sabía no era del vendedor; por ello el comprador recurrido no puede ampararse en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, porque no procedió de buena fe, entendida en el sentido de desconocer el adquirente la existencia de una posible inexactitud registral y extendida incluso a no omitir circunstancia ni diligencia alguna para averiguar si existen o no vicios en la titularidad del transferente. (STS 5 julio 1985, ha lugar.)

**NOTA.**— Esta Sentencia, de la que ha sido Ponente Santos Briz, sigue una dirección más ética en la caracterización de la buena fe registral. Frente a quienes opinan que la buena fe del *pater familias* se expresa hoy con el mero hecho de acudir al Registro, el Tribunal Supremo no se conforma con la mera indagación formalista de consultar los libros registrales, sino que, como dice LACRUZ (*Derecho Inmobiliario registral*, 1984, p. 185), al tercer hipotecario le es exigible un grado mínimo de diligencia en la formación de su buena fe, pareciendo que se le exige incluso la *culpa levis*, pues se le obliga «a no admitir circunstancia ni diligencia alguna para averiguar si existen o no vicios en la titularidad del transferente» (G.G.C.)

**72. Accesión invertida. Doctrina General.**— Sólo cabe hablar de accesión invertida, quebrando el tradicional principio *superficies solo cedit*, en los supuestos de construcción extralimitada, que como tal rebasa el fundo propio para invadir total o parcialmente el predio limitrofe, de suerte que lo edificado queda en parte en el terreno perteneciente al dueño de la obra y el resto en suelo ajeno.

**Construcción en suelo ajeno. Derechos del propietario del suelo.**— Si la edificación se levanta totalmente en finca no perteneciente al constructor, el conflicto ha de ser resuelto ateniéndose a los términos precisos de la regulación establecida en el artículo 361 del Código Civil, a cuyo tenor el dueño del terreno ostenta un derecho potestativo o de configuración jurídica para decidir mediante un acto de su voluntad la situación final del fundo, optando bien por aplicar el principio de accesión, haciendo suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización ordenada en los artículos 453 y 454 del Código Civil, o decidirse por la enajenación del suelo y su adquisición por el constructor.

**Naturaleza de la venta del suelo al constructor.**— La segunda hipótesis entraña una compraventa unilateralmente forzosa, en cuanto que voluntaria para el vendedor y necesaria para el comprador, de manera que en tal caso, como apunta la más autorizada doctrina científica, no se trata de modalidad alguna de accesión invertida, pues la incorporación del suelo al vuelo no se produce por la *vis* atractiva y automática de la cosa más importante y principal —lo edificado—, sino que la adquisición dimana de un acto del propietario del suelo, traducido en la compra obligada y consiguiente transmisión operada por el título que la venta comporta y el modo reflejado en la tradición.

**Retracto de Comunereros. Finalidad.**— Según declaró la Sentencia de 28 de diciembre de 1963, el retracto del artículo 1.522 del Código Civil, de antigua raigambre en nuestra legislación (Partidas 5.5.55 y Ley 75 de Toro), tiene por finalidad esencial evitar en lo posible el fraccionamiento de la propiedad en porciones o cuotas ideales y lograr su consolidación en un solo titular para evitar los efectos antieconómicos de la desmembración dominical y los conflictos que en cuanto a su administración y disfrute suelen surgir entre los condueños; en otros términos, la función económico-social que cumple el retracto es la de disminuir el número de partícipes y aun eliminar, en último extremo, tal estado de pluralidad subjetiva.

**Procedencia del retracto cuando el suelo pertenece a una pluralidad de propietarios.**— Cuando el propietario de diez doceavas partes del suelo, ejercitando la opción que le otorga el artículo 361 del Código Civil, enajena su parte al dueño de la construcción, existe un contrato de compraventa que permite el ejercicio de la acción de retracto por los propietarios de las dos doceavas partes del terreno con base en el artículo 1.522 del Código Civil, pues la esencia del retracto estriba en la adquisición onerosa realizada *ex lege* en favor del retrayente, tomando como modelo otra anterior. (STS 24 enero 1986, no ha lugar.)

**NOTA.**— Interesante declaración jurisprudencial acerca de constituir enajenación determinante del derecho de retracto legal de comunero la transmisión efectuada en virtud del ejercicio de opción que regula el artículo 361 del Código Civil. Parece que hubo cierto propósito enmascarador del supuesto de hecho originador del retracto, que se configura por los otorgantes como reconocimiento de haberse operado un derecho de accesión invertida. No se plantea en el pleito la validez del negocio de transmisión del suelo, dado que no concurren al mismo la totalidad de los partícipes (artículo 397). Tampoco se dice nada sobre la suerte de la accesión. ¿Cabe pensar que los retrayentes podrán ejercitar de nuevo el derecho de opción del artículo 361? La respuesta exige resolver previamente si el mismo supone un acto de administración o de disposición, solución esta última más convincente y que conduce a considerar nula la opción ejercitada por el titular de diez doceavas partes del suelo (G.G.C.)

73. **Edificación en suelo ajeno. Accesión invertida. Incongruencia.**— Según reiterada doctrina jurisprudencial, la respuesta directa y coherente, así como la exigencia de exhaus-

tividad impuestas por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, significan una racional adecuación del fallo a las peticiones explícitas o implícitas de los litigantes y al supuesto fáctico en que se basan, pero no una literal concordancia entre ambos términos de la relación, lo que permite extender el fallo a las lógicas y naturales consecuencias derivadas del tema planteado, así como a todos los puntos que lo completan, pues lo que importa es que los pronunciamientos tengan eficacia bastante para dejar resueltos en su plenitud los aspectos integrantes del debate; centrada la controversia sobre la reivindicación de una franja de terreno de 0,45 metros de fachada por 8 metros de profundidad, cuya superficie no alcanza los 4 metros cuadrados, el Tribunal sentenciador pudo, sin incurrir en exceso y por evidentes razones de equidad, excluir los efectos restitutorios que en otro caso conllevaría la declaración de dominio, atendiendo al juego específico de la accesión invertida, pues, aunque no ha sido invocada *nominatim* por el edificante, la contienda versó sobre todos los requisitos (invasión parcial y de buena fe, indivisibilidad de la construcción y notoria plusvalía de lo construido respecto del suelo ocupado) y resultaría gravemente injusta la decisión recuperatoria, con demolición de la obra cuando concurren todos los presupuestos que permiten alterar el principio *superficies solo cedit*, alcanzando una solución al conflicto (calificado de «carísima aventura procesal para tan mínimo objeto»), aunque se haya seguido el proceso más solemne, como acertadamente hace valer la Sala de Instancia), sin menoscabo económico alguno para los reivindicantes.

**Principio constitucional de tutela jurisdiccional de los derechos.**— No se viola el artículo 24.1 del Código Estatuario, pues si bien las Sentencias del Tribunal constitucional de 5 de mayo de 1982 y 1 de febrero de 1985, han señalado que el cambio de *causa petendi* y, por tanto, el de la acción, incurriendo en desviación del asunto recurrido, puede entrañar vulneración del principio de contradicción y del fundamental derecho de defensa, al modificar el modo como se entabló el debate procesal, no dejan de recordar que el organismo jurisdiccional está autorizado para basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos de los utilizados por los contendientes, siempre que no se innove la acción ejercitada, y, según queda expuesto, la Sentencia recurrida no se apartó de la cuestión básica discutida, sino que, moviéndose en el ámbito característico de la reivindicación pretendida, descarta la demolición, aplicando la doctrina legal sobre la accesión inversa, todos cuyos elementos aprecia en el caso, no obstante haber omitido el demandado su cita.

**Buena fe del constructor.**— La buena fe y la mala fe del constructor ha de ser probada, debiendo añadirse que la ponderación del estado de conciencia del accedente es cuestión de hecho, cuya valoración corresponde a la Sala de Instancia; no hay constancia de que la carta de protesta del propietario del terreno haya llegado a poder del recurrido antes de levantar el edificio en la parte asentada en la franja invadida, aparte de que siempre sería posible apreciar buena fe en el edificante, y, por tanto, la creencia racional en el ejercicio de un derecho, ajeno, por tanto, a toda sospecha de dolo o culpa grave, aunque prosiguiera la obra después del requerimiento, siendo así que actuó en la razonable convicción de que la permuta reflejada en un documento privado, parcialmente firmado, y al que la parte actora califica de «proyecto de convenio», pasó a vías de ejecución aun sin la firma de algunos interesados.

**Alcance de la indemnización al propietario del terreno.**— En la accesión invertida se sustituye la recuperación del terreno conflictivo por el pago del precio, bien entendido que la indemnización que deberá percibir el propietario comprende no sólo el estricto valor de la franja ocupada, sino también todo el quebranto o menoscabo patrimonial que repercute sobre el resto de la finca a causa de la segregación producida, ya que es una consecuencia necesaria del principio de equidad (STS 12 noviembre 1985, no ha lugar.)

NOTA.— Un ejemplo claro de la *jurisdicción de equidad* que ejerce la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, aunque en el caso haya tenido que sortear algunos escollos procesales, tales como el vicio de incongruencia, cuya invocación se refuerza con la oportuna cita de reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre el artículo 24.1 del Código Estatuario. Es plenamente de aprobar la argumentación de esta Sentencia (Pte. De Castro García), que oportunamente resalta la «mínima cuantía» del pleito, aunque, por otro lado, no deje de subrayarse el cuantioso daño que se produciría al constructor de aplicarse el principio normal de la accesión inmobiliaria. (G.G.C.)

**74. Accesión invertida.**— La figura de la accesión invertida creada para el supuesto de construcciones extralimitadas, carente de regulación específica en nuestro Derecho positivo y pensada justamente para eludir las consecuencias de la rígida aplicación del régimen de las construcciones en suelo ajeno, con materiales propios y de buena fe, eliminándose merced a tal doctrina efectos exorbitantes, corrigiendo el artículo 361 del Código Civil en el único sentido de privar al dueño del terreno invadido de buena fe del derecho a hacer suya la obra, atribuyendo para ello a quien ejecutó la inmisión de buena fe el derecho de hacer suyo el terreno ocupado en propiedad ajena previa la correspondiente indemnización, que es lo que en sustancia ha pronunciado la Sentencia impugnada.

**Congruencia.**— Es ciertamente doctrina de esta Sala que la exigencia de congruencia no supone una literal y rígida conformidad a las peticiones de las partes, sino racional y flexible y existente por ello siempre que se guarde la debida adecuación a los presupuestos fácticos de la litis. (STS 28 mayo 1985, ha lugar.)

**HECHOS.**— Al efectuarse la construcción de un edificio se invadió suelo ajeno, planteándose el problema de la acción invertida. No se probó que el constructor actuara de mala fe, sin que prospere la acción dirigida al derribo de la obra que invade el linde del actor. (A.C.S.)

**75. Deslinde. Insuficiencia de títulos. Utilización de otros medios de prueba.**— Si bien es cierto que la preceptiva contenida en los artículos 385 a 387 del Código Civil impone para fijar las bases para llevar a efecto el deslinde entre propiedades que confinan entre sí, se atiende a los diversos elementos de prueba por el orden marcado en los mismos, no lo es menos que cuando resulte la insuficiencia de los títulos para determinar el límite o área de la propiedad, y la cuestión no pueda resolverse tampoco por la posesión, sea lícito acudir a la apreciación conjunta de todos los medios de prueba, entre ellos los datos que suministra el Catastro de Rústica, que no sólo no son cuestionados por los litigantes, sino que les sirven de apoyo en su argumentación. (STS 8 mayo 1985, no ha lugar.)

NOTA.— El Tribunal Supremo para desestimar el recurso utiliza un argumento en cierto modo *ad hominem*, pues de aceptar la tesis de los recurrentes, de que se haga el deslinde conforme a la cabida que figura en sus títulos, y no con base en los datos del Catastro, como hace la Sentencia recurrida, resultaría que se le reconoce una finca de extensión siete veces inferior, cosa que no pretende la parte actora y vencedora en el pleito. Sobre el tema, en general, últimamente, ROCA JUAN, *Comentarios Albaladejo*, tomo V, 1.º, Madrid, 1980, pp. 365 y siguientes. (G.G.C.)

**76. Acción reivindicatoria. Legitimación del heredero en beneficio de la comunidad.**—Si bien es cierta la falta de titularidad del heredero para reivindicar, sin atribución concreta de cuota en partición hereditaria, pues los derechos de los coherederos se encuentran indeterminados y hasta la adjudicación no hay derecho definitivo, también lo es que los herederos, o cualquiera de ellos en beneficio de la herencia yacente y comunidad hereditaria, pueden ejercitar las acciones en defensa de los derechos de la masa hereditaria.

**Poseción en concepto de dueño. Prueba.**— La Sentencia recurrida, a través de varios documentos oficiales y públicas, otorga a los demandados parientes (tío y primos de las actoras) la condición de poseedores de la finca a título de dueños, fundando tal atribución en que dichos documentos (recibos de contribución territorial, contribuciones especiales y documentos catastrales) figuran a nombre de los mismos, con importe por ellos satisfechos, así como en la inactividad de la madre causante y luego de sus hijas; tal conclusión probatoria puede calificarse de excesiva, pues choca con otros hechos y circunstancias que la propia Sentencia constaba, tal la titularidad de la madre causante, y las cartas cruzadas entre la madre e hijas con su tío, en las que éste ofrece comprar el terreno discutido, datos que, sumados a la ausencia de las actoras durante larguísimo años, tiñen de dudósimo valor a los documentos oficiales y tributarios, por otro lado equívocos, por no precisar que única y exclusivamente se refieren a la finca del pleito, y es esta equivocidad o incorrecta referencia la que debió impedir a la Sala de Instancia atribuir a los poseedores la titulación o condición de dueños, ya que, por otra parte, la eficacia de tales documentos alcanza al hecho que constata (pago de impuestos, relaciones catastrales, etc.), pero no puede hacerlo extendiendo dicha eficacia a la prueba de calidades o apreciaciones jurídicas, siempre sometidas al contraste con otras pruebas.

**Presunciones.**— No puede calificarse de conclusión natural la de inferir de la inactividad de las actoras, desde su lejanía en Cuba, a donde se trasladaron en 1913, respecto de la finca reivindicativa, en aquellos años de escaso valor, pero hoy enormemente revalorizada por el turismo en la playa de Benidorm, quizás confiadas aquellas en que sus parientes respetarían su dominio y titularidad, contrariamente a lo que hicieron, es decir, pagar impuestos, afirmar en acta notarial que la finca procedía del cuñado de la causante de las actoras, venderse la finca entre los demandados, inscribir al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, y, más tarde, enajenarla a tercero.

**Usucapión extraordinaria.**— No es posible si no existe posesión a título de dueño, según reiterada jurisprudencia (Sentencias de 10 noviembre 1955, 4 abril 1960, 23 junio 1965 y 30 marzo 1974).

**Tercero hipotecario. Buena fe del subadquirente. Mantenimiento en su titularidad. Derecho al resarcimiento del «verus dominus».**— Indiscutidos los presupuestos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, incidiéndose en el motivo del recurso únicamente en la buena fe del subadquirente, es preciso partir de la presunción legal de buena fe, no habiéndose acreditado la situación contraria de mala fe, que enervaría la aplicación del beneficio registral establecido en pro de la seguridad del tráfico inmobiliario, es decir, no existe la prueba de que dicho tercero supiera o tuviera conocimiento extrarregistral de la anómala titularidad de los vendedores, conocimiento que ha de acreditarse de modo seguro e inequívoco, lo cual se contradice con el hecho de que el tercero demandado se abstuvo de comprar la parcela hasta tanto no se inscribiera el derecho de los vendedores; por todo ello, como se dijo en Sentencia de 10 de febrero de 1983, y en las que ésta recoge, en tanto en cuanto no se acredite la mala fe ha de ser protegido el tercero que adquiere según el Registro, quedando a cubierto de todo ataque que contradiga la adquisición de su derecho inscrito, aun-

que se declare nulo el acto por el que adquirió de quien figuraba como titular registral, a salvo los derechos de naturaleza personal del *versus dominus* para su resarcimiento. (STS 16 septiembre 1985, ha lugar.)

**NOTA.**— El supuesto de esta Sentencia es uno de los ejemplos típicos con que en las aulas suele ilustrarse la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Los propietarios residen en Cuba desde principios de siglo y encargan a unos parientes la administración de unas tierras, inicialmente de escaso valor, pero intensamente revalorizadas a consencuencias del *boom* turístico de la Costa del Sol. Cuando las propietarias regresan a España, las encuentran enajenadas a tercero protegido por la fe pública registral. El recurso se estima en parte, porque la Audiencia Territorial había admitido la prescripción extraordinaria en favor de los parientes-administradores-enajenantes. Pero el Tribunal Supremo, en ajustada Sentencia (Pte. De la Vega Benayas), y tras un minucioso análisis de la prueba, declara no haber posesión en concepto de dueño y, por tanto, tampoco usucapión extraordinaria. Solución justa. (G.G.C.)

**77. Tercería de dominio. Naturaleza.**— Sin desconocer las indudables analogías entre la acción que se ejercita con la tercería de dominio y la propiamente reivindicatoria, es evidente realidad, como ya proclamaron las Sentencias de 13 de diciembre de 1982, 29 de octubre de 1984 y 15 de febrero de 1985, por citar las más recientes, la primordial finalidad de la pretensión actuada en la tercería de dominio es el levantamiento de la traba de embargo afectante al bien que sea su objeto, por lo que conviene más a la naturaleza de la acción del tercerista la titularidad domincial del bien embargado y consiguiente levantamiento de una traba que recayó sobre bienes que no eran de la propiedad del deudor ejecutado en el procedimiento principal de que la tercería dimana.

**Requisitos.**— Son requisitos indeludibles para que la postulación del tercerista pueda prosperar la prueba de su dominio y que su adquisición fue anterior a la fecha en que fue practicado para garantizar el cobro de un crédito por el ejecutante, no siendo óbice la circunstancia de la anotación preventiva del embargo en el Registro de la Propiedad, la cual no tiene rango preferente sobre los actos dispositivos anteriores a la fecha de la anotación, ni el favorecido con ésta goza de los beneficios de la fe pública registral, porque aquellos actos anteriores no están inscritos, ya que el embargo de bienes del deudor sólo puede recaer sobre los que éste realmente posea y que estén incorporados a su patrimonio en tal momento.

**Inaplicabilidad del artículo 38, 2.º, de la Ley Hipotecaria.**— No se ejercita acción contradictoria, a efectos del artículo 38, 2.º, de la Ley Hipotecaria, cuando el dominio cuya declaración postula el tercerista lo es con fundamento en que le fue transmitido por su titular registral, de tal forma que el acceso al Registro de la Propiedad del título del tercerista ha de ser precisamente con base en la subsistencia de la inscripción de dominio del ejecutado que se lo transmitió, por lo que, lejos de contradecirse la inscripción vigente, ello significa la observancia del principio del tracto sucesivo. (STS 26 septiembre 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

**78. Propiedad Horizontal. Impugnación de acuerdos. Legitimación del Presidente.**— No puede impugnarse la legitimación del Presidente de la Comunidad de Propietarios para el otorgamiento del poder para pleitos, alegando no haber justificado su cualidad de

copropietario cuando la condición de tal le había sido reconocida reiteradamente por los recurrentes, desde el acto constitutivo de la comunidad, pasando por la celebración de sucesivas Juntas, hasta llegar a la celebración del acto de conciliación que precedió a la interposición del litigio.

**Actuación en defensa de elementos comunes. Formación de la mayoría.**— Se considera más racional la interpretación de que para formar la mayoría no se compute el voto correspondiente a los copropietarios contra los que la pretensión ha de ejercitarse, ya que la tesis contraria conduciría al absurdo de dejar totalmente indefensos a los copropietarios frente a la actuación de otros mayoritarios en relación a elementos comunes, y de aquí que reiterada jurisprudencia haya sancionado la legitimación de cualquier condómino para actuar en defensa de los intereses de la Comunidad en relación a aquéllos.

**Falta de notificación del acuerdo.**— No existe el defecto de falta de notificación del acuerdo cuando uno de los condóminos consta que asistió a la Junta, aunque se negara a firmar el acta, y el otro se negó a suscribir el acta a diferencia de lo que hicieron otros copropietarios no asistentes, lo que demuestra que tuvo conocimiento de lo actuado y acordado en la Junta, aparte de que posteriormente asistió al acto de conciliación en el que se ejercitaron frente a él por la Comunidad las pretensiones que después se articularon en el suplico de la demanda.

**Valoración de la prueba pericial.**— No puede estimarse infracción del artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando la Sentencia se apoya en un dictamen pericial, pues, aunque este precepto no constriñe a los Jueces y Tribunales a aceptar el dictamen de los peritos, no es menos cierto que la prueba más autorizada para acreditar hechos cual los que sirven de fundamento a la demanda es precisamente la pericial, y su valor apreciado por los órganos jurisdiccionales para sentar sus conclusiones, conforme a las reglas de la sana crítica, no puede determinar la infracción de aquel precepto. (STS 25 mayo 1985, no ha lugar.)

**79. Propiedad Horizontal. Disposición de elemento común.**— El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto contra un laudo de Derecho. Dicho laudo resolvía una controversia en la que una Junta de propietarios había transformado un elemento común en elemento privativo, atribuyendo el uso y disfrute de dicho elemento a uno solo de los propietarios del inmueble. El Tribunal Supremo afirma que tal actuación implica un acto de disposición de un elemento común en favor de tercero, con la consiguiente eliminación del derecho de copropiedad en cuanto a ese elemento común sin que conste que todos los copropietarios hayan sido citados ni tan siquiera que les hayan sido notificados dichos acuerdos fehacientemente después de adoptados. (STS 17 septiembre 1985) (A.M.S.)

**80. Propiedad Horizontal. Obras en elementos comunes. Consentimiento de los conductores.**— La constitución de la servidumbre de salida de humos exigiría obras que habrían de discurrir por toda la altura del edificio y aun rebasarla, por lo cual son obras que afectan a los elementos comunes, cuya realización exige, según reiterada jurisprudencia, el consentimiento unánime de los conductores, como acto de disposición (artículos 11 y 16 de la L.P.H.)

La obra que se pretende para una actividad molesta, altera evidentemente el título constitutivo de la comunidad, que quedaría gravada con una servidumbre no necesaria para la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble, sino para el uso específico de un local, lo cual no puede realizarse sin el consentimiento unánime de los comuneros. (STS 11 noviembre 1986, no ha lugar el recurso.)

**NOTA.**— La Sentencia reafirma la doctrina constante del Tribunal Supremo, en el sentido de exigir con rigor la unanimidad de los copropietarios para acordar cualquier alteración de los elementos comunes —alteración que incide en el propio título constitutivo de la comunidad: párrafo 1.º del artículo 5 de la L.P.H.— y aún con mayor razón cuando, como ocurre en el presente caso, trae consigo el establecimiento de un gravamen general sobre la finca. La resolución podría haberse apoyado también en el párrafo 2.º del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, que plasma una idea fundamental en el régimen de propiedad horizontal: la prohibición de realizar alteraciones en los elementos comunes sin el consentimiento de los demás, independientemente de que tales obras afecten o no a la seguridad del edificio y de que perjudiquen o no a los otros copropietarios. (Vid. al respecto, además de las Sentencias 31 enero, 4 marzo, 26 marzo y 29 abril 1985, y 3 marzo y 12 febrero 1986, cits. por la Sentencia reseñada, las de 2 junio 1970, 7 febrero 1976, 24 octubre 1978, 3 febrero 1983, 16 diciembre 1985, 13 febrero 1986 y 30 junio 1986) (E.G.C.)

**81. Propiedad Horizontal. Elementos comunes. Construcción de marquesina contra acuerdo de junta de propietarios.**— La construcción de la marquesina no implica una mera modificación de los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de un determinado piso, sino que, aunque no se ha probado que menoscabe la seguridad del edificio, sí que afecta a su estructura general y a su configuración o estado exteriores, ya que se fija sobre la fachada, situando en ella un voladizo de 11 metros de largo por 2,50 de ancho, perjudicando su construcción los derechos de otros propietarios, por lo que no es suficiente para su erección la simple dación de cuenta previamente a quien representa a la comunidad (artículo 7.º de la Ley especial), sino que, conforme al artículo 11, afecta a título constitutivo, lo que requiere la unanimidad de la Junta de Propietarios para la validez de los acuerdos, requisito que aquí no se ha cumplido y que hace adolecer de ilegalidad a la alteración de la estructura del inmueble efectuada en su fachada por el recurrente.

**Legitimación del Presidente de la Comunidad.**— La jurisprudencia ha declarado que cuando el Presidente emite su voluntad no lo hace en nombre propio como representante del ente comunitario, sino que se limita a sustituir la verdadera voluntad de éste, que en el caso debatido se había manifestado en Junta General en contra de la autorización solicitada por el recurrente, lo que refuerza la legitimación del Presidente para representar en juicio a la comunidad, como órgano principal que es de la misma.

**Actos propios.**— Va contra sus propios actos anteriores, productores de efectos jurídicos, el recurrente que impugna en el juicio la personalidad del Presidente de la comunidad que anteriormente había reconocido en otro juicio y fuera de él. (STS 29 abril 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

**82. Servidumbre personal. Legitimación registral.**— El principio de legitimación registral, que consagra el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, aunque no formulado con rigor

técnico, fue instaurado decididamente por la reforma introducida en dicha Ley en 1909, al proclamar su artículo 41 no sólo la presunción de posesión en favor del titular inscrito, sino también que gozaría de todos los derechos consignados en el Libro II del Código Civil a favor del propietario y del poseedor de buena fe, y sería mantenido en ellos por los tribunales con arreglo a los términos de la inscripción. (STS 26 octubre 1985)

**HECHOS.**— Los Ayuntamientos de Caspe y Chiprana formularon demanda contra los herederos de don Luis E. de R., Conde de Sástago, en ejercicio de una acción confesoria de servidumbre de pastos y leña.

Los Ayuntamientos solicitaban que se declarara que sobre ciertas fincas de los demandados existía una servidumbre personal a favor de los vecinos de esos Ayuntamientos consistente en que los mismos puedan apacentar sus ganados mayores y menores de día y de noche, sin que paguen ningún herbaje ni derecho de narneraje ni cantidad alguna, y otra servidumbre personal a favor de los mismos vecinos consistente en que corten leñas y madera para sus casas u otros usos que los necesiten, pero no para vender fuera de los lugares de Caspe y Chiprana. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en cuanto a la servidumbre de leña, desestimándola en cuanto al resto. La Audiencia revocó la Sentencia, desestimando íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (A.M.S.)

**83. Acción negatoria de servidumbre. Inexistencia de predio sirviente.**— Teniendo las dos fincas acceso a la misma servidumbre de paso, sin que ninguna de ellas aparezca como predio sirviente de la otra, ha de presumirse racionalmente que aquélla discurre sobre ambas heredades.

**Serventía.**— La «serventía», justo en el uso del lugar, como institución vigente en las Islas Canarias y en otras regiones españolas, de donde pasó a algún país hispanoamericano (Cuba, Méjico), precisada con acierto por la Sentencia recurrida, completando con su calificación lo que en sus caracteres exactos, pero sin catalogación que hace pensar en su atipicidad, indicó ya el Juzgador de primer grado, se define en el Diccionario de la Real Academia como «camino que pasa por terrenos de propiedad particular y que utilizan los habitantes de otras fincas para comunicarse con los públicos» distinta, pues, de la servidumbre propiamente dicha, dotada de un valor jurídico de que carece la «serventía», que sólo se refiere a camino privado, sin requerir la existencia de predio dominante y sirviente, consustanciales de la servidumbre, por lo que no pueden confundirse, ni mucho menos, presentarse como aspectos de la misma cosa; constituida sobre terrenos de la propiedad particular de cada uno de los colindantes, éstos tienen el derecho de usar, disfrutar y poseer en común, a los efectos del paso, no pudiendo hablarse de propiedad de la misma, ni sea concedible el derecho individual a pedir su extinción, reducido sólo a la posibilidad de renunciar al derecho a su utilización, justo en la forma como desde tiempo inmemorial aparece en el supuesto que fue objeto de examen. (STS 10 julio 1985, no ha lugar.)

**HECHOS.**— La Sentencia del Juez de Primera Instancia, confirmada en todos sus extremos por la Audiencia, desestimó la demanda en la que se ejercitaba la acción negatoria de servidumbre. Se declara probado que dos fincas de la actora, unidas norte a sur, con unidad de cultivo y aprovechamiento, lindan al norte con una carretera y al Poniente con una «servidumbre», mientras que la propiedad del demandado, situada frente a la de la demandante, tiene su lindero norte con la citada carretera y al Naciente con dicha servidumbre litigiosa. Las dos fincas tienen acce-

so a la misma «servidumbre» de paso, sin que ninguna de ellas aparezca como predio sirviente de la otra.

NOTA.— Se sirve la Sentencia de la definición que de la «serventía» ofrece el Diccionario de la Real Academia, incluso cuando se refiere a ella como institución vigente en las Islas Canarias (lugar donde se plantea el pleito en Primera Instancia y en apelación), Cuba y Méjico. El Diccionario menciona, además, Asturias. La serventía se define en la Enciclopedia Jurídica Española (Seix Editor, Barcelona, s.f., p. 560) como «camino público que una finca está obligada a dejar a través de ella». Y en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de G. Cabanellas (12.ª Ed., revisada por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Argentina, 1979, tomo VI, p. 130) como «Derecho de paso, en denominación cubana, para tener acceso, a través de propiedades particulares, a vías o caminos públicos. Se aduce que el vocablo puede haber sido importado a las Antillas por emigrantes españoles; porque aparece, con referencia a fincas de Galicia, en una Sentencia del Tribunal Supremo especial de 1876». (E.B.)

**84. Medianería en Cataluña. Elemento divisorio en terreno privativo.**— La presunción legal de existencia de medianería en las instalaciones divisorias de los predios, conforme a lo previsto en el artículo 572 del Código Civil, compatible con la regulación sobre tal figura contenida en los artículos 285 a 290 de la Compilación de Cataluña, deja de operar cuando se entienda que el elemento de separación pertenece en dominio privativo a uno de los titulares de las fincas colindantes, por haber sido levantado íntegramente dentro del terreno, con lo cual será de toda evidencia que la línea de su fundo alcanza el paramento exterior de la pared o muro con exclusión de toda idea de la comunidad de utilización en que se traduce esta institución según la jurisprudencia más fundada (Sentencias 15 junio 1961, 2 febrero 1962 y 5 junio 1982).

**Presunción de existencia de medianería.**— la determinación del nexo entre el hecho básico y el deducido constituye un juicio de valor reservado a los organismos jurisdiccionales de instancia, que habrá de ser respetado en tanto no se demuestre su irracionalidad por haber llegado a conclusiones en pugna con el recto criterio; en modo alguno ha de tenerse por ilógico entender que las circunstancias analizadas (construcción del muro para singularizar la finca por el lindero en conflicto, eliminación del pasadizo como en las restantes parcelas, falta de toda declaración sobre la cotitularidad por parte de la enajenante común al transmitir la parcela) permiten afirmar la condición exclusiva de la pared objeto de controversia.

**Constitución de servidumbre por signo aparente.**— La constitución tácita de la servidumbre por la vía de la destinación requiere, como supuesto de hecho, una relación de servicio entre dos predios que pudiera configurarse como tal derecho real si ambos pertenecieran a distintos propietarios, estado de cosas que no concurre en el caso debatido, ya que propiamente no se está ante la existencia de ningún signo externo revelador de un posible gravamen fundiario, sino de un muro de cierre y divisorio, cuyas notas específicas han de ser precisadas, partiendo de la presunción en pro de la medianería del artículo 572 del Código Civil, que en este caso no será obstáculo para atribuirle la índole de elemento de dominio exclusivo en virtud de los medios probatorios analizados.

**Relaciones de vecindad. Daños por filtraciones. Principio culpabilístico.**— Es básico en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad por culpa, y aun con las ate-

nuaciones que la doctrina legal ha ido introduciendo en su aplicación, resulta imprescindible el reproche culpabilístico del suceso al eventual responsable, sin que basten meras hipótesis o posibilidades, insuficientes de suyo para basar la responsabilidad por culpa aquiliana; aun sin desconocer la posibilidad de aplicar la culpa extracontractual a la esfera de las relaciones de vecindad, que de ordinario se encauzarán, atendiéndose a preceptos más concretos (así el artículo 586 del Código Civil: ver Sentencia de 16 mayo 1985) la resolución recurrida se limita a citar una vaga «interpretación armónica de los artículos 1.903 a 1.910», sin distinguir entre las diversas situaciones fácticas que la invocación abarca, lo que la hace ineficaz, y tampoco cabe suplir la inconcreción con la referencia a un informe pericial que formula una suposición en términos harto dubitativos, y exige al propietario vecino una diligencia no requerida legalmente, todo lo cual revela la falta de datos para imponer el resarcimiento. (STS 21 noviembre 1985, ha lugar.)

NOTA.— La demanda solicitaba la declaración de ser medianera una pared divisoria en la que la demanda había realizado determinadas obras; ésta formula reconvencción, reclamando los daños causados por humedades en el sótano de su finca. En Primera Instancia se estima la demanda y se desestima la reconvencción, pero en apelación se desestima aquélla y se estima la reconvencción; el recurso se estima parcialmente, confirmando la desestimación de la demanda y rechazando la indemnización de daños y perjuicios solicitada. Cabe destacar la nueva reafirmación del principio culpabilístico, y la aplicación del 1.902 a las relaciones de vecindad, si bien con cierto matiz excepcional o residual que se compagina mal con la deficiente regulación legal del tema. Lo primero parece confirmar la hipótesis de que el Tribunal Supremo se reserva la facultad de determinar en qué sectores de la realidad económica rigen las atenuaciones al principio general, uno de los cuales no es, a la vista de esta Sentencia, el de las relaciones de vecindad. (G.G.C.)

## 5. DERECHO DE FAMILIA

**85. Separación matrimonial. Derecho transitorio. Culpabilidad de la esposa. Atribución de la custodia de los hijos al marido.**— Siendo firme la sentencia de separación por abandono de la esposa, la aplicabilidad del derogado artículo 73 del Código civil era inquestionable, de aquí que procediera correctamente la Sala «a quo» al atribuir la custodia de los hijos habidos del matrimonio al esposo, vista la declaración de culpabilidad de la aquí recurrente, tal como previene el párrafo 1.º del número 1.º del citado artículo 73, que tiene carácter imperativo, quedando relegada la discrecionalidad al caso de culpabilidad atribuida a ambos cónyuges. (STS 30 abril 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

**86. Separación matrimonial por culpa de la esposa. Legislación derogada. Disposición transitoria 2.ª de la Ley de 7 de julio de 1981.**— Iniciado el juicio el 17 de febrero de 1981, es claro que hubo de ser juzgado con sujeción a la normativa de 1958 en combinación con la Constitución de 1978, ya entonces vigente, no invocada ésta en momento procesal alguno, y que, ni derogó los preceptos aplicados en la instancia, ni suministra fundamento directo y propio a las pretensiones de la recurrente; no siendo lícito en el presente momento procesal arreglarse a las particularidades de la normativa sobrevenida durante

el curso del juicio en que ya había recaído sentencia, interpretando equívocamente la disposición transitoria 2.ª de la Ley de 7 de julio de 1981, que propiamente está llamada a operar dentro de aquellos juicios que se susciten con posterioridad, fundando las pretensiones deducidas al amparo de la normativa novísima en hechos y situaciones de cualquier data, consitiendo su efecto retroactivo en posibilitar las causas de separación *ex novo* con la base de hechos anteriores a la existencia legal de aquélla, pero sin que encierre la eficacia, también retroactiva, de alterar los términos en que quedaron trabados y fueron resueltos los juicios iniciados con anterioridad a su vigencia, para los cuales la nueva Ley es cuestión nueva, cuyo conocimiento aparejaría indefensión. (STS 17 julio 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

**87. Exequator de Sentencia de divorcio pronunciada en Francia. Matrimonio celebrado en Francia entre español y francesa.**— De conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, procede acceder al *exequator* interesado, por cuanto concurren todos los requisitos necesarios para ello, conforme al Convenio de 1969, como es la competencia del Tribunal de origen, la firmeza de la sentencia, que, por otra parte, no es contraria al orden público, toda vez que, versando sobre el divorcio de matrimonio de ciudadano español con ciudadana francesa, celebrado en Francia, es lícita, con arreglo al ordenamiento jurídico español a partir de la Ley de 7 de julio de 1981, que reformó el sistema matrimonial, autorizando expresamente el reconocimiento de las Sentencias pronunciadas por los Tribunales extranjeros (Auto 27 mayo 1985).

NOTA.— Más escueto es el Auto de 24 de mayo de 1985, que otorga el *exequator* a una Sentencia de divorcio pronunciada en Francia respecto del matrimonio celebrado entre dos súbditos españoles, sin que conste el lugar, aludiéndose únicamente al cumplimiento de los requisitos del Convenio de 1969. (G.G.C.)

**88. Exequator de Sentencia de divorcio pronunciado en Inglaterra. Matrimonio entre españoles celebrado en España. Concurrencia de una causa de divorcio contenida en la Legislación Española.**— La solicitud de ejecución en España de la Sentencia de divorcio pronunciada por el Tribunal inglés, a instancia de la esposa, siendo parte el esposo aquí petionario, debe ser estimada, dado que concurren todos los requisitos exigidos en nuestra legislación para el *exequator*, especialmente las formalidades prevenidas en el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no existiendo razones de orden público que se opongan a su efectividad y, concurriendo todos los requisitos de fondo exigidos por nuestra legislación, entre ellos la falta de convivencia por un período superior a cinco años, anterior a la petición de divorcio (Auto 27 mayo 1985).

NOTA.— No se adoptan precauciones en el Auto que otorga el *exequator* encaminadas a evitar un posible fraude de Ley, dado que ambos cónyuges ostentan la nacionalidad española y el matrimonio fue celebrado en España; en particular, nada se indica sobre el domicilio actual. Acaso por ello se aduce que la causa invocada por el Tribunal inglés coincide con la causa 4.ª del artículo 86 del Código Civil.

**89. Exequator de Sentencia de divorcio dictada en Alemania. Matrimonio celebrado en Alemania entre español y alemana.**— Tratándose de Sentencia firme dictada por el Tribunal de Segunda Instancia de Detmold (Alemania), decretando el divorcio con relación al matrimonio contraído en Alemania entre súbdito español y alemana de origen, y proce-

diendo dicha sentencia de país que no consta deje de dar cumplimiento a las ejecutorias dictadas por los Tribunales españoles, unido a que tal resolución afecta al ejercicio de una acción personal, que no ha sido dictada en rebeldía, sobre cuestión actualmente lícita en España, reuniendo la ejecutoria los requisitos necesarios en la nación en que se ha dictado y los que las Leyes españolas requieren para que hagan fe en España, se está en el caso de otorgar su cumplimiento con los pronunciamientos establecidos en el artículo 959 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Auto 22 mayo 1985).

NOTA.— Adviértase que el matrimonio disuelto era civil y celebrado según la *lex loci* en Alemania en 1961, sin que conste si se habían cumplido los requisitos que entonces exigía la Ley española. La Sentencia de divorcio es anterior a la entrada en vigor de la Ley de 1981, por lo que se está en un caso de aplicación retroactiva de la normativa divorcista, según previene el artículo 85 del Código Civil.

**90. Convenio transaccional. Inexistencia de capitulaciones matrimoniales.**— Acordada su separación y extinguida la sociedad de gananciales, la naturaleza de las cosas induce a interpretar que tal convenio no implica unas capitulaciones, sino una verdadera transacción de las diferencias existentes acerca de la liquidación patrimonial del matrimonio. En definitiva, la tan citada estipulación sobre los bienes no es más que reflejo de los pactos que suelen convenirse cuando los cónyuges acuerdan el cese de su vida en común, acomodando su situación patrimonial a la personal resultante de la separación y concertando pactos que impidan a los esposos tener participación en las ganancias o beneficios del otro, supuesto normal fáctico que no es el de las capitulaciones matrimoniales constante matrimonio y vida común.

**Transacción sobre las consecuencias de naturaleza patrimonial que puedan derivarse de las cuestiones matrimoniales.**— No está prohibida por el artículo 1.809 del Código Civil, porque al revestir carácter privado no afectan al orden social ni al interés público.

**Forma.**— El documento en cuestión no contiene unas capitulaciones matrimoniales, por lo que no es requisito «ad substantiam» el otorgamiento de escritura pública para su validez. (STS 4 diciembre 1985, no ha lugar.)

HECHOS.— El recurso de casación se interpone contra la Sentencia de la Audiencia Territorial, que desestimó el recurso de apelación contra otra del Juzgado, por la que se declaró no haber lugar a la demanda de la mujer contra su marido separado, en cuyo escrito inicial solicitaba que se declarase que el convenio sobre bienes celebrado por ellos era ineficaz, y que la esposa separada, ahora recurrente, tiene derecho a que se lleve a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.)

## 6. DERECHO DE SUCESIONES

**91. Participación hereditaria. Rescisión por lesión.**— La existencia de lesión es cuestión de hecho, privativa del Tribunal «a quo», y depende de su arbitrio mientras no se destruya con otras pruebas igualmente eficaces.

**Avalúo realizado por contador dirimente en juicio de abintestato.**— La cuestión planteada se reduce a la valoración de los distintos bienes que integran el caudal relicto, y la

Sentencia recurrida, después de señalar lo poco elevado del mismo, constituido en su mayor parte por inmuebles urbanos, y de indicar que la valoración de éstos no puede hacerse sino de modo relativo, a tenor de sus circunstancias y del destino posible de los mismos, de las tres valoraciones que obran en el juicio, se atiene a la practicada en el cuaderno particional elaborado en anterior juicio universal de abintestato, que mereció el asentimiento unánime de todos los herederos que concurrieron al acto de la protocolización, por estimar dicha valoración la más correcta y adecuada.

**Error de hecho. Dictamen pericial.**— La eficacia probatoria del documento que parece invocarse para acreditar el error carece, por su naturaleza, de ese influjo determinante y decisivo, porque el Juzgador no está obligado a seguir el dictamen pericial, que se rechaza expresamente por escasamente fundado, y porque se atuvo a otras probanzas para negar la existencia de lesión (STS 11 julio 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

## II. DERECHO MERCANTIL

**92. Impugnación de acuerdos sociales.**— Lo que equivale a decir, en definitiva, que el repetido derecho de información se circunscribe por una parte a pedir informes o aclaraciones por escrito antes de la Junta, o verbalmente durante su celebración, sobre extremos del orden del día, sin que comprenda la exhibición de la documentación relativa a la convocatoria y, por otra, a examinar el balance, la cuenta de resultados y los demás documentos referidos en el artículo 108, pero sin comprender tal examen la contabilidad y demás antecedentes que les sirvieran de base, debiendo añadirse a lo expuesto que, según tiene declarado esta Sala en su Sentencia de 23 de junio de 1973, salvo prueba en contrario, se entiende que los consejeros de la sociedad anónima están en cabal conocimiento de los libros de cuentas y documentos de la misma y, por tanto, no puede alegar violación del derecho de información reconocido en el artículo 65. (STS 7 octubre 1985, no ha lugar.) (L.R.A.)

**93. Impugnación de acuerdos sociales. Prueba. Límites.**— La Audiencia Territorial de Barcelona dictó Sentencia desestimando la demanda de impugnación de acuerdos sociales. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo desestimó el mismo.

**Prueba.**— El primer motivo de casación denunciaba la infracción del artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al haber denegado la Audiencia en su sentencia la solicitud de práctica para mejor proveer de una prueba pericial caligráfica, cuando a juicio del recurrente dicha resolución debía haber adoptado la forma de Auto.

A esto señala el Tribunal Supremo que si ciertamente el expresado artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que la denegación de cualquier diligencia de prueba debe decretarse por medio del Auto, es igualmente exacto que esa formalidad resolutive ha de entenderse aplicable exclusivamente al medio de prueba que sea propuesto en la fase de proposición de prueba del proceso de que se trata y, por tanto, no lo es en lo que se refiere a prueba instada por una parte para mejor proveer, ya que prueba de tal modalidad, como se deduce del artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene atribuida en su efectividad a la privativa facultad del correspondiente órgano jurisdiccional que conozca de las actuaciones, de tal manera que si no acuerda su práctica ninguna resolución

tiene que dictar al respecto, ni por tanto Auto alguno, bastando en consecuencia la omisión de acuerdo para que se lleve a cabo para entender que no estimó procedente hacer uso de dicha facultad, que privativamente y, por tanto, de su exclusiva apreciación le ofrezca el meritado artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**Límites.**— El actor basaba su impugnación de acuerdos de Junta en el hecho de que uno de los accionistas de la Sociedad no ostentaba tal condición en virtud de un testamento que en opinión del actor era nulo.

El Tribunal Supremo declara a este respecto que tal cuestión de invalidez del mencionado testamento rebasa el marco de los estrictos límites del proceso de impugnación de acuerdos sociales que se regula en el artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, ya que, según tiene declarado esta Sala en Sentencias de 8 de diciembre de 1973 y 22 de junio de 1979, ese especial y singular procedimiento de impugnación no posibilita pronunciamientos declarativos de derechos, ya que estos no tienen cabida en los cauces para que el primero fue creado, cual es el de la mera impugnación de acuerdos sociales, o sea, de la Junta General, que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o de varios accionistas, los intereses de la Sociedad, de modo que cualquier otra, y concretamente la pretensión de decidir sobre la eficacia o ineficacia de un testamento en que apoye una persona sus derechos de socio, en cuanto revelen consecuencia de nulidad de acuerdo contrario a la Ley, han de ser planteadas no en el procedimiento que regula el tan repetido artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, sino en el correspondiente juicio declarativo ordinario a que se remite el párrafo 2.º de dicho artículo 68 (STS 2 noviembre 1985).

**94. Sociedad Anónima. Acuerdo de reducción del capital a cero. Unanimidad.**— Aunque la decisión de la Junta general de reducir el capital a cero por su íntegra pérdida y aumentarlo nuevamente hasta una determinada cifra puede entenderse válida y eficaz, por no oponerse a ninguna norma sustantiva de carácter necesario, deberá ser consentida por la totalidad de los socios. Mantener la validez de lo resuelto, sin la plena anuencia de aquellos, equivaldría a lesionar el derecho del socio a permanecer en su cualidad de tal, mientras subsista la sociedad y, en consecuencia, a no ver reducida esa condición a la sola titularidad de un derecho de suscripción preferente de las nuevas acciones emitidas con ocasión del aumento. En caso contrario, además, se infringiría la norma del párrafo 1.º del artículo 85 de la Ley de Sociedades Anónimas, que exige la aquiescencia del interesado para toda modificación estatutaria que afecte a la fundamental prestación del accionista, pues se supeditaría su permanencia en la sociedad a la obligación de efectuar nuevas aportaciones. Por lo tanto, esta operación sólo será viable en aquellos supuestos en que haya sido decidida por unanimidad.

**Impugnación de acuerdos sociales. Oposición.**— Conforme al artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas, la legitimación activa para la impugnación de acuerdos anulables ha de ir sustentada en la constancia en acta de la oposición del accionista a la resolución impugnada. Actitudes como las que se limitan a «salvar el voto» o a «no dar voto afirmativo» se traducen en una abstención en el ejercicio del derecho correspondiente; circunstancia esta que, a la luz del artículo anteriormente citado, priva al socio del derecho de impugnación del acuerdo. (STS 25 noviembre 1985, no ha lugar.)

NOTA.— La operación consistente en la *reducción del capital social a cero* y su simultáneo aumento hasta alcanzar una cifra que represente valores positivos en el balance de la sociedad es un mecanismo al que, en ocasiones, acuden socieda-

des que, pese a su situación crítica, mantienen aún posibilidades de recuperación. Esta operación, carente de disciplina específica en nuestro derecho societario, es admitida en términos generales por nuestra doctrina (*vid.* PÉREZ DE LA CRUZ, *La reducción del capital en Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada*, Zaragoza 1973, pp. 232 a 239; ANIBAL SANCHEZ, *El derecho de suscripción preferente del accionista*. Madrid 1973, pp. 108 a 111; y A. MENENDEZ, «Pérdida del capital social y continuación de la Sociedad Anónima», en *R.C.D.I.* (1980), número 537, pp. 237 a 258). A su validez no se oponen las causas de disolución establecidas por el artículo 150 de la Ley de Sociedades Anónimas. Tal como éstas vienen configuradas por el legislador en el artículo 152, la pérdida absoluta del capital no conlleva la disolución automática de la sociedad, aun cuando este hecho se conduzca a la causa del número 2 del artículo 150 (conclusión del objeto social o imposibilidad manifiesta de alcanzar el fin social). Antes al contrario, el número 3 del citado artículo abre la posibilidad de que, en la referida situación, la sociedad pueda continuar su actividad *reintegrando* el capital. Este mecanismo de saneamiento no sólo no contradice preceptos de derecho necesario en la Ley, sino que tampoco se halla excluido del marco de regulación de intereses diseñado por nuestra vigente Ley de anónimas. La finalidad de recuperación económica de la sociedad, que tiene por objeto esta operación, es avalada por algunos principios inmanentes a la propia Ley, como el de conservación de la empresa, o el de efectividad de la garantía frente a terceros. En efecto, a través de este mecanismo se procura mantener la existencia de la sociedad, cuando aún se ve alguna posibilidad de recuperación y se mejora notablemente la posición de los acreedores sociales, al reintegrar, cuando menos, una parte de su garantía perdida.

Las tesis contrarias a la admisibilidad de esta figura fundan sus argumentos en la técnica organizativa de la sociedad anónima. A respecto, un sector de la doctrina italiana (*vid.*, en este sentido, NATOLI, «Perdita totale, reintegrazione di capitale e posizione del sottoscrittore delle azioni di nuova emissione», en *B.B.T.C.* (1954); I, pp. 729-737) ha puesto el acento en la imposibilidad de formar el *quorum* y las mayorías necesarias para proceder a la votación de aumento de capital, una vez que con la reducción a cero de éste se produce su anulación. Este argumento (utilizado también por el Tribunal en la Sentencia que anotamos; aunque no decisivo) parte, a nuestro juicio, de una consideración errónea de la operación. Se establece una dualidad (decisión de reducción; decisión de aumento) incompatible con la naturaleza y finalidad de este procedimiento. Este sólo puede concebirse, bajo una perspectiva decisoria, como una operación unitaria, aun cuando se integre de un mecanismo doble (reducción-aumento). En efecto, tanto el acto de reducción del capital como el de su aumento son objeto de un mismo acuerdo, en el que no cabe separar uno del otro. La reducción del capital en esta operación carece de la significación que posee como acto singularizado en la normativa de la Ley. La reducción a cero no tiene una sustantividad propia. Esta se configura como un mero presupuesto de la compensación de pérdidas, que se produce con el correlativo aumento. Piénsese que, en sí misma, la consideración individualizada de tal reducción carece de dimensión práctica, pues constatada por la sociedad la pérdida de su capital, la alternativa de la disolución no parece exigir, a la luz de nuestro ordenamiento, una decisión formal de esta índole. Por lo demás este problema formal se podría obviar fácilmente reduciendo el capital no a cero, sino a una fracción de uno.

La especial naturaleza del supuesto y su posible incidencia sobre los derechos individuales del accionista, al que, una vez anulado el capital, se le impone una

nueva aportación para mantener su condición de socio, han hecho que la doctrina y, en este caso, la sentencia que anotamos hayan sostenido la insuficiencia de los *quorum* y mayorías estipulados en la Ley para la válida adopción de este acuerdo. La licitud de la operación de reducción del capital a cero —se afirma— ha de estar respaldada necesariamente por el acuerdo unánime de todos los socios. A ello conduciría, por un lado, la especial tutela que concede al socio el artículo 85 de la Ley, que exige la concurrencia de su consentimiento para la asunción de nuevas obligaciones, como, por otro, el derecho a no verse privado unilateralmente de su condición sin mediar causa legalmente reconocida. Con ello —se añade— queda cerrada la posibilidad de que este mecanismo pueda ser utilizado por la mayoría como un camino fácil para desprenderse de una minoría incómoda, que no desee o no pueda hacer uso de su derecho de suscripción preferente, a través de nuevas aportaciones de capital. Este parece ser el problema que subyace en el fondo en el presente caso, y en otro antecedente resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1967.

Sin embargo, a nuestro juicio, esta solución adoptada por el Tribunal, siguiendo la opinión más generalizada de los autores, puede facilitar en ocasiones comportamientos abusivos y directamente encontrados con el interés social. En efecto, la exigencia de unanimidad en la decisión conjura el riesgo de que este mecanismo pueda ser utilizado por los socios que ejerzan el control en la sociedad para infligir un grave quebranto al interés del socio o socios minoritarios, pero no es menos cierto que a través de este requisito se inviste al accionista individual de una facultad omnímoda para decidir la realización de una operación de saneamiento de la sociedad, que puede estar plenamente justificada y responder al legítimo interés de la inmensa mayoría de los socios (*vid.*, en esta misma línea de razonamiento, el comentario de VICENT CHULIA a esta Sentencia en *La Ley*, número 1.502 (23 julio 1986). Para la protección del socio frente a los abusos de la mayoría siempre quedará expedita la vía de impugnación del acuerdo social; buen ejemplo de ello nos proporciona la presente Sentencia. Pero es que, además, no está claramente delimitado cuál sea el interés del socio, o cuando menos la identidad de éste, que le haga acreedor a la intensa protección que concede el artículo 85 al imponer la necesidad de su consentimiento. La condición de socio en la situación descrita (pérdida absoluta del capital) configura una posición claramente claudicante y vacía en gran medida del contenido esencial de derechos que la integran (artículo 39 de la L.S.A.). En tales circunstancias resulta ilusorio fundar el derecho de veto del accionista en la defensa de una cualidad que se encuentra profundamente disminuida, o en un abstracto derecho del socio a la cuota de liquidación, carente en la práctica de sustantividad real. En efecto, no es la operación a la que venimos haciendo referencia la que pone en grave riesgo los derechos de socio, sino que es ya el propio estado patrimonial de la sociedad el que genera dicha situación. En esta coyuntura, la conservación y revitalización de los intereses del socio en la sociedad está indisolublemente unida a la recuperación de ésta; la cual sólo puede hacerse efectiva, sea cual fuere el mecanismo jurídico adoptado, a través de nuevas aportaciones al haber social. Es, por tanto, en la salvaguarda del derecho del accionista a reintegrar el valor económico de sus acciones, o del derecho de suscripción de las emitidas con ocasión del aumento, donde se halla la auténtica garantía del socio. En la posibilidad que se le ofrece al accionista de decidir libremente su continuación en la sociedad, es donde se manifiesta palmariamente el interés de

socio; puesto que, de no acudir a mecanismos de reintegración del capital, su posición se encuentra ya amenazada y aboca a la extinción al operar de plano la causa de disolución. En realidad, ha de tenerse en cuenta, además, que una sociedad descapitalizada tiene la obligación legal de reducir el capital. Ahora bien, si ese capital, una vez reducido, es manifiestamente insuficiente para desarrollar el objeto social, nos hallamos ante un supuesto de *responsabilidad de los socios por infracapitalización*. Para evitar ésta sólo hay dos salidas posibles: o bien disolver la sociedad o bien capitalizarla (v. gr. reduciendo el capital a cero y simultáneamente aumentándolo) (vid. PAZ-ARES, «Sobre la infracapitalización de las sociedades», ADC (1983), número 4/36, p. 1.616, nota 85). Lo que no cabe es el mantenimiento del *statu quo* una vez que la sociedad ha visto perder su capital por completo. (F.O.B.)

**95. Responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas. Doble acción de los terceros perjudicados, social e individual.**— El artículo 79 de la Ley de 1951 establece que los Administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal y responderán frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave; y el artículo 80 de la propia Ley concede en último lugar la acción de responsabilidad a los acreedores con el triple condicionamiento de que tienda a reconstituir el patrimonio social, no haya sido ejercitada por la Sociedad o sus accionistas y se trate de un acuerdo que amenace gravemente la garantía de los créditos, presupuestos que delimitan el alcance de la acción, definen el interés que debe asistir al acreedor que la deduce y subordina la posibilidad de su ejercicio a la circunstancia de que no haya sido ejercitado por la Sociedad o sus accionistas, de lo que resulta claramente un carácter subsidiario; por el contrario, el artículo 81 de la misma Ley reconoce una acción individual a favor de los socios y de los terceros, distinta de la acción social antes descrita, y tendente no a la indemnización por los Administradores del daño causado al patrimonio social y ordenada a obtener la reconstitución del mismo, como garantía indirecta para el cobro por los demandantes de sus créditos, sino a indemnizarles de los daños directamente sufridos en su patrimonio, requiriéndose, en consecuencia, un acto del administrador y una lesión directa a los intereses del accionista o del tercer demandante, a lo que debe añadirse el fundamento de la culpa, el daño y la relación de causa a efecto entre aquélla y éste.

**Incongruencia. El principio «iura novit curia».**—Se ha interpretado erróneamente el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la aplicación del principio «iura novit curia» no autoriza a los Tribunales para resolver la cuestión sometida a su decisión, trasmutando la causa de pedir y acogiendo una acción que no fue la ejercitada, lo que ha ocurrido en el presente caso en que la acción ejercitada tenía su fundamento en el último párrafo del artículo 80 de la Ley de 1951, siendo uno de sus presupuestos ineludibles que tienda a reconstituir el patrimonio social y no de manera inmediata a reparar la lesión inferida por los Administradores al patrimonio de los demandantes, mientras que en la acción admitida se establece que la indemnización frente a los Administradores sea percibida directamente por los demandados. (STS 21 mayo 1985, ha lugar.)

La acción se ejercita por una Comunidad de propietarios frente a los Administradores de la sociedad promotora, que se niegan a cumplir una sentencia condenatoria de reparar los defectos de los pisos vendidos, alegando carecer de medios. La acción está sobradamente justificada, pero fracasa por inadecuada fundamentación. Sentencia «docta» que aclara con precisión la compleja normativa sobre

responsabilidad de los Administradores de sociedades anónimas, y de la que ha sido Ponente Sánchez Jáuregui. (G.G.C.)

**96. Sociedades Anónimas. Impugnación de acuerdos. Nombramiento de censores jurados de cuentas.**— Para la designación de accionistas censores de cuentas no se cumplió con la normativa legal aplicable, en cuanto que no se propuso ni se llevó a efecto votación alguna para la designación de censores entre los accionistas no pertenecientes al Consejo de Administración, sino que, escindiéndose en dos grupos de tres y dos personas, los miembros de dicho Consejo propusieron cada uno de ellos un censor de cuentas titular y otro suplente, resultando todos ellos elegidos, burlando el legítimo derecho de los accionistas no pertenecientes al Consejo de Administración y minoritarios, que no sólo fueron excluidos del cargo de accionistas censores, que en uno de ellos habría de recaer, sino que colocados en artificial minoría, ni siquiera pudieron conseguir el nombramiento de un miembro del Instituto de Censores Jurados de Cuentas, por ellos propuesto y que les correspondía al representar más de una décima del capital de la sociedad; se privó así a los accionistas minoritarios, que no son administradores, de su derecho de información y fiscalización; todo ello sobre el supuesto de que se trata de una sociedad cuyo capital social se halla dividido en 18.940 acciones, perteneciendo cinco séptimos de las mismas a los cinco miembros que integran el Consejo de Administración, otra séptima parte a los denunciados y la otra séptima parte al grupo formado por tres personas físicas herederas de un socio fallecido.

**Fraude Ley.**— Existe fraude de Ley en la interpretación del artículo 108 de la Ley de 1951, por tratarse de una norma de derecho imperativo o necesario, no susceptible de modificación, y mucho menos de derogación, pues nunca se permite, como con reiteración ha declarado esta Sala, que con una división del grupo mayoritario y sin constituir mayoría absoluta, pueda frustrarse el derecho que la Ley concede a la minoría.

**Acuerdo contrario a la Ley.**— El acuerdo impugnado es contrario a la Ley al pretenderse, mediante el mismo, la designación de dos censores de cuentas y sus suplentes no accionistas, existiendo, como existían, accionistas que no eran miembros del Consejo de Administración de la sociedad, lo que precisamente, en número de dos y sus suplentes —como declara la Sentencia 4 abril 1984, en asunto idéntico— habían de ser designados accionistas censores.

**Actos propios. Inexistencia.**— Según consta en el acta de la Junta cuyo acuerdo se impugna, la parte después demandante hizo constar su oposición a los acuerdos, luego no cabe hablar de conformidad alguna con los mismos; oposición que se ratificó en el posterior proceso especial del que dimana este recurso. (STS 14 mayo 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

**97. Sociedad anónima. Impugnación de acuerdos. Nulidad de convocatoria del Consejo de Administración.**— No se viola el artículo de los Estatutos que establece que el Consejo de Administración se reunirá siempre que lo convoque su Presidente, ya por iniciativa propia, ya a instancia de cualquier Consejero, pues, en el caso que se declara probado, que a instancia de un Consejero residente en Italia se citó a los tres miembros que componían el Consejo para una reunión a celebrar en lugar, día y hora determinados, y el Presidente, hoy impugnante, entendió equivocadamente la hora (las 7 de la tarde por las 17 horas) y llegó al lugar terminada la reunión, en la que, por mayoría de dos Consejeros sobre tres, se decidió la convocatoria de la Junta.

**Junta General. Convocatoria conjunta ordinaria y extraordinaria.**— Es doctrina jurisprudencial que, conforme al artículo 58 de la Ley de 1951 y según resulta de la Exposición de Motivos de la misma, la distinción entre Juntas Generales ordinarias y extraordinarias de las sociedades anónimas no impide a la convocada con el primer carácter tomar acuerdos distintos a los que se refiere el artículo 50 como de su competencia, siempre que se den los *quorums* exigidos para la validez de los mismos, por lo cual es obvio concluir que la Junta convocada con todos los requisitos legales con el doble carácter citado no devenía nula. (STS 18 octubre 1985, no ha lugar.)

**98. Sociedad civil irregular. Calificación y prueba. Pactos secretos entre los socios.**— Se declara probada la existencia de una relación jurídica calificada de sociedad para la venta de vino, ya que se constituyó un fondo común o indiviso con las aportaciones de los socios para la obtención de un lucro partible, aportación no sólo en numerario, sino también en trabajo, debiendo calificarse la sociedad de irregular al mantenerse secretos sus pactos, como se deduce de los siguientes datos: a) La cotitularidad de las partes en las cuentas corrientes bancarias que se utilizaban en el negocio; b) la concesión, a ambos y solidariamente, de préstamos bancarios que se emplearon en el mismo; c) la entrega de dinero en préstamo a ambas partes por un próximo pariente; d) la adquisición conjunta y en escritura pública del edificio en donde se desarrolló el negocio; e) las reiteradas tentativas de las partes en llegar a un acuerdo sobre la división del patrimonio de la empresa; y f) las declaraciones de los testigos, especialmente de los próximos parientes de los litigantes, que afirman categóricamente la existencia de una relación societaria; no siendo obstáculo a esta calificación la circunstancia de que el negocio figure a nombre de uno sólo de los socios y que el otro forme parte de la plantilla laboral de la empresa, ya que lo primero es propio de las sociedades irregulares y lo segundo es un fraude frecuente a la Seguridad Social.

**Criterios para el reparto de beneficios.**— Se constata la desigual e irregular retirada de fondos por los socios, lo que impide asentar sobre dichas bases las respectivas aportaciones sociales, por lo que, razonablemente, el único elemento para determinar la proporción de tales aportaciones y del reparto de beneficios es la que resulta de las respectivas cuotas en la adquisición del edificio social. (STS 12 noviembre 1985, no ha lugar.)

**NOTA.**— Sabido es que los problemas de prueba ofrecen especial dificultad en materia de sociedades irregulares. Destaca en esta Sentencia (Pte. Pérez Gimeno) el minucioso estudio de los datos fácticos que fundamentaron la calificación de la existencia de una relación societaria, y no de un simple préstamo, o de una cuenta en participación, como pretendía el demandado. Dada la desigualdad de aportaciones y la falta de prueba sobre su cuantía exacta, se rechaza el criterio basado en las retiradas de fondos efectuadas por ambas partes, que hubiera conducido al porcentaje 10,85-89,15 por 100, y se acepta otro, con más base objetiva (aportaciones respectivas a la compra del edificio social) que coloca aquél en el 30-70 por 100, mucho más equitativo. (G.G.C.)

**99. Impugnación de patente.**— El número al que acude el recurrente exige que el desacierto en la ponderación probatoria cometida por el Juzgador no resulte contradicho por otros elementos de convicción, y es lo cierto que frente al informe pericial que avala la tesis de A.S.A., obra en los Autos otro no menos rotundo en pro de la posición mantenida por don R.A.C., y en el cual se basa la Salá de Instancia para rechazar la pretensión de

nulidad de la patente, y claro está que en esa abierta discrepancia de los dictámenes no puede instarse a este Tribunal para que opte por la pericia que favorece a la recurrente, prescindiendo de la que le perjudica, pues encomendarle tal elección equivaldría a convertir este extraordinario recurso en una nueva instancia (STS 30 diciembre 1985, no ha lugar.) (L.R.A.)

**100. Impago de letras de cambio.**— El Código de Comercio estatuye la responsabilidad de los libradores por las letras que, emitidas por ellos, resultasen en su día impagadas.

**Legitimación para ejercitar la acción rescisoria por fraude de acreedores.**— Es lo cierto que sentado en el anterior considerando el criterio de que los recurrentes son deudores al Banco del importe de las letras que se descontó, es obvio que debe atribuírsele la capacidad jurídica para instar la rescindibilidad del contrato en fraude de acreedores.

**Resoluciones penales.**— No producen excepción de cosa juzgada en el orden civil. (STS 13 mayo 1985, no ha lugar.)

**HECHOS.**— Los demandados libraron tres letras de cambio que fueron aceptadas por un sobrino de los libradores. Las referidas letras fueron descontadas por el banco actor. Llegado el vencimiento de las mismas no se hicieron efectivas, por lo que fueron protestadas por falta de pago. Recayó sentencia de la Audiencia Territorial en la que, confirmando la dictada por el Juez de Primera Instancia, se afirmó el derecho del banco a exigir el reembolso de las letras impagadas a los libradores, así como la rescisión de la venta de un piso realizada por los mismos.

**101. Letra de cambio. Obligaciones del tomador en «comisión de cobro».**— El hecho de que el tomador tenga la letra como simple mandatario en gestión de cobro lo sujeta, por los compromisos contraídos al tomar la cambial en tal concepto, a las determinaciones de los artículos 252 y 259 del Código de Comercio. Por ello, obró consecuentemente y diligentemente al comprobar la «conformidad» del avalista, y al adeudar a éste el importe de la letra en la cuenta centralizada que mantenía con él. Verificado de esta suerte el pago del efecto y cumplida la comisión con su abono al comitente, el tomador, en su condición de comisionista, no debió admitir la posterior devolución, manteniendo el apunte de la cuenta centralizada. Máxime si se tiene en cuenta que, con base en el artículo 1.899 del Código Civil, la libradora de la letra queda exenta de la obligación de restituir, pues la percepción del importe por ésta se hizo de buena fe, y cuyo crédito era legítimo y subsistente. Es el banco tomador quien debió dirigirse contra el deudor o el avalista para lo que estaba legitimado como tomador del efecto, aunque fuera en concepto de gestión de cobro, pues esa es una relación interna entre librador y tomador que no atañe a terceros. (STS 7 febrero 1986, no ha lugar.)

**HECHOS.**— El banco A había tomado en comisión de cobranza una letra de cambio librada por la recurrida en unión de su marido como instrumento de pago de unos terrenos por ellos vendidos a la compañía V.O.S.A., a cuyo cargo, como librada-acceptante, fue emitida la cambial, y avalada por el banco B. Como quiera que no fue atendida a su vencimiento, el banco apoderado se dirige, previo el oportuno protesto, a la entidad avalista en petición de pago. Transcurrido cierto tiempo sin contestación de ésta, el banco tomador adeudó el importe de la letra más los gastos en la cuenta centralizada que mantenía con el avalista, y abonó dicha cantidad en la cuenta que los libradores mantenían abierta en una de sus sucursales.

Con posterioridad, la letra es devuelta por el avalista por entender que se encuentra perjudicada al no figurar en ella nombre alguno de persona tomadora. Cancelado el adeudo mencionado, la entidad tomadora parece resarcirse del abono que por cuenta de aquél había efectuado a los libradores, hace un cargo paralelo en una nueva cuenta abierta por la libradora-demandante con posterioridad al fallecimiento de su marido, y a la que había transferido los fondos existentes en la cuenta sobre la que se hizo el ingreso precedente. Es este cargo el que origina la reclamación de la libradora, que se resuelve a su favor tanto en la primera instancia como en apelación, obligando al demandado (tomador en comisión de cobro) a reintegrar a la actora el importe de la letra.

NOTA.— La resolución adoptada por el Tribunal se basa en dos argumentos centrales para desestimar el recurso y, por tanto, declarar improcedente y nula la acción del comisionista tendente a resarcirse, de forma unilateral, del pago hecho al comitente en cumplimiento del mandato de cobro que le había sido conferido. Por un lado, el Tribunal acude a la regulación del contrato de comisión para sostener que, cumplida ésta por el economista, aquella actitud excede del cuadro de derechos del tipo contractual. Por otro, acude a los preceptos que disciplinan el cobro de lo indebido en nuestro Código Civil para mantener la sumisión del supuesto a la norma del artículo 1.899, que exime de la obligación de restituir al que creyendo de buena fe que se hacía el pago por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título o abandonado o cancelado las garantías de su derecho.

La solución dada en la controversia planteada gira en torno a una cuestión no suficientemente aclarada en la sentencia, cuya exposición —dicho sea de paso— es extremadamente farragosa y oscura. Parece extraerse del relato de los hechos, y de los preceptos que se aplican, que el origen del problema se encuentra en la ausencia de indicación de tomador en el efecto cambiario; excepción que opone al pago el avalista de la letra por entender que se encuentra perjudicada. Tanto en la regulación cambiaria del Código de Comercio (artículo 444) como en la Ley vigente (artículos 1 y 2), la letra se configura como un título de legitimación nominal. La indicación cartular del tomador constituye una cláusula esencial para la validez de la letra de cambio, cuya ausencia en el momento del ejercicio del derecho incorporado provoca su nulidad (STS 11-7-1983. Rep. Ar. 4.209/83). Este hecho arrastra necesariamente la nulidad de las declaraciones cambiarias, y por ende, la del avalista, pues la responsabilidad del avalista es de naturaleza estrictamente cambiaria; sin que la garantía cambiaria implique una fianza de la obligación causal superpuesta a la garantía prestada en la letra. En este contexto, el cargo hecho al avalista en la cuenta centralizada por el comisionista en gestión de cobro ha de reputarse nulo. La inexistencia de obligación del avalista hace que la atribución patrimonial que realiza el comisionista en favor de su comitente, por virtud del encargo de cobro, carezca de causa al no poder ser imputable a aquélla. En el abono del importe de la letra no puede verse, en tales circunstancias, un acto *solvendi causa*, pues el comisionista no lo efectúa con una finalidad solutoria en cumplimiento de una obligación propia o en interés del auténtico deudor. El Tribunal con la aplicación del artículo 1.899 del Código Civil reconoce la existencia de un *indebitum ex causa* en el supuesto planteado. Destaca, en este punto, la interpretación amplia que hace la sentencia de aquel artículo, que exime de la obligación de restitución al *accipiens* (librador-comitente). En efecto, el Tribunal asimila el supuesto de la inutilización del crédito o pérdida de las garantías por actuación del *accipiens* (su-

puesto típico), con el caso de que ese deterioro provenga del proceder del *solvens*. En el supuesto que se juzga, el *accipiens* (librador) no sólo ve desaparecer el crédito cambiario —con su mayor seguridad y rigor— por la actuación negligente del tomador al no cubrir la indicación de tomador en la letra, sino que por derivación, la nulidad de ésta provoca la desaparición de la garantía de pago que le ofrecía el aval suscrito. Exento el *accipiens* de la obligación de restitución, el referido precepto confiere al *solvens* el derecho de subrogarse en la posición de aquél para dirigirse contra el verdadero deudor; en nuestro caso, la sociedad V.O.S.A. aceptante de la letra (respecto del derecho de subrogación del *solvens*, véase LACRUZ BERDEJO, «El pago de lo indebido», en Est. homenaje a Roca Sastre, Madrid, 1976, p. 513. GULLON, «Cobro de lo indebido», en Est. homenaje a Batlle, Madrid, 1978, p. 383). Por todo lo expuesto, lo que carece de sentido es atribuir naturaleza cambiaria a aquella acción, como incomprensiblemente mantiene la sentencia al final. La acción en que se subroga el *solvens* es la que deriva de la relación de provisión, es decir, la fundada en el contrato de compraventa entre el *accipiens*-acreedor y el verdadero deudor.

Cuestión en la que no entra el Tribunal es en la determinación de responsabilidad en que haya podido incurrir el banco comisionista por los daños y perjuicios causados a su comitente con su proceder negligente. (F.O.B.)

**102. Compraventa mercantil.**— Hay que calificar de mercantil la compra con ánimo de lucro según el artículo 325 del Código de Comercio, en cuanto la empresa, o la persona empresaria, no compra para consumir, sino para producir, es decir, obtener un beneficio que le permita continuar en la cadena productiva.

**Prescripción de la acción. Plazo.**— Ha de excluirse la aplicación a esas compras empresariales, por su condición mercantil, de lo dispuesto en el artículo 1.967, 4.º, del Código Civil, por ser ésta una hipótesis pensada para la compra sin ánimo de lucro en la reventa, civil por tanto, mientras que por esta exclusión habrá de aplicarse a las compras empresariales la prescripción de 15 años, prevista en el artículo 1.964 del Código Civil, dada la remisión al Código Civil que hace el 943 del Código de Comercio, al no fijar este plazo especial prescriptivo. (STS 3 mayo 1985, ha lugar.)

**HECHOS.**— La cuestión básica que se discute en el pleito se planteó en torno a una relación comercial entre la sociedad actora y el demandado, integrada por diversas adquisiciones que el segundo hizo a la primera, dedicada a la fabricación y venta de piensos compuestos para animales, mediante la remisión de partidas y consiguientes facturas de la operación, de las cuales facturas, en cuanto no abonadas las últimas, son las que en el pleito se reclaman al amparo de lo dispuesto en los artículos 1.445 y siguientes y 1.500 y siguientes del Código Civil, como deber del comprador que ha incurrido el contrato de compraventa, según se pide en la demanda, a lo cual se opuso el adquirente, fundado en la excepción de prescripción prevista en el artículo 1.967, 4.º, de aquel Cuerpo legal y naturaleza civil de la compraventa.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó este fallo. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación por incongruencia. (A.C.S.)

**103. Compraventa de buque. Resolución por incumplimiento. Irrelevancia de la crisis económica del sector naviero.**— Para llegar al resultado de la resolución negocial basta con que se produzca el hecho del incumplimiento obstaculizador del fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la otra parte que se ve privada de alcanzar el fin económico perseguido con el vínculo negocial, sin que sea menester indagar si concurre un específico elemento volitivo dirigido a vulnerar la obligación asumida, sino que basta la incuestionable realidad de un incumplimiento sustancial no provocado por el acreedor, que lógicamente revela una actividad de menosprecio a lo convenido, sin que pueda objetarse con el embargo preventivo de la nave a instancia de la enajenante, pues la medida cautelar no ha sido causa del incumplimiento, sino por éste provocado y como medio para asegurar la satisfacción del crédito una vez revelada la persistente inactividad de la compradora respecto a la efectividad de su prestación.

**Laudo arbitral. Reintegro de las cantidades satisfechas por la compradora.**— Según autorizado criterio doctrinal, la resolución del contrato sinalagmático por incumplimiento tiende a cancelar desde un principio los efectos de lo convenido, colocando a los intervinientes en la misma situación en que se hallarían si el pacto no se hubiere celebrado, efecto que opera *ex tunc* y que lleva consigo la obligación de restituir cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del contrato, lo que significa que la relación se extingue como si nunca hubiese tenido existencia, sin perjuicio del respeto a los derechos de terceros adquirentes de buena fe, tesis mantenida por la doctrina de esta Sala, a cuyo tenor la resolución del contrato supone la extinción de la obligación contraída no sólo para el futuro, sino con carácter retroactivo, con la consecuencia de reintegrarse cada contratante de sus prestaciones por razón del negocio, cual sucede en los casos de nulidad y rescisión y en la condición resolutoria expresa del artículo 1.123 del Código Civil.

**Daño contractual.**— Si por daño ha de entenderse el menoscabo sufrido por el patrimonio contra la voluntad de su titular, en su lata acepción ha de comprender la disminución efectiva sufrida a causa del incumplimiento imputable a la otra parte, como lo fue en este caso el impago de determinados abastecimientos y los desembolsos para atender salarios y seguros sociales, que se vio en la necesidad de hacer la vendedora ante la posición renuente de la compradora. (STS 31 mayo 1985, ha lugar.)

Aunque la Sentencia sigue ampliamente las opiniones de DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, I, pp. 847 y siguientes, en lo relativo a los presupuestos y efectos de la acción de resolución por incumplimiento, en algunos aspectos hasta literalmente para apartarse, sin embargo, en lo relativo a la exigencia de que el incumplimiento sea grave (opinión de JORDANO BAREA, que rechaza DIEZ PICAZO), puesto que habla de un incumplimiento *sustancial* (Se habían realizado pagos parciales de cierta consideración) (G.G.C.)

**104. Contrato de Comisión. Interpretación de los contratos.**— Invocando como infringidos los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil, por el concepto de violación «al interpretar incorrectamente el contrato», se refiere al aducido como documento auténtico en el primer motivo, sin que en el desarrollo del que se examina acierte a decir cuál de las normas hermenéuticas haya sido infringida, lo que también determina su perecimiento, a la vista de los términos de su formulación, ya que, como esta Sala tiene dicho, se incurre en defecto procesal tanto por no expresar el párrafo del artículo 1.281 que se estime infringido como al formularse en bloque los referidos artículos, pero, aunque tal anomalía pudiese estimarse superada, también había de decaer el motivo, pues la facultad de interpre-

tar los contratos corresponde a los Tribunales de Instancia, solamente impugnables en casación cuando resulte arbitraria, ilógica o vulneradora de algún precepto legal, anomalías que ni siquiera el impugnante atribuye a la labor hermenéutica realizada, expresando solamente su disenso en cuanto a la determinación de la naturaleza del contrato, que estima «únicamente» como de agencia y no de comisión-depósito, tesis, por otra parte, que la Sala en su Sentencia, siquiera a efectos alternativos o como un razonamiento más, se admite, para concluir que, aún calificando el contrato como de «agencia», la indemnización o compensación postulada, como consecuencia de la revocación, deviene inoperante al no haberse demostrado, ni la concurrencia de razones de equidad, ni de enriquecimiento injusto. (STS 25 octubre 1985, no ha lugar.) (L.R.A.)

**105. Contrato de transporte terrestre de viajeros. Naturaleza jurídica.**— El Código de Comercio sólo dedica al transporte de viajeros el artículo 352, y ello sólo para regular el contenido de la carta de porte o billete, por lo que esta ausencia de regulación específica debe suplirse con la aplicación de la normativa del Código Civil y, más concretamente, con la relativa al contrato de arrendamiento de obra, en cuanto se adapte a sus peculiares circunstancias, por ser el contrato de transporte de personas una modalidad de arrendamiento de obra, al obligarse al porteador a la consecución de un resultado, cual es situar a la persona en un lugar determinado, conclusión que lleva a afirmar que la materia relativa a la responsabilidad de las partes debe regularse por las disposiciones generales por culpa contractual contenidas en el referido Código Civil.

**Presunción de culpabilidad en la falta de adecuación a lo pactado. Carga de la prueba.**— Surgiendo del contrato como obligación principal del porteador el traslado del pasajero desde el punto de partida al de destino, es manifiesto que el incumplimiento de tal deber y las consecuencias dañosas para la vida o la integridad física del viajero que de tal incumplimiento se deriven deben serle imputables en tanto no acredite que la falta de cumplimiento se debió a caso fortuito o fuerza mayor, y ello no sólo por tener declarado esta Sala que existe una presunción de culpabilidad en la falta de adecuación a lo pactado, sino, también, porque la aplicación del principio del «onus probandi», proclamado en el artículo 1.214 del Código Civil lleva a la misma conclusión. (STS 31 mayo 1985, no ha lugar.)

**HECHOS.**— Hallándose circulando por la carretera N-321 un autocar derrapó por un barranco, a consecuencia de lo cual fallecieron determinados viajeros y otros resultaron heridos. En la demanda se solicitó indemnización de daños y perjuicios al propietario del autocar, al conductor del mismo y a la compañía aseguradora. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, acogiendo la excepción de prescripción de la acción ejercitada. La Audiencia Territorial revocó en parte este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por la representación del propietario del autocar. (A.C.S.)

**106. Transportes de mercancías por carretera. Responsabilidad del transportista. Legislación aplicable.** Tanto la legislación interna española como el Convenio Internacional de Transportes por carretera excluyen la responsabilidad del porteador en caso de pérdida de las mercancías por fuerza mayor.

**Ámbito de aplicación del Convenio de 1956.**— La normativa aplicable está consuetudinariamente por el Convenio de Transporte Internacional de Mercancías por carretera de 19 de mayo

de 1956, al que se adhirió España, entrando en vigor el 13 de mayo de 1974, cuyo artículo 1.º fija el ámbito de aplicación, con independencia del domicilio y nacionalidad de las partes contratantes, a los transportes de mercancías por carretera siempre que el contrato sea oneroso, que el transporte se verifique por automóviles, vehículos articulados, remolques y semi-remolques, y que los puntos de origen o toma de la mercancía y el lugar de destino estén situados en dos países diferentes, uno de los cuales, al menos, sea contratante.

**Responsabilidad por pérdida de la mercancía.**— El artículo 17 del Convenio atribuye al transportista la responsabilidad por la pérdida total o parcial de la mercancía entre el momento de la recepción y el de la entrega, a no ser que la pérdida haya sido ocasionada por circunstancia que el transportista no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir, es decir, por causa de fuerza mayor cuya prueba le impone el artículo 18.

**Fuerza mayor derivada de la sustracción del camión y de la mercancía.**— Declarado probado que la sustracción del camión tuvo lugar en horas poco propicias, habiéndolo dejado aparcado en lugar habitado y supuestamente vigilado por la proximidad de fuerzas policiales, sin que el conductor permaneciera fuera de vista del vehículo más que durante la cena y tras haber cerrado la puerta de acceso, ningún reproche puede hacerse a éste, debiendo afirmarse que la sustracción temporal del camión y definitiva de la mercancía se debió a circunstancias que el conductor no pudo evitar, pues no se discute que el lugar de aparcamiento no fuera el adecuado, ni que incurriera en la negligencia de dejar abierto el camión, y ha de entenderse que no pudo impedir las consecuencias que tal sustracción ocasionó en orden al cumplimiento de la obligación de entrega de la mercancía, calificándose el incumplimiento de debido a fuerza mayor excluyente de la responsabilidad del porteador. (STS 20 diciembre 1985 no ha lugar.) (G.G.C.)

107. **Transporte marítimo de mercancías. Responsabilidad del porteador. Caducidad de la acción. Convenio de Bruselas de 1924.**— La Ley de 22 de diciembre de 1949 incorporó a nuestra legislación el Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924 sobre unificación de reglas en materia de conocimiento de embarque en el transporte internacional de mercancías por mar, aunque hay opiniones que mantienen que tal incorporación tuvo lugar con la publicación del Convenio en 1930 en el «B.O.E.», y según el artículo 22, 4.º, de aquella «en todo caso, el porteador y el buque estarán exentos de toda responsabilidad por pérdidas o daños, a menos que se ejercite una acción dentro del año siguiente a la entrega de las mercancías o a la fecha en que éstas hubieran de ser entregadas», habiendo declarado las Sentencias de 30 de mayo de 1984 y 29 de enero de 1985 que se trata de un plazo de caducidad, como se deduce de la literalidad del precepto, que a la acción concedida le concede una duración limitada de forma que la inactividad durante el referido plazo exonera «en todo caso» de responsabilidad al porteador y al buque.

**Ampliación del plazo de caducidad por voluntad de las partes. Imposibilidad de prorrogar plazo ya extinguido.**— Es doctrina jurisprudencial la posibilidad de ampliar el plazo de caducidad por acuerdo de las partes, con apoyo en el principio de autonomía que en materia de ampliación no contradice las Leyes, la moral, ni el orden público, pero no cabe tal ampliación cuando la prórroga se produce una vez extinguido el plazo, además de no constar si la persona que la otorgó estaba, o no, autorizada para hacerlo (Sentencia 11 octubre 1986, no ha lugar.)

NOTA.— Es importante la declaración de ser ampliable por acuerdo de las partes el plazo de caducidad, opinión que no todos comparten por entender que la

regulación de esta institución es, toda ella, de *ius cogens*. Entre los autores más favorables a la modificabilidad por voluntad privada de los preceptos legales sobre caducidad, ALBALADEJO, *Derecho Civil*, 1-2.º, 6.ª ed. (Barcelona 1980), p. 527, se muestra contrario al alargamiento (como era este caso) y favorable al acortamiento de los plazos. Cabe mencionar también, como criterio analógico contrario, el que se deduce de la Ley 27 de la Compilación Navara: «No tendrán efecto los convenios o disposiciones destinados a modificar los plazos legales de prescripción» (G.G.C.)

**108. Seguro de accidente. Acción directa contra la compañía aseguradora. Las excepciones de ésta contra el asegurado no puede oponerlas contra el perjudicado.**— Según el artículo 76 de la Ley del seguro de 1980, la Compañía aseguradora no puede oponer al perjudicado que ejercite la acción directa las excepciones permisibles frente al asegurado; en este peculiar supuesto no se trata de un seguro en beneficio de tercero, ni tampoco un caso de autorización de uso de vehículo por el dueño del mismo y asegurado a un tercero, sino de un contrato de seguro de responsabilidad, cuyo tomador no es el dueño ni el usuario, lo que de hecho lo convierte prácticamente en un seguro a favor de tercero, colocándose la compañía en una posición no muy airosa en su actitud negativa respecto del abono del resarcimiento a la víctima por el daño causado por el objeto asegurado, actitud no muy conforme con la buena fe (artículo 1.258 del Código Civil y Ley de 1980), porque al pactar con quien no era dueño del vehículo —pacto no prohibido por la Ley— es claro que ahora no puede ampararse en esa circunstancia y excusar el abono previsto, so pena de —en la práctica— autorizar un enriquecimiento injusto, y en lo jurídico entender el contrato como un convenio de laboratorio, vacío de sentido y sin causa operante, mientras no se demuestre la existencia de cualquier pacto de exclusión lícita de responsabilidad (STS 5 mayo 1985, no ha lugar.)

**109. Seguro de pedrisco. Competencia. Jerarquía normativa. Resolución de Dirección General.**— El respeto a la jerarquía de normas es tradicional en nuestro Derecho, como lo pueban el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 y los artículos 1.2 y 2.2 del Código Civil, concluyendo esta evolución la vigente Constitución de 1978 que en su artículo 9.3 garantiza la jerarquía normativa, a la vista de cuyas disposiciones no cabe sostener que se determine la competencia judicial en virtud de norma que en la jerarquía administrativa ha de encuadrarse en último lugar, según se deduce del artículo 23, apartado 2, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, entre las «disposiciones de autoridades y órganos inferiores», contraviniendo, además, en caso de darle preferencia de aplicación, al ordenamiento jurídico sustantivo.

**Sumisión tácita.**— El hecho de haber solicitado el recurrente prórroga para contestar a la demanda sin alegar incompetencia, implica sumisión tácita al Juzgado que le emplazó.

**Cláusula de sumisión que figura sólo en el condicionado general de la póliza.**— Se ejercita en la litis la acción de reclamación de indemnización derivada de un seguro de pedrisco por el asegurado en la que no consta sumisión a ningún Juez o Tribunal, ni se transcribe en ella el reenvío ni la declaración de competencia a favor de Juzgado distinto de aquél en que se presentó la demanda; declaración desconocida por la contraparte seguramente por haber omitido dar conocimiento de ello a la misma, la entidad aseguradora, que ahora no

puede apoyarse en una consecuencia de no haber advertido aquella circunstancia al asegurado. (STS 6 julio 1985, no ha lugar.)

NOTA.— Sentencia plenamente de aprobar (Pte. Santos Briz), debiendo resaltar en ella: 1.º La enérgica reafirmación del principio de jerarquía normativa, hoy por lo demás imperativo constitucional; 2.º haber recogido la mejor doctrina civilista sobre el valor de las condiciones generales, no aceptadas ni siquiera comunicadas a la contraparte; y 3.º el silencio sobre la Ley de consumidores, cuya aplicación hubiera llevado a idéntica solución del caso, reforzando y actualizando los argumentos aquí empleados. (G.G.C.)

**110. Libretas indistintas. Actos dispositivos indebidos realizados por uno de los titulares tres días antes de la muerte del otro. Incongruencia.**— Aun cuando la congruencia no supone en modo alguno una acomodación literal a las pretensiones formuladas por las partes en el curso de la fase de alegaciones, y sí únicamente a lo que constituye la esencia de la contradicción «inter partes», lo que resulta indudable, y así lo ha puesto de relieve de modo reiterado esta Sala, es que la resolución que pone término a una contienda procesal no puede: a) sustituir las cuestiones o temas objeto de debate por otros; y b) alterar la causa de pedir, en cuanto ello impediría a una de las partes rebatir los argumentos contrarios.

**Principio dispositivo y «iura novit curia».**— Si bien el Juzgador puede en uso o aplicación del principio «iura novit curia» en relación con el «da mihi factum» aplicar normas distintas, e incluso no invocadas por los litigantes a los hechos por los mismos establecidos, esto no puede ser causa, ni tampoco dar lugar, a que se opere la entrada en el debate de un elemento, una defensa o una excepción que no hubiere sido objeto de alegación en el momento procesal oportuno, al punto de alterar con ello la pretensión deducida, salvo que se trate de pretensiones que afecten al denominado «orden público»; y ello porque admitir referida potestad equivaldría a subvertir o alterar dos principios fundamentales del proceso civil español, el dispositivo y el de contradicción.

**Falta de legitimación alegada «in voce» en la vista.**— La falta de legitimación alegada «in voce» por los demandados en la vista de la apelación, al ser estimada en la Sentencia sin previa exposición en la fase procesal oportuna, impide a la parte a quien afecta rebatirla, produciéndole indefensión.

**Donación remuneratoria. Ausencia de prueba.**— En los hechos probados no aparecen datos que permitan entender que se convino, pactó o surgió donación de clase alguna entre las titulares de la cuenta indistinta, ni tampoco que hubieran existido conversaciones entre ambas, o incluso entre la presunta donataria y terceras personas que permitan acoger una «voluntas donandi» a título «inter vivos» o «mortis causa», o tan siquiera «remuneratoria», por lo que carece de justificación la realización de actos dispositivos por una de las titulares de las libretas indistintas tres días antes del fallecimiento de la otra. (STS 17 abril 1985, ha lugar.)

NOTA.— Son hechos básicos que se recogen en el primer considerando: 1.º Que doña Teresa fallece en estado de soltera, e intestada, después de penosa enfermedad que obligó a su internamiento durante cinco meses anteriores a su muerte; 2.º durante su estancia en el hospital fue asistida de modo constante por su sobrina, doña Engracia; doña Teresa tenía dos cartillas en una Caja de Ahorros, cuya apertura se efectuó haciendo aparecer como titulares indistintas de las mismas, a la difunta y a su sobrina, teniendo en cuenta que la primera no sabía leer ni escribir;

3.º tres días antes del fallecimiento de doña Teresa, con la colaboración de doña Engracia, se efectuaron operaciones que dieron lugar a transferencias de la casi totalidad del saldo de dichas cartillas a otras a nombre de doña Engracia y su marido; y 4.º la demanda se interpone por dos hermanos de doble vínculo de la difunta y por una hija de otra hermana fallecida, y se pide que se declare que los saldos existentes antes de hacer las mencionadas transferencias forman parte del caudal relicto de doña Teresa. La demanda se estima por el Juzgado, mientras que la Audiencia Territorial absuelve de ella a los demandados. El Tribunal Supremo con base en la doctrina extractada (Pte. Martín-Granizo) estima el recurso de casación y en segunda sentencia confirma la de Primera Instancia.

El supuesto de hecho se da con bastante frecuencia, y, aunque la *ratio decidendi* es de carácter exclusivamente procesal, a saber, la incongruencia de la sentencia de la Audiencia Territorial, que basa la absolución de la demanda en la excepción de falta de legitimación de los actores, es lo cierto que el razonamiento del Tribunal Supremo parece haber sido el de la ausencia de justificación de las transferencias litigiosas, como lo corrobora el penúltimo considerando relativo a la ausencia de verdadera donación. Con todo, la situación de hecho ofrece ciertos interrogantes no suficientemente aclarados. ¿No se justificaría o, al menos, se presumiría, una donación remuneradora en favor de doña Engracia (servicios abnegados prestados durante los cinco últimos meses de vida)? (G.G.C.)

**111. Préstamo. Duración. «Cierta tiempo». Incumplimiento del deber de restitución.**— El prestatario asumió la obligación de devolver la cantidad mutuada a los pocos días de recibida, razón por la que la Sala de instancia estima que el incumplimiento se operó en esos días, conclusión lógica y razonable en relación con la mecánica de la entrega del dinero por el prestamista, es decir mediante un talón contra su cuenta en la Caja de Ahorros de la que era Delegado el prestatario y la promesa de éste de una rápida devolución, en atención a su cargo —que perdió por esta causa— y en el que también se amparó para obtener el dinero, con lo que se aplicó en sus propios términos el artículo 1.740 del Código Civil, al fijarse el incumplimiento en el «cierto tiempo» pactado, explicablemente breve según las circunstancias y sin que pueda presumirse un plazo implícito en razón de la tardanza en presentar la demanda al prestamista.

**Préstamo condicional. Cuestión nueva.**— No puede tomarse en consideración la alegación del demandado de tratarse de un préstamo condicionado al cumplimiento de otro segundo préstamo que el prestatario realizó con la cantidad mutuada, de modo que al devolver los terceros la cantidad al recurrente estaba éste obligado a su devolución al actor, y ello en razón de tratarse de una cuestión nueva, en este momento procesal no susceptible de tratamiento, en obediencia al principio de audiencia bilateral, que exige dar a cada parte la oportunidad de su defensa (artículo 24.1 del Código Estatuario) y de la imposibilidad de revisar un hecho y su consecuencia jurídica no aportado al pleito, tal un pacto condicional inexistente y no acreditado.

**Incumplimiento doloso. Daños y perjuicios.**— Dado el incumplimiento en el prestatario, de carácter doloso, procede la condena a indemnizar daños y perjuicios, que no se establecen por el solo hecho del incumplimiento, sino una vez acreditada su realidad, que consistió para el prestamista en los intereses que hubo de abonar a la Caja de Ahorros por el tiempo tardado en devolverse la cantidad por el prestatario, cantidad que el primero extrajo del crédito que tenía concedido. (STS 28 mayo 1985, no ha lugar.)

NOTA.— Compleja situación de hecho en la que es posible discernir la existencia hasta de tres contratos de préstamo, de alguna manera relacionados entre sí, al menos por la identidad de alguno de sus elementos, si bien el pleito sólo se plantea respecto de uno de ellos, pese a los esfuerzos del demandado por demostrar la conexión con alguno de los otros. En síntesis cabe discernir las siguientes relaciones de mutuo: 1.ª «A» tiene abierta una cuenta de crédito con la Sucursal de una Caja de Ahorros; esta relación contractual tiene una incidencia indirecta en el pleito (los intereses de la cuenta sirven de módulo para fijar la indemnización de daños y perjuicios); 2.ª el director de la entidad crediticia solicita de «A» un préstamo algo superior a 4.500.000 pesetas, para atender las necesidades de unos amigos; ésta es la relación jurídica litigiosa; 3.ª el Director entregó a «B» y «C» el talón que recibió de «A», teniendo necesidad de reclamarles judicialmente la devolución del préstamo, cosa no lograda, pese a obtener sentencia firme condenatoria, por haber pactado con los prestatarios el pago en plazos mensuales, no finalizados al iniciarse este pleito.

El Director de la Caja de Ahorros alegó que él no realizó ningún contrato de préstamo, sino que se limitó a intermediar entre «A», de una parte, y «B» y «C», de otra; en casación introdujo la idea del préstamo condicional, rechazada como cuestión nueva. Ha sido notable el esfuerzo del Tribunal Supremo por aislar la relación mutual entre «A» y el Director, del que podemos denominar «préstamo final o de destino», y ciertamente los argumentos son convincentes. Rechazada en la Instancia la alegación de intermediación operada por el Director, no parece verosímil que «A» aceptara el condicionamiento de reclamar el importe de su préstamo sólo cuando lo restituyeran, a su vez «B» y «C». Hay, con todo, una sutil conexión entre ambos préstamos originada por la «atípica» conducta del Director de la Caja, que actuó inicialmente con buena fe, con ánimo de ayudar a unos clientes en apuros, y que luego se va transformando en perjuicio de uno de ellos, hasta el punto de merecer del Tribunal Supremo la calificación de conducta dolosa. Por todo ello debiera rechazarse por principio la intervención de los empleados de las entidades crediticias en operaciones a título personal, aunque sea sin ánimo de lucro (G.G.C.)

**112. Quiebra del comerciante. Presupuesto económico-jurídico.**— El artículo 874 del Código de Comercio exige, para reputar en estado legal de quiebra al comerciante, el sobreseimiento en el pago corriente de sus obligaciones, esto es, el presupuesto económico-jurídico que ha de ser tenido en cuenta por el juzgador para la declaración de quiebra, que si nace con la declaración formal en tal sentido, encuentra su ineludible apoyatura en un verdadero sobreseimiento general acusador del pretendido estado de insolvencia definitiva, según el sentido de la legalidad vigente, así como el de la jurisprudencia de este Tribunal. (STS 11 mayo 1985, no ha lugar.)

**HECHOS.**— Se interpone recurso de casación contra el auto de la Audiencia Territorial que denegó la declaración de quiebra voluntaria solicitada por un empresario. No prospera el recurso. (A.C.S.)

### III. DERECHO PROCESAL

**113. Beneficio de pobreza. Signos de riqueza.**— El Tribunal Supremo desestima la petición del actor de litigar con beneficio de pobreza en el recurso de casación interpuesto por aquél.

La concesión del derecho a la justicia gratuita requiere, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Procesal, literalmente acomodado al 119 de la Constitución, la prueba cumplida de la insuficiencia de recursos para litigar, determinada por el nivel de ingresos económicos no superiores al doble del salario mínimo interprofesional, vigente en el momento de solicitarlo (artículo 14), sin perjuicio de la flexibilidad que en este punto confiere al artículo 15 para las situaciones en que las rentas del demandante rebasen ese *quantum* sin exceder del cuádruplo; teniendo en cuenta, por otra parte, las facultades discrecionales del organismo jurisdiccional cuando «los signos exteriores o modo de vida» apreciables según prudente arbitrio (Sentencias 16 mayo 1947, 4 octubre 1963 y 25 octubre 1964, aplicando el precepto equivalente del texto derogado) permiten llegar a la fundada sospecha de que la condición patrimonial del solicitante excede del límite impuesto por la norma, racional deducción que podrá basarse en el tono ostentoso y de alarde en el comportamiento de quien postula el beneficio (Sentencias 14 junio 1956 y 25 febrero 1961), pertenecer a círculos de recreo y la frecuente concurrencia a establecimientos lujosos (Sentencia 9 diciembre 1966) e incluso la circunstancia de haber mantenido varios pleitos litigando como rico (Sentencia 3 junio 1963). (STS 24 octubre 1985) (A.M.S.)

**114. Falta de personalidad del procurador.**— No procede estimarla cuando los términos del poder son lo suficientemente claros y concretos, en el sentido de que el otorgante, que asegura su vigencia sin contradicción válida, está apoderado por la entidad bancaria que representa, a virtud de poder que el propio Notario tiene a la vista, y del que resultan, tanto las facultades de representación que le están conferidas, como la de sustituir el poder a favor de Procuradores, facultades que a seguido se transcriben, de donde se deduce la existencia de un apoderamiento correcto y acomodado a la normativa legal y reglamentaria, que conduce al rechazo de la excepción. (STS 16 julio 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

**115. Competencia. Compraventa mercantil. Envío de mercancía a porte debido. Acción personal de reclamación del precio. Juez del domicilio del vendedor.**— Ejercitándose una acción personal de reclamación de cantidad, derivada de un contrato de compraventa mercantil, en el que no consta que las partes señalaran un lugar determinado para el cumplimiento de sus obligaciones, y acreditado que la mercancía viajó desde Valencia (lugar del domicilio del actor) a Medina del Campo (lugar del domicilio de los demandados), a portes debidos, es decir, a costa y riesgo de estos últimos, es obvio que por aplicación de la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo dispuesto en los artículos 1.171 y 1.900 del Código Civil, aplicables a las compraventas mercantiles por disposición del artículo 50 del Código de Comercio, corresponde la competencia al Juez del domicilio del vendedor, lugar donde radica su establecimiento mercantil. (Sentencia 15 abril 1985) (G.G.C.)

**116. Litisconsorcio pasivo necesario.**— Como ha dicho esta Sala en su Sentencia de 15 de abril de 1982, reiterando doctrina anterior, las partes en el proceso no están releva-

das de convocar al mismo a aquellas personas que tengan o puedan tener un legítimo interés en impugnar la resolución que recaiga y puedan ser afectadas por el fallo, pues ello implicaría la posibilidad de dictar fallos contradictorios y afectar con la resolución a dictar a personas que no han sido citadas y oídas en juicio, de aquí que, si la pretendida declaración de nulidad de la escritura de división horizontal, declaración de obra nueva y atribución de cuotas en comunidad, ha de afectar indudablemente a las personas en ella integradas, la absolución en la instancia del pedimento anulatorio reconvenional, establecida por la Sentencia impugnada, es plenamente ajustada a derecho, al no estar correctamente constituida la relación jurídico-procesal, por falta de litisconsorcio pasivo necesario. (STS 8 junio 1985, no ha lugar.) (A.C.S.)

**117. Arrendamiento de local de negocio. Reclamación de rentas. Legitimación pasiva de todos los herederos del arrendatario fallecido. Litisconsorcio pasivo necesario.**— Se ha interpretado adecuadamente el artículo 60 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, dado que no reconocida en la resolución impugnada la falta de heredero, ni tampoco la sustitución de todos o algunos de los herederos del arrendatario fallecido, entra en juego la normativa del citado precepto que atribuye vinculación arrendaticia conjunta a todos los herederos, y, en particular, en relación con los débitos emanantes de la continuidad del arrendamiento, cual es el pago de las rentas del mismo en descubierto, existiendo entre todos ellos litisconsorcio pasivo necesario. (STS 24 mayo 1985, no ha lugar.)

**118. Inexistencia de contrato de arrendamiento. Prueba de presunciones.**— Son hechos básicos y fundamento de la presunción: 1.º la relación de parentesco íntimo —madre e hijo— entre el demandado y la supuesta arrendadora; 2.º la circunstancia de haber tenido la madre de los litigantes su domicilio habitual en el inmueble litigioso, primero con su esposo e hijos y luego con el demandado y su familia; 3.º la falta de documento escrito del supuesto contrato de arrendamiento, no obstante comprender la vivienda y el local en el que el demandado ejercía su industria; la falta de trascendencia a terceras personas del invocado contrato y el silencio de la madre, supuesta arrendadora, respecto al mismo en el acto de otorgamiento de la escritura de donación a su hija, así como el silencio del propio demandado al practicársele el requerimiento notarial previo al desahucio por precario, y el hecho de no haberse intentado el pago de las rentas hasta después de este juicio; 5.º lo exiguo de la merced que se dice pactada; y 6.º la circunstancia de no poder estimarse acreditado que las firmas de los recibos hayan sido puestas con posterioridad a la escritura del texto mecanografiado, ni, aunque así fuera, que la firmante lo hiciera con cabal conocimiento de ese texto. Entre tales hechos y la consecuencia de no haber existido contrato de arrendamiento existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, sin que pueda mantenerse que la deducción sea ilógica, absurda o inverosímil.

**Cosa juzgada. No la produce una Sentencia desestimatoria en juicio de desahucio por precario.**— El contrato de arrendamiento que «en principio» declaró existente una Sentencia de desahucio al exclusivo fin de evitar que, al amparo de un proceso sumario y rápido que exige términos sencillos y claros en su planteamiento, se solventen situaciones complicadas que requieran una discusión más amplia y rodeada de mayores garantías, ha sido negada por la resolución aquí recurrida y es totalmente intrascendente apoyar el motivo en la presunción de veracidad de la cosa juzgada, dado que la Sentencia desestimatoria del desahucio en precario no produce efectos de cosa juzgada en el presente proceso en el que

se discute la existencia del título arrendaticio invocado, y no su mera apariencia que se estimó entonces suficiente para evitar la declaración de precario.

**Carga de la prueba. Artículo 1.214 del Código Civil.**— El artículo 1.214 del Código Civil no permite el éxito de un recurso de casación por infracción de Ley más que en los supuestos en que la Sala, en la hipótesis de falta de prueba, haya invertido en su fallo el principio del *onus probandi*, pero no en aquellos otros en los que el Tribunal de Instancia haya obtenido sus conclusiones fácticas tras el debido análisis y valoración de las pruebas practicadas. (STS 10 mayo 1985, no ha lugar.)

Mínuciosa investigación de los elementos fácticos que conducen a la declaración de inexistencia de un contrato de arrendamiento, alguno de cuyos argumentos, no obstante, suscitan dudas. La intimidad de las relaciones entre donante y donataria (madre-hija) ¿no pueden hacer sospechosa la donación de la propiedad del piso, si resulta además que conviven? La exiguidad de la renta ¿no es propia de tales relaciones de parentesco? Salvo falsedad o manipulación ¿no parece excesivo invalidar tres recibos? (G.G.C.)

**119. Reclamación de cantidad. Interpretación de cláusula de un contrato. Literosuficiencia de un documento.**— Una cláusula por la cual las partes dan como válida la liquidación que se adjunte, renunciando a cualquier otro derecho que pudiera asistirles, no ofrece duda en cuanto a su sentido de que se practicaría una liquidación entre las partes, cuyo alcance no podía ser otro que el de fijar un saldo, que podía ser favorable tanto a una parte como a la otra, con la ineludible consecuencia de que la parte a quien favoreciera podría reclamar de la otra su pago, siendo absurdo interpretar dicha cláusula, como se pretende, que el saldo que resulta a favor de los dueños de la obra no lo pueden reclamar éstos porque habían renunciado a formular cualquier tipo de reclamación; tampoco la interpretación sistemática contenida en el artículo 1.285 del Código Civil, puede conducir a obtener la pretensión antes mencionada de no formular reclamación alguna, pues, aunque en otra cláusula se contiene una renuncia a pedir indemnizaciones comerciales y económicas, esta última cláusula no puede referirse a una renuncia anticipada al saldo que pudiera resultar a su favor en la liquidación de cuentas, pues el concepto de indemnización hay que referirlo a anormalidad en el cumplimiento de un contrato y no cuadra con las consecuencias que han de deducirse de una simple liquidación de cuentas.

La Sala sentenciadora en la instancia ha incurrido en error de hecho al desconocer el significado del documento presentado con el epígrafe «Certificación de acopios», que acreditaba los materiales dejados por la entidad contratista, en el lugar de la obra, y estando expedita dicha certificación por el Arquitecto que dirigía la construcción y reconocida en su realidad por los dueños de la obra, de manera literosuficiente el documento mencionado expresa poder incrementar, con el valor de los materiales dejados, el haber de la sociedad contratista en la liquidación a practicar. (STS 26 abril 1985, ha lugar.) (E.N.S.-R.)

**HECHOS.**— El origen de esta causa es un contrato de ejecución de obra concertado el 31 de julio de 1975, entre una sociedad, en calidad de contratista, y los dueños de la obra. El inicial contrato de ejecución de obra fue resuelto de común acuerdo por ambas partes el 28 de octubre de 1976, renunciando la entidad contratista a la ejecución de la parte de la obra que restaba por realizar, liquidándose las relaciones jurídicas de los intervinientes en los siguientes términos: «Que ambas partes dan como válidas la liquidación que se adjunte a este documento, renunciando a cualquier otro derecho que pudiera asistirle a ambos».

**120. Valor probatorio de las fotocopias.**— Que si bien esta Sala ha venido a concluir que las fotocopias no adverdadas carecen de fuerza probatoria de su contenido, también se ha declarado que la Sala de Instancia en uso de su soberanía en la apreciación de la prueba puede valorar los documentos privados no reconocidos en unión de otros elementos de juicio que se infieran de lo actuado, así como que la norma del artículo 1.225 del Código Civil no impide dar la debida relevancia a un documento privado no reconocido, conjugando su valor con los restantes elementos demostrativos.

**Reconocimiento de la autenticidad de un documento privado.**— El artículo 1.225 no impone que el reconocimiento de la autenticidad de un documento privado, hecho por aquellos a quienes afecta, sea el único medio para probar su legalidad en cuanto ello sería tanto como dejar subordinada a la voluntad de las partes la eficacia de un documento por ellas suscrito. (STS 23 mayo 1985, no ha lugar.) (A.C.S.)

**121. Prueba testifical.**— El artículo 1.248 del Código Civil, de simple carácter admonitivo y no preceptivo, sólo contiene un criterio de prudencia valorativa en la apreciación de las declaraciones testificales, que ni limita ni constriñe la libertad de juicio del Tribunal de Instancia para su ponderación de acuerdo con las reglas de la sana crítica. (STS 16 julio 1985, no ha lugar.) (A.C.S.)

**122. Prueba pericial.**— No goza de la consideración de prueba legal, por la expresa declaración en contrario de los artículos 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.243 del Código Civil, que el propio motivo invoca, preceptos que encomiendan la apreciación de dicho medio de prueba a las reglas de la sana crítica y por lo mismo a su libre apreciación sin estar obligados los Jueces y Tribunales a sujetarse al dictamen de los peritos. (STS 11 junio 1985, no ha lugar.) (A.C.S.)

**123. Vicios relativos a la admisión o práctica de las pruebas.**— La denuncia de estos vicios no puede ampararse, a voluntad del recurrente, en cualquiera de los motivos tercero o quinto del citado artículo 1.693 de la citada Ley de ritos, dado que, atendiendo al rigor formal de este recurso, han de precisarse adecuadamente el precepto o preceptos infringidos y la determinación de la causa en que consiste la infracción. (STS 17 julio 1985, no ha lugar.) (A.C.S.)

**124. Prueba testifical.**— La jurisprudencia de esta Sala ha establecido que la norma contenida en el artículo 1.248 del Código Civil no tiene carácter preceptivo y si simplemente admonitivo, correspondiendo a los Tribunales de Instancia la apreciación de la mencionada prueba, conforme a las reglas de la sana crítica a que se refiere el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habiendo quedado sin efecto el antiguo aforismo «unus testis, nullus testis» y, en general, todos los preceptos del antiguo derecho, tasando la repetida prueba.

**Prueba de presunciones.**— La apreciación del enlace preciso y directo, al 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 adquirir la presunción, a menos que se demuestre su patente improcedencia por ilógica o absurda. (STS 13 mayo 1985, no ha lugar.) (A.C.S.)

**125. Congruencia. Doctrina general.**— La congruencia únicamente exige del Juzgador un acomodarse a lo que constituye la esencia de las peticiones formuladas por quienes son parte en sus respectivos escritos de la fase de alegaciones; que dicha congruencia afecte única y exclusivamente a la conexión fallo-*petitum*, tomando para ello como punto de partida los hechos alegados por quienes son parte en el proceso y no las fórmulas o las normas jurídicas que las mismas citen y estimen aplicables, por cuanto que, a virtud del hoy principio de derecho *iura novit curia*, el Juzgador se encuentra autorizado para aplicar la norma adecuada a los hechos ofrecidos por los litigantes, sin necesidad de acomodación estricta a la literalidad de sus solicitudes, aunque sí con respecto a lo por ellas pedido. (STS 20 mayo 1985, no ha lugar.)

Véase la Sentencia de 21 de mayo de 1985, en este mismo Anuario, en la que se invoca la misma doctrina sobre la congruencia, pero con resultados opuestos. El supuesto de hecho es radicalmente diferente: aquí se trata del juicio declarativo en que se pide la demolición de unas obras en finca ajena subsiguiente a un interdicto de obra nueva. (G.G.C.)

**126. Quebrantamiento de forma. Prueba pericial acordada para mejor proveer.**— El motivo debe ser desestimado, no sólo porque en él falta la mención del precepto o principio procesal infringido en la instancia, de inexcusable cita según constante exigencia jurisprudencial, sino porque sobre tal circunstancia opera asimismo la de que la diligencia de prueba que se acusa incorrectamente practicada fue acordada para mejor proveer en Primera Instancia, y es doctrina igualmente pacífica que el uso por el Juzgador de las facultades que le confiere el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no puede ser discutido por las partes litigantes ni dar lugar a recurso alguno. (STS 23 mayo 1985, no ha lugar.)

**127. Acción ejecutiva cambiaria. Competencia territorial.**— Si bien es cierto que en la letra figura una cláusula en la que por el aceptante se dice textualmente: «acepto el domicilio del librador», también lo es que tales términos son insuficientes, por su vaguedad e imprecisión, para determinar una sumisión del deudor, al no derivarse de los mismos un carácter de sumisión expresa, por lo que, no pudiéndose estimar tampoco una sumisión tácita, y tratándose en los presentes autos de una acción ejecutiva para la efectividad de letra de cambio, domiciliada en la ciudad de Ponferrada, lugar del domicilio de la entidad aceptante, debe decidirse la competencia en favor del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de los de dicha ciudad de Ponferrada. (STS 11 julio 1985) (A.C.S.)

**128. Acción ejecutiva derivada de letras de cambio. Competencia territorial.**— Es doctrina reiterada de esta Sala que el conocimiento de la acción ejecutiva derivada de letras de cambio, cuando en ellas se designa el domicilio del librado aceptante, y en tal población se verificó el protesto de la cambial, viene atribuido a los Juzgados del domicilio de dicho librado, que en el caso que se examina es Albacete. (STS 15 julio 1985) (A.C.S.)

**129. Acción ejecutiva derivada de letras de cambio. Competencia territorial.**— Que si bien es cierto que en las acciones ejecutivas cambiarias la competencia territorial viene atribuida al Juez del lugar donde la letra haya sido domiciliada para su pago, tal normativa competencial quiebra en aquellos supuestos en que existe sumisión expresa a otro Juzgado o Tribunal, entendiéndose la misma producida cuando en el lugar correspondiente al acepto figura la locución «acepto cantidad, vencimiento y domicilio y la competencia de los Tribunales de Zaragoza», sin que sea obstáculo a ello el que el juicio ejecutivo se basara en letras domiciliadas en otro lugar, ni tampoco que no conste la renuncia al propio fuero, a que alude el artículo 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que es doctrina jurisprudencial uniforme que no es preciso emplear las mismas palabras que el precepto, bastando que se deduzca de su expresión, aunque no se haga renuncia expresa. (STS 24 mayo 1985) (A.C.S.)

**130. Exequator de laudo arbitral pronunciado en Inglaterra. Requisitos según convenio de Nueva York de 1958. Traducción de documentos.**— El artículo 4.º, párrafo 2.º, del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de Sentencias arbitrales extranjeras tiene previsto que la versión al idioma oficial del país en la que se invoque la resolución puede ser efectuada «por un traductor oficial o un traductor jurado», supuesto el último que aquí concurre.

**Necesidad de autenticar fotocopias de documentos.**— Las fotocopias cuya autenticación se reclama son las relativas a documentos (póliza de fletamento y anexos) que fueron tenidos en cuenta por el Juez árbitro inglés al dictar su sentencia o laudo, y es a ese Juez al que correspondía su valoración formal y sustantiva, competencia que en modo alguno puede ahora ser revisada por afectar al fondo del asunto, y estar excluido su conocimiento al juicio o comprobación del *exequator*, dados los términos taxativos del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**«Apostillas» del poder.**— Si bien es cierto que en la escritura del poder del solicitante no figura la apostilla, si viene adornada con la legalización, con lo que se cumple el fin esencial de la autenticación del documento.

**Inexistencia de indefensión.**— Del testimonio del laudo firme que se acompaña, firmeza declarada por la suprema jurisdicción británica, resultan con toda claridad y fehacencia los distintos comunicados, requerimientos y citaciones dirigidas por la parte y por el árbitro designado a la sociedad demandada, de tal suerte que ésta en modo alguno puede objetar situación de inferioridad o desamparo constitutiva de indefensión, pues, según también se ha reiterado por este Tribunal, lo que permite al mismo denegar el reconocimiento de la sentencia arbitral extranjera, según el artículo 5.1, A), del Convenio de Nueva York, es que la parte no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje, o que no haya podido por cualquier otra razón hacer valer sus derechos, y todo ello sin que la simple incomparecencia, que puede ser debida a comodidad o interés de la parte, pueda ser calificada de rebeldía a los efectos del número 2.º del artículo 954 de la Ley Procesal (Auto 29 marzo 1985) (G.G.C.)

**131. Nulidad de laudo arbitral. Compraventa de terreno. Integración del contrato.**— La Ley de 1953 delimita la figura del arbitraje, distinguiéndola de otras afines, y declarando en el párrafo 2.º del artículo 2.º que «no se considerará arbitraje la intervención del tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar

una relación jurídica no definida totalmente», pues, «en este caso, los efectos jurídicos de la intervención del tercero continuarán sometidos al régimen particular, que hoy en cada supuesto se establece», que es lo que han efectuado los árbitros en este caso, consistente en instalar dentro del contrato de compraventa de un terreno, todo un procedimiento, ciertamente complicado, para ventilar si el terreno compensatorio puede o no puede ser urbanísticamente utilizado, incorporándolo al que forma parte de la segunda fase, objeto del contrato, lo cual no es interpretar la cláusula, sino completarla, imponiendo complejas actividades, ni siquiera *in fieri* queridas al contratar, olvidando que su misión es decidir la controversia a partir de lo convenido *inter partes*, y que excede de su misión por caer fuera de los términos del compromiso el crear *ex novo*. (STS 2 mayo 1985, ha lugar.)

**132. Recurso de casación.**— Si bien es cierto que la reforma introducida en el recurso de casación por la ya citada Ley 34/1984, de 6 de agosto, restringió el riguroso formalismo de la Ley Procesal Civil, flexibilizándole, ello ha de entenderse en el sentido de estimar que la infracción denunciada, cual señala la Exposición de Motivos de la reforma, viene «referida a las normas del ordenamiento jurídico», como expresión del derecho en su conjunto, esto es, comprensivo, no solamente de la Ley, sino también de la costumbre, principios generales del Derecho y jurisprudencia, en la función que la norma atribuye, mas no en el de considerar a este Tribunal como un órgano cuya misión consiste en inquirir cuáles de los artículos del Código Civil que se citan son los infringidos y cuáles los aplicables. (STS 15 octubre 1985, no ha lugar.) (A.C.S.)

**133. Recurso de casación. Infracción de normas del ordenamiento jurídico. No incluyen las ordenanzas de garaje del Ministerio de la Vivienda.**— Si bien el nuevo texto del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sustituye el concepto o mención de «Ley» por el más amplio de «normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia», ello no quiere significar que el fin genuino de la casación, esto es, la nomofiliaquia o defensa del derecho subjetivo, pueda extenderse hasta una Ordenanza sobre garajes, prescindiendo de la doctrina jurisprudencial restrictiva sobre el particular, y en segundo término porque la Sentencia recurrida descarta la subsunción del caso conflictivo en la Ordenanza de 16 de mayo de 1974, inaplicable al programa de construcción de viviendas de 1973. (STS 8 julio 1985, no ha lugar.)

NOTA.— Destaca el carácter continuista en este punto de la interpretación del nuevo artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la referencia a las normas del ordenamiento jurídico se hace, según esta sentencia, para acomodarse a la dicción del artículo 1.º del Código Civil, y se recuerda, igualmente la doctrina tradicional, según la cual la casación no se daba respecto de normas puramente administrativas, en este caso, de ínfima categoría, como las Ordenanzas (G.G.C.)

**134. Carácter de la casación después de la reforma de 1984.**— De antiguo, la casación española ya no era pura casación, porque admitía, a través del portillo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la posibilidad de revisar los hechos y no sólo la aplicación judicial de las normas, es decir, la eventualidad de enjuiciar el fondo material del asunto (*ius litigatoris*), aparte de la función propiamente originaria de la casación, pensada para la unificación, mediante la jurisprudencia, del entendimiento y aplicación de las normas como garantía del respeto general a la Ley (*ius constitutionis*); la

reforma introducida por la Ley de 6 de agosto de 1984 ha venido a acentuar más esa función de defensa del particular litigante al ampliar el ámbito del antiguo número 7.º, hoy número 4, con su dicción de «error en la apreciación de la prueba basada en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios», que es matizada y precisada por el artículo 1.707, al decir que «también habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados los documentos o informes aducidos en demostración del error en la apreciación de la prueba», lo cual permitirá a este Tribunal, a instancia y prueba de la parte, una revisión más profunda, convirtiéndole en Juez más que en Tribunal de casación, con sus ventajas e inconvenientes, según la óptica político-judicial que se adopte y se defienda.

**Procesos de propiedad industrial. Posibilidad de reconvenición.**—Cabe reconvenir si el que lo hace cumple lo dispuesto en las reglas 1.ª y 2.ª del artículo 270 del Estatuto, es decir, pidiendo, a través del Juez, la remisión por el Registro del expediente administrativo relativo a la concesión que se impugna al reconvenir, con la lógica suspensión del trámite procesal que acuerde el Juez competente.

**Modelo de utilidad. Novedad. Modificaciones accesorias.**— El artículo 171 del Estatuto otorga la concesión del registro a aquellos modelos de utilidad para instrumentos, herramientas, dispositivos, etc., que aporten a la función a que son destinados un beneficio o efecto nuevo o una economía de tiempo, energía o mano de obra, o un mejoramiento en las condiciones higiénicas o psico-sociológicas del trabajo; lo que la Ley exige es que el modelo revista cierta importancia y trascendencia y no sólo modificaciones y ventajas accesorias, y en tal sentido se manifiesta la jurisprudencia (Sentencias de 11 marzo 1985, 26 noviembre 1983 y 16 julio 1984) (STS 15 noviembre 1985, ha lugar.)

NOTA.— Sentencia docta (Pte. De la Vega Benayas) que adocina sobre la nueva fisonomía que la reforma de 1984 ha tratado de imprimir al recurso de casación, especialmente en el controvertido tema de los hechos probados y respecto del cual tan reiteradamente se manifestó la Sala 1.ª. Encomiable también el esfuerzo interpretativo sobre el proceso de propiedad industrial, tan deficientemente regulado en el Estatuto. (G.G.C.)

**135. Quebrantamiento de forma. Desistimiento de procurador en apelación.**— El recurrente se personó en apelación por medio de Procurador, quien, con fecha de 20 de julio de 1982, presentó escrito desistiendo de la representación «por motivos de delicadeza», desistimiento que se hizo saber por la Sala al interesado para que se personase mediante otro Procurador debidamente apoderado en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de que, en su defecto, se tendría por abandonada la apelación y por firme y consentida la resolución acordada; plazo que transcurrió sin que se presentase otro escrito de personación en su nombre, ni se hiciera por el mismo manifestación alguna, lo que motivó el Auto que tiene por abandonado el recurso de apelación interpuesto, que debe ser confirmado, pues lejos de quebrantar ningún precepto de Ley, se limitó a observar lo que ésta ordena, siendo inoperante la alegación de que «se entendió que el Procurador desistido continuaba ostentando la representación».

**Causas de inadmisibilidad.**— No aparece cumplimentada la exigencia del número 4.º del artículo 1.752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la falta que se denuncia no fue reclamada oportunamente, pudiendo haberlo hecho, conforme al artículo 1.696 de la misma Ley, que considera «indispensable que se haya pedido la subsanación en la instancia en

que se cometió», en este caso, mediante recurso de súplica, y, además, no se indica el precepto o preceptos concretos de la Ley que se consideran infringidos. (STS 28 mayo 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

**136. Quebrantamiento de forma. Denegación de prueba.**— De una parte, no es viable apoyar un recurso de casación por quebrantamiento de forma en la falta de admisión y práctica de una diligencia instada para mejor proveer el Juzgado; y de otra, la petición de que se aportase la ficha contable, fue actuada por el Juzgado con toda la diligencia posible, pues aparece que practicó el requerimiento a la entidad en el primero de los días del plazo probatorio, plazo que transcurrió sin otra pretensión de la parte ejecutada proponente, y sin que ni el Juzgado ni la Audiencia conceptuasen esencial el examen de la misma, que no fue traída a la vista para mejor proveer, siguiéndose que no se ha producido con la debida claridad el supuesto del número 2.º del artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni concurra la causa de nulidad del juicio que contempla el número 3.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referible a casos de indefensión (STS 13 mayo 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

**137. Casación por quebrantamiento de forma. Doctrina general.**— Es reiterada la doctrina de que el carácter eminentemente formalista y excepcional del recurso de casación por quebrantamiento de forma exige, como presupuestos que le hagan viable, además de la infracción contra la que han de agotarse los recursos legales, la cita concreta del precepto o principios procesales, cuya inobservancia determina la falta de un requisito esencial de forma y, en su caso, la indefensión producida.

**Diligencias para mejor proveer.**— Las diligencias para mejor proveer son de uso facultativo y soberano del Juzgado o Tribunal que conozca del litigio, y su utilización o no, no puede ser discutida por las partes, ni dar lugar a recurso alguno.

**Prueba pericial no practicada por causa imputable al proponente.**— La falta de verificación de la prueba pericial, que fue admitida en Primera Instancia, no encuentra otra causa que la demora en instar las fases sucesivas de este instrumento probatorio, dentro de los límites de tiempo que marca la Ley Procesal y señalado en concreto en las resoluciones de trámite del órgano judicial. (STS 20 enero 1986, no ha lugar.)

**138. Recurso de revisión.**— Sólo puede tener como fundamento que haga permisible su viabilidad la concurrencia de alguna de las causas taxativamente previstas en el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo ser interpretadas las causas de revisión de manera estricta, sin extenderlas a casos no especificados en el texto legal, de suerte que para el éxito de la demanda de revisión no ha de producirse la menor duda acerca de la procedencia de los motivos en que la misma se funde, destacando la Sentencia de 21 de febrero de 1983 que para el éxito de la pretendida anulación no habrá de existir duda racional sobre la certeza de la causa alegada para fundamentarla, y por lo que se refiere al empleo del fraude su estimación ha de basarse en prueba irrefutable, demostrativa de que la sentencia se ha ganado por medio de ardides o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concurra un nexo causal eficiente y ostensible entre el proceder malicioso y la resolución judicial. (STS 18 abril 1985, no ha lugar.) (A.C.S.)

**139. Recurso de revisión. Tacha testigos.**—En un juicio de arrendamientos urbanos seguido contra el recurrente había intervenido como testigo el Abogado de la actora en dicho juicio. El demandado y ahora recurrente había tachado a tal testigo, sin que fuera estimada la tacha, y siendo firme la Sentencia dictada en tal pleito, se formula ahora recurso de revisión al amparo de los números 2 y 5 del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Tribunal Supremo desestima el recurso de revisión, y afirma que la esporádica actividad profesional de un Abogado en actuaciones que directa o indirectamente afecten a una determinada persona, en manera alguna puede significar por sí sola, al tiempo de prestar declaración, el carácter de socio, dependiente o criado del que lo hubiera presentado, a que alude el número 660, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que este precepto, al considerar la dependencia, se contrae no a la esporádica o accidental, sino a la habitual que genera servicios retribuidos, como tampoco la situación de intimar amistad o enemistad manifiesta que contempla el n.º 5 del citado artículo 660, dado que esas situaciones no son consecuencia de una accidental intervención profesional, sino de lazos afectivos vinculantes derivados de relaciones afectivas sentimentales que no necesariamente se producen en las relaciones de índole meramente profesional, que por su propia naturaleza, de no darse circunstancias especiales, se producen con independencia de situaciones amistosas personales.

Por lo demás, la tacha de testigos no acogida en instancia no da lugar, por su reducida consideración; a causa de revisión, pues solamente el falso testimonio enjuiciado en vía penal posibilitaría la revisión al amparo del artículo 660, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (STS 12 noviembre 1985) (A.M.S.)

**Suscripción anual: España, 5.500 pesetas**  
**Extranjero, 6.500 pesetas**  
**Número suelto: España, 1.800 pesetas**  
**Extranjero, 2.200 pesetas**