

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLI
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
MCMLXXXVIII

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.

ANTONIO HERNANDEZ GIL
Catedrático de D. civil
y Presidente del Consejo General
del Poder Judicial

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo
SEBASTIÁN 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>
Estudios monográficos	
<i>En el quinto aniversario de la muerte de Federico de Castro</i>	401
CASTRO Y BRAVO, Federico: <i>De nuevo sobre el error en el consentimiento.</i>	403
ALBALADEJO GARCIA, Manuel: <i>La Ley que rija al morir el causante es la que regula la sucesión en que incida una adopción</i>	441
GORDILLO CAÑAS, Antonio: <i>Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del derecho</i>	469
Estudios de Derecho extranjero	
BELTRAN SANCHEZ, Emilio: <i>La unificación del Derecho privado en la República Argentina</i>	517
Estudios legislativos	
PARRA LUCAN, María Angeles: <i>Los derechos mínimos del titular de la garantía del artículo 11 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios</i>	523

Información legislativa

A cargo de Pedro DE ELIZALDE Y AYMERICH	553
-----------------------------------------------	-----

Vida jurídica

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: <i>In memoriam. Manuel Romero Vieitez ...</i>	561
ALONSO OLEA, Manuel: <i>Nuevas adiciones al «corpus» de la Filosofía del Derecho hegeliana</i>	563

Bibliografía

LIBROS

ANGEL YAGÜEZ, Ricardo de: <i>La responsabilidad civil</i> , por Nieves Fenoy Pición.—ATAZ LOPEZ, Joaquín: <i>Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor. (Estudio del artículo 1.111 del Código civil)</i> , por Juan Roca Juan.—HERRERA CAMPOS, Ramón: <i>La investigación de la paternidad y la filiación no matrimonial</i> , por Juan A. Pozo Vilches.—PUIG BRUTAU, José: <i>Compendio de Derecho civil</i> , por José Bonet Correa.—REAL PEREZ, Alicia: <i>Intangibilidad cualitativa de la legítima</i> , por Federico A. Rodríguez Morata.—TARTAGLIA, Paolo: <i>L'adeguamento del contratto alle oscillazioni monetarie</i> , por José Bonet Correa.—VARIOS AUTORES: <i>Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Derecho histórico. Concordancias. Jurisprudencia)</i> , Por Gabriel García Cantero	573
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

I. SENTENCIAS COMENTADAS

<i>A propósito de una interpretación jurisprudencial del artículo 111 del Código civil (Comentario a la sentencia del TS de 23 julio 1987)</i> , por Carlos MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ	589
<i>Intimidación, ausencia de causa, causa ilícita y culpabilidad de los contratantes (Anotaciones a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1986)</i> , por Antonio Manuel MORALES MORENO	607
<i>Responsabilidad del empresario por la actuación del Comité de Empresa: Difusión de la carta de despido y protección del honor. Notas a la sentencia del TS de 26 de noviembre de 1987</i> , por Nieves FENOY PICON	619
<i>La determinación del justo precio en los supuestos de acceso a la propiedad, regulados en la Ley de Arrendamientos Rústicos. Falta de unanimidad en la doctrina del Tribunal Supremo. (Comentarios a la Sentencia de 30 de abril de 1987)</i> , por Fernando CALVACHO LOSADA	627

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica
INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS
CENTRO DE PUBLICACIONES

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por: Centro de Publicaciones
Gran Vía, 76 - 8.º - 28013 Madrid

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: España, 5.500 ptas. Extranjero, 6.500 ptas.

Precio del fascículo suelto: España, 1.800 ptas. Extranjero, 2.200 ptas.

CORRESPONDENCIA

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, etc., dirigirla al Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Gran Vía, 76 - 8.º, teléfono 247 54 22. 28013 Madrid.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLI
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
MCMLXXXVIII

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley. Reservados todos los derechos.

N.I.P.O.: 051-87-006-8.

I.S.S.N.: 0210-301X.

Depósito Legal: M-125.—1958.

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

En el quinto aniversario de la muerte de Federico de Castro

El 18 de abril de este año, dentro del período de tiempo que cubre este fascículo, se ha cumplido el quinto aniversario de la muerte de Federico de Castro. Con este motivo, el Anuario rinde memoria, de nuevo, a su fundador, publicando las notas manuscritas del que es, sin duda, su último trabajo: trabajo no concluido, que exige presentación.

El proyecto inicial no pasa de ser un comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1982, en la que se falla un caso de error; pero esa primera idea pronto se transforma en un proyecto más ambicioso de estudio monográfico sobre el tema, a modo de revisión, quince años después de la publicación del Negocio Jurídico. El comentario a la sentencia estaba llamado a ser aquí un apéndice del trabajo. Poco a poco, sin embargo, sus ya escasísimas fuerzas le hicieron volver a la primera idea, de comentar la sentencia, proponiéndose hacer un comentario extenso con los materiales reunidos.

Las notas que ahora se publican reflejan esos cambios de orientación en la investigación; hasta tal punto que puede dar la impresión de que las dos partes en que se estructuran constituyen dos trabajos distintos sobre el mismo tema. En realidad, se trata de un trabajo, sin duda bastante avanzado, pero en el que aún no se ha producido el ensamblaje final de sus partes, ni la necesaria puesta a punto. Mas a pesar de todo, ha parecido que la publicación es un buen modo de recordar a don Federico, el llorado maestro de muchos, porque más allá del contenido concreto demuestran, una vez más, su infatigable entrega al cumplimiento de una vocación puesta al servicio de los valores que para él siempre significó el Derecho.

De nuevo sobre el error en el consentimiento

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

I. EN TORNO A UNAS RECIENTES SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

El error, en cuanto vicio de los contratos, es un punto negro en la ciencia jurídica. Uno de los más oscuros, que ha resistido y sigue oponiendo resistencia a los denodados esfuerzos de la doctrina para encajarlo razonadamente en la sistemática jurídica y lograr resultados justos en la práctica. Fenómeno que genera una insatisfacción generalizada y que se ofrece como constante en las sucesivas épocas y en sistemas jurídicos de diferente orden.

Estado de cosas que viene de antiguo. Aparece en el Derecho romano, que no acertó a enfocar bien el problema del error. Su desacierto es evidente y generalmente reconocido. Un tan fervoroso romanista como Fritz Schulz no duda en calificar de «poco afortunada» su regulación (1). Este primer paso en falso tiene consecuencias que todavía perviven. Los juristas del Derecho común respetan y no intentan superar los textos justinianos. Mas desde el Renacimiento se les considera ya críticamente. Grocio no sólo advierte de la perplejidad que producen sus desarmónicos textos, sino que concluye diciendo que ellos no son lo suficientemente cuidados ni verdaderos (2). Estado de las reglas romanas que se traduce en la confusión de los autores de la época, que tratan de ordenarlas, compaginarlas y de justificarlas (3).

(1) «Very unhappy», *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, p. 529.

(2) «Non satis verae aut accuratae sunt», *De iure belli ac pacis*, II, XI, 6, 1, ed. Amstel aedami, 1733, I, p. 400.

(3) Se llega hasta acusar a los jurisconsultos de que en ninguna otra materia, como en la del error, se hace de lo llano y claro algo oscurísimo e intrincadísimo («obscurissimum et intricadissimum»); señalando las tinieblas que nacen de las distinciones y limitaciones, LEYSER: *Meditationes ad Pandectas*, V, ad. lib., XXII, tit. VI, Specimen 289, ed. Lipsiae et Guelpherbeti, 1744, pp. 1 y 2. En los «Corollaria» pone cuatro curiosos ejemplos para mostrar que nada absurdo deja de afirmarse en esta materia por los juristas.

La verdad es que la mencionada confusión doctrinal, si queremos ser justos, no puede atribuirse sólo a quienes siguen y tratan de acomodar sistemáticamente los textos romanos, sino que es también resultado de que en la figura del error repercuten las posturas ya tomadas sobre algunos de los problemas centrales del negocio jurídico (4).

La referida situación no mejora en el movimiento codificador, ni en el Código de Napeón que parece no seguir la opinión extremada de Pothier (5), ni tampoco con los códigos que aun siguiéndole tienen en cuenta los motivos, con lo que la doctrina se encontrará sin base para ofrecer una línea clara y convincente sobre el error de los contratos (6). De modo que no puede extrañar que en el erudito y estudio del profesor Borda éste concluya diciendo: «Del punto de vista teórico, la teoría del error es injusta y antijurídica; del punto de vista práctico, es absolutamente inaplicable» (7).

Lo que ya resulta extraño es el hecho de que en ordenamientos jurídicos, como el Derecho alemán y el Derecho inglés, conscientemente apartados de la corriente romanista, la doctrina se encuentra también incómoda respecto al error. En un amplio estudio del Código civil alemán sobre el error, de sus antecedentes y de las doctrinas elaboradas sobre el texto, se llega a la conclusión de que, para la problemática del error, no existe ninguna solución general, para la que se pueda pretender que sea la única solución justa (8). En fin en un libro clásico en el Derecho inglés sobre los contratos se dice que es recomendable advertir, desde un principio, que el error es uno de los temas («topics») más difíciles para quien estudia el Derecho inglés sobre los contratos (9).

(4) Puede verse, al efecto, lo indicado sobre antecedentes históricos en *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pp. 104-108. También BROX: *Die Einschränkung der Irrturnsanfechtung*, Karlsruhe, 1960, pp. 27-44. FLUME: *Rechtsgeschäft*, Berlín, Heidelberg, N.Y., pp. 435-449. CORTESE: *Errore. Diritto intermedio*, «Enciclopedia del Diritto», 1966, X, pp. 236-246.

(5) Enseña que: «El error es el vicio mayor de los convenios; porque los convenios están formados por el consentimiento de las partes y no puede haber consentimiento cuando se ha errado sobre el objeto del convenio.» *Traité des obligations*, I, 3,1, «Oeuvres», París, 1818, III, p. 15; citando a D. 50, 17, 116, §2 y D. 44, 7, 57.

(6) Diez-Picazo advierte que el problema del error contractual ha de situarse en el terreno de los intereses de las partes y de la justicia o injusticia de la vinculación. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1970, I, p. 121.

(7) *Error de hecho y de Derecho. Su influencia en la anulación de los actos jurídicos*, Buenos Aires, 1946, p. 87, también pp. 51 y ss., 74.

(8) «Richtige Lösung», FLUME: *Das Rechtsgeschäft*, Berlín, Heidelberg, New York, 1964, p. 417.

(9) ANSON: *Law of Contract*, edited by Guest, 25 ed., Oxford, 1979, p. 287. Señala que nunca se han establecido los principios por los que deciden los tribunales de modo preciso y que aun los casos decididos quedan abiertos a la interpretación.

Estas referencias, seguramente multiplicables, muestran que la deca- zón de la doctrina sobre la problemática del error es general y que no es un fenómeno debido a lo defectuoso de unas leyes o al desacierto de los autores; indica que ello resulta de la misma raíz social de las cuestiones, al considerarse desde el punto de mira individual de cada uno de los contratantes. En efecto, habrá entonces que atender a dos intereses enfrentados; el de la persona que sufrió el error y el de la otra parte que recibió la declaración. Lo convenido me obliga por haber querido obligarme (autodeterminación); si falta mi voluntad para ello no he consentido, no estoy voluntariamente obligado. La otra parte entenderá que puede y debe confiar en la palabra que se le ha dado y que no es cosa suya la ignorancia o la creencia errónea del otro contratante. Esta base real será también fundamento de la épica controversia que en el pandectismo alemán se diera entre quienes polemizan sobre la preponderancia de la voluntad o de la declaración en los negocios jurídicos. En estas discusiones, hubo de concederse al error un valor de protagonista con el resultado de que cada escuela tratase de acomodar el concepto del error a su propia teoría (10) aunque al fin predominase la teoría de la declaración de la voluntad por necesidades del comercio (11).

Otra causa de complicación y dificultades se debe a la ilusión de la doctrina que, para solucionar difíciles conflictos de intereses, creyó poder encontrar terreno firme y neutral acudiendo para ello a otras disciplinas extrajurídicas, en las que se esperaba hallar un criterio seguro para decidir las cuestiones más controvertidas. Respecto al error, el ejemplo más eminente, pernicioso y duradero nos lo ofrece el Derecho romano. Ulpiano, frente a Marcelo, pensó en atender no sólo al error en el objeto («in corpus»), sino también sobre la materia, y para determinar qué fuera ésta propiamente, se le ocurrió acudir a la enseñanza de la filosofía griega (¿Aristóteles, Zenon?). Limitando el error que vicia al «error in substantia»; origen de este concepto que se da a conocer utilizando el término técnico de «ousia»

Es curioso observar que POLLOCK entendiera que el tema estuvo lleno de confusión en los libros ingleses y en los del continente; aunque ello fuese aclarado en el trabajo magistral de SAVIGNY; *Principles of contract*, ed. London, 1921, p. 479.

En los Estados Unidos se nos dice que establecer alguna regla sobre el error en términos generales sería peligroso y hasta dañino, dado el número de factores que en cada caso intervienen. CORBIN: *On contracts by Arthur Linton*, St. Paul Minn.; 1952, p. 541. Ha de tenerse en cuenta que las reglas americanas son más cercanas a la «equity» que a la «common law».

(10) Sobre estas disputas, *El negocio jurídico*, antes citado, pp. 58 y ss.; sobre el protagonismo del error, p. 101. La repercusión de la polémica en el Derecho inglés, la señala PATON, *Text Book of Jurisprudence*, 3.^a ed., Oxford, 1964, pp. 401-402. En el Derecho francés, GHESTIN: *La notion de l'erreur dans le droit positif actuel*, París, 1971, p. 2.

(11) FLUME: *loc. cit.*, p. 341.

(12). Con el resultado de llevar a los textos del Digesto distinciones más propias de los sofistas que del Derecho (13).

Junto a este notable extravío de los jurisprudentes, no puede ocultarse que también los autores del Derecho común y todavía los del Renacimiento, para explicar o justificar la eficacia invalidante del error, buscan su justificación en textos de los filósofos y de los teólogos, en especial citan el axioma «nihil volitum nisi praecognitum» (14); influencia de los teólogos que se percibe también en la valoración de los motivos como determinantes de la voluntad; la que todavía puede percibirse en los autores de Derecho natural, algunas de cuyas discusiones recoge Pothier. En fin, puede recordarse la atención que se presta a las obras sobre psicología respecto al acto voluntario y sobre si quien sufre error obra voluntariamente, cuando discuten los pandectistas sobre el fundamento del negocio jurídico y sobre el error.

Las citas recogidas, ampliables seguramente, muestran la general insatisfacción respecto a la reglamentación del error y también lo inútil o perjudicial de acudir a criterios extrajurídicos para encontrar soluciones a la problemática del error. Si ellas convencen, se preguntará el lector sobre si vale la pena de tratar de nuevo sobre el error. Como excusa de mi insistencia sobre el tema me permito apuntar el advenimiento de un hecho nuevo. La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1982, la que, además de ser importante por sí misma, alcanza el valor de doctrina jurisprudencial, al coincidir sus consideraciones con las de la sentencia de 12 de junio de 1978.

Nadie puede desconocer la obra creadora o recreadora de la jurisprudencia en todos los países. Al librarse de las trampas que ofrecen los prejuicios teóricos, puede encararse con los problemas con estricto sentido jurídico. La mencionada sentencia de 1982, con otras que la completan, se separan del descorazonador panorama antes recordado, al seguir una línea realista y prudente para enfocar la problemática del error, y ello sin abandonar las anteriores aportaciones de la evolución doctrinal.

(12) D. 18, 1, 9, § 2. Plantea la cuestión de si el error no fuera sobre el objeto mismo, sino sobre su materia, como si se vendiera vinagre por vino, bronce por oro o por plata oro. Contra Marcelo, entiende que en estas cosas es atendible el error mientras la sustancia sea la misma; así, no será atendible si el vinagre fuera vino agriado.

(13) Así, el mismo Ulpiano, se pregunta sobre el brazaete de bronce con algo de oro, y sobre el objeto que sea dorado y entiende que si hay algo de oro habrá que considerar válida la venta, D. 18, 1, 14; en la venta de una esclava virgen, valdrá la venta porque no se erró en el sexo, D. 18, 1, 10. Paulo, considera indiferente que el oro, siendo oro, sea de inferior calidad, D. 18, 1, 10. Sobre la venta de vestido como nuevo, siendo remendado o recompuesto («vestimenta interpolata»), trata Marciano con referencia a las opiniones de Trebacio, Pomponio y Juliano, D. 18, 1, 45. En fin, Paulo pone el caso de la compraventa de objeto de cedro no siéndolo, D. 19, 1, 21.

(14) Lo que todavía hace CARTEVAL, T.: *Disputationum iuris variarum. De iudiciis*, 3.^a ed., Madrid, 1655, lib. 1, tít. 1, disp. 2. quaest. 8, sec. 2, 1.013, p. 313.

No se pretende aquí, con estas modestas notas, hacer otro estudio sobre las muchas y complicadas facetas de la problemática de error; se intentará sólo señalar las aportaciones sobre ella de la reciente doctrina del Tribunal Supremo y esto siguiendo siempre el hilo que nos ofrece la sentencia de 1982; aunque eso sí, destacando sus aportaciones en el cuadro de la doctrina general (15).

El Derecho común no parece haber aportado gran cosa a la doctrina romana del error, y en general los glosadores se limitan a recoger los textos justinianos y a explicarlos brevemente. Las Partidas, siguen su ejemplo; aunque pueden advertirse en ellas ciertas discretas desviaciones (P. 5,5,21). Se recogen los casos claros del error sobre la materia (latón por estaño, estaño por plata, varón por mujer), pero no aquellas distinciones en las que se utiliza un criterio dudoso de esencia (brazalete dorado o con algo de oro, oro de inferior calidad, traje ya usado o recosido); también se advierte en la Ley citada una especial atención hacia la buena fe del vendedor («a sabiendas»). Los civilistas castellanos no parecen prestar su especial atención a la problemática del error, lo que puede observarse no sólo en la Glosa de Gregorio López, sino también en el monumental comentario de Hermosilla al título 5.º de la 5.ª Partida (16). En cambio el P. Molina, como teólogo, critica ya a Ulpiano por su modo de aplicar el concepto filosófico de esencia y apunta también la necesidad de atender al motivo (17).

Lo poco elaborado de la doctrina castellana sobre el error, permite que, en el momento de la codificación, se tome como modelo indiscutido el artículo 1.110 del Código civil francés (18). Su texto, a primera vista, se limita a recoger la tesis romana, de que sólo el error que recae sobre la materia del objeto del contrato era jurídicamente apreciable, e indirectamente parece que excluye la posibilidad de tener en cuenta los móviles de los contratantes, esto en contra de la tendencia propia de los autores de Derecho natural. Su falta de claridad resulta no de su texto, sino al leerse el discurso con el que oficialmente se presenta dicho artículo al Tribunalado, para su aprobación, en el que se alude a los motivos del convenio y hasta se

(15) Ha parecido conveniente recoger en apéndice el detalle de las sentencias de 12 de junio de 1978 y 4 de enero de 1982.

(16) *Additiones, notare, resolut. Ad. Partitarum glossae et cogita Gregorii Lopezis*, P. 5,5, Ley 21, ed. s.l., 1634, p. 103.

(17) *De iustitia et de iure*, tract. 2, disp. 215, 15, 20. En el supuesto pericimimiento en una finca el tiempo de su venta, habría que tener en cuenta si la compra se había hecho en consideración de lo parecido, «ratione aedificiis, est».

(18) Art. 1.110: «El error no es causa de nulidad del convenio más que cuando recae sobre la sentencia de las cosas que sea su objeto. No es causa de nulidad cuando el error no recae más que sobre la persona con la cual se intenta contratar, a menos que la consideración de esta persona sea la causa principal del convenio».

cita al yusnaturalista Barbeyrac (19). García Goyena, que lo considera especialmente, se inclina por la interpretación objetiva siguiendo el texto literal del artículo 1.110; el que, nos dice, no puede referirse a los motivos sin «manifiesta violencia». Sin embargo, su decisión parece no haberse tomado sin alguna duda, pues recomienda la lectura de los artículos del Código de la Luisiana, que regulan el error sobre los motivos del contrato (20).

La solución que diera el Proyecto de 1851 tenía en su abono el haber permanecido fiel a la influyente tradición romanista y limitar con ello los casos de invalidación de los contratos. En cambio, nos resultaba satisfactoria al no tenerse en cuenta la evolución de la doctrina de los autores y de la jurisprudencia sobre el artículo 1.100 del Código francés, favorable a tener en cuenta los motivos de los contratantes (21). En este sentido, hubo de tener especial importancia el influyente Código civil de Chile, que atiende al principal motivo de una de las partes contratantes (22). No sabemos cuáles fueron las razones que movieron a la Comisión de Códigos para abandonar el criterio estricto del Proyecto de 1851; mas en el Anteproyecto del Código, en su artículo 1.279, conservando la referencia a la sustancia

(19) El texto recogido por García Goyena se debe al Consejero de Estado BIGOT PREAMENEU quien cita también a POTHIER: disc. núm. 50, *Code Civil suivi de l'Expresé des Motifs*, París, 1920, v. p. 9.

(20) *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*, Madrid, 1852, III, pp. 19-21. Concepción objetiva o materialista que ya se había mantenido por GOROSABEL: *Redacción del Código civil*, Tolosa, 1832, art. 463. «Hay error siempre que alguno de los contrayentes se desprenda o reciba una cosa diversa de la que él creía en cuanto al cuerpo, materia o su mayor parte, sexo y otras cualidades esenciales de la cosa».

(21) Sobre la evolución de la doctrina y sobre todo de la jurisprudencia en Francia, GHESTIN: *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, París, 1971, pp. 49 y ss.

(22) En este Código (de 1855) establece el art. 1.454: «El error de hecho vicia, asimismo, el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diverso de lo que se cree, como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata y realmente es de algún otro metal semejante.

El error acerca de cualquiera otra calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar y este motivo ha sido conocido por la otra parte».

En el art. 926 del Código de la República Argentina, se dispone que: «El error sobre la causa principal del acto o sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira vicia la voluntad y deja sin efecto lo que en el acto se hubiera dispuesto.» Mas en nota a este artículo Vélez Sarsfield recoge un extenso texto de *Marcadé* en el que se incluye un párrafo que dice: «Entendemos por causa principal del acto, el motivo, el objeto que nos propusimos en el acto, haciéndolo conocer a la otra persona.» Comparando lo citado con el texto de MARCADE: en «*Explication theorique et pratique du Code Napoleon*», 5.^a ed., París, 1859, p. 348, resulta que dicho párrafo aparece interpolado. Los autores argentinos han discutido el por qué y el alcance de dicha intercalación; aunque parece indudable que ello responde al pensamiento del codificador, sobre ello, BORDA: *loc. cit.*, pp. 61-66.

de la cosa, se refiere también a las cualidades de la cosa que hubieren impedido a celebrar el contrato (23).

El texto del artículo 1.266 recibido en el vigente Código civil, es resultado de una política jurídica siempre vacilante. La solución clara propuesta por Marcelo, de que la compraventa se perfecciona con el acuerdo sobre el «corpus», se debilita al admitir una excepción, aunque ella se limite con Ulpiano al error sobre la sustancia o materia. Con ella, se abre la puerta a la consideración de otros errores; y no sin lógica, teólogos y luego autores sobre Derecho natural, advierten en la falta de concordancia de propósitos o motivos la existencia de un consentimiento defectuoso. Llevadas estas contradictorias ideas a las leyes y a los considerandos de las sentencias, se produce un movimiento de insatisfacción, de temor a que se ponga en peligro la seguridad jurídica. Por todo ello, al estudiar el artículo 1.266, no podrá olvidarse el clima en que nace y en el que se aplica por los tribunales. También habrá que tener en cuenta la conducta en su totalidad de los contratantes, lo que no sólo lleva consigo la interpretación de sus actos, sino también la valoración de sus conductas, en especial respecto al error inexcusable y al error no cognoscible.

La redacción del artículo 1.266 muestra en ella misma el origen heterogéneo del precepto. La primera frase de su primer párrafo recoge la tradicional regla romana, de que el error que recae sobre la sustancia de la cosa invalida el consentimiento. En la segunda frase del mismo párrafo, el efecto invalidante se extiende al error sobre las condiciones de la cosa, aunque sólo las que principalmente hubieran dado motivo para celebrar el contrato. El segundo párrafo reproduce la referencia al error sobre la persona que se encontraba en el Proyecto de 1851 y que se había recogido del Código civil francés. El párrafo último, como ocurre en sus modelos, se refiere al error de cuenta.

La primera cuestión que plantea el artículo 1.266 es la de averiguar qué entiende por sustancia de la cosa. Dado el lenguaje llano

(23) Texto recogido por PEÑA: *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965, p. 400.

La Comisión de Códigos no sólo se separa aquí del proyecto de 1851 y de la doctrina que le había seguido y que parecía dominante. GUTIÉRREZ: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 1.ª ed., 1869, IV, pp. 32-35. También ELÍAS: *Derecho civil y foral de España*, Madrid, 1884, II, pp. 9 y s. FERNÁNDEZ ELÍAS: *Novísimo Tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1873, p. 574.

No parece que la Comisión de Códigos se inspirara en el Código civil de la Luisiana, que había recomendado leer García Goyena. Su artículo 821 decía: «Cuando el motivo fuera evidente, el contrato será nulo si el error versa sobre el mismo motivo, aun cuando no se hubiera estipulado así por una condición expresa.» Este Código civil de la Luisiana fue generalmente conocido en España gracias a *Concordancias entre el Código civil francés y los Códigos civiles extranjeros*, traducido del francés por Verlanga Huerta y Muñiz Miranda, 2.ª ed., Madrid, 1897.

del Código, parece indudable que no se alude al sentido filosófico de «ousia» y que tampoco recoge los distingos de los textos romanos. La referencia a «la sustancia de la cosa que fuera objeto del contrato» inclina a pensar que la palabra sustancia se utiliza en sentido vulgar (24) y en relación con el concepto de objeto de los contratos, comprendido así el de cualquier prestación (25). También resulta, dado el espíritu y finalidad del precepto, que la conservación del término sustancia y la utilización de la conjunción disyuntiva «o», no aísla la consideración de la sustancia de la valoración de los motivos; así, por ejemplo, en la venta de una joya atribuida a Benvenuto Cellini, o de un ejemplar numismático único, la materia importaría poco y sí, en cambio, la autenticidad. La referencia especial a la sustancia interesa en cuanto el error sobre ella bastaría para alegar el error, ya que es presumible —si no hay motivo para pensar lo contrario— que la materia (ser la sortija de oro y no de metal dorado) ha sido motivo principal del contrato.

Como se recordará la doctrina hubo de polarizarse un tiempo hacia dos extremos: parte de ella, fiel a la idea de que la esencia del contrato reside en las voluntades concordes de los contratantes, concluye que el error en el consentir de cualquiera de los contratantes, impedirá que nazca el vínculo contractual (teoría subjetiva) (26); otra, aduciendo el peligro que atender al error en los motivos supondría para la seguridad de la contratación, sugiere atenerse, como en Roma, al error sobre la materia (teoría objetiva) (27). Teorías que aunque aparentemente influyen en las sentencias de los tribunales, no impiden que éstos atiendan, ante todo, a la investigación de la voluntad de las partes. Por ello, para conocer la importancia real que los motivos alcanzan en cada ordenamiento resulta imprescindible atender al criterio que se siga para interpretar los hechos y dichos de los contratantes.

En la notable sentencia de 4 de enero de 1982 se nos advierte en su cuarto considerando que si bien la jurisprudencia «adopta una concepción subjetiva», no por ello deberán desecharse «criterios obje-

(24) El Diccionario de Uso de Moliner da el significado de «cosa que constituye lo más importante de otra». El Diccionario de la Real Academia parece haberse sentido atraído por consideraciones más eruditas.

(25) La ampliación del sentido de sustancia llega, hasta en Francia, a que no se repugne decir que la autenticidad de una obra de arte «ha sustituido la substancia de la cosa», p. ej., TRIGAUD: *L'erreur de l'acheteur. L'authenticité du bien d'art (Etude critique)*, Rec. trim., D.C. 82 (enero-marzo de 1982), p. 78.

(26) «Non videtur qui errant consentire»; «erranties nulla voluntas est». Tendencia que puede observarse incluso en el Derecho francés, no obstante la redacción de su artículo 1.110, comp. GHESTIN: *loc. cit.*, § 59, pp. 59 y ss.

(27) Aunque, para ello, se parta de la interpretación literal de la ley; así, LAURENT: *Principes de droit civil*, Bruxelles, 1878, 3.ª ed., V., §§ 449-500 y ss.

tivos». Según se siga una u otra se entendería con más o menos amplitud el alcance jurídico atribuido al error (28).

La interpretación de la conducta de los contratantes es previa y fundamental. Respecto de los casos en que se plantea la cuestión del error, puede dirigirse además de para averiguar el contenido del contrato, para saber cuál será el objeto del contrato, la sustancia de la cosa, las condiciones de la misma, el motivo que llevaría a contratar, su carácter de principal o secundario. ¿Qué deseaba, que esperaba cada uno de los contratantes? ¿En qué consistía la finalidad del contrato celebrado? Para responder a estas preguntas, la dirección voluntarista predica una investigación psicológica y la dirección declaracionista se inclina por atenerse a lo manifestado en la declaración. Mas, por muy ingeniosa o matizadamente que una y otra se hayan defendido, no puede desconocerse que ninguna de ellas, aisladamente, resulta adecuada al aplicarse en la práctica.

No hay procedimiento para penetrar en la conciencia de una persona, para averiguar lo que piensa o ha pensado, lo que quiere o ha querido. Ella misma no acertará a discriminar ahora, con exactitud, lo que quiso o deseaba en detalle en un momento anterior (el de la perfección del contrato); lo presente hace cambiar o que se completen inconscientemente los recuerdos del pasado.

Por otro lado, por mucho valor que se atribuya a lo declarado y al significado corriente de las palabras, no puede ignorarse que ellas pueden tener un sentido peculiar para uno o ambos contratantes. Para conocerlo, en su caso, habrá que atender a la condición de las personas (profesional, comerciante de este o aquel ramo, persona leiga en la materia), al lugar en que se celebra el contrato (feria, bolsa de contratación, sala de subasta, rastro), las características de ese lugar (joyería de lujo, bazar de bisutería, liquidación de saldos o de restos), e incluso de los precios marcados o estipulados.

La importancia de la labor previa de interpretación y de atender a la condición de los contratantes para la apreciación del error, puede verse en el caso decidido por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1981 (29). Se trataba de la venta de un cuadro como

(28) Puede advertirse en lo antes dicho una posible confusión en los términos. Antes se distinguía, según el uso de los autores al tratar del error, entre teoría objetiva como aquella que considera error apreciable sólo el referido a la sustancia de la cosa, o sus condiciones esenciales, mientras que la teoría subjetiva considera los motivos de los contratantes. La contraposición, referida a la interpretación, consiste en que una teoría busca conocer lo que cada parte quiso realmente, mientras que la otra atiende a lo normalmente querido; lo que en el considerando 4.º de la sentencia citada se denomina «la común opinión del tráfico económico-jurídico».

(29) Sentencia comentada en este Anuario, XXXV, fasc. 2 (abril-junio 1982), pp. 511-519,

obra de Sorolla (firmado) y adquirido como auténtico. Después de consumada, se pone en duda su paternidad, llegando a decir un perito de autoridad y prestigio que se trataba de una «burda copia». Aunque fue planteada por el comprador la cuestión de su error y de que había la certeza moral de su existencia, el tribunal no lo considera siquiera, por interpretar lo querido por las partes, conforme a un probado uso de comercio, según el cual en las compraventas de cuadros entre marchantes (lo eran ambas partes), la atribución de una obra a un autor no significa garantizar su autenticidad, limitándose el vendedor a expresar su creencia de buena fe, de que el cuadro había sido pintado por quien se indicaba.

La situación hubiera sido muy otra, si la compraventa fuera entre un vendedor profesional (marchante) y un particular; pues en tal supuesto no se atendería al uso comercial, aplicable sólo *entre* comerciantes y vendedores de obras pictóricas. En tal caso, el comprador estaría normalmente protegido de su error (error excusable) al comprar el cuadro inexactamente atribuido a Sorolla y podrá impugnarlo conforme al artículo 1.266 (30).

Al interpretar la voluntad de las partes, hay que tener presente que al momento de contratar no se pueden considerar todas las condiciones y reservas que normalmente han de entenderse incluidas; así, habrán de valorarse como presupuestos del contrato, aquellos que sean conforme a la buena fe y al uso, según la naturaleza de lo convenido, aunque ninguno de los contratantes hubiese pensado en ellos. Pothier nos ofrece un ejemplo aleccionador: «Estando en París, compro un terreno en la provincia, ignorando que el día anterior y antes que la noticia haya podido llegar a París, un huracán devasta la finca, arrancando árboles, etc.». Pothier no duda en su opinión; el contrato es rescindible, como nacido con el vicio de error (31). Se observará, que aquí no hay voluntad subjetivamente viciada. Se tiene ahora en cuenta el hecho del huracán para completar las voluntades individuales. No se compra una finca asumiendo el riesgo de que prácticamente ya no exista, de que una casa se haya incendiado; se trata de la compraventa de la casa en su estado normal, no de unos restos o cenizas.

Averiguando el sentido del contrato, la tarea del intérprete no termina aquí en los supuestos de error; se encuentra ante cuestiones de

(30) La peligrosidad de las compras de objetos de arte, ha llevado a que en la jurisprudencia francesa se tienda a la asimilación del vendedor profesional de mala fe y se le imponga la obligación de informar; se propone que en tales ventas por profesionales se reconozca una verdadera presunción de autenticidad. TRIGEAUD: *loc. cit.*, pp. 84-85.

(31) *Traité de la procédure civile*, V. cap. 4, arts. 2, 64, Oeuvres de Pothier, XIII, París, 1820, p. 258. Aquí, completa su anterior doctrina sobre el error, al tratar de las «lettres de rescision», diciendo que la cualidad de las cosas puede también dar lugar a la rescisión.

no fácil respuesta. Está ante un contrato consumado y al que se impugna por acusársele de estar viciado el consentimiento que se presta. Entonces habría que decidir: ¿Quién merece protección, respecto de su propio error? ¿A quién le estará permitido aprovecharse del error ajeno? La doctrina jurisprudencial ha ido separando quiénes son indignos de protección. Como se considerará luego con más detalle, se atiende, de una parte, al error inexcusable y al error ocultado y, de otra, se tiene en cuenta la mala fe de quien provoca el error o no advierte debidamente de que éste existe. Dentro todavía de la esfera propia de la interpretación habrá que destacar cuáles son aquellos motivos que han de ser atendidos como causas de impugnación.

Esta discriminación entre los motivos ha constituido una gran dificultad para los tribunales y su más hermosa tarea. En los libros se ponen ejemplos como el siguiente: Arrendamiento de una casa a orillas del mar, para veranear con la familia, pero se les suprime el permiso para veranear; el arrendador que había creído obtener un buen alquiler, pero recibe una oferta mucho más generosa. Ante un tribunal francés se presentó el siguiente caso, que parece de escuela: la señora Andemane adquiere dos billetes de teatro, cuando poco antes su marido había comprado otros dos. Ante la negativa del teatro de anular la compra de la señora, ésta pide judicialmente su nulidad invocando su error (32). Nuestro Tribunal Supremo, no hace mucho, conoció de un pleito planteado por un editor, que alegaba su error por haber sido inducido a la publicación de una obra, por habersele hecho creer que ella «se vendería de forma masiva» (33).

En estos casos, como en otros semejantes, no se atiende al error que aisladamente haya podido sufrir quien haga la oferta o la aceptación, ni tampoco la importancia que tenga para una u otra parte

(32) Se anuló la segunda venta considerando que la citada señora se obligó para adquirir la ventaja de asistir al espectáculo y que ésta ya había sido adquirida, habiendo así un error sobre la sustancia de la cosa; GHESTIN, de quien es la cita, crítica la sentencia, señalando que el error podría considerarse inexcusable y que el error no concierne al objeto del contrato, sino que resultaba de razones personales (de los señores A, igual que si hubieran en el último momento no podido asistir a la representación) *Loc. cit.*, p. 262, notas 54. Parece que lo decisivo era que en la venta de los billetes, el motivo de su uso personal por los señores A, era extraño a la venta y los adquirentes de los billetes podían cederlos (regalarlos o venderlos) o no asistir al teatro, sin que ello afectase al negocio.

El caso es distinto de la «res sua» del Derecho inglés (compra de la cosa propia, que sin saberlo le había sido legada); pues aquí hay falta de causa.

(33) Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1982. El promotor de la publicación había adelantado al editor un millón de pesetas, comprometiéndose este último a devolvérselo en cierto plazo; se niega a cumplir lo prometido alegando su error. El Tribunal no lo tiene en cuenta porque dicho motivo no influía «como causa esencial motivadora».

(34). Lo que piense, sienta o desee cada una por sí misma, no afectará al acuerdo de voluntades. Aunque la doctrina subjetivista tiene su apoyo en numerosos «obiter dicta» del Tribunal Supremo (35), lo cierto es que sus decisiones más bien se inclinan a la dirección contraria. En una muy notable sentencia se nos dice que «el mero error sobre los motivos que decidieran a las partes a contratar no produce efecto alguno» y que «este elemento subjetivo no es más que un simple motivo, que no produce efecto alguno» (36). Mas el sentenciador cuida de distinguir ese «simple motivo» de una «condición esencial» o finalidad de la compra cuyo error podría ser un vicio del consentimiento (37).

Esta distinción será decisiva para la concepción del error en nuestro Derecho. Dos sentencias del Tribunal Supremo han venido a formular con exactitud técnica la mejor tendencia de su jurisprudencia, destacando sus líneas esenciales. La sentencia de 21 de junio de 1978 califica el error desde un punto negativo, mientras que la de 4 de enero de 1982 trata de las notas propias del error que vicia el consentimiento. Coincidiendo ambas en sus fundamentos jurídicos.

En la sentencia de 1978 se insiste en que «el mero error en los motivos no trasciende a la validez del contrato» y «en que no es atendible el error que aisladamente haya podido sufrir quien haga la oferta o emita la aceptación, ni la importancia que revista para uno u

(34) CASTRO: *El negocio jurídico*, p. 110. «Los móviles internos, subjetivos e individuales». Díez-PICAZO GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, 1975, I, p. 482.

(35) La sentencia de 5 de marzo de 1960, dice que la doctrina se divide en dos direcciones: objetiva la una y subjetiva la otra, pero mostrando una clara inclinación hacia la segunda; pero, con el resultado de que la discutida permuta se considera convertida en una cuestión de hecho «de la soberana apreciación de los Tribunales de Justicia».

En sentencia de 4 de enero de 1982, señala que la jurisprudencia adopta una concepción subjetiva en trance de valorar la esencialidad (con cita de sentencias de 28 de noviembre de 1932, 14 de junio de 1943, 30 de septiembre de 1963 y 8 de junio de 1968, pero añadiendo en seguida, que «no por ello deben desecharse los criterios objetivos», puesto que generalmente la común opinión del tráfico coincidirá con lo deseado por las partes al emitir la declaración.

El sentenciador se detiene a recordar que el error sustancial «ha originado largas polémicas productoras de tan dispares teorías objetivas, subjetivas y mixtas, las que atribuyen la eficacia y efectos de tal error, bien al enlace directo con la «voluntad de las partes» o con la «causa» o con la llamada «base del negocio». Los motivos que hayan decidido a las partes a celebrarlo no pueden ejercer influencia alguna sobre la solidez del acto, sentencia de 21 de junio de 1978 y sentencias allí citadas.

(36) Sentencia del TS de 30 de septiembre de 1963.

(37) El fondo de la cuestión parece ser que al precisar los linderos de unas fincas, distintas de las fijadas en el contrato, se padeció error al no incluir una determinada parcela; para el Tribunal de Instancia hubo «error sustancial», el Tribunal Supremo entiende, como el inferior, que no había lugar a la nulidad, sino a la rectificación, pues la posibilidad de unir los terrenos no era «condición ineludible de la venta».

otro» (38), añadiéndose, según «la doctrina más autorizada», que los motivos tan sólo son relevantes cuando estén incorporados a la causa, o lo que es igual, la creencia errónea sobre la motivación misma del contrato demostrada por la expresiva conducta de ambos otorgantes acerca de lo que constituye la finalidad del contrato (considerando 2.º). Todavía se nos dice que «habiendo de atenderse a la base negocial, el error anulatorio recaerá sobre las condiciones o cualidades que constituyan la causa principal o determinante del contrato» (considerando 3.º). El comprador había pedido que se declarase nula la venta como viciada por error, ya que había adquirido el edificio para acondicionarlo para instalar en él su negocio y había sido sorprendido por la negativa de licencia municipal para hacer obras, ya que el edificio había sido declarado en ruinas antes de la compra. El Juez de Primera Instancia desestima la demanda; la Audiencia Territorial revoca la sentencia apelada. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación, después de un detenido estudio de los hechos y aplicando la doctrina antes recogida. Ni en la escritura de compraventa ni en la conversaciones preliminares expresó el adquirente que la compra estuviera motivada por el propósito de reconstruir y de instalar un establecimiento mercantil; además era notoria la vetustez del edificio, calificado en la escritura de «viejo» y «antiguo», que «denota con toda evidencia el nulo valor de la edificación y la realidad de la ruina desde el punto de vista arquitectónico». Corroborando que no había sido móvil incorporado a la causa el que «el precio pactado excedió en poco de la mitad de la suma que los propietarios obtendrían con la venta del solar». El recurrente hubiera debido probar que en el momento de su compra tenía el propósito de reedificar y que ello condicionaba el contrato de compraventa; lo que no hizo (39).

En otra sentencia, la de 4 de enero de 1982, se insiste que habrá de entenderse «con la más autorizada doctrina que el error sobre la sustancia equivale a intención o equivocado conocimiento de las cualidades que han determinado la declaración de voluntad como causa concreta». El error consistía en que la sustancia contemplada en la compraventa fue un manantial de aguas minero-medicinales, repetidamente mencionada en las cláusulas documentales y la finalidad perseguida y declarada en el negocio buscaba la comercialización de aqué-

(38) En corroboración de lo cual se citan las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1943, 7 de febrero de 1958, 5 de marzo de 1962, 30 de septiembre de 1963 y 28 de febrero de 1974.

(39) En el pleito se planteó también la cuestión de si hubo por parte del vendedor dolo negativo o por omisión, al no advertir al comprador que había una declaración de ruina y por ello de no hacer obras. Silencio culpable sólo si hubiera habido obligación de informar explícita o implícitamente (y se hubiera hecho la venta no de casa en ruina, sino de edificio apto para la reconstrucción).

llas acudiendo al mercado, cuando la realidad era que se trataba de un líquido químico y bacteriológicamente inapropiado para el consumo humano por las sustancias nocivas que contiene (40).

La doctrina de estas dos sentencias, con su misma repetición, adquiere dignidad de doctrina legal a efectos de casación, pero importa destacar que no son innovadoras, excepto en su forma. Sus principios los encontramos en otras anteriores y repetidamente. Así, cuando se precisa que el error ha de recaer sobre «lo que es base, materia y motivo a un mismo tiempo para celebrar el contrato» (S. de 8 de marzo de 1929) y que para apreciar el error se requiere prueba y constancia del nexo que tenga con los fines y objeto que las partes hayan perseguido» (S. de 13 de junio de 1943). Del mismo modo en las compras de terrenos como solares edificables (SS. de 20 de abril de 1965 y 27 de octubre de 1964) se considera cuál era su finalidad o motivo determinante. Más recientemente se ha cuidado de distinguir los motivos que un contratante haya tenido para expresar su voluntad de aquellos motivos que afectan a «la causa principal o determinante del negocio», cuyo error es el que sólo tiene eficacia anulatoria para el negocio (41).

II. LA SENTENCIA DE 4 DE ENERO DE 1982

Por contrato preparatorio de 9 de noviembre de 1976, doña Virginia Briso-Montiano y la «Obra Misionera de Jesucristo Sacerdote y Divino Maestro EKUMENE» prometen aquélla vender y ésta adquirir la «empresa en actividad dedicada a la explotación de aguas minero-medicinales que fluye en la finca Villa Carmen», «negocio genéricamente denominado “Aguas Alija y Fonte Blanca”», por precio inicialmente convenido de veintidós millones de pesetas, reducido por último a veinte. Se concede a «EKUMENE» el plazo de tres meses, ampliado a cinco, «para que pueda constatar la buena marcha del negocio», «tiempo de intervención y aprendizaje», tiempo necesario para la capacitación de quienes, miembros de un instituto religioso, carecían de experiencia comercial. En 9 de abril de 1977 se otorga contrato de compraventa «de la unidad industrial» de la referida empresa la que adquiere «EKUMENE» con «la declarada finalidad de explotar el manantial Villa Carmen y comerciar o comercializar sus

(40) El Tribunal de Instancia había rechazado la demanda de «EKUMENE», compradora, pidiendo la nulidad de la venta, por su error, por considerar que éste había sido inexcusable; el Tribunal Supremo, casa entendiendo que el error existía y era excusable.

(41) Sentencia de Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1982, con cita de otras cinco sentencias.

aguas minero-medicinales con dicha marca "Fonte Blanca" y otras que a su vez se pueden promocionar», por precio de veinte millones de pesetas, con entrega de presente de diez millones y aplazamiento de la suma restante. La vendedora «no se responsabiliza de que, por las condiciones meteorológicas, el manantial de aguas minero-medicinales sufriese mermas o cambiasen sus cualidades o propiedades actuales».

La Jefatura Provincial de Sanidad de Valladolid había calificado el manantial de «potable bacteriológicamente», en documento de 13 de febrero de 1977. Pero, el mismo Organismo Oficial, con tomas de aguas hechas el 13 de abril de 1977, declara que el manantial ha de ser conceptuado «no potable bacteriológicamente», contaminado con «las filtraciones de aguas pluviales, con el consiguiente arrastre de partículas, y la situación de la fábrica, dada su proximidad a la ciudad», lo que motiva que dicha Jefatura acuerde la clausura de las instalaciones.

«EKUMENE» hace que se practiquen nuevos análisis del agua, que corroboran su no potabilidad, en sus aspectos químico y bacteriológico. En base de ello, por acto de conciliación, el 1 de junio de 1977 y por vía notarial el 13 de octubre siguiente, hace saber a la vendedora su decisión de resolver el contrato. La impureza de las aguas que «ya motivara la temporal clausura del establecimiento en mayo de 1973» se nos dice que aparece «rotundamente confirmada por las pruebas que el Juzgado acordó para mejor proveer» (42)

El pleito se plantea por la vendedora, que demanda a «EKUMENE» para la elevación a escritura pública del documento de 9 de abril de 1977 y para la condena al pago de las cantidades aplazadas y vencidas. «EKUMENE» contesta formulando reconvenición, pretendiendo se declare la nulidad de la compraventa, por error esencial en el consentimiento y dolo de la vendedora, con reintegro de las prestaciones e indemnización de daños y perjuicios. En Primera Instancia es desestimada la demanda; acogiendo la reconvenición se declara la nulidad de la compraventa y se acuerda la mutua devolución de la cosa vendida con sus frutos y el precio satisfecho con sus intereses y se absuelve a la vendedora de la petición de daños y perjuicios, pero descartando la concurrencia de dolo causante.

(42) En el primer considerando de la sentencia se cita con detalle el informe del Departamento de Química Analítica de la Facultad de Ciencias de Valladolid, que aprecia estar las aguas contaminadas y el dictamen de un facultativo de minas que señala graves deficiencias de toda la industria y también que la contaminación está provocada por filtraciones del río Pisuerga, procedentes de la red de alcantarillado y de pozos negros emplazados en el barrio España. Añadiendo que las aguas surgentes a las que se concedió el título de minero-medicinales no existían en la actualidad y que las aluminadas posteriormente carecían de valor.

La Sala de segundo grado llega a contraria solución, «pues sin negar la incuestionable realidad de unos elementos demostrativos que fluyen sin discusión de las actuaciones y a los que incluso alude (considerandos 2.º y 3.º), entiende que son “inoperantes por completo las pruebas periciales que tienden a demostrar *a posteriori* tales defectos de las aguas y la inexistencia de un manantial que a simple vista podía observarse”, por lo que la compradora ha incurrido en error inexcusable, ya que “pudo obtener todos los análisis precisos para determinar la calidad de las aguas, lo que no hizo en el plazo que tuvo para ello, por lo que no puede invocar la existencia de un error en el consentimiento, que en todo caso sólo sería debido a no haber utilizado toda la diligencia precisa para evitar incurrir en el supuesto error en la sustancia”, llegando así a la estimación de la demanda y a la repulsa de la reconvencción» (43).

La compradora «EKUMENE» interponer recurso de casación fundado en cinco motivos. Los dos primeros al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho y de Derecho en la apreciación de la prueba. El motivo 3.º acusa violación de los artículos 1.261, 1.265 y 1.266 del Código civil por no aplicación, al no atenderse al error sustancial, padecido por «EKUMENE». El 4.º motivo, con carácter subsidiario, por violación por no aplicación de los artículos 1.474, 1.484, 1.485 y 1.486 del Código civil, al no tenerse en cuenta la obligación «ex lege» de todo vendedor de responder al comprador de los vicios o defectos ocultos que tuviere lo vendido. El último y 5.º motivo, acusa violación por no aplicación de la doctrina legal establecida consagrando el principio general del Derecho de la exclusión del enriquecimiento injusto.

El Tribunal Supremo, estimando el motivo 3.º del recurso, considera innecesario pasar al examen de los restantes, ya por estar formulados de manera subsidiaria (4.º y 5.º) o por aducir errores en la valoración probatoria que ni han existido ni importan al tema de la casación (motivos 1.º y 2.º) y procede a dar lugar al recurso por error en el consentimiento, determinante de su nulidad a tenor de los artículos 1.261-1.º, 1.265 y 1.266 del Código civil (6.º y último considerando).

En su segunda sentencia, el Tribunal Supremo confirma la sentencia del Juzgado, absolviendo a «EKUMENE» de la demanda contra ella formulada y estimando en parte la reconvencción, declara la nulidad del contrato de compraventa reflejado en el documento privado de 9 de abril de 1977, ordenando la mutua devolución de la cosa

(43) Así se dice en el considerando segundo de la sentencia, cuya párrafo principal se recoge íntegramente; dentro del mismo se destacan con citas entrecuadradas las frases que parecen ser las más importantes de la sentencia recurrida de la Audiencia.

venta, con sus frutos y de la suma satisfecha como parte del precio, con sus intereses, absolviendo al demandante de la petición de abono de daños y perjuicios.

1. El error en la sustancia

El considerando 3.º de nuestra sentencia dice: «Que es patente que el tema de casación se centra en el estudio de la concurrencia de los requisitos de esencialidad y excusabilidad, que ha de reunir el error en su calidad de vicio intelectual anulatorio del contrato otorgado con esa mácula;»

Siguiendo la pauta, que así se nos señala, habrá que examinar primero qué es lo que se entiende por error que recae sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato. Para ello, parece conveniente tener delante el texto del 4.º considerando que lo estudia, para hacer después su glosa.

a) *El considerando 4.º de la sentencia*

Dice así: «Considerando: que el error en la sustancia, manifestación la más característica del error vicio, con ejemplos que arrancan del Derecho romano (*sed in substantia error sit, ut puta si acetum, pro vino veneat, aes pro aureo, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile*: D. 18, 1.9.2) y han pasado a nuestro Derecho histórico (Latón vendiendo un ome a otro por oro o estaño por plata u otro metal cualquiera por otro, non valdría tal vendida». Partida 5.ª, título 5, ley 21), cobra en el artículo 1.266 del Código civil una más amplia dirección, pues si menciona la “sustancia” ni la desliga de la motivación del contrato y por ello habrá de entenderse con la más autorizada doctrina, que el error sobre la sustancia equivale a intelección defectuosa o equivocado conocimiento de las cualidades que han determinado la declaración de voluntad como causa concreta, para desvelar la cual serán de ordinario reveladoras las expresiones de los otorgantes sobre lo que constituye la finalidad del negocio, y si acomodándose al sentido inequívoco del precepto la jurisprudencia adopta una concepción subjetiva en trance de valorar la esencialidad (sentencias de 28 de noviembre de 1932, 14 de junio de 1943, 30 de septiembre de 1963 y 8 de junio de 1968), no por ello deberán desecharse los criterios objetivos, puesto que generalmente la común opinión del tráfico económico-jurídico sobre lo que es relevante y primordial en el bien objeto del contrato coincidirá con lo deseado por las partes al emitir su declaración; y es de toda evidencia que se ha producido error esencial, a la luz de cualesquiera pautas valorativas que se utilicen en el contrato de 9 de abril de 1977, viciando radicalmente el consentimiento de la “Obra Misionera” compradora, pues si la sustancia contemplada en la compraventa fue un manantial de aguas minero-medicinales, repetidamente mencionado en las cláu-

sulas documentales, y la finalidad perseguida, declarada en el negocio, buscaba la comercialización de aquéllas acudiendo al mercado, nada podría contradecirla más que esa realidad de que se trataba de un líquido química y bacteriológicamente inapropiado para el consumo humano por las sustancias nocivas que contiene, amén de que el manantial primitivo se halla agotado, sin que esa perniciosa composición, analíticamente demostrada, permita pensar que se trata de una alteración transitoria, hipótesis carante de toda prueba.»

b) *Glosa del considerando 4.º de la sentencia*

Recuerda el considerando estudiado, que el artículo 1.266 del Código civil tiene remotos antecedentes en el Derecho romano y en las Partidas, cuyo conocimiento interesa para su mejor interpretación. Ciertamente, la evolución histórica de un precepto puede servir para iluminar su significado actual; mas sería excesivo e inadecuado intentar describir sus complejas vicisitudes en esta nota (44). Lo que parece factible y posiblemente útil sería observar cómo ha nacido el texto actual de dicho artículo.

El Proyecto de Código civil de 1851, siguiendo el ejemplo del Código de Napoleón (45), limita el error invalidante al que «recaiga sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato» (art. 989), aceptando el criterio del Derecho romano. García Goyena, con ocasión de este precepto, hubo de plantearse la cuestión de si deberá atenderse al error en los motivos. La viene a tratar al referirse al discurso con el que se le presentaba al tribunal; al que critica por mencionar los motivos. Allí se le estimaba causa de nulidad cuando la verdad de estos motivos podría ser una condición, de la que resulta claramente que las partes han querido que de ella dependa el convenio (46). Don Florencio critica al tribuno, diciendo que conforme al artículo 1.110 del Código francés ello podría sostenerse «sin manifiesta violencia». Sin embargo, a pesar de lo terminante de su censura, no parece estar muy seguro de lo conveniente de excluir el error en los motivos, cuando recomienda especialmente la lectura de los artículos del Código civil de la Luisiana, que regulan dicho tipo de error (47).

(44) Ellas pueden verse en CASTRO: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pp. 104-108. BROX: *Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung*, Karlsruhe, 1960, pp. 27-44. FLUME: *loc. cit.*, pp. 435-449. CORTESSE: *Erreur. Diritto Intermedio*, «Enciclopedia del Diritto», 1966, X, pp. 236-246.

(45) Art. 1.110: «El error no es causa de nulidad del convenio más que cuando versa sobre la sustancia misma de la cosa que constituye su objeto. No es causa de nulidad cuando recae sobre la persona misma con la que se tuvo intención de contratar, a menos que la consideración de esta persona sea la causa principal del convenio.»

(46) Discurso de BIGOT DE PREAMENEU: núm. 59, en «Code civil», *Suivi de l'Expasé des motifs*, París, 1820, p. 9. Nos dice que sigue a Barbeyrac y Pothier.

(47) En este Código se decía: «Cuando el motivo fuera evidente, el contrato será nulo si el error recae sobre el mismo motivo, aun cuando no se hubiera estipulado así por una condición expresa» (art. 1.821).

Fueron los Códigos civiles de Chile (48) y de Argentina (49) los que inician el considerar los motivos respecto al error; probablemente por influjo de la doctrina francesa. Lo establecido en esos Códigos hubo de influir a su vez en el Proyecto de Código de 1882-1888 (50), del que se deriva directamente el todavía en vigor, artículo 1.266. Su texto, parece que requiere algunas precisiones.

A primera vista puede parecer que se ha recogido la concepción romanista del error en la materia o sustancia de la cosa; pero, resulta ya desvirtuada al referirse a la cosa que «fuera objeto del contrato», con lo que ha de entenderse en el sentido amplio de prestación (art. 1.275). Además, se amplía la consideración de la sustancia de la cosa a las condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrar el contrato. Así, en la venta de un cuadro se atenderá más que a la materia (ser de tela o de madera) a su antigüedad o autenticidad (51).

Entre el error en la sustancia y el error sobre las condiciones ha podido verse una cierta diferencia, según la letra del artículo 1.266. El error en la sustancia, parece suficiente para originar la invalidez del contrato; el error sobre las condiciones requiere que recaiga sobre aquellos motivos que principalmente hubieran sido motivo para celebrar el contrato.

La consideración de los motivos, con abandono de la postura defendida por García Goyena, plantea la cuestión del valor que haya de atribuirse a los motivos. La doctrina hubo de polarizarse en dos

El Código civil de la Luisiana fue generalmente conocido en España gracias a *Concordancia entre el Código civil francés y los Códigos civiles extranjeros*, traducida del francés por Verlanga Huerta y Muñiz Miranda, Madrid, 1847.

(48) Este Código de 1855, establece: «El error de hecho vicia, asimismo, el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato es diverso de lo que se cree, como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata y realmente es de algún otro metal semejante. El error acerca de cualquier otra calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de uno de ellos para contratar y este motivo ha sido conocido por la otra parte» (art. 1.454).

(49) Dispone este Código (1871): «El error sobre la causa principal del acto o sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira, vicia la manifestación de voluntad y deja sin efecto lo que en el acto se hubiera dispuesto» (art. 926). En la nota sobre este artículo, Vélez Sarsfield recoge un extenso párrafo de Marcadé, en el que entre otras consideraciones se dice: «Entendemos por causa principal del acto, el motivo del objeto que nos proponemos en el acto, haciéndolo conocer a la otra parte.» El texto de MARCADÉ: *Explication theorique et pratique du Code Napoleon*, 5.^a ed., París, 1859, p. 348, no contiene la frase citada.

(50) «Para que el error de hecho o de Derecho invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuera objeto del contrato o de aquellas cualidades de la misma que principalmente hubieren impedido a realizarlo.» (Art. 1.279). En PEÑA: *El anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965, p. 400.

(51) La consideración del autor se limitaba en Pothier al error en la persona.

extremos. Una parte de ella, en base a la idea de que la sustancia del contrato está en las voluntades concordes de los contratantes, piensa que el error en el consentir de cualquiera de las partes impide que nazca el vínculo contractual (teoría subjetiva). Su apariencia lógica hará que sea acogida, en un primer momento, incluso en ordenamientos cuyos Códigos no mencionan el error en los motivos (52). Otra dirección doctrinal se inclina por desestimar el error en los motivos, aduciendo la inseguridad que podría acarrear en la contratación (53).

El artículo 1.266, admite la consideración de los motivos, pero limitada a los que hayan sido «causa principal del contrato» (54) o como dice el considerando aquí glosado, «con la más autorizada doctrina», aquellas cualidades que han determinado la declaración de voluntad como «causa concreta», las que revelan lo que «constituye la finalidad del negocio». Es decir, no los motivos propios del oferente o del aceptante, sino la motivación del contrato.

En la doctrina (autores y jurisprudencia) no será raro encontrar expresiones que parecen excluir a los motivos, respecto al error. Se cita, por ejemplo, el texto siguiente: «fundamentalmente, lo decisivo para la existencia y eficacia del negocio jurídico es que se declare una voluntad y que lo declarado se ajuste a lo querido, sin que los motivos que hayan decidido a las partes a celebrar el acto puedan ejercer influencia alguna». Estas palabras, de la notable sentencia del 30 de septiembre de 1963, hay que entenderlas teniendo en cuenta, la contraposición entre lo querido y los motivos, que se precisa más distinguiendo entre «simple motivo» y «condición esencial» o «finalidad de la compra» (55). Los motivos a los que habrá que atender

(52) Así ocurre en la doctrina francesa, no obstante la letra del artículo 1.110; comp. GHESTIN: *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, París, 1971, § 59, pp. 59 y ss.

(53) Se censura atender a los motivos basándose en la letra del artículo 1.110 del Código civil francés; así, LAURENT: *Principes de droit civil*, Bruxelles, 1878, 3.^a ed., V., §§ 449-500, pp. 572 y ss.

(54) La frase se encuentra en el párrafo 2.º del artículo 1.266, referida al error en la persona. Puede aplicarse a toda clase de error, en el sentido en que se utiliza en los Códigos, de los que se toma la citada frase; es decir, en el de motivo determinante del contrato. En la doctrina inglesa es usual designar al error en los motivos como «error in causa»; puede originar la invalidez del contrato cuando el error supone la falta («faliure») de una condición implícita, SALMOND: *Principles on the Law of contracts*, 2.^a ed., by WILLIAMS, London, 1945, p. 219. En Derecho francés, sobre el error en sus relaciones con la causa, GHESTIN: *loc. cit.*, pp. 251 y ss. TRIGEAUD: *loc. cit.*, p. 84.

(55) Ya la frase recogida en el texto se matiza diciendo «por regla general». En la citada sentencia se califica de «expresión poco feliz» la del Tribunal inferior por calificar de error sustancial el del vendedor, que acepta en los documentos sobre la venta de la finca, ciertos linderos y así la inclusión de una determinada parcela. La Audiencia no anula la venta. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso; distingue el error en la sustancia que da lugar a la anulación del contrato y el error sobre algún extremo del negocio, que pueda originar la rectificación de lo declarado.

son los extraños al objeto del contrato, los atinentes a circunstancias personales, deseos o esperanzas de uno de los contratantes (56).

Para conocer el alcance real que el error tiene en cada ordenamiento parece resultar imprescindible atender al criterio que se siga para interpretar la voluntad de las partes y consiguientemente sobre su prueba. En el considerando glosado se distinguen dos tendencias, las que se designan como «concepción subjetiva» y «criterio objetivo». Según se siga la una o la otra se entenderá con más o menos amplitud el valor jurídico atribuido al error (57).

La interpretación de los dichos y hechos de los contratantes es una cuestión siempre previa y fundamental. Aquí puede plantearse, además de para averiguar el contenido del contrato, para saber cuál sea el objeto de cada contrato, la sustancia de la cosa o de dicho objeto. Las condiciones de la misma, el motivo que llevara a celebrarlo y su carácter de principal o secundario, etc. ¿Qué quiso, qué deseaba, cada uno de los contratantes? ¿Cuál resulta ser la finalidad del contrato celebrado? Para responder estas preguntas, la teoría voluntarista predica una investigación psicológica, mientras que la dirección declaracionista se inclina por atenerse a la literal manifestación. Mas, por muy ingeniosa o matizadamente que una y otra se hayan defendido, no puede desconocerse que ninguna de ellas, aisladamente, resulta aplicable en la práctica; antes bien, se completan siempre en cierto sentido.

En verdad no hay procedimiento para penetrar en la conciencia de una persona, para averiguar lo que piensa o ha pensado; ella misma, a menudo, no acertará a discriminar ahora con exactitud lo que quiso o deseaba en un momento anterior (el de la perfección del contrato); pues lo presente puede cambiar o completarse inconscientemente.

Son numerosas las sentencias que nos dicen que el error en los motivos que decida a una parte a celebrar el negocio no es determinante de vicio invalidante del consentimiento por causa de error. La sentencia de 27 de mayo de 1982 limita la citada declaración, al justificarla en que dichos motivos «no afectan a la causa principal o determinante del negocio». Comp. además las sentencias citadas en la antes mencionada (sentencias de 22 de diciembre de 1908, 15 de enero de 1910, 16 de febrero de 1930 y 30 de abril de 1963), las sentencias de 14 de junio de 1943 y 5 de marzo de 1960; la importante sentencia de 22 de junio de 1978 en su considerando tercero, y cita todavía otras sentencias.

(56) «Los móviles internos, subjetivos e individuales», Díez-PICAZO GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, 1975, I, p. 483.

(57) Se advertirá aquí cierta confusión terminológica. Antes se ha distinguido, conforme al uso de la doctrina sobre el error, entre teoría objetiva, aquella que entiende error apreciable sólo al que se refiere a la sustancia de la cosa o sus condiciones esenciales, mientras que la teoría subjetiva atiende también a los motivos de los contratantes. La contraposición, respecto a la interpretación, consiste en que una teoría buscará conocer lo que cada parte quiso realmente; la otra, en cambio, tiene en cuenta lo normalmente querido, lo que el considerando examinado denomina «la común opinión del tráfico económico jurídico».

El contratante no puede considerar siempre, datos o presupuestos que implícitamente, naturalmente, se entienden comprendidos o tácitamente expresados; aunque no se hable de ellos, ni en ellos se haya siquiera pensado. Un notable ejemplo, puesto por Pothier nos muestra este hecho de modo palpable: «Estando en París compro un terreno en provincia, ignorando que el día anterior y antes que la noticia haya podido llegar a París un huracán devastó la finca, arrancó los árboles, etc.». Pothier da por segura la solución: el contrato nace viciado por error (58); y por ello a pesar de que la voluntad de comprador y vendedor tiene por objeto la compraventa de tal determinada finca, y aunque ninguna de las partes hubiese pensado en la posibilidad de un huracán. No se tiene en cuenta el error subjetivamente considerado; se decidirá en vista de una consideración objetiva, de una condición implícita, la de que racionalmente se quiere comprar la finca en su estado normal, no una que haya sufrido el azote devastador de un huracán. Como indica el considerando comentado, lo que es relevante y primordial en el bien objeto del contrato, coincidiría con lo que las partes se propusieron como finalidad implícita del contrato.

Por otro lado, por mucho valor que se atribuya a lo declarado, y al significado de cada palabra en los diccionarios, no se puede ignorar que los términos empleados pueden tener entre los contratantes un significado especial o singular (59). A su vez, cuando ha de atenderse a datos objetivos, se hace considerándolos como presunciones de lo querido como finalidad del negocio por los contratantes. Así, por ejemplo, al atenderse a la condición de las personas (profesional, comerciante de cierto ramo, de un lego en la materia), al lugar de los tratos (una feria, el Rastro), el tipo o clase de tienda (de lujo, de bisutería, de restos o saldos) y el mismo precio estipulado.

En algún caso, se ha creído que el criterio objetivo había de excluir el subjetivo. Ejemplo de ello nos ofrece la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1981. Se trataba de la venta de un cuadro, como obra de Sorolla y adquirido como auténtico; después se puso en duda su paternidad, llegándose a decir por un perito que se trataba de una «burda copia». Aunque había certeza moral del error del comprador, el tribunal no lo tiene en cuenta, por atender a un uso de comercio según el cual, las compraventas de cuadros entre marchantes (lo eran ambas partes), la atribución de la obra a un autor no significaba garantizar su autenticidad, limitándose el vendedor a expresar su creencia, de buena fe, que el cuadro fue pintado por quien se indicaba (60). De esta manera, la impuesta interpreta-

(58) *Traité de la procedure civile*, Paris, 1820, III (5, 4, 3), p. 258. POTHIER se refiere aquí a la ignorancia de una cualidad.

(59) Recuérdese el viejo ejemplo de escuela, llamar biblioteca a la bodega de vinos.

(60) Sobre esta sentencia puede verse su comentario en este Anuario (1982), pp. 510 ss.

ción objetiva impide se tengan en cuenta los datos subjetivos y, con ello, el que se plantease la cuestión del error (61).

En la práctica la cuestión de lo requerido para que se aprecie el error queda en buena parte a la discreción de los jueces de instancia, en su aspecto de cuestión de hecho, aunque se nos advierte que «en ocasiones puede entrañar conceptos jurídicos impugnables por la vía del número 1.º del artículo 1.962 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

En fin, para precisar más la postura de los tribunales respecto del error, ha de tenerse en cuenta que, por ser éste un vicio de los contratos, «una anomalía, no debe admitirse sin una completa prueba de su realidad» (62) y que «el reconocimiento del error sustancial con trascendencia anulatoria, tiene un sentido excepcional muy acusado», lo que se predica en aras de la seguridad jurídica (63).

Lo inexcusable del error

Al lado de los requisitos exigidos por el Código civil para poder apreciar la existencia jurídica del error, la doctrina ha venido atendiendo también a lo que se han denominado requisitos negativos: que el error sufrido sea excusable y, también, que este error no sea oculto, sino reconocible. Sobre ello, la sentencia comentada nos dice lo siguiente en sus considerandos 5.º y 6.º:

Considerando 5.º

«Que incontrovertible, por lo dicho, la incidencia sobre la razón misma del negocio por las partes celebrado, queda por examinar la discutida concurrencia del requisito de la excusabilidad, que el tribunal *a quo* rechaza para llegar a la estimación de la demanda, desatendiendo el pedimento reconvenicional; elemento que la jurisprudencia exige, pese al silencio del Código civil (sentencias de 14 de junio de 1943, 11 de marzo de 1964, 8 de junio de 1968 y 7 de abril de 1976), aunque sí mencionado en el campo del Derecho foral (Ley 19, párrafo 2.º del Fuero Nuevo de Navarra) y, por tanto, negando eficacia

(61) Entre quienes no están vinculados por el citado uso comercial, se aplicarán las reglas propias del error. El marchante que venda a un particular un cuadro, como de Sorolla, y que el particular lo compra, como tal, responderá de su autenticidad y la venta podrá ser impugnada por error.

(62) Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1968 y 10 de mayo de 1980.

(63) Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1943, 9 de marzo de 1951, 5 de marzo de 1962, 30 de septiembre de 1963, 14 de mayo de 1968, 28 de febrero de 1974, 15 de febrero de 1977, entre otras. Todavía la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1982, dice que no puede ser invocado el error que se hubiera podido evitar «con una normal diligencia».

invalidante del contrato cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, para lo cual habrá que atender a las circunstancias de toda índole, incluso a las personales (análogamente a como lo hace el artículo 1.484, *in fine*, para los defectos de la cosa vendida) valorando las respectivas conductas según el principio de la buena fe (art. 1.258), pues si el adquirente tiene el deber de informarse, según el mismo principio de la responsabilidad negocial se impone al enajenante el deber de informar.»

Considerando 6.º

«Que tal presupuesto de la excusabilidad, suplido en los Códigos modernos por el de cognoscibilidad atribuido al otro contratante (así en el italiano de 1942, artículos 1.428 y 1.431), debe ser apreciado en el presente conflicto, atendidas sus particularidades que han de ser ponderadas desde el ángulo de la *bona fides* y del principio de confianza, a los que habrá de darse la relevancia que merecen en el tráfico jurídico; puesto que la “Obra Misionera EKUMENE”, carente de una preparación específica en ese linaje de actividades industriales, no obtuvo la entrega de la empresa enajenada hasta la fecha del contrato definitivo, limitándose en los meses anteriores a recibir aprendizaje en el desenvolvimiento de la explotación, y no podrá decirse que desatendió la diligencia media al abstenerse de ordenar aforos del caudal y, sobre todo, conceder plena credibilidad respecto a la bondad de las aguas, al basarse racionalmente para tal creencia en el documento librado por la Jefatura Provincial de Sanidad de Valladolid, con antigüedad que no llegaba a los dos meses de la fecha de dar su definitivo consentimiento para el otorgamiento del contrato, calificando el manantial de “potable bacteriológicamente”, lo que no fue obstáculo para la enérgica prohibición del consumo humano poco tiempo después.»

Comentario a los considerandos 5.º y 6.º

La tendencia analítica que pretende encerrar cada figura jurídica en casilleros aislados, no ha podido evitar que respecto al error en los contratos se le «contamine» atendiendo a la conducta toda de los contratantes. Los tribunales no vacilan en tener en cuenta, para determinar la eficacia del error, la mala fe de quien lo origina o lo sufre y atienden también, en su caso, a la reticencia y a las sugerencias (propaganda, anuncios, folletos, catálogos, etc.).

De hecho en la práctica, como datos útiles para la interpretación del contrato, y, por tanto, previos a la consideración del error, se toman en cuenta usos sociales, condición de las personas, lugares

y las más variadas circunstancias; de modo que, según éstas, se pueden hasta estimar lícitos ciertos engaños, los que se han bautizado de *dolus bonus* y que hacen permisible el error inducido (64). Una intromisión especial en el círculo estricto del error se produce al valorar la conducta de la víctima del error, distinguiendo el caso de quien lo sufre sin culpa o descuido propio, y que por ello habrá de atenderse como vicio de la voluntad, y aquel otro caso en que el error no es disculpable y que, por esta razón, se considera indigno de protección jurídica.

La distinción entre error excusable e inexcusable tiene sus raíces en el Derecho romano. Entre las dos posturas extremas de atenerse en todo caso a lo declarado y la de considerar siempre impugnabile lo consentido por error, la prudencia romana prefiere distinguir; aquí se manifiesta en contraponer la ignorancia de Derecho a la ignorancia de hecho; a cuya regulación se dedican sendos títulos en el Digesto (XXII, 6) y en el Código (I, 18). Se predica que la ignorancia de Derecho no tiene, en general, excusa, mientras que en el error de hecho puede incurrir hasta el hombre más cuidadoso. Sea cual fuera la razón para este distingo (65), lo cierto es que así viene a insertarse un nuevo elemento en la valoración del error, la idea de culpa de quien haya sufrido el error (66).

La doctrina anterior a la codificación no pudo ignorar la figura del error inexcusable; pero lo refiere especialmente al error de Derecho y sólo de modo implícito o incidental al error de hecho inexcusable (67). Los codificadores, por su parte, ni piensan ni mencionan

(64) Como en Roma, no deja de influir en el Derecho la lucha por la mayor ganancia, que se estima permitida y hasta necesaria en el tráfico. Estaba consagrada en la conocida frase de Pomponio, que recoge Ulpiano, «in pretio emptionis et venditionis naturaliter licet contrahentibus se circum venire». (D. 4, 4, 18, § 4).

(65) No está claro por qué se condena como inexcusable, en general, la ignorancia del Derecho. Es muy dudoso que responda a una realidad social. ¿Sería atrevido pensar que se debe, no a un prejuicio, sino a una manifestación de la prepotencia de los «prudentes», que así afirmaban la necesidad de acudir siempre a su consejo?

(66) Sobre ello, sigue siendo útil lo dicho por SAVIGNY: apén. VIII, en trad. de Messía y Poley, *Sistema de Derecho romano actual*, II pp. 388 y ss.

(67) Así parece en el Derecho común. Claramente en GROCIO, quien dice que si el promitente fuera negligente en investigar la cosa o expresar su propósito («in sensu suo»), deberá resarcir a la otra parte por el daño sufrido, no por la fuerza de la promesa, sino por el daño sufrido por su culpa, *loc. cit.*, II, 11, 6, 3, pp. 588-589. HEINECIO: en sus *Praelectiones Academicæ De iure Belli ac Pacis*, II, 11, 6.^a ed., Robereti, 1.7, 46, I p. 918. Heinecio, en verdad, cambia aquí la perspectiva sobre el error; nos dice: En la duda el error perjudica al que yerra, excepto: 1. Si el error es invencible. 2. Si fuera instigado por dolo. El mismo POTHIER, en su caso de error en la persona, dice que si encargo un cuadro a Jacques tomándolo por Natoire, si bien el convenio es nulo por error, estaré obligado a recoger el cuadro y pagarlo; siendo causa de mi obligación la equidad, que me obliga a indemnizar al que perjudico por mi error, *Traité des Obligations*, p. 17. DOMAT, alude, por ejemplo, el caso del error tan grosero, que no sea de presumir, *Lex loix civiles*, I, 18, sec. 1, 1, París,

en sus Códigos al error inexcusable; lo que se explica, porque en los Códigos se había abandonado la distinción de error de hecho y de Derecho y también por el prurito de simplificación de los primeros Códigos. Así ocurre con el Código francés y con los que le siguen, como el Código civil español (68).

La doctrina tuvo dudas en un principio, para excluir de las causas de impugnación, al error inexcusable. Se hubo de pensar que, si el error, todo error, impide el consentimiento («non videtur qui errant consentire»), había razón para establecer como excepción al llamado inexcusable y, sobre todo, se hace hincapié en el respeto a la voluntad del legislador, que de modo general establece que el error (cualquier error) es causa de nulidad del contrato (69). Esta tendencia, a pesar de su fundamentación lógica, no tiene éxito, los autores y la jurisprudencia se inclinan decididamente por considerar indigno de protección a quien culposamente incurre en error; bastará, se dice, para convencerse de ello, atender a los más simples principios de equidad, la culpa que es causa de la obligación de indemnizar el daño causado (69 bis) no debe ser motivo para sustraerse de las obligaciones nacidas del contrato (70). A lo que se añade que la ignorancia grosera equivale a culpa (71) y que quien yerra, y por su propia culpa sufre algún daño, no puede decirse que haya sufrido daño (72). Lo cierto es que, por una u otra razón (73) se hace general, en la juris-

1777, p. 241. POTHIER, no se refiere al error de hecho inexcusable, *Traité des Obligations*, I, art. 3, 1.^a ed., París, 1820, III, pp. 15-19; en sus menos conocido *Traité de la procédure civile*, al tratar de las «lettres de rescisión», obtenidas por haberse sufrido error, nos dice, obsérvese, que no puede nadie alegar ignorancia de su propio hecho «o de cualquiera otra cosa de la que pudiera fácilmente informarse». V, 4, art. 2, § IV, ed. París, 1820, XIII, p. 258.

(68) La sentencia comentada menciona, en su antes reproducido considerando 5.º, la novedad que supone la Ley 19, pár. 2.º, del Fuero Nuevo de Navarra.

(69) Se hace hincapié en la letra del artículo 1.110 del Código civil francés. LAURENT dice: «El Juez no tiene que examinar más que una cosa: ¿el consentimiento de las partes contratantes estaba o no viciado?, ¿había o no error? *Principes de droit civil*, 3.^a ed., Bruxelles, 1878, V, p. 585.

(69 bis) Lo que parece evidente a PUFENDORF: *Le droit de la nature et des gens*, III, 7.^a ed., Amsterdam, 1754, II, p. 104; que se refiere a cualquier negligencia de informarse.

(70) GIORGI: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, trad. esp., Madrid, 1930, IV, §§ 68 y 69, pp. 91 y 92; también III, pp. 276 y ss. BARCELONA: *Errore c. Diritto Privato*, en «Enciclopedia del Diritto», XV (1966), p. 275. LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, 1977, II, 2; con cita de Pacchioni, nadie debe sacar ventaja de su culpa (§ 62, obra de Luna Serrano, p. 61).

(71) En su abono están textos romanos bien conocidos. «Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est». D. 50, 16, 226; «Lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere, quod omnes intelligunt», D. 50, 16, 213; «Imperitia culpa adnumeratur», D. 50, 17, 132.

(72) «Qui ex sua culpa damnun sentit, non intellegitur damnum sentire», D. 50, 17, 203.

(73) Se ha pensado que, en estricta lógica debería distinguirse, y si bien todo contrato celebrado por error puede ser impugnado por ello y anulado, quien alega un

prudencia y entre los autores, la idea de que es indigno de la protección por causa de error quien incurre en él por su descuido o falta (74).

En España, la consideración de lo inexcusable del error para considerarlo inatendible como vicio de la voluntad, aparece y se impone en la jurisprudencia como algo indudable, aunque el Código civil no lo establezca. Se nos dice que «los principios de responsabilidad y de protección de la “bona fides” y de la seguridad del comercio jurídico no consienten que sea invocado para anular la declaración un error evitable con normal diligencia» (75). La sentencia objeto de este comentario, lo estima también como elemento negativo que la jurisprudencia exige, negando eficacia vinculante al contrato, cuando el error puede ser evitado con normal diligencia media o regular, atendiendo a las circunstancias de toda índole, incluso las personales (76).

El motivo primero del recurso, bajo el amparo del número 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa a la sentencia de la Audiencia de Valladolid, de error de hecho en la apreciación de la prueba, al estimar que no hubo error sustancial en el consentimiento; en el segundo motivo se imputa a la sentencia recurrida, error de Derecho en la apreciación de la pruebas al no conceder a la prueba documental la eficacia consagrada en el Código civil, en los artículos 1.216 y 1.218. El Tribunal Supremo se desembara de ambos motivos, considerando innecesario tomarlos en cuenta, «por aducir errores en la

error inexcusable o culposo, deberá indemnizar a la otra parte; indemnización que se limitaría al interés negativo. Solución que se autoriza citando al § 122 del Código civil alemán; aunque éste se refiere a todo supuesto de impugnación por error, sin distinguir entre el excusable y el inexcusable. No debe olvidarse que quien yerra y luego pide la anulación del contrato celebrado puede inferir grave daño a la otra parte.

(74) La evolución de la jurisprudencia francesa, en GHESTIN: *La notion de l'erreur dans le droit positif actuel*, París, 1971, § 120 y s., pp. 149 y ss.; y también sobre las exigencias de la jurisprudencia, WEILL TERRÉ: *Droit civil, Les obligations*, 3.ª ed., 1980, § 174, p. 204. La doctrina italiana, antes del Código civil de 1942, admitía en general el dogma de la inexcusabilidad del error, dando diversas justificaciones. En Alemania, antes de su Código civil, se retorna a la idea tradicional del error inexcusable, la que recoge Windscheid desde la 6.ª edición de su *Pandektenrecht*, FLUME: *loc. cit.*, p. 446, nota 39. Lo extenso de esta dirección se muestra por su acogida en el Derecho inglés, en el que la impugnación por error puede ser detenida («estopped») por oponerse a ella la negligencia del que yerra. Comp. ANSON: *Law of Contract*, 25 ed., by Guert, Oxford, 1979, pp. 298 y 316.

(75) Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1978, con cita de otras catorce sentencias; también más recientemente sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1982, con cita de otras tres sentencias.

(76) Considerando 5.º; con cita también de otras cuatro sentencias del Tribunal. Dicho considerando, llama oportunamente la atención hacia la Ley 19, párrafo 2.º, del Fuero Nuevo de Navarra, que después de establecer que son anulables las declaraciones viciadas por error, añade, «pero no podrá alegarse el error inexcusable de hecho o de Derecho».

valoración probatoria que ni han existido ni importan al tema de la casación» (77).

Podrá observarse que así se ha seguido, aunque sin decirlo, la doctrina jurisprudencial, según la que, la existencia del error «suele constituir un problema de hecho de la exclusiva competencia de los Jueces de Instancia, aunque en ocasiones puede entrañar conceptos jurídicos impugnables por la vía del número 1.º del artículo 1.962 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (78).

Entre los conceptos jurídicos a que se refiere el texto acotado, se encuentran los de error excusable e inexcusable. Ofrecen una doble causa, de una parte se basan en la prueba de ciertos hechos y de la otra resultan de una calificación puramente jurídica. Aceptados por el Tribunal de Instancia ciertos hechos y no contradichos adecuadamente por el recurrente, cabe recurrir contra la calificación de inexcusable por la vía del número 1.º del artículo 1.962.

Este ha sido el camino que sigue nuestra sentencia: la que nos dice que «procede dar lugar al recurso por error en el consentimiento, determinante de su nulidad a tenor de los preceptos que se invocan (artículos 1.271, número 1.º, 1.265 y 1.266 del Código civil), casando la sentencia recurrida». Conclusión a la que se llega «estimando el motivo tercero del recurso» (79).

La extrañeza y las dudas anunciadas nacen de dicho motivo 3.º del recurso, según se conoce por el, al parecer, esmerado extracto que se encuentra en los resultandos de la sentencia. El citado motivo, al amparo del número 1.º del artículo 1.962 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se funda en que la sentencia impugnada, viola por «no aplicación» los artículos 1.261, 1.265 y 1.266 del Código civil, explicando que «la cuestión básicamente discutida a lo largo del presente litigio, conjuntamente con la de los vicios o defectos ocultos del objeto vendido, ha sido la del error sustancial padecido por la “Obra Misionera EKUMENE”»; a tal efecto se insiste en que se trata de un error que recae sobre la sustancia de la cosa, aduciendo para demostrarlo los hechos ya conocidos. Mas no se encuentra ni la menor referencia a lo excusable o inexcusable del error.

En el supuesto de que los datos recogidos en los resultandos fueran completos, podemos pensar que estamos ante otro caso en que el Tribunal Supremo, atendiendo más al sentido de la Justicia que a viejos formalismos, toma la iniciativa para casar la sentencia del

(77) Considerando 7.º, se aplica aquí la tan reiterada doctrina sobre los documentos auténticos.

(78) Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1980; también, p. ej., las de 14 de mayo de 1968 y 21 de julio de 1978.

(79) Considerandos 7.º y último.

inferior, aplicando al efecto una doctrina no alegada por el recurrente, y ello conforme a la concepción amplia del principio «iura novit curia».

El error cognoscible

La doctrina que excluye de protección a la persona que incurre en error inexcusable, es un notable progreso en la regulación del error: tanto por razones evidentes de equidad como por disminuir las causas de anulación de los contratos, reforzando así la seguridad jurídica. Con ello, no se evita otro peligro para dicha seguridad, y no menos grave: el que de pronto, inesperadamente, un contratante sea sorprendido al cabo de los años (hasta cuatro, artículo 1.301), con que el otro contratante impugne y logre la anulación de un contrato en cuya validez confiaba razonablemente; con daños para él y posiblemente de los terceros con los que había contratado en base de la validez de aquel contrato. Este resultado se procura remediar por ciertos Códigos, arbitrando otro requisito negativo, como necesario; es el de la cognoscibilidad del error, que supone excluir de protección jurídica el error secreto e ignorado.

La sentencia comentada se refiere expresamente al citado requisito señalando que el «presupuesto de la excusabilidad se encuentra suplido por el de cognoscibilidad atribuido al otro contratante (así, el Código italiano de 1942, artículos 1.428 y 1.431)». Con estas palabras se llama la atención hacia el requisito negativo de la cognoscibilidad, que parecía ser hasta ahora desconocido en nuestra doctrina jurisprudencial (80).

La referencia al Código civil Mussolini es oportuna y reveladora. Dicho Código, y la doctrina elaborada en torno suyo, ha divulgado entre nosotros el conocimiento del requisito de la reconocibilidad.

(80) Se dice «parece» para salvar la posibilidad contraria. La duda nace de que en una importante obra (LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, II, 2, Barcelona, 1977) se afirma que «para que el error pueda dar lugar útilmente a la impugnación del contrato ha de ser reconocible», añadiéndose, sobre este requisito, «que la jurisprudencia se ha referido en algunas ocasiones» al mismo, «señalando su exigencia y la necesidad de su prueba (cfr. sentencias de 5 de marzo de 1960 y 30 de septiembre de 1963)» (§ 66, obra del Dr. Luna Serrano, p. 61). Consultada la *Colección Legislativa de España, Jurisprudencia Civil*, edición oficial, las sentencias que allí aparecen mencionadas, con las fechas de 5 de marzo de 1960 (T. LXXVII, marzo, pp. 102-119) y de 30 de septiembre de 1963 (T. 121, julio-septiembre, pp. 421-435), no se refieren al error ni mencionan la reconocibilidad. Es posible que las sentencias como refiriéndose a la reconocibilidad, no hayan sido publicadas en la jurisprudencia civil, lo que ha ocurrido a veces. De todos modos, el texto de la sentencia comentada, dado lo esmerado de su redacción, al no mencionar ningún antecedente de doctrina jurisprudencial (citando sólo al Código italiano), inclina a pensar que no eran conocidas por la Sala las citadas sentencias.

Sin embargo, no se trata de una novedad ni de algo peculiar del Código italiano. Lo que conviene notar, pues su antigüedad y su amplia área de expansión, muestra que se trata de un requisito que aparece exigible natural y justificadamente, tanto al menos que el de excusabilidad.

Posiblemente, la primera referencia clara a que el error invalidante, no podrá ser aquel que se ocultara a la otra parte, la encontramos en el notable Código civil de Chile, que requiere para que el error de hecho vicie el contrato, que el mismo «haya sido conocido por la otra parte» (81). El prestigio del Código chileno y la autoridad en Andrés Bello, hará que el citado precepto sea recogido en otros Códigos americanos (82). Coincide en esta dirección el Código portugués de 1867, que requiere que la otra parte *conozca* las circunstancias por las que se manifiesta el error del engañado (83).

Tanto el Código chileno como el antiguo de Portugal hubieron de ser conocidos por la comisión redactora de nuestro Código civil, pero ignoramos las razones por las que no se les tuvo en cuenta.

Después de la primera generación de Códigos civiles, hay un notable renacer del requisito de la reconocibilidad; coincidente con la preponderancia que en la doctrina de los autores se venía dando a la declaración respecto a la voluntad, conforme a la importancia creciente dada a la seguridad del tráfico comercial.

Al redactarse el Código civil alemán, se propuso que sólo se atendiese como invalidante al error conocido o cognoscible. Es cierto que no se aceptó, quizá por prejuicios voluntaristas, alegándose que, en la mayoría de los casos, el error se advierte antes o en el momento del cumplimiento, siendo raros y que no requieren especial considera-

(81) El texto citado se reproduce en la nota 18.

El Código civil de Luisiana puede entenderse en el mismo sentido, al decir que el error que recae sobre el motivo ha de ser *evidente*, para que produzca la anulación del contrato; el texto del artículo citado se recoge en la nota 17.

(82) Así, p. ej., el artículo 1.325 del Código civil de El Salvador (1860) y el artículo 1.511 del Código civil de Colombia (1858-1887).

(83) El artículo 661 dice:

El error sobre el objeto del contrato o sobre la cualidad del mismo objeto produce la nulidad, solamente cuando el engañado ha declarado expresamente o por las circunstancias del mismo contrato, *igualmente conocidas por la otra parte*, que contratara sólo por esa razón y no por otra.

El Código portugués de 1966 contiene una regulación más compleja del error; respecto al error en la declaración requiere que se *conozca o deba conocerse* la esencialidad del elemento en que incidió el error (art. 247); sobre el error en los motivos, el artículo 252 dice que si el error recae sobre los motivos determinantes de la voluntad, pero no se refiere a la persona del declaratario ni al objeto del negocio, sólo serán causa de nulidad si las partes hubieran reconocido por acuerdo la esencialidad del motivo.

ción los casos en que se descubre el error después de cumplido el contrato (84). Los redactores de este Código, prefieren conceder la facultad de impugnar a quien incurre en error (§ 119), pero con la obligación de indemnizar a la otra parte y en su caso a un tercero que confíe en la validez del contrato; indemnización que no será mayor que el interés que se tenga en la validez del contrato (§122). Solución calificada de teóricamente elegante, pero insatisfactoria para la práctica (85). Ciertamente desanima para impugnar a quien haya incurrido en error, ante la amenaza de tener que abonar daños; pero tiene el defecto de que coservándose la impugnación por error se disminuye la seguridad del tráfico, ya que adolece de la dificultad de probar el daño que resulte de la anulación del contrato (86).

Será la ley, reformando el § 871 del Código civil general de Austria, la que abandonando el antiguo texto de 1811, y sin seguir al Código civil alemán, requiere para tener en cuenta el error, el que se manifieste de modo patente de las circunstancias («aus dem Umständen offembar aufallen musste»). Ello ha podido ser señalado como antecedente (87) en esta materia, del Código civil italiano de 1942, el que con razón, ha sido considerado como decisivo para la general consideración del requisito de la cognoscibilidad (88); motivo precisamente por el que se le menciona oportunamente en la sentencia comentada. También puede citarse dentro de esta dirección el Código civil de Venezuela, del mismo año 1942, que combina la exigencia de la inexcusabilidad a la de la cognoscibilidad, para eximir de la responsabilidad por daños a quien pide la anulación del contrato por error (89). En fin, parece muy significativo de la fuerza de esta corriente, en favor del requisito negativo de la cognoscibilidad, el que se le utilice en el Proyecto del Código civil de los Países Bajos, debi-

(84) FLUME: *loc. cit.*, pp. 426-427, citando los «Protokollen».

(85) Así le califica en Austria EHRENZWEIG: *System des österreichischen Privatrecht*, Wien, 1925, I, § 91, p. 217, nota 16.

(86) FLUME: *loc. cit.*

(87) FEDELE: en *Codice civile, Commentario*, dirigido por D'Amelio y Finzi, *Libro delle Obligazioni*, Firenze, 1948, I, p. 706, nota 1; en donde se cita también una ley sueca y el Código de Obligaciones polaco. También pueden citarse el artículo 26 del Código de Obligaciones helvético (1911).

(88) El artículo 1.428 dice: «El error es causa de anulación del contrato cuando es esencial y reconocible por el otro contratante.» Lo completa el artículo 1.413, según el cual: «El error se considera reconocible cuando, en relación a su contenido, a las circunstancias del contrato o bien a la cualidad de los contrayentes, una persona de normal diligencia hubiera debido advertirlo.»

(89) Artículo 1.149, párrafo 1.º: «La parte que invoca su error para solicitar la anulación de un contrato está obligada a reparar a la otra parte los perjuicios que le ocasione la invalidez de la convención si el error proviene de su propia falta y la otra parte no lo ha conocido ni podido conocer.»

do al eminente jurista Meijers, al que se le ha podido llamar el Huber holandés (90).

De este modo ha venido afirmándose en las leyes el requisito de la cognoscibilidad, junto o en lugar del requisito de la excusabilidad, obra de la jurisprudencia. Ahora, para precisar sus contornos y apreciar su relativa importancia, no estaría de más señalar lo común de sus orígenes y también sus especiales características.

La semejanza de ambos requisitos negativos del error, puede verse tanto en su justificación como en su resultado social. Uno y otro tratan de evitar que la impugnación por error de un contrato, tenga consecuencias que choquen con la equidad y el buen sentido. Repugna dar eficacia anulatoria de los contratos al error grosero e injustificable; lo mismo que ocurre con el error oculto, desconocido e insospechado, que se oponga a la otra parte, la que con ello se encuentra sorprendida y perjudicada. También, en ambos requisitos negativos ha podido verse la nota de la culpabilidad; no parece digno de protección por su error, quien en sus tratos no obra diligentemente y no tiene en cuenta los intereses de la otra parte; lo que ha hecho pensar en la conexión de los dos requisitos negativos con la figura de la «culpa in contrahendo» (91). En fin, con uno y otro requisito, se busca mantener la eficacia del contrato, fortaleciendo la seguridad jurídica.

Las señaladas coincidencias no deben ocultar las diferencias entre los dos requisitos negativos. El de inexcusabilidad nace de la idea de que el que yerra es indigno de protección si es culpable de su error. El de reconocibilidad se explica por la preponderancia atribuida a la declaración sobre la voluntad interna y no manifestada. En Italia es un claro resultado de la preocupación del Código Mussolini en favor de la empresa, y de la seguridad jurídica (91). Con el requisito de la inexcusabilidad, la atención se fija en la conducta del declarante que

(90) «Tampoco podrá invocarse la falta de voluntad contra quien entiende una declaración de voluntad o una conducta en el sentido en que lo haría razonablemente cualquier persona y para quien no sea claramente cognoscible que con aquella falta no hay coincidencia de voluntades. Igualmente no puede impugnarse una declaración por ser incompleta («onvolledig Reit») contra quien no la conocía ni tenía por qué conocerla». Libro III, título 2, art. 3, párr. 1, *Ontwerp voorem nieuw Burger lizk Wetboek op gesteld door*, prof. Mr. E. M. MEIJERS S-Gravenhage, 1954, p. 117. Puede recordarse también el antes citado nuevo Código portugués.

(91) Comp. BARCELONA: *Errore (Diritto privato)*, en «Enciclopedia di Diritto», XV (1961), § 17, pp. 275-276.

(92) Se nos dice oficialmente al presentar el Código, que el requisito de la reconocibilidad es una consecuencia necesaria del criterio adoptado por el Libro de las Obligaciones, en materia de interpretación del contrato, en cuanto la seguridad del crédito y de los cambios ha impuesto dar relevancia jurídica sólo a la confianza creada hacia el significado que socialmente pueda darse a la declaración, FEDELE: *loc. cit.*, p. 706. TRABUCCHI: *Errore (Diritto civile)*, § 10, «Novissimo Digesto Italiano», 1968, p. 671.

sufre el error y en la responsabilidad de quien yerra por su culpa. En el de la cognoscibilidad se atiende a la situación de quien recibe la declaración, según que pueda o no advertir el error; cambio de mira que ha hecho pensar en la responsabilidad de esta parte, la que si advierte el error de la otra, debería señalarle que ha incurrido en error conforme al criterio de la buena fe. Independencia de cada requisito que se manifiesta en que existen casos en que hay error reconocible pero no excusable, y error inexcusable y no reconocible (93). Cuando se ha querido tener en cuenta conjuntamente ambos requisitos se les menciona a ambos expresamente, como hace el Código de Venezuela de 1942 (94).

4. El motivo para celebrar el contrato

La doctrina, la jurisprudencia y los autores, cambiarán paulatinamente su punto de vista sobre el error en los contratos. Antes, influida por los textos romanos, razona del siguiente modo: el que yerra no consiente (95), y siendo el contrato el acuerdo de dos consentimientos, al faltar uno de éstos, estando viciado por error, no puede nacer el contrato. De este modo, en apariencia lógico, se abre la posibilidad prácticamente ilimitada de impugnar la validez de los contratos. Las necesidades del tráfico, que requieren el poder confiar en lo contratado, junto con la idea de fuerza creciente de la responsabilidad de aquel que, con su declaración, crea una apariencia en la que la otra parte ha de confiar, determina que se vaya abandonando la anterior concepción subjetivista del error. Nueva visión del problema que se manifiesta aquí y allá en la creciente exigencia de los requisitos negativos de la inexcusabilidad y de la reconocibilidad del error; ambas incompatibles con el primitivo concepto del error.

De modo discreto o inconsciente se irá también dando de lado a la concepción subjetivista; eficaz instrumento para ello sería la interpretación (96); aunque su motor interno sea el atender en cada caso a las exigencias de la justicia, conforme a los criterios del buen sentido. Proceder que será el del mismo Pothier, representante tan autorizado de la dirección subjetivista al buscar solución a un curioso caso de la práctica de su tiempo. Era el de la venta de una

(93) En la doctrina italiana se ha pensado que habiéndose establecido el requisito de la cognoscibilidad se había de entender que con ello se excluía el de excusabilidad, pues de lo contrario se extendería injustificadamente la protección del destinatario de la declaración en daño del errante y porque el legislador no ignoraba las discusiones que sobre el antiguo Código había originado el requisito de lo excusable y que, por tanto, lo habría mencionado de haberlo querido mantener, FEDELE: *loc. cit.*, p. 707.

(94) Recogido su texto en nota 89.

(95) «Non videtur qui errant consentire», «errantis nulla voluntas est».

(96) En el Derecho inglés podrá observarse que buen número de casos sobre el error se resuelven mediante «construction» de la voluntad de las partes.

finca, sin ninguna especial condición sobre su estado; a ninguno de los contratantes se le pasó por las mientes que pudiera ser devastada por un huracán. No obstante, Pothier entiende que la compra es impugnabile por error. ¿Por tratarse de error en una condición esencial de la cosa? La respuesta no puede ser afirmativa conforme a la concepción romana de esencia y tampoco según la idea del motivo de la dirección subjetivista. Parece, más bien, que se acude ocultamente a un remedio propio de la interpretación objetiva del negocio. Se entiende que implícitamente, sin decirlo ni pensarlo, pero conforme a lo que normalmente se quiere, la compra de una finca se refiere a una finca en situación regular y no a una finca en cualquier estado, y menos que se encuentre destruida, e inútil, por tanto, para la explotación agrícola propia de su condición. El error del comprador está en que al firmar el documento de compra ignoraba que la finca estaba arruinada; su error se considera atendible como invalidante, en consideración a que su motivo (adquirir una cosa «sana y salva») estaba implícito en la misma compraventa, según el sentir común (97), siendo así condición o causa concreta (motivo incorporado a la causa) o motivación del contrato.

El examen de la sentencia que aquí se comenta, hace pensar que ella ampara dicho criterio. Nos dice que, «con la más autorizada doctrina», se entiende por error la «intelección defectuosa o equivocado conocimiento de las cualidades que han determinado la declaración de voluntad como causa concreta», atendiendo a lo que constituye «la finalidad del negocio», conforme a las expresiones de los otorgantes y sin desechar los criterios objetivos, «puesto que generalmente la común opinión del tráfico económico-jurídico sobre lo que es relevante y primordial en el bien objeto del contrato coincidirá con lo deseado por las partes al emitir su declaración» (98). El error ha de incidir, pues, «sobre la razón misma del negocio» (99).

Antes de seguir adelante, no sobrará averiguar cuál sea la autorizada doctrina a la que se refiere nuestra sentencia. Probablemente se trata de la doctrina jurisprudencial, pues aparte de algún autor, que a su vez se apoya en sentencias del Tribunal Supremo, son éstas en las que se ha ido consolidando dicha doctrina. Especialmente ha de citarse la sentencia de 22 de junio de 1978, antecedente inmediato de la aquí estudiada (100). En aquella importante sentencia se atiende, para

(97) La solución sería distinta si explícita o implícitamente se entendía la compra como de una cosa «en cualquier estado en el que se encontrase», como, p. ej., en el Derecho inglés en la compra de «res stricta», o en la adquisición en el Rastro de un cuadro.

(98) Considerando 4.º; lo deseado por las partes explícita o implícitamente.

(99) Considerando 5.º; que califica ello de «incontrovertible».

(100) Las sentencias de 21 de junio de 1978 y de 4 de enero de 1982, han tenido el mismo ponente, el Magistrado, excelentísimo señor don Jaime Castro García.

no dar lugar al recurso a «la común intención de los contratantes y por consiguiente con las específicas particularidades de la cosa que los otorgantes contemplaron para alcanzar la conjunción de sus voluntades»; siendo el error atendible el «que hubiere influido en la determinación de la voluntad del hombre medio», relevante sólo en cuanto motivo «incorporado a las causas» de la compraventa (101); añadiéndose, que ha de atenderse «a la base negocial, el error anulatorio recaerá sobre las condiciones o cualidades de la cosa que constituyan la causa principal o determinante del contrato» tenidas en cuenta en el caso concreto (102). Esta misma doctrina, aunque no de tal modo claro y terminante, se encuentra en anteriores sentencias de nuestro más alto Tribunal. Así, por ejemplo, se precisa que el error ha de recaer sobre «lo que es base, materia y motivo a un mismo tiempo para celebrar el contrato» (8 de marzo de 1929), que para apreciar el error se requiere prueba y constancia del nexo que tenga «con los fines y objeto que las partes hayan perseguido» (14 de junio de 1943) (103). Recientemente, se ha distinguido entre los motivos que un contratante haya tenido para expresar su voluntad, que no determina el vicio invalidante del consentimiento, de los motivos que afectan a «la causa principal o determinante del negocio», cuyo error es el que tiene eficacia a tal finalidad (104).

Habrà podido observarse que la doctrina ha seguido la corriente general de ir estrechando las posibilidades de la impugnación de los contratos por error; se eliminan los motivos meramente subjetivos y se atiende a aquel motivo subjetivo que coincide con el motivante del contrato (105). Tendencia que ha podido consolidarse, gracias a que no ha encontrado obstaculo en la letra del artículo 1.266, ya que estima éste como vicio al error sobre las condiciones que principalmente hubiesen dado motivo para celebrar el contrato; con lo que cabe pensar que se refiere no a cualquier motivo, sino al motivante del contrato, o sea, como se dice respecto al error sobre la persona, cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del contrato.

(101) Considerando 2.º

(102) Considerando 4.º

(103) Citas tomadas de CASTRO: *loc. cit.*, en donde se encuentran otras referencias de semejante significado, pp. 113 y 114.

(104) Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1982, con cita de otras cinco sentencias.

(105) Prueba de lo indicado es la coincidencia de esta doctrina, en sus efectos, con la del requisito negativo de la reconocibilidad del error. El motivo reconocible en sí mismo, será atendible respecto a su error, cuando manifieste de modo explícito o implícito el sentido del contrato, es decir, su motivación objetiva y condicionante. El motivo conocido por la otra parte sería tenido en cuenta como tal requisito, en cuanto tenga aquel sentido y no cuando, aunque expresado, no condicione el contrato.

5. Líneas generales de la doctrina del Tribunal Supremo

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, respecto al error en el consentimiento, ha realizado una función recreadora, interpretando los preceptos del Código civil, completándolos y adaptándolos a las necesidades del tráfico jurídico; del modo amplio, ahora reconocido por el reformado título preliminar del Código (artículo 3,1). Así, al considerar los requisitos negativos de la inexcusabilidad y de la irrecognoscibilidad. En otro aspecto y con igual criterio equitativo, se amplía la regulación sobre interpretación de los contratos (artículos 1.281 y 1.282), teniendo en cuenta los motivos implícitos que condicionan objetivamente la causa del contrato. Lo que ha tenido el resultado de que la doctrina de nuestro Alto Tribunal ofrezca las siguientes líneas generales:

Es jurisprudencia reiterada la de que el error resultante de un simple motivo no será tenido en cuenta (106) como vicio del consentimiento, como dice una muy reciente sentencia: «Los motivos que un contratante haya tenido al expresar su voluntad no afectan a la causa del negocio» (107). Se confía así al buen criterio de los tribunales decidir cuándo se trata de motivos personales y en qué caso el motivo se incorpora a la causa del contrato: tarea de más o menos dificultad, según las ocasiones. En un caso reciente, un editor alega error al contratar la publicación de una obra, por haber sido inducido a creer que la obra publicada «se vendería de forma masiva» (108). Más compleja es la cuestión decidida por la antes citada sentencia de 21 de junio de 1978. Se trataba de la venta de una casa, en la que el comprador intenta ejecutar obras de acondicionamiento para la utilización comercial de los locales, pero se le niega licencia al efecto, por haber sido declarada en estado de ruina y haberse ordenado su demolición, antes de la venta. El comprador impugna la validez del contrato, por ser motivo de su compra el instalar un establecimiento mercantil en el edificio adquirido e ignorar la declaración de ruina. El Tribunal Supremo entiende que el motivo alegado por el comprador no estaba incorporado a la causa y casa la sentencia de la Audiencia (que habría revocado la del Juzgado). Estudia al efecto los indicios positivos y negativos ofrecidos. Ni en la escritura de compraventa,

(106) Vide notas 55 y 56.

(107) Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1982 (citando sentencias de 22 de diciembre de 1908, 15 de enero de 1910, 16 de febrero de 1935 y 30 de septiembre de 1963); se nos dice que se trataba de «un nuevo error de cálculo o combinaciones en el negocio», se había dispuesto de cosa no propia, sino perteneciente a la herencia yacente de sus difuntos padres.

(108) El promotor de la publicación había adelantado al editor un millón de pesetas, comprometiéndose este último a devolverlo en cierto plazo; su negativa a cumplir lo prometido, alegando error, no es tenida en cuenta, porque el dicho motivo no influye «como causa esencial motivadora», sentencia de 12 de junio de 1982.

ni en las conversaciones preliminares se manifestó el motivo alegado. En cambio, se trataba de la compra de un edificio de notoria vetustez, calificado especialmente en la escritura de venta de «viejo», siendo de nulo valor la edificación y realidad su ruina, desde el punto de vista arquitectónico; a lo que se añadía lo módico del precio pactado y la tardanza en comenzar las obras de reforma. De todo lo cual se induce no haberse probado por el impugnante que, interpretado objetivamente lo pactado, se trataba de la compra de un edificio con la condición de apto para ser restaurado o ser reparable para instalar en él un establecimiento comercial.

La prueba de que el error se produce teniendo en cuenta un motivo incorporado a la causa o condicionante, puede resultar de la interpretación de los dichos o hechos de los contratantes o bien de lo implícitamente querido, conforme a la interpretación objetiva.

Ejemplo elocuente de lo primero nos lo ofrece la comentada sentencia de 4 de enero de 1982. El objeto de la compraventa era un manantial de aguas minero-medicinales y se había declarado expresamente que «EKUMENE» se proponía la comercialización de las aguas; el propósito del comprador aparecía claramente de los dichos y hechos de las partes, de modo que resultaba ser un motivo explícito y condicionante, incorporado a la causa de la compraventa (109). A diferencia de este caso, en otros semejantes no se procede a la impugnación por error, por ser más sencillo para el comprador pedir la resolución del contrato por su incumplimiento (110).

(109) También ello ocurre en los casos en que el vendedor se refiere explícitamente a excelencias falsas de la mercancía, de tal modo que ello sea determinante de la compra; así, cuando se dice vender una maquinaria moderna y en buen estado y funcionamiento, y es vieja y no funciona adecuadamente; o se dice ser un motor nuevo y es usado. No se considerará, en cambio, como origen de error, los elogios a lo vendido que entran en lo usual del tráfico («dolus bonus»).

(110) El comprador, «EKUMENE», hubiera podido también pedir la resolución del contrato por incumplimiento del vendedor; lo que hubiera obligado además a éste al resarcimiento de daños, artículo 1.124 del Código civil.

La Ley que rija al morir el causante es la que regula la sucesión en que incida una adopción

MANUEL ALBALADEJO GARCIA

Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: 1. Planteamiento de la cuestión.—2. Los cambios de legislación en materia de adopción, su repercusión en nuestro tema, e importancia de éste.—3. La irretroactividad de las diversas Leyes de adopción.—4. Las disposiciones transitorias de dichas Leyes.—5. Las disposiciones transitorias del Código civil que pueden venir al caso.—6. Otros textos del Código que vienen al caso también.—7. La doctrina.—8. El párrafo 33 de la Exposición de Motivos de la segunda edición del Código civil.—9. Los casos parecidos cuya comparación con el nuestro convence de que la sucesión en que incida adopción no se debe regir por la Ley vigente al adoptar.—10. Fundamentación de que se aplique la Ley de Adopción vigente a la muerte del causante.—11. El caso del pacto sucesorio en adopción.—12. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

Según una opinión, que, aparte de formulada por escrito o no, he oído expuesta de palabra en algunas ocasiones, la sucesión relacionada positiva o negativamente con una adopción se rige, en cuanto venga al caso, por la Ley vigente al llevarse a cabo la adopción. De modo que cuando se llama a heredar en virtud del vínculo adoptivo (por ejemplo, a heredar el adoptado al adoptante), o cuando en virtud de ese vínculo se excluye de heredar (por ejemplo, si después de la adopción, el adoptado ya no hereda a su familia de sangre), la herencia corresponderá o no, según lo que estableciese la Ley bajo la que la adopción se otorgó.

Si damos eso por bueno, como resulta que nuestra legislación sobre adopción (que también comprende derechos hereditarios de los adoptados y contra ellos, tanto de la familia nueva, la adoptiva, como de la antigua, la de sangre, así como comprende igualmente exclusión de la sucesión del adoptado respecto de ciertas personas o de éstas respecto de él que, uno u otros, se habrían heredado entre sí, si

no hubiese habido adopción), ha cambiado tantas veces en los últimos tiempos, habrá que llegar a la conclusión de que cada sucesión que se produzca actualmente, si en ella incide una adopción, se regirá por legislación distinta, porque la que procederá aplicar a tal sucesión no será la Ley vigente hoy, sino que, aun producida la sucesión hoy, deberá regirse por la Ley vigente cuando se otorgó la adopción que juega en tal sucesión. Por ejemplo, si A adoptó a B el año X bajo Ley que dijese entonces que el adoptado heredaba al adoptante, aunque se cambie la Ley después y la nueva excluya a aquél de heredar a éste y A muera con posterioridad al cambio, B le heredará, porque la Ley bajo la que fue adoptado le confería derecho a heredarle.

De ser esto así, resultaría —repito— que las herencias de varios causantes que muriesen todos ahora, se regularían por legislación diferente, si cada uno adoptó a un hijo bajo legislación anterior diferente.

Pues bien, yo creo que esto no es así de ningún modo, ni debe serlo, porque el tema de la adopción y de la filiación adoptiva y sus derechos es de un interés público que pide unidad y tratamiento uniforme según la conciencia social actual, no derechos diferentes para los que estando en el mismo caso no es razonable que los tengan desiguales por razón de intereses puramente individuales amparados en lo que en otros tiempos dijeron Leyes que fueron consideradas merecedoras de reforma por la conciencia social de hoy.

Volviendo al ejemplo antes puesto, yo creo que B, heredará a A si así lo establece la Ley que regule la sucesión cuando A muera, y no porque la Ley vigente cuando fue adoptado dijese que el adoptado heredaba al adoptante. De modo que cambiada después esta Ley, todavía en vida del futuro causante, privando la otra Ley que la sustituya, al adoptado de la sucesión del adoptante, cuando éste muera más tarde, el adoptado no le heredará.

Pienso que eso es así, y luego ahondaré las razones. Pero quiero dejar claro desde ahora que tal pérdida, en virtud de la Ley posterior, de derechos hereditarios del adoptado antes, no es porque la Ley posterior tenga efectos retroactivos, pues no tiene que tenerlos para producir ese resultado. Así que sin ser retroactiva la Ley posterior de adopción, regulará la sucesión que se produzca después de ella, simplemente por aplicación de la regla, que no es de retroacción, de que la sucesión se rige por la Ley vigente al morir el causante, Ley que ya no es la antigua bajo la que se adoptó, si es que después de la adopción, pero antes de morir el causante, se dictó otra. Que la Ley nueva alcance a la sucesión futura, sucesión que es futura cuando el causante muera después de dictarse la Ley nueva, no es dar —insisto— efecto retroactivo a esta Ley nueva, ni desconocer ningún derecho adquirido a herencia, porque no hay adquisición de derecho a herencia, sino cuando el causante muere (con la precisión que después haré para caso de pacto sucesorio).

2. LOS CAMBIOS DE LEGISLACION EN MATERIA DE ADOPCION, SU REPERCUSION EN NUESTRO TEMA, E IMPORTANCIA DE ESTE

Nuestra legislación de adopción ha cambiado varias veces —demasiadas— desde hace poco tiempo. No digo yo que no convenga cambiar lo que deba cambiarse. Pero también parece que cuando se cambia tanto es por culpa de que el Legislador no hace el cambio que debiera, y se da cuenta rápidamente de que correspondió haber hecho uno distinto. Y entonces, ni corto ni perezoso, hace otro de nuevo.

Hay que ver cuánta atención ha atraído la adopción actualmente, habiendo salido del letargo en que si hemos de creer a García Goyena estaba el pasado siglo, según se deduce de lo que este autor decía comentando el título correspondiente —el V del libro I— del Proyecto de 1851. En efecto, se lee en García Goyena (1) que: «Es un hecho constante y notorio que la adopción no está en nuestras costumbres. Hubo, por lo tanto, en la Sección una casi unanimidad para pasarla en silencio; pero habiendo hecho presente un vocal andaluz que en su país había algunos casos, aunque raros, de ella, se consintió en dejar este título con la seguridad de que sería tan rara y extraña en adelante, como lo ha sido hasta ahora, y porque el fin de este título no es imperativo, sino permisivo o facultativo, y de una cosa que puede conducir a sentimientos dulces y benéficos».

Yo diría que ni tan calvo, como decía García Goyena, ni tanto, como parece hoy.

Sea como sea, el Código civil reguló la adopción. Y desde su texto original de 1889 ha sufrido modificaciones en 1958 (24 de abril), 1970 (4 de julio), 1981 (13 de mayo), 1981 (7 de julio), 1983 (24 de octubre) y 1987 (11 de noviembre).

Tales modificaciones, aparte de puntos de que no voy ocuparme aquí, han afectado a los derechos sucesorios de los adoptados, de los adoptantes, de los familiares de sangre de la antigua familia de aquéllos, y de los familiares de adoptados y adoptantes después de la adopción. Todo eso *recíprocamente*, de modo que igual, por ejemplo, para heredar el adoptado al adoptante, que éste a aquél, que sus antiguos familiares a una persona adoptada por otro, que ésta a sus antiguos familiares. Y todo eso también *triplicadamente*, porque, aunque no en todos los casos, sí en algunos, los derechos sucesorios afectados fueron derechos legitimarios, derechos de sucesión intestada y derechos de sucesión voluntaria procedente de pacto sucesorio establecido en el propio acto adoptivo.

(1) *Corcordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, comentario al Libro I. título V.

Así que la importancia del tema es grande. Y que no se trata de interés puramente teórico, resulta probado por el hecho de que lo que me ha movido a escribir este trabajo ha sido la evacuación de un dictamen sobre si después de la reciente Ley de 1987 que, como es sabido establece que «la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior» (art. 178, núm. 1), el padre de sangre de una persona corresponde que sea heredado abintestato por ésta, que había sido adoptada por un tercero vigente la Ley de Adopción de 1970, según la que, como es sabido: «Los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado...» (art. 179, último párrafo), pero se discutía si el adoptado sí conservaba o no el derecho de heredar a sus parientes por naturaleza, derecho que expresamente no le quitaba la Ley de 1970.

No voy en el estudio que sigue a detallar la evolución del tema de los derechos sucesorios, que las diversas Leyes de Adopción han dado o han dado más, o han quitado algo o del todo. Daré simplemente una idea general. Ello por dos razones: una, que muchos de los extremos de la materia son dudosos y discutidos en la regulación que les dio alguna de las Leyes en cuestión, o a lo mejor en más de una; y siendo tantos los extremos inseguros según eso, y tantas las Leyes, ocuparme de todo es trabajo que excede de mi propósito actual. La razón segunda es que como mantengo la tesis de que, a salvo el caso de pacto sucesorio en adopción, después de la Ley de 1987, es ésta la que debe de aplicarse a toda sucesión futura afectada por adopción, sea ésta de la fecha que sea (menos lo que se dirá para las anteriores a 1958), carece de interés dedicarse a averiguar ahora los derechos sucesorios procedentes de leyes de adopción anteriores.

Por último, desaparecida para el futuro la antigua adopción menos plena o simple, no me ocupo de ella, aunque las existentes subsistan con los efectos sucesorios, que les reconociese la legislación anterior (Ley de 1987, disposición transitoria segunda).

A consecuencia de las diversas modificaciones legislativas habidas, resultaron afectados derechos sucesorios en los siguientes términos, en tema de adopción plena, hoy simplemente adopción, la única admitida actualmente:

1.º En la regulación original del Código civil, el artículo 177, al final, sólo decía, en lo que importa ahora, que el adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural... Pero ello no perseguía, sino poner de relieve que los conservaba el adoptado, no excluir a la familiar natural de sus derechos, y también los hereditarios, contra aquél. Así que, en definitiva, los respectivos derechos sucesorios legales los conservaba el adoptado contra su familia de sangre, y ésta contra él.

La conservación, así, de derechos hereditarios recíprocos entre el adoptado y su familia de sangre, iba acompañada de la declaración de que, por Ley, ni el adoptante adquiriría derecho a heredar el adoptado, ni éste a aquél. Decía el artículo 177, al principio: «El adoptante no adquiere derecho alguno a heredar al adoptado. El adoptado tampoco lo adquiere a heredar, fuera de testamento, al adoptante».

Pero el artículo permitía establecer en la adopción la obligación del adoptante de instituir al adoptado, pues continuaba «...a menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado a instituirle heredero...». Figura de discutida naturaleza y alcance, que ha dado lugar a muchos estudios de nuestros autores, así como a bastantes fallos jurisprudenciales, y en la que, suprimida hoy, no voy a entretenerme, sino simplemente decir que creo era un pacto sucesorio eficaz de por sí para llamar a suceder al adoptado.

Ahora bien, he de advertir, que como en el estudio presente me ocupo sólo de la adopción plena, queda fuera de él esa adopción que reguló originalmente el Código, porque no era plena, aunque por completar el panorama, haya recogido lo que decía el Código.

Pero, de cualquier modo, quiero señalar que una adopción de entonces, por no ser plena, no tendrá hoy los efectos que señala la Ley de ahora para las plenas (así, por ejemplo, para las simples o menos plenas suprimidas para el futuro, lo establece la disposición transitoria segunda de la Ley de 1987). Sentido en el que se pronuncian asimismo Gambón (2) y Bercovitz, según el que (2 bis) dichas adopciones anteriores a 1958 «seguirán rigiéndose por la regulación originaria del Código, de acuerdo con la disposición transitoria segunda del mismo, por la sencilla razón de que no cabe someterlas a lo previsto para las adopciones simples o plenas, no existentes por entonces». Sin embargo, la resolución de 16 de junio de 1979 aplicó a adopción anterior a 1958 los derechos sucesorios, que en 1970 concedía la adopción plena.

Mas, hay que advertir, que como tales adopciones del texto original del Código, realmente, de por sí, carecían de efectos a los fines sucesorios de que ahora me ocupo, y sólo permitían, ciertamente, el pacto sucesorio, pero entonces el efecto sucesorio, nacía del pacto, no de la adopción, a nuestros fines de ver los efectos sucesorios de la adopción por sí, no plantean cuestión, pues carecen totalmente de ellos ahora como carecían cuando se hicieron.

2.º En la regulación de 1958, el adoptado conserva sus derechos sucesorios legales contra su familia de sangre, pero no ésta contra

(2) *La adopción*, 1960, p. 299.

(2 bis) En *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, III, vol. 2.º, 2.ª ed., 1982, p. 285.

él. Siendo dichas ambas cosas expresamente. Artículo 179, párrafos segundo y tercero: «El adoptado está exento de deberes, por razón de parentesco, con sus ascendientes o colaterales por naturaleza, pero conservará los derechos sucesorios (3), y también los alimentos cuando no los pueda obtener del adoptante en la medida necesaria. Los parientes por naturaleza no conservarán ningún derecho, salvo los que asistan a los padres por razón de la deuda alimenticia cuando se dieran las circunstancias expresada en el artículo 175 para extinguir la adopción».

Aquello, el adoptado, frente a su familia de sangre. Y para la relación adoptado-adoptante, el mismo artículo 179, párrafo primero, disponía que: «Por ministerio de la Ley, el adoptado y, por representación, sus descendientes legítimos, tendrán en la herencia del adoptante los mismos derechos que el hijo natural reconocido, y el adoptante en la sucesión de aquél los que la Ley concede al padre natural».

En cuanto no ya a los derechos hereditarios legales, sino a permitir (aparte de que, como a cualquier extraño, pudiesen adoptante y adoptado, nombrar el uno heredero suyo al otro) establecer derechos sucesorios voluntarios en el acto de adopción, lo aceptaba la Ley y disponía el artículo 174, 3.º y 4.º, que «los derechos del adoptado en la herencia del adoptante, y establecidos en la escritura de adopción, son irrevocables y surtirán efecto aunque éste muera intestado, salvo que el adoptado incurriera en indignidad para suceder o causa de desheredación o se declare extinguida la adopción. El pacto sucesorio no podrá exceder de los dos tercios de la herencia del adoptante, sin perjuicio de los derechos legitimarios reservados por la Ley a favor de otras personas».

3.º En la regulación de 1970, como ya sabemos, se dice expresamente, en el párrafo último del artículo 179, que: «Los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado...». Con lo que surge la duda de si éstos sí o no en la de aquéllos. Tema de los más polémicos en la materia y que ha dado lugar a numerosas opiniones. Mas en el que no voy a entrar aquí, aunque creo que el adoptado conservaba sus derechos sucesorios contra sus parientes de sangre.

En cuanto a los derechos entre adoptado y adoptante, decía el mismo artículo 179 en sus párrafos primero a penúltimo inclusive, que: «El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos, con las siguientes particularidades: 1.ª) Concurriendo sólo con hijos legítimos, y tratándose de sucesión testamentaria, no podrá percibir por mejora más que el hijo legítimo

(3) Cosa que repite el artículo 179,2.º para la adopción plena, cuando ya el 174,5.º, lo había dicho en general para ésta y la menos plena: «El adoptado conservará los derechos sucesorios que le correspondan en la familia por naturaleza».

menos favorecido. 2.ª) Si concurriere con hijos naturales reconocidos, cada uno de éstos no podrá percibir menos porción que el adoptivo. Los adoptantes ocuparán en la sucesión del hijo adoptivo la posición de padres legítimos». Y, por último, el artículo 176,2.º, declaraba que: «La adopción causa parentesco entre el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes, de otra; pero no respecto a la familia del adoptante, sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales». Con lo que creo innegable que los efectos sucesorios de la adopción alcanzaban únicamente al adoptado y sus descendientes, de un lado, y de otro al adoptante sólo y exclusivamente, luego no, ni siquiera a los ascendientes de éste, de modo que el hijo adoptivo no heredaba ni al padre de su padre adoptivo.

Ya no estableció regulación en la Ley de pacto sucesorio en la escritura de adopción. Respecto a tal pacto, únicamente decía la disposición transitoria de la Ley de 1970, que: «Las adopciones anteriores a la vigencia de la presente Ley podrán ser acomodadas a sus disposiciones siempre que concurren los requisitos y formalidades en la misma exigidos, *pudiendo en tal caso quedar sin efecto el pacto sucesorio si hubiera mediado*». Lo que, desde luego, significa que en la acomodación a la Ley de 1970 de las adopciones anteriores cabría suprimir el pacto sucesorio que se hubiese establecido en éstas. Pero ello, claro que no por la simple voluntad del adoptante, sino con los consentimientos necesarios para la adopción *acomodada*. Queda la pregunta de si en la Ley de 1970, aparte de los derechos sucesorios que ella establece, era posible establecer más en virtud de pacto sucesorio. La tal Ley ciertamente que no hablaba de éste ni para admitirlo ni para prohibirlo. Y ¿cabría entonces porque no estaba prohibido? Pienso que no, porque la Ley *sustituyó* la posibilidad del pacto por la concesión de más derechos sucesorios legales. Así que no cabía pacto, además de ellos. No era argumento a favor de la posibilidad de pacto, el hecho de que no se le prohibiese, pues como la admisión de pactos sucesorios es rechazada como regla en nuestro Código, eliminada de éste la excepción a favor del pacto que establecieron tanto el artículo 177 original del Código, como el artículo 174 de 1958, quedaba en todo su vigor la regla general del artículo 1.271,2.º, según la cual: «Sobre la herencia futura no se podrá... celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1.056». Y así no se admitía pacto sucesorio.

4.º En la reforma de 13 de mayo de 1981, en cuanto a los derechos sucesorios entre el adoptado y su familia por naturaleza, se conserva como párrafo segundo y último del artículo 179 el mismo texto que era el párrafo último del mismo artículo 179, de 1970, que sigue excluyendo de la herencia del adoptado a sus parientes por naturaleza. Pudiendo discutirse como bajo la Ley de 1970, si el adoptado

sí conservaba o no sus derechos sucesorios frente a dichos parientes por naturaleza.

En cuanto a los derechos sucesorios entre adoptante y su familia y adoptado y sus descendientes, dispone el nuevo artículo 179,1.º que: «El hijo adoptivo y 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». Eso unido a que el artículo 176,2.º, de 13 de mayo de 1981, dispuso que: «La adopción causa parentesco entre el adoptante, el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante», significa que el adoptado y sus descendientes tienen no sólo respecto al adoptante, sino también respecto a su familia, y ésta frente a ellos, derechos sucesorios como familiares de la misma.

Para los pactos sucesorios, entiéndase repetido lo que he dicho antes, *sub.* 3.º párrafo último.

5.º La Ley de 7 de julio de 1981, en su artículo 2.º, suprimió por error el artículo 176 del Código civil, y lo restableció el artículo 5.º de la Ley de 24 de octubre de 1983. Yo creo que, no obstante, hay que entenderlo vigente también en el tiempo en que estuvo suprimido, porque el verdadero espíritu del legislador no fue hacer esto.

6.º Por último, la Ley de 11 de noviembre de 1987 ha venido a establecer un artículo 178, número 1, del Código, que dice: «La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior». Luego ni ésta tiene derecho a heredarlo a él, ni él a ella. Y de esa regla sólo se exceptúan en el número 2 de dicho artículo 178, casos que no son el nuestro, y en el número 3, únicamente se salva lo dispuesto en las Leyes sobre impedimentos matrimoniales. Por lo que hay que llegar a la conclusión de que no estando nuestra cuestión ni bajo el imperio del número 2 ni del 3 del artículo, le alcanza plenamente la regla de que la adopción extingue los vínculos jurídicos del adoptado con su familia anterior. Con ésta sigue, ciertamente, ligado con los vínculos naturales de sangre, porque los mismos no dependen de la Ley; pero tales vínculos, en adelante quedan desnudos de efectos jurídicos, como regla, de *todos* sus efectos jurídicos, así que, obviamente, también de sus efectos sucesorios. Lo que se remacha, porque de las excepciones a la regla de corte de efectos jurídicos en el futuro, ninguna contempla en particular efectos sucesorios. En adelante, pues, el adoptado y su anterior familia, como regla, son legalmente *extraños*, y esa regla, puesto que carece de excepción en materia de herencia, hace que no tengan derecho a recibir herencia ni los parientes antiguos, del adoptado, ni éste de ellos, salvo, claro, lo que voluntariamente puedan dejarse unos a otros por testamento, como cualquier testador pueda dejarlo

a un extraño. Lo que no empece para que, como excepción, subsistan a tenor de los apartados del número 2 del artículo 178, los vínculos jurídicos del adoptado, y ellos den derecho a herencia, con la familia de sangre paterna o materna, según el caso: «1.º) cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido. 2.º) Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir».

Por lo que respecta a los derechos hereditarios entre adoptado y adoptante y su familia, como aquél entra a formar plenamente parte de ésta, aunque la Ley no lo especifique, es claro que tales derechos son los que corresponden a ser el adoptado un familiar más en ella, «mediante —como dice el Preámbulo de la Ley de 1987— la consagración de la completa ruptura del vínculo jurídico, que el adoptado mantenía con su familia anterior, y la creación «*ope legis*» de una relación de filiación a la que resultan aplicables las normas generales de filiación contenidas en los artículo 108 y siguientes del Código civil».

Por lo que toca al pacto sucesorio después de la Ley de 1987, entiéndase repetido lo dicho antes *sub* 3.º, párrafo último.

3. LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS DIVERSAS LEYES DE ADOPCIÓN

Después de lo expuesto, queda claro que es de interés examinar el tema de si la Ley bajo la que se celebra cada adopción rige, aunque sea derogada después, o no rige si se la deroga, todas las sucesiones posteriores en que esa adopción incida.

Ya antes he dicho que creo que la sucesión sea de quien sea, e intervenga en el caso como causante o como posible llamado un adoptante, un adoptado o quienes estén en conexión con el que pueda resultar afectado por la adopción, se rige por la Ley vigente al morir el causante, y, así, por lo que establezca, entre otras posibles normas aplicables al caso, la regulación de la adopción en ese momento.

Eso que digo no es en absoluto un caso de retroacción de las leyes de adopción, retroacción de grado mínimo que consistiría en aplicarse la Ley nueva a los efectos futuros posteriores a ella, de la adopción celebrada antes.

Las distintas Leyes que han regulado sucesivamente la adopción y sus efectos en nuestro Derecho, han sido todas irretroactivas, así que ni siquiera retroactivas en grado mínimo.

Que han sido irretroactivas se sigue de que ninguna de ellas dispuso expresamente su retroacción, ni ésta se desprendía tácitamente de ninguna de ellas, luego entonces carecieron de efecto retroactivo, a tenor del artículo 2, número 3 del Código civil. Irretroactividad que, por otro lado, ha venido declarando la jurisprudencia. Así, la sentencia de 11 de octubre de 1974, lo dijo respecto de la Ley de 1958; la de 30 de mayo de 1978, respecto a las Leyes de 1958 y de 1970; la sentencia de 22 de diciembre de 1978, respecto de esta última Ley, la resolución de 16 de junio de 1979 respecto, otra vez, de las Leyes de 1958 y de 1970, y la sentencia de 3 de marzo de 1988, respecto a la de 1958 en particular y a todas en general.

El alcanzar la Ley de Adopción nueva a la sucesión que tenga lugar después de ella, aunque incida en el caso adopción anterior cuya regulación sucesoria fuese distinta en la Ley bajo la que se realizó, no es, pues, por ser esa Ley nueva retroactiva (en grado mínimo —insisto—, pues alcanzaría sólo a efecto futuro), sino por ser tal sucesión un *hecho FUTURO*, y no un *simple efecto FUTURO* de la adopción. Por lo que no hace falta retroactividad ninguna para alcanzarla.

La irretroactividad de las leyes de adopción se muestra claramente en el hecho de que las adopciones anteriores, verificadas bajo la Ley precedente que fuese, son respetadas por la Ley posterior, tal cual se celebraron a tenor de la regulación correspondiente a entonces, por ejemplo, en cuanto a capacidad y circunstancias de los interesados, prohibiciones que existiesen, consentimientos precisos, solemnidades y formas exigidas, efectos ya producidos, etc.

Que las leyes de adopción sean irretroactivas, sólo quiere decir, y eso es lo que pretende expresar la jurisprudencia que insiste en su irretroactividad, que no han de ser juzgadas por la Ley nueva las adopciones anteriores (y, así, como digo, que valen las adopciones otorgadas a tenor de la Ley bajo la que se realizaron, aunque la Ley posterior cambie la capacidad para adoptar, o las circunstancias que debe reunir el adoptado, y otros requisitos de la adopción, o las solemnidades precisas para celebrarla, etc.), ni han de ser juzgados por la Ley nueva los efectos ya consumados, producidos por las adopciones anteriores, o producidos por otros hechos ya realizados y apoyados en la adopción anterior (como si habiendo sido un hijo adoptado, muere el padre adoptivo bajo la Ley que llama a aquél a sucederle, y, así, le hereda, y luego se reforma la adopción privando de la herencia de los padres adoptivos a los hijos adoptivos), ni incluso habrían de ser juzgados por la Ley nueva los efectos futuros (que ya se produzcan bajo esa Ley nueva), si es que ello cupiese, de las adopciones anteriores.

Pero una cosa es eso, y otra muy distinta, que lo que es futuro respecto de la Ley antigua de adopción que sea, como lo son los derechos a herencia, que conceda la nueva a la sucesión de persona

viva aún, hubiese de regularse por la Ley vigente cuando se adoptó a alguien que después intervenga en la sucesión que se abra después de la Ley nueva. Eso no ha de regirse por la ley antigua de adopción, sino por la ley de adopción nueva que esté en vigor antes de que la sucesión se produzca, y, por consiguiente, antes de que se perfeccione el derecho a la herencia de la persona prevista por la Ley para que suceda. Lo que no tiene lugar hasta la muerte del causante, porque antes tal persona carecía de *derecho* a heredar, y sólo tenía una simple esperanza de que no cambiando la Ley, ésta le llamaría a heredar cuando el causante muriese. Esta era la situación, de pura esperanza, no de derecho, de quien, llamado por la Ley bajo la que la adopción se realizó a heredar al causante futuro, ve frustrada su situación por el hecho de que antes de morir éste venga otra Ley a cambiar la regulación sucesoria bajo la que él fue adoptado.

4. LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE DICHAS LEYES

Las leyes de adopción han sido irretroactivas porque no dispusieron su retroactividad. Pero la verdad es que tampoco regularon, sino algún punto aislado del paso de la legislación antigua que fuese, a la nueva que se establecía. Es decir, nuestras leyes de adopción prácticamente carecen de Derecho transitorio. Por lo que hay que aplicarles las disposiciones transitorias del Código.

Voy a examinar seguidamente las disposiciones transitorias que pueden hallarse en dichas Leyes, y luego las del Código en cuanto vengán al caso, para llenar con ellas las lagunas de aquéllas, y mostrar así cómo tanto las disposiciones transitorias de las repetidas leyes de adopción, como las del Código, apoyan el criterio que defiende, de que la sucesión en que incide una adopción, se rige por la Ley de Adopción vigente al morir el causante, no por la que lo estuviese al realizarse la adopción:

En la Ley de 24 de abril de 1958 no hay ninguna disposición transitoria, ni tampoco en el texto legal que introduce en tema de adopción hay precepto alguno que sirva de Derecho transitorio en ningún punto, y ni siquiera en el preámbulo de la Ley existe el más mínimo párrafo orientador en nuestro asunto.

La Ley de 4 de julio de 1970 contiene una disposición transitoria y una consideración relativa al tema en el último párrafo de su preámbulo. Dice éste: «Dado el sentido progresivo, beneficioso y concorde con las aspiraciones sociales que entraña el régimen de la adopción, ha parecido conveniente no referirlo de modo exclusivo al futuro, y así por medio de la oportuna disposición transitoria, se permite acomodar las adopciones anteriores al nuevo régimen legal, siempre que concurren los requisitos sustanciales y de forma exigidos». Y la

disposición transitoria, que: «Las adopciones anteriores a la vigencia de la presente Ley podrán ser acomodadas a sus disposiciones siempre que concurren los requisitos y formalidades en la misma exigidos, pudiendo en tal caso quedar sin efecto el pacto sucesorio si hubiera mediado».

Lo que significa que, como ya he señalado (4), se suprime en adelante la posibilidad de adoptar pactando en la adopción la sucesión que sea. Pero se mantiene la validez del pacto anterior, siempre que no se acuerde dejarlo sin efecto por los interesados.

De las disposiciones transitorias de la Ley de 13 de mayo de 1981, hay dos, una que puede entenderse que sirviese, y otra, que desde luego sirve para nuestro caso. Son la primera y la octava. Aquélla dice: «La filiación de las personas [luego, habría que decir que la filiación adoptiva, también] así como los efectos que haya de producir [entre los que estaría el derecho a heredar que produzca la nueva filiación del adoptado] 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». Y la 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».

En cuanto a ésta, sin duda, que sirve a nuestro caso, ya que muriendo el causante que sea después de la nueva Ley e incidiendo en su sucesión alguna adopción, habrá que aplicar, según la transitoria, lo que disponga la nueva Ley sobre sucesión en caso de adopción, y no lo que estableciese sobre ese tema la Ley vigente al haberse realizado la adopción.

Pero en cuanto a la transitoria primera, sólo digo que puede entenderse que sirve, por las siguientes razones:

Ciertamente establece que los efectos de la filiación (una de las cuales es la filiación adoptiva) se regirán por la Ley nueva, es decir, esa de 13 de mayo de 1981, con independencia de la fecha del establecimiento (el establecimiento de la filiación adoptiva es el del momento de la adopción) de la filiación («con independencia —dice la transitoria— de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada», por ejemplo, por el reconocimiento) lo que abonaría la aplicación también a la filiación adoptiva, y a sus consecuencias sucesorias, de la Ley posterior, de modo que no de la vigente al verificarse la adopción, todo ello aunque, ciertamente, la disposición transitoria no contempla concretamente el caso de la adopción. Pero el dar a ésta el mismo tratamiento en tema sucesorio, tratamiento de aplicársele la Ley nueva, y no la existente al producirse la filiación, podría apoyarse en que el artículo 108 se refiere a la filiación en

(4) *Supra*, núm. 2, sub. 3.º, al final.

general, señala que tiene lugar «por naturaleza y por adopción». (párf. 1.º), y dispone (párf. 2.º) que la matrimonial, la no matrimonial «así como la adoptiva plena», «surten los mismos efectos». Eso unido a que el artículo 176,1.º establece que al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al hijo por naturaleza, inclinaría a pensar que corresponde también a uno y otro el mismo tratamiento que en general da a la filiación la disposición transitoria primera, sobre aplicársele la Ley nueva, y aplicársele también, por tanto, en tema de sucesión.

No obstante lo dicho, cabría aducir que la disposición transitoria primera no sirve para abonar la aplicación a la filiación adoptiva de la Ley nueva con independencia de la fecha de adopción, porque tal disposición ha contemplado sólo la filiación por naturaleza, sea matrimonial o no, pero no la adoptiva, como se demostraría siguiendo la tramitación parlamentaria de la Ley (5).

Aunque, de cualquier modo, y a pesar de esta objeción, cabe advertir que aun no contemplada la filiación adoptiva al disponer la

(5) Para mayor comodidad del lector, en las referencias que hago a la tramitación parlamentaria, señalo la página en que lo que sea está recogido en el libro «Codigo civil (reformas 1978-1983). Trabajos parlamentarios», publicaciones del Congreso de los Diputados, 1985, tres volúmenes, paginados correlativamente. Las páginas citadas son del vol. I.

El proyecto del Gobierno contenía la misma disposición transitoria primera (p. 203), que recogió luego el texto de la Ley. Pero como el artículo 108 del Proyecto (p. 175) no hablaba de la filiación adoptiva, sino sólo de la por naturaleza, sería claro que el espíritu de la disposición transitoria alcanzaba sólo a la filiación por naturaleza.

Ahora bien, siendo esto así, y, por tanto, habiéndose entonces de partir de que el espíritu de la disposición no significa que la filiación adoptiva y sus efectos, sea cualquiera el momento de la adopción, se rijan en el futuro por la Ley nueva, el Congreso, como advierte BERCOVITZ (en *ob. cit.*, pp. 282 y 283), «no debería haber rechazado (p. 961) la enmienda mediante la cuál el Senado proponía (p. 937) introducir una disposición transitoria duodécima del siguiente tenor: «Las adopciones existentes a la entrada en vigor de la Constitución se regirán por lo dispuesto en la legislación anterior. A las restantes se les aplicará el régimen de la adopción establecido en la presente Ley» (El mismo texto literal en el dictamen de la Comisión [p. 814] y en el informe de la Ponencia [p. 743]. En cuanto al tema, arranca de lo que se suscitó en la enmienda 119 [pp. 704 y 705] que en el propio Senado se presentó al texto remitido por el Congreso). Si el rechazo de la enmienda —continúa BERCOVITZ— respondía a que se hubiese tomado como punto de referencia para la transición la entrada en vigor de la Constitución y no la de la propia Ley, habría sido en todo caso una buena ocasión para, introduciendo una rectificación en ese sentido, mantener la disposición transitoria. Pero no se hizo y ello es causa de que el intérprete tenga que afrontar esta nueva dificultad».

Dificultad que ciertamente, por lo que ahora importa, consiste en que, por un lado, su relación con el Proyecto del Gobierno, inclinaría a tomar la transitoria referida sólo a la filiación por naturaleza (aunque, como digo seguidamente en el texto, habría entonces razones para aplicarla también a la adoptiva, por analogía), mientras que el rechazo de la enmienda del Senado (y no su mantenimiento, pero cambiando la referencia a la entrada en vigor de la Constitución por la de la entrada en vigor de la Ley) inclinaría a tomar la transitoria como queriendo aplicar la Ley nueva también a toda filiación adoptiva fuese anterior (a la Ley o a la Constitución) o futura.

transitoria la aplicación a la filiación de la Ley nueva, sin embargo, quedando claro que es espíritu de la Ley regular la filiación por la legislación nueva, tal espíritu procede aplicarlo también a la filiación adoptiva no contemplada.

Por último, quedan en cuanto a disposiciones transitorias de leyes de adopción, las de la reciente Ley de Adopción de 1987, que contiene al respecto un párrafo, el penúltimo, de su preámbulo, según el cual «...las cuestiones de Derecho transitorio tienen su solución adecuada en dos breves disposiciones de este carácter, que pretenden resolver con claridad los espinosos problemas que lleva consigo la renovación legislativa».

Declaración exagerada y por demás vacía, además de inexacta, pues la verdad es que las disposiciones que anuncia no resuelven en absoluto *«las cuestiones de Derecho transitorio»*, como pomposamente dice el preámbulo, sino simplemente dos puntos concretos de ellas. Pero lo demás, comprendido lo nuestro, queda sin abordar, y a expensas, pues, de resolverlo por distinto camino.

La primera de las disposiciones transitorias no nos sirve, porque se refiere a los expedientes de adopción pendientes a la entrada en vigor de la Ley. La segunda dice que: «Las adopciones simples o menos plenas, subsistirán con los efectos que les reconozca la legislación anterior, sin perjuicio de que pueda llevarse a cabo la adopción regulada por esta Ley si para ello se cumplen los requisitos exigidos en la misma».

De ella, la parte que puede sernos útil es sólo la de que «las adopciones simples o menos plenas subsistirán con los efectos que les reconozca la legislación anterior...», porque aunque no diga nada de las plenas, que son las que aquí nos importan, puede estimarse que si para las simples, que se suprimen para el futuro, se declara la subsistencia de las existentes con los efectos de la legislación antigua, es que las plenas antiguas, que ciertamente se mantienen también, se desea mantenerlas pero con los efectos que dispone la legislación nueva. Argumento contra el que, de todos modos, quizá podría decirse que la disposición transitoria revela simplemente querer mantener las adopciones simples antiguas con el régimen antiguo, ya que, suprimidas para el futuro, carecen de otro régimen que no sea el antiguo. Pero no implica necesariamente voluntad de someter las adopciones plenas antiguas al régimen nuevo.

Según lo hasta aquí visto, las leyes de adopción no han sido retroactivas, pero el no serlo no significa que en el tema en estudio de la sucesión en caso de adopción, cada Ley nueva no haya sido aplicable a la sucesión que, aun incidiendo en ella adopción realizada anteriormente, sea de causante muerto después de estar en vigor la Ley nueva.

Las disposiciones transitorias de las diversas leyes de adopción, no han tratado específicamente este particular. Pero sí está claro que no desmienten la idea, explícitamente recogida por la Ley de 1981, disposición transitoria octava, de que cada sucesión se rige por la Ley del momento de la muerte del causante. Así que por lo que sobre sucesión diga la Ley de Adopción que sea, que esté en vigor entonces. Idea, ésa, la que de algún modo, aparece también, aunque no dicha específicamente para el caso en la disposición transitoria primera de la Ley de 1981, y en la segunda de la Ley de 1987.

5. LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS DEL CODIGO CIVIL QUE PUEDEN VENIR AL CASO

Y paso ahora a examinar las disposiciones transitorias del Código civil, a tenor de las que habría que resolver las cuestiones de Derecho transitorio que careciesen de regulación en las diversas leyes de adopción que ha habido. De tales disposiciones del Código civil se sigue también la idea de que la sucesión en caso de adopción se rige por la Ley vigente al morir el causante.

Lo primero es advertir qué disposiciones transitorias específicas para la adopción, no las hay que nos sirvan, pues la undécima sólo se refiere a los *expedientes* de adopción pendientes al entrar el Código en vigor, tema que aquí no importa.

Aparte de eso, quedan:

La disposición transitoria preliminar, según la que «las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo».

La segunda, según la que «los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirían todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas. En su consecuencia, serán válidos los testamentos, aunque sean mancomunados, los poderes para testar y las memorias testamentarias que se hubiesen otorgado o escrito antes de regir el Código, y producirán su efecto las cláusulas *ad cautelam*, los fideicomisos para aplicar los bienes según instrucciones reservadas del testador, y cualesquiera otros actos permitidos por la legislación precedente».

La duodécima, según la que «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. La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias».

Y la decimotercera, según la que «los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores, se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento».

A tenor de ellas, sólo puede plantearse una duda: la de si debe decidirse que según la segunda, por ser la adopción un acto, deberá surtir todos sus efectos, y entre ellos los sucesorios, a tenor de la legislación bajo la que se celebró; o si, diferentemente, lo que debe decidirse es que, a tenor de la duodécima, cuando el fallecimiento del causante tenga lugar bajo legislación posterior, que establezca sucesión distinta *ex* adopción, a su herencia se llamará con arreglo a la legislación posterior bajo la que muere.

Yo creo que la solución es clara, por dos razones:

1.^a) Porque la duda, si la hay, entre aplicar una u otra de las dos disposiciones transitorias a la sucesión en virtud de adopción, debe de resolverse a favor de la duodécima: a) porque es más específica, ya que se refiere, no en general a «efectos» de algo, sino en concreto a la sucesión, para ordenar que se gobierna por la Ley vigente al morir el causante, luego por el orden de suceder que establezcan los preceptos, de modo que inclusive los contenidos en leyes de adopción, bajo los que el causante muera; b) porque, de haber choque, entraría en juego lo que prevé la propia disposición segunda, de que lo que dice es «con las limitaciones establecidas en estas reglas», una de las que lo es la duodécima.

2.^a) Porque realmente no debe de haber duda sobre si aplicar una u otra de ambas disposiciones transitorias, ya que, por mucho que en sentido vulgar e inespecífico, que no es el que aquí importa ni al que se refiere la disposición transitoria segunda del Código, se pueda decir otra cosa, el llamamiento a la herencia o el derecho a ella no es un efecto del acto de la adopción, sino del pacto sucesorio (posible en la redacción original del Código y en la Ley de 1958) cuando la adopción lo encerrase, un efecto de tal pacto que se producirá cuando el causante muera, lo mismo que lo produciría entonces el testamento a favor del en él llamado. Pero faltando tal pacto, y llamado sólo por la Ley, el derecho a heredar el adoptado o el adoptante no es un efecto *ex voluntate* que producirá, o al que tienda, la adopción, sino un efecto *ex lege* que procede del vínculo de filiación que la adopción creó, y el efecto propio del acto de adoptar, es sólo la creación de aquella filiación, lo mismo que la celebración del matrimonio lo que produce es la creación del vínculo conyugal, pero no el derecho a heredar abintestato un cónyuge al otro, de modo que ni la adopción ni el matrimonio crean un derecho a tal herencia. Y como los efectos, pongo por caso de la adopción o del matrimonio, a tenor de la legislación vigente al adoptar o al casarse, efectos que la disposición transitoria segunda pretende sean los que el acto

produzca según la legislación del momento en que se celebró, son sólo la creación de la filiación adoptiva o del estado matrimonial, es claro que no está entre ellos el derecho a heredar abintestato o a ser legitimario que concedan la adopción o el matrimonio en la regulación que tengan al celebrarse. Tales derechos sólo corresponden al que, adoptado o cónyuge, se los confiera la legislación vigente al morir el causante. Y entran en el estatuto del vínculo adoptivo o conyugal, y siendo efectos de éstos, y no propiamente del acto de adoptar o del de casarse, no corresponden a quienes tales estatutos legales se los concediesen cuando la adopción o el matrimonio se celebraron, pero ya no se los otorgan cuando muera el causante. Lo mismo que, por ejemplo, si la Ley atribuía a adoptado y adoptante derecho a alimentos cuando se verificó la adopción, y después tal derecho se suprime, cuando posteriormente venga a necesitarlos el adoptado del adoptante o éste de aquél, no tendrán, ni uno ni otro, derecho a ellos, porque lo suprimió la legislación nueva.

En conclusión, que las disposiciones transitorias del Código civil apoyan el criterio de que la sucesión en caso de adopción se rige por la Ley de Adopción vigente al morir el causante.

6. OTROS TEXTOS DEL CODIGO QUE VIENEN AL CASO TAMBIEN

Por otro lado, que para el Derecho español la sucesión se rige por la Ley vigente al morir el causante, luego, en nuestro caso, la Ley de Adopción vigente entonces, si es que es en ella donde se determina la sucesión que sea (por ejemplo, que al adoptante le sucede el adoptado, o que sus familiares de sangre no suceden al adoptado por otro), se sigue, sin duda, no de uno, sino de varios textos legales aparte de disposiciones transitorias. En efecto:

El artículo 657 del Código civil dispone que: «Los derechos a la sucesión de una persona, se transmiten desde el momento de su muerte». Así que se adquieren entonces por quien sea llamado a la herencia entonces, y no hay antes ningún derecho adquirido por personas que hubiesen sido llamadas a la sucesión en virtud de Leyes ya derogadas entonces.

Lo mismo se deduce del artículo 9, número 8, del Código civil que, aunque se dicta para resolver conflictos de Derecho internacional, como dice que «la sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante *en el momento de su fallecimiento*», deja ver que la Ley que importa es la vigente al morir el causante.

Criterio, ése de que nuestras Leyes están presididas por la idea de que la sucesión se rige por la Ley vigente a la muerte del causante,

luego, en nuestro caso, la de adopción que está vigente, y no la que lo estuviese cuando la adopción se realizó; criterio, ese —digo— abonado, con planteamiento específicamente aplicable a nuestro caso, por la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de junio de 1979, que mantiene que, en efecto, la sucesión a que tiene derecho el adoptado es la que disponga la Ley de Adopción, no de cuando fue adoptado, sino de cuando muere el causante al que el adoptado haya de heredar, apoyando tal criterio en la disposición transitoria duodécima del Código civil, y advirtiendo que ello no es retroactividad.

7. LA DOCTRINA

Por lo que toca a la doctrina, el punto no ha sido objeto de mucha atención. Gambón (6) y Soto Nieto (6 bis), escribiendo para la Ley de 1958, estiman en general preferible el criterio de que los derechos sucesorios se rijan por la legislación vigente al adoptar. Bercovitz (7), escribiendo para la Ley de 13 de mayo de 1981, después de exponer pros y contras, acaba por inclinarse porque la sucesión se rija por el Derecho de adopción vigente al morir el causante, solución que, sin embargo —como ya vimos— no cree posible extender «a las adopciones anteriores a 1958. Estas seguirán rigiéndose por la regulación originaria del Código, de acuerdo con la disposición transitoria segunda del mismo, por la sencilla razón de que no cabe someterlas a lo previsto para las adopciones simples o plenas, no existentes por entonces» (8).

Los argumentos de Bercovitz a favor de su opinión para la Ley de 1981, son algunos de los aducidos y ya examinados antes en el presente trabajo, y el de: «Lo conveniente que resulta que las instituciones propias del Derecho de familia reciban un tratamiento unitario, puesto que se trata de materias estrechamente relacionadas con el orden público» (9).

8. EL PARRAFO 33 DE LA EXPOSICION DE MOTIVOS DE LA SEGUNDA EDICION DEL CODIGO CIVIL

Un obstáculo aparente para el criterio que defiende de que los derechos sucesorios cuando medie adopción se rijan por la Ley vigen-

(6) *Ob. cit.*, p. 299.

(6 bis) *Derechos sucesorios del hijo adoptivo en el Código civil español*, en «RGLJ», 1961, tomo 211, p. 696.

(7) *Ob. cit.*, pp. 282 y ss.

(8) *Ob. cit.*, p. 285.

(9) *Ob. cit.*, p. 284.

te al morir el causante, sería el siguiente, que Bercovitz señala (10): la Exposición de Motivos de la segunda edición del Código, dice en su párrafo 33, que «por efecto de la misma regla segunda no podrá alterarse el estado legal en que se hallan los que, por pacto anterior a la promulgación del Código, estén dando o recibiendo alimentos; ni el hijo adoptado bajo la legislación anterior habrá perdido su derecho a heredar abintestato al padre adoptante, aunque el Código no reconozca este derecho a los adoptados después». En efecto, con más o menos dudas o discusión, antes del Código se admitía que el hijo adoptivo heredaba abintestato en ciertos términos, al adoptante. Y, eso presupuesto, como la disposición transitoria segunda del Código dice que «los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas...», es que nuestro Legislador, en la exposición de motivos, revela su criterio, contrario al aquí defendido, de que el acto de adopción tiene los efectos sucesorios que estableciese la Ley bajo la que se otorgó, puesto que el preámbulo afirma ser efecto de la disposición transitoria segunda que «...ni el hijo adoptado bajo la legislación anterior habrá perdido su derecho a heredar abintestato al padre adoptante, aunque el Código no reconozca este derecho a los adoptados después».

Mas, digo que eso es un obstáculo *aparente* a las tesis que defiendo, porque:

1.º En cuanto las disposiciones transitorias del Código discrepan en el tema de las disposiciones transitorias expuestas en su momento (11) de las Leyes de Adopción (o que la comprendan) posteriores, prevalecerían las segundas; y ya se ha visto cómo éstas abonan la tesis que defiendo, y lo mismo el artículo 9.º, número 8, introducido en el Código en 1974, es decir, después de las transitorias.

De todas maneras es cierto que, discrepando, tal tesis no tendría el *refuerzo* o el apoyo *subsidiario* de las disposiciones transitorias del Código.

Pero es que hay que rechazar, incluso para éstas, la validez de la objeción basada en el Preámbulo, a las tesis que mantengo, porque:

2.º El preámbulo no tiene valor de Ley, sino interpretativo, y el apoyo que preste al sentido que sea, ha de ceder ante la interpretación que se apoye en otro texto legal (no de Preámbulo). Caso que es el de la propia disposición transitoria duodécima del Código, que no deja duda de que la herencia del fallecido bajo una legislación se rige por ésta, así que por lo que establezca, en la parte que sea,

(10) *Ob. cit.*, p. 284.

(11) *Supra*, núm. 4.

para la sucesión, la Ley de Adopción nueva que hubiese entrado en vigor antes de morir el causante.

3.º Y aún hay más: como ya he advertido, lo que dice la disposición transitoria segunda del Código (de la que el Preámbulo toma pie para poner su ejemplo de los derechos sucesorios del adoptado antes del Código) es —dice ella misma, antes de su primer punto y seguido— «...con las limitaciones establecidas en estas reglas». «Estas reglas», que son las propias disposiciones transitorias, de las cuáles la duodécima, sin duda, que si no se la coordina de alguna otra forma con la segunda, sería un límite a ésta: el límite de que la sucesión que sea se rige por la Ley vigente al morir el causante.

4. Así que, en definitiva, el ejemplo puesto por el párrafo 33 del preámbulo sobre conservación por el adoptado antes del Código de su derechos después de éste, de heredar abintestato a su adoptante, es ni más ni menos que un ejemplo desafortunado, que no encaja en las propias disposiciones transitorias que el mismo legislador del Código estableció. Ejemplo que quizá se explica por la creencia vaga e infundada que debió sufrir el redactor del Preámbulo, como hoy también muchas personas, según ya advertí al principio de este estudio, de que entre los efectos de la adopción que hay que respetar porque hace adquirir un derecho, son los hereditarios que reconozca la Ley de entonces a favor de quién sea. Cuando nada más lejos de la verdad, puesto que, repito una vez más, se trata simplemente de una previsión sucesoria —la de heredar por adopción, quién sea a quién sea— que deberá cumplirse sólo si es que es esa Ley de Adopción, que la establece, la que sigue vigente al morir el causante.

9. LOS CASOS PARECIDOS CUYA COMPARACION CON EL NUESTRO CONVENCE DE QUE LA SUCESION POR ADOPCION NO SE DEBE REGIR POR LA LEY VIGENTE AL ADOPTAR

Mantener que la sucesión de un causante, muera cuando muera, ha de ir a cierta persona que pretende heredarlo, porque le correspondiese hacerlo según la Ley de la fecha en que fue adoptada, siendo así que esa ley haya cambiado ya, es tanto como mantener una serie de cosas que a nadie se le ocurriría mantener, y que recojo seguidamente como ejemplos, para que se vea lo inadmisibile de la postura, que en los otros casos parece, desde luego, ya a primera vista, inaceptable, pero que en el de la adopción, sin embargo, quizá a primera vista, da la impresión de ser admisible, cuando de verdad, una vez que se analiza el caso, se ve que es tan inaceptable como en los otros.

Veamos:

Decir que se mantiene para siempre, por ejemplo, el derecho del adoptado a heredar a sus parientes de sangre, por haber sido adoptado bajo la Ley que concedía tal derecho, es como:

Decir que después de la reforma del año 1928, que redujo la sucesión intestada de hasta el sexto grado colateral hasta sólo el cuarto, seguían, no obstante, teniendo derecho a heredar por intestada, porque se lo concedía la Ley anterior (vigente cuando nacieron, y fuente, así, de sus derechos para siempre) los parientes de quinto o sexto grado colateral nacidos o concebidos antes de la reforma, de una persona, aunque ésta muriese después de la reforma.

Cosa que sin duda nadie mantendría.

Decir, por lo menos para los matrimonios celebrados antes, que después de la reforma de 1981, que llama a la sucesión intestada primero al cónyuge sobreviviente, que a los colaterales (Código civil, artículo 943 y siguientes), sin embargo, tienen derecho a heredar por intestada antes que el cónyuge los colaterales, que ya estuviesen nacidos o concebidos en la fecha de la reforma, porque, por lo que toca a los colaterales, tal preferencia sobre el cónyuge les venía de la Ley vigente cuando nacieron (como le viene al adoptado de los derechos que daba la adopción cuando lo adoptaron), y, por lo que toca al cónyuge, el Derecho sucesorio que, respecto a su esposo, le atribuye el casamiento, cuando éste se celebró, estaba pospuesto al de los colaterales.

Cosa que, sin duda, nadie mantendría.

Decir que después de la reforma que suprimió la autoridad marital, ésta, no obstante, sigue existiendo para los matrimonios celebrados antes de su supresión, porque, contraídos entonces confiriendo autoridad marital, la Ley que la quita la quitaría retroactivamente, suprimiendo así un derecho adquirido.

Cosa que, sin duda, nadie mantendría.

Decir que después de la reforma de 1981, que establece la coadministración y disposición de los bienes gananciales por marido y mujer, eso no alcanza a los matrimonios celebrados antes porque, contraídos bajo régimen de administración por el marido, les corresponde tal régimen hasta que se disuelvan.

Cosa que, sin duda, nadie mantendría.

Y en todos esos casos, las reformas respectivas, no establecieron la retroactividad de la Ley nueva, por lo que ésta no es retroactiva, y, sin embargo, ya se ve que dicha Ley nueva rige en adelante el caso de que se trate, que cae dentro de la figura reformada, aunque ese caso existiese desde antes de la reforma. Lo que demuestra que

no es retroacción ese absorber la Ley nueva desde que se dicta, la regulación de los casos en curso.

Decir que después de la reforma de 1981 que establece el divorcio, éste, sin embargo, no alcanza, sino a los matrimonios celebrados después, pues los anteriores se contrajeron con disolución sólo por muerte.

Cosa que sin duda, no sería correctamente mantenible, aunque no hubiese dicho el actual artículo 85, reformado, del Código civil, que el matrimonio se disuelve «sea cual fuese la forma y el tiempo de su celebración... por el divorcio».

Decir, por último, que si una hipotética posible futura Ley, carente de disposiciones transitorias, suprimiese la sucesión intestada entre esposos, o la del hijo reconocido a favor del padre reconocedor, muriendo el cónyuge o el hijo después de entrar tal Ley en vigor, sin embargo, el viudo de matrimonio anterior a la Ley o, el padre que hubiese reconocido antes de ella, tiene derecho a heredar porque así era cuando se celebró el matrimonio o se llevó a cabo el reconocimiento.

10. FUNDAMENTACION DE QUE SE APLIQUE LA LEY DE ADOPCION VIGENTE A LA MUERTE DEL CAUSANTE

Recapitulando en parte ideas ya apuntadas o expuestas, repitiendo, para que se perciba mejor el argumento, algo de lo ya dicho, y ahondando aún más en algunos extremos del tema, he de decir que:

No habiendo retroacción de la Ley posterior, los efectos que aun en el futuro produzca un acto celebrado bajo cierta legislación son los que le atribuya la legislación vigente al celebrarlo. Así, si se testa instituyendo heredero o se le instituye en pacto sucesorio, resultará llamado al morir el causante, el heredero que se designó, porque la institución tiene el efecto de producir ese llamamiento a la muerte del causante.

Eso es lo que establece la disposición transitoria segunda del Código civil.

Diferentemente, si el llamamiento a la herencia no es efecto de un acto de institución, sino consecuencia de lo que disponga la Ley, no hay acto generador de ese efecto, sino que éste, que se produce también cuando el causante muere, se basa en la norma.

Por lo que la hipótesis no está comprendida en la citada disposición segunda, que habla de que surtirán efectos según la legislación anterior bajo la que se realizaron, *los actos* que tuvieron lugar vigente ella.

Ahora bien, la adopción realizada bajo una legislación, como acto verificado al amparo de esta legislación, tiene ciertamente los efectos que la misma establezca. Pero es que de verdad efecto propio de la adopción lo es sólo la creación de la filiación adoptiva, no la concesión de derechos sucesorios. Estos cuando los establece la Ley, los establece como inherentes a la filiación que sea, en el caso, la adoptiva. Pero no se conceden por la adopción, sino en el sentido impropio y mediato de que, anejo el derecho a la filiación y originada ésta por la adopción, el derecho sucesorio procede remotamente de la adopción. Inmediatamente el derecho sucesorio procede de la Ley que lo otorga. Lo que tiene el resultado de que no originado por el acto de adopción, sino por la Ley, el derecho sucesorio que sea, sólo se dará si la Ley lo sigue concediendo cuando el causante muera, pues, en otro caso, carece de él al abrirse la sucesión quien habría estado llamado a ella cuando la adopción se celebró, pero ya no lo está cuando la sucesión se produce. Pues una cosa es que los efectos de un acto sean los que establezca la Ley de cuando se realiza, y otra muy distinta que porque un acto se realice en cierto momento, tenga por ello la virtud de *perpetuar* los efectos que no él, sino la Ley bajo que se celebró, atribuye a la situación que el acto crea, de modo que en el futuro aun derogada esa Ley, sigan produciéndose tales efectos porque se celebró bajo la vigencia de ella el acto que creó la situación a la que la Ley atribuía los efectos que fuesen.

Si en la adopción, además del acto propiamente adoptivo, se incluyó un pacto sucesorio, como era posible en el texto original del Código civil y en la Ley de 1958, pacto sucesorio cuya eficacia se mantiene a pesar del cambio de legislación, es en virtud de él, y no en virtud de la Ley (ésta sólo permite que el pacto se celebre), por lo que surge el derecho a heredar que sobrevivirá al cambio de legislación. Lo que no ocurre con el derecho a heredar por adopción, que nace, no de pacto, sino de Ley que, modificada, luego lo suprime.

De tal modo que si, por hipótesis, vigente la Ley de 1958, que permitía el pacto y además concedía ella misma por sí ciertos derechos sucesorios, se hubiesen celebrado entonces dos adopciones, una con pacto sucesorio y otra sin él, y por la Ley posterior, pensemos que se hubiese eliminado todo efecto sucesorio de la adopción, resultaría que muriendo el causante bajo esta nueva Ley, el instituido en la adopción con pacto seguiría teniendo, por éste, derecho a sucederle, mientras que el adoptado sin pacto sucesorio, aunque lo fue bajo Ley que le daba derecho a suceder, lo perdió al eliminar este derecho la Ley nueva, y así no sucederá, ya que el causante muere bajo ésta. Aquello es fruto de la disposición transitoria segunda del Código civil, esto de la duodécima.

Además de eso expuesto, fundamentan también el criterio de que para nuestro Derecho actual, la sucesión debe regirse por la Ley de Adopción vigente al morir el causante, las siguientes consideraciones:

Son principios que presiden ese Derecho actual: 1.º) El de que se unifiquen los derechos de los hijos, borrando así las discriminación de filiaciones cualquier que haya sido la fecha de su nacimiento, luego, tanto de las filiaciones que se originen en el futuro, como de las existentes desde antes, y elevando, consecuentemente, los derechos de los hijos que la legislación anterior infravaloraba. 2.º) El de que la adopción da una nueva familia, como si fuera la de sangre, al adoptado, que sale de la suya natural; eso con todas sus consecuencias, luego también respecto a derechos sucesorios, que, en adelante, correrán entre los miembros de su nueva familia y el adoptado, y se cortarán entre éste y los miembros de la antigua.

Y en aplicación de esos principios de *unificación* de los derechos de los hijos, y de *total inserción del adoptado en la familia nueva como única*, es preciso elevar los menores derechos de los adoptados bajo Leyes anteriores al nivel de los que establece la Ley de Adopción de 1987, que los hace como unos hijos de sangre más. Correspondiéndole ello en adelante a cualquier adoptado, sea la que sea la fecha de su adopción.

Esa igualación de filiaciones matrimonial, no matrimonial y adoptiva, lleva a la necesidad de borrar no sólo las antiguas diferencias perjudiciales para los adoptados, sino hasta las que les beneficiasen (como, por ejemplo, heredar además de a su familia adoptiva, a su familia de sangre).

Todo ello hasta el punto de que siendo los señalados, los principios que acoge la nueva legislación, y debiendo averiguarse por el espíritu de la Ley nueva manifestado en tales principios, si pretende ser retroactiva aunque no lo diga, si para aplicar ese espíritu fuese preciso estimar que es retroactiva por alcanzar a filiaciones anteriores, en nuestro caso las procedentes de adopciones anteriores, habría que estimar que lo es.

Brevemente, podría decirse: lo mismo que hoy están igualados, y así en tema sucesorio, a los hijos matrimoniales, incluso los no matrimoniales nacidos antes de la nueva Ley, lo deben estar también en tema sucesorio, a los que se adopten en el futuro, los que lo fueron antes de la Ley de 1987. Como dije antes (12), aunque la disposición transitoria primera de la Ley de 13 de mayo de 1981 no tuviese espíritu de englobar a la filiación adoptiva, a ésta le sería aplicable por analogía.

(12) Núm 3, texto a continuación de la nota 5.

11. EL CASO DEL PACTO SUCESORIO EN ADOPCION

Como se vio en su momento, tanto el texto original del Código, como la Ley de 1958, permitieron el pacto sucesorio al adoptar. Después se ha suprimido esta posibilidad.

Como también ha quedado expuesto, las posteriores modificaciones en tema de adopción han mantenido o no han suprimido la fuerza de tal pacto a tenor de la legislación vigente cuando se estableciera. Ello es fruto de la eficacia de los actos según de la Ley bajo la que se celebran.

Y seguidamente recojo una serie de extremos, aun expuestos ya, pero que conviene destacar al contemplar ahora, específicamente, el pacto:

Siendo el pacto irrevocable, creó ya un derecho definitivo a suceder cuando el causante muriese. No generó, pues, una simple esperanza de ello, como la que origina una institución en testamento o un llamamiento abintestato, que otorgarán únicamente la sucesión futura si antes de morir el testador no cambia en ese punto su última voluntad o si la Ley no le establece distinto heredero abintestato.

Pero el efecto sucesorio *ex voluntate* del pacto, no es efecto de la adopción, de la que él no forma parte, sino que simplemente se permite otorgarlo con ocasión de aquélla. El efecto es del pacto sucesorio, como lo sería si pudiese otorgarse fuera de adopción. No es, pues, efecto *ex lege* de la adopción o de la filiación adoptiva, como lo es la sucesión del adoptado cuando la Ley le confiere directamente derechos sucesorios, o lo es la sucesión abintestato entre parientes de sangre; casos en que en virtud de la Ley el llamamiento se produce al morir el causante a favor de quienes estén ligados a él por vínculos de sangre o de adopción.

El derecho a suceder en virtud del pacto ya lo proclamó la sentencia de 19 de abril de 1915 para caso en que el adoptante no cumpliera el compromiso de instituir que contrajo al adoptar. E igualmente la sentencia de 30 de mayo de 1951.

Posteriormente, también otras sentencias recaídas después de la Ley de 1958 han insistido en el derecho a suceder que da el pacto aunque el adoptante no instituya en testamento o instituya en menos al adoptado favorecido por aquél. Son las de:

11 de octubre de 1974 y 28 de enero de 1975, que lo dijeron para adopciones realizadas bajo el texto original del Código civil, en caso de adoptantes fallecidos bajo la Ley de 1958.

30 de noviembre de 1977, que lo dijo para adopción bajo el texto original del Código civil, y muerte del adoptante bajo la Ley de 1970.

30 de mayo de 1978, que lo dijo para adopción bajo el texto original del Código civil, y muerte del adoptante bajo la Ley de 1958.

3 de marzo de 1988, que lo dijo para adopción realizada bajo el texto original del Código civil, y muerte de la adoptante bajo la Ley de 7 de julio de 1981.

Y la resolución de 16 de junio de 1979 que lo dijo para adopción bajo el texto original del Código civil, y muerte del adoptante bajo la Ley de 1970.

Por último, algunas de esas sentencias, las de 11 de octubre de 1974, 28 de enero de 1975, 30 de mayo de 1978 y 3 de marzo de 1988, dijeron, con vistas a proteger el pacto sucesorio y el derecho que confiere a heredar según lo que establezca la Ley bajo la que se celebró, que a la adopción le es aplicable la regulación de la Ley bajo la que se realiza. Pero es claro, que en tales fallos semejante afirmación se propone sólo referirse a los derechos hereditarios surgidos del pacto, no a que los derechos del adoptado sin pacto sean para siempre los legales que estableciese la Ley de entonces, aunque otra posterior los modifique antes de morir el causante.

12. CONCLUSIONES

En virtud de todo lo expuesto creo que se debe afirmar que muriendo hoy un causante en cuya sucesión incida adopción:

1.º Los pactos sucesorios, si se hicieron, confieren el derecho a heredar según lo dispuesto por la Ley bajo la que se celebró la adopción que los contiene.

2.º Las adopciones celebradas bajo el texto original del Código, que no daban derechos hereditarios de por sí, sino sólo por pacto, ni excluían los derechos hereditarios procedentes del parentesco de sangre, adopciones que carecían del carácter e intensidad de las plenas y hasta de las menos plenas o simples creadas después, no excluyen hoy derechos hereditarios de sangre, ni dan tampoco hoy derecho hereditario adoptivo alguno, si en ellas no se estableció pacto sucesorio, y si sí, dan los pactados.

3.º Las adopciones menos plenas de la Ley de 1958, que, de por sí, no daban ningún derecho hereditario en esa Ley, ni excluían los procedentes del parentesco de sangre, y las simples de la Ley de 1970, dan hoy los derechos hereditarios adoptivos, o excluyen los derechos hereditarios de sangre, según lo establecido para las simples en la Ley de 1970 (disposición transitoria segunda de la Ley de 1987). Derechos

menores que los de los adoptados plenamente; lo que no acontece por discriminación, sino por la menor intensidad del antiguo vínculo de adopción simple.

4.º Las adopciones plenas de cualquier fecha, desde que existió la figura, dan hoy derecho a la sucesión adoptiva o excluyen la de sangre, tal cual establece la Ley de 1987.

Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las Fuentes del Derecho

ANTONIO GORDILLO CAÑAS

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. Ocasión y planteamiento del tema.—2. Complejidad y dificultad de la cuestión de las Fuentes del Derecho: la insuficiencia de su planteamiento meramente formal.—3. La Ley: prestancia formal y peligro de fragilidad sustantiva.—4. Los Principios Generales del Derecho: desde la nebulosidad de su conceptualización hasta la fijación de sus contenidos y la viabilización positiva de su función informadora de Ordenamiento jurídico.—5. La Constitución como fuente primaria y subordinada al mismo tiempo, y germen principal del Ordenamiento.

1. Confluyen en la elección del tema de este trabajo razones de dos tipos. De una parte, la fundamental cuestión *de fontibus juris*, siempre ardua y casi nunca perfectamente acabada en su solución, viene necesitando de una reelaboración a partir de la Constitución (1). De otra, el Derecho de la persona —el sector más delicado y fundamental del Ordenamiento— se encuentra hoy en una situación de sacudida que no puede por menor de atraer y concentrar la preocupada atención del jurista: el aborto ha sido ya polémicamente despenalizado, la relación familiar de hecho va sucesivamente ganando parcelas de reconocimiento legal, la transexualidad ha obtenido ya su primer refrendo en una sentencia de nuestro Tribunal Supremo, se trabaja hoy afanosamente por legislar en materia de fecundación asistida, se

(1) Cfr. PERLINGIERI, P.: *Por un Derecho civil constitucional español*, en «ADC», 1983, pp. 14-15: «Es preciso elaborar una nueva teoría de las Fuentes del Derecho civil, respetuosa de las particularidades y de las nacionalidades, pero siempre respetuosa de los Principios Fundamentales del Ordenamiento Jurídico, que son los Principios Constitucionales».

plantea la posibilidad de permitir la eutanasia o la esterilización de subnormales, se proyecta la derogación del delito de escándalo público... El permanente interés teórico de la teoría de las Fuentes, la ocasión de su necesaria relectura desde la Constitución, y, más instantáneamente, la singularidad de nuestro momento legislativo, van a guiar las reflexiones que, a modo de apuntes o ensayo, aquí iniciamos.

La ya indicada problemática concerniente al Derecho de la persona, suficientemente acuciante en sí misma, se plantea aún con mayor intensidad y urgencia en atención al momento de su aparición. Nace en época de marcado pluralismo social, de democracia política y aconfesionalidad estatal; días, por otra parte, marcados por el sopor o aletargamiento moral de las llamadas sociedades opulentas. Por más que la secularidad y el aconfesionalismo estatal deban apreciarse como la feliz superación de una confusión multiseular de esferas diferentes, lo cierto es que, según se ha dicho, «el Estado secularizado vive de unos presupuestos que él no puede garantizar» (2): al menos, el recurso a valores fundamentadores, sólidos en la consistencia de su propia objetividad, se entiende o abiertamente imposible o al menos extremadamente difícil en su justificación y en su compatibilidad con una frecuente interpretación de los postulados admitidos. Ello, unido al democrático Principio de la mayoría y al permisivismo moral del momento, podría terminar por arrastrar a la Ley al torbellino de una espiral de degradación social de consecuencias imprevisibles. ¿Dónde asentar sólidamente el criterio jurídico ante el ímpetu de la nueva problemática?

Desde una mentalidad tradicional —y no por ello desechable— podría responderse inmediatamente: en la firmeza y el rigor del Derecho Natural. Pero con igual inmediatez se alzarán los reparos: ¿No plantea a su vez la justificación expresa y refleja del Derecho Natural un problema teológico cuya unívoca solución no se aviene con los postulados básicos del pluralismo y de la democracia? Por otra parte, dada la inevidencia a la normal conciencia humana de los contenidos normativos concretos del Derecho Natural —tanto más, cuanto más se apartan de sus primeros Principios— ¿dónde situar la instancia definitoria del *natura justum* derivado y concreto? El Derecho Natural no sería hoy formal y directamente invocable como fuente normativa de aceptación común, sin que por ello pierda interés como faro orientador de quienes lo admiten y, finalmente, como lugar de encuentro de todos los que se dejan guiar en su búsqueda del *justum* —igualmente afanosa para unos y otros— desde la luz inmediata de

(2) «*Der freihlittliche säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann*». La frase es de BÖCKENFORDEN y se la encuentra citada en GARCÍA TORRES JIMÉNEZ BLANCO: *Derechos fundamentales y relaciones éntre particulares*, Madrid, 1986, nota 91, p. 146.

las exigencias de la realidad. El *natura justum*, si no invocable *a priori*, ni abstractamente en sí mismo ni en su configuración actual y concreta, sí que lo resultará *a posteriori* en su conexión por deducción con las más básicas convicciones sociales. Los Principios Generales del Derecho, como mediación social-positiva de los contenidos del Derecho natural, pueden ser así el instrumento hoy necesario para dar respuesta adecuada a la nueva problemática jurídica tan instantáneamente planteada.

Ahora bien, para que los Principios Generales puedan cumplir tal misión será necesario que pasen a desarrollar plenamente su admitida —aunque hoy notablemente atrofiada— virtualidad informadora y fundamentadora del Ordenamiento. Estamos suficientemente habituados a una visión de los Principios consecuencial a la Ley y derivada de ésta; los Principios, embebidos básicamente en la Ley, pueden subvenir a la aplicación de la misma, desde su integración hasta su moderada corrección, pero ¿cómo viabilizar, en términos de Derecho positivo, la función informadora de los Principios? ¿Cómo reconocer a éstos una existencia y consistencia anterior a la Ley hasta el punto de marcar a ésta contenidos necesarios? El indicado estado de cosas podría no experimentarse como especialmente problemático en relación con un sector del Derecho, como lo es el patrimonial, donde las encrucijadas problemáticas y sus criterios de solución han fraguado en una tópica de siglos, con pacífico reflejo en formulaciones normativas que, en su misma positividad, se entiende vehículo y reflejo de la *naturalis ratio*. El surgir de las nuevas cuestiones que hoy se plantean en el Derecho de la persona exigen del jurista la invención, en el sentido más etimológico de la palabra, de criterios adecuados y fundados de tratamiento y de solución.

Es ahí donde —sin el apoyo de su previa formulación legal— el Principio debe adelantarse a la Ley y marcarle la orientación de su contenido. La Constitución, en su doble dimensión de expresión del más amplio y básico consenso social y de super-Ley o de Ley de leyes, inspiradora de todo el Ordenamiento, está llamada a cumplir esa función de puente, incardinado en el vértice del Derecho positivo, entre las convicciones sociales más fundamentales y la Ley ordinaria que debe recogerlas y consagrarlas en términos de normatividad vinculante. El Principio constitucional de la dignidad de la persona humana (art. 10 de la Constitución Española) será aquí el punto central de engarce de cualquier solución justa a la problemática indicada. A partir de él podrían derivarse los criterios concretos de un Derecho justo; el único, como ha indicado Larenz, que podría asegurar una paz jurídica duradera (3); el único que, en razón de su perfección

(3) LARENZ: *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, traducción española y presentación de L. DIEZ-PICAZO, Madrid, 1985, p. 202: «Mas parece seguro que sólo puede asegurar una paz jurídica duradera un Derecho que sea algo más que una

—diría Castro (4)— podría cumplir su función moralizadora de la vida social.

2. «Las Fuentes del Ordenamiento jurídico español son la Ley, la Costumbre y los Principios Generales del Derecho». He aquí, en su solemnidad lapidaria, el frontispicio del Código civil; he aquí un enunciado normativo, básico en su alcance, preciso y conciso en su expresión, hasta dar la impresión de constituir una fórmula poco menos que evidente, ajena en su fundamentalidad a toda cuestión problemática.

La realidad, no obstante, es muy otra. Apenas iniciada la reflexión para su justificación y análisis, comienzan a surgir problemas y dificultades. Por otra parte, el rastreo histórico en la búsqueda de criterios orientadores lleva a la comprobación de la relativa novedad de la que pudieramos llamar la *quaestio de fontibus juris*. Aunque siempre haya sido problemático el tema *de origine juris* —como recientemente ha indicado Díez-Picazo (5)— es lo cierto que el dogma o teoría de las Fuentes del Derecho no se formaliza hasta fines del siglo XVIII o principios del XIX, en conexión, fácilmente explicable, con los postulados del Estado que por entonces se crea y con los dogmas de la certidumbre y seguridad jurídicas y del imperio de la Ley, convertida ésta en la expresión de la voluntad general: los dogmas que inspiraron la obra codificadora.

Para servir a su propia finalidad, la teoría de las Fuentes deberá imprescindiblemente cumplir dos cometidos: enumerar, primero, y jerarquizar, después, las Fuentes del Derecho; para su efectividad deberá obtener reflejo normativo en la Ley. Bastan estos datos —los mismos que determinan la formulación de la teoría de las Fuentes— para que inexorablemente comiencen a plantearse problemas y aporías. ¿Cómo es, en efecto —si la *quaestio de fontibus* es una cuestión jurídica, y si su respuesta es Derecho— que el Derecho pueda encontrar en sí mismo su propia causa? ¿Cómo puede el Derecho —por decirlo con terminología clásica— ser *causa sui ipsius*? De otra parte, ¿cómo entender que el problema de la jerarquía normativa pueda ser resuelto por una de las Fuentes jerarquizables (6)?

El intento de respuesta a estas cuestiones subrayará el peculiar y limitado enfoque de la teoría de las Fuentes del Derecho. No se

técnica del poder; un Derecho que se oriente hacia lo justo, tal como lo podemos conocer, y que se sitúe bajo la clara exigencia, perpetua, para todos aquellos que lo aplican y configuran, de ser un "Derecho justo".

(4) CASTRO: *Derecho civil de España. Parte General I*, Madrid, 1949, p. 24: «La perfección de un ordenamiento positivo se muestra por el grado en que logra moralizar a la sociedad».

(5) Díez-Picazo, L.: *La doctrina de las Fuentes del Derecho*, en «ADC», 1984, pp. esp. 947-950.

(6) Cfr. para las aporías de la doctrina tradicional sobre las Fuentes del Derecho, Díez-Picazo: *Op. cit.*, pp. 939-942.

plantea ésta con ambición de llegar al fondo del problema: allí donde la búsqueda del propio origen lleva, en una visión más pragmática, al terreno de la sociología, o, en una concepción más esencialista, a los dominios de la filosofía. La cuestión, más modestamente planteada, se limitará a la determinación de las Fuentes formales del Derecho, o —utilizando la terminología del Código civil portugués (art. 1)— de las Fuentes *inmediatas* del Derecho. No se pregunta acerca del último origen o causa del Derecho (*unde jus*); simplemente se inquiriere dónde se le encuentra (*ubi jus*): a través de qué actos o formas se manifiesta en su vigencia (7).

Ciertamente este más limitado planteamiento basta a los fines de certidumbre que están en el cercano y ocasional origen de la doctrina de las Fuentes; es más, cualquier otro enfoque con más hondas pretensiones encontraría mal encaje en el cauce normativo-formal de la Ley ordinaria. Significativamente, en nuestro Ordenamiento la formulación normativa de las Fuentes del Derecho se ha producido siempre (antiguos artículos 5 y 6 del Código civil; vigente artículo 1) en estrecha conexión con el mandato dirigido al Juez de resolver siempre, ateniéndose al orden de Fuentes establecido. No es el *unde jus* lo que preocupa, sino el *ubi jus*: dónde encontrar la norma aplicable. Quizá por ello mismo se entienda que sea la Ley quien formule el elenco y jerarquía de las Fuentes: la Ley es la norma más clara, cierta y refleja; en ella —como destacaba Castro (8)— prima el dato formal de la *auctoritas*. Por otra parte, si tenemos en cuenta que la misma Ley es la forma *princeps* de manifestación y formulación de la voluntad general —el sujeto ahora especialmente enfatizado de la soberanía— podremos también comprender que sea la Ley quien no sólo fije el elenco de las Fuentes, sino que en él se atribuya a sí misma el primer puesto (9). Tenemos de esta forma a la Ley convertida en definidora de las Fuentes del Derecho y, en razón de tal definición, autoproclamada como reina, por cierto que casi absoluta, de las Fuentes: se hace acompañar de la Costumbre, donde inocuamente ésta puede actuar en forma de usos sociales, y acepta el recurso a los Principios Generales como forma inevitable de supletoriedad *in extremis* ante

(7) Cfr. GARRIDO FALLA, F.: *Las Fuentes del Derecho en la Constitución Española*, en «La Constitución Española y las Fuentes del Derecho», Inst. Est. Fis., Madrid, 1979, I, p. 31: «...entendemos por Fuentes “aquellas formas o actos a través de los cuales el Derecho se manifiesta en su vigencia”». También, e.c., BONNECASE: *Elementos de Derecho civil*, I, Méjico, 1945, p. 79: «Por lo mismo, podemos definir las Fuentes formales... como las formas necesarias y predeterminadas que ineludiblemente deben revestir los preceptos de conducta exterior para imponerse socialmente en virtud de la potencia coercitiva del Derecho».

(8) CASTRO: *Op. cit.*, p. 48.

(9) A salvo la quizá algo romántica excepción de la Compilación de Derecho civil formal de Navarra, Ley 2, donde la primacía de la Costumbre obtiene formulación legal. Cfr. *ad rem*, SANCHO REBULLIDA: *Tratamiento actual de las fuentes del Derecho civil Navarro*, Lección inaugural del curso 1984-85, Pamplona, 1984.

la fatalidad de las lagunas legales. Más que antagonistas, Costumbre y Principios Generales aparecen como auxiliares de la Ley en esa formulación que, con el origen y alcance indicados, recoge hoy el artículo 1.1 del Código civil: «Las Fuentes del Ordenamiento jurídico español son la Ley, la Costumbre y los Principios Generales del Derecho».

De todas formas, la anterior acotación de perspectiva dista mucho de permitir la respuesta, satisfactoria y clara, a los problemas que, no obstante ella, sigue planteando la formulación y jerarquización de las Fuentes. Indiquemos como el primero el de la misma posibilidad de reducir a términos estrictamente formales la *quaestio de fontibus*: ¿no supone todo intento de enumeración-jerarquización de Fuentes dar por resuelto el problema básico de fondo sobre la atribución de la postestad normativa? ¿Puede separarse la pregunta sobre el *ubi jus* de la previa y simultánea determinación de su *unde*, al menos del *unde* más inmediato (10)? Por otra parte, ¿puede considerarse como guiada por un planteamiento eminentemente formal, tributario en cuanto tal de las exigencias de certidumbre y seguridad, la determinación de Fuentes que se limita a enumerar a la Costumbre, sin entrar en absoluto en la fijación de sus requisitos de aplicabilidad y vigencia? La Costumbre es norma impuesta por la comunidad a través del uso uniforme, general, duradero y constante: ¿cuándo entender cumplidas estas notas? ¿cuál debe ser la duración exigible para que la repetición de los comportamientos dé paso al uso normativo? Sin una respuesta clara y precisa a estas preguntas no sería posible la seguridad jurídica perseguida por la teoría de las Fuentes y, de hecho, que el problema no tenga en la realidad la entidad que en abstracto podría tener, es el más claro síntoma del reducido papel que hoy desempeña la Costumbre, frente al predominio casi absoluto de la Ley, Y ¿qué decir, desde este mismo punto de vista, de los Principios Generales del Derecho? Si la determinación de las Fuentes pretende dar respuesta a la pregunta sobre el *ubi jus*, la pregunta de Díez-Picazo se hace más acuciante: ¿dónde están los Principios Generales del Derecho? Podría pensarse que planean por encima del Ordenamiento como espíritus puros o casi angélicos. Mas, ¿quién los detecta? ¿quién los aprehende? (11). A veces, han sido descritos co-

(10) Cfr. Díez-PICAZO: *Op. cit.*, p. 939: «Hay, pues, un significado técnico —Fuentes de producción— en el que el concepto que analizamos designa el origen de las normas jurídicas... y designa también la forma de expresión o exteriorización en que la norma parece o se manifiesta. Una y otra idea se encuentran interrelacionadas, pero no son necesariamente idénticas». CASTRO: *Op. cit.*, p. 333: «La determinación de las Fuentes jurídicas, de su poder y respectiva jerarquía es un acto primario de la estructura del Estado. La inclusión o exclusión de una fuente jurídica, el cambio en el orden establecido entre ellas constituye una alteración de la ordenación política de la organización social. Tiene —aunque de ello no se hayan ocupado las cartas constitucionales— auténtico carácter constitucional, porque significa señalar cuáles son los poderes a los que se confía la facultad normativa creadora».

(11) Díez-PICAZO: *Op. cit.*, p. 944.

mo valores normativos, o como ideas no exteriorizadas como normas (12). ¿Pueden encajar en tal caso en una enumeración de las Fuentes, entendidas éstas en sentido formal?

Y desde otra perspectiva: ¿es posible la enumeración y jerarquización de las Fuentes del Derecho, atendiendo solamente al dato formal del cauce normativo y prescindiendo en absoluto de toda consideración sobre el contenido de la norma? El desarrollo del enunciado de las Fuentes en el mismo artículo 1 del Código civil parece suponer la respuesta negativa. La Costumbre no puede considerarse norma jurídica si en su contenido es contraria a la moral o al orden público. Y con mayor amplitud: el íntegro Ordenamiento debe estar informado por los Principios Generales del Derecho. La norma jurídica, en definitiva, no alcanza consideración de tal por el solo hecho de venir vehiculada por el cauce formal en que aparece; necesita de un contenido interno sin el cual no puede constituir Derecho.

Naturalmente que al hilo de lo que acaba de indicarse se plantean inevitablemente problemas y preguntas de interés: ¿por qué esa exigencia de moralidad sólo en la Costumbre, y no igualmente en la Ley? ¿Por qué esa proclamación del carácter informador de los Principios, cuando se da prioridad sobre ellos a la Ley: hasta dónde llega, en tales condiciones, la efectividad de esa función informadora? La respuesta, o el comentario, encontrará su sede propia páginas más adelante. Por ahora baste resaltar la inevitable insuficiencia de un planteamiento del tema de las Fuentes ceñido sólo al punto de vista formal, y atento, exclusivamente, a las exigencias de la seguridad jurídica. Creemos que el enfoque del problema necesita abarcar una perspectiva más amplia, hasta alcanzar los datos necesarios del contenido y origen —al menos el origen próximo— de la norma de Derecho. Y es aquí donde el recurso a la Constitución se hace imprescindible. La norma constitucional, como resultado del más amplio consenso social, y como expresión de los valores más básicos y fundamentales está llamada a ser la instancia jurídica que, supraordinada al resto del Ordenamiento, aunque dentro del mismo (art. 9.1 de la Constitución Española) puede jerarquizar las Fuentes del Derecho, e imponerle al mismo tiempo la necesidad de su contenido justo. He aquí cómo por esta vía los Principios Generales del Derecho pueden corporeizarse y obtener efectividad en su función informadora del Ordenamiento.

(12) CARRETERO PÉREZ, A.: *El concepto constitucional de las Fuentes del Derecho*, en «La Constitución...», *cit.*, p. 395: «Los principios jurídicos: 1.º) son valores normativos de carácter organizador, aceptados por la Constitución y que han de inspirar el Ordenamiento jurídico; ideas no exteriorizadas como las normas. La realidad no se halla regulada exclusivamente por mandatos o preceptos externos, sino por una serie de ideas de valor jurídico no formuladas exteriormente».

Cualquier intento de reduccionismo formalista del Derecho se revelará siempre como insuficiente. La norma jurídica no solamente exige claridad y certeza en su momento formulador y enunciativo; necesita igualmente, en su momento axiológico, de un contenido justo y ordenado al bien común social. ¿Cómo identificar el *justum*? ¿cómo concretar sus exigencias? ¿dónde encontrar su instancia definidora? Aquí, evidentemente, el problema de las Fuentes abarca indefectiblemente al de la fundamentación filosófica del Derecho: formula éste sus mandatos —como diría Cicerón en su Libro I *De Legibus*, o repetiría Suárez en el proemio a su *De Legibus ac Deo legislatore*— extrayendo conclusiones *ex intima philosophia*, o *ex intimis philosophiae*. El Derecho Natural, en sus distintas claves explicativas o fundamentadoras, ha constituido históricamente la más sólida base sustentadora del gran edificio del Derecho, tanto en la legitimación de su existencia como elemento ordenador y organizador de la convivencia social, como en la justificación de sus particulares contenidos normativos. Lo limitado de las primeras evidencias del *natura justum* en su concepción objetiva más originaria, así como el descrédito de la orientación individual-racionalista del iusnaturalismo de la Ilustración, harían hoy inviable la efectividad de esa anterior función fundamentadora. A su vez, el pluralismo y la secularidad de nuestro tiempo impiden el recurso a una instancia fundamentadora y legitimadora de expresa raíz teológica y confesional (el *jus naturale catholicum*). Sin embargo, el fundamento del Derecho, y la inspiración justa de su contenido necesario, siguen siendo exigencias ineludibles, así sentidas de hecho en el cuerpo social. Es aquí donde la Constitución aparece como el subrogado imprescindible, o la mediación necesaria, del Derecho Natural.

Efectivamente, la Constitución, al proclamar la primacía de los valores básicos sobre los que se edifica la organización de la convivencia, asienta el edificio del Derecho sobre la solidez de unos valores objetivos, impeditivos, en cuanto tales, del arbitrio legal. En la medida en que esos valores se corresponden efectivamente con la naturaleza humana —precisamente por ello es posible el más amplio consenso social en torno a los mismos— la norma constitucional, sin proponérselo ni proclamarlo expresamente, cumple la función del Derecho Natural. De otra parte, la misma Constitución, en su condición de Ley de leyes, confiere a su contenido medular la más amplia posibilidad de eficacia jurídico-positiva.

He aquí cómo la doctrina de las Fuentes del Derecho, que por su transcendencia constitucional debería encontrar en la propia Constitución su reflejo normativo, no puede en ningún caso formularse ni construirse de espaldas a la Constitución ni prescindiendo de ella. Inviscerada en la instancia normativa *princeps*, imponiendo desde ella contenidos objetivos e intangibles de valor a la Ley, y viabilizando la

función «transeunte» (13) del Derecho natural a través de los Principios Generales del Derecho, lograría para la totalidad del Ordenamiento la síntesis acabada de la legalidad y la legitimidad.

3. La codificación nace al servicio del principio de igualdad: la Ley, una y general, que ahora va a codificarse es la expresión jurídico-formal del ideal jurídico-político perseguido. Se entiende así que en el substrato de la idea de Código esté la primacía de la Ley como Fuente del Derecho, y que tal substrato salga directamente a flote en los primeros artículos de los diferentes Códigos, destacando la fuerza normativa de la Ley o formulando, más o menos expresa y directamente, la jerarquía de las Fuentes.

Por otra parte, una vez impuesta la Revolución, la Ley va a verse como la expresión más fiel y refleja de la voluntad popular que acaba de derrocar al Antiguo Régimen y que aspira a instaurar un orden nuevo presidido por la razón. Atrás quedan los «principios» que inspiraron la Revolución: el triunfo de ésta los ha llevado a la entraña misma de la Ley. Una Ley que, en cuanto expresión de la voluntad popular y emanación de su representación políticamente organizada, gozará del respaldo de la coactividad estatal. Se dan todos los elementos para que a la Ley se atribuya la absoluta primacía entre las Fuentes del Derecho; casi, podría decirse, para que la Ley quede constituida en la única fuente. El acceso del pueblo a la conformación del Estado plasmará en la tendencia hacia la monopolización del Derecho por el Estado y hacia la reducción del Derecho a la Ley.

A partir de estos datos, y desde la perspectiva indicada, el significado de la Ley va a elevarse hasta la altura donde la captación humana no alcanza y se hace necesario el recurso a la fe: un buen magistrado —escribía Mourlon en sus *Repetitions écrites sur le Code civil* (1846)— humilla su razón ante la razón de la Ley. Su función es juzgar según la Ley, y no juzgar a la Ley. Nada hay por encima de la Ley... En Derecho no hay ni puede haber razón más razonable ni equidad más equitativa que la razón o equidad de la Ley (14). Es la más explícita profesión de un positivismo legalista que, si bien superado en sus presupuestos y derivaciones metodológicas, no deja de contar hoy con significativos reflejos legales. ¿Cómo, si no, interpretar esa supeditación de la Costumbre a la moral, establecida en el artículo 1 del Código civil, y sin paralelo respecto a la Ley (15)?

(13) Así llama BRUNETTI, G.: *Il Diritto naturale nella legislazione civile*, en «Riv. Dir. Comm.», 1922, pp. 445-446, a la primera función del Derecho natural respecto al Derecho positivo; la misma que CASTRO: *Op. cit.*, p. 428, denominaba como función fundamentadora de los Principios Generalés del Derecho, y que el artículo 1.4 del Código reconoce hoy como su «carácter informador del Ordenamiento jurídico».

(14) La cita precisa puede encontrarse en PERELMAN, Ch.: *Ontologie juridique et sources du Droit*, en «Arch. Phil Dr.», 27, 1982, p. 30.

(15) Cfr. DIEZ-PICAZO: *Comentario a las reformas del Código civil*, I, Madrid, 1977, p. 56: «...y si no puede por menos de admitirse una cierta —ya no una total—

¿Es que no puede la Ley entrar en conflicto con la moral? La hipótesis, evidentemente posible —*historia teste*— no entra en la limitada perspectiva del legislador. En el esquema legalista del Derecho y de sus Fuentes es inimaginable la posibilidad de una Ley inmoral: justamente porque la Ley se entiende como la suprema instancia definitiva de lo justo y de lo injusto, del bien y del mal.

Interesa detenerse un momento sobre ese legalismo positivista, superado en gran parte, según se indica generalmente, pero más presente, al mismo tiempo, en la realidad de nuestro Derecho —de no contar en él con el dato constitucional— de lo que podría hacer pensar la crítica de sus contradictores. Dos ingredientes deben destacarse en su núcleo: el primero sería el dogma de la Ley como expresión de la voluntad popular; el segundo —consecuencia del anterior— el de la caracterización formal de la Ley. Si la norma legal está llamada a recoger la voluntad social mayoritaria, será ésta la que le dé contenido; si, por otra parte, ese contenido puede variar histórica y circunstancialmente, y si —además— le basta para legitimarse ser reflejo de la voluntad social, la conclusión no puede ser otra sino que la consistencia de la Ley termina por desplazarse desde la consideración de su contenido a la de su configuración formal como vehículo de la variable voluntad del legislador.

Es cierto, según decíamos, que el positivismo legalista se encuentra hoy en clara situación de superación y desprestigio. García de Enterría ha descrito magistralmente el proceso de vaciamiento de los dogmas que lo sustentaban y la progresiva afirmación del recurso a unos principios, exponentes de un *Wertordnung*, o de un *higher Law* al servicio de una justicia extra legal o incluso *contra legem* (16). Cadarso Palau pudo ver en la reforma del título preliminar del Código civil el reflejo legal de dicha superación (17). No vamos, naturalmente, a poner en duda ni éstas ni tantas otras apreciaciones, orientadas todas en igual sentido. Lo que sí consideramos necesario es llamar la atención sobre la desproporción entre el entusiasmo y el esfuerzo doctrinal para la superación del positivismo y la parvedad de sus po-

separación entre moral y Derecho, no se comprende por qué el ajuste entre ambas categorías se exige sólo con respecto a las normas consuetudinarias y no respecto a la totalidad de las normas jurídicas. Las normas legales pueden en ocasiones no concordar con determinados criterios o valores de carácter ético. ¿Por qué no se puede producir la misma discordancia tratándose de normas jurídicas consuetudinarias?». Nosotros pondríamos el acento en la pregunta contraria: si la Costumbre, siendo norma jurídica, o para ser norma jurídica, no puede contradecir la moral, ¿por qué puede oponerse a ella la Ley?

(16) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, Madrid, 1984, pp. 26-30.

(17) CADARSO PALAU, J.: *Reforma de la Ley y renovación del Ordenamiento en el título preliminar del Código civil*, en «ADC», 1976, pp. 55 y ss., en concreto, p. 61: «...el camino queda franco ya para una decisiva superación del positivismo legalista».

sibles resultados en su inevitable choque contra la consistencia formal de la Ley y las exigencias de la seguridad jurídica. ¿Puede, efectivamente, considerarse como un logro acabado y firme el de la inversión de la relación tradicional entre el Juez y la Ley y la subversión definitiva del primado absoluto de ésta (18)? El artículo 1.º del Código, al imponer a los Jueces y Tribunales el deber inexcusable de resolver en todo caso ateniéndose al sistema de Fuentes establecido, parece impedirlo. No creemos inútil destacar cómo el juego limitador-corrector del absolutismo legal-positivista tiene que desenvolverse, por necesidad del sistema, en ineludible dependencia de la misma Ley (en la que tiene que apoyarse, aun para forzar su sentido) y tan sólo, una vez ya ésta formulada, en su momento aplicativo. Índice legal, de nuevo, de estas limitaciones, el reducido campo de acción permitido a la equidad en el artículo 3.2 del Código civil.

En nuestra opinión, una corrección más a fondo del positivismo, por ello mismo más ambiciosa en la efectividad de sus consecuencias, tendría que hacerse —sin olvidar los expedientes ya pacíficamente aceptados por la más común doctrina— atendiendo específicamente a la Ley, y no a las categorías que, desde fuera de ella, vendría a circunscribir su eficacia: corrección por ello del legalismo no contra la Ley, sino en la Ley y desde la misma Ley. Supondría ello perfilar más exactamente la relación democracia-Derecho y, consecuentemente, completar la caracterización de la Ley, abiertamente insuficiente cuando se la reduce sólo a su dimensión formal: es aquí donde la Constitución juega hoy un papel esencial e insustituible.

En primer lugar, decíamos, perfilar la relación democracia-Derecho. ¿Qué es, en efecto, lo que la democracia impone al Derecho? ¿Cuándo estamos ante un Derecho democrático? Prescindiendo de matices que nos apartarían en este momento de nuestro hilo argumental, podría responderse: estamos ante un Derecho democrático cuando la Ley es expresión de la voluntad popular mayoritaria. La *voluntas principis* es sustituida por la voluntad popular. Algo de esto aparece en el preámbulo de nuestra Constitución: «La Nación española, en uso de su soberanía, proclama su *voluntad* de... consolidar un Estado de Derecho que asegure el *imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular*».

¿Qué significa propiamente la exigencia de que la Ley sea expresión de la voluntad social mayoritaria? No creemos que, literalmente entendido el aserto, venga a suponer la consagración del arbitrista de la mayoría. La vieja cuestión escolástica sobre el más íntimo com-

(18) Cfr., afirmando tales inversión y subversión, GARCÍA DE ENTERRÍA: *Op. cit.*, pp.29-30. Una llamada de atención frente al actual «menguante de la Ley» y en favor de una «revaluación» de la Ley, en DÍEZ-PICAZO: *Constitución, Ley y Juez*, en «Revista de Derecho Constitucional», 1985, pp. 9 y ss.

ponente, racional o volitivo, del acto legislativo vuelve a plantearse, sin que el sentido de su solución deba ser diferente por el hecho de que el legislador unipersonal haya sido sustituido por la asamblea que articula la representación popular. La Ley es al mismo tiempo obra de la razón y de la voluntad del legislador; contiene necesariamente un acto de voluntad (Dig. 1, 3, 7: *imperare, vetare, permitere*), pero la dirección de su contenido viene determinada por la razón. La Ley, según la definiera Santo Tomás, consiste en una *ordinatio rationis*: una orden o precepto dictada por la razón (19). Nuestra misma Constitución así lo impone: la voluntad popular que da contenido a la Ley debe moverse en el marco de los valores que la misma Constitución reconoce y proclama como valores superiores del Ordenamiento del Estado (art. 1.1) o como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10). Ni podría ser de otra forma: es demasiado evidente que el puro arbitrio, ni el individual ni el mayoritario, no puede constituirse en norma jurídica (20). El Derecho necesita un norte más firme que el de la sola y simple voluntad, por más amplia y mayoritaria que ésta pueda ser. Interesa destacarlo hoy, cuando la ductibilidad de las voluntades individuales, abotargadas en la sociedad consumista, y la manipulabilidad de la opinión pública desde técnicas de uso generalizado, podrían llevar a la Ley los contenidos más inhumanos y aberrantes (21).

(19) En nuestra doctrina es habitual esta concepción de la Ley. Como muestra, Cfr. CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1959, p. 90: «Dos elementos contiene la norma: el *racional*, por el convencimiento que implica en la comunidad de trazar la conducta recta que lleva al fin, y ese convencimiento es un dictado de la razón, aunque la voluntad se ponga a su servicio, prestándole fuerza y medios para su efectividad; el *autoritario*...». CASTAN: *Derecho civil español, Común y Foral*, I, 11.^a ed., Madrid, 1975, p. 377: «Pero, aun en las normas propiamente sociales y estables —como la Ley positiva y la Costumbre— en las que el elemento autoritario tiene una intervención destacada, ha de servir de soporte al mismo el elemento racional».

(20) El tema ha sido objeto de exposición frecuente por VALLET DE GOYTISOLO con la solidez y erudición en él habitual. Pueden verse, e.c., sus trabajos: *Las expresiones Fuentes del Derecho y Ordenamiento jurídico*, en «ADC», 1981, pp. esp. 832-833; *La Ley ¿expresión de la voluntad del pueblo?* en «Estudios sobre Fuentes del Derecho y método jurídico», Madrid, 1982, pp. 195-201. Véase también, CASTRO: *Derecho civil... cit.*, p. e.c. 33: «Si el Derecho fuese un mero conjunto de reglas de conducta impuestas y el Estado tan sólo organización, no habría posibilidad de distinguirlos de los mandatos de la fuerza y de la asociación de bandidos... Se ha dicho que Derecho es lo que el príncipe quiere, lo que quiere el pueblo o la mayoría del pueblo... Ante todas estas afirmaciones cabe preguntar: ¿por qué llamar a eso Derecho, por qué no denominarle, con sinceridad, arbitrio o fuerza?».

(21) Entre nosotros dieron la voz de alarma con ocasión del debate sobre la introducción del divorcio en nuestro Derecho, FUENMAYOR: *Slogans divorcistas*, en «Cuadernos de actualidad», Eunsa, 1975, pp. esp. 7-9; y SANCHO REBULLIDA: *Consideraciones sobre el fundamento jurídico de la indisolubilidad del matrimonio*, en «Estudios de Derecho civil», Pamplona, 1978, p. esp. 324. A la descomposición social derivada del hedonismo consumista se refirió ALONSO PÉREZ: *El divorcio y la reforma del Derecho matrimonial española*, en «Ediciones Universidad de Salamanca», 1981, pp. 16-17.

Consecuencia de lo anterior es que lo que habitualmente se enuncia como la *voluntad popular* debe entenderse en forma más íntegra y completa, como expresivo del acto final de la voluntad y del juicio previo que la orienta y determina. En la explicación tomista —como tan autorizadamente ha destacado Vallet de Goytisoló (22)— sería el *juicio común* o dictamen de la razón práctica que, a través de la *sindéresis*, aprecia lo bueno y lo malo. Si quiere distinguirse la voluntad popular del puro arbitrio, caprichoso y ciego, sería necesario entenderla como expresión del impulso normativo guiado por el común juicio práctico-valorativo sobre los comportamientos interindividuales que más afectan al orden de la convivencia. En tal caso la Ley se encontrará en relación de conformidad con la justicia natural no sólo por exigencia externa o preceptiva, en tanto la Ley humana debe respetar el Derecho Natural, sino también, y no en menor medida, en cuanto el común juicio humano tiende de suyo a encontrarse en la determinación de las exigencias básicas de la razón: *homini proprium est ut inclinetur ad agendum secundum rationem* (23).

Al Derecho corresponde esencialmente la determinación del *justum*; ahora bien, por más que la realidad natural suponga necesariamente determinadas exigencias de justicia, es evidente que la determinación del *justum*, incluso del *natura justum*, exige de la mediación humana que lo capte, lo formule y lo concrete. Lo propio de la democracia es el confiar al cuerpo social el discernimiento de lo justo: no es suplir el arbitrio del príncipe por el arbitrio de la mayoría, sino —partiendo del dato natural de la sustancial igualdad de los hombres— sustituir la instancia individual definitoria por el juicio social mayoritario. Si tal juicio debe responder al dictamen de la común razón práctica y moverse dentro del marco de unos valores objetivos de común aceptación y, como tales, reconocidos como inspiradores y fundamentadores del Ordenamiento, se habrá logrado algo bien distinto a la sustitución del Derecho natural por la simple voluntad general: justamente lo contrario, la recepción del Derecho natural en la Ley positiva.

Además de precisar en el modo en que acaba de hacerse el sentido íntegro de la expresión «voluntad popular», la superación más eficaz del positivismo legalista necesita —según decíamos— denunciar la insuficiencia de la caracterización meramente formal de la Ley. Es puro desarrollo de lo ya indicado, o, si se quiere, aplicación de lo mismo en un momento diferente: no en el de la determinación del origen causal-eficiente inmediato de la Ley, sino en el del análisis de la misma, convertida ésta, en sí misma y en su contenido, en objeto directo

(22) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO: *Las Fuentes del Derecho según Santo Tomás de Aquino*, en «Estudios sobre Fuentes...», cit., pp. 242-244.

(23) SANTO TOMÁS: S. Th. I-II, q. 94, a. 4.

de consideración. Exigir que la norma provenga del juicio práctico mayoritario supone orientarla en la dirección de lo justo y lo razonable.

A partir de este dato parece claro que la norma legal no podrá justificarse sólo por la *autoritas* o competencia formal de quien la dicta —ni siquiera cuando quien la dicta es un Parlamento democráticamente elegido (24)—; tampoco será bastante que reúna los requisitos formales: será —además— necesario que se justifique por razón de su contenido normativo: «Cumplidas deben ser las leyes —decían las partidas (1.1.8)— e muy cuidadas, e catadas, de guisa que sean *con razón* e sobre cosas que puedan ser *segund natura*».

El pensamiento más clásico y tradicional indicaba una doble vía por la que la norma podía justificarse en su contenido: o bien regula materias que por su propio ser plantean determinadas exigencias de justicia, o bien se ocupará de materias indiferentes, en las cuales razones de bien común exigen la intervención reguladora del legislador. En el primer caso la Ley actuará como *mensura mensurata*, según dijera Santo Tomás (25); en el segundo, con un mayor margen de iniciativa, deberá justificar su mandato, en tal caso contingente, por su ordenación al bien común. La «perspectiva ontológica» (26) venía así a llenar de contenido lo que era pura oquedad en la concepción formalista de la Ley.

La mayoría de nuestra doctrina ha venido compartiendo esta visión sustancialista u ontológica de la Ley. Sea cuando se trata en general de la norma jurídica, sea cuando se estudia en particular a la Ley, no suele faltar una referencia a la exigencia de su contenido justo y a la necesidad de su justificación por razón del bien común. Incluso nuestro legislador de los años sesenta aprovechó la exposición de motivos de alguna Ley para afirmar retóricamente la subordinación del Derecho positivo a la justicia (27). El problema se planteaba cuando se trataba de encontrar la fórmula de efectividad jurídico-

(24) Cfr. COSSIO: *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1975, p. 15.: «No basta, por tanto, que la norma positiva haya sido dictada por un poder formalmente competente —por ejemplo, un Parlamento—, sino que se exige que sea justa, inspirada en el bien común».

(25) S. Th. I-II, q. 95, a. 3.

(26) Como llamará VALLET DE GOYTISOLO a la visión de CASTRO. Cfr. VALLET DE GOYTISOLO: *El profesor Federico de Castro y el Derecho Natural*, en «ADC», 1983, p. 1689.

(27) Nos referimos a la exposición de motivos de la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960: «... si bien el punto de partida y el destino inmediato de las normas es regir las relaciones humanas, para lo cual importa mucho su adecuación a las concretas e históricas exigencias de la vida, no hay que olvidar tampoco que su finalidad última, singularmente cuando se concibe el Derecho positivo en función del Derecho natural, es lograr un orden de convivencia presidido por la idea de justicia, la cual, como virtud moral, se sobrepone tanto a la realidad de los hechos como a las determinaciones del legislador, que siempre han de hallarse limitadas y orientadas por ella».

positiva a esta exigencia. El Derecho, como subrayaba Castro (28), se caracteriza por su eficacia organizadora, por su posibilidad, en último término, de poner en movimiento la *manu militari*. ¿Cómo no entender entonces que la realidad del Derecho se haya vinculado al respaldo de su coactividad estatal? ¿Cómo impedir que, en tal caso, la norma estatal coactiva haya sido considerada como la expresión adecuada y exacta del Derecho? *Auctoritas, non veritas, facit legem* (29). Ya está aquí planteado el eterno problema del llamado *Derecho injusto*: ¿es Derecho, en realidad, si es injusto (30)?

El problema no es ajeno al de la determinación y jerarquía de las Fuentes del Derecho. La Ley, manifestación la más clara de la positividad en razón de su peculiar *auctoritas externa*, es la primera de las Fuentes. Los Principios Generales del Derecho, los más próximos a los contenidos naturales de justicia en razón de la preponderancia de su *ratio*, son fuente subsidiaria, tras la Ley y la Costumbre. Es cierto que nuestro Código civil atribuye a los Principios Generales del Derecho, además de la indicada, una función informadora del Ordenamiento. Pero la pregunta —sin posibilidad de respuesta satisfactoria desde el artículo 1.º del Código civil— es entonces: ¿cuál es la posible efectividad de tal función fundamentadora o informadora? ¿Cuál puede ser la virtualidad de un Principio no acogido en la Ley? ¿En qué merma a la Ley la posible existencia de un Principio opuesto de justicia natural? El problema no tendría solución en pura técnica de Derecho positivo, o, por mejor decir, del Derecho positivo resultante del artículo 1.º del Código civil: las llamadas a la conciencia individual o social, a la desobediencia civil, o a la revolución, suponen la actuación al margen del Derecho (positivo) o en contra del mismo (31).

Evidentemente la aspiración ha de ser la de la armonía entre Ley y Principios: una y otros están llamados a su mutua integración

(28) CASTRO: *Op. cit.*, p. 30.

(29) Cfr. BOBBIO: *Kelsen et les sources du Droit*, en «Arch. Ph. Dr.», *cit.*, pp. 135 y ss.

(30) Vid. ALBALADEJO: *Derecho civil*, I, 1, 1975, p. 18: «Sólo su armonía con el Derecho natural legitima al positivo. En otro caso no se trata de verdadero Derecho, sino de un puro mandato injusto, aunque su cumplimiento pueda imponerse por la fuerza. Ahora bien, como usualmente se llama Derecho positivo (aunque sea injusto) al conjunto de normas que rige impuesto por el poder directivo de la comunidad... aquí se llama Derecho positivo a todo el sancionado por ese poder directivo, y cabe distinguirlo en justo o injusto, según que concuerde con el Derecho natural o discrepe de él».

(31) Como es sabido, para SANTO TOMÁS, I-II, q. 96, a. 4, «tales leges —las injustas— *non obligant in foro conscientiae*». Para GREGORIO LÓPEZ, Gl. a P. 1.1.8 «*si tamen-lex-est injusta... non est talis lex a subditis recipienda*». En nuestros días, COSSIO: *Op. cit.*, p. 40: «solamente el juicio de la opinión pública puede denunciar este defecto (la injusticia de la Ley) y a la conciencia del legislador corresponde, mediante la derogación de la Ley injusta en virtud de una nueva Ley inspirada por la justicia».

en la norma jurídica. La Ley ha sido calificada en la doctrina alemana como *Positivität ohne Wertgehalt*; frente a ella, el Derecho natural aparece como *Wergehalt ohne Positivität* (32). La prestancia formal de la Ley, dotando de positividad y eficacia a la justicia natural, y la *ratio* de los principios naturales de justicia, nutriendo de contenido justo el molde formal de la Ley, vendrían, en plena superación del positivismo, a encontrarse en la Fuente primaria del Ordenamiento: la Ley, también caracterizada por su contenido; la misma que podría garantizar a un tiempo los fines de justicia y seguridad del Derecho; mejor, quizá, si ambos fines no se entienden separadamente: el fin de la seguridad en la justicia (33).

¿Es posible en nuestro Derecho una tal configuración de la Ley? ¿Es posible vehicular positivamente las exigencias informadoras de los Principios Generales del Derecho? Antes de dar respuesta a estas preguntas debemos dedicar algo de atención a la problemática que suscitan los Principios Generales.

4. A cualquiera que por primera vez se asome al tema de las Fuentes del Derecho llama la atención el contraste entre la solemnidad del concepto Principios Generales del Derecho y la modestia de su rango normativo. ¿Cuál es el significado exacto de su inclusión en el elenco de las Fuentes? ¿Rinde efectivamente la Ley tributo y reconocimiento a las instancias que más profunda y sólidamente la fundamentan, o se trata de algo distinto? ¿En qué sentido se entienden los Principios Generales del Derecho dentro de la enumeración de las Fuentes, y por qué se recurre a ellos sólo en último lugar?

Nada más lejano al espíritu que anima a la codificación que anteponer a la Ley una norma de rango jurídico superior: ni lo padece el dogma de la soberanía popular, cuyo cauce connatural de expresión es la Ley, ni lo permite el afianzamiento del nascente Estado, vinculado a la identificación entre Derecho y Ley. Por otra parte, ¿cómo obtener la ansiada meta de la seguridad jurídica si no es, de nuevo, sobre la base de la primacía absoluta de la Ley? ¿Puede haber cauce manifestador del Derecho más impreciso en sus contornos y más dudoso en su constatación que los Principios Generales del Derecho? Desde luego está fuera de toda duda que la inclusión de los Principios Generales en el elenco de las Fuentes no responde a la deferente obsequiosidad de la Ley, que, con reconocimiento de su propia limitación, quisiera rendir tributo al fundamento que, limitándola, la sostiene; se trata, por el contrario, de adjuntar a la Ley

(32) La expresión, recogida por GARCÍA DE ENTERRÍA: *Op. cit.*, p. 93, nota 2, puede encontrarse en MANGOLDT-KLEIN: *Kommentar*, 8.ª ed., 1976, I, p. 603.

(33) Sólo así se entiende la ferviente afirmación del primado de la Ley, mantenida por CASTRO: *¿La Ciencia libre del Derecho es fuente primaria del Derecho (Apostillas a un artículo)?* en «ADC», 1948, pp. 565-580.

la válvula de seguridad que garantice su reinado absoluto. Principios, pues, pero no anteriores a la Ley y por encima de ella, sino extraídos de la Ley y para extender su eficacia hasta impedir el vacío normativo.

En el sentido indicado es acertada y pedagógica la práctica de situar en el hecho inevitable de las lagunas legales el punto de arranque de la exposición escolástica del tema de los Principios Generales del Derecho (34); como es exacta la observación de la sustancial similitud de finalidad y significado del común expediente —sea cual fuere la denominación con que se le indique— invocado en auxilio de la Ley y de su virtualidad expansiva en los distintos sistemas legales: Principios Generales del Derecho, principios jurídicos naturales, equidad... (35). La comprobada imposibilidad del monismo legalista fuerza al recurso a una fuente supletoria, inexpresa y flexible al mismo tiempo, para poder cumplir su específica función de subsidiariedad *in extremis* en favor de la Ley. He aquí la razón de ser de la inclusión de los Principios en la enumeración de las Fuentes del Derecho; he aquí, por ello mismo, la explicación de que puedan ser sentidos o interpretados como un elemento «molesto» en dicha enumeración.

Molesto es, en efecto, el elemento indeseado, pero necesario. La Ley aspiraría a la monopolización del Derecho; pero la experiencia se encarga de dejar en claro que el perfecto cerramiento legal lleva inexorablemente a la asfixia del sistema jurídico. Pero mucho más molesto será ese mismo elemento, si a su condición de no deseado añade la de su posible peligrosidad. ¿No es necesariamente peligrosa una norma jurídica imprecisa? ¿Y no es la imprecisión la característica formal más saliente de los Principios Generales del Derecho? ¿No llevará consigo, en tal caso, la admisión de los Principios entre las Fuentes del Derecho la amenaza de que la totalidad del sistema termine yéndose de las manos? Mucho más esto último cuando, a través de los Principios, se entiende hecha remisión o referencia al Derecho Natural (36). ¿Es, especialmente en tal caso, posible su homogeneidad

(34) Cfr., e. c., CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones*, I, *cit.*, pp. 115 y ss.

(35) Cfr., LACRUZ: *Elementos*, I, 1, 1982, p. 179, Lo mismo había observado ya CASTRO: *Derecho civil*, *cit.*, p. 419.

(36) Como para nuestro Derecho, siguiendo la tradición jurídica española, hacía CASTRO: *op. cit.*, e. c., pp. 421-423: los primeros Principios Generales son los naturales; a través de los Principios es positivado en nuestro Derecho el Derecho natural. En este sentido podría recordarse el artículo 9 del Proyecto de Código civil de 1869: «El Juez que en materia civil rehuse fallar, a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las Leyes, incurrirá en la responsabilidad marcada en la Ley Penal. Si las cuestiones sobre derechos u obligaciones no pudieren ser resueltas ni por el texto de la Ley, ni por su espíritu, ni por casos análogos prevenidos en otras Leyes, serán decididas por los Principios de Derecho natural, conforme a las circunstancias del caso». LARA LACRUZ: *op. cit.*, p. 181, «no admite duda la presencia de los Principios de Derecho natural en el pensamiento del Legislador de 1974, y, por tanto, en el artículo 1,4, si bien —añade— cabe asimismo preguntarse qué valor puede conservar tal pensamiento en una circunstancia política tan mudada». Con todo, y a propósito del artículo 3 de la Compilación Aragonesa (reformado en 1985) mantiene el mismo

con las demás Fuentes, hasta permitir la enumeración jerarquizada de las mismas que hoy recoge el artículo 1.º del Código civil? ¿Sería admisible la subordinación del Derecho Natural a la Ley positiva?

Inevitablemente la categoría de los Principios Generales del Derecho resultará una categoría polémica. A raíz de su consagración legal en el viejo *Codice* de 1865, la doctrina italiana se debatió entre la concepción que los entendía reflejo y derivación del Derecho natural, y la positivista que los interpretaba como extraídos de la Ley positiva y dependientes de la misma; un debate o polémica que ni siquiera la inspiración positivista del artículo 12 de las vigentes *Disposizioni sulla Legge in generale* ha logrado sofocar definitivamente (37).

Y no es ésta, evidentemente, la única cuestión planteable y de hecho planteada. ¿Cuál es, en efecto, la específica función de los Principios Generales: sólo la estrictamente subsidiaria, en defecto de

LACRUZ la equivalencia Derecho natural-Principios Generales del Derecho. Cfr. LACRUZ: *El principio aragonés «standum est chartae»* (comentario al art. 3.º de la Compilación), en «ADC», 1986, p. 726: «Quizá, si se quiere cambiar la expresión del precepto compilado, por parecer que tenía connotaciones de otros tiempos, se hubiera podido hablar de *ética común*, del *mínimo ético común*; se hubieran podido buscar otros sucedáneos, y así fue cómo, inteligentemente, la enmienda socialista abordó el problema. Yo no creo que hiciera falta el cambio, pero, puestos a cambiar, tal enmienda proponía sustituir por los *Principios Generales del Derecho*, la expresión del *Derecho natural*. Y podría tener razón desde el punto de vista de la Convención Europea de Derechos del Hombre, cuyo artículo 7 se refiere a los crímenes que tienen la consideración de tales según los «Principios Generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas». En este sentido, me parece perfectamente pensable referirse, en lugar de al Derecho natural, a los Principios Generales del Derecho. En cambio, lo que se ha hecho, suprimir el Derecho natural pura y simplemente, es un daño gratuito infligido, por motivos ideológicos mal entendidos, al Derecho aragonés». Para GARCÍA DE ENTERRÍA: *op. cit.*, pp. 64-67, los «principios institucionales» son el lugar de encuentro de los valores superiores procedentes del Derecho natural con los elementos de positividad del Derecho. También para BOBBIO: *Principi generali del Diritto*, Noviss. dig., it., XII, 1966, p. 893, el resurgir de los Principios en la doctrina del Derecho constitucional, *e una reintegrazione dell'eterno diritto naturale*. En general, para la comunicación histórica y de contenido entre Principios Generales del Derecho y Derecho natural, cfr. DEL VECCHIO: *op. cit.*, pp. 41-49.

(37) Vid., BARTOLE, S.: *Principi del Diritto*, enc., dir., XXXV, p. 500: «Nel progetto definitivo del Codice si corresse il rinvio (contenuto nel Codice del 1865) ai «principi generali del Diritto», qualificando quest'ultimo come «diritto vigente». L'intenzione era quella di evitare i rischi del ricorso a concetti estranei all'ispirazione del diritto in vigore... La scelta venne criticata da Del Vecchio, in quanto riduttiva della elasticità di movimento dell'interprete, cui comunque si doveva consentire di farsi portavoce di quanto nella tradizione giuridica appartiene alla «commune natura di tutti i popoli»... Poco importa se sensibile o meno alla censura, il legislatori fini poi per mutare terminologia, e così giunse ad adottare l'attuale espressione «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Nella Relazione la scelta venne anche giustificata e si sottolineò, in particolare, che il termine Ordinamento era comprensivo, nel suo ampio significato, oltre che delle norme, e degli istituti, anche dell'orientamento politico-legislativo statale e della tradizione scientifica nazionale (diritto romano comune ecc.).» Con todo, añade: «La dottrina non ha dato molto credito a questa ibrida concessione alla retorica politica del momento, e preferisce leggere la disposizione in esame come il risultato conseguente delle scelte positivistiche che già avevano improntato l'interpretazione della paralela statuizione del Codice de 1865».

Ley y Costumbre, o también la de inspiración básica del proceso, siempre delicado y creativo, de la aplicación de la Ley? ¿Cabría, incluso, atribuir a los Principios, además de las anteriores, una función antecedente, de información y fundamentación de la Ley, que resultaría así más inspirada por los Principios que inspiradora de los mismos? El positivismo legalista quedó hace tiempo atrás, superado por un principialismo ordinal que, si bien atendido a la primacía de la Ley (38), desbordará en mucho la pura subsidiariedad de los Principios, tal como ésta fue inicialmente prevista. ¿Es posible el paso ulterior, hasta la efectividad de la función fundadora e informadora, con la consecuencia inevitable de tener que admitir la existencia de Principios anteriores a la Ley e independientes de la misma, con una relación de superioridad sobre ella que fueren a censurar como ilegítima y positivamente inválida una Ley en colisión con tales Principios?

He aquí las cuestiones que necesariamente suscitan los Principios Generales del Derecho: cuestiones, como puede verse, básicas y de extraordinario alcance. Cuestiones, no obstante, apagadas por la práctica diaria del Derecho en situaciones de normalidad jurídica, donde la experiencia inmediata de la justicia va unida a la aplicación ponderada de la Ley. ¿Ocurrirá igual en tiempos de crisis social y de rápida evolución y transformación de los comportamientos comunes? ¿No se produce entonces la sensación generalizada de incomodidad ante la Ley todavía vigente e incapaz de dar cauce a las aspiraciones sociales tal como éstas son sentidas por la mayoría de los individuos; o ante la Ley prematuramente impuesta a instancia de minorías influyentes, quizás no bien localizables, pero, en todo caso, en distonía cierta respecto del cuerpo social mayoritario y resignadamente silente o silenciado? Es entonces cuando más se siente la relatividad de la Ley, y cuando en la conciencia social los Principios claman por sus propios fueros: ¿con posibilidad de imponerse sobre la misma Ley, sin crisis del sistema y en simple ejercicio de su función informadora? Aquí será donde deba centrarse nuestra atención.

(38) No creemos —según ya hemos indicado— que la reacción al positivismo legalista haya llegado, como indica GARCÍA DE ENTERRÍA: *op. cit.*, p. 30, a la inversión de la relación tradicional entre el Juez y la Ley y a una subversión definitiva del primado absoluto de ésta. El mismo GARCÍA DE ENTERRÍA: *ib.*, pp. 123 y ss., afirma, como no podía ser de otra forma, que nunca el Juez puede erigirse en superior a la Ley; ese es —dice, con razón— un principio esencial que debe enfatizarse en primer término. En esta misma línea, nos parece, se inscribe la posición de LARENZ: *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. esp. de Díez-Picazo, Madrid, 1985, p., e.c., 35: «...es fácil comprender que hay que buscar los principios donde se les puede reconocer, aunque sea de modo limitado, antes que en ningún otro sitio: en el Derecho positivo». Así lo interpreta Díez-Picazo en las páginas de presentación de la obra de LARENZ: «Los juristas de nuestro país, cuya visión principal ha quedado oscurecida por la primacía que en nuestro Ordenamiento parecen poseer los llamados Principios Generales del Derecho, encontrarán en las páginas de este libro serios motivos de reflexión y materiales para el aprendizaje».

El *status quaestionis*, por lo que en tema de Principios se refiere a nuestra doctrina, podría resumidamente indicarse señalando la doble tendencia, iusnaturalista y positivista que, como reflejo de la polémica italiana, y sin mucho énfasis, dividirá a nuestros autores (39). La aportación, sin duda, más vigorosa, profunda y consistente es, en este como en tantos otros puntos, la del profesor De Castro (40): «liberadas de la esclavitud impuesta por el positivismo legalista —decía en el prólogo a la 1.^a edición del *Derecho civil de España*— las disposiciones legales se animan en base a los Principios Generales del Derecho y recobran su sustancia moral, tradicional y política; mientras que la labor de los juristas, de malabaristas vergonzantes de artículos, se eleva a la de colaboradores en la realización de la justicia y de los fines nacionales». Es, como puede verse, todo un programa de operar jurídico presidido por una visión principialista del Derecho, en la que los Principios Generales, en tanto que fundamentadores del Ordenamiento, lejos de situarse etéreamente en las alturas, pasan a animar inmanentemente a las disposiciones legales, insuflándoles su sustancia moral y política. Los Principios Generales son así el vehículo de positivización del Derecho natural (41).

Sería improcedente tratar de resumir aquí el pensamiento de Castro; tampoco es necesario: plumas más autorizadas lo han hecho ya con toda autoridad y rigor (42). Nos basta recordar cómo, en su concepción, los Principios Generales, por lo mismo que llamados a inspirar las normas legales desde lo hondo del Derecho natural, no son homogéneamente encuadrables en la enumeración-jerarquización de las Fuentes, ni su eficacia puede limitarse a la mera suplencia de la Ley y de la Costumbre: los Principios, anteriores a la Ley, simultáneos a la misma, y, finalmente, subsidiarios en caso de laguna legal, están llamados a cumplir una triple y peculiar función: informadora o fundamentadora, interpretadora y supletoria de la Ley y de la Costumbre (43).

(39) Puede verse una exposición resumida en el apéndice de OSSORIO MORALES a la traducción española de la obra de DEL VECCHIO: *Los Principios Generales del Derecho*, cit. pp. 141-149. Otra más reciente, en VALLET DE GOYTISOLO: *Las exprestiones «Fuentes del Derecho» y Ordenamiento jurídico*, cit., en «ADC», 1981, pp. 859-862.

(40) Sobre ella pueden verse: VALLET DE GOYTISOLO: *El prof. Federico de Castro y el Derecho natural*, en «ADC», 1983, pp. 1685 y ss. DÍEZ-PICAZO: *Los Principios Generales del Derecho en el pensamiento de Federico de Castro*, ib., pp. 1263-1268.

(41) Cfr., CASTRO: *Derecho civil*, cit., p., e.c., 423.

(42) Vid., *supra*, nota 40.

(43) En cuanto a la imposibilidad de situar y encajar a los Principios en la jerarquización de las Fuentes, vid., *Derecho civil*, cit., pp. 339-340; en cuanto a las funciones de los mismos Principios, pp. 427-429. La triple función indicada se corresponde a la que BRUNETTI atribuyó al Derecho natural en relación con el Derecho positivo: una primera función, «transeunte», como fuente material; una segunda, positiva y permanente, función interpretadora; y otra, tercera, también positiva y permanente, pero ahora principal: la función subsidiaria o supletoria. Vid. BRUNETTI: *Il Diritto Naturale nella legislazione civile*, riv., dir., comm., 1922, pp. 445-448. Atribuye hoy estas

La tesis de Castro obtuvo pronto el amplio y generalizado reconocimiento que merecía; cualquier planteamiento posterior en tema de Principios habrá de contar con ella. Incluso la reforma del título preliminar del Código civil pareció darle refrendo legal: los Principios Generales aparecen en el artículo 1,4 no sólo en su función supletoria de la Ley y de la Costumbre, sino como informadores del Ordenamiento jurídico; algo que —como ha indicado Perlingieri (44)— sin paralelo en otros Ordenamientos europeos, facilita en el español el juego de los Principios Generales del Derecho. Con todo, no puede negarse que la tesis fue también objetada, antes (45) y también hoy (46), y que, tras ella, subsisten zonas de penumbra hasta permitir la calificación de los Principios como algo «misterioso», de lo que en realidad sabemos muy poco (47), o como una intuición muy difícil de concretar, cuando no se difumina en nociones imprecisas y contradictorias (48); todo ello en evidente contraste con la fundamentalidad

funciones a los Principios Generales, BARTOLE, S.: *op. cit.*, p. 514: «in particolare si sostiene che tre sono i tipi di funzioni che i principi svolgono di volta in volta, e così si distingue una funzione integratrice da una programmatica e, ancora, da altra definita interpretativa».

(44) PERLINGIERI, P.: *Por un Derecho civil constitucional español*, en «ADC», 1983, p. 7.

(45) Así, CASTAN: *La formulación judicial del Derecho (jurisprudencia y arbitrio de equidad)*, Madrid, 1954, p. 128: «Más recientemente el profesor De Castro, fundando todo el juego de las Fuentes jurídicas sobre el mecanismo de los Principios Generales del Derecho (a los que con alguna violencia llega a dar primacía sobre la Ley misma) se expresa así: “En el Derecho español el engarce entre la equidad y los Principios Generales del Derecho natural parece claro...” Es obvio que debe ser utilizada con mucha parsimonia esta facultad restrictiva, que tantos peligros de arbitrariedad e inseguridad jurídica puede acarrear. Pero no sería acertado excluirla en absoluto».

(46) LACRUZ: *Elementos, cit.*, pp. 136-137: «De Castro, en relación con la versión anterior del Título Preliminar del Código civil, mantuvo que los Principios se encontraban fuera del orden jerárquico de las Fuentes, pudiendo llegar a ser superiores a la Ley. No fue aceptada esta opinión —que se fundaba en una exégesis muy discutible de ciertos preceptos— por buena parte de la doctrina contemporánea, pero ulteriormente ha ido suscitando adhesiones fundadas en el hecho indiscutible —siquiera no bastante probatorio— de la diferente naturaleza de los Principios en relación con la Ley la costumbre... todo ello no implica que los Principios Generales del Derecho se hallen, como mantiene De Castro, fuera del orden jerárquico de nuestras Fuentes, sino que, a través de la Ley, rigen unas normas principales implícitas en ellas como programa del poder social imperante...».

(47) DIEZ-PICAZO: *La doctrina de las Fuentes del Derecho, cit.*, p. 944: «¿Dónde están —en este escenario— los Principios Generales del Derecho? Podría pensarse que planean por encima del Ordenamiento como espíritus puros o casi angélicos. Mas, ¿quién los detecta?, ¿quién los aprehende? La verdad es que sobre esto sabemos muy poco. Sin embargo, cualquiera que sea la idea que se tenga acerca de estos misteriosos Principios Generales del Derecho, nada se opone a que algunos de ellos se encuentren recogidos en la Ley...». También, antes, página 941: «El problema se torna especialmente crítico cuando se trata de buscar un poder normativo en los llamados Principios Generales del Derecho, pues resulta casi imposible de encontrar. Tiene que ser una especie de espíritu colectivo o de alma colectiva: la sociedad entera moviéndose en la historia, con lo cual en lugar de sociología, hacemos metafísica, pero no resolvemos un problema que sea en puridad jurídico».

(48) Así, DE LOS MOZOS: *Derecho civil español*, I, Salamanca, 1977, p. 381, con citas en igual sentido de BOULANGER, o de JAPIOT, en p. 488, nota 29: los Principios obtienen parte de su majestad en el misterio que los rodea.

de la función que les atribuye, y hasta justificar —según se indica— la necesidad de su desmitificación (49). Excesos, según creemos, pero no tanto como para negarles su parte de razón. Es cierto que son muchos, y a veces importantes, los «flecos» irresueltos en la explicación hoy más extendida de los Principios Generales del Derecho. Y no sólo flecos, podrá observárenos, sino auténticas cuestiones básicas son las que aún se plantean como interrogantes sin respuesta clara y pacífica.

En efecto, por sólo destacar algunas: ¿tienen los Principios Generales del Derecho entidad estable y objetiva o derivan tan sólo de las convicciones sociales, siendo, en consecuencia, históricos y mudables? Si los Principios positivizan el Derecho natural, parecería lógico atribuirles la misma objetividad y estabilidad *quoad se* del Derecho natural, pero en ese caso, ¿cómo residenciarlos en algo que, sobre todo en épocas de crisis, se experimenta tan variable y cambiante como las convicciones del cuerpo social? ¿cómo compaginar la afirmación de que las reglas del Derecho natural están por encima de la realidad social y son la medida del Derecho positivo, con la de que los Principios Generales derivan su fuerza jurídica de la comunidad, expresando del modo más directo su idea de la vida (50)? Por otra parte, ¿cómo entender el valor de los Principios y dónde fijar el más sólido fundamento de su eficacia y virtualidad: tienen valor *a se*, o necesitan de su canonización en norma formal preferente? La pregunta es de interés para la interpretación de la expresión a

(49) Así, LACRUZ: *op. cit.*, pp. 179-180: «Por otra parte, contrasta el volumen de la discusión sobre los Principios Generales con lo limitado de su invocación por nuestras sentencias, salvo media docena de aforismos con los que de ordinario se pretende reforzar el texto legal. Los problemas jurídicos surgen infinitamente más del encuentro de Leyes o de interpretaciones dispares de una Ley, que de la falta de precepto aplicable, y de ahí el número insignificante de casos que se resuelven “por principios”... Finalmente, y en esta línea de desmitificación de los Principios, disiento de quienes pretenden verlos inspirando la totalidad de las Leyes y costumbres, dentro de las cuales recibirán aplicación en cualquier caso. Por supuesto, toda norma tiene su *ratio* o *vis directiva*, pero su contenido no es necesariamente expresión de un principio de justicia, siendo a veces, yo diría que casi siempre, mero recurso circunstancial para ordenar la convivencia...». En la doctrina extranjera acusa el contraste entre la ambigüedad de los Principios y la fundamentalidad de su función; MORANGE, G.: *Une catégorie juridique ambiguë: les principes généraux du Droit*, en «Revue du Droit Public et de la science Politique en France et a l'étranger», 1977, pp. 761-762.

(50) Cfr. CASTRO: *op. cit.*, p. 416. La tensión indicada aparece con mayor claridad en la nota crítica de CASTRO a ESSER: *Fuentes del Derecho e interpretación jurídica*, en «ADC», 1958, p. 245: «Los verdaderos principios, los que tienen su Fuente en la comunidad, no ofrecerán nunca duda sobre la positivización. Estarán aceptados, integrados en la vida misma de la comunidad. Los principios más altos (los del Derecho natural), al estar fuera del poder de la comunidad, no requieren siquiera manifestarse en el vivir de la comunidad (existen fuera de ella). Aunque puede ocurrir, y sucede con frecuencia, que esa positivización sea parcialmente obstaculizada o diferida, ya sea a causa de disposiciones legales, proceder de las autoridades o de la mayoría del pueblo, contrarios a los Principios; casos de convicciones amorales (paganización de la sociedad) o inmorales, generalmente, aceptadas o impuestas».

través de la cual se indica la función *informativa* de los Principios: ¿informativa-prescriptiva, o simplemente informativa-descriptiva, con terminología de Cadarso (51)? Es decir: cuando se definen los Principios como «las ideas fundamentales e informativas de la organización jurídica de la nación» (52), ¿se están considerando Principios sólo los que efectivamente y de presente informan el ordenamiento, o también, exigítivamente, los que por su entidad y contenido intrínseco de justicia deberían informarlo como condición de legitimidad? Idéntica pregunta podría, evidentemente, formularse a propósito de la dicción literal del artículo 1.4 del Código civil: la función informativa en él reconocida, ¿es la que exigítivamente corresponde *eo ipso* al mandato objetivo de justicia, o la que efectivamente han cumplido los Principios —sea cual fuere su naturaleza y entidad— que de hecho han inspirado el conjunto legislado (53)? Y si a estas preguntas se responde en el primer sentido de la disyuntiva, ¿podrá evitarse la acusación de un cierto voluntarismo imposible? ¿Cuál es el valor de los Principios si éstos se entienden más allá de los datos en el sistema formulado y abarcando los que, al calor de la experiencia jurídica, se generan y maduran extramuros del mismo (54): qué podrán en caso de conflicto con norma legal? ¿Hay en el sistema vehículo de operatividad para la función informativa-exigítiva de los Principios? ¿Es siquiera admisible la posibilidad de un Principio no legal y superior a la Ley misma?

Y por proseguir con la indicación de cuestiones no resueltas: ¿cuál es la más importante y decisiva distinción entre las distintas clases de Principios: es una distinción lógicamente adecuada la que atiende

(51) CADALSO PALÁU: *Comentarios a las reformas del Código civil*, I, Madrid, 1975, p. 75.

(52) CASTRO: *op. cit.*, p. 420.

(53) Algo de reduccionismo problemático puede observarse en este sentido en el artículo 4 de la Compilación de Derecho civil Foral de Navarra: «Son Principios generales los de Derecho natural o histórico que informan el total Ordenamiento civil navarro y los que resulten de sus disposiciones». ¿Puede reducirse la eficacia normativa del Derecho natural a sólo los principios del mismo que hayan obtenido el favor o beneplácito legal? ¿Cuál sería el hipotético valor de un principio natural no recogido en el Ordenamiento?

(54) Cfr., CADALSO PALÁU: *Reforma de Ley y renovación del Ordenamiento en el título preliminar del Código civil*, en «ADC», 1976, pp. 67-68: «Si ya la alusión a los Principios Generales del Derecho... remite a una normatividad no formulada... Hay que tener especialmente en cuenta a este respecto, que no pueden dichos Principios Generales ser limitadamente concebidos como los del Derecho positivo... mas cierto es que en los Principios Generales del Derecho opera una fuerza de expansión, no de índole lógica y dogmática, sino valorativa y axiológica: fuerza no ya de "verdad" y razón teórica, sino de valoraciones que —como dice Betti— gradualmente maduran y se afirman en base a situaciones históricas contingentes. Si los Principios Generales no se encuentran ya, ni sólo, dados en el sistema formulado, sino que se generan extramuros del sistema, reconstruyéndose permanentemente en contacto con la experiencia histórica, he aquí cómo la jurisprudencia se presenta no solamente desplegando una tarea de fijación o "accertamento", sino también operando como factor sustancial en la génesis o determinación de aquéllos».

a su condición de naturales, tradicionales y políticos? Supuesta tal distinción, ¿resultará posible globalizar un criterio de tratamiento de su significado y funciones común a todos ellos? Todavía en un plano más radical: ¿cuál es y cómo puede explicarse y justificarse la condición fontal de los Principios? ¿Dónde y cuándo desempeñan su cometido de Fuente del Derecho? La pregunta no es, en absoluto, ociosa. El reduccionismo de su función informadora llevará a la exposición de motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del Título Preliminar del Código civil, a limitar tal cometido a la simple función subsidiaria: «Los Principios Generales del Derecho actúan como fuente subsidiaria respecto de los anteriores; pero además de desempeñar ese cometido, único en el que cumplen la función autónoma de fuente del Derecho, pueden tener un significado informador de la Ley o de la Costumbre». Pero, podrá añadirse, ¿no se advierte que tampoco la función subsidiaria exigiría la consideración de los Principios como Fuente autónoma del Derecho? Muestra de ello pueden ser las italianas, y ya citadas, *Disposizioni sulla legge in generale*: los Principios no aparecen en la indicación de las Fuentes del Derecho (art. 1), sino en las normas para la aplicación de la Ley, en concreto, en el artículo 12, dedicado a la interpretación: *...se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*».

Como se ve, son muchas y muy importantes las cuestiones suscitadas. Muchas y de respuesta tan difícilmente armonizable que hacían al mismo maestro De Castro destacar la que él consideraba apariencia un tanto paradójica de los Principios (55). ¿Necesaria y auténtica paradoja? Quizás al día de hoy, a la vista de ulteriores aportaciones doctrinales y, sobre todo, desde la consideración de la Constitución como norma jurídica enteramente peculiar, sea posible distinguir Principios y, en razón de tal distinción, delimitar funciones diferentes, con resultado final de clarificación en el conjunto. Es lo que a continuación nos proponemos.

Quizá lo primero deba ser el intento de circunscribir, en su concepto y como norma jurídica, el contenido y significado de los Principios Generales del Derecho. García de Enterría lo ha realizado entre nosotros glosando la pura indicación enunciativa que los denomina: Son verdaderos *Principios* en sentido ontológico, no meras máximas

(55) CASTRO: *Derecho civil, cit.*, p. 417: «Este su peculiar carácter puede explicar la apariencia un tanto paradójica de sus notas, su evidencia y falta de exteriorización, su falta de puesto fijo en la jerarquía de las Fuentes, ser fundamento del Ordenamiento y a veces ser más variables que las Leyes, su especialidad como Fuente independiente y su conexión íntima con todas las normas del Ordenamiento».

o reglas heurísticas; son *generales*, esto es, procedentes de una estimativa objetiva y social, no de la apreciación retórica y singular de una supuesta «justicia del caso concreto»; por último, son principios *del Derecho*, lo que indica su validez jurídica, en el sentido ya del Derecho aplicable, y no del precepto puramente moral (56). Con Hernández Gil podría decirse que los Principios Generales del Derecho se sitúan en el terreno que separa a los valores, en sí mismos considerados, respecto de la norma jurídica que concreta y circunstanciadamente les da cauce jurídico de efectividad y realización. Los Principios comienzan a desempeñar por sí mismos una función normativa, pero en ellos la estructura normativa se reduce al mínimo indispensable para la proyección del valor en las relaciones sociales: son norma jurídica en un grado de enunciación no circunstanciadamente desenvuelto, sino de gran generalidad. De ahí su diferenciación del simple valor y, al mismo tiempo, su peculiaridad normativa y su identidad diferente a la de la norma ordinariamente concretada y desarrollada (57).

Pues bien, esto supuesto, ¿cómo pueden concebirse los Principios? En nuestra opinión, es necesario distinguir dos versiones de los mismos, sustancialmente distintas una de la otra, pero no por ello incompatibles o excluyentes, y atractiva, cada una de ellas, de diferentes caracteres y funciones a los Principios que en ellas, respectivamente, deban situarse. Esta puede ser, según pensamos, la distinción que, sectorizando debidamente, o separando perspectivas diferentes, permita la clarificación en el tratamiento de los Principios Generales, aportando al mismo tiempo precisión contra la vaguedad hoy extendida y evitando aporías y paradojas.

Cabe, en efecto, una primera versión de los Principios, determinada por la preocupación desde la que se les concibe y por la función que se les asigna. Subyace en ella la inquietud sobre la justificación y el fin de la tarea legislativa: el planteamiento lo es fundamentalmente *de jure condendo*. Desde esta perspectiva los Principios Generales aparecen enraizados en la conciencia social y se entienden como principios naturales; se les considera —lo que se aviene mal con el orden de Fuentes establecido en el artículo 1.º del Código civil— como superiores y previos a la Ley y elemento de contraste de la misma; se les reconoce la condición de Fuente material del Derecho, absolutamente prioritaria o necesaria, en cuanto están llamados a integrarse en la Ley como su contenido necesario, so pena de ilegitimidad. Los principios nacen fuera del Ordenamiento y son anteriores al mismo, pero están llamados a encontrar acogida en él para la justa y legítima regulación de los conflictos sociales.

(56) Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA: *Reflexiones...*, cit., pp. 78-80.

(57) Cfr., HERNÁNDEZ GIL: *El Ordenamiento jurídico y la idea de justicia*, Madrid, 1980, pp. 99-100.

La segunda versión de los Principios responde a una inquietud diferente y se traduce, por ello, en una función distinta: la preocupación suyacente se sitúa ahora en el momento de la aplicación de la Ley (58) y en el ejercicio de la actividad judicial (59). Se trata, inicialmente, de evitar la laguna jurídica o, más generalmente hoy, de encontrar medios de solución que permitan la justicia en el caso concreto. El punto de partida es ahora el *jus conditum*. Desde esta perspectiva, con más claro reflejo legal (60) y mayor apoyo doctrinal, los Principios se entienden implícitos en la Ley (61); lejos de captarse

(58) Cfr., DE LOS MOZOS: *Derecho civil, cit.*, p. 410: «Por otra parte, el juego de los principios nunca puede suponer una vía para eludir la aplicación de la Ley y la costumbre, sino el camino adecuado para aplicar aquéllas en su verdadero significado y alcance, función de los principios que, según ha expuesto nuestra mejor doctrina, en la interpretación y aplicación del Derecho, acompañan a la propia Ley o costumbre».

(59) Esta perspectiva es particularmente clara en las *Reflexiones...*, de GARCÍA DE ENTERRÍA, ya tantas veces citadas.

(60) Baste recordar la disposición transitoria 13 del Código civil, o las repetidas referencias a los *principios* en la Ley de Bases del Código civil, de 11 de mayo de 1888. Aun cuando en este caso la situación es típicamente de *jure condendo*, los principios animadores de la regulación proyectada no son los directamente extraídos de la conciencia social, sino los inducidos de un criterio legal ya conocido, cuyo espíritu debe recogerse en el nuevo Código (base 1.^o). Así se habla, e.c. del «principio de la accesión y de copropiedad con arreglo a los fundamentos capitales del Derecho patrio», (base 10); de los «principios y prácticas del Derecho de Castilla» y de los «principios de la publicidad y de la inscripción contenidos en la legislación hipotecaria novísima», (base 12); o de los «principios capitales» del Tratado de las Sucesiones, (base 15); o de la fijación de «principios generales sobre la prueba de las obligaciones», (base 19); o del establecimiento de «los principios consagrados por las legislaciones modernas sobre la naturaleza y el objeto de las convenciones, su causa, forma e interpretación y sobre los motivos que las anulan y rescinden», (base 20), o de los «altos principios de justicia en que descansaba la Doctrina del antiguo Derecho, unánimemente seguido por los modernos Códigos» en materia de cuasi contratos, (base 21).

(61) En nuestra doctrina, por citar sólo algunos nombres, cfr., MANRESA: *Comentarios...*, I, 5.^a ed., Madrid, 1924, p. 86: «La opinión general, no obstante, es la que cuenta con más partidarios entre nosotros, Burón, De Diego, Castán, De Buen y otros, se inclinan a considerar que, de acuerdo con las tradiciones nacionales y la jurisprudencia anterior al Código, debe entenderse por Principios Generales del Derecho, no las normas abstractas de la justicia universal, sino los principios que concretamente informan nuestras Leyes». BATLLE: *Comentarios al Código civil*, dirigidos por ALBALADEJO, I, Madrid, 1978, p. 57: «La redacción del precepto vigente nos da a entender que el Legislador ha optado por el punto de vista sistemático, puesto que se refiere a su carácter informador del Ordenamiento jurídico. Esto vale tanto como declarar que por Principios Generales del Derecho hay que considerar los que informan e inspiran las Leyes vigentes y las costumbres también vigentes». ALBALADEJO: *Derecho civil*, I, 1, 1975, p. 93: «Los Principios Generales del Derecho son las ideas fundamentales que informan nuestro Derecho positivo contenido en Leyes y costumbres y, en última instancia, aquellas directrices que derivan de la justicia tal como se entiende por nuestro Ordenamiento jurídico». LACRUZ: *Elementos...*, *cit.*, p. 183: «...la Ley supone precisamente una *elección de principios* y, elegidos éstos, valen primero a través del texto. Vuelvo a insistir en que, salvo circunstancias excepcionales, en la práctica, y con arreglo a nuestro Derecho (no siempre a la ética), una norma de Derecho natural no podría sobreponerse, en el Ordenamiento positivo español (o de cualquier otro país) a un texto legal». Es también la posición recientemente mantenida en la Doctrina extranjera por LARENZ: *Derecho justo...*, *cit.*, p. esp. 32-37: «Los principios jurídicos son los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible... Si ello

directamente y en bruto de las convicciones sociales, se entienden ahora —versión refinada y aristocratizante de los Principios— obra de la dogmática del Derecho (62); su principal misión se situará en el momento de la aplicación e interpretación de la Ley, bien para obtener desde la *ratio legis* la extensión de la norma lagunosa, bien para situar la norma aplicable en la perspectiva sistemática capaz de permitir la solución justa al caso concreto. Así entendidos los Principios, resultará difícil justificar el valor de fuente autónoma del Derecho que en nuestro Ordenamiento les reconoce el artículo 1.º del Código civil (63).

es así, es fácil comprender que hay que buscar los principios dónde se les puede reconocer, aunque sea de modo limitado, antes que en ningún otro sitio: en el Derecho positivo... Como nosotros entendemos por principios del Derecho los pensamientos directores de una regulación jurídica, es manifiesto que hay unos principios que desde el punto de vista del Derecho justo son injustos, y otros que son intercambiables...»

(62) Los Principios son ahora principios «científicos» o «sistemáticos». Cfr. en tal sentido: DEL VECCHIO: *op. cit.*, p. 73: «Es evidente que la labor del intérprete, en cuanto aspira a comprender y completar un sistema históricamente determinado, no puede ser *cerebrina* o arbitrariamente individual; no puede consistir en la afirmación de un Derecho natural que cada cual se forja a su capricho, y contra el cual la lógica jurídica tendría mucha razón en protestar. El criterio y fundamento adecuado para la investigación de los principios se encuentra tan sólo en aquel cuerpo de doctrina general acerca del Derecho, que no es la obra artificiosa de un pensador aislado, sino que responde a una verdadera y sólida tradición científica, íntimamente ligada a la génesis de las mismas Leyes vigentes». A esta visión responde también el pensamiento de ESSER, J.: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, trad. esp., Barcelona, 1961, *passim*. En el mismo sentido. GARCÍA DE ENTERRÍA: *op. cit.*, pp. e.c. 30-31: «Todo ello está conduciendo al pensamiento jurídico occidental a una concepción sustancialista y no formal del Derecho, cuyo punto de penetración, más que en una metafísica de la justicia, en una axiomática de la materia legal, se ha encontrado en los Principios Generales del Derecho, expresión desde luego de una justicia material, pero especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos, y susceptibles, por consiguiente, de una seguridad de funcionamiento y de manejo, que se volatizaría si el tradicional lugar de la Ley pretendiese ser sustituido por una abstracta e indeterminada invocación de la Justicia o de la conciencia moral o de la discreción del Juez»; o 63: «Justamente, esta conversión de los preceptos absolutos del Derecho natural en criterios técnicos y tecnificables es lo que se expresa en el concepto de “Principios Generales del Derecho”», o 67: «Estos Principios institucionales son normalmente los únicos “Principios Generales” respecto a situaciones determinadas, puesto que en ellos se expresan, a través de la conversión técnica correspondiente, el orden de valores propio del Derecho natural o del orden político, reducido a los términos concretos de la experiencia tópica». Igualmente, PUIG PEÑA: *Fuentes del Derecho civil*, en «NEJ», X, p. 229: «Es preciso que estas verdades naturales hayan sido por lo menos captadas y moldeadas por la dogmática para que puedan integrar un verdadero Principio de Derecho». DE DIEGO: *op. cit.*, p. 119: «Su declaración (de los Principios) es obra de la ciencia, de la técnica. Son, en suma, los supuestos de la labor normativa del Estado y de la sociedad (*a priori*) y los efluvios y quintaesencia de las prescripciones positivas (*a posteriori*)».

(63) En el Derecho italiano, y desde la base legal de los artículos 1 y 12 de las *Disposiciones sobre la Ley en general*, la Doctrina es concorde en la negación del carácter de Fuente de creación del Derecho de los Principios Generales. Vid., e.c., FRANCESCHELLI, R.: *Fonti del Diritto*, Nuovo, dig. it., VI, p. 64: «Si e, cioè, cercato di elevare a dignità di fonte autonoma uno dei mezzi di interpretazione. Il che spiega a sufficienza, da un lato, come il problema delle fonti e quello dell'interpretazione siano intimamente legati, dall'altro, come ciascuna di tali pretese fonti, rifiutata come vera e propria fonte, sia stata, in definitiva, ridotta alla sua vera natura di mezzo d'in-

Ambas concepciones de los Principios Generales del Derecho aparecen en la anterior distinción como perfectamente diferenciables por el distinto momento de su consideración y por sus respectivos ámbitos de actuación; en consecuencia, también, como perfectamente compatibles y no excluyentes la una de la otra. Podría incluso pensarse que son, cada una de ellas, exponentes, más que de dos mundos separados, de un *continuum*, que, arrancando de las convicciones sociales básicas, llegaría hasta las últimas y más elaboradas disposiciones normativas. Con De Diego (64) podría decirse que los Principios Generales, al mismo tiempo que consisten, *a priori*, en los supuestos de la labor normativa del Estado y de la sociedad, significan, *a posteriori*, los efluvios y quintaesencia de las prescripciones positivas; o con García de Enterría (65), que los Principios admiten dos órdenes sucesivos de concreción social: el de lo «macro-organizativo», concerniente a las estructuras sociales y políticas básicas, donde encuentran su ope-

terpretazione. Il tentativo, infatti, non è, per nessuna delle accennate pretese fonti, riuscito. Non per il Diritto naturale, e in genere per i *principi generali del Diritto*, i quali non si possono concepire, in un determinato ordinamento giuridico, come anteriori al diritto, non stanno al di fuori o al di sopra di esso, ma si deducono, per via di successive astrazioni, dalle norme di diritto positivo costituito vigente». SANDULLI, A. M.: *Fonti del Diritto*, Noviss, dig. it., VII, p. 526: «Taluni annoverano tra le fonti non scritte anche i principi di Diritto non enunciati espressamente in atti normativi. E da osservare tuttavia che i principi non scritti... sono essi stessi norme, sia pure di portata più vasta e meno specifica delle norme particolari: non sono quindi fonti di produzione di norme, e traggono essi stessi titolo da uno o —con maggior frequenza— da più atti o fatti normativi, e precisamente da quelli che sono le fonti di produzione delle norme particolari che rivelano l'esistenza del principio». En el pensamiento de ESSER: *Principio y norma...*, cit., la conversión de los principios en norma se realiza por obra de la jurisprudencia, bien mediante la interpretación de las disposiciones legales (principios inmanentes a las instituciones, *ratio legis*), bien por medio de su formulación judicial en los precedentes (principios informativos, *guides*, *directivas*): *ad rem*, CASTRO: *Fuentes del Derecho e interpretación jurídica*, cit., p. 243. Inspirado en este punto en ESSER: GARCÍA DE ENTERRÍA: *op. cit.*, pp. 21-26. En nuestra Doctrina, y en crítica abierta al artículo 1.º del Código civil, GARCÍA VALDECASAS, G.: *Los Principios Generales del Derecho en el nuevo título preliminar del Código civil*, en «ADC», 1975, pp. 331-336: «Cualquiera que sea el concepto que se tenga de los Principios Generales del Derecho, es evidente, que no son una forma de positivarse las normas jurídicas, como lo son la Ley y la costumbre (p. 332)... Son, pues, fuente de aplicación, no de producción. Sin duda, los Principios Generales del Derecho, en la medida en que efectivamente informan el Ordenamiento jurídico, son principios positivados. Pero sus fuentes de positivación no son distintas de las que originan las demás normas jurídicas; lo que sucede es que la positivación de los principios, en la mayoría de los casos, se verifica a través de la positivación de las normas jurídicas particulares que los aplican y especifican. Por consiguiente, la positividad de los principios se infiere o induce de la positividad de las normas generales (Leyes, costumbres) e individuales (sentencias), que los aplican a las relaciones por ellas reguladas (p. 333). Indudablemente, de esa función que el Código asigna a los principios no puede deducirse que sean una forma o tipo de creación del Derecho, como lo son la Ley o la costumbre... Ni que decir tiene que los Principios Generales del Derecho quedan fuera de la jerarquía de las Fuentes, por la sencilla razón de que no son fuente de producción o creación (p. 334)».

(64) DE DIEGO: *op. cit.*, p. 119.

(65) *Op. cit.*, p. 80.

ratividad los grandes temas morales y antropológicos, en cuanto Derecho natural, y lo «micro-organizativo», es decir, el ámbito propio de los juristas, donde estos grandes temas pierden su agudeza y deben ser objeto de una conversión técnica capaz de permitir su inserción en lo que son las verdaderas piezas maestras del funcionamiento de la vida jurídica. En última instancia, según ya dijimos, los Principios son contenido más que cauce; justamente lo inverso de lo que, formalmente considerada, ocurre a la Ley; y alguna relación y continuidad debe haber entre el valor jurídico radical, tal como éste es apreciado en la conciencia social, el principio que lo enuncia normativamente en su forma más elemental e inmediata, la Ley que lo acoge y circunstanciadamente lo aplica como criterio regulador, y las inducciones que, técnicamente y a un nivel medio de abstracción, puedan extraerse de dicha Ley.

Nada habría que objetar, en líneas generales, a la afirmación de esta línea de continuidad y, en consecuencia, a lo que sería su normal resultado: la consideración unificadora de los Principios en torno a la Ley, inviscerados en ella y dirigiendo el proceso de su interpretación y aplicación. En situaciones de normalidad jurídica esta visión sería suficiente. Por el contrario, en situaciones de rápida evolución y de crisis es necesario destacar de nuevo la dualidad antes indicada. Es entonces cuando más vivamente se comprueba la fractura entre el mundo de las convicciones sociales y el de las normas legales: no es sólo que hay normas sin conexión necesaria con un valor objetivo (66) (el indiferente jurídico, cuya existencia es de siempre y que conecta más —por lo general— con la derivación técnica de la materia regulable que con los cambios sociales), sino que hay valores, sentidos y vividos socialmente como tales, sin traducción legal, bien por simple obsolescencia legal, bien por precipitación legislativa. A lo que debería ser pura línea de continuidad, sucede ahora la ruptura. La sociedad hace violencia contra la norma legal, o la Ley entra en conflicto con las convicciones sociales. Es entonces cuando la segunda y más extendida visión de los Principios —consecuencial a la Ley— se revela insuficiente, y cuando la primera —visión prelegal— clama por sus fueros.

La necesidad de mantener la distinción entre las dos formas de inteligencia de los Principios Generales del Derecho —de la cual se seguiría la distinción entre dos tipos básicos de Principios— aparece con toda claridad, y manifiesta su mayor virtualidad, en la verificación de las funciones que, genéricamente, se atribuyen a los mismos:

(66) Serían normas animadas por principios —en terminología de LARENZ: *op. cit.*, p. 37— «intercambiables». «Por supuesto —dice LACRUZ *op. cit.*, pp. 179-180— toda norma tiene su *ratio* o *vis directiva*, pero su contenido no es necesariamente expresión de un principio de justicia, siendo a veces, yo diría que casi siempre, mero recurso circunstancial para ordenar la convivencia».

información, interpretación y suplencia de la Ley y de la Costumbre. No todas se cumplen en igual forma en cada clase o tipo de Principios, ni todas se predicán con el mismo énfasis en cada concepción de los Principios.

Es claro, en efecto, que en la concepción consecuencial ninguna de las funciones resulta problemática. Los Principios, subordinados a la Ley y auxiliares de la misma, se obtienen de la norma legal como una forma de explicitación de su contenido: la función informadora, por necesariamente previa y presupuesta, carece de interés efectivo alguno; la interpretadora, ya de mayor interés práctico, discurre sin ningún tipo de dificultad ni problema a través del cauce de la interpretación lógica (*ratio legis*); la supletoria —la que más parece preocupar al legislador y la que explicaría la consideración de los Principios como fuente autónoma de tercero y último grado— tampoco plantearía problemas: los Principios serían el complemento de la Ley, sin estridencia alguna y por simple derivación o desarrollo homogéneo del contenido legal. La Ley ejerce pacíficamente un principado indiscutido y sin amenazas. Nada tiene que temer de los Principios. Ni siquiera cuando éstos aspiran a ganar posiciones desbordando la pura suplencia y pretendiendo guiar la aplicación e interpretación de la Ley, constituirían un serio peligro: el deseo de protagonismo nunca llevará a los Principios a negar la primacía de la Ley.

Muy otras son las cosas en la visión pre-legal de los principios. Aquí la relación inversa cumplimiento-interés discurre en sentido opuesto. Las funciones interpretadora y supletoria, cumplida la previa e informadora, discurrirían sin problema, pero también sin particular interés. La función más interesante sería la informadora o fundamentadora, justamente la que ahora no sería un puro presupuesto básico y fáctico, sino una necesidad o exigencia no siempre, ni por hipótesis ni de hecho, cumplida o satisfecha. Los principios se conciben ahora como los contenidos básicos y necesarios del Derecho; en razón de ello serían *entitativamente* prioritarios a la Ley, por más que la Ley sea la fuente *formal* de primer grado o jerarquía. Si bien se mira, tampoco en esta concepción vendría a negarse la primacía de la Ley en la jerarquización de las Fuentes *formales* del Derecho; tan sólo se limitará su campo de juego. Si hay exigencias pre-legales y necesarias de justicia, en la medida en que la Ley quiera ser norma jurídica, habrá de dar cauce formal a esas exigencias. Es así como la Ley se legitima, en tanto que instrumento al servicio de la justicia. Así es también como puede irrumpir en la ordenación de los comportamientos interindividuales con pretensiones reguladoras y con exigencia justificada de acatamiento y de respeto.

Parece obvio que cualquier concepción del Derecho nacida del culto a la justicia y guiada por el ideal de la fidelidad a la misma, habría

de hacer suya la que hemos llamado visión pre-legal de los principios. De hecho no es infrecuente la afirmación de que los principios radicales de justicia son anteriores y superiores a la Ley (67); incluso el mismo reconocimiento legal de la función informadora de los principios, así parecería suponerlo (68). Ahora bien, ¿qué efectividad puede tener esa función informadora —y sin ella, cuál la concepción prelegal de los principios— si la misma Ley que la enuncia no la provee de un cauce efectivo de operatividad? ¿No están llamadas en tal caso las afirmaciones de la prioridad entitativa de los principios a quedarse en mera afirmación retórica, o en pura declaración, tan bien intencionada como idealista (69), condenada fatalmente a estrellarse contra el principio de legalidad y jerarquía normativa (arts. 9.3 de la Constitución Española y 1 del Código civil) (70)? Frente a él nada podrían

(67) Es esta afirmación central en el pensamiento de CASTRO; limitamos ahora la cita a sólo dos lugares de su *Derecho civil, cit.*, p. 346: «Según la verdadera concepción del Derecho, el Derecho Natural es, como atributo de legitimidad del Derecho positivo, fuente informadora de todo el Derecho, y a la vez Derecho positivo inmediatamente aplicable en forma de Principios Generales del Derecho. En este respecto, las normas del Derecho natural —como los mismos principios directores— alcanzan *a priori* una posición primaria en todo Ordenamiento jurídico pensable»; p. 413: «Con ellos (los principios) se alude a una realidad jurídica independiente y superior a la Ley positiva, a aquella que le da sentido jurídico, valor moral y eficacia social». Acepta este planteamiento ESPÍN: *Manual...*, I. 8.ª ed., 1982, p. 49. Desde otras concepciones en tema de fuentes, CASTÁN: *Derecho civil...*, I, 11.ª ed., 1975, p. 481: «La validez del Derecho positivo ha de estar, en efecto, fundada en el Derecho natural y, consiguientemente, tiene aquél como límites los que imponga el respeto a la Ley natural»; GARCÍA VALDECASAS: *op. cit.*, pp. 334-335: «...en buena lógica no puede o no debe existir contradicción entre los principios informadores del Ordenamiento jurídico y las normas particulares (Leyes y costumbres) por ellos informadas. Y si tal contradicción existiera, es decir, si una Ley o costumbre infringiera un principio de Derecho natural, u otro principio básico del Ordenamiento positivo, el conflicto debería decidirse a favor del principio general, superior por su propia validez o fuerza intrínseca».

(68) El informe de la ponencia razonaba en este punto el texto del Proyecto de Ley de Bases para la modificación del Código civil, de la siguiente forma: «El texto propuesto recoge la doble función de los Principios Generales del Derecho, como informadores o inspiradores de las Fuentes jurídicas y como normas aplicables subsidiariamente. Se trata de reflejar la idea de que los Principios Generales del Derecho no son simplemente una fuente subsidiaria del Derecho, sino que, además, se encuentran fuera de la clasificación jerárquica de las normas, porque inspiran todo el Ordenamiento jurídico».

(69) Algo de voluntarismo idealista nos parece ver en el texto de CASTRO: *Fuentes del Derecho e interpretación jurídica, cit.*, p. 245: «Los principios más altos (los del Derecho natural) al estar fuera del poder de la comunidad, no requieren siquiera manifestarse en el vivir de la comunidad (existen fuera de ella). Aunque puede ocurrir, y sucede con frecuencia, que esa positivización sea parcialmente obstaculizada y diferida, ya sea a causa de disposiciones legales, proceder de las autoridades o de la mayoría del pueblo, contrarios a los principios... Los Tribunales están obligados a obedecer y aplicar los principios generales como normas jurídicas fundamentales...».

(70) Cfr. DE VECCHIO: *op. cit.*, p. 118: «Cuando una de tales contradicciones tiene lugar, es indudable que al reconstruir el sistema jurídico positivo y en especial al aplicarlo judicialmente, el intérprete debe atenerse a las Leyes tal como son y no tal como deberían ser según los puros principios. Un método distinto conduciría inevitablemente a infringir la unidad del sistema, confundiendo a cada momento el *ius conditum* con el *condendum*, y la función del Juez con la del Legislador, obrando así se despojaría al Derecho positivo de aquella certidumbre que, en cuanto tal, no

de inmediato e intraordinamentalmente los principios; sólo cabría la paciente espera de que las convicciones sociales logren imponerse hasta conseguir el cambio legislativo (71), o la remisión del problema al campo de las conciencias (72), donde es posible desde la resistencia pasiva hasta la subversión violenta del régimen establecido (73). Se comprende que en las condiciones indicadas y para la apreciación más extendida, los principios terminen por replegarse a los límites de su tarea de auxilio a la Ley, y que la función informadora se entienda más como fácticamente siempre realizada que como exigítivamente realizable. Los principios que cuentan son los *del* Derecho establecido (74), no los del Derecho entitativamente tal, por su conformidad con la justicia, independientemente de su acogida legal. Los princi-

puede dejar de pertenecerle». GARCÍA DE ENTERRÍA: *op. cit.*, p. 123-124: «El principio de legalidad no mecaniza al Juez, en efecto, pero es de observancia insoslayable. El imperio de la Ley, expresión jurídica del principio democrático, no podrá nunca ser excluido por consideraciones extralegales en el sistema constitucional. Una Ley concreta podrá entenderse inaplicable por la eventual entrada en juego de otra Ley, o por su derogación expresa o implícita, o por su reducción técnica a supuestos distintos, pero nunca porque el Juez pueda erigirse en superior a ella, y desde cualquier valor, por eminente que sea, si no son los valores de la Constitución o de otras Leyes, pretenda erigirse en puerta de su efectividad... Este es un principio esencial que debe enfatizarse en primer término»; DE LOS MOZOS: *op. cit.*, p. 410: «Por otra parte, el juego de los principios nunca puede suponer una vía para eludir la aplicación de la Ley y de la costumbre, sino el camino adecuado para aplicar aquéllas en su verdadero significado y alcance...»; LACRUZ: *Elementos, cit.*, pp. 181-182: «En cualquier caso las convicciones y valoraciones ético-sociales e incluso los principios elementales de justicia, si bien son guía del Legislador y contraste y medida de la perfección ética de cada Ordenamiento, en cuanto fuente son... Derecho supletorio, y... no cabría que el Juez los invocase como Derecho positivo frente a una Ley que se oponga a ellos. Al contrario, la seguridad jurídica exige que el Juez omita sus valoraciones personales y aplique las normas sin correcciones extrapositivas no previstas en ella, pues, en general, el mejor modo de realizar la justicia en una sociedad democrática es conforme al orden creado por las normas legales». Hace suyo este planteamiento, ESPÍN: *op. cit.*, pp. 152-153. Una relativización del principio de legalidad, en DIEZ PICAZO—GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, I, 5.ª ed., reimp., 1986, pp. 111-112: «La idea del principio de legalidad podría entenderse como sinónimo de supremacía de la Ley, o, lo que es lo mismo, de subordinación a la Ley de todas las demás fuentes del Derecho. Esta supremacía de la Ley respecto del Derecho general del Estado, no parece haber inconveniente en admitirla, en la relación de la Ley con la costumbre, pero la cuestión se torna más dudosa en relación o en conexión con los Principios Generales del Derecho. No es éste el momento de examinar esta cuestión con mayor detenimiento, pero creemos ya desde ahora, que puede anticiparse una respuesta negativa en aquellos sectores del Ordenamiento (v.g., Derecho privado) en que no rige un verdadero principio de legalidad...». Con todo, parece claro, que el principio de jerarquía normativa erige a la Ley, donde la haya, en barrera infranqueable al juego de principios de contenido distinto a la inspiración legal.

(71) En forma similar, e.c., a como en la exposición de DEL VECCHIO: *op. cit.*, pp. 118-120, fue minándose el contenido de la esclavitud.

(72) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA: *op. cit.*, p. 124, nota 38,

(73) Así, CASTRO: *op. cit.*, p. 424, nota 6, en relación con los «principios políticos»: «El desconocimiento de la relación de jerarquía y equilibrio puede originar la ineficacia de las normas de la organización estatal e incluso el movimiento revolucionario».

(74) «Los del genitivo posesivo, los *del* Derecho, porque están en él, como dice SANCHO REBULLIDA: *Los Principios Generales del Derecho, cit.*, p. 55.

pios, o se apoyan en la Ley y en ella encuentran siempre la barrera infranqueable a su eficacia, o tienen que actuar fuera del sistema y en contra del mismo: no hay lugar en el Ordenamiento positivo para la posible existencia y eficacia de unos principios supralegales.

Pero es justamente aquí, en lo que constituía el decepcionante punto de llegada del planteamiento sólo atendido al artículo 1.º del Código civil, donde hoy resulta posible proseguir adelante hasta llegar a la positivización más eficaz de unos principios supralegales de justicia. Con razón ha indicado Fuenmayor (75), que la Constitución Española de 1978 ha venido a dar acabamiento congruente a la labor iniciada con la reforma del Título Preliminar del Código civil. Si en esta reforma quedaba en la imprecisión el alcance de la función informadora de los principios, tras la Constitución es clara la posibilidad de unos principios supralegales con valor de Derecho positivo y rango superior a la Ley. Son los principios recogidos en la misma Constitución; principios «constitucionales», como los llama Díez-Picazo (76), o principios «superiores», en expresión de García de Enterría (77). La peculiar superioridad y la propia razón de ser de la Constitución atrae hacia los principios en ella contenidos una prioridad de rango y una exigibilidad de animación del Ordenamiento, que necesariamente tienen que traducirse en la apertura hacia la eficacia de la enunciada —en 1974, aporéticamente— función informadora de los Principios Generales del Derecho. Con la Constitución —puede decirse con Ollero Tassara (78)— ha surgido una nueva consideración de los principios: no abstraídos *a posteriori* de los contenidos de la Ley, ni meramente informantes *en presente*, sino con un carácter claramente *pre-legal*.

Todo concurre, a la altura del constitucionalismo actual, para que así sea. La Constitución trata ahora de expresar el más amplio consenso social sobre los valores y principios fundamentales de la convivencia; tiene, por tanto, que asentar sus raíces en el mismo *humus* que anima las convicciones sociales. Por otra parte, la Constitución se formula con decidida vocación de eficaz animación del Ordenamiento. Como norma positiva de Derecho, alcanza a concretar sus contenidos; en su parte dogmática recoge las convicciones sociales básicas; por su singular superioridad y eficacia normativa marca las pautas necesarias a las que habrá de amoldarse el poder legislativo y, en general, todos los poderes del Estado. Los principios, que, en ex-

(75) FUENMAYOR, A.: *Alcance del principio constitucional de igualdad*, en «ADC», 1983, p. 1327.

(76) Díez-PICAZO: *Constitución y Fuentes del Derecho*, cit., p. 654: «Son principios, obviamente, los que la Constitución define como tales. Hay, pues, desde ahora, unos principios constitucionales».

(77) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Reflexiones...*, cit., p. 133.

(78) OLLERO TASSARA, A.: *Derecho natural y jurisprudencia de principios (con referencia a la Constitución española de 1978)*, en «Persona y Derecho», 8, 1981, p. 178.

presión de Díez-Picazo (79), planeaban por encima del Ordenamiento como espíritus puros o casi angélicos, se encarnan ahora y concretan en la Constitución y en ella obtienen el medio técnico y eficaz de su función informadora. Cualquiera ve que, desde este punto de vista, la Constitución juega hoy como el subrogado positivamente tecnificado del Derecho Natural (80). La función históricamente reconocida al Derecho Natural está hoy confiada a la Constitución; del mismo modo podría ocurrir que la plasmación constitucional de los Principios más básicos llevara a la penumbra a éstos, en tanto que Principios, destacando en ellos solo lo que hay de dato constitucional (81). No sería un precio excesivo, si a través de su constitucionalización los Principios objetivos de justicia obtienen la plena virtualidad de su función informadora del Ordenamiento.

Aquí llegado el discurso, podría planteársenos una seria objeción, digna en sí de toda atención y de cuidadosa respuesta: ¿Puede el texto positivo de la Constitución aspirar a cumplir la alta función del Derecho natural? ¿No descansa la Constitución en un consenso social, histórico de suyo y mudable, como cambiantes pueden ser las valoraciones sociales? Y si tal es su base, ¿no decae en ella la peculiar nota de la objetividad que hacía del Derecho Natural algo absolutamente al margen del vaivén de los cambios sociales y del arbitrio legislativo, como inmediatamente enraizado en la realidad natural y, desde ella, fundamentado indisponiblemente en su existencia y exigibilidad? ¿No resultará entonces la Constitución un molde excesivamente frágil para dar adecuado cauce a la sólida objetividad del Derecho Natural? Es cierto, que la respuesta tiene que producirse en sentido afirmativo. Pero, ¿quién ha negado nunca —en mentalidad iusnaturalista— que la Ley positiva, no obstante su característica mutabilidad y su origen en la voluntad popular, debe recoger los imperativos necesarios de justicia y poner a su servicio todo el peso de la coactividad? Precisamente la Constitución, en su condición de vértice del que pende la totalidad del Ordenamiento, o de base sobre la que todo él descansa o se asienta, está llamada a recoger los más altos o fundamentales imperativos jurídicos; justamente aquellos que inmediatamente conectan con su raíz natural. Por la fundamentalidad de

(79) DIEZ-PICAZO: *La doctrina de la Fuentes...*, cit., p. 944.

(80) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA: *op. et toc. ult. cit.*: «...los cuales (los principios) son hoy para los juristas españoles de dos clases: los "superiores", contenidos en la Constitución (y aquí, por la amplitud de ciertos principios —justicia, dignidad humana, libertad, igualdad, etc.— entran virtualmente todos los tradicionalmente tenidos por Derecho natural)». Sobre el tema, vid., ampliamente, MORELLI, G.: *Il Diritto Naturale nelle Costituzioni moderne. Dalla dottrina pura del Diritto al sistema dell'ordinamento democratico positivo*, Milano, 1974.

(81) Sobre la relación inversa de proyección exterior entre principios y Constitución, cfr., MORANGE: *Una categorie juridique ambiguë...*, cit., pp. 768-770. Los principios se afirman en la conciencia jurídica a causa de su menor reconocimiento constitucional; su consagración constitucional los vacía de contenido en cuanto tales principios.

su parte dogmática, y por su peculiaridad de Ley de Leyes, la Constitución puede ser hoy el reflejo —cierto que anónimo y no perfectamente adecuado, pero el más positivamente adecuado— del contenido y función del Derecho natural. No hacemos esta afirmación para cualquier Constitución, ni para la Constitución en abstracto, atendida tan sólo su peculiaridad formal; la referimos a nuestra Constitución y a las que, como ella, se inspiran en un modelo común.

Por otra parte es innegable la evidencia de que el Derecho natural puede resultar cierto e inmutable en sus más altos principios pero que inevitablemente comienza a hacerse problemático e histórico en la determinación de sus derivaciones y conclusiones. Y es en este terreno más próximo a la experiencia problemática donde el Ordenamiento tiene que determinar las concretas exigencias del *justum*. A ese nivel, incluso para la visión creyente, el Derecho natural carece de instancia definitiva específica. Es cierto que, de acuerdo con la expresión paulina, Dios escribió la Ley Natural en el corazón de los hombres (Rom. 2,15); pero también lo es que, en expresión igualmente de San Pablo, aquí vemos sólo confusamente, como en espejo de adivinar (*in speculo et aenigmate*: I Cor. 13,12). El Derecho Natural implica, en razón de su propio concepto, fundamentación entitativamente objetiva (*objetividad quod se*), pero —carente de formulación unívoca y definitiva— está necesitado de mediación cognoscitiva y socialmente declaratoria *quoad nos*: es aquí, en esta mediación social que en la Constitución encuentra su más importante reflejo, donde las convicciones sociales juegan su papel declaratorio del Derecho natural y donde esta declaración se produce en forma de Principios Generales del Derecho (82).

La comunidad que directamente capta los valores básicos sobre los que necesariamente ha de descansar la justa ordenación de la convivencia; la Constitución, que les da acogida y enunciación principal; y el completo Ordenamiento, que los concreta y desarrolla haciéndolos clave de la circunstanciada regulación en él establecida: he aquí cómo se produce en términos positivos el engarce entre el completo y complejo sistema normativo y el Derecho Natural. Es en esta forma como el Derecho Natural, a través de las convicciones sociales, logra entrar —inspirándolo y animándolo— en el Ordenamiento positivo, y como, al mismo tiempo, se traduce la prioridad de la sociedad civil sobre el Estado. Todo intento por lograr la mayor correspondencia

(82) Para CASTRO: *Derecho civil...*, cit., pp. 416-417, incluso las reglas del Derecho natural requieren su positivización: «aunque merezcan el nombre de Principios Generales del Derecho natural, sólo cuando la recepción se hace por la comunidad y sin que se formule en una regla específica... Los principios generales derivan su fuerza jurídica de la misma comunidad jurídica, expresando del modo más directo su idea de la vida... En resumen, el significado jurídico de los principios reside en el valor intrínseco (*ratio*) que se le reconoce en la comunidad».

entre el Derecho y las valoraciones o convicciones sociales resulta así un intento de viabilizar positivamente el Derecho Natural a través de la función informadora de los Principios Generales del Derecho.

En razón de todo lo anterior parece lícita y justificada la conclusión de que son dos las clases fundamentales de Principios Generales que pueden distinguirse, y dos, en consecuencia y como derivación, las funciones que de los Principios pueden esperarse. De una parte estarían los principios pre-legales, previos y superiores en entidad a la Ley ordinaria, fundamentadores de ésta a informadores de su contenido. Serían los Principios consagrados más o menos explícitamente en la Constitución y derivados de los valores en que ésta asienta su consistencia. Encuentran su origen estos principios en la percepción social de la realidad natural, y generan una dinámica de desarrollo con tendencia a traducirse en el cambio legislativo. Operan, con la Constitución, como elemento de mediación entre las convicciones sociales y la Ley que las recoja en la instancia *de jure condendo*. De otra parte estarían los principios obtenidos técnicamente de la Ley y derivados de ella, principios post-legales, rectores de la aplicación de la Ley ya establecida y encargados de su complementación homogénea. Tienden estos principios a la implantación y estabilización del sistema legal, y actúan como guías de la labor jurídica, *jure condito*. Con rango evidentemente inferior a los anteriores, a ellos habrán de atenerse y subordinarse (83).

Puede ser útil destacar que el fundamento de la distinción propuesta no radica sólo en la distinta consistencia *a se* de cada singular principio. Junto a este dato entitativo ha de tenerse en cuenta otro, éste ocasional: el de su relación, de acogida o desconocimiento, con la Ley ordinaria. Queremos con ello indicar que el posible —y generalmente cumplido— reflejo legal de un principio natural-constitucional (e.c, arts. 38 de la Constitución Española y 66 del Código civil), no priva a éste de su carácter de tal, ni lo rebaja en su rango. La tendencia es la contraria: el superior rango del principio exige la traducción de éste en Ley ordinaria (84); es entonces cuando el principio se implanta y, desarrollado en Ley, comienza a desplegar todo el potencial

(83) GARCÍA DE ENTERRÍA: *op. cit.*, pp. 133-134, distingue entre principios «superiores», contenidos en la Constitución, y principios institucionales; PERLIGIERI: *op. cit.*, p. 7, distingue entre principios constitucionales y principios derivados del Ordenamiento de rango ordinario; MORANGE: *op. cit.*, pp. 774-778, distingue entre principios constitucionales, con rango de tales y vinculantes tanto para el Legislador como para la Administración; principios legales, extraídos de la Ley y con rango legal; y principios reglamentarios, extraídos de los reglamentos y subordinados a la Ley. Entre nosotros, CARRETERO PÉREZ: *El concepto constitucional de fuentes del Derecho*, *cit.*, pp. 396-397, ha distinguido entre principios constitucionales, principios de Derecho natural, principios institucionales y principios generales legales. Para otras clasificaciones puede verse BOBBIO: *Principi Generali del Diritto*, Novis, Dig, it., XII, 1966, pp. 893-896.

(84) *Ad rem*, magistralmente, GARCÍA DE ENTERRÍA: *op. cit.*, pp. 59-64.

de su eficacia. La utilidad de la distinción de unos principios particularmente tensos en su virtualidad radica en la comprobación simultánea de la indisponible imperatividad de su fundamento y de su insuficiente o nula traducción legal. Por esta razón, creemos que ni la Ley puede, por sí sola, segmentar principios en atención a su íntima naturaleza, ni es adecuada una segmentación significativa que no tenga en cuenta el dato del desconocimiento o reconocimiento legal del principio (85). El peculiar interés de la función informadora de los más auténticos y superiores principios depende, al mismo tiempo, de la especial solidez de su fundamento y de su falta de eficaz y suficiente reconocimiento legal.

Tratando ya de concluir, se impone comprobar la utilidad de nuestro intento de concreción y clarificación en tema de principios, ensayando la respuesta a las tres cuestiones básicas que —según creemos— estos plantean hoy a la ciencia del Derecho: ¿cuál es su naturaleza, cuál el origen de su fuerza de obligar, cuál el alcance de su eficacia? (86).

Naturaleza: ¿Principios objetivos de Derecho Natural? ¿Valoraciones y convicciones con arraigo social? ¿Criterios inducidos del Ordenamiento legal en vigor? Posiblemente, de todo, pero distinguiendo. Las convicciones sociales básicas terminan por remitir, según dijimos, al *natura justum*, y éste, por serlo, debe resultar captable desde la intuición humana general: para Cicerón (87) la verdadera Ley es la *recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes*, y para Santo Tomás es propio del hombre actuar según razón (88). Aquí se dibuja un primer sector de principios, apto, *data conditione*, para exigir y desempeñar una peculiar funcionalidad. Pero, de otra parte, y con independencia de su fundamento *a se*, la norma legal presupone un criterio inspirador, al cual da circunstanciado desarrollo: he aquí un posible sector de principios con evidente significación para la interpretación y aplicación de la Ley. Son, pues, dos sectores de principios, perfectamente distinguibles y compatibles.

Origen de su fuerza de obligar: ¿La pura objetividad de su fundamento natural? ¿El cuerpo social que los profesa? ¿La Ley que los

(85) Lo que ocurre con la conocida distinción de CASTRO entre principios naturales, tradicionales y políticos. Por una parte, el Derecho natural debe permear todo el Ordenamiento hasta sus últimas capas: ¿no se producirían de este modo filtraciones de principios naturales en la capa de los tradicionales y políticos? Por otra parte, un principio político, por hipótesis, no natural ¿podría afirmar su vigencia contra un principio natural? ¿y uno tradicional, en igual hipótesis?

(86) Para un parecido planteamiento de esta problemática y para una muy documentada exposición de criterios de solución y tratamiento, cfr., BOBBIO: *op. cit.*, pp. 888-893.

(87) *De republica*, III, 22.

(88) S. Th. I-2, 94, 4: *Ad legem naturae pertinet ea ad quae homo naturaliter inclinatur; inter quae homini proprium est ut inclinetur ad agendum secundum rationem.*

adopta como criterio regulador? También aquí, y paralelamente, se impone la distinción. Hay principios que traen su fuerza obligatoria del valor intrínseco que se les reconoce en la conciencia social (89). En este sentido no dependen ni de la autoridad del Estado —a diferencia de la Ley— ni de los usos o prácticas de determinados grupos o fuerzas sociales —a diferencia de la costumbre (90). Constituyen de esta forma el que Santi Romano llamaba *jus involuntarium* (91); el que deriva de los valores reconocidos y propugnados por la Constitución, y que en ella misma comienzan a recibir consagración principal como fundamentadores del orden de la convivencia. Pero junto a esta más honda fuerza de obligar es perfectamente distinguible otra: la que inmediatamente deriva de la Ley en favor de los criterios que efectivamente la inspiran; en la Ley descansa directamente la eficacia normativa de los principios sistemáticos e institucionales, los que *a posteriori* se obtienen de la trabazón del Ordenamiento y de las figuras en el mismo conformadas. También ahora se trata de una doble razón de obligar perfectamente distinguible y compatible.

Alcance de su eficacia: ¿hasta imponerse al Legislador inspirando contenidos necesarios a la norma legal, o sólo como norma limitada al proceso de aplicación de la Ley? ¿Superior a la de la Ley, o subordinada a la de ésta, y subsidiaria? De nuevo es preciso distinguir. Hay principios enraizados en la naturaleza misma y profesados como normativos en la conciencia social, que, recogidos en la Constitución, se imponen al Poder Legislativo, so pena de inconstitucionalidad. Es aquí donde los principios cumplen la que Brunetti llamaba «función transeunte» del Derecho natural (92), la que Castro denominaba función informadora de los Principios Generales del Derecho, y que hoy encuentra reconocimiento legal en el artículo 1.º del Código civil. Una vez cumplida esta función, o bien cuando se trata de Principios de no tanta hondura entitativa, pero positivamente adoptados por la Ley como criterio —en tal caso, no necesario, sino contingente— de regulación, su eficacia quedará circunscrita a la aplicación de la Ley. Se tratará en tal caso de una eficacia derivada de la de la Ley, y operante, sobre todo, en caso de laguna legal. Así se siente la necesidad del recurso a los Principios Generales del Derecho, y así se imagina su eficacia en la época codificadora (a cuya visión sigue siendo sustancialmente fiel nuestro reformado art. 1.º del Código civil). La experiencia posterior ha venido a resaltar el raquitismo de esta concepción: no es sólo la suplencia de la Ley lo que justifica la intervención de los Principios; es la misma Ley la que va a resultar envuelta en un sistema principal del que obtendrá su más justa significación

(89) La feliz expresión es de CASTRO: *op. cit.*, p. 417.

(90) Así, DIEZ PICAZO-GULLÓN: *Sistema...*, *cit.*, p. 115.

(91) SANTI ROMANO: *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 66.

(92) BRUNETTI: *op. cit.*, pp. 445-446.

y sentido. Cuando esa envoltura o atmósfera llega hasta la altura de la Constitución, los Principios —constitucionales— incluso se impondrán a la Ley, marcándole las pautas esenciales de su contenido. Es así como los principios llegan a cumplir esa función, *insieme propellente e delimitante al vertice di un sistema*, que Bobbio destaca como razón de la creciente importancia hoy atribuida a los mismos (93). Las tres funciones comúnmente atribuidas a los principios encuentran así su justificación y delimitación; particularmente, ahora, la función informadora encuentra el cauce positivo de su eficacia.

Una última indicación, para terminar estas reflexiones sobre los Principios Generales: ¿Constituyen éstos propiamente una fuente autónoma del Derecho? La doctrina ha venido señalando la dificultad de encontrarles cómo y homogéneo encaje en la enumeración del artículo 1.º del Código civil. Sin duda, con razón. Si los principios se invisceran en el contenido de la Ley (constitucional u ordinaria), ¿no podría pensarse que ello significaría su transformación o metamorfosis en norma legal? (94). Aún respondiéndose negativamente, el interrogante vuelve a plantearse en forma diferente: si el Principio se admite como normativo y vinculante en razón de su apoyo en la norma legal, ¿no vendrá ello a significar que deriva su eficacia normativa de la misma Ley que lo acoge y refleja? ¿Dónde queda entonces su fuerza autónoma de obligar? La Exposición de Motivos del Derecho sancionador del texto reformado del Título Preliminar responde con claridad: el significado informador de los principios no da razón de la consideración de éstos como fuente autónoma del Derecho. Sólo su función subsidiaria los erige en fuente normativa *a se*.

Ahora bien, ni siquiera esto último es tan claro. Hemos visto ya cómo en el Ordenamiento italiano la función subsidiaria reconocida a los Principios no erige a éstos en fuente autónoma; y, probablemen-

(93) BOBBIO: *op. cit.*, p. 896: «La crescente importanza che si viene riconoscendo ai principi generali nella legislazione e nella giurisprudenza deriva dal riconoscimento della loro funzione insieme *propellente e delimitante* al vertice di un sistema: la quale non esclude peraltro la funzione unificante in campo più strettamente dottrinale».

(94) Vid., e.c., GARRIDO FALLA: *Las fuentes del Derecho en la Constitución Española*, en «La Constitución Española y las fuentes del Derecho», Inst. Est. Fisc. Madrid, 1979, pp. 43-45: «Ahora bien, desde el momento en que un principio se positiviza, una de dos: o el principio se convierte en norma (es decir, en Ley con su peculiaridad como fuente del Derecho), o la norma se convierte en principio, remitiendo a la específica problemática que esta otra fuente tiene... ¿Quiere decirse entonces que la positivización de los principios es imposible? Tampoco sería correcta la contestación positiva... Pienso, pues, que sigue siendo válida la distinción inicial. Algunos "principios", al positivizarse, se han convertido en auténticas normas jurídicas y han dejado de ser "Principios Generales del Derecho". Al invocarse ante el Tribunal Constitucional se invocará una fuente escrita de Derecho, es decir, una Ley (constitucional)... Pero luego están los "otros principios" que, aun estando en la Constitución, juegan el papel —y no otro— que el que se desprende del artículo 1,4.º del Código civil; aplicación a falta de precepto constitucional expreso... y criterio informador de nuestro Ordenamiento jurídico total».

te, con razón: los principios permitirían la explicitación de lo que en la norma se encuentra latente.

Se impone, al parecer, la conclusión crítica al tratamiento legal de los Principios en el artículo 1.º del Código civil. Siendo fuente del Derecho, ni son fuente formal, ni son fuente subsidiaria tras la Ley y la costumbre. Los principios son contenido, y no cauce regulador; es decir, son fuente, pero no formal, sino material del Derecho (95); por ello tienen vocación *informativa* del Ordenamiento. Bastará comprobar que los más básicos y fundamentales Principios encuentran su reflejo normativo en la Constitución para concluir la existencia de Principios superiores en rango a la Ley ordinaria. Otra cosa deberá decirse de los Principios técnicos y contingente cuyo único fundamento radica en la misma Ley que los adopta; éstos, que se aplican siempre con la Ley, sólo la suplen, desde su generalidad, en defecto de previsión legal específica.

5. Basta, casi, con recopilar cuanto hasta ahora hemos venido exponiendo, para comprobar cómo la Constitución, en su condición de piedra angular del sistema jurídico, es también clave necesaria para la inteligencia y completa explicación de la teoría de las Fuentes del Derecho.

La codificación, exponente de la estatalización del Derecho, es sólo parte de un proceso que no culminará hasta que llegue a perfilarse el sometimiento del Estado al Derecho; esto es, hasta que la Constitución no consagre el Estado material de Derecho. Código y Constitución constituyen en tal sentido momentos diferentes (96) de un mismo proceso, cuya unitaria inspiración es claramente localizable en la Declaración de Derechos de 1789: el Código, moviéndose en campo más reservado del flujo de las corrientes, y por ello mismo, gozando de un amplio *corpus* de doctrina, contrastada y con tradición de muchos siglos, pudo adelantarse en el tiempo y asentarse establemente como exponente del estatuto básico de la persona en su dimensión jurídico-privada (97); la Constitución, por el contrario, teniéndose que abrir

(95) Cfr. GARCÍA VALDECASAS: *op. cit.*, *passim*.

(96) GALGANO: *Diritto privato*, 2.ª ed., Padova, 1983, p. 15: Nell corso dell'Ottocento si svolgono così due grandi processi paralleli: uno è quello della statalizzazione del Diritto regolatore delle società nazionali; l'altro è quello della costruzione dello Stato di diritto. Il primo si attua con i Codici; il secondo si realizza attraverso le Costituzioni... nel secolo successivo la funzione delle Costituzioni si dilaterà: esse diventeranno la legge fondamentale delle diverse società nazionali, delle quali regoleranno con norme di principio tutti gli aspetti basilari, anche i rapporti fra cittadini, e non solo quelli fra Stato e cittadini.

(97) Obviamente, hablamos aquí de la codificación, y empleamos el término Código, en un sentido muy general, que no tienen en cuenta —porque a este propósito carecen de interés— ni las peculiaridades de nuestra codificación, ni las distintas formas de reacción de los distintos Códigos frente a su erosión por consecuencia de los cambios sociales. Por encima de una y otras es lo cierto que en el ámbito del Derecho

paso en un terreno antes intransitado y siempre más próximo a la línea de fuego en las grandes batallas de los últimos tiempos, ha encontrado formas distintas y momentos diferentes de plasmación y de arraigo, en función de una problemática que, susceptible de ser unificada en sus grandes capítulos, resulta también diversificada en su planteamiento territorial. Basta al fin de nuestras reflexiones, tomar nota del modelo constitucional que, joven aún en sus precedentes europeos, entre nosotros cuenta con vigencia aun inferior a una década. En él la Constitución es mucho más que una Ley —la primera en todo caso— formal y programática; asume también contenidos sustantivos esenciales y proyecta hasta ellos la forma más consistente de eficacia vinculante. En estas condiciones, la Constitución vendrá a culminar el edificio del sistema jurídico y, *eo ipso*, a aportar los elementos necesarios de solución —incompletos en la formulación codificada— a la compleja cuestión de las Fuentes del Derecho.

La Constitución, en efecto, hoy como antes, es la fuente primaria del Derecho en razón de su superioridad formal y en su consideración de Ley reguladora de los órganos de producción de normas jurídicas. Pero esto, con ser ya algo, es todavía bien poco. Por más primaria, en efecto, que pueda considerarse la Constitución, también ella es Derecho creado, más que fuente del Derecho (98); de otra parte, parece clara la insuficiencia de cualquier reducción formalista de la función fundadora y legitimante de la Constitución (99). Las cosas van a variar sustancialmente cuando, a la vista de la experiencia histórica, el mismo acuerdo social que da vida a la Constitución, conectado con la común y más básica sensación de la justicia, y desde la raíz de las más firmes convicciones sociales, lleve a la norma fundamental contenidos necesarios de Derecho. El tránsito del Estado de Derecho al Estado material de Derecho pasa por la incorporación

privado existe un *corpus* jurídico tradicional y estable, que sigue siendo hoy el núcleo de los distintos Códigos civiles y que, en su día, permitió la prioridad de la codificación, sin posible paralelo de consistencia y estabilidad con la Constitución y con la doctrina llamada a fundamentarla y desarrollarla.

(98) Cfr., DÍEZ-PICAZO: *La doctrina de las Fuentes del Derecho*, cit., p. 944: «La concepción Kelseniana tropieza con un inconveniente teórico de no escasa monta, si se pretende que la Constitución es ella misma una norma jurídica y no una simple enunciación de programas y de directrices. La Constitución es ella misma Derecho creado y no Fuente del Derecho».

(99) Cfr., CASTRO: *Derecho civil*, cit., p. 357: «...es cierta la dependencia lógica de la Ley al requisito de su legitimidad; pero ésta no se reduce a la mera primacía lógica, ni altruismo de que lo legitimado se basa en lo legitimante; significa poder legítimo del Legislador y contenido legítimo de la norma legislativa. Las *normae constituendi* y las *normae agendi* no están separadas por un invadable foso lógico; la división de competencias dentro de la organización del Estado... afectará a la legitimidad de origen de la Ley, pero no debe olvidarse que la legitimidad del poder está condicionada tanto por el origen como por el ejercicio que del poder se haga... Toda cuestión sobre legalidad constitucional oculta siempre una pregunta sobre la legalidad política del acto legislativo».

a la Constitución de aquel *juicio valorativo de la comunidad social* que, en la enseñanza de Castro, constituía el hecho social más importante de positivización del Derecho Natural en forma de Principios Generales del Derecho (100). Es ahora cuando la Constitución va a encontrar base sólida de asentamiento y cuando, al mismo tiempo, va a constituirse en *germen principal* del completo Ordenamiento (101). Interesa detenerse, aunque sólo sea un instante, en la singular caracterización de la Constitución como fuente del Derecho.

La Constitución es la fuente *primaria* del Derecho. Es, en efecto, la norma más inmediatamente nacida del sujeto más genuinamente legiferante. Es la más directa y cabal expresión de la soberanía popular. En su condición de tal, dibuja la estructura básica de la organización de la convivencia social. Con razón la Constitución es la Ley de Leyes.

Pero, al mismo tiempo, la Constitución aparece en su configuración actual como una Ley o norma *subordinada*; esto es, en conformidad con el significado etimológico de la expresión, como una norma sometida a un orden previo y superior que, como tal, la Constitución no crea, sino que encuentra vigente en la conciencia social; que ella acoge y, al acogerlo, asienta en él su eficacia, y que, finalmente, en cuanto fundamentador de la convivencia —y de la Constitución, por ende— vendrá a integrarse en el contenido más necesario y «rígido» (art. 168) de la misma. Son los valores invocados en el preámbulo y propugnados en el artículo 1; la dignidad de la persona y los derechos de la personalidad (fundamento *reconocido* del orden político y de la paz social), artículo 10; y los derechos fundamentales y libertades públicas de los artículos 15 a 29. La Constitución incorpora así un «orden objetivo de valores» (102) y reconoce una «superlegalidad material» (103) que habrá de ser en todo caso respetada por los poderes constituidos. En tal sentido, la Constitución, que es fuente primaria del Ordenamiento, es al mismo tiempo fuente subordinada del mismo: al obtener éste su primaria expresión refleja se declara derivado y subordinado al orden de valores socialmente profesados.

(100) CASTRO: *op. cit.*, p. 423: «Esta positivización del Derecho natural puede hacerse en mayor o menor escala, de modo tácito o expreso. En nuestro Derecho está impuesta con la remisión a los Principios Generales del Derecho. El acto de positivización es un hecho social que se manifiesta a través de distintos órganos... y, sobre todo, en el juicio valorativo que imponga la misma comunidad nacional».

(101) Cfr., esp., PÉREZ MORENO, A.: *El concepto de Ordenamiento jurídico en la Constitución*, en «La Constitución Española», *cit.*, pp. 1633 y ss.

(102) SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN: *Kommentar zum G. G.*, 4. Auf., 1977, p. 126: «Ebenso richtig ist es aber, dass das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will, in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und das gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt».

(103) La expresión es ahora de GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma jurídica*, *cit.*, p. 299.

La Constitución aparece, asimismo, como *germen principal del Ordenamiento*. Germen principal porque en ella se encuentra la primera y más inmediata derivación normativa de los valores inspiradores del modelo organizativo social que, en cuanto formulados en la Constitución, obtienen de la misma el valor «informador» del Ordenamiento que el artículo 1.º del Código civil atribuye a los Principios Generales del Derecho (104). Los distintos sectores del Derecho continúan así cumpliendo, cada cual en el ámbito que le es propio, su función de servicio a la persona (*hominum causa omne jus constitutum est*) según la dirección que, *in nuce*, les imprime la Constitución (105).

Y germen —decíamos— del *Ordenamiento*: porque la Constitución, al fundamentar un sistema jurídico ordinamental, aparece como algo mucho más rico que el puro vértice del Derecho positivo. Siendo la primera norma *posita*, asienta su validez y apunta en su contenido esencial a un mundo jurídico previo que positivamente incorpora a sí misma y proyecta al mundo jurídico derivado de ella. A partir de la Constitución será Derecho *positum* no solamente el positivamente estatuido, sino también el *naturaliter datum*. Si ha sido frecuente en la concepción formalista del Derecho la representación gráfica del sistema positivo como una pirámide cuyo vértice sería la Constitución, en la concepción más rica del Estado material de Derecho, la imagen podría y debería completarse: el Ordenamiento configuraría no una pirámide, sino dos, y en posición inversa, comunicadas ambas en su vértice como las dos partes de un reloj de arena: arriba, el *jus naturaliter datum*, tal como lo capta inmediatamente la comunidad constituyente; abajo, el *jus positum*; entre uno y otro, como condensación quintaesenciada del Derecho natural y germen principal del Ordenamiento, la Constitución. El Derecho constituido es así un Derecho que, trascendiendo su formulación legal y lejos de

(104) Cfr., sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981: «Los Principios Generales del Derecho incluidos en la Constitución tienen carácter informador de todo el Ordenamiento jurídico —como afirma el artículo 1,4 del Título Preliminar del Código civil— que debe ser interpretado de acuerdo con los mismos». En la doctrina, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema, cit.*, p. 158: «Los Principios Generales del Derecho, en cuanto plasmados o recogidos en la Constitución, tienen una verdadera función directiva e informadora de la legislación que ha de acomodarse a la norma suprema...»; OLLERO: *op. cit.*, p. 178: «Ha surgido así una nueva consideración de los principios: no abstraídos *a posteriori* de los contenidos de la Ley, ni meramente informantes *en presente*, sino con carácter claramente *prelegal*... si del examen del nuevo título preliminar del Código civil resultaban los principios como el único posible motor para la concepción dinámica del Ordenamiento a la que se daba paso, ahora esta labor (nada subsidiaria, por cierto) se ve reconocida con rango constitucional».

(105) La prioridad de la Constitución es más lógica y jerárquica que histórica y de iniciativa. La juventud de la actual configuración de la Constitución da razón de la evidencia de que su contenido tiene más de recepción que de impulso creador. La Constitución, desde tal punto de vista, no está llamada a suplir, sino a mantener y reforzar la función histórica y actual de las diferentes disciplinas jurídicas. *Ad rem*, para el Derecho civil, SANTORO-PASSARELLI: *Note conclusive: il Codice e il mantenimento dei valori essenziali*, riv. dir. civ., 1980, pp. 85-91.

poder ser encerrado en ella, se abre a los Principios que lo informan y fundamentan. No queda lugar, como magistralmente ha indicado entre nosotros García de Enterría (106), a la distinción de un dualismo de órdenes jurídicos, ni a la consideración del iusnaturalismo como un valor extrajurídico: existe un orden único de Derecho que, como verdadero orden humano, mira simultáneamente lo absoluto y lo contingente.

Resumiendo pues, todo lo anterior, parece lícito concluir con Andrés Ollero (107), que la democracia, y la Constitución que la proclama y articula, en lugar de entrar en conflicto con el objetivismo del Derecho y con la entraña de la concepción iusnaturalista da cauce jurídico a la exigencia hoy más indiscutida de la dignidad humana (108), al tiempo que el consenso social sirve de base positiva a los contenidos objetivos del Derecho Natural (109) o, más asépticamente, como gusta expresarse a Larenz, a los principios del Derecho justo (110). Paralelamente, parece también fundada la comprobación

(106) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Reflexiones...*, *cit.*, pp. 59-63.

(107) OLLERO, A.: *op. cit.*, p. 179: «De esa historicidad del conocimiento de los contenidos iusnaturalistas se deriva a veces una aparente contradicción entre el *Derecho natural* y la *democracia*: cuando se busca a aquél una fundamentación teórica *autorizada* y se la considera con ello legitimada para proyectarse en una práctica *autoritaria*. A ello es preciso oponer que la renuncia a apoyar el Derecho en la mera fuerza, o la no instrumentalización de la persona humana al servicio de valores no compartidos (formalmente al menos), la democracia, en suma, es en el estado actual de nuestra civilización la exigencia más indiscutida de la dignidad humana, por lo que atentar contra ella es optar por una negación de los contenidos que el *Derecho natural* ha invitado secularmente a defender. De aquí surge también una posible respuesta para el positivista excéptico: lo ontológico no ha sido realmente desplazado por el consenso, sino que, por el contrario, le sirve de fundamento. ¿Por qué el consenso y lo la Ley del más fuerte?...».

(108) Para la fundamentación iusnaturalista de la democracia, cfr., e.c., DEL VECCHIO: *op. cit.*, pp. 75-83. De más interés para nosotros, el testimonio de nuestro clásico más ilustre, SUAREZ, F.: *Def. Fid.*, III, c. II, núm. 8: *Hinc sequi, democratiam esse ex divina institutione, respondemus, si hoc intelligatur de institutione positiva, negandam esse consequentiam; si vero intelligatur de institutione quasi naturali, sine ullo inconvenienti admitti posse et debere.*

(109) LACRUZ: *op. cit.*, pp. 17-18: «La cuestión resulta mucho más clara en la Constitución Española, que desde su preámbulo contiene una serie de opciones que no constituyen actos de fe o decisiones arbitrarias, sino precisamente juicios de valor que no podrían formularse sin un Derecho natural antecedente».

(110) Creemos que algo de cripto-iusnaturalismo hace LARENZ con su recurso a tales principios. Cfr. para comprobarlo, *op. cit.*, pp. 191-202, de donde entresacamos los siguientes párrafos: «Si no pueden ser injustos eran siempre justos —fuera ello conocido o no en su tiempo— y tienen que continuar siendo justos en el futuro. Con otras palabras, están sustraídos al flujo del tiempo. Su vigencia no es la necesariamente temporal de un Derecho positivo, sino la ideal —yo utilizo para ello la expresión: validez— de proposiciones verdaderas de concepción certera. De este tipo de validez nos ocupamos cuando afirmamos que son principios de Derecho justo» (p. 198). «Por lo demás, yo no diría que cambian los criterios sobre lo justo en sí mismo considerando y, por tanto, los principios del derecho justo, sino que cambia el conocimiento que nosotros tenemos de ellos y el modo y la medida de su realización por su concreción en el Derecho positivo... Mas parece seguro, que sólo puede asegurar una paz jurídica duradera un Derecho que sea algo más que una técnica de poder; un Derecho

de que la Constitución es el elemento que faltaba para la explicación acabada y satisfactoria de la teoría de las Fuentes. La Constitución, al mismo tiempo que fuente primaria en su consideración formal, es fuente primaria material o de contenido; impone, por ello, la necesidad de que toda norma jurídica se legitime por su contenido justo, e impide la legalidad de cualquier norma contraria a los Principios constitucionales. Igualmente, la Constitución aparece como fuente de manifestación y fuente de creación del Derecho, sin la aporía, ya de que ella misma, al mismo tiempo que fuente, sea Derecho creado (111): Fuente es, y primaria, del Derecho, en cuanto expresión inmediata del más amplio y originario consenso social sobre la organización jurídica de la comunidad y sobre el sujeto y modo de ejercicio de los poderes del Estado; pero, simultáneamente, fuente es, y como tal aparece y se presenta, no pendiente de la nada y suspensa en el vacío, sino asentada en las convicciones sociales y apuntando, desde los valores en ella profesados, en la dirección de Aquél, alfa y omega de todo orden, a quien una maximalista interpretación de la libertad ideológica y de la aconfesionalidad del Estado recomendó no denominar oficialmente, pero cuyo nombre acierta a pronunciar, desde el misterio, la misma conciencia que se resiste a caer en la espesa negrura del absurdo. La Constitución no sólo señala el *ubi jus*; indica también el *unde jus*: determina su origen próximo en el consenso social sobre los valores básicos, al tiempo que deja abierta a la conciencia personal la interpretación de su origen remoto en la dirección señalada por la necesidad de esos valores como fundamentadores y ordenadores de la única forma humana y digna de organización de la existencia social.

Antes de poner definitivamente punto final, procede hacer referencia todavía a dos cuestiones de algún peso, y, a través sobre todo de la segunda, conectar con la preocupación que, según indicábamos al inicio, ha guiado estas reflexiones.

La primera cuestión se refiere a la relación entre Principios Generales del Derecho y Principios constitucionales: ¿Hay ecuación entre unos y otros? ¿Vienen hoy los Principios constitucionales a ocupar el lugar de los anteriores Principios Generales del Derecho? ¿Estaría hoy justificada la unificación de los Principios Generales del Derecho en torno a los Principios constitucionales? La respuesta se produce

que se oriente hacia lo justo, tal como lo podemos conocer, y que se sitúe bajo la clara exigencia; perpetua, para todos aquellos que lo aplican y configuran, de ser un Derecho justo» (p. 202).

(111) Cfr. DÍEZ-PICAZO: *La doctrina de las Fuentes...*, cit., p. 944: «La concepción kelseniana tropieza con un inconveniente teórico de no escasa monta, si se pretende que la Constitución es ella misma una norma jurídica y no una simple enunciación de programas y de directrices. La Constitución es ella misma Derecho creado y Fuente de Derecho».

generalmente en términos negativos (112), y, a nuestro juicio, con razón. Bastaría, en primer lugar, recordar el doble sector, con anterioridad ya indicado, de principios prelegales y principios consecuenciales a la Ley, para admitir la posibilidad de unos Principios, fundamento contingente de una legislación ordinaria, sin conexión necesaria — excluyente de cualquier otra— con los principios básicos constitucionales. De otra parte, dentro ya de los Principios constitucionales, la misma Constitución permite la distinción entre Principios normativos vinculantes por sí mismos, y principios *rectores* o *informadores*, sólo invocables ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen (art. 53) (113). En tal caso, si no es posible la equiparación de los Principios Generales del Derecho con unos únicos Principios constitucionales como bloques adecuadamente correspondientes entre sí, la pregunta de mayor interés nos parece la siguiente: ¿están recogidos en la Constitución todos los Principios *necesarios* del Derecho? Nada fuerza a intentar lograda en la Constitución la imposible perfecta adecuación del orden histórico y concreto de Derecho con la inasible formulación del Derecho objetivo e intemporalmente justo. No está excluida, por tanto, necesariamente y *a priori*, la posibilidad de desajustes o defectos. Con todo, pensamos, lo que aquí puede, sobre todo, plantearse es un problema de explicitación. Los Principios, susceptibles siempre de formulación progresivamente más desarrollada y concreta, alcanzan el máximo de su extensión coincidiendo con el mínimo de su expresión enunciativa: difícilmente puede imaginarse la posibilidad de un Principio necesario de Derecho que no sea derivación normativa de los valores propugnados por la Constitución, o desarrollo del de la dignidad de la persona humana y los derechos inviolables que le son inherentes. En tal sentido, la Constitución genera una dinámica de desarrollo de su contenido principal, hasta lograr, *hic et nunc*, la realidad de un completo y concreto Ordenamiento concebido en conformidad y explicitado en homogeneidad con su mismo germen constitucional.

Tal dinámica se verá reforzada desde la consideración de la segunda cuestión antes anunciada: ¿Mutan de naturaleza los Principios por el hechos de encontrar consagración y formulación en la Ley constituyente? La cuestión se nos planteó ya con anterioridad y es necesaria-

(112) Cfr., e.c., DIEZ-PICAZO: *Constitución y Fuentes del Derecho*, cit., p. 654: «Son principios, obviamente, los que la Constitución define como tales. Hay, pues, desde ahora, unos «principios constitucionales». Ello, sin embargo, no quiere decir, a mi juicio, que la Constitución recoja todos los principios, ni que tenga en este punto un valor excluyente. Caben principios no recogidos por la Constitución, a los que tal vez cupiera llamar «principios tradicionales». Lo que ocurre es que este segundo plano de principios no podrá nunca estar en contradicción con el primero».

(113) Para esta distinción de principios constitucionales de diferente valor y jerarquía, cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma jurídica*, cit., pp. 329-330.

rio volver ahora sobre ella. Los principios, como fuente material del Derecho, carecen de autonomía formal; pero ello no implica que, por esa misma razón, hayan de perder su sustantividad y especialidad normativa. Incorporados a la Constitución, adquieren en ella el más alto rango normativo al servicio de su función informadora del Ordenamiento, pero no por ello quedan convertidos en Ley formal, del mismo modo que la versión escrita de la costumbre no priva a ésta de su peculiar carácter de norma consuetudinaria. Una diferencia separa a la norma legal de la principal: la primera es una norma desarrollada en su contenido y precisa en su normatividad: acota y perfila los presupuestos de su aplicación, determina en detalle su mandato, establece posibles excepciones; el Principio, por el contrario, expresa la inmediata y no desarrollada derivación normativa de los valores jurídicos: su presupuesto es sumamente general y su contenido normativo es tan evidente en su justificación como inconcreto en su aplicación. He aquí por qué el Principio, aun cuando legalmente formulado, sigue siendo Principio, necesitado, por ello, de desarrollo legal y de determinación casuística en su aplicación judicial (114). Vuelve a aparecer en este punto la ya indicada dinámica de desarrollo que la Constitución supone. La constitucionalización de los valores básicos y de los Principios de ellos derivados, no sólo sitúa al Juez en el marco necesario de una jurisprudencia de valores, sino que acota el fundamento básico y señala el sentido inspirador en los que deberá desenvolverse el ejercicio del poder legislativo. Legislador y Juez, cada cual en su propio orden, y en su singularísima posición el Tribunal Constitucional (115), están llamados al desempeño de su cometido en la tensión por la implantación del sentido principal del Ordenamiento; en la tendencia, siempre inalcanzada, de su perfecta explicitación y aplicación normativa.

(114) Sobre la relación Constitución, Ley y Juez, y sobre la vocación de mediación legal ordinaria de la Constitución para su aplicación, cfr., las muy interesantes reflexiones de Díez-PICAZO: *Constitución, Ley y Juez*, en «Revista española de Derecho constitucional», 1985, pp. 9-23.

(115) Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma...*, cit., pp. 330-332, sobre la polémica alemana en torno a los criterios y método de interpretación de la parte material de la Constitución. Pensamos que una abierta decantación por el criterio interpretativo de la Constitución *ohne Naturrecht*, según el cual lo sustancial de los valores constitucionales sería definir un espacio abierto que permita el juego de las posibles alternativas y que cualquier idea o tendencia pueda llegar a ser mayoritaria, podría terminar en un reduccionismo formal que ni haga justicia a los valores y principios constitucionales, ni preserve cumplidamente el bien de la democracia.

La unificación del Derecho privado en la República Argentina

EMILIO BELTRAN SANCHEZ

Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad Autónoma de Madrid

I. La afirmación de que existe una tendencia imparable hacia la unificación del Derecho privado constituye hoy un lugar común en la doctrina mercantilista española, si bien sólo a finales del siglo pasado se discutió seriamente la posibilidad de realizarla. Esta discusión, a menudo olvidada, no encontró después la continuidad necesaria para influir en el proceso codificador español, de modo que la aseveración no encuentra una correspondencia práctica.

Pocas veces, además, esta tendencia ha plasmado positivamente. A los ejemplos inglés, suizo, italiano y, sólo parcialmente, alemán, se une ahora el intento de unificación del Derecho privado en la República Argentina, que tuvo su punto de arranque en la creación, en 1986, de la «Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial de la Honorable Cámara de Diputados» (1).

Se pretende realizar la unificación tomando como base dos presupuestos fundamentales. El primero de ellos, la *pérdida de vigencia del Código de Comercio*, consecuencia no sólo de las numerosas reformas parciales realizadas a través del sistema de leyes especiales que se van incorporando al texto, sino también del *profundo arcaicismo* que caracteriza a la parte del Código formalmente en vigor (estatuto del comerciante y reglas especiales en materia de contratos), que lo convierte en letra muerta. El segundo, mucho más trascendente, el de la progresiva *extensión* del Derecho mercantil, tendencia siempre presente en este Derecho especial y cuyas manifestaciones son la *gene-*

(1) La *génesis y evolución* de la reforma puede seguirse en H. CÁMARA, *Una aproximación al Proyecto de unificación legislativa civil y comercial*, en «R.D.C. Ob.», 1987, pp. 379-413, en pp. 379-381. Sobre los *precedentes*, no muy numerosos, véase el propio H. CÁMARA, *ob. cit.*, pp. 399-403. Un breve análisis de la reforma puede verse en L. MOISSET DE ESPANÉS, *Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial en Argentina*, en «R.D.P.», mayo 1988, pp. 466-473.

ralización de su ámbito de aplicación y la *comercialización* del Derecho civil (2).

Desde un punto de vista *formal*, la unificación trata de llevarse a cabo a través de tres conjuntos normativos: la *Ley de Unificación*, el conjunto de reformas del Código civil (Anexo I) y el conjunto de *reformas a la legislación complementaria* (Anexo II). No se crea, en consecuencia, un solo cuerpo legal que sustituya a los dos Códigos de Derecho privado, sino que se deroga el Código de comercio (art. 3 de la Ley Unificación), se reforma en profundidad el Código civil, para acoger en su seno las normas «mercantiles» (art. 1.º Ley), y se mantiene la vigencia de las leyes especiales, desgajadas de ambos Códigos (art. 2.º Ley) (3).

Con la eliminación formal del Código de comercio no se pretende, como es obvio, la supresión de la materia mercantil: se mantiene una *cierta autonomía* entre el Derecho civil y el Derecho mercantil, aunque el proceso de *comercialización* de la materia «civil» resulta patente en el Proyecto de Ley (4). Las «reformas del Código civil» no se reducen, sin embargo, a la *positivización* de ese fenómeno, sino que se trata, además, de revisar en profundidad el texto. Si se tiene en cuenta, finalmente, que las «reformas a la legislación especial»

(2) A pesar de que el *debate* sobre la reforma no ha sido hasta ahora excesivamente amplio no han faltado voces que refutaron ambos presupuestos, tanto entre los *civilistas* (cfr. D. A. ALSINA: *El Proyecto de unificación de normas civiles y comerciales: Algunas de sus muy graves falencias*, en «El Derecho», núm. 6845, de 20 de octubre de 1987, pp. 1-7, en pp. 1-2), como entre los *mercantilistas* (cfr. H. CÁMARA: *Legislación civil y comercial: Reforma o cambio...?*, en «La Ley», LI (152), de 11 de agosto de 1987, pp. 1-3).

(3) En efecto, las «notas explicativas» de la reforma —no demasiado afortunadas en cuanto a su orden— cifran la metodología de la misma en cuatro puntos: 1. Independizar del Código de comercio la legislación a él incorporada. 2. Modificar el Código civil de modo que supla la derogación del Código de comercio, y modernizar algunos de sus contenidos. 3. Modificar ciertas leyes especiales para adecuarlas a la nueva situación. 4. Derogar el Código de comercio.

Por lo demás, el Proyecto de Ley de Unificación se completa con algunas otras disposiciones generales sobre la aplicación del «nuevo derecho». Así, por ejemplo, se establece que «toda alusión al Código de comercio contenida en la legislación debe entenderse como referencia al Código civil en las materias legislativas en éste o, según el caso, a la legislación que, habiendo estado incorporada al Código de comercio, mantiene su vigencia conforme lo dispuesto en el artículo 2.º» (art. 4.º) o que «la derogación por esta Ley de cualquier disposición no será interpretada como derogación de la regla contenida en ella, si tal regla resulta de otras normas» (art. 5.º). El Proyecto de reforma se completa con otras normas que constituyen auténticas disposiciones transitorias, en torno a la competencia de los tribunales (art. 6.º), a las modificaciones de los plazos de prescripción (art. 8.º) y a las modificaciones a las reglas sobre privilegios (art. 9.º).

(4) Véase H. ROITMAN: *Consideraciones previas*, en «Proyecto de Código civil», Ed. Astrés, Buenos Aires, 1987, pp. 13-17. Sobre la *constitucionalidad* de la medida, que ha suscitado una amplia polémica, véase a favor H. CÁMARA, *ob. cit.*, pp. 396-398, y, en contra, E. M. BUTTY, *ob. cit.*, pp. 1 y 2.

son mínimas, pues se limitan a algunas pocas leyes (en materia societaria, concursal y de títulos-valores) y a su armonización con las reglas codificadas (reforma de persona jurídica, unificación de los privilegios, reforma de la regulación general de los títulos-valores) se comprenderá fácilmente que el *interés* de la reforma se centra en el *nuevo* Código civil.

II. No es posible referirse en esta breve reseña a todas las novedades que se postulan para el Código civil, producto unas del indicado proceso de comercialización y consecuencia otras del afán modernizador de la materia jurídico-privada; pero sí puede resultar ilustrativo mencionar algunas de las más importantes.

Así, por ejemplo, se produce una reforma global del régimen de las *personas jurídicas*, que parte de la constatación del carácter meramente *instrumental* del concepto. Se realiza, en primer lugar, una extraordinaria ampliación del concepto, pues se establece que «son personas jurídicas todos los entes capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones que no son personas de existencia visible». El régimen jurídico de la persona jurídica, no unitario, se extraerá de la regulación de cada supuesto, pues el Código se limita a indicar las características que *generalmente* tendrá la persona jurídica. Entre estas características destaca la *separación patrimonial*, si bien no se determina qué *grado* de separación es necesario para la atribución de personalidad. Una segunda novedad en esta materia es la admisión de personas jurídicas con un solo miembro o ninguno. De acuerdo con ello, la Ley de Sociedades Comerciales prevé un sistema de «empresa individual de responsabilidad limitada» al declarar lícitas las sociedades capitalistas unipersonales, tanto para la constitución de las mismas como con posterioridad (5).

Pero es, lógicamente, en materia de obligaciones y contratos donde la unificación se deja sentir con más fuerza. En primer lugar, el traspaso al Código civil del *estatuto del empresario* implica que las *cargas* de contabilidad y registro se impongan sólo a quienes desarrollan «una actividad económica organizada en forma de establecimiento mercantil o industrial», con exclusión de las actividades agropecuarias y de las profesiones liberales y con la posibilidad de exonerar de dicha carga a los *pequeños comerciantes*, concepto que, dicho sea de paso, no se define con suficiente nitidez.

Se produce, en segundo lugar, de acuerdo con las más modernas concepciones doctrinales, la unificación de los regímenes *contractual* y *extracontractual* de *responsabilidad* y una ampliación importante

(5) Véase, ampliamente, E. H. RICHARD: *Sociedad y contratos asociativos*, Buenos Aires, 1987, pp. 46-47 y 71-108.

de los supuestos de responsabilidad objetiva («atribución objetiva del deber de reparar»).

El proceso de *formación* de los contratos se modifica casi en su totalidad para dar cabida a una regulación de la *contratación entre ausentes* claramente inspirada en los criterios plasmados en la Convención de Viena sobre compraventas internacionales y a una reglamentación más acorde con la realidad de los contratos sometidos a condiciones generales.

Muchas e importantes son las novedades del Proyecto de reforma al Código civil respecto de los contratos en particular. En el contrato de *compraventa*, todos los supuestos de «*dominio imperfecto*» (pactos de retroventa, de reventa, de mejor comprador, comisorio, de reserva de dominio y de arrendamiento con opción de compra) sobre bienes muebles o inmuebles se consideran como ventas sometidas a condición resolutoria. Además se regula el *suministro* como una modalidad de la compraventa.

Se modifica sustancialmente el título dedicado a la *cesión de créditos*, que, bajo la nueva rúbrica de «cesión de derechos», dicta unas normas generales (aplicables incluso a la transmisión de acciones), con remisión a los preceptos sobre compraventa, permuta, prenda y donación, que no prevalecerán, sin embargo, sobre las normas específicas.

Se unifica también el régimen general de *sociedades*: bajo la rúbrica de «contratos asociativos» se establecen una serie de *disposiciones comunes* (aplicables a «todo contrato plurilateral, toda comunidad de derechos, toda asociación y toda sociedad, en cuanto no sean incompatibles con las reglas especiales aplicables a las mismas»), unas normas sobre *sociedades*, y otras sobre *asociaciones* (6).

Se refunden en un solo título, con algunas modificaciones, las normas sobre *representación, mandato y consignación* («mandato sin representación para la compra y venta de cosas muebles»). Además, las disposiciones sobre el mandato se aplicarán por analogía a las representaciones comerciales y corretajes y a todas las relaciones fiduciarias. Finalmente, entre las normas de la consignación se regula el contrato estimatorio.

Se incluyen en el Código civil, con profundas modificaciones, los contratos de *cuenta corriente mercantil* y de *cuenta corriente bancaria*, posibilitando con la regulación de esta última la inclusión de normas relativas a las nuevas modalidades de servicios bancarios.

En la nueva regulación del contrato de *fianza* se incluye el régimen jurídico de las cada vez más extendidas «cartas de patronazgo».

(6) Cfr. E. H. RICHARD, *ob. cit.*, *passim.*; C. SUÁREZ ANZORENA-J. C. VEIGA, *El proyecto de unificación y el universo jurídico societario*, en «La Ley», LI (228), de 27 y 30 de noviembre de 1987, pp. 1-7 y 3-5, respectivamente.

En fin, se regulan, con mucha más amplitud, los contratos de *transporte, depósito y mutuo*. Este último goza de un régimen jurídico muy abierto que permite incluir en su seno fórmula claramente asociativas.

En materia de *fuentes* de las obligaciones se incluyen expresamente y se disciplinan detalladamente las obligaciones surgidas de una *declaración unilateral de voluntad*. En este título, como capítulo independiente, se incardina la materia relativa a títulos-valores. Como sucede en otras materias, se dictan únicamente las reglas generales y se ofrecen las características (autonomía, incorporación y literalidad), de modo que cada título-valor pueda tener su régimen específico en su propia legislación. Se regula, finalmente, el fenómeno de la «desmaterialización» de los títulos.

Por lo que se refiere a los derechos reales, el Proyecto presenta como novedades sustanciales la adquisición y amplia regulación del derecho real de *superficie*, el establecimiento de las bases legales para «formas modernas» de propiedad y la nueva regulación de la prenda, propiciada por la gran difusión de esta figura en el ámbito mercantil: tras unas disposiciones generales, se separan la prenda de cosas y la prenda de créditos. Finalmente, la unificación obliga a realizar una serie de modificaciones en el régimen de los *privilegios*, el *derecho de retención* y la *prescripción*.

III. Estamos, ciertamente, ante una reforma de extraordinaria magnitud, en la cual a la unificación del Derecho privado se une una sustancial modernización del Derecho del tráfico. Sin embargo, frente a la acogida de instituciones modernas y de recientes soluciones doctrinales y la aproximación a la realidad actual, cuestiones que hacen encomiable la labor de los redactores, no queremos silenciar los *borrones* que a nuestro modesto juicio presenta la reforma. El primero de ellos, denunciado ampliamente en la doctrina argentina, es el de un *apresuramiento* que difícilmente resulta compatible con los objetivos perseguidos (7) y que, finalmente, ha sido percibido por el legislador, *ralentizándose* la reforma ante la imposibilidad de realizar una revisión legislativa de este alcance en el brevísimo período de dos años. Aunque no puede dejarse de reconocer la labor doctrinal realizada en los últimos años, en pos de la construcción de las más importantes instituciones jurídico-privadas, no es menos cierto que no existía una *tradicón* unificadora en sentido estricto. El segundo, íntimamente ligado a la duda ahora expresada, se refiere a la tendencia del Derecho argentino a recibir *acríticamente* soluciones de otros ordenamientos. Muchos nos tememos que la imponente reforma legislativa obedezca muchas veces más soluciones *importadas* que a problemas reales de la República Argentina.

(7) Cfr. E. M. BUTTY, *ob. cit.*; H. CÁMARA, *ob. cit.*, pp. 209-210.

Finalmente, y con ello no quiero poner en tela de juicio los *valores* de la reforma unificadora, nos parece que se está actuando sin la adecuada perspectiva histórica. La solución acogida (Código único y leyes especiales) es preferible, ciertamente, a la existente y también a la de un único Código, pues la *descodificación* es ya un hecho irreversible en el ámbito del Derecho privado. No obstante, se está desaprovechando una magnífica ocasión para dar un paso más en el sentido de que esas —y otras— leyes especiales acogieran el régimen jurídico total —público y privado— de una determinada institución o de un determinado sector. Porque no se trata ya sólo de unificar el Derecho privado, sino de sustituir la vieja contraposición Derecho general-Derecho especial por la de Derecho general-Derechos especiales, en consonancia con el conocido fenómeno de *publicización* del Derecho privado. Ya el maestro Garrigues, en el año 1955, advertía que «ante la presión actual del Derecho de la economía, yo creo que pierde todo interés la vieja cuestión de la separación e independencia del Derecho mercantil frente al Derecho civil. Mientras —como buenos hermanos— mercantilistas y civilistas se entretienen en estas querellas familiares, el Derecho privado del tráfico, llámese civil o mercantil— que eso es lo que menos importa—, va siendo reemplazado por un Derecho distinto de carácter público y social (8) (9).

(8) J. GARRIGUES, *La crisis del Derecho mercantil contemporáneo* (conferencia pronunciada en el Instituto Jurídico Español en Roma), en «Hacia un nuevo Derecho mercantil (Escrito, lecciones y conferencias)», Madrid, 1971, pp. 2301-226, en p. 226.

(9) Encontrándose ya en imprenta estas breves observaciones, el Proyecto ha sido paralizado en el Senado, que ha nombrado una nueva comisión de doce juristas. Teniendo en cuenta que ninguno de ellos formó parte de la comisión redactora del Proyecto y que en su mayoría han criticado duramente el trabajo anterior, es de esperar que la revisión será profunda y, sobre todo, que se abrirá el necesario debate público sobre la unificación del Derecho del tráfico.

Los derechos mínimos del titular de la garantía
del artículo 11 de la Ley General para la Defensa
de los Consumidores y Usuarios (*)

M.^a ANGELES PARRA LUCAN

SUMARIO.—I. INTRODUCCION.—II. REPARACION TOTALMENTE GRATUITA DE LOS VICIOS O DEFECTOS ORIGINARIOS. 1. *La reparación de los vicios o defectos.* 2. *Vicios o defectos de que responde el garante.* a) *¿Cláusula de garantía o garantía de buen funcionamiento?* b) *Carácter originario de los vicios o defectos.* c) *Vicios ocultos y vicios aparentes.* 3. *Cumplimiento de la obligación de reparar.* a) *Carácter gratuito de la reparación.* b) *Plazo de la reparación.* c) *Prueba del defecto y calificación del mismo.*—III. SUSTITUCION DEL OBJETO POR OTRO O DEVOLUCION DEL PRECIO PAGADO. 1. *Presupuestos para la sustitución del objeto o la devolución del precio pagado.*—IV. REPARACION DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.—V. LA GARANTIA DEL ARTICULO 11 DE LA L.C.U. Y LOS DERECHOS DEL COMPRADOR EN EL CODIGO CIVIL.

I. INTRODUCCION

La Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984 (L.C.U.) establece en los párrafos segundo y tercero del artículo 11 una regulación de la garantía que, en relación con los bienes de naturaleza duradera debe entregar el productor o suministrador.

Se ha puesto de relieve que el artículo 11 pretende adecuar el régimen de las antiguas acciones de garantía a las circunstancias del tráfico contemporáneo (1) pero, sin embargo, la innovación principal de

(*) Este trabajo ha sido realizado en el marco de una ayuda financiera de la Diputación General de Aragón a un equipo de profesores de la Facultad de Derecho de Zaragoza, con el fin de analizar los «Aspectos jurídico-privados de la protección del consumidor».

(1) Así, DUQUE: *La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores*, en la revista «Estudios sobre consumo», núm. 3, 1984, p. 73.

la Ley de Consumidores y Usuarios consiste, como ha destacado algún autor, en haber previsto un régimen inderogable, frente a la disciplina de los vicios ocultos del Código civil que permite a las partes derogar el régimen legal (art. 1.485.2 del Código civil) (2).

En virtud del artículo 11.2 de la Ley de Consumidores y Usuarios, el productor o suministrador, en relación con los bienes de naturaleza duradera debe entregar una garantía que, formalizada por escrito, exprese necesariamente el objeto sobre el que recae la garantía, el garante, el titular de la garantía, así como sus derechos y el plazo de duración de la garantía durante el cual, al menos, el consumidor tendrá derecho (art. 11.3) a obtener la reparación gratuita de los vicios y defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados así como, en el caso de que la reparación efectuada no fuera satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o la devolución del precio pagado.

A pesar de la sencilla redacción legal, los problemas que se plantean son muy numerosos. Por citar los más importantes, cabe preguntarse qué ocurre si la garantía no se entrega por escrito (3), o qué debe entenderse por «bienes de naturaleza duradera», quién debe ser el garante y contra quién debe dirigirse el consumidor, o si el garante puede fijar cualquier plazo de duración para la garantía, o si la garantía se transmite con el bien... (4). Aquí, sin embargo, únicamente voy a intentar delimitar cuáles son los derechos mínimos que, de acuerdo con la Ley, debe tener el titular de la garantía. Para ello, no obstante, es necesario hacer unas precisiones previas:

— En primer lugar, debe partirse de la base de que la regulación del artículo 11 no se aplica a aquellas garantías que en su caso otorguen el vendedor o el fabricante a los adquirentes de productos que no sean destinatarios finales de los mismos (5);

(2) En este sentido, LÓPEZ SÁNCHEZ: *La tutela del consumatore in Spagna*, en «RTDPC», 1986, pp. 977 y 978.

(3) Véase DUQUE: *op. cit.*, p. 76, y LÓPEZ SÁNCHEZ: *op. cit.*, pp. 978 y 979.

(4) Sobre estas cuestiones ver DUQUE: *op. cit.*, pp. 78 y 79, y BERCOVITZ, R.: *La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, en la obra junto a BERCOVITZ, A.: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1987, pp. 217 a 221.

(5) Por el contrario, VATTIER FUENZALIDA entiende que pueden quedar también protegidos por la garantía del artículo 11 todos los sujetos que adquieren bienes aun cuando no sean consumidores finales (*El agricultor ante la Ley de Protección a los Consumidores*, en «Revista de Derecho agrario y alimentario», 1986, núms. 3-4, p. 10). Para una contestación a la tesis de VATTIER FUENZALIDA ver LÓPEZ SÁNCHEZ, *Sobre la aplicabilidad a los agricultores de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, en «Revista de Derecho Agrario y Alimentario», 1986-1987, núms. 6-7, pp. 11 y ss.

— Por otra parte, la garantía regulada en el artículo 11 se aplica en relación a compraventas civiles (6).

— Los derechos reconocidos al consumidor en el artículo 11 son un «mínimo», es decir, en la práctica el vendedor o el productor pueden reconocerle, además, otros derechos.

— Finalmente, todas las dudas que se planteen en la interpretación del texto legal deberán resolverse a favor del consumidor, de acuerdo con el principio constitucional fijado en el artículo 51 de la Constitución Española (7).

II. REPARACIÓN TOTALMENTE GRATUITA DE LOS VICIOS O DEFECTOS ORIGINARIOS

1. La reparación de los vicios o defectos

El artículo 11.3 a) de la Ley de Consumidores y Usuarios en su primer inciso establece que: «Durante el período de vigencia de la garantía, el titular de la misma tendrá, como mínimo, derecho a la reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios...». Esta posibilidad de reparar los vicios o defectos de la cosa, que no está prevista en el régimen del saneamiento del Código civil, responde mucho mejor, en principio, a las necesidades del consumidor que las tradicionales acciones redhibitoria (por la que el comprador devuelve la cosa y recibe a cambio el precio pagado) y estimatoria (por la que el comprador se queda con la cosa defectuosa, pero se le devuel-

(6) Apunta acertadamente BERCOVITZ, R., que, si bien la garantía está pensada para la compra-venta, al no existir limitación expresa, cabe la posibilidad de aplicar la exigencia de garantía a otros contratos que proporcionen el disfrute temporal o definitivo de los bienes duraderos a los consumidores (ver *La defensa contractual del consumidor*, cit., p. 219). No obstante, como este mismo autor admite, sería necesario realizar en cada caso las adaptaciones necesarias de los derechos mínimos de la garantía (art. 11.3) a la naturaleza del contrato. Por ello, he creído preferible limitarme en este trabajo al análisis de los derechos mínimos que la Ley recoge tal y como aparecen configurados, es decir, en relación a un contrato de compra-venta. Como una muestra de la complejidad de las cuestiones que se plantean en la responsabilidad por los vicios o defectos al margen de un contrato de compra-venta, ver ROJO AJURIA: *La responsabilidad por la entrega, vicios ocultos y pérdida de la cosa en el arrendamiento financiero (leasing)*, en «AC», núm. 29, 1986, y BUSQUETS LEMONNIER: *Los vicios ocultos en el «leasing» mobiliario*, en «Cuadernos IMPI», núm. 31, 1987.

Por otra parte, en relación a la calificación de la compra-venta como civil, hoy no cabe ninguna duda de la naturaleza civil de las compra-ventas entre profesionales y consumidores. Ver, por todos, PAZ-ARES, C.: *Una teoría económica sobre la mercantilidad de la compra-venta*, en «ADC», 1983.

(7) En este sentido, BERCOVITZ, A.: *La protección de los consumidores, la Constitución Española y el Derecho mercantil*, en «Lecturas sobre la Constitución Española», t. II, dirigidas por FERNÁNDEZ, T. R.: 1978, pp. 9 y ss.

ve parte del precio pagado) (8). En efecto, por regla general, el comprador de un aparato que funciona mal, ante todo, lo que desea es poder disponer de él en condiciones (9).

La reparación a que hace referencia el artículo 11 de la Ley de Consumidores y Usuarios es una reparación fáctica, consistente en eliminar los vicios, en arreglar o reparar la propia cosa comprada para dejarla, como viene a decir el artículo 11.3 b) de la misma Ley de Consumidores y Usuarios en «las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinada» (10).

2. Vicios o defectos de que responde el garante

a) *¿Cláusula de garantía o garantía de buen funcionamiento?*

Carlón mantuvo, con anterioridad a la Ley de Consumidores y Usuarios, y en relación a la garantía ofrecida tradicionalmente por el fabricante al adquirente final del producto (especialmente, en determinados sectores del tráfico, como la maquinaria industrial o aparatos susceptibles de funcionar), que tal cláusula no era una garantía de buen funcionamiento. Es decir, el garante debía responder, en virtud de su promesa, de todos los defectos que presentara el objeto, afectasen o no al buen funcionamiento (11); en consecuencia no era necesario que el defecto tuviera entidad bastante para constituir un vicio redhibitorio (o sea, que haga la cosa impropia para el uso a que se la destina o que disminuya su uso de modo que, de haberlo

(8) Es decir, en las soluciones ofrecidas por el régimen del saneamiento del Código civil el comprador no puede seguir disponiendo de la cosa adquirida, pero en perfecto estado; sólo excepcionalmente cuando se opte, y sea posible, por la vía del artículo 1.124.2 del Código civil. En V. RIVERO LACRUZ y otros: *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 3.º, 2.ª ed., 1986, p. 69.

Sin embargo, señala DUQUE citando a GOTZ, que al amparo del remedio de la rebaja del precio al comprador puede alcanzar un remedio semejante al que se logra con la acción de reparación, de modo que el coste de la reparación significa el menor valor (*op. cit.*, núm. 87, p. 76). Además, según MORALES MORENO puede imponerse al vendedor la obligación de reparar los defectos de la cosa que el mismo fabricó. Para este autor, aunque la obligación de reparar es extraña al contenido normal de la compra-venta, resulta oportuna en los supuestos de enajenaciones del fabricante de su propio producto. La razón que explica esta postura es el hecho de que tales enajenaciones, aun calificadas como ventas, no son ventas típicas, por lo que debe utilizarse para su regulación algunas normas contenidas en el contrato de obra (*El dolo como criterio de imputación de responsabilidad*, en «ADC», 1982, p. 671).

(9) En este sentido, CALAIS-AULOY: *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, en «Documentation française», 1985, p. 73.

(10) «Reparar», según el diccionario de la Real Academia significa «componer, aderezar o enmendar el menoscabo de una cosa».

(11) Véase CARLÓN: *La cláusula de garantía en la compra-venta de maquinaria*, en «RDM», núm. 127, 1973, p. 44.

conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella) (12).

Duque, al comentar el artículo 11 de la Ley de Consumidores y Usuarios, afirma que: «Por la garantía, el garante... responderá de todos los *defectos* por falta de calidad o del nivel de prestación *que puedan menoscabar el funcionamiento normal del objeto...*, debiendo, en caso de un *incorrecto funcionamiento*, reparar el objeto...» (13). Por el contrario, hay quien entiende que la garantía basada en el artículo 11 cubre cualquier vicio o defecto que impida el perfecto estado de la cosa, pudiendo referirse, por tanto, a partes o componentes que no afecten para nada al funcionamiento (14). Se trataría, por tanto, de acuerdo con este planteamiento, de una cláusula de garantía y no de una garantía de buen funcionamiento, de modo que el titular de la garantía podría exigir la reparación del objeto comprado y defectuoso, aunque funcionara perfectamente (15). Con ello, esta tesis se opondría a la doctrina que ha visto en el artículo 11 una garantía de buen funcionamiento (16).

Ahora bien, el artículo 11 no habla del «funcionamiento» del objeto, pero sí de su aptitud para «cumplir el uso a que estuviese destinado». Si se considera (como creo que debe hacerse) que el apartado a) configura junto con el apartado b) del artículo 11.3 de la Ley de Consumidores y Usuarios una misma garantía, el titular de ésta no tendrá derecho a exigir la reparación del objeto comprado, mas que en los supuestos en que presente un vicio o defecto que le impida revestir «las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado». Se incluyen aquí, pues, los dos conceptos que Scaevola-Bonet deducen del artículo 1.484 del Código civil: el no poder aplicarse la cosa al fin a que se la destina y el no poder obtener de ella toda su utilidad (17).

(12) Véase CARLON: *op. cit.*, p. 72.

(13) Véase DUQUE: *op. cit.*, p. 76.

(14) En esta línea LÓPEZ URIEL: *La «garantía» en los bienes de naturaleza duradera en la Ley General para la Defensa de los consumidores y Usuarios*, lección leída en las oposiciones a Profesor Titular (inédita), Zaragoza, 1986, p. 4.

(15) Así, LÓPEZ URIEL llega a esta conclusión, porque considera que existe una diferencia estructural entre la cláusula de garantía y la garantía de buen funcionamiento. Para ello se basa, fundamentalmente, en las características que esta última ofrece en su regulación en el Código civil italiano.

(16) Parece considerarla como garantía de buen funcionamiento LÓPEZ SÁNCHEZ: *La tutela del consumatore in Spagna*, *cit.*, p. 978. Por otra parte, durante la discusión parlamentaria de la Ley de Consumidores y Usuarios, GARCÍA AMIGO y FERNÁNDEZ IGUANZO dieron por supuesto que se trataba de una garantía de buen funcionamiento. Ver: «Diario de sesiones del Congreso de los Diputados», 1984, II legisl., núm. 113, Sesión Plenaria, pp. 5.175 y 5.177.

(17) SCAEVOLA-BONET: *Código civil concordado y comentado extensamente*, XXIII, 2.ª ed., 1969, p. 188.

Una vez sentado este presupuesto, que a mi juicio se desprende fácilmente del propio texto legal, hay que analizar la corrección o incorrección de la expresión «buen funcionamiento» para calificar a la garantía del artículo 11 de la Ley de Consumidores y Usuarios.

El origen de la «garantía de buen funcionamiento» se encuentra en el Derecho italiano. El artículo 1.512 del Código civil italiano de 1942 regula por primera vez esta garantía, usada en la práctica, especialmente, en la compra-venta de maquinaria. La doctrina italiana se ha preguntado si la garantía de buen funcionamiento es aplicable a toda clase de bienes o si únicamente, dado el significado del término «funcionamiento», se refiere a la maquinaria u otras cosas susceptibles de funcionar. La respuesta, sin embargo, no es uniforme.

Así, para algunos autores, «funcionamiento», en sentido amplio, comprende cualquier uso a que esté destinada la cosa y, en consecuencia, el «buen funcionamiento equivaldría a la idoneidad de la cosa en el uso y la duración de tal idoneidad en el tiempo. Para esta postura no habría, pues, inconveniente en aplicar la garantía de buen funcionamiento a cualquier cosa susceptible de durar, o mejor, cualquier bien que se preste a ser sustituido o reparado (18). Por el contrario, otro sector de la doctrina italiana entiende que deben quedar excluidos de la garantía del artículo 1.512 del Código civil, no sólo los inmuebles, sino, en general, los bienes susceptibles de durar, pero no de funcionar (19).

A la vista de lo expuesto parece razonable hacer una serie de precisiones en torno a la garantía del artículo 11 de nuestra Ley de Consumidores. En primer lugar, está claro que el legislador español pensaba, al mencionar a los bienes de naturaleza duradera, en productos que proporcionen la utilidad que les sea propia a través de algún tipo de funcionamiento mecánico, químico, eléctrico o electrónico (20). No obstante, el término empleado incluye otra serie de productos distintos de las «máquinas». De este modo, el régimen de la garantía del artículo 11 es aplicable a los bienes «de naturaleza duradera», concepto más amplio que el de «cosas susceptibles de funcionar» (21).

(18) En este sentido, RUBINO: *La compravendita*, 2.ª ed., en el «Tratatto di diritto civile e commerciale CICU-MESSINEO», XXIII, 1971, pp. 874 y 875, y BIANCA: *La vendita e la permuta*, en el «Tratado di Diritto civile italiano VASSALLI» VII, 1.º, 1972, pp. 270 y 271.

(19) Ver MARTORANO: *La tutela del compratore per vizi della cosa*, 1959, núm. 47. p. 38, así como BRUNI: *Garanzia per difetto di qualità essenziali e per vizi nella compravendita*, *riv. dir. civ.*, 1959, II, pp. 569 y 570, y la jurisprudencia que allí se cita.

(20) Ver BERCOVITZ, R.: *La defensa contractual del consumidor*, *cit.*, pp. 217 y 218.

(21) En nuestro Derecho no existe una definición de «bien de naturaleza duradera». A lo largo del proceso de elaboración de la Ley se dijo que «un bien de uso duradero (es) aquél que no se agota en el acto de consumo y a lo largo del tiempo» (*Diario de Sesiones*, *cit.*, p. 5.186). La doctrina que ha estudiado el artículo 11 dice que son bienes de naturaleza duradera «aquéllos cuyo empleo se extiende durante un espacio de tiempo en el que el consumidor o usuario continúa obteniendo la utilidad

Imaginemos, por ejemplo, el supuesto de un piso que es, indudablemente, un bien de naturaleza duradera. Pero si bien puede, y de hecho lo estará, destinarse a un uso, no puede, sin embargo, tener un buen o un mal funcionamiento en el sentido estricto del término (22). Por ello, aun atendiendo a los argumentos de la doctrina italiana, que incluye los bienes inmuebles en la garantía de buen funcionamiento a través de una interpretación amplia de esta expresión, no hay que olvidar que, en cualquier caso, lo que se está haciendo por estos autores es intentar extender el ámbito de aplicación de la garantía legal. En consecuencia, quizá, hablar en nuestro Derecho de «garantía de buen funcionamiento» cuando la Ley no emplea esta expresión, podría inducir a equívocos acerca de los bienes que encajan en los propios términos de la Ley de Consumidores y Usuarios (23).

En segundo lugar, por lo que se refiere a los defectos que originan el derecho a exigir la reparación la calificación de la garantía como «de buen funcionamiento» también puede inducir a error. A mi juicio, como ya he expuesto anteriormente, la Ley de Consumidores y Usuarios establece para los bienes de naturaleza duradera una garan-

en vista de la cual realizó el contrato». (DUQUE: *op. cit.*, p. 77). Para BERCOVITZ, R. se trata de «cosas que, sin consumirse (art. 337 del Código civil), se deterioran poco a poco por el uso (art. 481 del Código civil), permitiendo así un disfrute de las mismas prolongado en el tiempo» (*La defensa contractual del consumidor, cit.*, p. 217).

(22) Citan los inmuebles como ejemplos de bienes de naturaleza duradera: DUQUE: *op. cit.*, p. 77, y BERCOVITZ, R.: *La defensa contractual...*, *cit.*, p. 218. Por otra parte, no cabe duda de que los inmuebles están incluidos expresamente en el régimen de la Ley de Consumidores y Usuarios por el artículo 1.2 de la misma.

Sin embargo, en cuanto al propio contenido de la garantía en relación a los inmuebles me parece interesante el ejemplo introducido por la Ley de 4 de enero de 1978 en el Código civil francés. Se establecen tres clases de responsabilidades:

— El contratista garantiza el perfecto acabado de la obra durante el año siguiente a la recepción del trabajo, y se obliga, en su caso, a reparar *in natura*.

— El constructor (solidariamente en su caso con el fabricante del componente defectuoso) responde durante diez años de los daños que comprometan la solidez de la obra o que la hagan impropia para su destino.

— Finalmente, la Ley prevé una garantía de *bon fonctionnement* durante dos años a cargo del constructor y, solidariamente, del fabricante, de los bienes de equipo separables de la obra (por ejemplo, una lavadora). Sobre este sistema de garantías, ver CALAIS-AULOY: *Droit de la consommation*, 2.^a ed., 1986, pp. 385 a 391.

(23) Sin embargo, no comparto la idea de que el concepto de bienes de naturaleza duradera abarque también a los servicios (DUQUE habla de los servicios turísticos de un viaje, *loc. ult. cit.*). En realidad la garantía se aplica sólo a los bienes corporales, y no a servicios. Ello se desprende no sólo del empleo del término «objeto» (empleado en el artículo 11, no como objeto del contrato o prestación, sino como equivalente a cosa), sino también del propio régimen de la garantía. En efecto, en el Proyecto de *Code de la Consommation*, preparado en Francia por un equipo de Juristas presidido por CALAIS-AULOY se contempla una garantía que abarca tanto los bienes como los servicios. Sin embargo, respecto de estos últimos los derechos reconocidos al titular de la garantía no son, lógicamente, los de obtener la reparación de los vicios o la sustitución, sino los de exigir el cumplimiento del contrato (una nueva prestación del servicio u obtener una rebaja del precio) o su resolución (y lograr así el reembolso del precio pagado)—ver CALAIS-AULOY: *Propositions...*, *cit.*, p. 73.

tía con el fin de asegurar que, al menos durante el período de tiempo que dure la misma, el objeto se encontrará en perfecto estado para cumplir el uso a que estuviera destinado, esto es, que revestirá las condiciones óptimas para cumplir tal uso. Ello no obstante, la garantía del artículo 11 no cubre cualquier defecto del bien, sino únicamente los que afecten al «uso a que estuviere destinado». Por tanto, en función de la utilidad o la finalidad del producto garantizado en cada caso, los defectos cubiertos por la garantía serán unos u otros, y sólo cuando se trate de aparatos susceptibles de funcionar (aparatos electrodomésticos, televisor, vehículos..., para los que, en principio, se pensó la garantía), siendo el uso a que están destinados un determinado «funcionamiento», la garantía del artículo 11 será «de buen funcionamiento» (24).

En este mismo apartado, pero en otro orden de cosas, hay que formularse la siguiente pregunta: ¿se extiende la garantía del artículo 11 a la falta de calidad o, por el contrario debe mantenerse el criterio defendido por la doctrina civilista española que considera la falta de calidades esenciales como no equiparable al vicio a los efectos del saneamiento? (25). En este sentido, se ha dicho que entregar un reloj de calidad inferior, por ser de material ordinario, no quiere decir prestar una cosa viciada, aunque tenga una duración menor y sea menos preciso (26).

En mi opinión, deberá atenderse en cada caso a las consecuencias que tal falta de calidad produce en el bien y si éste reviste las condiciones óptimas para cumplir el uso a que esté destinado, teniendo en cuenta que tal uso será el normal y objetivo, salvo que otra cosa hubieran estipulado las partes. Caso de no ser así, la falta de calidad constituirá un vicio que permitirá al titular de la garantía pedir la reparación. Lo que ocurre es que, en los supuestos de inhabilidad del objeto suministrado, de imposible aprovechamiento por el comprador o de ineptitud del objeto para el desempeño de la función

(24) En consecuencia, únicamente me parece aceptable el empleo de la calificación de «buen funcionamiento» para la garantía del artículo 11 si se desea así excluir del derecho a la reparación cualquier defecto de que pueda adolecer el bien y no le impida revestir «las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviere destinado». No obstante, esta postura, defendible desde una interpretación amplia del significado de «funcionamiento» puede ocasionar equívocos.

(25) A diferencia de lo que ocurre en la compra-venta mercantil (GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil II*, 7.^a ed. revisada con la colaboración de SÁNCHEZ CALERO, 1970, p. 80, donde se explica cómo el artículo 336 del Código de comercio asimila los defectos de prestación diversa y de prestación viciosa) la doctrina entiende que la falta de calidad no es equiparable al vicio cubierto por el régimen del saneamiento del Código civil. Vicio será, por el contrario, todo defecto que no suponga falta de calidades esenciales ordinarias. De este modo, la falta de calidades esenciales da lugar a la resolución por incumplimiento de acuerdo con el artículo 1.124 del Código civil. Ver, por todos, BADENES: *El contrato de compra-venta I*, 2.^a ed., 1979, p. 685.

(26) El ejemplo es de BADENES, ver *loc. cit.*

que motivó su adquisición, habrá incumplimiento total o cumplimiento inexacto (arts. 1.101 y 1.124 del Código civil) (27).

Sin embargo, el contenido establecido en el artículo 11 es un mínimo al que tiene derecho el titular de la garantía, pero puede ser superado en la práctica. Dicho en otros términos, esta interpretación del artículo 11 no impide que el profesional ofrezca al consumidor un abanico más amplio de posibilidades, entre las que se puede encontrar, por ejemplo, la de tener derecho a la reparación de los vicios o defectos que no impidan a la cosa revestir las condiciones óptimas para cumplir el uso a que esté destinado.

b) *Carácter originario de los vicios o defectos*

El artículo 11.3 a) de la Ley de Consumidores y Usuarios, reconoce el derecho a la reparación de los vicios o defectos «originarios». Según esta exigencia del carácter originario de los vicios o defectos de la cosa, sólo existiría el derecho a la reparación de los defectos que tuviese la cosa en el momento de la celebración del contrato, pero no de los que se produjeran después. Sin embargo, esta conclusión, que se derivaría de una interpretación literal de la expresión «originarios» debe ser matizada.

El carácter originario de los vicios o defectos ha de entenderse en el sentido de que, al menos, lo sean en su origen, es decir, que basta que la causa de la cual deriva el defecto de la cosa sea anterior a la conclusión del contrato (28).

La doctrina que hasta ahora ha comentado la garantía del artículo 11 ha puesto de relieve que una interpretación del precepto congruente con la *ratio* protectora del mismo supone que el vicio que se manifieste en el plazo de duración de la garantía es originario (29). Por ello, parece razonable admitir la existencia de la presunción de que los defectos que la cosa presente dentro del plazo de la garantía se deben a defecto de material o fabricación (30). Esta presunción

(27) RIVERO: *op. cit.*, pp. 66 y 67. En el fondo, según este autor, se observa la tendencia jurisprudencial a considerar como incumplimiento contractual y prestación diversa en lugar de hipótesis de vicios ocultos, muchas situaciones, precisamente, para extraer su tratamiento y efectos de los limitados plazos de los artículos 1.490 y 1.496 frente a los plazos del régimen general de los artículos 1.101 y 1.124.

(28) Para el Derecho italiano, y en relación con la garantía de buen funcionamiento ver RUBINO: *op. cit.*, p. 877. Así lo ha venido entendiendo también la doctrina civilista española para el saneamiento por vicios. Por todos, RIVERO: *cit.*, p. 67.

(29) DUQUE: *cit.*, p. 78; LÓPEZ URIEL: *cit.*, p. 37, y BERCOVITZ, R.: *La defensa contractual...*, *cit.*, p. 220.

(30) En estos términos suelen describir las garantías los defectos de que responde la empresa (ver las garantías de PHILIPS, MOULINEX y KELNER). Se excluirían, así, de la reparación los «defectos de diseño» siempre que no se debieran al material empleado. Los defectos de diseño tiene su origen en la propia concepción del bien y

vendría exigida por constituir la garantía una obligación de resultado, dado el carácter autónomo que posee respecto a las otras medidas sancionadoras de la prestación defectuosa (31).

Frecuentemente, los certificados de garantía excluyen la responsabilidad del garante en los supuestos de defectos del producto debidos al desgaste normal del mismo. Se trata de determinar si esta estipulación es inválida por ser contraria al sentido de la garantía como promesa de duración del bien (32) o si, por el contrario, la cláusula de garantía sirve, precisamente, para diferenciar lo que es un defecto originario y lo que es un deterioro debido al desgaste del material (33).

Por mi parte considero que en virtud del régimen establecido en el artículo 11 parece que, si durante el tiempo que dura la garantía la cosa garantizada sufre un desgaste tal que no puede usarse «en condiciones óptimas», habrá que entender que el producto tenía un defecto originario. Otra cosa es que el desgaste experimentado por el objeto se haya producido como consecuencia de la no observación por parte del comprador de las indicaciones suministradas por el vendedor o el productor en cuanto al uso o a la conservación del mismo. Igualmente, quedaría liberado el garante de la obligación de reparar si el adquirente del bien hubiese sometido a éste a un uso intenso con fines industriales cuando su destino era el uso doméstico.

Esto es así porque con la garantía el garante se obliga a reparar los vicios de la cosa debidos a una fabricación defectuosa o a los materiales empleados en su elaboración, o a la mala conservación o mantenimiento por parte del fabricante o distribuidor, pero no de los defec-

en las características que lo configuran como tal. En estos supuestos, parece más adecuado concluir que si, debido al diseño del producto, no cumple el uso a que estaba destinado las acciones procedentes serían la resolutoria del artículo 1.124 o, en su caso, las fundadas en vicios del consentimiento del comprador, según las reglas generales del contrato.

(31) A mi juicio, es perfectamente válido para la garantía del artículo 11 el criterio defendido por CARLON en relación a la cláusula de garantía en la compra-venta de maquinaria, en el sentido de que encarna una obligación de resultado (ver *op. cit.*, p. 57). Este autor sostiene que, de no considerarse la existencia de tal obligación de resultado por aplicación de la teoría de los riesgos, habría que entender que todos los daños que presente la cosa, debidos a causas posteriores al momento en que el riesgo de la cosa vendida al comprador (que en el caso de la compra-venta civil es el momento de perfeccionarse el contrato) serían de cuenta del mismo (*op. cit.*, p. 72). Ahora bien, parece de buen sentido decir con GARCÍA CANTERO, que la exigencia de que el vicio o defecto exista, al menos en su germen, al tiempo de perfeccionarse el contrato no es una aplicación de la doctrina de los riesgos. La razón es que aquí no es esencial que se produzca la pérdida de la cosa (*Comentario a los artículos 1.445 a 1.541 del Código civil*, en «EDERSA», 1980, p. 344).

La jurisprudencia italiana es constante en afirmar que el comprador se ve favorecido en el plano de la prueba en la garantía de buen funcionamiento: así, corresponde al vendedor probar que el defecto es posterior a la entrega de la cosa. Ver BIANCA: *op. cit.*, núm. 8, p. 274.

(32) Así, por ejemplo, CARLON: *cit.*, pp. 50 y 57.

(33) En este sentido KHAN: *La vente commerciale e internationale*, 1961, p. 137.

tos producidos por un mal uso o deficiente conservación del objeto, ya que, en estos casos, el vicio no sería originario (34).

c) *Vicios ocultos y vicios aparentes*

El artículo 11.3 de la Ley de Consumidores y Usuarios no exige que los vicios o defectos sean ocultos para tener derecho a la reparación del objeto adquirido. En el saneamiento, por el contrario, el artículo 1.484 del Código civil dice que: «El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida». Este requisito de que el defecto sea oculto se interpreta en el sentido de que no fuera conocido, ni fácilmente reconocible por el comprador (35). Se entiende que, estando el defecto «manifiesto o a la vista» (como dice el art. 1.485) el comprador ya sabía lo que adquiriría y nada puede reclamar al vendedor, pues esta responsabilidad tiene su fundamento en la buena fe (36). Y a la misma conclusión se llega si, aun no estando los vicios o defectos manifiestos o a la vista, «el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debería fácilmente conocerlos» (art. 1.485 *in fine*) (37).

La doctrina anterior a la Ley de Consumidores y Usuarios señalaba para las cláusulas de garantía que, a falta de una estipulación en contrario, era inaplicable el régimen de vicios a la hora de decidir los defectos de que debía responder el garante. La razón esgrimida era, en palabras de Carlón, el carácter excepcional del régimen de vicios que, por tanto, no podía aplicarse por analogía (38). En este

(34) Las garantías que suelen entregarse en la práctica a los consumidores excluyen de la misma, entre otros, los siguientes supuestos:

— Usar indebidamente el aparato, de forma distinta a la especificada en el folleto de instrucciones, o de forma abusiva (uso semi-industrial).

— Funcionamiento en un voltaje inadecuado.

— Las averías y roturas causadas por equivocada instalación, uso equivocado del aparato, falta de mantenimiento...

Sin embargo, en estos casos, la prueba del uso anormal del objeto también corresponderá al vendedor. Así lo ha mantenido para la garantía de buen funcionamiento italiana la jurisprudencia de este país, así como la doctrina que la ha estudiado. Se dice que, aunque el comprador está en mejores condiciones de probar que no hubo uso anormal, sería excesivo imponerle la prueba negativa de no haber hecho mal uso de la cosa. Ver BIANCA: *op. cit.*, pp. 273 y 274, y BRUNI: *op. cit.*, p. 570.

(35) La no ignorancia de los vicios por el vendedor tiene transcendencia en el régimen de saneamiento del Código civil en dos órdenes: para impedir los pactos derogatorios del régimen legal (art. 1.485.2) y para otorgar al comprador una indemnización de daños y perjuicios para el caso de que optare por la rescisión (art. 1.486.2).

(36) Ver la sentencia de 31 de enero de 1970, citada por GARCÍA CANTERO: *op. cit.*, núm. 34, p. 342. RIVERO dice que los defectos manifiestos «si no los aprecia el comprador es culpa suya o por falta de atención o diligencia» (*op. cit.*, p. 67).

(37) Según GARCÍA CANTERO a igual conclusión debe llegarse si el comprador se hace acompañar de un experto al tiempo que examina la cosa comprada y se guía por su dictamen (*op. cit.*, p. 343).

(38) *Op. cit.*, p. 71.

sentido, el vendedor, salvo pacto en contrario, respondería, en virtud de la garantía, no sólo de los defectos ocultos, sino también de los aparentes descubiertos más tarde (39). De este modo, se protegería la confianza del comprador en la garantía, que le relevaría de examinar la cosa con una especial diligencia (40).

Hoy, a la vista del artículo 11 de la Ley de Consumidores y Usuarios, cabe pensar que es perfectamente aplicable la tesis doctrinal que reconocía el derecho a la reparación de los vicios aparentes, puesto que la Ley no exige que los vicios o defectos sean ocultos. No obstante, parece de buen sentido exigir que el vicio o defecto no fuera conocido por el comprador en el momento de concluir el contrato. Ello porque si el comprador compró el producto a sabiendas de que era defectuoso, ya sabía lo que adquiriría. De cualquier forma, la prueba de que el adquirente del objeto conocía su defectuosidad, correspondería al garante. Esta prueba, sin embargo, puede resultar en la práctica imposible si no se hace referencia a ello en la garantía (41).

Por el contrario, no será válido un pacto en contrario que exija el carácter oculto a los vicios o defectos (posibilidad admitida por la doctrina anterior en relación a las cláusulas de garantía). Al no imponer la Ley de Consumidores y Usuarios que el vicio o defecto sea oculto se reconoce al titular de la garantía el derecho a la reparación de los vicios no ocultos o aparentes. En consecuencia, cualquier renuncia a ese derecho debe considerarse nula, de acuerdo con los artículos 2.3 y 10.1 c) 10.ª de la Ley de Consumidores y Usuarios (este último para los supuestos en que la garantía sea fruto de unas condiciones generales que le vengan impuestas al consumidor en los términos del artículo 10.2 de la Ley).

Resumiendo, el garante debe responder de los vicios ocultos, es decir, de aquéllos que no fueran conocidos ni fácilmente reconocibles por el comprador (42), pero también de todos aquellos que, aun pudiéndolos conocer el comprador empleando una diligencia media o incluso por razón de su oficio o profesión (43), sin embargo, no los descubrió, sino más tarde (pero siempre, claro está, dentro del plazo de la garantía). Esta interpretación debe mantenerse, no sólo por-

(39) En cuanto al momento relevante a estos efectos, tratándose de una compraventa civil, será el de la conclusión del contrato, y no el de la entrega de la cosa.

(40) CARLON: *cit.*, núm. 86. p. 72.

(41) En tal supuesto, la garantía excluiría la reparación de ese defecto. Sin embargo, las dificultades pueden plantearse en los casos en que el comprador adquiere un objeto a un precio inferior al corriente en el mercado y renuncia, a cambio, a la garantía.

(42) GARCÍA CANTERO, citando a HAMEL, pone como ejemplo de vicios ocultos los siguientes: tratándose de máquinas los que aparecen después de su puesta en funcionamiento, luego de haber realizado los oportunos ensayos; tratándose de automóviles si sólo aparece después de rodar varios cientos o miles de kilómetros (*op. cit.*, p. 343).

(43) Tratándose de ventas a consumidores, esta excepción sería más que discutible. Ver BERCOVITZ, A.: *Ambito de protección y derechos de los consumidores y usuarios*, en «Estudios sobre consumo», núm 3, 1984, p. 31.

que es conforme con el tenor literal del precepto y con la doctrina mantenida con anterioridad a la Ley de Consumidores y Usuarios, sino también por responder al principio de interpretación *pro consumatore*.

3. Cumplimiento de la obligación de reparar

a) *Carácter gratuito de la reparación*

El principal objetivo de la garantía regulada por la Ley de Consumidores y Usuarios es el de lograr que el consumidor pueda disponer del bien garantizado, el menos durante el período de la garantía, en perfectas condiciones. Por ello, impone al garante la obligación de reparar los vicios o defectos de la cosa sin que, al mismo tiempo, ello suponga ningún gasto para el consumidor.

Con anterioridad a la Ley de Consumidores y Usuarios la doctrina afirmaba que los gastos y riesgos que se pudieran derivar del cumplimiento de la obligación de reparar recaían necesariamente en el obligado a llevarla a cabo, a pesar de que algunas cláusulas, aun hoy, hacen recaer los gastos y riesgos de envío del objeto garantizado sobre el cliente, así como el importe de la mano de obra (44). La razón aducida en este sentido es que, al encarnar la garantía una obligación de resultado desplaza a cargo del vendedor todas las consecuencias que entraña su cumplimiento.

Hoy, dada la redacción tajante del artículo 11.3 de la Ley de Consumidores y Usuarios (que habla de reparación «totalmente gratuita»), cabe decir que el carácter gratuito de la reparación abarca tanto los gastos de reposición de las piezas defectuosas, como los gastos de la mano de obra, desplazamientos del técnico y de la propia cosa garantizada en su caso (45). Por ello, al igual que ocurría con los clausulados que hacen recaer sobre el consumidor los vicios no ocultos, habrá que considerar nulas aquellas cláusulas de los certificados de garantía por las que se impongan determinados gastos al consumidor para poder obtener la reparación del objeto garantizado. Lo que ocurre es que en determinadas ocasiones esta regla general necesita una interpretación. Está claro que si el objeto ha sido adquirido en un lugar en el que el garante no tiene taller de reparación deberán recaer, no obstante, sobre él los gastos de desplazamiento del técnico o del objeto hasta el taller. Igual sucederá con un objeto, como

(44) Ver CARLON: *op. cit.*, p. 74. En la práctica hay, sin embargo, garantías que dicen ser «garantías totales», esto es, que cubren «mano de obra, más material empleado».

(45) En este sentido, DUQUE: *cit.*, p. 78, y BERCOVITZ, R.: *La defensa contractual...*, *cit.*, p. 220.

un vehículo, si se estropea en un lugar donde no hay un taller de la casa (46). Pero creo que no siempre deben recaer los gastos de desplazamiento sobre el garante, sin que ello sea un obstáculo para que la reparación continúe siendo totalmente gratuita. En todo caso, deberá tenerse presente la regla de la buena fe que, de acuerdo con el artículo 1.258 del Código civil, debe estar presente no sólo en la interpretación del contrato, sino también generando deberes para las partes, como puede ser el de cooperación (47). De este modo, parece que no sería igual el caso de la reparación de un reloj, o un molinillo de café, que el de una máquina lavadora, donde realmente sí supondría la pérdida del carácter gratuito de la reparación la necesidad del desplazamiento de la misma por parte del consumidor hasta el taller de reparación (48).

b) *Plazo de reparación*

El artículo 11.2 de la Ley de Consumidores y Usuarios establece que, entre otros extremos, el certificado de garantía debe indicar el plazo de duración de la garantía, pero no dice nada acerca del plazo en que debe llevarse a cabo la reparación. El Código civil italiano regula la cuestión atribuyendo al Juez la facultad de fijarlo. Carlón escribía, antes de la Ley de Consumidores y Usuarios, que la reparación había de realizarse «en un plazo razonable», y estimaba que cabía la aplicación del artículo 1.128 del Código civil (49). Parece que tras la Ley de Consumidores y Usuarios no hay ninguna razón que se oponga a este criterio, de modo que, si en el certificado de garantía no se señala un plazo dentro del cual deba realizarse la reparación, de acuerdo con el artículo 1.128 del Código civil serán los Tribunales quienes deberán fijarlo.

¿Qué ocurre cuando se produce un retraso en la obligación de reparar? ¿Supone un incumplimiento en la obligación del garante? (50).

(46) Así, por ejemplo, la OPEL durante el año siguiente a la puesta en circulación de sus vehículos garantiza el remolque desde el lugar en que se encuentre averiado hasta el garaje o concesionario.

(47) LACRUZ: *Elementos de Derecho civil II*, vol. 2.º, 2.ª ed. 1987, p. 30.

(48) Lo cierto es que la mayoría de las garantías hacen recaer sobre el titular de las mismas los gastos de transporte: «portes a cargo del usuario» (KELNER), «no están comprendidos en la garantía: c) gastos de transporte» (COMAFEL).

(49) *Op. cit.*, p. 75. LÓPEZ URIEL, al comentar esta tesis sostiene que se trataría de una aplicación analógica del artículo 1128 del Código civil. En realidad no sería una aplicación analógica, sino directa, ya que el supuesto encaja perfectamente en lo previsto por el 1.128: las partes no han señalado plazo en la garantía, pero hay que pensar que tal plazo se ha querido conceder al deudor, para que cumpla la obligación en el momento que le resulte más conveniente.

(50) Así lo entiende CARLON: *cit.*, p. 75. En la doctrina italiana, BIANCA indica que, si el vendedor no repara en el plazo adecuado, el comprador puede optar entre la resolución del contrato o la rebaja del precio (*op. cit.*, p. 274). La jurisprudencia admite que el comprador exija el cumplimiento de la obligación de reparar a través de la vía de ejecución forzosa (ver BRUNI, *cit.*, p. 570).

Como indica la jurisprudencia (51), el mero retardo no justifica la resolución del contrato, sino que es necesario una constatación de la voluntad rebelde del deudor (en este caso el obligado a efectuar la reparación). De este modo cabe entender que no es necesario para poder pedir la resolución por incumplimiento de la obligación del vendedor esperar a que se niegue también a sustituir el objeto garantizado por otro de idénticas características, sino que habrá incumplimiento (y podrá aplicarse el artículo 1.124 del Código civil) siempre que: haya una negativa a realizar la reparación o, sin producirse tal negativa expresa, sin embargo, el retraso en la reparación supere el plazo que indica la propia garantía o el que, en su caso haya señalado el Juez (siempre que, claro está, no se deba a caso fortuito o fuerza mayor).

c) Prueba del defecto y calificación del mismo

La prueba de que el defecto existe e impide al objeto alcanzar unas condiciones óptimas de uso, corresponde al comprador, al igual que ocurre en el régimen del saneamiento (52). Sin embargo, y tal y como decía Carlón con anterioridad a la Ley de Consumidores y Usuarios, hay que dudar de la validez de aquellas cláusulas, según las cuales la calificación de la avería del objeto garantizado la realiza exclusivamente el garante (53). De lo contrario, se infringiría el contenido del artículo 1.256 del Código civil, según el cual «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». Otra cosa distinta es que, como ya he dicho antes, sea el garante quién deba probar que tal defecto no es originario, y que, por tanto, no tiene obligación de proceder a la reparación del objeto garantizado.

III. SUSTITUCION DEL OBJETO POR OTRO O DEVOLUCION DEL PRECIO PAGADO

1. Presupuestos para la sustitución del objeto o la devolución del precio pagado

El artículo 11.3 b) de la Ley de Consumidores y Usuarios dice que: «En los supuestos en que la reparación efectuada no fuera satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, el titular de la garantía tendrá dere-

(51) Ver la citada por DELGADO, en LACRUZ y otros: *Elementos...* II, vol. 1.º y 2.ª ed., 1985, p. 269.

(52) Por todos, ver GARCÍA CANTERO: *cit.*, p. 344, y RIVERO: *cit.*, p. 67.

(53) *Op. cit.*, p. 73.

cho a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o a la devolución del precio pagado».

Los derechos recogidos en el artículo 11.3 b) están condicionados a que la reparación no sea satisfactoria y el objeto no revista las condiciones óptimas para el uso a que estuviese destinado. Se ha dicho que el carácter «no satisfactorio» de la reparación es un dictamen que no puede dejarse al juicio subjetivo y unilateral del comprador, pues el artículo 1.256 del Código civil se opone a ello (54). Si bien es cierto hay que defender, con igual razón, que tal juicio no puede dejarse tampoco al juicio subjetivo y unilateral del garante.

Por otra parte, para algún autor, la «condición óptima» para el uso a que estuviese destinado el producto no debe interpretarse rigurosamente, pues el estado óptimo de un objeto difícilmente se obtendrá tras una reparación (55). A mi juicio esta tesis no puede defenderse, sino que, cuando la reparación no sea totalmente satisfactoria, de modo que el objeto reparado ofrezca unas condiciones idénticas a las de cualquier otro producto de iguales características que las suyas, pero que no revista ningún tipo de defecto, debe darse entrada al derecho a la sustitución o a la devolución del precio. De no entenderse así al garante le bastaría realizar cualquier reparación, sin que con ello corriera el riesgo de verse amenazado con la necesidad de proceder a la sustitución, y al consumidor no le servirá de mucho disponer de la garantía.

En cuanto al «uso a que estuviese destinado el producto», al que se refiere el artículo 11.3 b) como punto de referencia con el que debe valorarse la reparación, parece razonable seguir el criterio que ha venido aplicándose en relación al régimen del saneamiento. Así, dicho uso no será necesariamente el propio del objeto adquirido según su naturaleza, sino el previsto por las partes al concluir el contrato (56).

En cuanto a si es necesario que haya existido previamente reparación para que proceda la sustitución del objeto o la devolución del precio, hay que tener en cuenta que en la Ley de Consumidores y Usuarios, a diferencia de lo que suele suceder en las garantías que no se sujetan a ella, la obligación de sustitución no se halla en una relación alternativa con la de reparación. Por el contrario, el artículo 11.3 b) establece que el titular de la garantía tiene derecho a la sustitución del objeto o a la devolución del precio pagado «en los supuestos en que *la reparación efectuada* no fuera satisfactoria».

(54) Ver LÓPEZ URIEL: *cit.*, p. 29.

(55) Ver LÓPEZ URIEL: *loc. últ. cit.*

(56) Por el contrario, según BERCOVITZ, R. el uso a que el bien estuviese destinado es «el que objetivamente cabe esperar, dada la naturaleza del bien, sus características esenciales y la garantía de calidad» (arts. 11.1 y 13 de la Ley) (*La defensa contractual*, *cit.*, p. 220).

Es decir, la sustitución del objeto o la devolución del precio tienen un carácter subsidiario respecto de la reparación, y el titular de la garantía tiene derecho a ellos únicamente cuando esta última lo haya logrado el perfecto estado de la cosa. Por tanto, el consumidor no podrá exigir los derechos reconocidos en el artículo 11.3 b), sino después de intentada la reparación del objeto garantizado. Otra cosa es si el garante decide sustituir desde un principio la cosa por otra de idénticas características, por ejemplo, cuando la reparación le resulte imposible. En este caso, el consumidor saldrá beneficiado, pero, sin embargo, parece que el garante no podrá imponer al consumidor (en el difícilmente imaginable caso de que le interesara) la devolución del precio pagado sin haber intentado la reparación, pues con ello privaría al consumidor del bien adquirido, que es precisamente lo que trata de evitar el artículo 11 de la Ley de Consumidores y Usuarios.

Cabe preguntarse, por otra parte, si el fracaso de la primera reparación abre, sin más, el paso al ejercicio de los derechos reconocidos en el apartado b) del artículo 11.3. La doctrina española para las garantías proporcionadas en la compra-venta de maquinaria, entendió que cuando cupiera una ulterior reparación, la buena fe imponía al comprador realizar una nueva reclamación y así proporcionar al vendedor la posibilidad de verificar una nueva reparación (57). En relación a la Ley de Consumidores y Usuarios se ha dicho que es una solución equitativa que tendría su apoyo en la aplicación del artículo 1.258 del Código civil (58).

Ahora bien, a mi juicio, si bien era razonable mantener esa postura con las garantías anteriores a la Ley de Consumidores y Usuarios y también para las actuales que no se someten a su régimen (siempre, claro está, con las matizaciones que señalaba la doctrina: que no resulte excesivo imponer al comprador una ulterior reparación, ni un número infinito de reparaciones), lo cierto es que las consecuencias de la reparación no satisfactoria en el caso de una garantía sometida a la Ley de Consumidores y Usuarios y una cláusula de garantía distinta, son muy diferentes.

En efecto, en el caso de las cláusulas de garantía utilizadas en la práctica, el vendedor, ante una reclamación, podía optar entre la reparación del objeto o su sustitución; caso de que optara por la reparación (que es lo más beneficioso para él) y no obstante, tras la misma, el objeto no quedara en perfecto estado, se producía un incumplimiento por parte del vendedor de la promesa de duración contenida en la cláusula. Por ello, de no admitir la exigencia de una segunda oportunidad al garante, habría que aplicar el artículo 1.124 del Código civil. Por el contrario, en el régimen de la Ley de Consumidores y Usuarios, tras una reparación no satisfactoria, entraría en juego el apartado b) del artículo 11.3, es decir, no se daría al comprador

(57) CARLON: *cit.*, p. 81.

(58) Ver LÓPEZ URIEL: *loc. últ. cit.*

la opción del artículo 1.124 entre resolución del contrato y su exacto cumplimiento, con derecho en ambos casos a la indemnización de daños y perjuicios.

Resumiendo, pues, la necesidad de una segunda reparación tiene sentido para evitar al garante las consecuencias que se le puedan derivar de la aplicación del artículo 1.124 del Código civil tras una reparación infructuosa, pero las cosas no se plantean así en las garantías basadas en la Ley de Consumidores y Usuarios. Además puede ser excesivo, y en la práctica suponer la propia anulación de la posibilidad de obtener la sustitución del objeto por otro, cuando de hecho creo que ya es criticable que la Ley no haya introducido la posibilidad de obtener la reparación o la sustitución como opciones a favor del consumidor (59).

En otro orden de cosas hay que analizar la cuestión de si, como afirma López Uriel, sería válida una cláusula general en la que se previera la sustitución ordenada por la Ley, pero exigiendo una determinada suma a cambio. Según este autor, las razones que apoyarían la validez de tal cláusula serían las siguientes: en primer lugar, el hecho de que el artículo 11 no exija, a diferencia de lo que ocurre con la reparación, que la sustitución sea totalmente gratuita; y, en segundo lugar, porque se produciría un enriquecimiento injusto a favor del comprador, por haber estado usando el bien durante cierto tiempo en perfecto estado (60).

En mi opinión, no se puede mantener esta postura por una serie de razones: En primer lugar, si bien es cierto que el artículo 11.3 b) no exige que la sustitución sea totalmente gratuita es porque se trata de algo obvio. Las dudas podían plantearse en relación a la reparación, donde con tanta frecuencia se viene exigiendo en los certificados de garantía que sea el comprador quien pague las piezas de recambio, o la mano de obra del técnico. Por otra parte, la tesis aducida del enriquecimiento injusto no tiene mucho peso, ya que si bien es cierto que el consumidor ha podido estar usando durante cierto tiempo una cosa en buen estado (aunque no necesariamente ha tenido que ser así) no ha sido «sin causa» (61), puesto que pagó el precio convenido y tenía derecho a disfrutar de la cosa en perfectas condiciones. Sin embargo, el argumento definitivo en contra de la validez de las cláusulas, que imponen una suma de dinero para lograr la sustitución del bien, es que, de ese modo, la garantía se vería en la práctica vacía de contenido.

En efecto, esta tesis es insostenible si se piensa que de los derechos que aparecen reconocidos en el artículo 11.3 b) (sus-

(59) Tal y como se prevé en el proyecto de *Code la consommation* preparado en Francia (ver CALAIS-AULOY: *Propositions...*, cit., p. 73).

(60) Ver *op. cit.*, p. 32.

(61) Falta la causa cuando el enriquecimiento no puede alegar ninguna razón válida en Derecho que le permita eximirse de restituir, lo cual no es desde luego el caso.

titución del objeto o devolución del precio) al configurar una obligación alternativa corresponde la elección al deudor, esto es, al garante (62). De este modo, el garante podía, incluso conscientemente, realizar una reparación infructuosa para dar así entrada al apartado b) y elegir la sustitución del objeto por otro (a cambio de un precio, según estamos diciendo). Con ello, el consumidor se vería obligado a pagar un plus para obtener un artículo ya adquirido con anterioridad. Pero, aun defendiendo que correspondió la elección al consumidor (tesis que parece más adecuada a sus intereses) (63), no sería coherente la idea de lograr la sustitución a cambio de un precio con la finalidad de la garantía, ya que, aunque el consumidor optara por la reparación (cosa poco probable) podría producirse la misma situación denunciada caso de que la opción correspondiera al garante.

IV. REPARACION DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

He querido dejar para el final la cuestión relativa a la reparación de daños y perjuicios al consumidor, pese a que en la Ley de Consumidores y Usuarios aparece en el artículo 11.3 a) por los problemas que plantea.

A pesar de las posibilidades que legalmente ofrece al consumidor el Código civil y la Ley de Consumidores y Usuarios no basta con ello para asegurar la reparación integral del perjuicio sufrido por el

(62) El 11.3 b) dice que el titular de la garantía tiene derecho «a la sustitución del objeto o a la devolución del precio pagado». En una interpretación literal del precepto, de acuerdo con el artículo 1.132 del Código civil habría que concluir que la elección entre una y otra prestación corresponde al garante. Sin embargo, éste sería uno de los casos en que, como dice SANCHO REBULLIDA, interpretada a la letra la exigencia de declaración expresa mantendría el *ius electionis* en el deudor (el garante) «cuando, según apariencias y concepciones sociales evidentes, corresponde al acreedor» (el consumidor, en este caso). Ver en LACRUZ y otros: *Elementos... II*, vol. 1.º, cit., p. 105.

Ahora bien, como dice Díez PÍCAZO, la regla del 1.132 es supletoria para el caso, no sólo de que el negocio jurídico de constitución de la relación no haya establecido a quién corresponde la facultad de elección, sino también de la posible integración de la laguna que pueda llevarse a cabo mediante la aplicación de las correspondientes reglas de interpretación integradora: en concreto, el propósito práctico perseguido por las partes y la función empírica atribuida al negocio (*Fundamentos de Derecho civil patrimonial I*, 2.ª ed., 1983, p. 503). En este sentido, si se atiende a la *ratio* protectora de la garantía y al propio principio *pro consumatore* (que en este supuesto prevalecería sobre principio del *favor debitoris*, que inspira el 1.132) habría que llegar a la conclusión de que, cuando la garantía no diga lo contrario la opción corresponde al acreedor (el consumidor) Cabe preguntarse si, incluso, podrá considerarse nula la cláusula de la garantía por la que se establezca que la elección corresponde al deudor, por aplicación de los artículos 2.3 y 10.1 c) 10.ª de la Ley de Consumidores y Usuarios en su caso. Creo que no, pues en realidad el 11.3 b) no configura claramente el derecho del consumidor a optar entre la sustitución del bien y la devolución del precio, y la interpretación propuesta sólo vale para cuando la propia garantía se limite a reproducir el contenido de la Ley.

(63) Así, por ejemplo, BERCOVITZ, R.: *La defensa contractual...*, cit., p. 220.

consumidor. El profesional debe indemnizar los daños sufridos por el consumidor, de modo que el perjuicio causado sea íntegramente reparado (64).

El artículo 11.3 a) de la Ley de Consumidores y Usuarios dice que el titular de la garantía tiene, durante el período de vigencia de la misma, como mínimo derecho a «la reparación totalmente gratuita de los vicios y defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados». Aquí vamos a analizar el alcance de la *reparación de daños y perjuicios*.

Se plantean, a mi juicio, tres órdenes de cuestiones en este ámbito:

A) La naturaleza de este derecho, es decir, de qué se está hablando con la expresión «reparación de daños y perjuicios».

B) Si esa «reparación de los daños y perjuicios» cabe sólo en el supuesto de la reparación del objeto garantizado o si también puede extenderse su aplicación a los casos del artículo 11.3 b), es decir, caso de proceder a la sustitución del objeto por otro de idénticas características o a la devolución del precio.

C) De qué daños y perjuicios debe responder el garante.

A) Por lo que se refiere a la primera cuestión hay que indicar que a primera vista la segunda parte del artículo 11.3 a) contiene la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el consumidor (65).

Sin embargo, López Uriel entiende que no se trata del derecho a recibir una indemnización de daños y perjuicios, sino del derecho del consumidor a obtener una «reparación tecnológica» (66). Los argumentos que emplea este autor pueden resumirse en los siguientes:

- El propio empleo de la palabra «reparación».
- El que, según este autor, esa reparación ha de ser totalmente gratuita», y no tiene ningún sentido calificar de gratuito el derecho a una indemnización.
- Al consumidor le resulta más interesante que le reparen «tecnológicamente» los daños sufridos, que recibir una indemnización, porque ésta puede dejarle insatisfecho. Según este autor, su interpretación sería una aplicación del principio *pro consumatore*.
- El principio de la eficacia económica ya que, entiende este autor, esta solución es la que no sólo satisface el interés del consumidor, sino que además lo hace de la forma más económica posible, favoreciendo así al vendedor, que como empresario preferirá proceder a

(64) En este sentido, CALAIS-AULOY: *Propositions...*, cit., p. 74.

(65) Lo entienden así: DUQUE: cit., p. 79, y BERCOVITZ, R.: *La defensa contractual...*, cit., p. 221.

(66) *Op. cit.*, pp. 37 y ss.

una reparación que desembolsar una cantidad de dinero. Además, dice el autor citado, si el vendedor es del mismo sector del que ha de proceder la reparación, tanto mejor, y aun en el caso de que sea de distinto sector, al vendedor le será más fácil que al propio consumidor buscar a una persona que le repare el daño producido y, seguramente, de forma más económica.

Creo que la tesis de la «reparación tecnológica» en realidad parte de un error, cual es el de confundir los conceptos de reparación de daños con el de indemnización. López Uriel escribe que: «La reparación no es en realidad una medida de responsabilidad, no tiene naturaleza de indemnización, cosa que por definición tiene la reparación de daños y perjuicios» (67).

Lo cierto es que, bien se trate de responsabilidad por incumplimiento del contrato (art. 1.101 del Código civil) o de responsabilidad extracontractual (art. 1.902 del Código civil) el objeto de la responsabilidad es siempre la reparación del daño. En el supuesto de 1.902 del Código civil, que expresamente habla de «reparar el daño», la jurisprudencia reconoce el carácter subsidiario de la indemnización (68); en el caso del 1.101, que habla de «indemnización de daños y perjuicios», la jurisprudencia, desde 1916, apunta la necesidad de que, en cuanto sea posible, el acreedor venga satisfecho con la prestación debida, la ejecución *in natura* (69). No debe confundirnos, por tanto, el que el artículo 11.3 a) emplee la palabra «reparación». Si bien es cierto que en el Código civil se usa preferentemente la expresión «indemnización de daños», y únicamente se habla de «reparar el daño» en el 1.902, tanto en un caso como otro la doctrina y la jurisprudencia entienden que el derecho que tiene el perjudicado es a la reparación del daño y es éste siempre el objeto de la responsabilidad. Otra cosa es que, cuando dicha reparación no pueda hacerse *in natura* deba hacerse *por equivalente*, a través de una suma de dinero.

Esto es lo que ocurre, a mi entender, en el artículo 11.3 a) (segunda parte), donde la norma es de responsabilidad, y su objeto es la reparación de los daños. El cumplimiento de esta obligación deberá hacerse, preferentemente, en forma específica, y sólo cuando no sea posible deberá hacerse en equivalente, pero no hay que excluir esta última posibilidad cuando la primera no pueda llevarse a cabo.

Hay además otras cuestiones. Cuando se dice que la adjetivación «totalmente gratuita» va unida también a lo que es la reparación de

(67) *Op. cit.*, p. 41.

(68) Ver DE ANGEL YÁGUEZ: *Lecciones sobre responsabilidad civil*, 1978, p. 125. DÍEZ PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. III, 1985, p. 639. CASTAN: *Derecho civil español, común y foral*, tomo IV, 12.ª ed. revisada por FERRANDIS, 1985, p. 975. LACRUZ: *Elementos...*, II, vol. 1.º, *cit.*, p. 553.

(69) Ver CASTAN: *Derecho civil español, común y foral*, tomo III, 13.ª ed., revisada por GARCÍA CANTERO, 1983, p. 242.

los daños y perjuicios, también creo que se parte de un error. No sólo porque no tiene sentido calificar el derecho a una reparación de daños de totalmente gratuito si se entiende que es una regla de responsabilidad, sino también porque así se deduce de la propia incorporación en el proceso de elaboración de la Ley de Consumidores y Usuarios de la segunda parte del artículo 11.3 a). Y es que, el artículo 11 del proyecto presentado por el Gobierno se limitaba a decir que el titular de la garantía tenía derecho a la «reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios» (70). La enmienda 199, firmada por el P.N.V proponía la adición, a lo que era el 11.2 del proyecto, de la expresión: «y las consecuencias que éstos originen» (71). Por otra parte, la enmienda 16, firmada por Bandrés, del Grupo Mixto, proponía el mismo añadido, justificándolo en que debían evitarse los perjuicios que el consumidor suele tener en estos casos (72). Ambas enmiendas fueron admitidas por la Ponencia de forma parcial (73) y la Comisión de Política Social y Empleo incluyó en su dictamen la proposición: «y los daños y perjuicios por ellos ocasionados» (74). Así, pues, la introducción del derecho a la reparación de daños fue un añadido a la «reparación totalmente gratuita de los vicios y defectos», de modo que «totalmente gratuita» sólo se refiere a esta parte del artículo.

En la interpretación de López Uriel, se emplea como un argumento la interpretación favorable al consumidor. Ahora bien, si se entiende que el derecho que recoge la Ley de Consumidores y Usuarios es el derecho a obtener una reparación «tecnológica», únicamente podrían satisfacerse los intereses del consumidor en los casos en que dichos daños fueran susceptibles de repararse «tecnológicamente». Por ejemplo, si como consecuencia de un defecto de una pieza de un aparato se avería otra parte del mismo, pero no se repararán los daños sufridos por el consumidor que, como consecuencia de la avería de su coche tiene que alquilar otro mientras se lo reparan. Y, no vale decir, como hace el autor citado (75), que cuando no sea posible la reparación tecnológica hay que acudir al capítulo VIII de la Ley de Consumidores y Usuarios, porque en éste únicamente se cubren los daños originarios en el propio acto del consumo o uso del bien,

(70) Ver «Boletín Oficial Cortes Generales», Congreso Diputados, 2, XIII, 1983, núm. 80-1, II legisl., serie A, vol. III, 1983-84, pp. 1.107 y ss.

(71) Ver Congreso Diputados. Comisión de política social y empleo. Proyecto de Ley. Enmiendas, p. 61. La justificación de la enmienda era que: «El consumidor es el perjudicado en estos casos y, sin embargo, ha de pagar actualmente el desplazamiento del técnico. Además, es también derecho del consumidor reclamar las consecuencias que ese defecto le causó (por ejemplo, otra avería)».

(72) Ver Congreso... Enmiendas, cit., p. 7.

(73) Ver Informe de la ponencia, en «Boletín Oficial Cortes Generales», Congreso, 21-3-84, núm. 80-1-2, II legisl., serie A, vol. III, 1983-84, pp. 1.116/3 y ss.

(74) Ver Dictamen de la comisión y enmiendas, en «Boletín Oficial Cortes Generales», 1983, cit., pp. 1.116/7 y ss.

(75) Op. cit., p. 44.

cosa que no ocurre, por ejemplo, con el caso citado del perjuicio sufrido por la imperiosidad de cubrir las necesidades que debiera haber satisfecho el objeto defectuoso o viciado. A mi juicio, el argumento de fondo en la tesis criticada es precisamente el de la utilidad del vendedor, ya que es precisamente él quien en todo caso quedará beneficiado con tal interpretación.

B) La segunda cuestión, es decir, si cabe la reparación de daños en el supuesto de que se proceda a la sustitución del bien garantizado por otro de idénticas cualidades o a la devolución del precio, es más compleja. La doctrina que se ha planteado esta cuestión entiende que sí (76). A mi juicio, no hay que olvidar que el artículo 11 no da al consumidor opción entre la reparación y la sustitución o devolución del precio pagado, sino que para poder llegar a reclamar la sustitución del bien por otro es necesario haber pasado por la reparación (salvo que la garantía, como ya he dicho antes, supere ese mínimo legal y permita al consumidor optar por la reparación o la sustitución).

De este modo, el consumidor tendrá derecho a la reparación de los daños que en su caso haya sufrido hasta la reparación, pero, si ésta es insatisfactoria y se reproduce ese u otro vicio y el consumidor sufre nuevos daños, ¿tendrá derecho a la reparación de éstos en virtud de la garantía? Dado el tenor literal del artículo 11.3 a) y b), hay que concluir que por esta vía no cabe.

Quizá pudiera llegarse a una respuesta afirmativa por aplicación del artículo 1.101 del Código civil, ya que hay que entender que la presencia de defectos en la cosa, desconocidos para el comprador comporta una suerte de incumplimiento o cumplimiento defectuoso; en este sentido, aunque finalmente el consumidor obtenga el cumplimiento (sustitución del objeto por otro) o incluso recupere su dinero, está claro que su situación no será la misma que si lo hubiera obtenido en el momento en que se perfeccionó el contrato (77).

C) Finalmente, se trata de averiguar con esta cuestión de entre los posibles daños causados al consumidor cuáles son reparables al amparo del artículo 11.3 a) de la Ley de Consumidores y Usuarios.

La cuestión no es fácil. El problema se plantea fundamentalmente porque el capítulo VIII de la propia Ley regula la responsabilidad por daños. En estos términos, surge la duda de que, si los artículos 25 y siguientes de la Ley de Consumidores y Usuarios contemplan

(76) Ver DUQUE: *cit.*, p. 77, y BERCOVITZ, R. para el que la razón es la aplicación del artículo 1.124 del Código civil (*La defensa...*, *cit.*, p. 221).

(77) Parece trasladable aquí la doctrina del Tribunal Supremo de compatibilidad entre la acción de saneamiento por defectos ocultos con la de daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato (sobre este punto véase ESPÍN CÁNOVAS: *Concurrencia de la acción de saneamiento por vicios ocultos en la compra-venta y de las acciones generales de nulidad, resolución o daños contractuales*, en «RGLJ», 1976, especialmente, pp. 931 y ss.).

la responsabilidad por los daños derivados de todo tipo de bienes, cuáles son los reparables según el artículo 11.3 a).

Para tratar de dar respuesta a esta cuestión es necesario precisar cuáles son las diferencias existentes entre el capítulo VIII y la referencia del artículo 11.3 a) a la reparación de los daños y perjuicios:

— El derecho a la indemnización del 11.3 a) sólo lo tiene el consumidor titular de la garantía; es decir, no cubre los daños que pueda experimentar el consumidor material o de hecho (78). Por tanto, todos los posibles daños que experimenten personas distintas del titular de la garantía no podrán, en ningún caso, acogerse a la norma contenida en el artículo 11 sobre indemnización de daños y perjuicios. En estos supuestos necesariamente deberá acudir a las reglas sobre responsabilidad del capítulo VIII de la Ley (79).

— Por otra parte, cabe preguntarse por el criterio de imputación de responsabilidad del artículo 11.3 a). Ya he dicho anteriormente que la garantía del artículo 11 de la Ley configura en relación a los bienes de naturaleza duradera una obligación de resultado. Ello supone, lógicamente, prescindir de toda atención a la existencia o no de culpa por parte del garante. De este modo, el garante habrá de responder siempre de los daños y perjuicios sufridos por el titular de la garantía por causa de los vicios o defectos originarios de la cosa. Si se trata de uno de los bienes incluidos en el artículo 28 de la Ley de Consumidores y Usuarios (electrodomésticos, vehículos de motor...) habrá que concluir que, al prescindir también de la culpa este precepto, la víctima-titular de la garantía se encontrará, en principio, con dos vías similares para exigir la reparación de los daños sufridos, pues no debería probar la culpa en ninguna de las dos (80).

(78) En este sentido, ver DUQUE: *cit.*, núm. 84, p. 74.

En cuanto a las distintas nociones concretas de consumidor como consumidor-cliente (que, a mi juicio, en el caso del artículo 11 supone combinar este criterio con el establecido en el artículo 1 de la Ley de Consumidores y Usuarios) y como consumidor material (quien de hecho usa o consume los bienes o servicios adquiridos) véase BERCOVITZ, A.: *Ámbito de protección...*, *cit.*, pp. 20 y 21.

(79) A pesar de las numerosas dificultades que ofrece la interpretación del oscuro capítulo VIII parece que sí cubre los daños sufridos por quien, sin ser el adquirente del bien, lo usa o lo disfruta. Más discutible, sin embargo, es la cuestión de si la protección del capítulo VIII alcanza a quien, sin ser el adquirente ni tampoco el consumidor material, de hecho, del bien resulta dañado. Sobre estas cuestiones véase BERCOVITZ, R.: *La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios*, en «Estudios sobre consumo», núm. 3, 1984, especialmente p. 132.

(80) Otra cosa distinta son los problemas que pueden derivarse del límite de 500 millones de pesetas fijado por el artículo 28 para las responsabilidades que se deriven de este artículo, e incluso, el hecho de que, quizá, aunque el artículo 28 no aclara qué sujetos deben responder, pueden no coincidir con el garante a que hace referencia el artículo 11.3.

En Derecho italiano, a pesar de que algún sector doctrinal ha defendido en relación a la garantía de buen funcionamiento el mantenimiento de los principios comunes de responsabilidad acerca de la exigencia de culpa o dolo, la jurisprudencia ha afirmado

Por el contrario, si se trata de bienes no incluidos en el artículo 28, el consumidor dañado podrá verse privado de la indemnización si el vendedor, productor... prueban que no hubo culpa, cosa que no ocurriría si la reparación de los daños se exigiese a través del artículo 11.3 a).

Excluidos, por tanto, los daños producidos en la persona o el patrimonio de quien no sea titular de la garantía, debe analizarse qué daños, de los sufridos por este último, pueden ser reparados al amparo del 11.3 a). A este respecto creo que hay que distinguir, por un lado, entre daños causados por la compraventa, es decir, como resultado de la defectuosidad de la prestación, del defectuoso cumplimiento del contrato, de los daños causados por la cosa, esto es, los perjuicios resultantes de la defectuosidad del objeto de la prestación (81). Se reproduce aquí, de este modo, la discusión que la doctrina española ha venido manteniendo en torno al alcance de la indemnización de daños del artículo 1.486.2 del Código civil. Mientras existe unanimidad acerca de la comprensión en el artículo 1.486.2 de la llamada responsabilidad contractual, hay dudas en relación a los daños causados por la propia cosa objeto de la compra-venta (82).

El artículo 11.3 a) habla de los daños o perjuicios ocasionados por los vicios o defectos de la cosa, lo que, interpretado literalmente, lleva a pensar en los daños causados por la propia cosa. Ahora bien,

que la determinación de los daños resarcibles es independiente de la culpa o dolo del vendedor. Se justifica este criterio en el hecho de que la garantía prescinde de la causa que ha determinado el mal funcionamiento. Ver BIANCA: *cit.*, núm. 9, pp. 275 y 276, y BRUNI: *cit.*, p. 570.

(81) La terminología es de ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO (*La responsabilidad civil del fabricante*, 1974, pp. 254 y ss.). DUQUE habla a estos efectos respectivamente de los perjuicios «que se producen directamente como consecuencia del defecto de que adolece la cosa vendida» y de los «daños que, a partir de estos defectos de fabricación se produzcan en el patrimonio del comprador» (*op. cit.*, p. 74, núm. 84).

(82) En relación a los daños causados por la propia cosa objeto de la compraventa las posturas mantenidas antes de la aprobación de la Ley de Consumidores y Usuarios pueden resumirse en las siguientes:

— La sostenida por BADENES para quien, puesto que el artículo 1.486 no distingue tipos de daños no debe ser el intérprete quien distinga y, por tanto, podrían incluirse los daños causados por la propia cosa (claro está, sólo si el comprador opta por la resolución y el vendedor conocía los vicios). Ver *op. cit.*, p. 705.

— Para GARCÍA CANTERO debe aplicarse el artículo 1.902 del Código civil para lograr el resarcimiento de los daños causados por la cosa objeto de la compra-venta (ver *op. cit.*, p. 352).

— Finalmente, ROJO Y FERNÁNDEZ DEL RÍO, aun reconociendo la posibilidad de que el comprador pudiera ejercitar la acción del 1902, entiende que no es necesario recurrir a tal vía, ya que la *ratio* del 1.484 del Código civil permite extender la noción del vicio o defecto oculto hasta hacerla coincidir con la de defecto de fábrica (*op. cit.*, pp. 291 y ss.).

La jurisprudencia italiana mantiene en este punto un criterio restringido. Así, afirma, que si el vendedor procede a la reparación o sustitución de la cosa el daño a resarcir será la ausencia o disminución de la utilidad del bien hasta la eliminación del defecto o la sustitución del bien (ver BIANCA: *cit.*, núm. 8, p. 275, y RUBINO: *op. cit.*, p. 884).

la regulación de la reparación de tales daños está recogida en el capítulo VIII de la Ley de Consumidores y Usuarios. Por otra parte, si se atiende a la voluntad del legislador da la impresión de que con la introducción de la proposición que ahora nos ocupa se querían evitar al consumidor los perjuicios derivados de la prestación defectuosa pero, al no ser debatida esta cuestión y dada la brevedad de las justificaciones de las enmiendas no pueden sacarse muchas conclusiones en un sentido o en otro. Lo que sí está claro, es que los autores de la Ley de Consumidores y Usuarios entendían que el artículo 11 de la misma no contenía una regulación de la responsabilidad para el caso en que el garante incumpliera las obligaciones que para él se dedujeran de la garantía, sino que entonces debían aplicarse las normas generales del Código civil (83).

Así, parece cierto que la obligación de reparar establecida por el artículo 11.3 a) de la Ley de Consumidores y Usuarios no hace mención a los daños que se produzcan como consecuencia del incumplimiento de las propias obligaciones de reparar y sustituir en su caso. Sin embargo, subsiste la duda de si se extiende tanto a los daños que resulten del incumplimiento de la obligación de entregar la cosa sin vicios, como a los producidos en la propia cosa.

En cuanto a los primeros, es decir, los que sean resultado de la defectuosidad de la prestación, al igual que ocurre con el artículo 1.486.2 del Código civil, la respuesta ha de ser afirmativa. El resarcimiento alcanzará además del interés contractual negativo, todo el interés positivo, para poner al titular de la garantía en la situación que se encontraría si la cosa hubiera estado exenta de vicios (84). ¿Qué sucede, pues, con los daños causados por la cosa? (85).

Respecto de los daños producidos por la propia cosa se plantea la existencia de un concurso de responsabilidades. Si los llamados a responder por una vía y otra son personas distintas, no habrá obstáculo a la concurrencia de responsabilidades de ambas (86). El problema

(83) Ver *Cortes Generales*, en «Diario de Sesiones Congreso Diputados», 1984, II legisl., núm. 113, pp. 5.176 y 5.181.

(84) No es, por tanto, de aplicación el artículo 1.107 del Código civil, pues la garantía prescinde de toda alusión a la culpa.

(85) Para DUQUE la indemnización del artículo 11 «no se refiere directamente a los perjuicios que el vicio o defecto de calidad pudiera irrogar en el patrimonio (o en la salud, integridad física o la vida) de los consumidores o usuarios», por lo que tales normas hay que buscarlas en el capítulo VIII de la Ley (*op. cit.*, p. 79). Es interesante a este respecto el planteamiento de la *Commission de Refonte du droit de la consommation* que considera que si bien las normas de responsabilidad de productos únicamente deben cubrir el daño corporal, los daños «materiales» que no sean corporales deben repararse por el sistema de la garantía legal (solución que no sigue la Ley de Consumidores y Usuarios acertadamente, entre otras cosas, porque la garantía del artículo 11 se limita a determinados bienes). Sin embargo, la comisión francesa para la elaboración de un Código del consumo, opina que ello no impide que los daños corporales puedan ser indemnizados por la vía de la garantía legal (ver CALAIS-AULOY: *Propositions...*, *cit.*, pp. 79 y ss).

(86) Ello es posible, puesto que ni en la garantía del artículo 11 ni tampoco en

se plantea cuando el concurso de responsabilidades se da en un mismo sujeto. En favor del titular de la garantía al que la cosa defectuosa haya ocasionado algún daño se produce un concurso de acciones. El titular de la garantía dañado podrá entonces optar por una u otra acción de responsabilidad. Esta solución, aceptada en otros sectores por nuestro Tribunal Supremo (87), favorece al consumidor. En efecto, ya hemos visto cómo el titular de la garantía en algunos supuestos tendrá interés en reclamar la reparación de esos daños y perjuicios a través del artículo 11.3 a). Un ejemplo de esta situación se dará cuando se trate de un bien no incluido en el artículo 28 y, por tanto, el eventual responsable pueda exonerarse mediante la prueba de que cumplió las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias a que alude el artículo 26 de la Ley de Consumidores y Usuarios.

V. LA GARANTIA DEL ARTICULO 11 DE LA LEY DE CONSUMIDORES Y USUARIOS Y LOS DERECHOS DEL COMPRADOR EN EL CODIGO CIVIL

Uno de los problemas que sin duda será más discutido en relación a la garantía del artículo 11 de la Ley de Consumidores y Usuarios es el de si la misma excluye o limita la utilización de los remedios generales reconocidos al comprador en el Código civil. Pienso que los argumentos esgrimidos por la doctrina anterior a la Ley de Consumidores y Usuarios no son trasplantables a la garantía de la Ley de Consumidores en la medida en que esta última es una garantía establecida imperativamente en favor del consumidor. En este sentido, no cabe entender que las partes, de acuerdo con la posibilidad que ofrece el párrafo 2 del artículo 1.485 del Código civil, han derogado el sistema de la garantía legal.

el capítulo VIII se dice, respectivamente, quién es el garante y quién debe responder de los daños por productos.

Acerca de la posibilidad de que sean garantes, alternativamente, el productor o el suministrador, ver DUQUE: *cit.*, p. 78. BERCOVITZ, R. dice que, a pesar de que no existe una base legal clara para semejante solución, la única forma de proteger adecuadamente al consumidor es recurrir a la responsabilidad solidaria de ambos (*La defensa contractual...*, *cit.*, p. 221). Por otra parte, en el capítulo VIII existe una gran confusión sobre los sujetos responsables de los daños. Sin delimitar en qué supuestos lo son cada uno de ellos, la Ley habla de «quienes producen, importan, suministran o facilitan productos o servicios» (art. 26), del «fabricante, importador, vendedor o suministrador» (art. 27.1 a) e, incluso, en el artículo 28 no menciona a ningún sujeto responsable («se responderá»).

(87) Aunque no es pacífico el tema en la doctrina, recientemente se admite en nuestro Derecho la posibilidad de un concurso de responsabilidad contractual y extracontractual. El capítulo VIII no es en realidad un régimen de responsabilidad extracontractual, sino más bien un sistema en el que se prescinde de la existencia o no de una relación contractual.

Sobre los problemas que se suscitan acerca de la acumulación de la responsabilidad contractual, ver JORDANO FRAGA: *Consideraciones preliminares para un estudio crítico de las reglas de responsabilidad contractual en el Código civil español*, en «ADC», 1984, núm. 22, pp. 115 y 116.

Se trata de una cuestión dudosa que la Ley no aclara suficientemente. Se hace necesario determinar si la garantía del artículo 11 de la Ley de Consumidores y Usuarios no excluye el régimen del saneamiento por vicios, porque éste conserva su virtualidad, por ejemplo, para los defectos no cubiertos por la garantía o, aunque el caso es puramente académico, en el supuesto de una garantía con plazos menores (88) o si, por el contrario, la garantía no excluye las obligaciones legales (89).

A mi juicio, limitar la posibilidad del saneamiento a los supuestos no cubiertos por la garantía es prácticamente nula. No sólo porque en la práctica la garantía basada en el artículo 11 será más larga que la que ofrece el saneamiento (seis meses), sino también porque en muy pocos casos los defectos no cubiertos por la garantía lo estarán por el régimen del saneamiento, en relación al cual doctrina y jurisprudencia entienden que los vicios han de ser preexistentes a la conclusión del contrato, al menos en su origen, que es tanto como decir originarios.

Por mi parte pienso que habrá que diferenciar dos supuestos: aquéllos en los que el defecto sea de tal gravedad que haga la cosa de imposible aprovechamiento para el comprador o la insatisfacción del mismo sea total, que deberá considerarse como un caso de incumplimiento, y aplicar, por tanto el artículo 1.124 del Código civil (de acuerdo con el cual el comprador podrá optar entre el cumplimiento del contrato, que equivaldrá a la sustitución del objeto por otro, y su resolución, con indemnización de daños y perjuicios en ambos casos) de todos los demás supuestos en que el objeto sea defectuoso. Para estos segundos debe afirmarse, a mi juicio, el derecho del comprador a optar entre las acciones que ofrece el artículo 1.486 del Código civil (cuando se cumplan todos los requisitos que se exigen para el saneamiento) y los derechos que reconoce el artículo 11 de la Ley de Consumidores y Usuarios.

(88) En este sentido se manifestaba ya CARLON para la cláusula de garantía en la compra-venta de maquinaria (*op. cit.*, p. 58). En este supuesto la conclusión tenía su explicación en que las partes derogaban el sistema legal de la garantía. Quizá fuera más discutible si, de extinguirse la garantía pactada, recobraría su vigencia la garantía legal, es decir, si se trataba de una derogación o más bien de una suspensión de los remedios ofrecidos por el Código civil. En relación con la garantía del artículo 11 de la Ley de Consumidores y Usuarios, mantiene la derogación de los remedios del Código civil para cuando no pueda aplicarse la garantía LÓPEZ URIEL: *cit.*, p. 11.

La jurisprudencia italiana mantiene en relación a la garantía de buen funcionamiento, que el comprador puede prevalerse de los remedios generales después de que haya terminado el plazo de la garantía. Por el contrario, la resolución del contrato o la acción para exigir la rebaja del precio no pueden ser ejercitadas de modo que impidan al vendedor la reparación o la sustitución del bien. La garantía suspende estos remedios, porque se establece tanto en favor del comprador como del vendedor (ver. BIANCA: *cit.*, núm. 12, p. 276, y núm. 14, p. 277).

(89) Así, LÓPEZ SÁNCHEZ: *La tutela del consumatore in Spagna, cit.*, p. 978, núm. 41, y BERCOVITZ, R.: *La defensa contractual...*, *cit.*, p. 218.

Las razones que apoyan la no derogación del régimen de saneamiento son no sólo el hecho de que el artículo 11.3 configure los derechos que allí se reconocen «como mínimo(s)» (90), sino también el principio de interpretación favorable al consumidor. Normalmente al comprador le satisfará más que le reparen el bien, que ejercer las acciones estimatoria o resolutoria y no poder disponer del bien adquirido. Pero ello no siempre será así. Puede haber ocasiones en que el comprador prefiera resolver directamente el contrato sin que pueda considerarse que haya incumplimiento y, por tanto, no pueda aplicársele el artículo 1.124 del Código civil (por ejemplo, cuando una persona compra un coche cuando le van a dar las vacaciones aprovechando la oportunidad de estrenarlo entonces; si se le obliga a seguir el régimen de la garantía del artículo 11 mientras le reparan el vehículo, han podido transcurrir sus vacaciones). Si se mantuviera la tesis contraria, es decir, la de la exclusión de las acciones del régimen del saneamiento, habría que concluir que la garantía del artículo 11 de la Ley de Consumidores y Usuarios se había creado en beneficio exclusivo de los vendedores, que de este modo verían garantizada su venta, ya que el comprador no podría resolver el contrato salvo en los casos en que pudiera considerarse que había incumplimiento y pudiera aplicarse el artículo 1.124 (91).

Finalmente, puede ser interesante plantearse si, una vez intentada la reparación y no resultando satisfactoria, cabe ejercitar la acción *quantum minoris*. De este modo se renunciaría a la sustitución del bien defectuoso a cambio de una devolución parcial del precio pagado (92). Esta solución, que podría defenderse a la vista del último inciso del artículo 11.1 (93), no me parece posible con carácter general. El consumidor no tiene que conformarse con una reparación que no sea total-

(90) La expresión «como mínimo», se introdujo en el artículo 11 como consecuencia de la enmienda núm. 15, presentada por BANDRÉS para «dejar abierta la posibilidad de que puedan darse otros derechos no recogidos en el proyecto». La ponencia encargada de informar el proyecto de Ley aceptó esta enmienda, y la comisión la incluyó en su dictamen.

Una interpretación restrictiva incluiría únicamente la posibilidad de los derechos que voluntariamente quiera reconocer al consumidor, pero, puesto que la Ley no distingue, parece que deben mantenerse los remedios que ofrece el Código civil.

(91) Otra cosa es, como dice CALAIS-AULOY, que los consumidores muchas veces ignoran los remedios que les reconoce el Código civil y creen que sólo tienen derecho a aquello que aparece en el certificado de garantía que se les entrega (*Droit de la consommation*, cit., p. 225).

(92) En este sentido, LÓPEZ URIEL: cit., pp. 30 y 31.

(93) Efectivamente, el artículo 11.1 establece que: «El régimen de comprobación, garantía y posibilidad de renuncia o devolución que se establezca en los contratos, deberá permitir que el consumidor o usuario se asegure de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del producto o servicio; pueda hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación, y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del producto o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento».

mente satisfactoria, aunque se ofrezca a cambio de una reducción del precio (94).

Ahora bien, aunque la imposición de tal condición por el garante sea nula, a mi juicio, puede admitirse la validez de un acuerdo con el consumidor en estos términos, ya que es posible que este remedio satisfaga sus intereses en determinados casos.

(94) Para BERCOVITZ, R. la Ley excluye que el garante pueda salvar su responsabilidad mediante una rebaja del precio, tanto si la oferta se hace desde el principio (una vez descubierto el defecto), como si se hace después de uno o varios intentos de reparación (*La defensa contractual...*, *cit.*, p. 220).

INFORMACION LEGISLATIVA (*)

A cargo de
PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH

I. DERECHO CIVIL

1. *Parte general*

1. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Adhesión a la Convención Interamericana sobre prueba en información del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979. Instrumento de 10 de noviembre de 1987 («B.O.E.» del 13 de enero de 1988).

Esta Convención surgió en el seno de la Organización de Estados Americanos, aunque abriéndose a la adhesión de otros Estados. Trata de organizar la cooperación internacional para facilitar la prueba e información del Derecho interno de los Estados firmantes.

Corresponde a las autoridades centrales de cada Estado atender a las solicitudes de autoridades de otros Estados sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de sus normas internas. Tales solicitudes podrán formularse directamente por las autoridades jurisdiccionales y se contestarán a través de las autoridades centrales. Se consideran medios idóneos de prueba del Derecho del Estado requerido las copias certificadas de textos legales, dictámenes de Abogados o informes del propio Estado.

2. DERECHO FORAL DE GALICIA. Se modifica su compilación reguladora. Ley del parlamento de Galicia 7/1987, de 10 de noviembre («B.O.E.» del 8 de febrero).

A) Exposición:

La presente Ley de la Comunidad Autónoma gallega tiene por objeto primordial integrar en el ordenamiento autonómico el texto de la Ley de 2 de diciembre de 1963, que aprobó la Compilación del Derecho Civil especial de Galicia. Pero además de la operación anterior se modifica limitadamente su contenido, en los siguientes aspectos:

1. Aplicación del Derecho Civil de Galicia: Se precisa como ámbito territorial el de la Comunidad Autónoma gallega, sin perjuicio de la posible extensión

(*) Se refiere a las disposiciones publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» durante el primer trimestre de 1988.

mayor que permitan normas autonómicas o estatales. En todo caso, el derecho propio de Galicia en materia de su Derecho Civil tiene aplicación preferente.

2. *Compañía familiar*: Se proclama la igualdad, en su seno, del hombre y la mujer casados.

3. Se suprimen las referencias a la interdicción civil.

4. *Evolución futura del Derecho gallego*: Sustituidas por la Compilación las antiguas normas forales, se salva la competencia autonómica para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil de Galicia.

5. *Derecho supletorio*: La legislación Civil del Estado, que no sea de directa aplicación general, será supletoria de las disposiciones del Derecho Civil de Galicia.

6. *Disposiciones transitorias*: Se concretan sus referencias a la Compilación de 1963.

7. *Disposición derogatoria*: Se declaran definitivamente derogadas las normas de la Compilación sobre foros (arts. 3 a 46, que ya tenían agotada su vigencia) y comunidades sobre montes (arts. 88 y 89, derogados por la primera Ley de Montes Vecinales en Mano Común de 1968).

B) Observaciones:

El nacimiento de las comunidades autónomas y su progresivo ejercicio de competencias, con arreglo a los Estatutos de Autonomía, ha dado lugar a una nueva etapa en la existencia de los *Derechos Civiles Forales*, no sólo por ver garantizada constitucionalmente su vigencia, sino por abrirse un proceso de renovación e incluso expansión (sobre esto, véase mi trabajo «El Derecho Civil en los Estatutos de Autonomía», en este Anuario XXXVII-II, págs. 389-436). De esta forma, varias comunidades autónomas han procedido, como ahora la gallega, a integrar en su ordenamiento las Compilaciones forales y a reformar su contenido en cuanto resultaba incompatible con los propios principios constitucionales (Cataluña, Ley 13/1984, de 20 de marzo; Aragón, Ley de 21 de mayo de 1986; Navarra, Ley Foral 5/1987). Incluso ha comenzado ya la reforma de aspectos técnicos de las instituciones forales y la regulación de materias no compiladas (así, la Ley balear de 11 de abril de 1985 y las catalanas de 25 de mayo de 1987).

La Ley gallega reseñada cumple la primera de las misiones indicadas antes, pero también anuncia el desarrollo del Derecho foral gallego, sin «ceñirse a los supuestos institucionales recogidos en el texto, por cierto no completo, de la Compilación» (Exposición de Motivos), es decir, con una expansión libre. Tal interpretación del desarrollo del Derecho Foral desborda claramente las previsiones constitucionales, de tenor historicista, y resulta más llamativa, aún, si se refiere al Derecho gallego, cuyas principales figuras históricas van agotando su existencia. De prosperar tal tesis se llegaría a una creación de normas forales nuevas, desligadas del ámbito histórico foral que integrarían un Derecho particular carente de justificación en la actualidad.

3. **DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**. Convenio entre España y la República Federal de Alemania de 14 de noviembre de 1983, sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos en materia civil y mercantil. Instrumento de ratificación de 18 de enero de 1988 («B.O.E» del 16 de febrero).

El presente convenio bilateral establece un régimen especial para facilitar el reconocimiento y la ejecución en los Estados firmantes de las resoluciones dictadas por órganos judiciales del otro Estado. Igual régimen se aplicará a las transacciones judiciales y a los documentos públicos con fuerza ejecutiva, siempre que versen sobre materias civiles o mercantiles.

Respecto al reconocimiento, el Convenio determina los puntos de conexión precisos para reconocer la competencia, de los órganos judiciales que dictaron la resolución, así como los motivos tasados para denegarlo.

La ejecución procederá previo exequatur dictada por Tribunal competente del Estado requerido.

4. ELABORACION DE LAS LEYES. Regulación de la iniciativa legislativa popular en Galicia. Ley del Parlamento de Galicia 1/1988, de 19 de enero («B.O.E.» del 17 de febrero).

Cumpliendo la previsión del Estatuto de Autonomía, el Parlamento gallego aborda la regulación de esta materia en forma similar a las disposiciones emanadas de otras comunidades autónomas.

De la presente disposición cabe destacar los siguientes extremos:

1. Pueden ejercer la iniciativa legislativa los gallegos mayores de edad, inscritos en el censo electoral y en número mínimo de 15.000.

2. Las proposiciones de Ley deberán basar sobre materias no excluidas de este procedimiento legislativo y presentarse a la Mesa del Parlamento.

3. Las firmas recogidas deberán autenticarse por fedatario público o por fedatarios especiales.

4. La Comisión promotora será resarcida de los gastos producidos si la proposición es tramitada por el Parlamento. Como máximo la indemnización alcanzará 100 pesetas «constantes» (es decir, actualizadas según el valor del dinero, lo cual es una novedad de esta Ley) por cada firma válida recogida.

5. CONDICION JURIDICA DE LA MUJER. Se regula su incorporación a las Fuerzas Armadas. Real Decreto-Ley 1/1988, de 22 de febrero («B.O.E.» del 23).

La igualdad de condición entre el hombre y la mujer encontraba, hasta ahora, un reducto exento en la organización militar, donde las reservas o discriminaciones superaban claramente las que pueden resultar de las aptitudes físicas para desempeñar ciertos destinos. Mediante este Decreto-Ley se permite con carácter general el acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas, pero graduando la aplicación de este principio. A partir del presente año ya se convocarán las pruebas para el acceso a ciertos Cuerpos y Escalas sin hacer distinciones por razón del sexo de las aspirantes. En este grupo se incluyen, por ejemplo, los Cuerpos Jurídicos y de Intervención. Para los restantes Cuerpos y Escalas se prevé el acceso de la mujer una vez se realicen las necesarias adaptaciones organizativas y de infraestructura.

6. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Ratificación del Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, para facilitar el acceso internacional a la Justicia. Instrumento de 20 de enero de 1988 («B.O.E.» del 30 de marzo).

El Convenio otorga a los nacionales o residentes en los Estados contratantes del derecho a disfrutar de asistencia judicial, en materias civiles o mercantiles, en iguales condiciones que si fuesen nacionales del Estado a que dirija la solicitud. La asistencia se extenderá al asesoramiento jurídico cuando el solicitante esté presente en dicho Estado. Para facilitar el ejercicio de este derecho, los Estados-partes deberán designar una Autoridad Central que reciba las solicitudes y se comunique con las equivalentes de otros Estados.

3. *Derechos reales*

7. PROPIEDAD HORIZONTAL. Reforma de la Ley reguladora de 21 de julio de 1960. Ley 2/1988, de 23 de febrero («B.O.E» del 27).

A) Exposición:

Se modifican los siguientes extremos de la Ley de Propiedad Horizontal:

1. Convocatoria de la Junta de Propietarios. Se prevé que en ella pueda constar la previsión de reunión en segunda convocatoria. En todo caso las citaciones, escritas, se entregarán en el domicilio en España designado por cada propietario o, en su defecto, en el piso o local.

2. Reunión de la Junta en segunda convocatoria. Admitida la convocatoria conjunta, la reunión deberá celebrarse en segunda convocatoria media hora después de la primera no realizada. De no cometer esta previsión las citaciones deberán convocarse de forma independiente.

Los acuerdos deberán adoptarse por la mayoría de asistentes, siempre que representen la mayoría del valor de las cuotas de los presentes.

3. Pago de las cuotas de la Comunidad. Esta obligación recae sobre el titular del piso o local, debiendo hacerse efectiva en la forma determinada por la Junta. El Presidente o el Administrador autorizado podrá acudir a la vía judicial, sin requerimiento previo, para exigir el pago. En estos casos, la certificación del acuerdo de la Junta en que se liquide la deuda será título para lograr el embargo preventivo (art. 1.400 Ley de Enjuiciamiento Civil), siempre que se haya notificado al deudor.

4. Transmisión del piso o local. En la correspondiente escritura deberá hacerse constar la circunstancia de estar al corriente en el pago de los gastos comunes o indicar los pendientes.

El transmitente estará obligado al saneamiento de los gastos a que esté afecto el piso o local.

Finalmente, interesa destacar que la presente Ley entrará en vigor a los veinte días de su publicación, como es norma general, aplicándose el régimen de convocatorias a las que se realicen desde entonces y las disposiciones sobre reclamación judicial de gastos a los procesos que se inicien con posterioridad a tal momento de vigencia.

B) Observaciones:

La Ley de Propiedad Horizontal de 1960 supuso un importante paso en la organización jurídica de los bienes inmuebles, pero adolecía de ciertas rigideces y lagunas, manifiestos durante su continuada vigencia, que impedían el buen fun-

cionamiento de la institución, sobre todo en los momentos de plantearse controversias judiciales. La presente Ley no supone una completa revisión del texto anterior, ni siquiera acomete la regulación de ciertas figuras que han proliferado en la práctica suscitando problemas especiales (urbanizaciones, conjuntos de bloques, subcomunidades, multipropiedad...), sino que se limita a retocar la vigente Ley, modificando lo imprescindible para asegurar su correcta aplicación.

Partiendo, pues, del limitado alcance de la reforma, su contenido merece un juicio favorable. Las convocatorias simultáneas, generalizadas en la práctica, no tenían claro encaje en el texto legal, lo que hacía impugnables los acuerdos que se adoptasen. Por otra parte, las reclamaciones judiciales de los créditos de la Comunidad contra alguno de los propietarios debían someterse a un camino procesal dilatado, sin gozar de ningún beneficio ni medida preventiva de ejecución, lo cual las privaba virtualmente de eficacia. Ambas deficiencias son corregidas por el nuevo régimen legal, aunque no debería olvidarse la conveniencia de regular las nuevas situaciones surgidas alrededor de la propiedad horizontal y que suscitan problemas nuevos.

II. DERECHO REGISTRAL

8. REGISTROS DE LA PROPIEDAD. Régimen de apertura al público y normas sobre las oposiciones de ingreso al Cuerpo de Registradores. Real Decreto 1.752/1987, de 30 de diciembre («B.O.E.» del 15 de enero).

Se modifica el Reglamento Hipotecario para regular con flexibilidad y amplitud el horario de apertura al público de las oficinas registrales a efectos de la presentación de documentos inscribibles. Asimismo se da nueva regulación a las oposiciones de ingreso en el Cuerpo de Registradores, introduciendo la posibilidad de constituir varios Tribunales que actúen simultáneamente.

III. DERECHO MERCANTIL

9. PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES. Régimen de los servicios de reparación de aparatos de uso doméstico. Real Decreto 58/1988, de 29 de enero («B.O.É» del 3 de febrero).

El Derecho de los Consumidores, de reciente aparición, constituye una rama jurídica intermedia o hiluida, pues agrupa normas de distinta naturaleza y procedencia. La presente disposición, de índole administrativa, se refiere a una parcela limitada de este sector del ordenamiento, pero de gran relevancia práctica por su continua aplicación. El régimen de protección se aplica a las operaciones de instalación, conservación, reparación o mantenimiento de bienes de consumo duradero y uso doméstico que, en su funcionamiento, utilicen o transformen la energía.

La regulación de las situaciones en que se protege especialmente a los consumidores es muy detallada, comprendiendo las siguientes: admisión de solicitudes de asistencia técnica, elaboración de presupuesto previo, documentación de la entrega de aparatos, dotación de piezas de repuesto, facturas y garantía de las reparaciones.

Como corresponde a la naturaleza administrativa de la disposición, el control de su aplicación corresponde a los órganos administrativos competentes en la materia. El presente Decreto entrará en vigor a los seis meses de su publicación, aplicándose sólo supletoriamente en las comunidades autónomas que ostentan facultades normativas para la protección de los consumidores.

IV. DERECHO PROCESAL

10. DEPOSITOS Y CONSIGNACIONES JUDICIALES. Se establece un nuevo régimen. Real Decreto 34/1988, de 21 de enero («B.O.E» del 30).

La Ley 19/1986, de 14 de mayo, que reformó los procedimientos de ejecución hipotecaria (reseñada en este Anuario, XXXIX-III, disposición número 22 de la Información legislativa) autorizó al Gobierno para modificar las normas que regulan los depósitos, cauciones y consignaciones judiciales, sustituyendo al Decreto de 14 de octubre de 1971 vigente.

La nueva regulación, además de simplificar los trámites para estas operaciones, trata de uniformar las condiciones y prescinde de la intervención de la Caja General de Depósitos, canalizando todas las actuaciones a través de las cuentas abiertas en entidades de crédito.

Principio básico de la regulación es la prohibición de la recepción material de dinero o cheques en los Juzgados y Tribunales, salvo las excepciones previstas por las Leyes, de forma que tan pronto los órganos judiciales reciban aquéllos habrán de depositarlos en las entidades de crédito.

Para realizar las operaciones cada secretaría abrirá en la entidad de crédito que se determine una «cuenta de Depósitos y Consignaciones». Los ingresos en esta cuenta se formalizarán en impreso oficial y las disposiciones de sus fondos precisará las firmas del Presidente o Juez y del Secretario. Cuando se desconozca el órgano destinatario del depósito, el ingreso habrá de hacerse en la cuenta del Juzgado Decano o del Juzgado de Guardia, en caso de actuaciones penales.

Las entidades de crédito en las que se abran las cuentas se determinarán de forma general por el Ministerio de Justicia, suscribiéndose un convenio de condiciones ajustado a un pliego de bases.

Una vez la cuenta en funcionamiento, las entidades deberán facilitar información mínima mensual y semestral de movimientos, abonando los intereses que se produzcan al Tesoro Público.

V. OTRAS DISPOSICIONES

11. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. Convenio con la República de Cuba sobre indemnización por los bienes de españoles afectados por las medidas del Gobierno cubano. Convenio firmado en La Habana el 16 de noviembre de 1986 («B.O.E» del 18 de marzo de 1988).

Con este acuerdo se pone término a las reclamaciones formuladas por el Estado español para la indemnización de los bienes y derechos de personas de nacio-

nalidad española que fueron confiscados por el Gobierno revolucionario cubano a partir de 1959. Como suele ocurrir en ocasiones semejantes, aunque los derechos afectados eran de individuos particulares, se procedió a una negociación por vía diplomática, asumiendo el Estado español la representación a estos efectos, de sus nacionales lesionados. De este modo, las indemnizaciones pactadas y su forma de pago se establecen como parte de las relaciones globales entre ambos Estados, aunque llevan consigo la extinción completa de las responsabilidades del Gobierno cubano frente a los particulares concretos afectados. La distribución del montante de indemnizaciones entre los lesionados corresponderá al Gobierno de España, debiendo tenerse en cuenta las muy generosas condiciones de pago que se establecen.

El presente Convenio vuelve a poner de manifiesto la casi total indefensión de los particulares extranjeros frente a las medidas adoptadas por Gobiernos revolucionarios, toda vez que las negociaciones entre los Estados no son satisfactorias para proporcionar un completo resarcimiento de los perjudicados causados.

12. TITULOS NOBILIARIOS. Se modifican las normas sobre su rehabilitación. Real Decreto 222/1988, de 11 de marzo («B.O.E» del 18).

La presente disposición modifica los Reales Decretos de 27 de mayo de 1912, sobre concesión y rehabilitación de títulos y grandezas, y de 8 de julio de 1922, sobre su rehabilitación, con el fin de incorporar sugerencias del Consejo de Estado sobre la tramitación de los expedientes y criterios jurisprudenciales relativos a la prescripción de los títulos.

En relación con el Decreto de 1912, se regulan los plazos para solicitar la sucesión en los títulos y la autorización de uso de títulos extranjeros, restringiendo su concesión.

Respecto al Decreto de 1922, la rehabilitación es objeto de un nuevo régimen, detallándose los requisitos de las solicitudes y, especialmente, los medios de prueba que deben aportarse. La rehabilitación en sí queda condicionada a que los títulos no hayan permanecido durante 40 o más años en situación de caducidad, aunque esta limitación sólo será de aplicación a las solicitudes que se presenten transcurrido un año desde la publicación de este Real Decreto.

In memoriam

MANUEL ROMERO VIEITEZ

Manuel Antonio Romero Vieitez nos ha dejado. A sus ochenta y siete años, Dios se lo ha llevado. ¡Descanse en paz!

Había tenido que dejar de asistir al Seminario de Anuario de Derecho Civil cuando su salud se lo impidió totalmente, después de los dos últimos años en que asistió haciendo un verdadero esfuerzo físico. Iba yo a recogerle y, al terminar la reunión, Paco Lucas le devolvía a su casa. No me ofrece la menor duda que es él quien tiene acumuladas más asistencias a esa entrañable reunión de los miércoles que hasta su muerte dirigió don Federico de Castro, en el Instituto de Estudios Jurídicos, y que hoy, llevando su nombre, continúa reuniéndose en la Real Academia de Jurisprudencia. Manolo Romero asistió desde el primer día y no tuvo paréntesis, como todos los demás, incluido el mismo don Federico durante el tiempo en que formó parte del Tribunal Internacional de La Haya. Romero Vieitez representó siempre allí —como en todas partes— la ponderación, la mesura, el mejor buen sentido.

Creo que fue ponente sólo una vez, hace ya bastantes años —siempre se ha seguido el criterio de dejar paso a los jóvenes, aunque a veces alternaran con ellos los ya consagrados—. Trató de la naturaleza jurídica de la hipoteca constituida unilateralmente. La exposición de Romero Vieitez le gustó mucho a don Federico e insistentemente se la pidió para publicarla en «Anuario de Derecho Civil». El no se negaba a entregársela a ese fin; pero —decía— que debía pulirla, ponerle notas. Luego no encontraba el texto. Pero, más de quince años después, al proyectarse los *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor de Castro*, lo buscó, encontró y revisó y fue publicada con el título de *Notas sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca constituida por acto unilateral regulada en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria española*, en las páginas 577 a 612 del volumen III (Madrid, Ed. Tecnos, 1976) de estos estudios.

Ahora que Romero Vieitez nos ha dejado, queremos que quede testimonio de nuestro recuerdo de este catedrático de Derecho civil, discípulo de Sánchez Román, y Notario de Madrid. Su obra más importante es el libro *La mejoría* (Madrid, Ed. Rev. de Der. Priv. 1936) —a la que debo muchas orientaciones—. A ella deben de añadirse sus estudios: *Las normas de derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado*, «R.D.P.» 1941; pp. 62 y ss y 182 y ss; su comunicación al II Congreso Internacional del Notariado Latino (Madrid, 1950), *Medios de acreditar la vigencia de un testamento. El Registro General de Actos de Ultima Voluntad*; su referido estudio monográfico con el que colaboró en

el homenaje al profesor de Castro; la exposición *Don Jerónimo González. Su influencia en el derecho privado español* («R.D.N.» 1975) y, en colaboración con Vicente Font Boix, Manuel Otero Peón y conmigo, la ponencia colectiva presentada al XIX Congreso Internacional del Notariado Latino (Guatemala 1977), *Problemas que afectan al principio de seguridad jurídica derivadas de un sistema de transmisión de inmuebles mediante documento privado. El seguro de títulos.*

Pero si Manolo Romero no fue pródigo en publicaciones y rehuyó siempre dar conferencias, en cambio, fue generosísimo en su enseñanza oral no sólo en las reuniones del Seminario de los miércoles, sino en cualquier conversación, donde siempre derramaba su buen saber y sentido jurídico.

Allá arriba, en la Eternidad, se habrá encontrado ya con su buen amigo, nuestro maestro que fue fundador y alma de este *Seminario de Anuario de Derecho Civil*, el profesor Federico de Castro y Bravo.

¡Descanse en paz el profesor Manuel Antonio Romero Vieitez!

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Nuevas adiciones al «corpus» de la Filosofía del Derecho hegeliana

MANUEL ALONSO OLEA

Catedrático de Derecho de trabajo

De la edición de los apuntes de autor ignorado del curso de Filosofía del Derecho de Hegel, dado en Berlín, año académico 1819-1820, publiqué hace tiempo un breve ensayo con el título *Notas sobre una adición reciente al «corpus» jurídico hegeliano* (1).

La nueva adición de que se da cuenta ahora (2) es en parte antigua y en parte nueva.

Comprende, como su titulación reza:

— Los apuntes (de Wannemann) del curso 1817-1818 de Filosofía del Derecho en la Universidad de Heidelberg.

— Los apuntes (de Homeyer) del curso 1818-1819 de Filosofía del Derecho en la Universidad de Berlín.

Los apuntes de Homeyer se editan aquí, en este libro, por segunda vez; la primera edición es del año 1973, también de K. H. Ilting; de ella, por cierto, dio oportuna y prontamente cuenta Elías de Tejada en el tomo II (Universidad de Sevilla, 1977) de su monumental *Tratado de Filosofía del Derecho* (pág. 549; en la que se nos ilustra, además, también muy oportunamente, que el alumno de Hegel, Carlos Gustavo Homeyer —1795-1874— fue en su día «catedrático de Derecho alemán en la misma universidad berlinesa y estimado como autor de una modélica edición del... *Espejo de Sajonia*»).

(1) En «Anuario de Derecho Civil», t. XXXVI, fasc. III, año 1983, número extraordinario dedicado a don Federico de Castro, pp. 1109 a 1116.

La «adición» estaba constituida por los apuntes anónimos descubiertos en el año 1969 y publicados en 1983 con el título HEGEL, PHILOSOPHIE DES RECHTS, *Die Vorlesung von 1819/20 in einer Nachschrift*; editado por Dieter Henrich, Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1983 (388 págs.).

(2) G. W. F. HEGEL, DIE PHILOSOPHIE DES RECHTS, *Die Mitschriften Wannemann (Heidelberg, 1817-18) und Homeyer (Berlín, 1818-19)*, edición, introducción y notas de K. H. Ilting; Klett-Cotta, Stuttgart, 1983 (399 págs.).

El mismo Elías de Tejada echaba de menos y lamentaba la falta de noticias o apuntes sobre el curso de Berlín de 1819-1820, que fueron precisamente los que años después editaría Henrich, a los que ya me he referido. Y sumando a esta edición la de los *Apuntes* de Wannemann, que corresponden a las lecciones de Filosofía del Derecho explicadas en el curso 1917-1918, durante la breve estancia en Heidelberg, que ahora se nos ofrecen por vez primera, completan las tres ediciones todas las explicaciones de Filosofía del Derecho de Hegel anteriores a la edición pública (octubre 1820) (3) de la *Filosofía del Derecho* (de aquí en adelante *la Filosofía*) o, según la doble titulación con la que fue publicada, fuente abundante de discusiones, *Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse. Grundlinien der Philosophie des Rechts* (discusiones que entre otros extremos afectaron a si las dos titulaciones dadas por Hegel eran equivalentes y tenían el mismo rango descriptivo, o si una era la dominante y la otra servía como subtitulación o descripción de ella).

En cualquier caso, reitero, como por su parte se cuida de recalcar Ilting en el prólogo del libro, con la publicación de éste, «tenemos ya los tres cursos de lecciones que Hegel impartió antes de la publicación de *Grundlinien der Philosophie des Rechts*». Añadiendo Ilting, quizás con fundamento, quizás con su poco de petulancia disculpable en el editor de estas gemas, que «quien en el futuro quiera estudiar la “Filosofía del Derecho” de Hegel hará bien en comenzar con el estudio de estas tres series de conferencias, especialmente con las correspondientes al curso 1817-1818» (el de Heidelberg, según se ha dicho; ambas citas de página 5).

Se puede coincidir con Ilting en esta preferencia para la iniciación del estudio en favor de las lecciones de Heidelberg, 1817-1818. Y esto no sólo porque, como dice, aquí aparece «la configuración originaria» de la filosofía del derecho hegeliana «sin las elaboraciones, ocasionalmente confusas, de concepción posterior», no sólo por esto, digo, sino mucho más porque los *Apuntes* de Wannemann son considerablemente más extensos que los de Homeyer, apareciendo por tanto con desarrollo mucho mayor el pensamiento hegeliano. En efecto, en el libro que se estudia, los apuntes de Wannemann («estudiante de derecho», del que aquí no se nos dá más noticia) ocupan 168 páginas (34 a 202), casi exactamente el doble de las 83 (págs. 203 a 285) que ocupan los apuntes de Homeyer. Por lo demás es difícil pensar que en el año apenas que media entre el curso de Heidelberg (1817-1818) y el primero de los de Berlín (1818-1819), hubiera grandes modificaciones en las concepciones de Hegel, ni que éstas fueran lo complejas o ni lo de cuando en cuando confusas que Ilting dice.

Las restantes páginas del libro, a partir de la 286 hasta donde llega el texto de Homeyer, están ocupadas por los siguientes materiales:

(3) La edición apareció fechada en 1821; pero es parecer unánime que en octubre de 1820 ya se disponía de ella, obedeciendo el fechado de 1821 probablemente a la conveniencia comercial del librero (*Nicolaischen Buchhandlung*, Berlín). Ver al respecto p. 525 de la ed. Frankfurt, 1970, vol. 7.º de los *Werke*, de Hegel, editados por E. Moldenhauer y K. H. Michel (sobre la base de la edición de la *Verein von Freunde*, 1832-1845, cuyo vol. 8.º, a cargo de Gans, es la *Filosofía del Derecho*).

Las páginas 5-6, por el *Prefacio*, y las páginas 17-34, por la *Introducción*, ambas del editor K. H. Ilting (las páginas 7 a 16 están ocupadas por los índices y abreviaturas utilizadas).

La *Introducción* lleva por rúbrica *La nueva situación de las fuentes* (de la filosofía del derecho de Hegel); de las fuentes de su pensamiento, no de las fuentes documentales de las que ya ha hablado el *Prefacio*.

Lo más importante del estudio introductorio es la forma cómo se marcan las diferencias de concepción de la época de Jena a la de Heidelberg-Berlín —que Ilting atribuye a la influencia de los doctrinarios franceses—, punto sobre el que insiste una y otra vez, aunque al final de su insistencia nos diga que lo principalmente afectado es la «estrategia política», en la exposición de la parte importante de la filosofía del derecho que se refiere a la estructura del Estado. Los nombres de Cousin, Royer-Collard y Guizot —este último como «representante del centro liberal (los «doctrinarios»)... [defensor]... de la responsabilidad de los ministros al asumir su cargo» (pág.22), y, por consiguiente, de la no responsabilidad del monarca— aparecen con sus respectivas y pertinentes referencias, no carentes de convicción.

Dentro también de la *Introducción* se menciona la amplitud y extensión relativas muy reducidas de los apuntes de Homeyer, si comparados con los de Wannemann; lo que se atribuye «bien a su (de Homeyer) salud delicada, bien a que como miembro de la escuela de Savigny oía sin simpatía las explicaciones de Hegel», tomando sólo notas brevísimas (es obvia la brevedad comparativa de las notas; la explicación referida a la falta de simpatía no tiene fundamento alguno, pues el que hubiera debido tener hubiera debido lucir en algún momento en los apuntes mismos). Quizá la explicación razonable es la elemental de que Wannemann era alumno más asiduo y más metódico en cuanto a las notas que tomaba del maestro.

Es la introducción la que da cuenta de la estructura de los *Apuntes* editados. Ambos están divididos en párrafos, y todos los párrafos comienzan con un texto al que siguen anotaciones o comentarios que el libro distingue en su respectiva tipografía. Es presunción difícilmente destruible la que el editor hace, según la cual el texto inicial de cada párrafo está tomado, o intentó estar tomado, al pie de la letra de lo dictado por Hegel, mientras que los comentarios son un resumen de las explicaciones del discurso de Hegel sobre su propio texto, ofrecido como resumen conciso o base de lo que va a seguir. En tal sentido recuerdan las ediciones actuales de *la Filosofía* (por ejemplo, la de Gans, reproducida por la de Moldenhauer y Michel, citadas) en las que el texto de Hegel va seguido de las *Zusatze* que resumen sus explicaciones orales; aunque ahora, a diferencia de lo que ocurre con las ediciones de los *Apuntes*, los textos de Hegel son mucho más amplios y las anotaciones más cortas.

Las páginas 365 a 379 llevan por título *Sobre la edición* y se refieren a los desvelos del editor, de Ilting, para, sin alterar el sentido de los textos originarios, ofrecerlos de forma que sean completamente y sin dificultad legibles hoy (así respecto del uso de las mayúsculas conforme al alemán actual y distribución adecuada de los signos ortográficos); en algunos casos, de los que se dan ejemplos —convincientes todos ellos— se ha modificado ligeramente la redacción para co-

regir lo que hay que tener por erratas o errores de los manuscritos. Por lo demás en los textos de éstos, que ocupan el grueso del libro, se dá cuenta cuidadosa de las variantes introducidas (por cierto que una de las variantes se refiere a la relación entre lo real y lo razonable, sobre lo que habré de volver).

Es al final de *Sobre la edición* cuando, arrebatado Ilting por el entusiasmo, habla de la *Filosofía del Derecho* de Hegel como «quizá el más imponente texto de filosofía del derecho y del Estado» que haya habido; pero en este entusiasmo por Hegel tiene Ilting compañía mucha y buena, y no la menor la de Ortega y Zubiri a la que me he referido en otro lugar (4), a las que pueden añadirse algunas más, y bien recientes; así, es la *Filosofía del Derecho* de Hegel «la más grande obra de filosofía crítica que haya visto la luz después de *La República* de Platón» (H. Denis); o «Hegel está ciertamente entre los más grandes filósofos del Derecho. Quien piensa sobre la filosofía del derecho piensa al tiempo sobre Hegel» (J. D'Hondt); «es el último filósofo sistemático del Derecho» (W. Schild) (5).

Las páginas 381 a 383 contienen un índice de nombres (se apreciará que muy breve, lo que se corresponde con la conocida poca afición de Hegel a citar; téngase en cuenta, además, que en el índice figuran las citas hechas por el propio Ilting); y las páginas 384 a 399 un muy completo y cuidado, típico de los buenos libros alemanes, índice de materias.

Las páginas 287 a 363 contienen las anotaciones, ilustraciones o comentarios (que de todas estas formas se puede traducir el parágrafo alemán *Erläuterungen*, y de todo hay en ellas) de Ilting a los textos de los *Apuntes*, que elevan la edición de éstos casi al plano de una edición crítica.

Como es natural, vista la extensión relativa de la materia comentada son más numerosas las anotaciones a Wannemann (ocupan las páginas 287 a 353, hasta un total de 337 notas) que las de Homeyer (ocupan las páginas 353 a 363, hasta un total de 53 notas).

El valor de estas anotaciones y su importancia es muy variado y desigual, lo que probablemente es resultado obligado por la variedad misma, extensión y complejidad de la materia que se anota y de la forma como Hegel la configura y se expresa. Su lector, el de las notas, tiene de cuando en cuando al leerlas, la doble poco agradable impresión, que por sorpresa le asalta, de que de un lado el autor anotado no inspira simpatía grande al anotador, cosa sumamente grave, porque entonces la nota deja de ser descriptiva o explicativa, como fundamentalmente debiera, para convertirse en juicio poco o nada favorable del contenido de lo anotado; y de otro, que también en ocasiones parece como si unos

(4) Para las referencias citadas y otras adicionales remito a mi libro *Variaciones sobre Hegel*, Madrid, 1987, pp. 11-13.

(5) De DENIS, *Société civile hégélienne et capitalisme*; de D'HONDT, *La personne et le droit abstrait selon Hegel*, ambos en el propio D'Hondt editor, *Droit et liberté selon Hegel*, Paris, 1986, pp. 88 y 89, respectivamente. Una buena colección ésta de ensayos jurídicos sobre Hegel, aunque la intensidad, y desde luego la extensión del tratamiento, queda por debajo de los *Materialien zur Hegel Rechtsphilosophie*, estudios coleccionados y editados en dos volúmenes (910 págs.) por M. Riedel, Frankfurt, 1975.

De SCHILD, *Savigny und Hegel. Systematische Überlegungen zur Begründung einer Rechtswissenschaft zwischen Jurisprudenz und Philosophie*, en el núm. 18-19 (Universidad de Granada, 1978-1979), de los «Anales de la Cátedra Francisco Suárez»; p. 273.

ciertos prejuicios interpretativos poco fundados o poco explícitamente formulados presidirían la anotación, que entonces hace ésta tendenciosa.

Algún ejemplo para ilustrar lo que se acaba de decir.

Uno sería el que ofrece la nota 366 a un pasaje —de los que en Hegel abundan, en los *Apuntes* y en la edición pública, contra el Derecho romano y lo romano en general (6)—, según el cual el Derecho romano se construyó cuando ya la moral social del pueblo romano había perdido; la nota, decía, nos quiere explicar que no se perca la Hegel de que el proceso de construcción del Derecho romano obedece a la «diferenciación de relaciones sociales», perdiéndose, por el propio Hegel, la intuición de que «el desarrollo del Derecho está determinado por el desarrollo de las relaciones de producción». Me parece que el ejemplo es tan significativo de lo que queremos decir (en cuanto a la supuesta realidad de lo intuitivo, que se ofrece apodípticamente) que no es preciso extenderse sobre él. Como tampoco lo es la referencia al «recurso a este montón de mistificaciones», en la nota 254, que se imputa al pasaje de Hegel relativo a la necesidad de libertad en el Estado; menos aún, en su terminología misma, por lo significativo de su uso por el comentarista, que no por Hegel, las referencias a la «sociedad capitalista», como sinónima de la «dinámica del sistema de necesidades» de la sociedad civil —o burguesa (?), en seguida me voy a referir a esto (nota 232)— o como sólo encontrando su salida en el colonialismo (nota 241).

Otro ejemplo ofrece la nota 194 que se concentra sobre las dificultades de interpretación de la expresión *bürgerliche Gesellschaft*, que con tanta frecuencia aparece en *La Filosofía* y en los *Apuntes*: diciéndonos que Hegel nunca resolvió la duda de si estaba hablando de sociedad *burguesa* o sociedad *civil*. A juicio de Iltig, «es claro que la traducción *sociedad civil* que se usa en la generalidad de las traducciones (al francés, al inglés, al italiano)» es errónea; debería haberse traducido *sociedad burguesa*; y que las investigaciones sobre el tema de Riedel que llevan a la solución contraria están equivocadas, porque «descansan sobre una confusión de la historia de la palabra y del concepto». Aparte de que pensamos lo contrario, es decir, que *bürgerliche Gesellschaft* normalmente en Hegel debe ser traducido como lo es en las traducciones serias, esto es, como sociedad civil y no como sociedad burguesa, y que Riedel está en lo cierto, en la anotación no da el anotador ningún fundamento sólido y consistente de su opinión; y en los textos de los *Apuntes* anotados (así páginas 108, 160, 170, 181, 250, 253, etc.) y aun en algunas de las anotaciones (así, el de la nota 232 citada, creo) existen pasajes en los que no cabe otra traducción sino la de sociedad civil, objetada sin fundamento por el anotador.

Otras notas, por el contrario, revelan una aguda comprensión del sentido general de la filosofía del derecho de Hegel y de bastantes de los múltiples problemas que por Hegel se abordan dentro de ella. Así, la afirmación de que «el tema de la *Filosofía del Derecho* es la realización de la libertad de la voluntad en y para sí» (nota 14); la noción de que para Hegel la persona no existe «en tanto no reconoce a otros individuos como portadores de derechos» (nota 34); o la de que «en la naturaleza, en la concepción de Hegel, existe lo general, esto es, la especie no como tal sino como individualidad» (nota 39, lo que, por otro lado, es una cita casi literal: *Die Gattung als solche existiert nicht...*; Wannenmann, § 15), la afirmación de que para Hegel el derecho de propiedad de un in-

(6) Sobre esto, pp. 75 a 81 de mis *Variaciones sobre Hegel* citadas.

mueble puede existir, aunque esté limitado por una servidumbre predial (nota 65), esto es, sin oposición a su concepción de que sólo es propiedad la propiedad plena, pues esta afirmación está hecha frente a las «divisiones feudales» entre dominio directo y dominio útil; el rechazo por Hegel, intenso y característico, de la doctrina del contrato social como originario del Estado, porque en efecto, Hegel «quiere desarrollar el concepto de Estado desde el concepto de pueblo» (nota 80), «como realidad [o realización] del espíritu de un pueblo» (*Volksggeist*) y no como expresión, según el modelo rusioniano, «de una voluntad general» (nota 157); también sobre el intento de Kant, combatido por Hegel, de hacer del «derecho de familia, sobre la base de un derecho natural racional, una especie de síntesis entre el de propiedad y el del contrato» (nota 177), etc. No es necesario seguir insistiendo sobre la agudeza y acierto de las anotaciones, cuyo mérito más que contrapesa las deficiencias que se dijeron al principio.

Quizá algo más se deba añadir. Algo más para con las *Erläuterungen* concluir que ejemplifico en la nota 71; en ella se comenta el pasaje (§ 30 de los *Apuntes de Wannemann*) —crucial para entender la concepción de Hegel sobre los arrendamientos de servicios, que son el centro de su reflexión sobre los contratos—, conforme al cual «yo puedo disponer de mis facultades corporales e intelectuales... enajenando a otro su uso por tiempo determinado...». La anotación nos dice que «una enajenación total de la energía de trabajo convertiría a la persona en cosa, lo que según [Hegel] § 29 [de Wannemann] es (jurídicamente imposible)». La anotación reducida a lo que queda dicho es, a nuestro juicio, válida y exacta; pero pierde claridad al ir precedida de la afirmación de que, para Hegel, «un contrato de trabajo no es una obligación de prestar servicios, sino la venta de una cosa», lo que es muy dudoso o, más bien, con seguridad erróneo. Y es, desde luego, errónea la afirmación de que «Marx, por supuesto, ha tomado [de Hegel] esta construcción». No es que la concepción de Marx al respecto no sea básicamente hegeliana, sino que existe una diferencia crucial, entre Hegel y Marx, en la que no se repara, a saber que en el trabajo por cuenta ajena, resultante de la división del trabajo, hay una cosificación, un extrañamiento o enajenación —en el sentido filosófico muy característico que refleja la expresión *Entfremdung*— de la personalidad del trabajador; lo que para Hegel sólo se daría, y en sentido jurídico estricto, cuando el trabajo prestado a otro, o por cuenta ajena, lo fuera por todo el tiempo o toda la vida del trabajador y abarcando la totalidad de sus facultades intelectuales y manuales; no insisto sobre esto, que ya he querido estudiar en otros lugares (7).

No siendo este lugar ni ocasión, ni consintiendo la extensión de esta nota el trazado, ni siquiera en sus líneas generales, de la filosofía del derecho hegeliana, tarea que sólo un grueso tomo, de quien fuera capaz de escribirlo, sería capaz de cumplir, y habiéndome referido ya brevemente al comentar la publicación de Henrich que he dejado citada, a las vicisitudes de aquélla en la historia general de la filosofía del dercho, todo lo anterior tenido en cuenta, lo que sí puede

(7) Señaladamente en *División del trabajo y alienación en «la riqueza de las naciones»* («Hacienda Pública española», núm. 53, 1978); *Las raíces del trabajo alienado en Carlos Marx* («Anales de la Real Academia de Ciencias Sociales y Políticas», núm. 61, 1984); *Propiedad privada y división del trabajo* («Historia y pensamiento. Homenaje a Luis Diez del Corral», Universidad Complutense de Madrid, vol. 1, 1987).

hacerse en esta oportunidad es un análisis comparativo breve entre los *Apuntes* que ahora se publican y que proceden de cursos anteriores en el tiempo a la publicación de la *Filosofía del Derecho*, con el texto de ésta (para lo cual la edición que se comenta presta toda ayuda, y es en ello verdaderamente ejemplar y demostrativa de un trabajo impropio: cada parágrafo de cada una de las dos series de *Apuntes* tiene una referencia marginal para buscar su concordancia con la otra, con los apuntes editados por Henrich y con la edición publicada).

Por lo pronto hay que destacar la identidad en la arquitectura de los cuatro conjuntos. Todos ellos comienzan con una introducción relativamente breve sobre el concepto de filosofía del derecho y sobre el concepto de derecho, insistiendo siempre sobre la libertad como característica esencial y ámbito de éste: así, «la esfera del derecho es la esfera de la libertad» (§ 2 en Wannemann; § 3 en Homeyer; pág. 52 [22-23] en Henrich ed.; § 4 en el texto publicado de la *Filosofía*).

Lo que falta en las tres series de apuntes es el formidable *prefacio* de la edición pública, unas páginas cuyo valor filosófico, jurídico, artístico y literario siempre y doquiera ha sido proclamado. Recuérdese que, por ejemplo, en el *prefacio* están las concepciones de la historia como desarrollo de lo razonable y de la razón, expresándose históricamente, en su formulación más concisa y brillante (*Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig*); o el infinitas veces citado pasaje sobre la filosofía pintando en gris sobre gris cuando una forma de vida ha envejecido y sólo puede ser conocida, no rejuvenecida...: la lechuza de Minerva (*die Eule des Minerva beginnt ezt mit der eiubrechenden dänmerung ihren Flug*).

A la introducción siguen uniformemente tres partes:

Parte primera, *El derecho abstracto*, donde sucesivamente se estudian la propiedad (y la posesión y derechos reales), el contrato y el delito.

Es siempre esta la parte relativamente concisa, más breve, y más breve aún en los *Apuntes* que en la *Filosofía*; en todos ellos la propiedad definida como el depósito de nuestra voluntad en la cosa y su enajenación como la retirada de la propia voluntad.

Y siempre también, dentro de los contratos, dedicando una atención especialísima a los arrendamientos de servicios (8) —sólo concebibles por tiempo limitado y respecto de prestaciones determinadas en su calidad y especie— como contratos de cambio, por cierto, dentro de la tradición romana a la que tan hostil se muestra Hegel en otros pasajes, como ya apunté, y que aparece en el brevísimo prefacio de los *Apuntes* de Homeyer (pág. 286 [29-37]) bajo la forma de crítica a los «jóvenes alemanes... que viajan a Italia, para concentrarse sobre el derecho romano y que con arrogancia desprecian a su vuelta las viejas instituciones [jurídicas] patrias». (Pasaje similar en los *Apuntes* de Wannemann, § 116, pág. 134 [20-22]: «... a los jóvenes alemanes que van a Bolonia a estudiar derecho romano tenemos que agradecer este apartamiento del derecho...»).

(8) Sobre este tema, en especial, mis trabajos *Inalienabilidad de las personas, alienabilidad de los servicios*, en «Anuario de Derecho Civil», t. XXVIII, fasc. IV, 1975, y *Personalidad, propiedad y arrendamiento de servicios. Un estudio sobre Hegel*, en «Libro homenaje a Jaime Guasp», Granada, 1984; estudios que después he completado en el cap. 20, pp. 131-152 de *De la servidumbre al contrato de trabajo*, 2.^a ed., Madrid, 1987.

Y siempre siendo los pasajes más extensos los dedicados al delito y su punición, concebida ésta, en la difícil y extraña construcción hegeliana, como querida por el delincuente, como consecuencia de sus actos.

Parte segunda, *La moral (Die Moralität)*, uniformemente la parte más breve de las tres, conteniendo un delicado tratamiento del principio de responsabilidad individual operante dentro del ámbito de libertad característico del Derecho, su expresión en actos —su expresión *necesaria* en actos («quien permanece en el pensamiento del bien [sin exteriorizarlo] es un hombre vacío», «sólo un bella alma») (9); ed. Henrich; pág. 102 [10-14]— con el bien como finalidad; el acomodamiento del actuar individual a los dictados de una conciencia recta, en pasajes en los que la influencia de Kant es considerable.

Parte tercera, *La moral social (Die Sittlichkeit)* (10), siempre la parte más extensa y elaborada, un tratado de las organizaciones sociales y de su derecho que comienza con la familia y concluye con el Estado, pasando por la *Sociedad civil* (traducción propia de *Die bürgerliche Gesslschaft*, ya me he referido a esto con anterioridad) o, simplemente, por la sociedad. El matrimonio comienza el estudio de la familia y la «historia del mundo» —«el espíritu universal» como el más alto, del que son actores transitorios «los espíritus de los pueblos»— cierra el estudio del Estado. En esta parte las elaboraciones de Hegel son verdaderamente aplastantes en su densidad, siendo ésta, la densidad, una de las razones fundamentales de las dificultades de lectura. Repárese que en Hegel estamos ante el primer intento, ante la consagración más bien, de la distinción entre sociedad y Estado, ante éste como ámbito en cuyo seno sólo es posible la libertad, ante la libertad misma trascendiendo el plano de lo individual para conformarse socialmente, ante lo social lúcidamente aprehendido por el individuo frente a la aprehensión inmediata del gregarismo primitivo o de la bella y feliz libertad griega hasta la crítica socrática. Como nos hallamos ante el orto de la Revolución industrial —de ahí la lectura atenta y la atención especialísima que Hegel dedicó a Adam Smith—, ante la defensa consiguiente de la división del trabajo como motor del desarrollo económico, conjugada con la preocupación bien explícitamente expuesta sobre el embrutecimiento que podía derivar del maquinismo; ante un deseo de reservar a la sociedad civil la satisfacción de las necesidades individuales de quienes en ella conviven, con el trabajo como «dador con mil manos», de forma que cada uno al trabajar trabaja para todos los demás; conjugado con la concepción del Estado como supletorio en la satisfacción de las necesidades inalcanzables en las tensiones de la sociedad civil; la aparición del concepto de *policía* en el sentido de policía de fomento y no en el de actividad mera de control y represión —criticando aquí, con mezcla de ironía y aspereza, el Estado-policía de Fichte (11).

(9) Este pasaje: «... se habla en este sentido de almas bellas» (...*von schönen Seelen*), es difícilmente inteligible sin la lectura de los al tema dedicados en la *Fenomenología del Espíritu*; remito sobre ello a mi libro, *Alienación. Historia de una palabra*, Madrid, 1974, pp. 77-78; en especial, pp. 84-85, donde se citan los pasajes pertinentes de la *Fenomenología*.

(10) Prescindo aquí del porqué de esta traducción; a ella me he referido con amplitud en las *Variaciones sobre Hegel* citadas, pp. 20-22.

(11) Para esta crítica, los *Apuntes*, de Wannemann, § 119, pp. 139 [22-36]; sobre Fichte al respecto, *De la servidumbre...*, cit., pp. 112 y ss.

Una de mis impresiones de lectura de los *Apuntes* editados por Henrich, que hice constar al recensionarlos, fue con qué intensidad reflejaban «la viveza expresiva de la clase oral», el «entusiasmo evidente [de Hegel] ante determinados temas», reflejo todo ello, como el propio Henrich indica, entre otras cosas, de una gran libertad de expresión, si comparada con la muy mesurada y contenida, además de envuelta en un complejísimo lenguaje, de *La Filosofía*. Traslado esta misma impresión a los *Apuntes* que ahora recensiono, aunque en grado mucho menor. Aquella viveza, aún conservada, se amortigua muy considerablemente aquí, sin que pueda decir exactamente por qué. Aunque sí puedo apuntar que en los *Apuntes* editados por Henrich hay un texto corrido y no un comentario a un texto presumiblemente dictado, con el que cada párrafo comienza, como ocurre en los *Apuntes* tanto de Wannemann como de Homeyer; hay, por tanto, aquí un encorsetamiento positivo que no existía allí. Sin que tampoco pueda decir, ni los editores nos ilustren, sobre si hubo dictado de textos en unos de los cursos y no en el otro.

En cambio, ahora el, por expresarme de algún modo, doble texto (dictado y comentario al dictado) da virtualmente una doble versión, concisa la una, más extensa la otra —sobre todo en los *Apuntes* de Wannemann— que permite una penetración mayor y mejor en las ideas de Hegel.

Tres notas accidentales de algún interés, para concluir, a saber:

Por la razón que fuere, en el curso de Heidelberg estaba Hegel muy preocupado por la realidad británica, que tan bien conocía; en un determinado momento, el lector se da cuenta de esto, y una vez percatado comprueba que las referencias a la sociedad, política o economía inglesas son múltiples (sin querer abrumar, y sólo como demostración de lo dicho, en páginas 128, 133, 135, 138, 141, 147, 150..., etc.; son bastantes más).

En segundo término en las explicaciones orales las citas son mucho más frecuentes que en *La Filosofía*, aunque insistiendo siempre sobre las muy escasas autoridades por Hegel respetadas: Platón y Aristóteles de un lado, y Kant y Fichte de otro, sobre todos; también, aunque con frecuencia mucho menor, Hobbes y Espinosa. Nunca Locke, por supuesto. Las citas revelan también un conocimiento profundo de Rousseau y de Montesquieu y, en general, tomas de posición frente al primero —señaladamente frente al origen contractual del Estado, como dije— y concordancias y simpatía respecto del segundo, especialmente en cuanto a los factores determinantes del espíritu que cada nación o pueblo encarna, aunque en Hegel la influencia de los factores naturales —señaladamente del clima, tan importante para Montesquieu y, por influencia suya, para los enciclopedistas— retrocede para dejar que pasen a primer plano los culturales; con lo que puede quizá convenirse con Lukács en que la influencia que ejerció Montesquieu sobre Hegel, aunque profunda, fue básicamente metodológica; o con Kelly, que el *Volksgeist* hegeliano es «menos positivista» que el *esprit* de Montesquieu, bien que teniendo con el de éste «un parecido funcional obvio» (12).

(12) De KELLY, *Hegel's Retreat from Eleusis. Studies in Political Thought*, Princeton, 1978, pp. 15 y 81; de Lukács, *El joven Hegel*, vol. XIV, de *Obras*, trad., Barcelona, 1970, p. 368; en general, sobre estos temas con referencias adicionales, mis *Variaciones sobre Hegel*, cit., caps. II y V. Encuentro excesiva, por lo que queda dicho en el texto, la referencia indiscriminada a Montesquieu de Ilting en la nota 4 (p. 287). En cuanto al clima en la «Enciclopedia», véase la voz *Legislador*, de pluma de Diderot (en la selección y traducción de R. Soriano y A. Porras, *Artículos políticos*

En tercer lugar, si se permite lo que de deformación profesional pueda haber en ello, en su día me llamó la atención la distinción que Hegel hace en *La Filosofía* entre los servicios prestados contra remuneración o salario y los servicios gratuitos, y la afirmación de que estos últimos son una forma especial de donación; la distinción aparece también en los *Apuntes* editados por Henrich (13); y vuelve a aparecer en los *Apuntes* de Wannemann (14). Lo que llama la atención es la insistencia de Hegel sobre este punto tan preciso, y más habida cuenta de la dimensión reducida relativamente que a los contratos y a su tipología dedican las varias versiones de la *Filosofía del Derecho*. Quizá reaccionara Hegel en su insistencia sobre las donaciones de servicios, contra posiciones que negaran su posibilidad. Hoy puede leerse bien que «los servicios sin remuneración... no son donaciones» (H. Mitteis y H. Lieberich, *Deutsches Privatrecht*, 9.^a ed., Munich, 1981, pág. 149); bien que «la prestación de servicios no remunerados es una relación próxima a la donación» (F. Gamillscheg, *Arbeitsrecht*, 7.^a ed., vol. I, Munich, 1987, § 80, pág. 205).

de la «Enciclopedia, Madrid, 1986, pp. 84-87). Sobre el atenuamiento o no, y sobre lo apegado que Montesquieu estuvo o dejó de estar a «la naturaleza de las cosas», J. Vallet de Goytisolo, *Montesquieu. Leyes, Gobiernos y Poderes*, Madrid, 1986, pp. 78-80.

(13) Respectivamente, *Filosofía del Derecho*, §§ 76 y 80; *Apuntes*, 1.^a.2.71, p. 83 [12-16].

(14) § 37, p. 60 [27-31].

BIBLIOGRAFIA

Libros

ANGEL YAGÜEZ, Ricardo de: «La responsabilidad civil», Universidad de Deusto, Departamento de Publicaciones, Bilbao, 1988, 392 páginas.

Como indica el autor, el origen del libro se encuentra en el que con el título «Lecciones sobre responsabilidad civil» publicó en 1978, con alguna reimpresión posterior. Tal vez sea por ello por lo que en el «Prólogo» se caracterice al mismo, de «instrumento», «con el que los estudiantes de Derecho pueden abordar la eventual ampliación de los manuales al uso». Y en efecto, en él encontrarán una visión global de la responsabilidad extracontractual, una delimitación precisa y clara de conceptos jurídicos elementales, así como también el planteamiento de una serie de cuestiones centrales en la materia que, aunque en la mayoría de los casos se resuelvan, en otros, tras un minucioso análisis de los mismos, así como de la posición jurisprudencial sostenida al respecto, los deja abiertos, aunque indique los posibles cauces de soluciones más adecuados. A ello habría que añadir la abundante jurisprudencia no solamente citada, sino estudiada de modo detallado, pues no se limita meramente a exponer el supuesto controvertido y la decisión jurisprudencial, sino que va acompañada de un breve comentario del autor, en donde aflora una visión crítica constante. Jurisprudencia, además, actualizada con una exactitud rigurosa, que llega incluso «hasta finales de 1987». Pero la actualización del libro no sólo se encuentra limitada a la jurisprudencia, sino que también alcanza a la bibliografía utilizada, pues recoge la mayoría de los últimos trabajos realizados que afectan a la temática de la responsabilidad extracontractual. Es, por todo ello, por lo que, aunque el autor indique que el libro es adecuado, como ya he señalado al principio, para los estudiantes de Derecho, haya de añadirse necesariamente que también lo es para todo jurista práctico, no sólo por el análisis de esa jurisprudencia actualizada, sino también por el hecho de que se aborden temas de riguroso orden del día (así, la responsabilidad civil del fabricante, la protección de los consumidores y usuarios).

Entrando en el análisis concreto del libro, en el capítulo primero procede el autor, como indica, a dar un «planteamiento general de la materia». Lleva a cabo, de forma clara y sencilla, la delimitación de conceptos claves, que posteriormente desarrolla con una mayor profundidad. De esta forma alude a la dualidad responsabilidad contractual-responsabilidad extracontractual, en la que a pesar de reconocer, en principio, la facilidad de su distinción conceptual o teórica, insiste en que, en la práctica, ello no se produce siempre así; cita una serie de casos a modo de ejemplo; a la distinción entre ilícito penal-ilícito civil, y por último, al binomio responsabilidad subjetiva-responsabilidad objetiva, indicando de for-

ma escueta y breve cómo se ha producido en nuestro ordenamiento jurídico una orientación o progresivo acercamiento hacia la última, bien se deba a la promulgación de nuevas Leyes, bien a la interpretación realizada sobre los principios jurídicos tradicionales, aunque sin ser abandonada la primera.

En el capítulo segundo se centra en el ordenamiento jurídico español. Analiza, ahora ya en profundidad, dos de las clasificaciones que había efectuado en el anterior. Me refiero a la distinción entre responsabilidad derivada del ilícito penal o ilícito civil y a la de responsabilidad subjetiva-responsabilidad objetiva. En cuanto a la primera distinción, es importante reseñar que la misma se lleva a cabo delimitando las consecuencias prácticas a que conduce («no se trata de distinguir teóricamente»). Para ello, destaca el hecho de que según nos encontremos ante uno u otro, vamos a acudir a diferentes jurisdicciones (la criminal o la civil) y a diferentes leyes aplicables (Código penal o Código civil). Procede a un detallado análisis de los diferentes supuestos que en la realidad se pueden dar, viendo en qué caso es competente una u otra jurisdicción, y en qué casos se aplica uno u otro cuerpo legal, en el ejercicio concreto de acciones penales y civiles. En cuanto a la segunda distinción, comienza su estudio señalando respecto a la responsabilidad subjetiva, la presencia de la «culpa» en el Código civil, aunque inmediatamente proceda a explicar la evolución experimentada por el Tribunal Supremo en la interpretación del artículo 1.902 de dicho cuerpo legal. Por lo que respecta a la responsabilidad objetiva, explica la misma, al mismo tiempo que indica los diferentes campos en que dentro de nuestro Derecho se halla establecida por leyes especiales, poniéndola además en conexión con la idea del seguro obligatorio. Acaba con una recapitulación en la que muestra las ideas inspiradoras de uno y otro sistema («libertad-garantía»), llevando a cabo un análisis crítico.

Es a partir del capítulo tercero cuando comienza con el estudio detallado de los diferentes artículos del Código civil que regulan la responsabilidad extracontractual. Diferencia tres grandes bloques, a los que les asigna un concreto capítulo; así, a la responsabilidad por actos propios, el tercero; a la responsabilidad por hecho ajeno, el cuarto, y a los daños producidos por animales y cosas, el quinto.

El capítulo tercero analiza únicamente el artículo 1.902 del Código civil. Para ello procede a un estudio detenido de los distintos requisitos que su aplicación conlleva. Dentro del requisito de antijuricidad como causa de justificación hace una referencia extensa al ejercicio del propio derecho y a la teoría del abuso de confianza, citando abundante jurisprudencia para precisar la línea sostenida, a la hora de entender si existe o no abuso de derecho.

El capítulo cuarto, como he indicado anteriormente, analiza la responsabilidad por hecho ajeno. Cita los estudios doctrinales más recientes. Únicamente hacer mención del estudio más detenido que hace en dos puntos. El primero referido a la responsabilidad del empresario (art. 1.903.4 del C.c.) en cuanto a si «el comitente (en el contrato de obra) responde o no de los daños que ocasione el contratista, directamente o por medio de sus empleados» (pág. 135). Entiende que no. Para ello tiene en cuenta el fundamento que inspira al artículo 1.903.4 del Código civil (culpa «in eligendo» o «in vigilando»), y además «nunca podrá prescindir del ingrediente de dependencia o pertenencia a una unidad económica que la misma idea de empresa lleva consigo» (pág. 136); el segundo alude a la responsabilidad civil del Estado, en donde el problema consiste en la determinación de a qué jurisdicción acudir (civil o contencioso-administrativa) para reclamar a la mismá. El análisis lo lleva a cabo desde una perspectiva juris-

prudencial. Señala las dos ideas rectoras: Una, «la subsistencia del criterio restrictivo a la interpretación de la expresión “funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”» (pág. 169). La otra, «cuando se demanda conjuntamente a un ente público y a un particular, la competencia para el conocimiento de la pretensión indemnizatoria es la jurisdicción civil» (pág. 174). Pero, concluye indicando la necesidad «de una urgente solución por vía legal, pues la situación presente dista mucho de lo que el principio de seguridad reclama» (pág. 184).

El capítulo quinto analiza la responsabilidad por daños causados por animales y cosas. Alude a la discusión doctrinal acerca de si en esos artículos lo que se contiene es una responsabilidad objetiva o una presunción «*iuris tantum*» de culpa o negligencia. Para él la justificación se podría reconducir «sin gran esfuerzo y sin distorsionar la teoría clásica de la culpa, a un principio general de “responsabilidad por actividades peligrosas”», aunque reconoce que «es obvio que a la luz del actual Derecho español esta generalización que sugerimos habría que ser obra de la actividad creadora de los jueces» (pág. 206). Dentro de ese «principio general», se encontraría la responsabilidad civil del fabricante, en donde hace referencia a la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de junio de 1984, y a la Directiva de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 1985, dado que no se ha hecho reserva alguna de la última en el Tratado de Adhesión a la Comunidad Económica Europea, por lo cual tenemos que ajustar a la misma nuestro Derecho.

Tanto en el capítulo sexto como en el capítulo séptimo se estudian los elementos comunes de la responsabilidad civil. El primero hace referencia al «daño»; el segundo, a la «relación de causalidad», aunque haga alusión a «una serie de cuestiones no siempre subsumibles dentro de esa expresión en el sentido estricto de la misma» (pág. 242).

Por lo que respecta al tema del «daño», su estudio se centra sobre todo en el «moral», viéndose la evolución de la jurisprudencia a la hora de admitirlo, así como su valoración. Hace especial hincapié también en la dificultad de valorar el daño corporal. En cuanto a la «relación de causalidad», además de mencionar las diferentes teorías existentes sobre la misma, estudia la interferencia en el proceso causal de una circunstancia extraña y no imputable al presunto responsable. Cuando «la causa extraña concurrente no sea bastante para descartar la responsabilidad, sino sólo para eximir de la que corresponderá al “último resultado”, sin eliminar la propia de “resultados intermedios”» (pág. 246), De Angel Yáguez entiende —frente a otras opiniones— que el criterio técnico que permite la «reducción de responsabilidad no es el artículo 1.103 del Código civil, sino la sola contemplación de la doctrina de la causalidad que, al igual que obliga a emitir un veredicto de irresponsabilidad cuando falta del todo el nexo causal entre acto y daño, debe conducir a una proporcionada imposición de responsabilidad cuando el acto culposo se halla causalmente vinculado con un daño, pero no con el que luego sobreviene por acaecimiento extraño al agente y en modo alguno imputable a él» (pág. 247). Por otro lado, en el tema de concurrencia de culpa del perjudicado, cuando se analiza el fundamento técnico de la compensación de culpas discrepa del Tribunal Supremo acerca del mismo. Este último justifica dicha compensación por aplicación del artículo 1.103 del Código civil, pero De Angel Yáguez también aquí entiende que dicho artículo no es el expediente técnico adecuado («la cita del art. 1.103 es al menos dudosa»), «creemos más bien que la decisión moderadora de la responsabilidad hay que situarla en el terreno

del juicio de equidad» (pag. 282). Por último hace mención de los supuestos de «producción del daño por varios agentes» y del «daño extracontractual causado por el miembro indeterminado de un grupo».

El capítulo octavo estudia las posibles vías de reparación del daño. Se alude a la reparación por vía de convenio y a la reclamación judicial. Dentro de la última destaca el especial análisis que hace de la cuantía de la indemnización y la valoración de los daños por los Tribunales, así como de la prescripción de la acción.

En el último capítulo, el noveno, se estudia el seguro de responsabilidad civil, pues «puede influir decisivamente en la propia fisonomía de la responsabilidad» (pág. 19).

De lo expuesto, el lector se habrá percatado ya de la visión global que el autor ofrece de la responsabilidad civil extracontractual, como ya indiqué anteriormente, así como del camino o sistemática seguida para su estudio. Los problemas tratados poseen plena actualidad e inciden en puntos y materias básicos para toda persona que desee conocer con mayor profundidad cómo funciona la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español.

NIEVES FENOY PICÓN

ATAZ LOPEZ, Joaquín: «Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor. (Estudio del artículo 1.111 del Código civil)». 125 páginas. Tecnos, 1988.

El autor de este libro, joven Profesor Titular de Derecho civil en la Facultad de Derecho de Murcia, se ocupa en esta monografía de la figura de la acción subrogatoria, a la que califica de «vaga y oscilante», como consecuencia de las varias razones que ya apuntaba Ferrara en uno de sus escritos, y de que la mayoría de la doctrina «presenta el espectáculo más variado de voces disonantes, de opiniones opuestas y de sistemas contradictorios»; y precisamente en este panorama que el autor destaca en el inicio de su trabajo está, acaso, el mérito principal del esfuerzo que el profesor Ataz ha hecho al enfrentarse con el tema.

El autor observa un sistema que abarca muchos aspectos, desde el estudio de los antecedentes, sin eludir las dificultades que ofrece, hasta los «Efectos de la acción subrogatoria», pasando por la «Función», «Fundamento», «Naturaleza» y las «Condiciones de ejercicio», deteniéndose en las que se refieren tanto al acreedor como al deudor, y en las que debe reunir el derecho ejercitado. Todo lo cual ofrece un panorama completo que hace que la obra tenga un valor práctico indudable.

Destaca el autor, como dato importante, que en nuestro Ordenamiento, a diferencia de lo que ocurre en los Derechos francés e italiano, se exige para el ejercicio de la acción subrogatoria la previa persecución de los bienes del deudor, lo que aduce para justificar que muchas de las ideas y soluciones apuntadas en otros países no sean de aplicación en el nuestro, conduciéndole, además, a la afirmación de que nuestro artículo 1.111 contiene una fórmula muy amplia, teniendo en cuenta la función que la facultad subrogatoria parece haber tenido

en nuestro Derecho histórico, y excesivamente restringida si se la destina a una función similar a la desempeñada en los Derechos francés e italiano.

Sobre tal base, al tratar de la función de la acción subrogatoria, y ante la disyuntiva de si la facultad subrogatoria tiene una función ejecutiva o de conservación del patrimonio del deudor, el autor da un quiebro al conocido dilema, mediante un hábil cambio de perspectiva, adjudicándole el carácter de un recurso extraordinario de **protección de crédito**, para concluir que tiene, en efecto, una función conservativa, pero no del patrimonio del deudor, sino del crédito, aunque para ello unas veces tenderá a conservar el patrimonio del deudor, y otras a transformarlo o integrarlo. En definitiva: un remedio preventivo del riesgo que para el acreedor supone la negligencia, la omisión o incluso la actitud dolosa del deudor que dé lugar a la insuficiencia de los bienes perseguidos. Claro que, pudiendo tener distintos efectos, según que el interés del actor se dirija a conservar, integrar o transformar el patrimonio del deudor, acaso ya no quepa hablar de la «acción subrogatoria» como un concepto único, lo que parece estar en la mente del autor, que ya comienza por titular su trabajo el «ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor».

Sentado por el autor que la función de la acción subrogatoria es «prevenir o combatir la insolvencia aparente del deudor», hace suya la distinción entre **responsabilidad** y **garantía**, que ya formuló De Castro, atribuyendo a la primera un valor potencial que requiere de la segunda para hacerse efectiva, y observa —con Gullón— que no basta con el principio de responsabilidad patrimonial para explicar la acción subrogatoria, pues exige, además, como fundamento, que teniendo en cuenta que el acreedor actúa en la subrogatoria «de damno vitando», y el daño, de producirse, se considera injusto por recaer sobre un interés jurídicamente tutelado, entiende que al principio de responsabilidad patrimonial universal hay que añadir, como fundamento, otro gran principio, inspirador de tantas figuras, cual es el del **neminem laedere**.

Ciertamente que en el juego **responsabilidad-garantía** cabrían algunas observaciones derivadas de que la cobertura puramente genérica del artículo 1.911 es la que da lugar en el ámbito civil a instituciones concretas de tutela del crédito. Porque en principio parece preciso, en una perspectiva práctica, que para que el crédito represente un verdadero valor, positivo y concreto, en el patrimonio del acreedor, debe ser proporcionado al patrimonio del deudor, sin olvidar la importancia que tienen las personales actitudes de éste, a fin de que con su conducta deje intacta su responsabilidad patrimonial, manteniendo lo que podríamos considerar como equilibrio entre el crédito y sus posibilidades de realización. Realmente, ello es el fundamento de no pocas instituciones que constituyen el sistema, como pueden ser las acciones dirigidas a la reconstrucción o a la defensa de la integridad del patrimonio del deudor, para hacerlo perseguible y realizable frente a actos ilegítimos o ficticios de disposición o empobrecimiento, derivados de omisiones o de actuaciones dolosas o culposas, además de acciones que se dirigen a la obtención de medidas cautelares. Todo lo cual podemos considerarlo, en conjunto, con palabras de Carnelutti, como «complementos de la responsabilidad» o, si se quiere, como instrumentos mediatos o indirectos para la realización de la responsabilidad, y no como verdaderas garantías en sentido técnico, que ya exigen la directa sujeción de bienes concretos.

Por otra parte, introducir como fundamento el principio **neminem laedere**, de tanta generalidad, acaso puede suponer una perturbación en el esquema que

el propio autor apunta, porque podría inducirnos a ver en la acción subrogatoria un supuesto de «prevención del daño por omisión culposa», y buscar la legitimación para ello nos llevaría a pensar en una situación de hecho, derivada de la propia persecución de los bienes del deudor, que permita la previsión del resultado dañoso, consiguiendo a un comportamiento culposo consistente en no ejercitar por sí mismo los derechos y acciones que le competen para evitar que el daño se produzca. Pero ello encontraría no pocas dificultades técnicas y prácticas.

El autor entra después en el tema de la naturaleza jurídica y su distinción de otras figuras, analizando los varios criterios rigurosamente, para llegar, como ya anuncia el título de su trabajo, a que la acción subrogatoria, ni es acción en sentido estricto, ni subrogatoria —siguiendo en esto otras opiniones—, sino una «facultad derivada de la posición jurídica de acreedor». Por último, en este apartado se ocupa de las acciones directas y del concurso de acreedores, sin duda por inducción de la doctrina extranjera.

En el Capítulo VI se ocupa de las «condiciones de ejercicio», que centra, en primer término, en el «interés de actuar» por parte del acreedor, a lo que dedica cierta extensión, para concluir que el interés del acreedor actuante ha de consistir en «evitar los efectos desfavorables para las expectativas de satisfacción de su crédito, derivados de una omisión del deudor». Pasa después a estudiar el «título adecuado», que ha de ser «exigible e incumplido». En este importante tema observa que, aunque a primera vista, la exigencia de previa persecución de los bienes del deudor parece exigir la existencia de un título ejecutivo, sin embargo, «no son los títulos ejecutivos los únicos que dan lugar a la persecución de los bienes del deudor, sino que ésta es posible también en el caso del embargo preventivo»; y ello sobre la base de que conforme al artículo 1.400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil «es el juez el que debe apreciar en cada caso —al conceder el embargo preventivo— si hay o no un motivo racional que justifique la intromisión de los acreedores, que actúan preventivamente», aunque su título no sea ejecutivo.

El requisito de la previa persecución de los bienes del deudor, lo centra en la aparente contradicción del artículo 1.111 del Código con el artículo 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que algún autor apunta, sobre la base de que perseguir los bienes del deudor no es cosa distinta que embargarlos y ejecutarlos, que son actuaciones previas. El autor opina que tal contradicción no existe, o que no es suficiente para dejar sin contenido el artículo 1.111, y observa finalmente que el precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil no habla genéricamente de embargo de **derechos**, sino de **créditos**, mientras que el artículo 1.111 del Código permite a los acreedores el ejercicio de todos los derechos y acciones del deudor, con la única excepción de los inherentes a su persona. Considera que, a veces, probar el dominio del deudor precisará ejercitar acciones a él competentes, y que probar el mejor derecho a embargar puede exigir atacar el derecho a embargar de otro, lo que se puede hacer con acciones correspondientes al deudor, como en algún caso admitió el Tribunal Supremo, que también, como el autor recuerda, ha suavizado el rigor de la previa persecución de los bienes del deudor, dejando a la apreciación de la Sala sentenciadora si se ha cumplido no este requisito, no en juicio previo, sino en el mismo que el acreedor promueva contra un tercero ejercitando la acción de su deudor.

Acaso hubiera podido sugerir que, en efecto, la «persecución» consistirá en el embargo de todos los bienes, incluyendo créditos y derechos contra tercero,

y que el embargo supone ya una concreción, o conversación en garantía del principio de responsabilidad patrimonial, pero ni el embargo preventivo, ni el embargo obtenido con título ejecutivo, suponen cosa distinta que **sujetar** estos derechos, pero no legitiman al acreedor para ponerse en el lugar del deudor como titular de tales derechos, salvo que se los adjudiquen. Por tanto perseguir es embargar, pero los derechos ya embargados no pueden ser ejercitados en previsión por el acreedor, que sólo podrá hacerlo mediante la acción subrogatoria. Es el caso del número 9 del artículo 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se refiere a **créditos y derechos** (otros derechos) no realizables en el acto, donde posiblemente la facultad subrogatoria puede tener un cauce muy directo (interrumpir una prescripción, por ejemplo).

Trata seguidamente el carácter de subsidiariedad de la acción subrogatoria, y a continuación de las condiciones de ejercicio respecto al deudor —insolvencia e inactividad—, para pasar a ocuparse de las condiciones del derecho o acción ejercitados. En este punto para su atención en el discutido tema de los derechos excluidos como «inherentes a la persona del deudor», y pone de relieve la dificultad de reducir todos los derechos inherentes a la persona en una sola categoría, que dio lugar a constituir grupos o categorías de derechos verdaderamente considerados como tales, como hizo la doctrina francesa con distintas variantes, y haciendo expresa referencia a los autores españoles que se han ocupado del tema. Su conclusión es la de que se trata, además de los derechos extrapatrimoniales, intransmisibles o inembargables, de aquellos «derechos patrimoniales concedidos por el reconocimiento de ciertas cualidades propias del titular, o para la defensa de un interés extrapatrimonial»; y como hay indudablemente casos dudosos, apunta dos criterios: Cuando un derecho fundado en un interés extrapatrimonial deja de pertenecer a su titular originario, se acentúa su carácter patrimonial, aminorándose el de inherencia a la persona; y que los derechos patrimoniales que el acreedor no puede ejercitar por ser inherentes a la persona, sí podrán los acreedores hacerlos valer por vía de excepción, pudiendo en principio defender la posición jurídica de su deudor; lo que tiene especial importancia en el tema de las acciones de estado, a lo que dedica luego un epígrafe especial. Y después de haber abordado la cuestión del ejercicio de las meras facultades, concluye con el epígrafe dedicado a los efectos de la acción subrogatoria, destacando que presenta un beneficio colectivo para todos los acreedores, ya que el ejercicio de la acción no otorga al acreedor un privilegio especial sobre el bien perseguido.

Acaba el libro con unas breves «Reflexiones finales», en las que resulta destacable su afirmación de que acaso no quepan conclusiones en su trabajo, y que la cuestión esencial, que consiste en saber hasta qué punto ofrece hoy día utilidad práctica la facultad puesta a disposición de los acreedores por el artículo 1.111 del Código civil, sólo tiene respuesta en una clara distinción entre la facultad subrogatoria y el embargo y ejecución de los créditos del deudor.

En suma, se trata de una buena monografía, por demás interesante, con ideas bien fundadas —aunque en ocasiones matizables y acaso discutibles—, seriamente trabajada y con una bibliografía muy completa, que, sin duda, acredita a su autor.

HERRERA CAMPOS, Ramón: «La investigación de la paternidad y la filiación no matrimonial», Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1987.

Uno de los libros de más reciente aparición es esta obra que nos llega de la Universidad de Granada a cargo del Profesor Herrera Campos.

Se trata, en definitiva, de una visión general de la filiación no matrimonial y de la investigación de la paternidad.

Comienza el libro con el análisis de la injusta discriminación que existía en la legislación histórica con respecto a los llamados hijos ilegítimos; la misma expresión era ya de por sí, degradante, peyorativa, discriminatoria e improcedente. Y poca justicia puede existir en un ordenamiento jurídico si existe discriminación entre los hombres por motivos de nacimiento. La igualdad ha de ser el elemento esencial en materia de justicia, y en consecuencia, los derechos que se han de reconocer a todos los seres humanos han de ser los mismos, pues tienen «la misma dignidad, poseen igual naturaleza, idéntico origen y destino común». El autor analiza la discriminación en el Fuero Juzgo (el Liber Iudiciorum de los visigodos), el Fuero Real y las Partidas de Alfonso X (esta última obra con su conocida clasificación de los hijos en naturales, fornecios, manceres, espúreos...), el Fuero Viejo de Castilla, las leyes de Toro, la Novísima Recopilación, el proyecto de Código civil de 1851, la ley de Matrimonio Civil de 1870, el Código civil de 1889..., hasta llegar a la Constitución de 1978.

En la Alta Edad Media, en los llamados siglos oscuros, tan buen lugar ocupaban dentro de la familia los hijos matrimoniales como los no matrimoniales (exclusión hecha de los engendrados violando los principios básicos de la moral cristiana: los adulterinos, los incestuosos y los sacrílegos). Esto se debió, posiblemente, a las frecuentes relaciones extramatrimoniales de los reyes, de las que nacían hijos que gozaban de honores y privilegios, y a la difusión del concubinato dentro de amplios sectores sociales.

Posteriormente, el autor analiza el actual artículo 120 del Código civil, con especial detenimiento en el estudio del reconocimiento, cuya regulación, tan escueta, plantea no pocos problemas.

La última parte del libro está dedicada a la investigación de la paternidad. Comienza por su evolución histórica, en la que se pone de manifiesto que mientras se admitía en la jurisprudencia anterior al Código civil, éste prohibió una auténtica investigación de la paternidad salvo en el caso de delitos sexuales. Nuestro legislador optó por sacrificar a los hijos habidos fuera del matrimonio con tal de proteger a la familia matrimonial. Tal criterio sufrió un brusco giro con la Constitución de 1931, al disponer esta última que las leyes civiles regularían la investigación de la paternidad, produciéndose un desfase entre el Código y la Constitución similar al que se ha producido recientemente con la Constitución de 1978: el Código civil no reflejaba lo dispuesto en la norma suprema del Estado.

El autor realiza un estudio de Derecho Comparado, agrupando los países de acuerdo con un triple criterio: legislaciones que prohíben la investigación de la paternidad (donde se analiza la de la URSS, desde la Revolución hasta la Ley de 1968), legislaciones con criterio prohibitivo, pero con amplias excepciones (cuyo mayor exponente es el Código civil francés, reformado en 1972) y legislaciones con criterio permisivo (en donde incluye a la de Alemania, Polonia y Portugal,

legislación, la de este último país, inmerecidamente «despreciada» por parte de nuestra doctrina).

Concluye el libro analizando el aspecto procesal de la investigación de la paternidad, deteniéndose en las distintas pruebas biológicas (heredobiológica o antropológica, el método de Kühne o prueba morfológica de la columna vertebral, la de los grupos sanguíneos...).

Al parecer, este libro se elaboró hace algún tiempo, pues contiene la redacción del artículo 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que existía antes de la reforma de 6 de agosto de 1984.

En definitiva, se trata de una obra clara, de lectura amena, apropiada para aquellos que quieran iniciarse en el estudio de la investigación de la paternidad y, en general, de la filiación no matrimonial.

JUAN A. POZO VILCHES

PUIG BRUTAU, José: «Compendio de Derecho civil». Volumen I. Barcelona, 1987. Bosch. Casa Editorial, S. A. Un volumen de XV + 400 páginas.

La literatura civilista española está plena de grandes tratados sobre el Derecho civil. La mayor parte de ellos, nacidos para la enseñanza universitaria, paradójicamente se hacen inabarcables para los alumnos, por lo que padece su aspecto pedagógico, si han de cumplir con esta finalidad, puesto que alcanzan otra más suprema doctrinal y de consulta para los ámbitos de la investigación, como la de la interpretación y de la praxis judicial.

Afortunadamente, en la actualidad, al igual que en la literatura universitaria europea, comienzan a aparecer en la nuestra «cursos» y «compendios» de calidad sobre el Derecho civil, como los de los profesores O'Callaghan Muñoz y Alvarez Caperochipi, breves y cuidados en sus aspectos legal, jurisprudencial y doctrinal.

Con el presente primer volumen del «Compendio de Derecho civil» del muy ilustre civilista Profesor y Abogado José Puig Brutau, se enriquece de manera muy particular la literatura jurídica española en su faceta docente. Se trata de una obra que viene avalada por los profundos conocimientos y experiencia jurídica habidos por un completo jurista, buen conocedor del sistema anglosajón del «commun law» y del continental europeo con base en la pandectística alemana.

Con este primer volumen, correspondiente a la conocida «parte general» del Derecho civil, el autor lo distribuye en XXII títulos. El I bajo el título «El Derecho objetivo», donde después de unas ideas generales expone el concepto de Derecho como un conjunto de normas, especifica sus clases para el ordenamiento jurídico y sus instituciones para concretar el Derecho natural y el Derecho positivo, el Derecho público y el privado. El título II, sobre «El Derecho civil», trata su concepto, su formación histórica, su contenido, sistematización y definición, para concluir con los conceptos de legislación, compilación y codificación.

El título III enuncia el «Derecho civil español», el movimiento codificador en España, el Código civil español, el Derecho civil posterior al Código, el Derecho civil común y los Derechos forales o especiales. El título IV abarca las «Fuentes

del Derecho» en el ordenamiento español (La Ley, la costumbre, los principios generales del Derecho) y la misión de la jurisprudencia. El título V es sobre la «Interpretación e integración de las normas jurídicas», sus reglas, las lagunas y la investigación integradora (la analogía y la equidad). El título VI se refiere a los «Efectos de las normas», la ignorancia de la Ley y error de Derecho, la exclusión voluntaria de la Ley y la renuncia de derechos, la nulidad de los actos contra la Ley y el fraude de la Ley. El título VII destaca con certeza, los «límites a la eficacia de las leyes en el tiempo y en el espacio», la vigencia de las leyes en el tiempo (Derecho transitorio) y en el espacio (Derecho internacional privado español), que suele ser olvidado o remitido por la mayor parte de los civilistas. El título VIII expone la «Relación jurídica y el Derecho subjetivo», la buena fe en el ejercicio de los derechos y su ejercicio abusivo. El título IX presenta al «Sujeto de derecho, la persona», la persona individual, la personalidad y los derechos de la personalidad. El título X continúa con la «Capacidad jurídica y de obrar, el estado civil de las personas». El título XI regula los «Grados de capacidad por razón de edad» (mayoría de edad, minoría y emancipación). El título XII trata la «Incapacitación», su concepto, el proceso de incapacitación y la prodigalidad. El título XIII se refiere al «Estado de familia», al matrimonio, al parentesco y sus efectos y la afinidad. El título XIV establece la «Nacionalidad y vecindad civil», su adquisición, conservación, pérdida y recuperación, la doble nacionalidad, la condición jurídica de los extranjeros y la vecindad civil. El título XV se refiere al «Nombre, domicilio y residencia de las personas». El título XVI examina la «Ausencia y la declaración de fallecimiento». El título XVII presenta al Registro Civil, su organización, publicidad y el caso específico del cambio de sexo. El título XVIII trata la «Persona jurídica», su concepto y clases, capacidad, responsabilidad, domicilio y extinción, con la referencia a las asociaciones y fundaciones. El título XIX aborda el importante tema del «Objeto del derecho, las cosas y el patrimonio», ajustándose aquí excesivamente a la literalidad del Código civil, ya que convendría desarrollar el concepto jurídico de «bien» para comprender al «dinero», como el bien por excelencia de todo el ámbito patrimonial y, en particular, de las obligaciones monetarias y, también, la nueva categoría de los «bienes registrables y no registrables». El título XX se refiere a los «Hechos jurídicos, el negocio jurídico», sus elementos y clases. El título XXI trata la «Representación en el negocio jurídico», su concepto, clases (legal y voluntaria, la indirecta), la representación sin poder, la autocontratación y la extinción del poder. Se concluye la obra con el título XXII, que contempla «El tiempo en el Derecho», su transcurso dando lugar a la prescripción (adquisitiva o usucapión y la extintiva), su ámbito, requisitos y plazos, determinación de los momentos inicial y final, interrupción y renuncia, la caducidad, para concluir sus especificaciones en Cataluña y Navarra.

El índice alfabético de materias final facilita al lector, con su riqueza de términos, el hallazgo más puntualizado que se desea dentro de la clasicidad de los temas tratados, de los nuevos aspectos legislativos, jurisprudenciales y doctrinales que este ilustre autor nos brinda en esta gran obra.

REAL PEREZ, Alicia: «Intangibilidad cualitativa de la legítima», Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1988.

Bajo el título de «Intangibilidad cualitativa de la legítima», la doctora Real Pérez nos ofrece un riguroso estudio sobre uno de los principios sucesorios que, después de la reforma del Código civil operada por Ley de 13 de mayo de 1981, exigía una urgente «puesta en discusión» por parte de la doctrina española.

Ello, no obstante, tratándose de un tema sucesorio que bien puede calificarse de clásico —no se pueden olvidar las excelentes aportaciones de Vallet de Goytisolo, Fuenmayor, Roca Sastre, Panteleón Prieto, entre otros—, se ha echado en falta un estudio que, entre las obras dedicadas a la reforma, profundizara en el aspecto cualitativo del contenido de la legítima de los descendientes, tal y como viene configurado en el Código civil. A mi juicio, esa laguna viene a ser brillantemente completada por la obra que ahora nos ofrece la profesora Real Pérez.

Se plantea si los postulados tradicionales del principio de la intangibilidad cualitativa («quale») de la legítima de los ascendientes o descendientes, tal y como fueron concretados en su día por Vallet, han quedado o no en desuso en el vigente sistema sucesorio español; resolviendo con acierto la autora que, cualquier respuesta sería a esta cuestión exige profundizar en el funcionamiento de varias figuras sucesorias (naturaleza y mecanismos de protección o garantía de la legítima) entre las que existe una íntima conexión con el principio objeto de estudio.

En este sentido se aborda, en primer término, la cuestión de la naturaleza jurídica de la legítima y sus consecuencias prácticas. Partiendo del axioma generalmente aceptado, que considera que nuestra legítima se formó tomando elementos de los sistemas romano y germánico, si bien predominan las notas características del primero, la profesora Real Pérez realiza una exposición esquemática de las diferentes posturas que, en nuestro Derecho, han intentado ofrecer una respuesta coherente en torno a la determinación o fijación de la naturaleza de la legítima en nuestro Derecho («*pars hereditatis*», «*pars bonorum*», «*pars valoris*»...). En esta visión panorámica sobresale la claridad en la exposición, subrayándose las distintas y, aún, encontradas consecuencias que el sostenimiento de una u otra tesis pueda tener respecto a la propia caracterización de la institución legitimaria.

Sostiene la autora, sobre la base de las autorizadas argumentaciones destacadas por Lacruz Berdejo y Roca Sastre, la naturaleza plural de la legítima de los descendientes. En principio, estos últimos por lo general recibirán su cuota legitimaria «in substantia bonorum», salvo cuando el testador ordene su pago en metálico. En este último caso, la legítima es algo más que «*pars valoris*», pero algo diferente que «*pars valoris bonorum*». El legitimario, se añade, en su calidad de acreedor de cantidad, ostenta un derecho de crédito que goza de una serie de garantías extras.

La cuestión, pues, se concreta en averiguar cuál será la naturaleza jurídica de la legítima pagadera en dinero. Para ello, la profesora Real Pérez contrasta la posición jurídica del legitimario/acreedor de género o cantidad antes y después de la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981. Se sostiene que la citada reforma ha incidido de forma notable en la naturaleza jurídica de la legítima pagadera en metálico, sobre la base de contemplar el contenido de los vigentes artículos 841 a 847 del Código, como una regulación de un supuesto mal calificado como «especial», frente al carácter excepcional que esta forma legitimaria te-

nía atribuida por buena parte de nuestra doctrina, antes de la referida reforma.

En este sentido, a mi juicio, sobre la base de ponderar la agudeza y brillantez de las argumentaciones mantenidas por la profesora Real Pérez, y como ya pusiera de relieve De la Cámara (Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil, en «Centenario de la Ley del Notariado», secc. 3.^a, vol. I, Madrid, 1964, pp. 713 y ss.), no parecen totalmente acertadas las opiniones que, con anterioridad a la reforma de 1981, sostenían el carácter excepcional de la legítima pagadera en dinero; y ello en atención no sólo al contenido del artículo 829 del Código civil, sino, fundamentalmente, dado el distinto alcance protector que el artículo 15 de la Ley Hipotecaria dispensaba y dispensa al legitimario de parte alícuota que tuviere (nota marginal, afección real) o no (mención solidaria) asignados bienes concretos de la herencia para pago de su legítima. En este sentido, pues, estimo que la nueva regulación de esta forma de satisfacción (en metálico) de la legítima ha venido a clarificar un viejo postulado vigente en nuestro Derecho: desde la conmutación en metálico de las cuotas legitimarias por el asignatario o por las restantes personas señaladas en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria, se extingue la comunidad hereditaria respecto a los legitimarios de género o cantidad. Estos últimos ostentan un derecho de crédito contra los demás legitimarios por el valor de sus respectivas cuotas. La impugnación o falta de pago en el plazo legal (cinco años o, en su caso, veinte años) ni prejuzga la validez de la partición parcial realizada, ni mucho menos inviste a estos legitimarios en la condición de cotitulares del activo hereditario, pues la reseñada comunidad hereditaria fue legalmente extinguida. Así entendido, como señala la profesora Real Pérez, no es defendible en nuestro Derecho la naturaleza como «*pars bonorum*» de la legítima de los descendientes pagadera en numerario.

Ahora bien, entiendo que, mientras el legitimario de parte alícuota, que tiene asignados bienes concretos de la herencia en garantía de su legítima, ostenta la condición de acreedor privilegiado frente a los terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues se le reconoce una afección real sobre los citados bienes por el valor que tuviere su cuota legitimaria, al tiempo en que la herencia se causó; aquellos otros legitimarios que no hubieran visto fijada el importe de sus legítimas, ni concretado su garantía sobre ciertos bienes inmuebles, ni asignado bienes determinados para el pago de las mismas, ostentan un mero derecho de crédito o personal, de carácter solidario, frente a los demás legitimarios, por el valor que tuviere su cuota, al tiempo en que ésta se pague. En este último sentido debe entenderse, a mi juicio, lo dispuesto en el artículo 847 del Código civil, en relación con el artículo 15 de la Ley Hipotecaria.

En segundo término, la profesora Real Pérez pone de relieve cómo el sistema de protección o garantía que puede utilizar el legitimario en caso de ataque a su legítima hace quebrar, definitivamente, los postulados tradicionales del principio de su intangibilidad cualitativa. Así, puede decirse que la legítima no es tan intangible como se decía, pues ni el legitimario tiene siempre derecho a cobrar en bienes de la herencia (v.gr., legítima pagadera en metálico cuyo importe no esté fijado, ni concretado su garantía sobre ciertos bienes inmuebles, ni asignado bienes concretos para el pago de las mismas), ni en todo caso tiene derecho a percibir su porción libre de cargas y gravámenes impuestos testamentariamente (v.gr., cuando el gravamen sea de usufructo o renta vitalicia; art. 1.056.2 del Código civil, etc.). Tales conclusiones, por lo demás, quedan corroboradas mediante el estudio de algunos de esos medios protectores cuyo funcionamiento inci-

de en la intangibilidad cualitativa de la legítima. Así, se justifica mediante razonamientos ciertamente sugestivos cómo no puede afirmarse rotundamente que las donaciones supuestamente lesivas de la intangibilidad cualitativa de la legítima sean siempre inoficiosas (v.gr., art. 820.3 del Código civil), o cómo el funcionamiento de ciertos aspectos de la colación manifiesta algunas grietas en el propio principio legitimario o, en fin, cómo en los supuestos de rescisión por lesión en la legítima, el principio de intangibilidad legitimaria cede ante el «favor partitionis» (v.gr., arts. 1.077 y 1.080 del Código civil).

Por último, se atiende a la cuestión de la incidencia práctica que sobre la configuración real de la legítima ha tenido la normativa reguladora de la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial. Así, respecto al artículo 1.321 del Código civil, se amplía el régimen de los antiguos 1.420 y 1.374 del Código civil, a todo régimen económico matrimonial, y no sólo al de gananciales, como antaño, sustrayéndose de la masa hereditaria una serie de bienes (los que constituyen el ajuar de la vivienda habitual del matrimonio) en favor del cónyuge viudo.

En cuanto a los derechos de adjudicación preferente regulados en los artículos 1.406 y 1.407 del Código civil, habrá que observar que si el valor de los bienes por ellos reseñados exceden del que tenga la porción legitimaria, el viudo asignatario deberá abonar a los sucesores del premuerto la diferencia en dinero. Luego los legitimarios habrán de conformarse con cobrar parte de sus legítimas en metálico.

En conclusión, como subraya la profesora Real Pérez, la concepción tradicional del principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima de los ascendientes o descendientes no encaja en nuestro Código civil, imponiéndose una urgente revisión del mismo, a la luz del indudable cambio de criterio del legislador.

FEDERICO A. RODRÍGUEZ MORATA

TARTAGLIA, Paolo: «L'adeguamento del contrato alle oscillazioni monetarie».
Milano, 1987. Dott. A. Giuffré editore. Un volumen de 183 páginas.

La alteración del valor de las monedas en nuestro mundo civilizado va pareja con los desequilibrios económicos mundiales y la nación italiana tampoco es una excepción. La obra del Profesor Tartaglia nos muestra las medidas jurídicas de defensa que en el ámbito de su ejercicio se producen en general (las legales y las judiciales) y muy particularmente las que se acuerdan contractualmente por los privados.

El Código civil italiano vigente mantiene preceptivamente el principio nominalista de la moneda (arts. 1.277 y 1.278), si bien la interpretación vigente difiere de aquella «dirigista» de 1942. La doctrina ha intentado separar el nominalismo inderogable del propio sistema monetario, o sea, del valor legal fijo de su moneda, si bien dejando un espacio jurídico a una diversa reglamentación pactada o legal, debido al nuevo contexto económico-social y político-democrático. Ya no se trata de un principio rígidamente imperativo del ordenamiento jurídico, sino tan sólo de carácter primario o general para la moneda, aunque flexible y potestativo para poder ser corregido desde su punto de vista valorista mediante

técnicas de revalorización, bien por las partes contratantes, como por el propio legislador para ciertos ámbitos, o ya desde la tarea judicial.

La obra, dedicada fundamentalmente al estudio de las técnicas de revalorización contractuales, se divide en dos capítulos: el primero establece los medios contractuales contra las alteraciones monetarias y el segundo analiza los remedios legales y judiciales frente a dichas alteraciones.

El primer capítulo presenta las cuestiones que plantean las cláusulas de estabilización contractual y el principio nominalista, para desembocar con el valorismo como principio igualmente general del sistema normativo moderno. Además, expone la clasificación de las cláusulas monetarias: la cláusula oro, la de moneda extranjera, así como la específica función del ECU dentro del Mercado Común Europeo. Añade el examen de las cláusulas de garantía extramonetaria o económicas, como las de números índices o de escala móvil; también, la de renegociación, como las de revisión de precios y «hardship clause».

El capítulo segundo, que presenta los remedios legales y los judiciales contra las alteraciones monetarias, con especial referencia a los mecanismos legales que regulan las rentas urbanas y sus límites. También, la delegación legal a la discrecionalidad del juez para la determinación de ciertas prestaciones pecunarias, como en los casos de «mayor daño» por devaluación de la moneda, el daño por mora en las obligaciones en moneda extranjera, en los créditos de previsión laboral y en las prestaciones de alimentos para el cónyuge separado o divorciado.

En su conclusión final para una reconstrucción de la reglamentación jurídica de las fluctuaciones monetarias hace ver cómo la fuerza económica de un Estado está en la capacidad que tenga de dar la confianza o fiducia a los demás Estados y al propio ciudadano en cuanto a la permanencia del valor del dinero. Si esta fijeza que proporciona el principio nominalista es alterada, el principio valorista aparecerá coexistiendo como una filosofía político-jurídica no estrictamente monetaria para dar solución a los conflictos sociales de intereses. La relación dialéctica compleja entre el dirigismo estatal y la autonomía privada se muestra ante las alteraciones monetarias en el espacio que se toleran y en las áreas de ciertas relaciones jurídicas socialmente importantes (del trabajo, del arrendamiento urbano o rural, etc.). De aquí la actual utilización legal de ambos principios nominalista y valorista.

JOSÉ BONET CORREA

VARIOS AUTORES: «Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Derecho histórico. Concordancias. Jurisprudencia)», Pamplona, abril 1988, 835 páginas.

A partir del artículo 149.1.8 de la Constitución los Derechos forales o civiles especiales, van a experimentar un auge legislativo, que debe acompañarse paralelamente de un nuevo impulso doctrinal si se aspira a que aquél tenga raíces sólidas. El primer paso, sin duda, ha de tener por objeto el texto de sus Compilaciones, una vez adaptadas a la Constitución de 1978, para ofrecerlo a los juristas, teóricos y prácticos, no sólo en su redacción vigente —en no pocos puntos, muy alejada de la primigenia correspondiente al período 1959-1978—, sino enmarcado en

su contexto histórico y explicado en sus peculiaridades y también comparado con otros sistemas normativos.

Esta es la tarea que, con relación al Fuero Nuevo de Navarra, han acometido un equipo de juristas, coordinados por el Profesor De Pablo Contreras (titular de Derecho Civil en Zaragoza), integrado por el Magistrado señor Fernández Urzainqui, los Abogados señores Lacarra Lanz y Colín Rodríguez, el Registrador y Notario señor Gimeno Gómez-Lafuente, el Profesor Martínez de Aguirre Aldaz (titular de Derecho Civil en Zaragoza) y el Profesor Rubio Torrano (Catedrático de Derecho Civil en La Laguna).

Los objetivos y metodología empleados en la obra se explican en la Introducción debida a la pluma del Coordinador de la obra. Tomando por base la reforma llevada a cabo por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, que es, sin duda, la más importante de las realizadas en la Compilación de 1973, los autores se han propuesto como objetivo el de facilitar el acceso a los textos históricos y a la jurisprudencia foral, tarea esta última de no escasa dificultad al haberse publicado sólo en parte, y de forma fragmentaria y dispersa, las sentencias y resoluciones de los Tribunales en materia de Derecho Privado de Navarra.

Una de las características más salientes del Fuero Nuevo, frente a las demás Compilaciones, es la de ser un texto legal abierto, lo que significa que, al no derogarse las fuentes históricas que constituyen la «tradición jurídica navarra», conservan rango preferente para la interpretación y aplicación de sus disposiciones. En este punto se da cuenta puntual de la edición utilizada para transcribir la Novísima Recopilación, las Leyes de Cortes posteriores, los capítulos pertenecientes al Amejoramiento del Rey Don Felipe, el Fuero General de Navarra, el Fuero Reducido y los diversos Fueros locales (de Estella, de Pamplona, de Tudela, de Viguera y Val de Funes y los Fueros de la Novenera).

Para el Derecho romano, se han tenido muy en cuenta las notas a la Recopilación Privada, fundamentales para explicar el texto de 1973, y también se indican las respectivas ediciones del Digesto, el Código y las Novelas.

Se ha seguido un criterio extensivo en las concordancias con las restantes normas del Derecho navarro, especialmente con las de Derecho Público. Otras veces se trata de normas del Código civil o de Leyes estatales de Derecho privado que pueden tener aplicación supletoria; en ocasiones puede hablarse de «discordancias» al tratarse de normas que ni siquiera como derecho supletorio pueden aplicarse en Navarra, aunque pueden arrojar luz sobre la Ley anotada.

Se califican de «recibidas» aquellas disposiciones a que se remite expresamente el Fuero Nuevo, y que deben recibir el mismo tratamiento que sus mismos preceptos. Interesa recordar el artículo 4.º de la Ley Foral de 1 de abril de 1987, según el cual, «las remisiones que esta Compilación hace al articulado del Código civil se entenderán efectuadas a la redacción que el mismo tiene en el momento de entrada en vigor de esta Ley Foral».

Mención especial merecen las 436 notas de jurisprudencia, cerradas el 30 de octubre de 1987, que recogen la doctrina sustancial de las sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de las Audiencias Territorial y Provincial de Pamplona y de la Dirección General de los Registros.

Destacaría la excelente presentación formal de la obra, que no sólo ayuda, sino que invita a su lectura. Aparte de la calidad del papel, y de la impresión a dos tintas, cabe señalar los diferentes tipos de letra, según se trate del texto de la Ley, de las notas históricas, concordancias o de la jurisprudencia. Cuidados

índices (cronológico, jurisprudencial y analítico) facilitan la consulta. Excelente idea ha sido la de insertar como Apéndice las Ordenanzas del Valle del Roncal, del valle del Baztán, del Valle de Salazar y de las Bárdenas Reales de Navarra, de consulta poco accesible para el no especialista.

Creo que la obra constituye un utilísimo instrumento de trabajo no sólo para los operadores del Derecho en Navarra, sino para todos los juristas.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. Sentencias comentadas

A PROPOSITO DE UNA INTERPRETACION JURISPRUDENCIAL DEL ARTICULO 111 DEL CODIGO CIVIL

(Comentario a la Sentencia de 23 de julio de 1987)

SUMARIO: I. Fundamentos de Derecho de la Sentencia. II. Alusión a algunas cuestiones de forma. III. Planteamiento del comentario. IV. Sobre la aplicabilidad del artículo 111 del Código civil al caso juzgado: a) el artículo 111 del Código civil y la preexistencia de determinación extrajudicial de la filiación; b) acción de impugnación y determinación judicial de la filiación; c) acción de impugnación y oposición a la determinación judicial de la filiación. V. Sobre la interpretación extensiva del artículo 111 del Código civil: a) carácter extensivo o no de la interpretación propuesta; b) finalidad del artículo 111 del Código civil: sanción y tuición. VI. Conclusiones.

I. Es objeto del presente comentario la Sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo en fecha 23 de julio de 1987, y de la que fue ponente don Cecilio Serena Velloso. Me parece útil para centrar el tema reproducir a continuación los Fundamentos de Derecho en que se apoya el fallo; los hechos que dieron lugar a la resolución pueden deducirse (con las matizaciones a que me referiré más adelante) del primero de ellos:

1. Para un adecuado enjuiciamiento del presente recurso de casación ocurre anteponer al examen de sus motivos las siguientes puntualizaciones: A) La mujer demandante y ahora recurrente contrajo matrimonio con el demandado recurrido el 21 de julio de 1978. B) Surgidas desavenencias entre los cónyuges, se separaron de hecho otorgando escritura de capitulaciones matrimoniales el 28 de abril de 1980, dando por terminado el régimen de Sociedad conyugal y adoptando el de separación absoluta de bienes, considerándose que cuantos bienes (muebles o inmuebles, usufructos, créditos y derechos) puedan adquirir en el futuro, se considerarán propiedad del cónyuge que los posea o adquiera, sea cualquiera la fecha y título de adquisición y nunca tendrán el carácter de consorciales. Cada capitulante hará suyos los productos que obtenga con su trabajo personal, así como los frutos y acciones de cuantos bienes posea, conservando asimismo la administración, usufructo y disposición de todo ello; renunciando mutua y recíprocamente a los derechos de viudedad foral que al uno pudiera corresponder sobre los bienes del otro y, en fin, acordando fijar cada uno de ellos e independientemente su domicilio, en el lugar de España o del extranjero que estimen oportuno. C) No obstando la radicalidad de lo acordado y según así lo narra el escrito de la demanda (vuelto del folio 10), es lo cierto que «al poco tiempo y con el fin

de intentar rehacer su matrimonio, ambos decidieron pasar juntos los fines de semana y algún período de vacaciones, lo que ocurrió casi de forma ininterrumpida o al menos con mucha frecuencia desde el mes de julio de 1980 hasta el otoño de 1981»; narración con la que, sustancialmente, se halla conforme el demandado (véase el escrito de la contestación, al folio 27). D) Hacia el mes de abril de 1981 la demandante quedó encinta, lo que le fue comunicado por la misma al demandado, quien, según manifiesta (escrito de la contestación, vuelto del folio 27), ante la actitud de la primera (quien se negó a reanudar la convivencia, gozó de vacaciones sola en la playa y, en fin, hizo declaraciones sobre su deseo de tener un hijo aunque fuera de persona a quien después no fuera a ver), provocadora de nuevas disensiones, sospechó de ella y así «comenzaron a surgir respecto de su paternidad del futuro niño» las que califica de «lógicas dudas». E) La demandante dio a luz el 22 de enero de 1982 al niño que fue inscrito en el Registro Civil como A. P. B. S., hijo del demandado J. B.S. y de la demandante A. S. R.; inscripción que es la obrante al folio 467 del tomo 451 de Nacimientos del Registro Civil de Zaragoza. F) Entabló el aquí demandado acción de impugnación de la paternidad del párrafo primero del artículo 136 del Código civil ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zaragoza, el cual dictó sentencia, que quedó firme por no haber sido apelada, el 9 de septiembre de 1983, y en cuyo fallo se desestimó la pretensión formulada por el demandante de que se declarara la falta de filiación matrimonial paterna del mismo respecto del A. P. y estimando la reconvenición deducida por la allí demandada, aquí demandante, declarando ajustada a derecho la inscripción de su nacimiento, condenándose en las costas. G) En el juicio de que el presente recurso dimana la mujer solicita, al amparo del artículo 111 del Código civil, se dicte sentencia por la que se acuerde excluir al demandado de la patria potestad y demás funciones tuitivas con respecto al menor A. P. B. S., manteniendo éste el apellido del padre. Pretensión ésta que ha sido desestimada por la sentencia del Juzgado (27 de abril de 1984), confirmada por la Audiencia (31 de octubre de 1985) y que, según el criterio del Ministerio Fiscal, que ha sido parte (al amparo del art. 3.º, número 6, de su Estatuto Orgánico), en este trámite de la casación, debe ser inatendida. H) Ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Zaragoza pende aún o ha sido sustanciado, juicio de divorcio movido entre los aquí litigantes, en cuya pieza separada de medidas provisionales recayó auto de 26 de noviembre de 1983, acordando primero autorizar la separación de los cónyuges, cesando la presunción de convivencia; segundo entender revocados los consentimientos y poderes y cesada la posibilidad de que uno vincule los bienes privativos del otro en el ejercicio de la potestad doméstica; tercero encomendar a la mujer la guarda y custodia del hijo del matrimonio, y cuarto fijar en 10.000 pesetas la cantidad que el marido deberá entregar mensualmente a la mujer en concepto de alimentos para el hijo común. En dicho juicio fue recaído, al parecer, sentencia de primer grado, declarando el divorcio.

2. El primero de los motivos del recurso se ampara en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y alega la infracción por no aplicación del artículo 111 del Código civil o, lo que es igual, trae a la consideración de esta Sala el mismo objeto del juicio de que dimana. El artículo invocado excluye al progenitor de «la patria potestad y demás funciones tuitivas y (dispone) no ostentará derechos por ministerio de la ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias», aparte en otro supuesto que ahora no importa (pri-

mero) «Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición» (segundo). Al parecer del recurrente, «la norma del artículo 111 (segundo) del Código civil no consiente la reducción de su aplicación al caso en que la filiación haya sido determinada única y exclusivamente por una sentencia judicial, ni impide, por tanto, su aplicación al caso en que dicha filiación, habiéndose determinado mediante contienda judicial hubiera sido no obstante ya inscrita registralmente por uno solo de los progenitores incluso bajo la presunción legal del matrimonio de éstos, pero con la oposición del otro progenitor, contra cuya oposición se hubiere producido, asimismo, la sentencia determinante de la filiación del hijo». Se pretende, en suma, extender el mandato del artículo 111, desde los supuestos en él contemplados y en particular desde el previsto en el número segundo del primero de sus párrafos, o sea, «cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición», al caso justiciable caracterizado por las circunstancias reseñadas en el fundamento primero de la presente sentencia, en el cual el marido impugnó la paternidad al amparo del párrafo primero del artículo 136, sin éxito.

3. Debe ser desestimado este motivo primero: A) Por cuanto no cabe identificar el caso justiciable con el supuesto del artículo 111 en que se pretende subsumirle, ya que en aquél la filiación aparece determinada por el matrimonio y la inscripción, mientras que el artículo contempla la filiación en trance de ser determinada judicialmente, con la oposición del progenitor. No faltan, sin embargo, opiniones contrarias equiparadoras de las acciones de investigación y de impugnación en punto a excluir su ejercicio al de la patria potestad. B) La aplicación analógica del artículo 111 o la del 170 que regula la privación de la patria potestad por sentencia fundada «en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad» superada la reluctancia que origina su contenido sancionador, exigiría además homologar entre sí alguno de los supuestos de dichos artículos con el caso justificable verificando que concurre en este respecto de uno u otro de aquéllos la semejanza exigida por el número 1 del artículo 4.º, pero ello a partir de un vacío normativo que no existe aquí. Parece que el recurso descarta la analogía y argumenta la directa aplicación del precepto y para ello identifica la oposición a la acción de filiación del 111, con el ejercicio de la acción de impugnación del 136 y pretende aplicar mejor que extender a ésta, los efectos de aquélla. C) Las sanciones del artículo 111 (todas las cuales, y no sólo la de privación de la patria potestad, ya que son segregables entre sí, habrían de serle impuestas al demandado) han sido reputadas excesivas por un autorizado sector de la doctrina cuando existan dudas razonables sobre la paternidad cual las que existían en el caso antes de practicarse para disiparlas las concluyentes pruebas producidas en el juicio resuelto por la sentencia de 9 de septiembre de 1983. La aplicación que se insta trasladaría tal excesividad extendiéndola a supuesto distinto de aquel al que está intimada por el legislador y al que inexcusablemente tiene que serle aplicada por su mandato sin poderse hacer discriminaciones acaso convenientes. D) La privación total o parcial de la patria potestad, siempre temporal como enseña su párrafo segundo, se halla regulada exhaustivamente por el artículo 170 en correlato del «incumplimiento de los deberes inherentes a la misma» y, fuera de ese precepto y de los artículos 9.º (tercero) y 17 (apartado B) del Texto Refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores (aprobado por Decreto de 11 de junio de 1984), que pueden aplicar la medida protectora de suspensión de la guarda y custodia, no existen otros preceptos en

vigencia (dentro de la esfera civil y aparte los hechos constitutivos de infracción penal y sus efectos civiles) que autoricen a privar o suspender aún parcial y temporalmente a los progenitores que la ostenten del ejercicio de la patria potestad. Desde esta óptica, debe ser desestimada la pretensión, ya que ni siquiera se ha alegado el incumplimiento de esos deberes por el demandado. E) La patria potestad es institución, que en el derecho actual se inspira, y así lo proclama principalmente el párrafo segundo del artículo 154, en el bien del hijo que aparece como absolutamente determinante, principio con antecedentes en el Derecho Aragonés, en el que siempre fue así, cediendo íntegramente en beneficio del hijo; y, en el caso justiciable, parece que la pretensión se halla animada no tanto de ese designio como de los explicables sentimientos de la mujer. F) Pendiente juicio civil de divorcio, como se deja advertido, será en ese juicio donde propiamente habrán de adoptarse las medidas que autoriza el artículo 170 en relación con el 92, a tenor de cuyo párrafo tercero en la sentencia que recaiga en los juicios de separación, nulidad y divorcio, se acordará la privación de la patria potestad «cuando en el proceso se revele causa para ello».

4. El motivo segundo invoca «los artículos conexiónados 39.2 y 14 de la Constitución española, ya que la protección integral a los hijos que garantiza el primero de estos artículos constitucionales quedarían injustamente discriminados contra lo establecido en el segundo, aquellos hijos que no obstante haberse visto impugnados en su filiación por sus progenitores en la consiguiente reclamación judicial, hubieran llegado a ser inscritos a su nacimiento en el Registro Civil, si esta circunstancia, que es accesoria e independiente de la voluntad impugnatoria de los padres, impidiese la protección del artículo 111, 2.º, contra la presunción de inidoneidad a los efectos de la atribución de la patria potestad, según la doctrina sentada en las sentencias precedentes». «El artículo 39 de la Constitución española, en su párrafo segundo (razona) asegura la “protección integral” de los hijos por parte de los poderes públicos “con independencia de la filiación de los hijos y por ende, con independencia del modo y manera con que dicha filiación quede determinada legalmente”. Garantía (concluye) ésta de la “protección indiscriminada” al hijo, que no es sino un corolario del precedente principio fundamental del artículo 14 en su proclamación de la “igualdad ante la ley, sin discriminaciones”, según en seguida hemos de ver.» Las alegaciones que se dejan extractadas cede ante lo razonado en el precedente fundamento de derecho. Debe añadirse ahora, a nivel de preceptos constitucionales, que más bien cabría tachar de inconstitucional el precepto del artículo 111 por cuya aplicación se pugna, ya que indiscriminadamente religa graves efectos sancionatorios a la mera oposición a la acción de filiación, sin acepción de los progenitores que razonablemente abrigaron dudas sobre su paternidad y, disipadas por las pruebas del juicio, acataron lo pronunciado aquietándose con la sentencia de primer grado.

5. Conforme al artículo 1.615, párrafo último, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben serle impuestas las costas a la parte recurrente, quien además perderá el depósito que hubo de constituir para formalizarlo.

II. Antes de entrar en lo que va a ser el objeto central de mi comentario, no quiero dejar de hacer alguna observación de tipo formal a la sentencia indicada. Me refiero al Fundamento de Derecho primero, que recoge no los hechos probados, sino, en expresión harto llamativa del Tribunal Supremo, unas «puntualizaciones». En dichas «puntualizaciones» se mezclan: a) lo que aparece —al

menos formalmente— como hechos probados (lo son —o lo parecen— la mayoría de los allí recogidos); b) lo que aparece formalmente como hechos relatados por las partes en sus respectivos escritos de demanda y contestación, con cita expresa de tales escritos en justificación de lo relatado, y sin llegar a aclarar cuál es el valor que el Tribunal Supremo concede a todo ello: señaladamente, lo contenido bajo las letras C y D del Fundamento de Derecho ahora aludido (1); c) y lo que no es afirmación de hechos probados ni relato de los afirmados por las partes, sino de datos de hecho de los que el juzgador tiene alguna noticia, no del todo segura: es paradigmático el último inciso de la letra H («en dicho juicio fue recaído, *al parecer*, sentencia de primer grado, declarando el divorcio»). Visto todo lo cual, no es extraño que el Tribunal Supremo no se atreva a hablar aquí de hechos probados, y hable más bien de «puntualizaciones».

El problema —y de ahí la crítica— es que los hechos que ha de tener en cuenta el juzgador, y de recoger en su sentencia, son los probados, porque son los que tienen la entidad suficiente como para sostener la argumentación que conduce al fallo. No, entonces, los simplemente alegados, sin más y en cuanto tales, por las partes; y desde luego no aquellos sobre los que el juzgador no tiene noticia cierta. Incluir dentro de los Fundamentos de Derecho hechos que respondan a alguna de estas dos últimas categorías, cuya consistencia jurídica es más que discutible, desdeña considerablemente el rigor y la seriedad con que debe producirse cualquier Tribunal, y no facilita precisamente la claridad y congruencia de la sentencia. Consideraciones éstas que cobran un mayor tinte de urgencia cuando quien así actúa es el Tribunal Supremo; y tal es el caso.

Por lo demás, que los hechos que la sentencia debe recoger son los probados, y no otros, viene a confirmarlo expresamente el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

III. La cuestión fundamental a la que se enfrenta, y que resuelve la sentencia, es la de la aplicación al supuesto de hecho del artículo 111 del Código civil. El tema, como se verá a lo largo del comentario, no es fácil, por las peculiaridades que presentan los hechos a los que el precepto citado debe ser aplicado. Sin embargo, el Tribunal Supremo la decide en un solo Fundamento de Derecho —el 3.º—, en el que intenta, sin conseguirlo del todo, solucionar las dificultades de interpretación y aplicación que presenta la aludida norma (2). Lo hace, sin embargo, de una manera hasta cierto punto asistemática, puesto que ordena arbitrariamente razonamientos referidos a problemas diferentes, susceptibles de una exposición orgánica más coherente que la efectuada por la sentencia, produciendo

(1) Sin perjuicio, evidentemente, de que se trate de hechos probados, en la medida en que demandante y demandado estén de acuerdo sobre ellos en sus respectivos escritos (art. 549 y 565 L.E.C.) —así ocurre en la «puntualización» recogida bajo la letra C—. Pero entonces deberían figurar como tales hechos probados, sin necesidad de acudir para justificarlos a los respectivos escritos, como hace la resolución comentada.

(2) En efecto, el Fundamento de Derecho primero contiene las puntualizaciones de hecho a las que ya he hecho alusión; el segundo resume el primer motivo del recurso; en el tercero contesta a él; en el cuarto expone el segundo motivo del recurso, y se remite para su resolución al Fundamento de Derecho anterior (con el añadido, *obiter dictum*, de algunas afirmaciones sobre el artículo 111 del Código civil que pueden ser reconducidas al Fundamento de Derecho 3.º, como veremos más adelante); y el quinto condena en costas a la recurrente. De manera que sólo el tercero tiene sustantividad jurídica propia, como fundamento real del fallo.

en el lector una cierta impresión de desconcierto. Una exposición ordenada de todo ello hubiera contribuido poderosamente a aumentar la claridad argumental y expositiva del fallo (art. 359 de la L.E.C.); y, con gran probabilidad, a que el propio juzgador fuera consciente de las zonas de sombra que presentan sus razonamientos. Porque, efectivamente, me parece que el Tribunal Supremo no ha agotado en extensión y en profundidad, ni mucho menos, el numeroso elenco de problemas que suscita el intento de aplicación del artículo 111 al caso controvertido: lo veremos a lo largo del presente comentario.

Puede contribuir a aclarar esta afirmación una comparación, por lo demás somera, entre lo que cabría denominar la «hipótesis normal» o menos problemática del artículo 111 del Código civil (3), y el caso justiciable. El precepto citado, en una primera aproximación, responde con toda claridad a un supuesto en el que la filiación de uno de los progenitores —paterna o materna— no está legalmente determinada (art. 115 del Código civil), y para que lo esté se ha hecho uso de la correspondiente acción de reclamación de la paternidad o maternidad (art. 131 y s. del Código civil), a la que se ha opuesto sin éxito el progenitor demandado; situación con respecto a la que vale la pena resaltar, a los efectos que ahora interesan, los siguientes puntos: la falta de previa determinación legal de la filiación con respecto a ese progenitor, el empleo de la acción de reclamación (de forma que se trata de determinación judicial), y la oposición procesal y sustantiva del progenitor demandado. Frente a ello, el caso resuelto por el Tribunal Supremo es considerablemente más complejo, y de ahí proceden las dificultades a la hora de aplicar el artículo 111 del Código civil: en él, la filiación del hijo, tanto paterna como materna, se encuentra legalmente determinada por la inscripción en el Registro (art. 115, 1.º, del Código civil); el padre se enfrenta a ella, pero por medio de una acción de impugnación (art. 136 y s. del Código civil), en la que asume el papel de demandante, y que es rechazada por los Tribunales. Todas estas peculiaridades son relevantes tanto a la hora de resolver el caso como a la de comentar esa resolución.

Precisamente las dudas que todo ello suscita en torno a la aplicabilidad directa del artículo 111 del Código civil al supuesto de hecho llevan la discusión en algunos momentos al terreno de la eventual aplicación analógica del mencionado artículo, o al de la licitud de una interpretación extensiva del mismo. Sobre lo cual argumenta también el Tribunal Supremo.

Quedan de esta forma delimitados los aspectos a los que debe referirse, en mi opinión (y aunque el Tribunal Supremo haya prescindido o pasado por alto algunos de ellos), el análisis que a continuación paso a efectuar.

IV. Según lo dicho, las dudas acerca de la aplicabilidad directa del artículo 111 del Código civil al caso controvertido pueden tener alguno de los siguientes fundamentos: a) que dicho precepto se refiere a un caso de determinación judicial de la filiación, cuando aquí la filiación ha quedado determinada por el matrimonio de los padres, y la inscripción del nacimiento en el Registro: es el argumento que utiliza el Tribunal Supremo cuando afirma que «no cabe identificar el caso justiciable con el supuesto del artículo 111 en que se pretende subsumirle, ya que

(3) Es evidente que esta «hipótesis normal» no agota el contenido del artículo 111 del Código civil, ni los supuestos de hecho a que éste es aplicable; no pretendo afirmar tal cosa, sino poner de relieve con claridad las peculiaridades que presenta el caso resuelto.

en aquél la filiación aparece determinada por el matrimonio y la inscripción, mientras que el artículo contempla la filiación en trance de ser determinada judicialmente, con la oposición del progenitor»; llama la atención, sin embargo, el inciso final de esta misma letra A del Fundamento de Derecho 3.º («no faltan, sin embargo, opiniones contrarias equiparadoras de las acciones de investigación y de impugnación en punto a excluir su ejercicio al de la patria potestad»); b) que, en todo caso, no ha habido determinación judicial de la filiación (como pide el artículo), porque la acción de impugnación de la paternidad no es de suyo hábil para surtir esos efectos, sino sólo la de reclamación: se trata de un fundamento estrechamente unido al anterior, pero que no se confunde conceptualmente con él, por lo que conviene tratarlos por separado; c) y que el precepto interpretado contempla la oposición del progenitor afectado, mientras que en el caso, al haberse utilizado la acción de impugnación, su situación procesal es la de demandante, y la oposición procesal a la acción ha corrido a cargo de la madre, en representación de su hijo.

a) El artículo 115 del Código civil plantea en forma alternativa los sistemas —judicial o extrajudicial (4)— de determinación de la filiación, de manera que la filiación de una persona, normalmente, vendrá determinada bien por la inscripción del nacimiento en el Registro junto a la del matrimonio de sus padres, bien por sentencia judicial. Las relaciones entre los dos tipos de determinación revestirán, también habitualmente, tintes de conflicto entre dos filiaciones contradictorias, determinada una judicial y otra extrajudicialmente. Más raro será encontrar algún caso en que la misma filiación esté determinada de ambas formas, ya que cuando la filiación ha sido ya determinada correctamente en forma extrajudicial, no suele ser preciso recurrir a la acción de reclamación. Lo que ocurre es que en el caso controvertido, la filiación que resulta de la inscripción del nacimiento en el Registro y la que ha quedado establecida por sentencia judicial (y más adelante veremos en qué medida puede hablarse aquí de determinación judicial de la filiación) son coincidentes y no contradictorias.

Es claro que el artículo 111 del Código civil precisa para su aplicación que la filiación haya sido determinada judicialmente; y es también patente que en el caso resuelto por la sentencia la filiación del menor se encuentra previamente determinada por la inscripción del nacimiento en el Registro. En tal caso, y como ya ha quedado recogido más arriba, el Tribunal Supremo se inclina, en la sentencia comentada, a considerar inaplicable el artículo 111 del Código civil, precisamente porque existe dicha determinación extrajudicial previa de la filiación (5).

(4) Tomo la terminología, que me parece útil por su concisión, de DE LA CÁMARA, *El nuevo derecho de la filiación*, en el vol. col. «El nuevo derecho de familia español» (Madrid, 1982), p. 47.

(5) En la doctrina, podría ofrecer algún apoyo a la solución jurisprudencial la siguiente afirmación de DE LA CÁMARA (*op. et loc. cit.*): «El número primero (del art. 115 del C.c.) se refiere a la determinación extrajudicial de la filiación, y el segundo, evidentemente, a la judicial, es decir, *cuando la filiación del hijo como matrimonial no haya sido previamente determinada extrajudicialmente* y, dada la actitud de sus progenitores o herederos, sea preciso entablar una acción de reclamación de estado» (el subrayado es mío). Parece, según ello, que la previa determinación extrajudicial de la filiación excluye la posterior determinación judicial de la misma; lo cual, como he señalado en el texto, normalmente es así. Pero no siempre, como veremos a continuación.

No me parece, sin embargo, que ésta sea la solución más correcta. A efectos de la aplicación del artículo 111 del Código civil, lo que importa es dilucidar si ha habido una determinación judicial de la filiación contra la oposición del progenitor afectado; y ello con independencia de si previamente se encontraba determinada extrajudicialmente la misma filiación u otra contradictoria: este último es un dato que no parece contar para nada, de acuerdo con la dicción literal del precepto. De manera que si puede afirmarse que la filiación ha sido determinada en la forma que pide el artículo 111 del Código civil, con independencia de cualquier otra consideración, habrá que aplicar dicho artículo; y si no, no. Por lo tanto, hay que trasladar el núcleo de la *questio iuris* del lugar en el que la ha situado el Tribunal Supremo (existencia previa de determinación extrajudicial de la misma filiación), a otro distinto: si realmente puede afirmarse que, en el caso concreto, se ha producido una determinación judicial de la filiación paterna, como consecuencia del resultado de la acción de impugnación de la paternidad ejercitada por el marido.

b) Es habitual en la doctrina caracterizar la acción de impugnación desde un punto de vista negativo, en cuanto dirigida a negar la existencia de una determinada filiación, paterna o materna, que hasta ese momento constaba con base en la determinación extrajudicial; es decir, que se trata de una acción dirigida —en su vertiente sustantiva (6)— a afirmar que alguien no es el padre o la madre de alguien (7). Esta caracterización tiene importantes consecuencias en cuanto al tema que nos ocupa: 1) el efecto propio de la acción de impugnación, en lo que se refiere a la cosa juzgada, es también eminentemente negativo: se limita a cerrar la posibilidad de reclamar judicialmente la filiación que se niega, pero sin afirmar —en principio— ninguna otra (8); 2) por lo tanto, «una vez invalidada la determinación impugnada podrá determinarse otra filiación distinta, bien judicial, bien extrajudicialmente» (9). De acuerdo con todo ello, no parece que el ejercicio de una acción de impugnación de la paternidad sea medio adecuado para producir la determinación judicial de la filiación.

Lo que ocurre es que, si bien todas las afirmaciones recogidas en el párrafo anterior son en principio ciertas, la consideración atenta del caso controvertido puede llevar a conclusiones bien distintas. En efecto, en todas ellas se parte como supuesto de que la acción de impugnación ha triunfado; y por tanto, la sentencia

(6) Como es sabido, la regulación que nuestro Código realiza de las acciones de impugnación, comprende dos supuestos diferentes: la acción que se dirige a obtener la declaración de que la filiación impugnada no se corresponde con la real; y la que tiene por finalidad declarar que la determinación de la filiación no se ha realizado cumpliendo todos los requisitos legalmente previstos (cfr., por todos, DE LA CÁMARA, *De la paternidad y filiación*, en *Comentarios de EDESA*, dir. ALBALADEJO, vol. III-1.º —Madrid, 1984—, pp. 507 y s., y 810 y s.; y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en el vol. col. *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I —Madrid, 1984—, p. 991). Es la primera clase la que ahora nos interesa, y a ella me refería en el texto al hablar de la vertiente sustantiva de la acción de impugnación.

(7) Cfr. DE LA CÁMARA, *op. ult. cit.*, p. 810; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS *op. cit.*, p. 992; SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*, por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (Barcelona, 1984), p. 614; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, t. 5-II (9.ª ed., revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VAZQUEZ), p. 84; ENCARNACIÓN SERNA MERONO, *La reforma de la filiación* (Madrid, 1985), p. 322.

(8) Cfr., PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. et loc. cit.*

(9) DE LA CÁMARA, *op. ult. cit.*, p. 813.

que le pone fin lo que hace es negar una filiación previamente determinada (en forma extrajudicial), pero sin afirmar simultáneamente otra distinta. Sin embargo, en el caso resuelto por el Tribunal Supremo la acción de impugnación de su paternidad ejercitada por D. J. B. S. ha sido rechazada, y la sentencia ha adquirido firmeza de cosa juzgada ante el aquietamiento procesal del demandante; de manera que la situación es absolutamente contraria que aquélla de la que se parte para realizar las afirmaciones indicadas: consecuencia de la impugnación, en este caso, no es la negación de la paternidad del marido; sino su confirmación expresa: se ha declarado ajustada a Derecho la inscripción de nacimiento de D. A. P. B. S., y también que el niño es hijo matrimonial de los esposos (10). Esta es la sentencia y estas son las declaraciones que han adquirido firmeza, y que, por tanto, tienen frente a todos el valor de cosa juzgada (arts. 1.251 y 1.252.2 del Código civil). Parece claro, entonces, que en este caso sí que puede hablarse de determinación judicial de la filiación por sentencia firme (art. 111.2.º del Código civil), y como consecuencia del ejercicio de una acción de impugnación —de forma que, en virtud de lo prescrito por el artículo 134.2.º del Código civil, no cabría la posterior reclamación de una filiación paterna diferente—.

Como afirma Peña Bernaldo de Quirós (11), «si en el proceso de impugnación se discute el hecho mismo de la filiación y la sentencia confirma la filiación que estaba determinada por título extrajudicial, esta sentencia dota a la filiación de otro título de determinación distinto y con efectos mucho más fuertes, puesto que tiene, *frente a todos*, valor de cosa juzgada (cfr. arts. 1.251 y 1.252 del Código civil). Puede decirse, pues, que el pleito de impugnación ha dado lugar a que la filiación haya sido *judicialmente determinada* contra la oposición del progenitor» (los subrayados son del autor); y más adelante vuelve a escribir (12): «La sentencia, al confirmar el título impugnado, da a éste un efecto del que antes carecía: la inatacabilidad judicial.»

Como conclusión con respecto a este punto, parece que cabe afirmar, sin forzar en absoluto el sentido del artículo 111.2.º del Código civil, que en el caso justiciable la filiación ha sido judicialmente determinada, si bien por unas vías distintas de las habituales para ello, y hasta cierto punto excepcionales (13). Resta sólo dilu-

(10) Declaraciones que deben ser bastante tajantes, ya que el propio marido impugnante, en su escrito de contestación a la demanda inicial de este pleito, reconoce como hecho que se dictó sentencia «declarando al esposo padre del niño»; en lo cual está sustancialmente conforme con lo que se contiene al respecto en el escrito de demanda.

(11) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 822.

(12) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 859.

(13) No quiero concluir este apartado sin hacer algunas matizaciones a lo afirmado en el texto. Así, conviene advertir que, en mi opinión, no tendrán lugar los susodichos efectos cuando lo discutido en el proceso y resuelto en la sentencia haya sido el mismo hecho de la filiación (en expresión del autor citado, *op. et loc. ult. cit.*, «cuando lo que en el pleito se cuestione sea la misma realidad biológica de la maternidad o paternidad que el título acredite»). De esta manera, no tendrán lugar los susodichos efectos cuando la desestimación se deba, *vgr.*, a defectos formales de la demanda.

Más dudoso puede ser el caso en el que el fracaso de la acción de impugnación se deba, no a haber sido probada suficientemente en el proceso la paternidad del demandante (como es el supuesto que nos ocupa), sino a no haber quedado probada

dar si puede afirmarse que tal determinación lo ha sido contra la oposición del progenitor, tal y como pide el precepto citado.

c) Para aclarar la cuestión planteada, es preciso partir de los diferentes significados que, por lo que ahora nos interesa, puede tener la palabra «oposición»: uno, sustantivo y más general (como contradecir, enfrentarse, resistirse...) y otro técnico-procesal, que hace referencia a la actividad del demandado en el proceso.

En la aproximación que he hecho más arriba al sentido «normal» del artículo 111 del Código civil, la utilización del término «oposición» no presenta especiales problemas: en efecto, es el progenitor demandado en una acción de reclamación de la filiación quien la contradice, asumiendo así una actitud sustantiva de oposición (enfrentamiento o resistencia respecto a la pretensión del demandante) que se corresponde también con una actividad procesal de oposición, que es la que le incumbe como demandado; puede decirse que su oposición sustantiva se canaliza precisamente a través de su oposición procesal.

Pero volvemos a tropezarnos aquí con las peculiaridades de hecho que presenta el caso justiciable. En lo sustantivo, no cabe duda de que la actitud del progenitor es la misma que en el caso anterior: se opone —se niega— a ser considerado legalmente padre de D. A. P. B. S.; y en ese sentido asume una actitud sustantiva de oposición. Sin embargo, su situación y su actividad procesal no revisten ya ese paralelismo del que hablaba antes; al tratarse de una acción de impugnación, corresponde a quien se opone a ser considerado progenitor asumir el papel de demandante, mientras que la oposición, en el sentido procesal del término, viene atribuida al hijo demandado.

Así las cosas, me parece que, a los efectos del artículo 111.2.º del Código civil, lo que debe contar no es tanto el aspecto procesal (desde este punto de vista, puramente formal y accesorio), que hace depender la oposición del progenitor —y por tanto, la aplicación del precepto— de su condición de demandado; sino más bien el aspecto sustantivo, la negativa del progenitor a ser considerado legalmente como tal, exteriorizada claramente en el empleo de los mecanismos judiciales que tiene a su disposición (la oposición si se trata de una acción de reclamación; o el ejercicio de la acción de impugnación). Siendo la misma en lo fundamental la actitud del progenitor frente a su hijo, no se ve con claridad por qué las consecuencias jurídicas de esa actitud deben variar tan radicalmente, a expensas de sí, por cualquier causa, se asume una u otra situación en el proceso (14). De forma que, si cabe decir, con el cariz de excepcionalidad que veíamos antes, que en este caso hay determinación judicial de la filiación, habrá que concluir que tal determinación se ha llevado a cabo a pesar de la voluntad del padre, manifestada judicialmente por los medios oportunos, dados

su no paternidad, ya que la ausencia de tal prueba, como es sabido, favorece al hijo (así, RIVERO, *El nuevo régimen de la familia*, II —Madrid, 1981—, p. 51; y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.* p. 1.000). en tal caso, no es claro que pueda hablarse propiamente de una determinación judicial de la filiación por obra de la sentencia que rechaza la acción de impugnación, puesto que, aunque el problema debatido haya sido el de la filiación biológica del menor, no se puede decir que haya quedado definitivamente resuelto, sino sólo que no está probada la no paternidad del impugnante (aunque la combinación entre la confirmación de la filiación legal previamente establecida provocada por el fracaso de la acción de impugnación, y la eficacia de cosa juzgada que tiene la sentencia firme recaída en ese proceso refuerzan evidentemente la posición jurídica de la filiación impugnada sin éxito).

(14) Cfr., en el mismo sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 822.

los antecedentes; es decir, con su oposición (15). Y, por lo tanto, habrá que concluir también que se dan en el supuesto controvertido los requisitos que el artículo 111.2.º del Código civil establece para su propia aplicación, frente a lo que afirma el Tribunal Supremo (16).

V. Pero no acaba aquí la cuestión, según se ha expuesto más arriba: la interpretación propuesta *sub* IV se presenta, en mi opinión, como la más coherente, desde el punto de vista del sentido de las palabras del artículo 111, y principalmente del espíritu y finalidad del precepto (art. 3 del Código civil). Sin embargo, ¿no cabe considerar que la efectuada es una interpretación extensiva de dicha norma? Y, si es así, ¿no resulta improcedente tal interpretación, dado el carácter hasta cierto punto sancionador del artículo? A estas preguntas, o a otras similares, parece contestar el Tribunal Supremo en el Fundamento de Derecho 3.º, cuando en su letra B rechaza la aplicación analógica del artículo 111 del Código civil (17); y, principalmente, en su letra C: «Las sanciones del artículo 111 (...) han sido reputadas excesivas por un autorizado sector de la doctrina cuando existan dudas razonables sobre la paternidad cual las que existían en el caso antes de practicarse para disiparlas las concluyentes pruebas producidas en el juicio resuelto por la sentencia de 9 de septiembre de 1983. La aplicación que se insta trasladaría tal excesividad extendiéndola a supuesto distinto a aquel al que está intimada por el legislador y al que inexcusablemente tiene que serle aplicada por su mandato sin poderse hacer discriminaciones acaso convenientes.» Y más adelante, en el Fundamento de Derecho 4.º, llega a tildar el artículo 111 del Código civil de inconstitucionalidad: «... más bien cabría tachar de inconstitucional el precepto del artículo 111 por cuya aplicación se pugna, ya que indiscriminadamente religa graves efectos sancionatorios a la mera oposición a la acción de filiación, sin acepción de los progenitores que razonablemente abrigaron dudas sobre su paternidad y, disipadas por las pruebas del juicio, acataron lo pronunciado aquietándose con la sentencia de primer grado» (18).

(15) Dicho de otro modo: si como ha quedado establecido, hay en este caso una determinación judicial de la filiación, será preciso aclarar a efectos del artículo 111 del Código civil si tal determinación lo ha sido o no frente a la oposición del progenitor. ¿Cómo calificar, entonces, la actitud del progenitor que ha ejercitado la acción de impugnación? Evidentemente, no ha sido de conformidad, pero tampoco de pasividad; ha sido más bien de enfrentamiento, y por tanto, de oposición a los efectos del precepto indicado.

(16) Que no ha abordado, como se ha visto, las cuestiones más importantes que plantea, hasta el momento, dicha aplicabilidad.

(17) Que el recurrente, como reconoce el propio Tribunal Supremo, nunca ha pretendido. Es más, en el motivo primero del recurso advierte expresamente que no se está invocando un criterio de analogía en la aplicación del artículo 111 del Código civil, «norma legal que por ser restrictiva de derechos resulta de imposible aplicación a casos no expresamente contemplados por ella».

(18) Recoge aquí el Tribunal Supremo la opinión de GARCÍA CANTERO en CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 79: «Hay que concluir que (el art. 111) se ha excedido de su propósito, tratando por igual al progenitor demandado que teniendo dudas razonables sobre su paternidad se opone a la demanda, que al de mala fe que obstaculiza y entorpece por cualquier modo el normal ejercicio de la acción de reclamación. No parece justo tratar con el mismo rasero a todas las conductas procesales del demandado, y, tal y como está formulada, parece atacar frontalmente la presunción de inocencia del artículo 24.2, *in fine*, de la Constitución española.»

Para responder, a mi vez, a las preguntas planteadas será preciso determinar: a) si la interpretación que se ha propuesto de él, *sub* 4, es o no extensiva; b) cuál es la finalidad (sancionadora o no, y en qué medida) del precepto, lo que es de gran importancia a la hora de elegir los criterios de interpretación.

a) ¿Es la interpretación propuesta *sub* IV una interpretación extensiva del artículo 111 del Código civil? En mi opinión, no. Una cosa es que, como he advertido más arriba, el caso justiciable presente unas peculiaridades que lo separen apreciablemente de lo que cabe considerar supuesto normal de aplicación del precepto, y otra muy distinta afirmar que no encaja en dicho artículo, de manera que haya que forzar hasta cierto punto su sentido para hacerlo encajar.

La búsqueda del sentido de la norma es inseparable de la labor de interpretación. Como señala De Castro (19), «la aplicación de las normas supone una actividad creadora en cuanto el que interpreta da sentido, desarrolla y completa la ley». Con la interpretación ofrecida lo único que se ha hecho es llevar el artículo 111 del Código civil hasta sus últimas consecuencias, pero no más allá; y se trata de unas consecuencias que podían haber pasado inadvertidas, por la inusualidad del supuesto que puede provocarlas, pero que en todo caso se encuentran dentro de lo que preceptúa la norma. Utilizando las clasificaciones que ofrece el mismo De Castro (20), cabe afirmar que la realizada es una interpretación declarativa lata del artículo 111 del Código civil, que en ella se ha intentado precisar el valor de las palabras, de acuerdo con el contenido de la ley, y aceptando su significado más amplio (21). Por lo tanto, no cabe hablar aquí de una interpretación extensiva, la cual, como es de sobra conocido, es conceptualmente distinta de la declarativa.

En efecto, con la interpretación defendida no se ha pretendido extender el tenor literal de la norma a casos no contemplados por ella (y eso, y no otra cosa, es lo vetado taxativamente por el artículo 4.2.º del Código civil, respecto a normas penales, excepcionales y de ámbito temporal), sino determinar en forma correcta cuál es el ámbito propio de aplicación del precepto. Así, habría interpretación extensiva si se hubiera intentado predicar las consecuencias del artículo 111 del Código civil de un hipotético caso de determinación extrajudicial de la filiación con la oposición del progenitor, o de determinación judicial siendo la postura procesal del progenitor no de oposición, sino de rebeldía. Nada de ello se ha propuesto *supra*: simplemente se ha aclarado —o por lo menos se ha intentado aclarar— que la determinación judicial puede proceder no sólo de una acción de reclamación, sino también —aunque excepcionalmente— de una acción de impugnación; y que esa determinación judicial ha tenido lugar frente a lo que pretendía, también judicialmente, el progenitor (es decir, con su oposición sustantiva): y todo ello entra de lleno en la dicción literal del artículo.

(19) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I (Madrid, 1949; reimpresión, Madrid, 1984), p. 465.

(20) DE CASTRO, *op. cit.*, p. 473; parecidamente, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil, I* (reimpresión de la 5.ª edición —1984—, Madrid, 1987), pp. 186 y s.

(21) La aceptación del significado más amplio no es arbitraria. Como he expuesto antes, se trata de predicar las mismas consecuencias de actitudes procesalmente distintas, pero sustantivamente iguales; y puesto que las consecuencias cuya aplicación se pretende son sustantivas, parece lógico proceder en la forma en que se recoge en el texto, dando a las palabras una interpretación que sin vulnerar su significado gramatical, permita la obtención de ese resultado.

De ahí que no quepa afirmar que la interpretación recogida y defendida anteriormente sea una interpretación extensiva. Se trata, insisto, de una interpretación declarativa lata; pero a ella no se refiere para nada el artículo 4.2.º del Código civil

b) La doctrina es unánime al calificar el artículo 111 del Código civil como una norma sancionadora (22), y me parece que con acierto: en efecto, las consecuencias de la aplicación de este precepto son no sólo la exclusión del progenitor afectado de la patria potestad y demás funciones tuitivas, sino también (y en ello se ve más claramente el aspecto punitivo del precepto) la privación de derechos respecto al hijo o en su herencia. La *ratio* de la sanción es clara: se trata de castigar una conducta del progenitor que se considera especialmente reproachable, en la medida en que se desentiende de los deberes ético-jurídicos contraídos con la prole en virtud de su generación (23).

Pero no cabe detener ahí el análisis. Es también afirmación común de los autores que uno de los principios inspiradores de la reforma del régimen de la filiación es el de la protección de los hijos, en estricto cumplimiento del mandato contenido en el artículo 39.3 de la Constitución (24). Este principio se encuentra formulado expresamente, con referencia a la patria potestad, en el artículo 154 del Código civil; y se recoge también con respecto a las funciones tutelares —afectadas directamente por el precepto comentado, como veremos más adelante— en el artículo 216 del Código civil, producto de la reforma de 1983. Todo lo cual tiene una plasmación muy concreta con respecto al artículo 111 del Código civil, en el sentido de apreciar junto a su finalidad sancionatoria una no menos evidente finalidad de protección al hijo; es lo que viene a afirmar De la Cámara cuando caracteriza este artículo como «un precepto de carácter punitivo que obedece a la salvaguardia del interés del hijo» (25); la propia sentencia comentada alude al susodicho principio en su Fundamento de Derecho 3.º, letra E. También en esta dirección aparece clara la *ratio* del precepto: no parece que la persona más adecuada para desempeñar la patria potestad u otras funciones tuitivas sea quien se ha mostrado activamente contrario a ser considerado legalmente progenitor —quien ha probado más que suficientemente su desafección respecto al hijo—; y dentro del contenido de la patria potestad, la prudencia no aconseja, en bien del hijo, confiar a tal persona ni la representación del mencionado hijo, ni la administración de sus bienes (y éstos son precisamente, como veremos, *infra*, los aspectos del contenido de la patria potestad afectados por la exclusión *ex artículo* 111 del Código civil).

(22) Cfr., RIVERO, *op. cit.*, p. 87; RUIZ VADILLO, *La filiación en la Constitución española y en la Ley de 13 de mayo de 1981*, en «Documentación jurídica», 33 a 36 (1982) —número monográfico dedicado a la reforma española del Derecho de familia de 1981—, vol. I, p. 145; DE LA CÁMARA, *op. ult. cit.*, pp. 86 y 96; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 820; y CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 79.

(23) Cfr., CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 79; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pp. 820 y s.

(24) Cfr., RUIZ VADILLO, *op. cit.*, p. 135; DE LA CÁMARA, *op. ult. cit.*, p. 84; CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. et loc. cit.* Conviene señalar, de todas formas, que ésta es una conclusión doctrinal hasta cierto punto tardía, producto de una cierta decantación de la doctrina, y que permaneció oculta inicialmente, frente a otros dos principios rectores de la reforma, de mucho mayor impacto público: la igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y la libre investigación de la paternidad.

(25) DE LA CÁMARA, *op. ult. cit.*, p. 86.

Pero conviene matizar más estas afirmaciones, en relación con el contenido del precepto. Si se examinan, desde este punto de vista, y con algún cuidado las consecuencias de su aplicación, se podrá apreciar que en algunas de ellas parece predominar el aspecto punitivo —privación de derechos en la herencia del hijo—, en otros la protección del interés del hijo —exclusión de la patria potestad y funciones tuitivas—, mientras que en otros aparecen coexistir más o menos equilibradamente ambas finalidades —privación de derechos respecto del hijo— (26). De todas estas consecuencias convendrá analizar ahora con un cierto detenimiento, por ser el aspecto más controvertido, la exclusión de la patria potestad y funciones tuitivas.

Que sea la exclusión de la patria potestad parece claro, y no es preciso explicarlo más. En cuanto a las funciones tuitivas, señala acertadamente Peña Bernaldo de Quirós que tal expresión, en este precepto, «debe referirse a aquellas funciones que implican *confiar* los intereses del hijo a la protección de otro; es decir, a las que comportan la posibilidad de adoptar *decisiones* sobre la guarda de la persona o administración de los bienes, como ocurre con toda función de guarda o representación (patria potestad, tutela, miembro del organismo tutelar, representación del ausente, defensor judicial) y con toda función asistencial de complemento de la capacidad (respecto del menor emancipado o habilitado de edad, o para la aceptación por los menores o incapacitados de donaciones condicionales u onerosas, o para que los menores puedan otorgar capitulaciones o donaciones por razón de matrimonio)» —los subrayados son del autor— (27).

Sin embargo, conviene advertir que la exclusión de la patria potestad se refiere, como he adelantado más arriba, y en coherencia con la finalidad protectora del precepto, a las facultades de representación del hijo y administración de sus bienes. En efecto, el propio artículo 111 del Código civil, en su último párrafo —que Rivero considera innecesario, en presencia del art. 110 del Código civil (28)—, deja a salvo de la exclusión las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos. Tales obligaciones así preservadas se corresponden, en mi opinión, y a excepción —razonable— hecha de la de «tenerlos en su compañía», con las del artículo 154.1.º del Código civil, ya que el párrafo 2.º del artículo 142 del Código civil autoriza a incluir las obligaciones de educación y formación integral del artículo 154 del Código civil en la de prestar alimentos del artículo 111 del Código civil. Se trata con ello, en opinión de Peña Bernaldo de Quirós (quien parte del punto de vista de la función punitiva del precepto), de evitar que lo que inicialmente se presenta como una sanción acabe convirtiéndose en fuente de ventajas para el progenitor excluido, quien se vería de otra forma descargado de los deberes paternos —con infracción, entonces, del artículo 39.3.º de la Constitución— (29).

(26) En este caso, y según del contenido de los derechos de que se trate, y la finalidad con la que se atribuyen al padre, primará más uno u otro de los aspectos.

(27) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pp. 822 y s. (hay que recordar, con respecto al párrafo reproducido en el texto, que el autor escribe, con toda probabilidad, antes de la reforma de la tutela, por Ley de 24 de octubre de 1983). Parecidamente, aunque con menor exhaustividad, DE LA CÁMARA identifica las funciones tuitivas con la tutela (*op. cit.*, p. 97).

(28) Cfr. RIVERO, *op. cit.*, pp. 87 y s.

(29) Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 816. Similarmente, CASTÁN-GARCÍA CANTERO (*op. cit.*, p. 76) resaltan que el deber de velar y alimentar a los hijos menores constituye un mínimo de la relación paterno-filial.

De manera que la sanción de exclusión de la patria potestad se traduce, en realidad, en la privación de las facultades de representación y administración que en su virtud corresponden a quien la ostenta. Pero tampoco ello supone, en mi opinión, la privación de unos derechos propios del progenitor, establecidos en su propio beneficio. Me parece evidente que las facultades de representación y administración no están pensadas en beneficio del titular de la patria potestad, sino que se establecen primordialmente en interés del hijo. Lo cual está en relación directa con el carácter de *officium* que incumbe a la patria potestad —y también a las funciones tuitivas— (argumento ex arts. 154 y 216 del Código civil, respectivamente). Si la patria potestad es una institución dirigida a la protección del hijo y ha de ejercitarse en su beneficio, parece lógico concluir que cuando la ley prevé legalmente la posibilidad de excluir o de privar de la patria potestad lo hace atendiendo también primordialmente a la salvaguarda de los intereses del hijo, antes que como pura sanción al progenitor (30): si la patria potestad obedece al principio de protección del hijo, con mayor razón una medida tan importante como su exclusión debe obedecer a la misma finalidad tuitiva (31).

Según ello, la aplicación del artículo 111 del Código civil debe estar presidida, en el sentido que ahora diré, por el principio de protección al hijo o tutelado. Es claro, y ha sido ya suficientemente puesto de relieve, que el precepto citado tiene una indudable vertiente punitiva; parece caracterizarse además, en la dicción literal de la norma, por un cierto automatismo a la hora de aplicarla, en cuya virtud las consecuencias que establece se producen, y así deberá declararlo el Juez, a partir de la mera concurrencia de las situaciones que recogen sus números 1.º y 2.º («*quedará* excluido de la patria potestad...»). Precisamente aquí es donde puede entrar en juego, en mi opinión, la finalidad tuitiva que junto con la sancionadora tiene el artículo: si las consecuencias de la aplicación de cuanto como sanción prevé el artículo 111 del Código civil resultan ser en el caso concreto perjudiciales para los intereses del menor afectado, pienso que el juzgador podrá —más aún, deberá— obviarlas, y no apreciar la exclusión de la patria potestad; en caso de conflicto entre el aspecto punitivo y el tuitivo del precepto, me parece que debe ser este último y no aquél el que obtenga la preferencia. De esta forma, el automatismo que parece presidir la aplicación de esta norma se vería convenientemente flexibilizado. Ahora bien, esta flexibilización no puede interpretarse como una remisión al puro arbitrio judicial, sino que el Juez, al obrar así, deberá justificar adecuada y suficientemente —y expresamente— en su sentencia las razo-

(30) Resulta ilustrativo acudir al artículo 170 del Código civil, relativo a la privación de la patria potestad. De la consideración de este artículo y concordantes (señaladamente, art. 92 del C c.), resulta con toda claridad que la causa fundamental de privación de la patria potestad es la desnaturalización de la figura, por incumplimiento de las finalidades de protección del hijo que la ley le atribuye. Así se deduce con toda evidencia directamente del propio precepto, tanto en su párrafo primero («incumplimiento de los deberes inherentes a la misma») como, con mayor contundencia, en su párrafo segundo, que pone como condición necesaria para que el progenitor afectado recupere su patria potestad, sea cual sea la causa de la privación, la de que ello sea «en beneficio e interés del hijo».

(31) Piénsese que las facultades de cuyo ejercicio queda excluido junto con la patria potestad el progenitor incurso en el artículo 111 del Código civil, son precisamente aquellas cuya utilización intencionada contra los intereses del hijo por un padre enfrentado por cualquier razón a él, pueden acarrear consecuencias más gravosas para el patrimonio —y en cierta medida, la persona— del mencionado hijo.

nes que abonan su determinación, y la concurrencia de ese interés superior del hijo en el mantenimiento de la patria potestad, sin que deba considerarse bastante la mera afirmación de tal concurrencia (32).

VI. Según cuanto he dicho, y la interpretación que he ofrecido aquí del artículo 111.2.º del Código civil, no me cabe duda de que el precepto citado es perfectamente aplicable al caso controvertido, sin que puedan obstar a esta conclusión las razones esgrimidas —en mi opinión, sin profundizar todo lo que exigía el problema— por el Tribunal Supremo.

Pero no me parece que lo que hay detrás de este fallo sea un simple descuido del juzgador, acaso propiciado por la falta de medios y la proliferación de recursos pendientes, sino algo muy distinto, y de mayor trascendencia: el convencimiento por parte del Tribunal Supremo de la utilización por la demandante del artículo 111 del Código civil obedeciendo a motivos personales, como un arma arrojadiza contra quien fue su marido (y es padre de su hijo), y dentro del conflicto personal que envuelve a los dos progenitores. Así se trasluce en diversos párrafos de la sentencia, de entre los que escojo, como más significativa, una frase tomada del Fundamento de Derecho 3.º, E: «Y en el caso justiciable, parece que la pretensión se halla animada no tanto de ese designio (el bien del hijo) como de los explicables sentimientos de la mujer.» A lo que se une una aparente convicción del juzgador sobre la buena fe que presidió el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad por el marido —por abrigar razonables dudas sobre dicha paternidad— (33).

Todo ello puede ser muy atendible, pero no me parece que la interpretación propuesta por el Tribunal Supremo sea la forma de solucionarlo. Los problemas planteados en el párrafo antecedente no proceden del hecho de haberse producido la determinación judicial de la filiación mediante una acción de impugnación —y esto es lo peculiar del caso resuelto—, sino de la propia dicción literal del precepto; de manera que el mismo problema puede suscitarse cuando el progenitor se oponga en una acción de reclamación de la paternidad, por tener dudas razonables acerca de su paternidad (34). Lo que es criticable aquí, y tal parece ser la

(32) Podría pensarse, dado que la protección al interés del hijo se manifiesta primordialmente en la exclusión de la patria potestad, y que ésta no es sino una de las consecuencias que prevé el artículo 111 del Código civil, que sería una buena solución mantener el resto de las sanciones (señaladamente, la privación de derechos hereditarios en la herencia del hijo), y salvar la exclusión de la patria potestad. La solución, sin embargo, no me parece adecuada. Primero, porque algunas de las sanciones restantes («no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes») pueden tener también, al menos en alguna ocasión, un componente importante de tuición (por ejemplo, cuando esos «derechos» lo son en el mismo sentido que la patria potestad, y se refieren a funciones de administración o representación). Pero además porque no creo que sea la mejor manera de dar inicio al ejercicio de la patria potestad la imposición de una sanción a quien debe ejercerla, y cuyo punto de referencia más directo es la persona en cuyo beneficio debe ser ejercida. A este respecto, la sentencia comentada señala en su Fundamento de Derecho 3.º, si bien *obiter dictum*, que las sanciones contenidas en el artículo 111 del Código civil son isegregables entre sí.

(33) Aunque cabe preguntarse, respecto de esta buena fe, si realmente era necesario acudir a un procedimiento judicial de impugnación de la paternidad para resolver esas «razonables dudas». ¿No hubiera sido más fácil efectuar las oportunas pruebas biológicas, y sólo una vez comprobada la no paternidad, ejercitar dicha acción?

(34) Y puede suscitarse con mayor fuerza, si dicha acción ha sorprendido al pro-

opinión del Tribunal Supremo, según se ha visto más arriba, es el precepto en sí, que no permite «hacer discriminaciones, acaso convenientes»—, aunque, como hemos visto, sí quepa hacer alguna, pero no en el sentido que propone la sentencia—.

Lo que no me parece de recibo es patrocinar una interpretación como la que defiende nuestro máximo Tribunal civil, para obtener por mecanismos indirectos un resultado que se considera justo —equitativo— en el caso concreto, y que no es posible obtener con la ley en la mano. Porque es evidente que lo que ha conseguido aquí el juzgador es llegar por otro camino a efectuar una de esas discriminaciones que antes había considerado impracticables. Lo que ocurre es que el camino elegido es incorrecto, y puede conducir en otros casos a resultados tan injustos como el que parece querer evitar aquí el Tribunal Supremo: piénsese en que, si se consolidara esta interpretación jurisprudencial, el ejercicio de mala fe por el marido de una acción de impugnación que produjera la determinación judicial de la paternidad del impugnante, no llegaría a acarrear las consecuencias del artículo 111 del Código civil, por estimar el precepto inaplicable al caso. Y es que una cosa es la determinación judicial de la filiación (y las formas —habituales o no— en que puede producirse) y la actitud que ha tomado judicialmente el progenitor con respecto a ella; y otra muy distinta la buena o mala fe de dicho progenitor al adoptar dicha actitud: el artículo 111 del Código civil sólo toma en cuenta aquellos datos y no estos últimos —por mucho que tal cosa parezca digna de crítica— (35).

Zaragoza, marzo de 1988

CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ
Profesor Titular de Derecho Civil

genitor, y la oposición judicial es la única forma que tiene de manifestar sus razonables dudas y de salir de ellas, aunque sea convencido de su paternidad.

(35) En todo caso, y conforme lo señalado anteriormente, el Tribunal Supremo podría, a mi modo de ver, haber obviado la aplicación del artículo 111 del Código civil alegando el interés prevalente del hijo, y justificando adecuadamente la existencia en el caso de dicho interés.

INTIMIDACION, AUSENCIA DE CAUSA, CAUSA ILICITA Y CULPABILIDAD DE LOS CONTRATANTES

[Anotaciones a la sentencia del Tribunal Supremo
de 11 de diciembre de 1986] (1)

I. HECHOS

El demandado, señor Carmona, había sido distribuidor y exclusivista de ventas en Córdoba de los productos de la entidad demandante, Cuétara, S. A., por lo cual conocía que la sociedad no declaraba a Hacienda la totalidad de sus ventas, a efectos del pago del Impuesto de Sociedades, y disponía, además, de la documentación necesaria para demostrarlo. Surgidas diferencias entre la sociedad y el señor Carmona, a raíz de la extinción de la relación existente entre ambos, aquélla, para evitar la denuncia de sus infracciones fiscales, otorga, el 11 de octubre de 1976, en favor de éste, escritura de venta de una parcela de terreno en la que existe un almacén construido. Simultáneamente, los mismos otorgantes suscriben un documento privado en el que consta la entrega a la entidad Cuétara, S. A., por el señor Carmona, de toda la documentación que éste poseía, manifestando que no conserva duplicado de la misma, y en el que además se compromete a no vender el terreno recibido hasta que no transcurran cuatro años, tiempo necesario para que prescriba la obligación fiscal. También se hace constar en el referido documento que, además del terreno y edificación, la sociedad entregaba al señor Carmona un talón bancario por la suma de seiscientos mil pesetas.

Promulgada la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, que permitió la regularización voluntaria de la situación fiscal sin recargo ni sanción, Cuétara, S. A., se acoge a ella, poniéndose al corriente en la liquidación y pago del impuesto. Y, regularizada su situación, promueve el procedimiento que origina esta sentencia. Conviene advertir que la iniciación de este procedimiento es posterior a la de otro, iniciado por el señor Carmona contra Cuétara, para obtener el pago de los gastos fiscales derivados del contrato, que habían quedado de cuenta de esta entidad. Ambos fueron acumulados.

En su demanda, Cuétara, S. A., pide que se declare la inexistencia o nulidad del contrato de compraventa que refleja la escritura, así como la de los acuerdos

(1) Sobre esta sentencia puede verse el comentario de LUIS HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLBEZ: *Simulación relativa. Donación remuneratoria. Invalidez del contrato por causa ilícita. Actos propios. Ambito de la confirmación*, en «Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil», núm. 13, enero-marzo 87, pp. 4281 y ss.

que constan en el documento privado de la misma fecha. Pide también la nulidad de la inscripción de dominio, consecuencia de dicha compraventa, la restitución del inmueble y la de los frutos percibidos o que la entidad actora hubiera podido percibir.

Para ello se funda en que el consentimiento prestado por ella, como vendedora, es nulo: «La venta reflejada —dice— no se ha querido nunca como tal negocio bilateral. Carece de causa. Carece de precio.» «En realidad —según afirma—, la finca y el almacén más bien constituyen una donación conseguida con malas artes. Por ello, aun en el supuesto de que no hubiera existido verdadera intimidación, sería también nula, tanto como compraventa, por ser su causa falsa, como en su aspecto de donación, por exigir la misma el otorgamiento de escritura pública, al tratarse de un inmueble.»

La demanda de Cuétara, S. A., es estimada en primera y segunda instancia. Esto da lugar a que el demandado, señor Camona, interponga recurso de casación, recurso al que no da lugar el Tribunal Supremo.

II. FUNDAMENTACION DE LA SENTENCIA

Destacamos, a continuación, el razonamiento de la sentencia del Tribunal Supremo, reflejando también, para mayor claridad, la argumentación del recurrente.

1. Ausencia de causa

El primer motivo de casación invoca la violación del artículo 1.276 del Código civil, en su parte final, porque, existiendo simulación relativa (una compraventa que encubre una donación), no se ha reconocido a la donación la eficacia que le corresponde (2). El Tribunal Supremo (tras advertir que se está planteando una cuestión nueva) rechaza con argumentos de fondo este motivo: Tanto la compraventa, aparentemente celebrada, como la pretendida donación remuneratoria carecen de causa.

Con respecto a la compraventa, acepta, sin discusión, el criterio de la sentencia recurrida, según la cual, «la declarada inexistencia del contrato de compraventa es consecuencia de la no concurrencia de causa, por falta de precio».

En lo que se refiere al negocio disimulado, el recurrente sostiene que existe una donación remuneratoria; pero el Tribunal Supremo no admite su existencia:

«Es manifiesto —afirma la sentencia de casación— que no puede prosperar la tesis de la existencia de un negocio disimulado de donación remuneratoria, en cuanto: a) El invocado silencio prometido de no denunciar la infracción fiscal no implica servicios prestados al donante que sirvan

(2) «Si la sentencia reconoce que tras la apariencia de una compraventa carente de precio y, por ello, de causa, se disimula una donación remuneratoria, debió extraer en su fallo la consecuencia pertinente que no puede ser otra que el mantenimiento del negocio a título de donación, con los efectos que le corresponden y que aquí vienen a ser indebidamente denegados.»

de causa a la pretendida donación; b) en las donaciones remuneratorias el donante actúa por mera liberalidad que queda excluida cuando, como en el presente caso ocurre, la transmisión patrimonial está determinada por la amenaza de una denuncia fiscal (...), y c) eliminado, pues, el *animus donandi* queda sin causa la pretendida donación y, en consecuencia, y con independencia de cualesquiera otras consideraciones, no puede estimarse la existencia de un negocio disimulado de donación bajo la apariencia de un contrato de compraventa.»

Para el Tribunal Supremo, «el hecho determinante del convenio lo constituía una donación dirigida a compensar la disposición del señor Camona a ocultar el fraude fiscal habido, fraude fiscal cuya amenaza de denuncia a la Hacienda Pública llevó a la celebración del citado convenio». Parte de un hecho que estima cierto: que la entidad Cuétara, S. A., actuó bajo la amenaza de denuncia del señor Carmona; y que precisamente esa «amenaza de denuncia a la Hacienda Pública llevó a la celebración del citado convenio» (3).

2. Ilícitud de la causa y causa torpe

En el mismo *motivo primero*, el *recurrente* apunta la razón por la que no se ha reconocido eficacia a la donación. Esta razón es, a su juicio, la «ilícitud» (4). Por ello se detiene en consideraciones sobre el problema de la licitud del acto dispositivo.

Sostiene que no ha existido por su parte «presión intimidatoria (...) para compeler a Cuétara, S. A., a otorgar su acto dispositivo», y concluye que «no se ve en el adquirente —es decir, en su propia conducta— comportamiento que vicie el negocio». Según su parecer, no hay intimidación, como vicio del negocio de adquisición; simplemente hay una actitud pasiva, al no denunciar a la empresa, que en sí misma no es ilícita (pues «ningún deber concreto cuyo quebrantamiento fuera ilícito obliga... a denunciar a la empresa»), actitud que merece —según su interpretación— la recompensa de ésta.

Luego, en el *motivo segundo del recurso* de casación se refiere a la causa torpe. El motivo está amparado en el artículo 1.692, número 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Invoca violación del artículo 1.306, regla 1.ª del Código civil. El recurrente pretende justificar la retención del terreno y la edificación recibidos de la entidad Cuétara, S. A., en la existencia de causa torpe en el convenio de transmisión por parte de ambos contratantes. Según él, «en el peor de los casos, y aun pasando por alto la existencia de un concreto deber (...) de haber denunciado el fraude por él conocido, hubiera sido idea de los dos, de Cuétara, S. A., y de su distribuidor, de mutuo acuerdo». Siendo la causa torpe bilateral, debe aplicarse la regla primera del artículo 1.306 del Código civil.

El *Tribunal Supremo* (en el segundo fundamento de Derecho de su sentencia) rechaza, igualmente, el segundo motivo de casación. Lo rechaza, primero y principalmente, porque ha calificado (en el fundamento anterior) al contrato celebrado

(3) Este criterio fáctico no es compartido por el recurrente. Según él, «el juzgador de instancia tiene desechada la tesis de la intimidación» (motivo 4.º).

(4) Razón, según él, «oblicuamente aludida en el considerando, bien que la alusión no resulte nítida».

entre los litigantes de inexistente, por falta de causa, y entiende que esta calificación excluye la aplicación del artículo 1.306 del Código civil:

«El deducido en segundo lugar, al amparo del mismo ordinal y en el que se acusa la infracción, por violación, del artículo 1.306 del Código civil, decae tan pronto se tenga en cuenta que, frente a lo sostenido por el recurrente, nos encontramos ante un caso de inexistencia de contrato por falta de causa, hipótesis a la que no le es aplicable la normativa del referido precepto.»

Lo rechaza además, a mayor abundamiento, porque, aun en el supuesto de que esa calificación de contrato inexistente por falta de causa no excluyera la aplicación del artículo 1.306 del Código, habría que estimar que la conducta de la sociedad Cuétara no es ilícita, porque ha sido la víctima de la intimidación del otro contratante:

«Pero es que, aunque a título de abundamiento, se entendiera, como pretende el recurrente, que el supuesto de la litis es subsumible en la hipótesis de ilicitud de causa no constitutiva de delito ni de falta, nunca podría atribuirse culpabilidad en la torpeza de aquélla a Cuétara, S. A., por haber sido, no autora o coautora de tal identidad, sino víctima de la antijurídica conducta del recurrente como ha quedado patente en el anterior considerando, sin que tal ilicitud quepa referirla a la infracción fiscal cometida con anterioridad, sino a la causa del simulado contrato de compraventa o del pretendidamente disimulado de donación.»

El Tribunal Supremo, en el fundamento de Derecho primero, llega, incluso, a más. Aceptando, como mera hipótesis, el criterio del recurrente, según el cual, «el juzgador de instancia tiene desechada la tesis de la intimidación», y a partir de esa hipótesis, también mantiene que la conducta de la entidad demandante y recurrida, Cuétara, S. A., no sería, aún así, ilícita, y, por tanto, no sería aplicable la regla primera del artículo 1.306 del Código civil. La ilicitud («el comportamiento contrario a la moral y a las buenas costumbres») estaría sólo de la otra parte, el señor Carmona, al obtener la transmisión gratuita de un inmueble (aunque no medie amenaza) por la promesa de un silencio.

«Aun en tal hipótesis fáctica no aceptada, si lo que la invocada donación trataba de retribuir es el silencio, la no denuncia de unas infracciones tributarias, tal silencio elevado a la categoría de motivo causalizado convertiría a ésta en ilícita por contraria a la moral, pues *contrario a la moral y a las buenas costumbres es obtener o provocar la transmisión gratuita de un inmueble, aunque no medie amenaza, por la promesa de un silencio* ante la Administración respecto a la existencia de una determinada contravención tributaria.»

3. Actos propios y confirmación

Los motivos tercero y cuarto del recurso, motivos complementarios (5), intentan sostener que no es procedente la acción de Cuétara, S. A., porque su conducta ha producido la confirmación del contrato.

Para ello, el recurrente invoca (en el motivo tercero) la doctrina de los actos propios (*venire contra factum proprium non valet*), y como manifestación de la aplicación de la misma, la doctrina jurisprudencial, según la cual, «no puede oponer la nulidad de una venta o contrato quien lo confirmó por actos posteriores» (6). Esta circunstancia se da en el caso, a juicio del recurrente, porque (motivo cuarto) Cuétara, S. A., «muestra su voluntad confirmatoria», manifestada en que «con posterioridad al acto dispositivo (...) y también a la Ley de Amnistía Fiscal (...) llevó a cabo (...) actos tendentes a la corroboración y efectividad de su acto dispositivo, mediante el cambio de titularidad (...) a nombre del señor Carmona de la Contribución Territorial Urbana, quedando puestos a su cargo los recibos desde entonces».

La conducta de Cuétara se califica, en el recurso, unas veces de «confirmación», otras de «ratificación» («ratificada la transmisión por actos propios inequívocos de la transmitente»), sin cuidar la precisión técnica del lenguaje. Parece, sin embargo, que se está pensando en la confirmación del acto anulable (en este caso, por intimidación), a la que se refieren los artículos 1.309 y siguientes del Código civil. Así lo entiende también el Tribunal Supremo al examinar el motivo de casación.

El Tribunal Supremo rechaza los motivos tercero y cuarto de casación. No admite que en este caso proceda aplicar la figura de la confirmación, ya que el contrato no es anulable, sino nulo:

«Tal principio —el principio de no contravención de los propios actos— cuya fuerza vinculante se apoya en la exteriorización de un consentimiento dirigido a crear, modificar o extinguir algún derecho, generando una situación disconforme con la posterior conducta del sujeto, no es aplicable a los supuestos de inexistencia o ilicitud de la causa, por cuanto a tenor del artículo 1.610 del citado Código sólo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261, pero no aquellos en los que falte tal esencial requisito de la causa o que ésta sea falsa y no se pruebe que están fundados en otra verdadera y lícita, supuesto de licitud que ha quedado descartado, lo que conduce a la imposibilidad legal de confirmar lo que desde el inicio fue nulo, con nulidad absoluta e insubsanable» (7).

(5) El motivo tercero denuncia «infracción de ley por violación del principio general de Derecho de que *nadie puede ir válidamente contra sus propios actos*». El cuarto, error de hecho. El Tribunal Supremo dice «que lo que pretende en este motivo es lo mismo que en el anterior».

(6) Apoyada en las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: 8 de octubre de 1982, 18 de junio de 1928, 30 de noviembre de 1983, 19 de junio de 1889, 23 de marzo de 1949.

(7) El Tribunal Supremo se manifiesta así al rechazar el motivo tercero. Luego, al rechazar el motivo cuarto también afirma que lo que en él se pretende es «por la

III. ANOTACIONES A LA SENTENCIA

Entre las cuestiones que plantea esta sentencia sólo voy a hacer unas anotaciones a las que me parecen de mayor interés en este caso. No voy a detenerme, por tanto, en la que se refiere a la confirmación, puesta en relación con la doctrina de los actos propios (8).

1. Intimidación y falta de causa

La sentencia del Tribunal Supremo toma como punto de partida el hecho de que ha habido una conducta intimidatoria por parte del señor Carmona para conseguir, a cambio de su silencio, la transmisión de la finca con la edificación existente en ella. Según su criterio, la intimidación que aquí se ha producido no es, propiamente, la que contempla el artículo 1.267; no es determinante de ese vicio del consentimiento (art. 1.265), cuyo efecto es la anulabilidad (art. 1.301). La intimidación provoca en este caso un efecto superior: la nulidad del contrato por carencia de causa.

La jurisprudencia del propio Tribunal Supremo ha considerado, en ocasiones, que la intimidación excluye la existencia de causa (9). Se trata de un punto de vista que, si bien en algunos casos puede ser adecuado, en otros resulta discutible.

Tratándose de una donación es justificable que no se aplique directamente la figura de la intimidación, vicio del consentimiento, por dos razones:

a) Primero porque, de acuerdo con la sistemática de nuestro Código civil, el ámbito natural de aplicación de los denominados vicios del consentimiento (y dentro de ellos el de intimidación) es el contrato y no la donación (10). El título en que se contiene su régimen trata «De los contratos» (libro IV, título II), y el capítulo correspondiente se denomina «De los requisitos esenciales para la validez de los contratos» (capítulo II). Las donaciones, aunque bajo ciertos aspectos tengan una dimensión contractual son consideradas en nuestro Código fuera de los contratos, y tienen un régimen especial (11). Es cierto que, a falta de reglas especiales, hay que acudir a la regulación general de las obligaciones y contratos (cfr. art. 621); pero no indiscriminadamente, sino sólo en la medida en que puedan ser aplicables a la donación las reglas correspondiente.

b) Además, porque en las donaciones el efecto de la intimidación se proyecta sobre la causa. La intimidación puede determinar la ausencia de «animus donandi», lo que hará que la donación carezca de causa. Puede decirse que el vicio

vía de los actos propios llegar a la convalidación de un negocio jurídico inexistente por falta de causa o, en el caso más favorable para el recurrente, nulo de pleno derecho por ilicitud de la misma, por lo que es de aplicar la argumentación contenida al rechazar el motivo tercero».

(8) Más oportuno que invocar en este caso la doctrina de los actos propios hubiera sido aplicar directamente la confirmación tácita, regulada en el artículo 1.311 del Cc.

(9) Cfr. CASTRO: *Negocio jurídico*, Madrid, 1967, pp. 138, 139.

(10) Véase MORALES MORENO, A. M.: *El error en los contratos*, Madrid, 1988, páginas 152 y ss.

(11) Cfr. DíEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1983, pp. 392, 393.

del consentimiento envuelve un efecto superior a él mismo, la carencia de un elemento esencial del negocio jurídico, y hay que estar a esta consecuencia. Lo que ocurre con la intimidación puede ocurrir con otros vicios del consentimiento, incluido el error. En muchas ocasiones el vicio del consentimiento pierde significado como tal, porque de él se ha derivado un defecto superior del acto (12). Si, por ejemplo, la intimidación se ejerce para lograr una verdadera compraventa (no simulada), el acto celebrado tiene causa, aunque adolezca de vicio del consentimiento, ya que la compraventa ha sido impuesta (13). En cambio, si la intimidación se emplea para obtener una donación, tal donación puede carecer de causa, si falta el «animus donandi».

La idea de que la intimidación determina ausencia de causa, justificable en los casos de donación, se hace más difícil y problemática en aquellos otros en los que (como ocurre en el de esta sentencia) el negocio no tiene una causa puramente gratuita. Sin embargo, el Tribunal Supremo no lo entiende así. Estima (en contraste con la opinión del recurrente) que en este caso no hay donación remuneratoria: porque no hay servicios prestados al donante que justifiquen la remuneración; porque tampoco actúa por mera liberalidad. Y llega a afirmar que «nos encontramos ante un caso de inexistencia de contrato por falta de causa».

Frente a esta autorizada opinión, no parece, sin embargo, que sea totalmente exacto calificar la situación de ese modo. Porque el contrato que se califica, con independencia de que haya existido o no intimidación, y con independencia, igualmente, de su licitud o ilicitud, tiene cierto propósito práctico capaz de convertirse en causa del mismo. Hay una cesión de unos bienes a cambio de una promesa de silencio y de la entrega de cierta documentación. No basta entender, como hace el Tribunal Supremo, que no existe una donación remuneratoria para llegar a la conclusión de que el contrato es inexistente. En realidad no se puede negar que en esa transmisión existe un propósito negocial (tal vez impuesto, tal vez ilícito), y hemos de atender a ese propósito para calificarlo jurídicamente, aunque no se trate de una donación remuneratoria en sentido estricto. Esa calificación deberá enfrentarse con el problema de la licitud. En definitiva, no creo que pueda hablarse en este caso de un negocio sin causa, por razón de la existencia de intimidación.

Reconocer la existencia de causa (aunque se haya ejercido cierta presión intimidatoria) permite aplicar la figura de la intimidación, como vicio del consentimiento que posibilita la anulación del contrato. Pero, en realidad, no es necesario hacerlo en este caso, porque la ilicitud de la causa determina también (lo mismo que la ausencia de causa) la nulidad (art. 1.276).

(12) Véase MORALES MORENO, A. M.: *El error en los contratos*, Madrid, 1988, páginas 135 y ss.

(13) A propósito de la intimidación, vicio del consentimiento, es oportuno recordar aquí lo que ha afirmado Díez-PICAZO: «... cuando alguien se compromete a pagar un precio justo o una prestación equilibrada, si la amenaza tácita inicial fue justa y el resultado final fue justo también, por muy debilitado o disminuido que se encuentre el consentimiento y aun admitiendo que puede haber existido en un sentido muy amplio intimidación, no parece que ello constituya intimidación en sentido técnico». *La intimidación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ADC, 1979, p. 548.

2. Ilícitud de la causa y causa torpe

La cuestión más importante que plantea el caso está relacionada con la ilicitud de la causa. Se refiere a la existencia de causa torpe y, más en concreto, a la aplicación de la regla primera del artículo 1.306 del Código. En relación con este punto el demandado y recurrente considera aplicable dicha regla, de donde resultaría que el demandante carecería de acción para recuperar lo transmitido. En cambio, la sentencia del Tribunal Supremo descarta tal aplicación y tal efecto. Considera que el demandante tiene acción para recuperar lo transmitido: Fundamentalmente, porque el contrato es inexistente, por falta de causa, lo que excluye, a juicio del Tribunal Supremo, la aplicación del artículo 1.306. Además, porque entiende que no hay culpa de parte de la entidad transmitente y, por tanto, no es oportuno aplicar la regla primera del artículo 1.306. La primera razón podría bastar; pero ya hemos señalado cómo es dudoso que en este caso no exista causa, y cómo, además, es preciso proceder al control de su licitud. La cuestión se desplaza, por ello, de la inexistencia de causa a la ilicitud de la causa y a la culpa o torpeza en la conducta de los contratantes. Ese es el criterio que hay que adoptar para un correcto enjuiciamiento del caso.

A propósito del negocio con causa ilícita, conviene hacer una puntualización. Hay que diferenciar entre el aspecto objetivo, referente a la ilicitud de la causa del negocio, por ser contraria a las leyes o a la moral, ilicitud determinante de la nulidad (art. 1.275 del Cc.), y el aspecto subjetivo, relativo a la culpabilidad o torpeza de la conducta de los contratantes en la celebración del mismo (14). Este segundo aspecto es el que interesa en la aplicación del artículo 1.306, como pone de manifiesto su propio tenor literal («cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes», «cuando esté de parte de un solo contratante») (15).

El artículo 1.306 (como el 1.305) es concreción de una regla jurídica elaborada en el Derecho Común (16), a partir de ciertos textos romanos (17), que tiene ante-

(14) Un ejemplo puede ayudar a comprender la diferencia entre el aspecto objetivo y el subjetivo en la causa ilícita. Supongamos que alguien que, por su función, tiene obligación de prestar determinados servicios (por ej., un médico dentro de la Seguridad Social) exige al paciente una determinada cantidad por su prestación. Ese contrato tiene desde el plano objetivo causa ilícita, pero sólo existe culpa en una de las partes. (Cfr. P. 5.14.37.)

(15) Un punto de vista diferente puede verse en DELGADO ECHEVERRÍA: «Podría aparecer —afirma este autor— que dado un contrato nulo por ilicitud de causa (...) tal ilicitud habría de afectar de hecho necesariamente a ambos contratantes, con lo que los arts. 1.305 y 1.306 carecerían de sentido. Pero, como digo, juegan en estos preceptos dos distintos conceptos de causa: la del contrato —que, por ser ilícita, produce la nulidad— y la de la *datio*, que, siendo torpe, excluye la repetición en otro caso procedente *ex art.* 1.303.» DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, II. *Derecho de obligaciones*, vol. 2.º (1987), p. 382.

La aplicación de este criterio en nuestro caso presenta una dificultad: la causa de la *datio* es el propio contrato con su causa ilícita. ¿Es suficiente establecer esa distinción entre causa del contrato y causa de la «*datio*»?

(16) Sobre sus antecedentes, CASTRO: *Negocio jurídico*, Madrid, 1967, pp. 250, 251; DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, II. *Derecho de obligaciones*, vol. 2.º (1987), p. 381.

(17) Los textos romanos se encuentran fundamentalmente en el título 5.º, libro 12.º del Digesto, («De condiciones ob turpem vel iniustam causam»). Puede verse también D. 12.7.5.

cedentes en nuestro Derecho (18). Esa regla ha quedado formulada en estos términos: «Nemo suam turpitudinem alegans auditur» (19). Su aplicación provoca la paralización de la Justicia ante una pretensión fundada en una conducta torpe del sujeto que la ejercita; lo cual tiene como efecto el que pueda producirse, por falta de acción, la retención de lo pagado («soluti retentio»); y así, aunque el pago se funde en un negocio nulo por ilicitud de la causa (cfr. art. 1.275 del Cc.), el efecto restitutorio de la acción de nulidad (art. 1.303 del Cc.) se paraliza (20).

El apartado primero del artículo 1.306 del Código ha merecido serias críticas. Se ha advertido, con razón, que «esta desgraciada regla... lleva en muchas ocasiones a resultados prácticos desconcertantes» (21). Establece una «sanción complementaria» (22) de privación de acción que a veces favorece «a quien recibiera algo y no entregara nada» (23). En definitiva, la *soluti retentio* «resulta dudosa cuando con ella se favorece, a costa del otro, a uno de los culpables, quizá el que socialmente lo sea en mayor grado» (24). Por ello se ha entendido que la retención, «aunque justificada en ciertos casos», «debiera ser excepcional»; y se advierte cómo «los tribunales han tratado muchas veces de evitar las consecuencias más contrarias a la equidad y al buen sentido» (25).

De esa orientación restrictiva es, sin duda, muestra esta sentencia que anotamos (26), en la cual el Tribunal Supremo intenta evitar la aplicación del apartado primero del

(18) Cfr. P. 5.14.47 y ss.

(19) «He who comes to equity must come with clean hand.»

(20) Es curioso constatar cómo, siendo la *ratio* de la *soluti retentio* el que el Derecho debe permanecer ajeno a la situación creada, puede utilizarse el artículo 1.306 para, por vía indirecta, aprovechando que es mejor la situación del poseedor («potiorem esse possessorem» D. 12.7.5), intentar resolver conflictos del modo más justo, entre quienes, en principio, el Derecho ha considerado al margen de la ley. Así, por ejemplo, en el caso de la sentencia de 5 de octubre de 1957, en la que el Tribunal Supremo declara nula la donación a la concubina y no admite la aplicación del artículo 1.306 I, Manuel Fairen es favorable a que la concubina pueda retener el objeto recibido, a través del empleo del referido artículo. FAIREN M.: *¿Donación con causa torpe o subrogación fiduciaria?* (nota a la sentencia del T.S. de 5 de octubre de 1957), «R.D.N.», abril-junio 1958, pp. 391 y ss. También crítica a la sentencia TORRALBA, en: *Causa ilícita: Exposición sistemática de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ADC (1966), p. 707.

Esto pone de manifiesto que ese abandono del Derecho no es tal, ya que en el fondo hay una situación, imprevisible en cada caso, tal vez muy injusta, que, en el caso del artículo 1.306 (no en cambio en el 1.305) viene a ser consagrada él.

(21) CASTRO: *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad: La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor*, ADC 35/4 (1982), p. 1046.

(22) CASTRO: *Negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 249.

(23) CASTRO: *Negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 251.

(24) CASTRO: *Negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 251.

(25) CASTRO: *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad: La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor*, ADC 35/4 (1982), p. 1046. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo véase el propio CASTRO: *Negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 252.

(26) En esa orientación restrictiva la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1959 llegó a afirmar que el 1.306 I «contempla la hipótesis de contrato con prestaciones recíprocas, y no aquellos otros en los cuales sólo consta la entrega de algo, sin compensaciones de adverso, por una de las partes». Lo cual no parece totalmente exacto.

cual el Tribunal Supremo intenta evitar la aplicación del apartado primero del artículo 1.306, por una doble vía: Primero, calificando el convenio celebrado entre los litigantes de contrato carente de causa, en vez de contrato con causa ilícita (27). Además, admitida hipotéticamente la ilicitud, excusando de ella a la entidad que ahora reclama la restitución.

Para enjuiciar mejor este caso es oportuno recordar aquí algunas maneras en que pueden manifestarse las restricciones a la «*soluti retentio*»: a) La restricción se produce, en primer lugar, a través de una rigurosa delimitación de la conducta, cuya torpeza se enjuicia; esta delimitación permite, dentro de una conducta del sujeto teñida de ilicitud, diferenciar con precisión los actos que propiamente interesan en la aplicación del artículo 1.306 de aquellos otros que caen fuera de su supuesto. b) La restricción también se manifiesta, en segundo lugar, en una valoración comparativa del respectivo nivel de ilicitud de la conducta de cada una de las partes, con objeto de aplicar la *retentio* sólo en caso de igualdad de culpa («*in pari delicto*»). c) Por fin, en admitir el arrepentimiento oportuno como límite al castigo de la «*soluti retentio*».

En nuestro Derecho histórico una ley de las Partidas hace precisamente la diferencia a que nos hemos referido anteriormente, a propósito de la primera restricción. Distingue el acto delictivo, sin duda ilícito, de aquel otro por el que quien ha cometido un delito da algo a otro sujeto para evitar que el mismo se descubra, acto éste que en la citada ley no reviste torpeza (28).

Igualmente, es oportuno recordar las dos excepciones que establece el Derecho inglés a la regla «*ex turpi causa non oritur actio*», regla que en ese sistema también impide la recuperación de lo entregado. La primera se produce cuando las partes no se hallan «*in pari delicto*». La segunda, cuando el demandante se ha arrepentido a tiempo, antes de que se haya alcanzado el propósito ilegal (29). Estas limitaciones, aunque las encontremos en la práctica inglesa, no reflejan tanto una peculiaridad del Derecho inglés, cuanto un criterio ajustado de limitación del alcance de la regla. Son, pues, dos razonables límites a la norma primera del artículo 1.306. De hecho, en nuestra doctrina, Castro las ha invocado (30).

En esa línea afirma Castro: «La regla *in pari causa turpitudine cessat repetitio* supone la paridad de culpa en ambos contratantes; la que no existe cuando una de las partes ejercita sobre la otra alguna forma de opresión, influencia indebida o alguna forma de abuso de poder y también cuando uno de los contratantes aparece como la víctima del otro» (31).

Pasando de estos criterios generales al enjuiciamiento del caso, en la conducta de la entidad demandante conviene, de entrada, tener en cuenta que existen dos ámbitos distintos de posible ilicitud. El primero se refiere a su relación con el

(27) Véase D. 12.7.5.

(28) (P. 5.14.54) De esta ley tratamos más adelante.

(29) CHESHIRE/FIFOOT/FURMSTON: *Law of contract*, 11.^a ed., London, 1986, páginas 365 y ss.

(30) Al proponer soluciones al caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1979. CASTRO: *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad: La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor*, ADC 35/4 (1982), p. 1046.

(31) CASTRO: *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad: La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor*, ADC 35/4 (1982), p. 1046.

Fisco. El segundo al convenio celebrado con el demandado. En el primer ámbito no hay duda de que su conducta es ilícita al contravenir la Ley fiscal, pero esta ilicitud no debe prejuzgar la solución de un problema de perfiles distintos, como es éste de la aplicación del artículo 1.306. La sentencia del Tribunal Supremo, al igual que hicieran las Partidas, separa claramente ambos ámbitos de ilicitud. Según ella, la ilicitud que se cuestiona en este caso, la que interesa a la aplicación del artículo 1.306, no cabe referirla («sin que quepa referirla») «a la infracción fiscal cometida con anterioridad, sino a la causa del simulado contrato de compraventa o del pretendido disimulado contrato de donación» (32).

Situado el problema de la ilicitud en el ámbito exclusivo del contrato, no es suficiente —como pretende el recurrente en su segundo motivo de casación— que ambos contratantes hayan pactado sobre la ocultación del fraude fiscal, para entender que es aplicable la regla primera del artículo 1.306. No basta porque, aunque el fraude fiscal sea ilícito y aunque el pacto celebrado tenga causa ilícita, eso solo no es suficiente para aplicar la regla a que nos referimos. Hay que comparar con cierta precisión la torpeza de la conducta de cada uno de los contratantes y para esto conviene tener en cuenta más elementos. En concreto, hay que tener en cuenta en qué posición se encontraba cada una de las partes y cuál ha sido su respectiva conducta en el momento de la celebración del pacto ilícito; asimismo, cuáles han sido las ventajas que de él se han obtenido. En unos casos, por ejemplo, podrá ser «especialmente odiosa» la conducta de quien pretende «corromper o seducir con dádivas» (33); en otros, en cambio, lo será la del que con amenaza o utilizando su posición de fuerza intenta obtener un provecho totalmente injustificado.

La aplicación de la regla primera del artículo 1.306 impone una delicada valoración ética de la actualización de los contratantes. Por ahí, precisamente, es por donde se produce la argumentación del Tribunal Supremo: «Nunca —dice el fundamento de Derecho segundo de la sentencia— podría atribuirse culpabilidad en la torpeza de aquélla (la causa) a Cuétara, S. A., por haber sido no autora o coautora de tal identidad, sino víctima de la antijurídica conducta del recurrente.» ¿Cuál ha sido esa conducta antijurídica? La sentencia parte de la existencia de intimidación, consistente en una amenaza de denuncia; pero, acepta como hipótesis el que la amenaza no hubiera existido, tal como sostiene el recurrente, y llega a la conclusión de que «contrario a la moral y a las buenas costumbres es obtener o provocar la transmisión gratuita de un inmueble, aunque no medie amenaza, por la promesa de un silencio ante la Administración respecto de la existencia de una determinada contravención tributaria» (34).

El Tribunal Supremo, como vemos, ha tratado de evitar en ese caso la aplicación de la regla primera del artículo 1.306 del Código civil, exonerando completamente de culpa a la entidad Cuétara, S. A. De este modo, aunque admita que la causa sea ilícita (35), no es, en cambio, ilícita la conducta del contratante que reclama la restitución y, por ello, no procede la *soluti retentio*.

(32) Fundamento de Derecho 2.º

(33) CASTRO *Negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 251. Cfr. G. LÓPEZ: Glosa P. 5.14.54, «no haze torpedada».

(34) Fundamento de Derecho 1.º

(35) Porque «si lo que la indicada donación trataba de retribuir es el silencio, la no denuncia de unas infracciones tributarias, tal silencio elevado a la categoría de motivo causalizado, convertirá a ésta en ilícita por contraria a la moral».

Este criterio coincide plenamente con el que refleja nuestro Derecho histórico. La Ley de Partidas, a la que anteriormente nos hemos referido, se expresa así:

«En yerro de adulterio o de omicidio, o de furto, o de pecado semejante destes cayendo algund ome: si por miedo de ser descubiert, diesse alguna cosa a otro porque non le descubriese: como quier que el fecho es malo e desaguisado, e fue muy torpe en facerlo: con todo esso non faze torpedad en dar aquello que da, por estorcer el peligro en que podría caer si fuesse descubiert. E porende dezimos que lo puede demandar. Ca sabida cosa es, que todo ome deve puñar quanto pudiere, para estorcer que non caya en peligro de muerte, o de mala fama. Mas aquel que rescibe la cosa sobre tal razon faze gran torpedad. E eso se da a entender por dos razones. La una porque si le queria librar de muerte deve lo fazer por el natural amor que un ome deve aver con otro, e non por precio alguno. La otra es que encubre la justicia e la vende, porque se non cumplan pues que rescibio precio por encobrir el malhechor. Porende dezimos que deve tornar lo que assi rescibio al que gelo dio. E si promission oviesse fecho para dar alguna cosa sobre tal razon como esta non es tenuto de la guardar.» (P. 5.14.54.) (36).

A pesar de lo que afirma esta Ley de las Partidas, y a pesar, también, del autorizado criterio que mantiene en este caso el Tribunal Supremo, seguramente un criterio ético riguroso pudiera, tal vez, no estar conforme con la total exoneración de culpa de Cuétara, S. A. Pero aun así, el resultado seguiría siendo el mismo porque esta sociedad y el señor Carmona no se hallan «in pari delicto». Sin duda reviste mayor gravedad la conducta de éste.

Pero, además, hay todavía otro criterio que aquí aconseja no impedir la restitución: Por parte de Cuétara hubo arrepentimiento, regularizando su situación fiscal y pagando sus impuestos, lo cual es algo más que la mera extinción, por prescripción, de la obligación fiscal.

Terminemos ya, extrayendo dos conclusiones:

Primera: La causa del convenio por el que se transmiten los bienes al recurrente es ilícita. Porque es ilícito un pacto por el que se da algo para asegurar el mantenimiento de una situación contraria a las leyes. El contrato por tanto es nulo.

Segunda: A pesar de la ilicitud de la causa, y aunque Cuétara, S. A., no carezca totalmente de culpa en su intento de asegurar el silencio, es más reprobable la conducta del señor Camona, que ha intentado aprovecharse de la situación para obtener una ventaja patrimonial carente de toda justificación; por ello no procede aplicar el artículo 1.306 I del Código civil.

ANTONIO-MANUEL MORALES MORENO

(36) La Glosa de Gregorio López diferencia el caso en que se da al juez o funcionario que está obligado a la persecución del delito. En ese caso también hay torpeza de parte de quien da.

RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO POR LA ACTUACION DEL COMITE DE EMPRESA

DIFUSION DE LA CARTA DE DESPIDO Y PROTECCION DEL HONOR

(Notas a la sentencia de 26 de noviembre de 1987)

1. HECHOS

Don A. R. F. desempeñó en la empresa X el puesto de trabajo de jefe administrativo, desde el 18 de marzo de 1963 hasta el 3 de marzo de 1982, fecha de su cese en la misma. A partir de 1974 fue encargado de un servicio de juguetes, al margen de la empresa, pero auspiciado y autorizado por la misma, ya que permitía que los mismos se depositaran, expusieran y vendieran en los locales del centro de trabajo, tanto a trabajadores como al personal directivo. Asimismo, a partir de 1980, también simultaneó el anterior cometido con la organización, como encargado-administrador, de un servicio de café y refrescos a bajo precio, mediante máquinas automáticas accionadas por monedas, que recaudaban el importe de dichos servicios. Según sus propias alegaciones, no recibía salario, remuneración extraordinaria, ni complementaria alguna por parte de la empresa, por el desempeño de las dos últimas actividades citadas, es decir, el servicio de juguetes y el de café y refrescos, a pesar de que le absorbían los mismos mucho tiempo, que restaba del que legítimamente correspondía a su ocio y descanso personal, ya dentro del centro de trabajo de la empresa como fuera.

En 1981 alteró fechas y dígitos de dos facturas correspondientes a un suministrador del servicio de café, con lo cual cobró dos veces la subvención que la empresa concedía, además de librar un talón de 200.000 pesetas contra la cuenta corriente del servicio de café y refrescos para pagar una factura pendiente del servicio de juguetes, sin consentimiento, ni autorización de la empresa. Fue por ello, por lo que la misma abrió expediente sancionador, acusándole en el pliego de cargos de falsificación de documentos contables, especificando los mismos, así como de hurto o apropiación indebida de 192.014 pesetas.

El pliego de cargos junto con la carta de despido le fue entregado, con la intervención del Comité de empresa, en cumplimiento de lo preceptuado en el Estatuto de los Trabajadores.

Aproximadamente un mes más tarde un Censor Jurado de cuentas, a petición de la empresa, concluyó en el informe solicitado, que había una diferencia de 182.385 pesetas no justificadas por el señor R., así como falsificación de dos albaranes.

El Comité de empresa, una vez que le fue entregada la carta de despido, dirigió comunicación a todos los trabajadores de la misma a través de su publica-

ción en los dos tabloneros de anuncios existentes, al mismo tiempo que mandó una circular a todas las sucursales y centros de trabajo de la empresa, situados en territorio nacional, para su conocimiento. De esta forma, el despido disciplinario trascendió fuera del estricto ámbito laboral, pues, su conocimiento se extendió a la ciudad de Benicarló, donde residía el trabajador con su familia.

El señor R. presentó demanda por despido ante la Magistratura de Trabajo, aunque desistió posteriormente. Más tarde, ante el Juzgado de Primera Instancia interpuso querrela por calumnia contra la empresa y don A. R. C., jefe de personal y firmante del pliego de cargos y carta de despido, que finalizó por auto de sobreseimiento libre, confirmado por la Audiencia Provincial. Por último, solicitó la protección civil al derecho fundamental del honor, la intimidad personal y familiar. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Territorial estimaron la existencia de violación al honor de los actores por parte de la empresa, aunque no de don A. R. C. Por ello, la empresa interpuso recurso de casación que fue estimado revocándose la sentencia recurrida.

2. FUNDAMENTACION DE LA SENTENCIA

2.1. El Tribunal Supremo comienza respondiendo al tercer motivo alegado en el recurso, al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Alegaba el recurrente:

«Infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, y concretamente, del artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil al Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen, en relación con los apartados 1.6 y 1.11 del artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, y con el artículo 50, causa segunda del Convenio General de Industrias Químicas.»

El Tribunal Supremo comienza indicando la doctrina sostenida, incluso antes de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de la forma siguiente:

«La protección jurisdiccional civil a los derechos de la persona, al honor y a la intimidad personal y familiar, ..., debe ser dispensada haciendo aceptación de la índole, características y circunstancias concurrentes en cada caso concreto, sin que sea legítimo, en supuestos de ofensas al honor inferidas mediante expresiones verbales o escritas, el absolutizarlas mediante extraerlas y desligarlas del contexto del escrito que las contiene, pues, por el contrario, debe estar siempre a la totalidad del mismo (sentencia de 4 de noviembre de 1986), para así inducir el verdadero sentido, siendo obligado. asimismo, el tomar en consideración el objeto y la finalidad perseguida.»

Ello, lo traslada al supuesto analizado, en el sentido de indicar que las expresiones contenidas en el pliego de cargos y carta de despido, tenían por finalidad dar resuelto el contrato de trabajo, además de ser exigencia del artículo 55.1 del

Estatuto de los Trabajadores el que figuren los hechos que motivan el despido disciplinario. En el supuesto se había aplicado el artículo 50, apartado segundo, del Convenio Colectivo de Industrias Químicas, que calificaba como falta muy grave el fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas, y, el hurto o robo, tanto a la empresa como a los compañeros del trabajo o a cualquier otra persona dentro de las dependencias de la empresa o durante el trabajo en cualquier otro lugar. Todo ello, bajo sanción de nulidad por el artículo 55.3 del Estatuto de los Trabajadores, así como del artículo 102 del Texto Refundido de Procedimiento Laboral.

Especifica:

«El pliego de cargos y la carta de despido no tenían otro destinatario que el señor R. ..., de tal manera que atendidos el objeto, fin y destinatarios de dichos escritos, resulta extremadamente difícil imputar a la entidad que lo emanó el designio de atentar contra el honor de don A. R., pues las expresiones supuestamente agresivas no son sino la expresión del fundamento del despido disciplinario, del cual es isegregable cierto demérito del trabajador.»

En su apoyo cita la sentencia del T.C. de 14 de junio de 1983:

«El derecho al honor no puede constituir, ni constituye obstáculo alguno para que, a través de expedientes administrativos o procesos judiciales seguidos con todas las garantías, se pongan en cuestión las conductas sospechosas de haber incurrido en ilicitud, pues el daño que el honor de quien sigue tal conducta puede sufrir no se origina en esos procedimientos, sino en la propia conducta, y ni la Constitución ni la Ley puede garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos.»

Por otro lado, alude a aquellas competencias del Comité de empresa, especificadas en el Estatuto de los Trabajadores, que tienen relación con el poder de imponer sanciones por parte del empresario. Hace referencia al artículo 64.1, apartados 6 y 11, del Estatuto de los Trabajadores: «Ser informado (el Comité de empresa) de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves» e «informar a sus representados de todos los temas y cuestiones..., en cuanto directa o indirectamente o puedan tener repercusión en las relaciones laborales». Este ser «informado» e «informar» lo pone en conexión con el deber de sigilo profesional que tienen que observar los miembros del Comité de empresa (art. 65.2 del E.T.):

«Sin que en supuestos de despido se le imponga otro sigilo diferente a que “ningún tipo de documento entregado por la empresa al Comité pueda ser utilizado fuera del estricto ámbito de aquélla y para fines distintos de los que motivaron su entrega”.»

Por último cita al artículo 81 del Estatuto de los Trabajadores: «En las empresas o centros de trabajo, siempre que sus características lo permitan, se pondrá a disposición del Comité de empresa un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como uno o varios tableros de anuncios.»

En conclusión: el Tribunal Supremo sostiene que no existe violación, «intromisión ilegítima» del derecho al honor personal y familiar del trabajador, frente a las posiciones del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Territorial, que entendían que sí. Maneja dos argumentos. Por un lado, indica que hay que observar las características y circunstancias concurrentes del caso concreto, estando siempre a la totalidad del contexto que encierra la expresión escrita para inducir su verdadero sentido. Por tanto, el hecho de que las expresiones en el supuesto analizado se encuentren en un pliego de cargos y carta de despido (en cumplimiento del art. 55.1 del E.T.), hace que las mismas no sean calificadas como violación, «agresión ilegítima», del honor, sino por el contrario, como fundamento del despido disciplinario, que, como es lógico, consideradas en sí mismas llevan un cierto «demérito» del trabajador, siempre y cuando el empresario no se extralimite en su potestad sancionadora en el Estatuto de los Trabajadores, de informar al Comité de empresa de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves (art. 64.1.6 del E.T.). La empresa cumple ese deber de información poniendo en conocimiento de los miembros del Comité de empresa el pliego de cargos y la carta de despido.

2.2. A continuación, el Tribunal Supremo responde al primer motivo alegado por el recurrente, también al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Dicho motivo indica:

«Indebida aplicación del artículo 1.903 del Código civil, en relación con los artículos 35 y 38 del mismo texto y con el artículo 65 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo (“B.O.E.” 14 de marzo, Estatuto de los Trabajadores).»

Explica que:

«La sentencia recurrida parte de entender los actos del Comité de empresa como realizados por la propia empresa, para así determinar la responsabilidad de su representada por tales actuaciones.»

Frente a la Audiencia Territorial que centró el tema en si «el Comité de empresa constituye un órgano distinto de ésta» (la empresa), llegando a la conclusión de que en una valoración externa, «han de considerarse como actos de la propia empresa» los realizados por el Comité, el Tribunal Supremo sostiene que «lo que no puede ser hacerse responsable a ésta (a la empresa) de lo actuado por aquél» (Comité de empresa). Afirma más adelante que «no es ni parte integrante, ni dependiente (art. 1.903 del C.c.), que transmita responsabilidad a la empresa».

Para llegar a esa conclusión ha analizado anteriormente la naturaleza del Comité de empresa. Remite al artículo 63.1 del Estatuto de los Trabajadores, que lo configura como un órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores, y, al artículo 61 también del mismo cuerpo legal, que indica el derecho de los trabajadores a participar en la empresa «a través de los órganos de representación regulados en este título» (delegados de personal, Comité de empresa). Sostiene que «la base natural del Comité no es la empresa, sino el conjunto de los trabajadores, cuyos intereses defiende incluso contra ella», produciéndose además «su creación por Ley».

3. NOTAS

Las cuestiones en que me centraré serán:

1. Responsabilidad del empresario por las expresiones contenidas en el pliego de cargos y carta de despido. ¿Existe violación del derecho al honor personal y familiar del trabajador?
2. Responsabilidad del empresario por hecho ajeno. ¿Tiene el empresario que responder por la actuación (publicación en los tablones de anuncios de la carta de despido) llevada a cabo por el Comité de empresa? ¿Es «dependiente» del empresario?
3. Responsabilidad del empresario por hecho propio. ¿El empresario tiene que ejercer control sobre las actividades que lleve a cabo el Comité de empresa?
4. Responsabilidad del Comité de empresa por publicación de la carta de despido en los tablones de anuncios.

Por otro, indica el deber impuesto por el legislador. El estudio acerca de si ha habido o no violación del derecho al honor personal y familiar del trabajador nos centra en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo; en concreto en su artículo 2.2, que define cuándo no nos encontramos con una «intromisión ilegítima» de ese derecho, debido a que «estuviere expresamente autorizado por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso». Nos interesa la autorización llevada a cabo «por ley».

La sentencia distingue correctamente dos planos. Uno es la existencia o no de violación del derecho al honor, «intromisión ilegítima», por las expresiones vertidas en el pliego de cargos y carta de despido. El otro, la comunicación de los mismos al Comité de empresa.

Respecto a lo primero hay que tener en cuenta el carácter relativo de la protección civil del derecho al honor personal y familiar. Ello conduce, como bien señala el Tribunal Supremo en la sentencia al citar la de 4 de noviembre de 1986, que va en la misma línea, a que se deban de apreciar las circunstancias concurrentes al caso concreto; aquí, existencia de despido disciplinario. De esta forma, es correcto ver en las palabras de la carta de despido la existencia, como dice el Tribunal Supremo, de «cierto demérito al trabajador» que es «isegregable de las mismas». El empresario únicamente se ha limitado a ejercer la potestad disciplinaria que posee frente al trabajador para sancionar incumplimientos laborales «de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezca en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable» (art. 58.1 del E.T.). En este supuesto aplicación del artículo 50, apartado segundo, del Convenio Colectivo de Industrias Químicas que, vigente en ese momento, calificaba como faltas muy graves el haber sido condenado por sentencia firme como autor de fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas, y, el hurto o robo, tanto a la empresa como a los compañeros del trabajo o de cualquier otra persona dentro de las dependencias de la empresa o durante el trabajo en cualquier otro lugar, e incluso también, sin necesidad de sentencia al respecto. Además, el derecho laboral exige que en la carta de despido se encuentren expresados los motivos del mismo (art. 55.1 del E.T.), bajo sanción de nulidad (art. 55.3 del E.T. y 102 de la L.P.L.).

Lo anterior junto con el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección al Honor Personal y Familiar, hace ver al Tribunal Supremo que no existe violación, «intromisión ilegítima», en ese derecho, ya que

se encuentra autorizada «por ley». Son los artículos 55.1 y 3 del Estatuto de los Trabajadores y el 102 de la L.P.L. quienes justifican que esas expresiones se encuentren en la carta de despido, siempre, como es lógico, que no supongan una extralimitación por parte del empresario de su poder sancionador.

El otro plano al que me he referido anteriormente es la comunicación por el empresario del pliego de cargos y de la carta de despido al Comité de empresa. Dicha conducta se encuentra también amparada por la legislación laboral. El artículo 64.1.6 del Estatuto de los Trabajadores establece entre las competencias del Comité de empresa la de «ser informado de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves». Por ello, la conducta del empresario es sólo el cumplimiento de la obligación impuesta por ley. En conclusión, no existe violación en el derecho al honor del trabajador y su familia.

En este apartado procederé a analizar sucesivamente las cuestiones segunda, tercera y cuarta planteadas en estas notas.

El segundo problema consiste en ver si es posible imputar responsabilidad al empresario por la conducta llevada a cabo por el Comité de empresa, en cuanto que, si se le configura como «dependiente» del primero, procederá entonces la aplicación del artículo 1.903 del Código civil (responsabilidad por hecho ajeno), en su apartado cuarto: «Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes, en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados o con ocasión de sus funciones». El planteamiento de esta cuestión se debe a que, a pesar de que la carta remitida al trabajador no constituya por sí misma violación del derecho al honor por lo dicho anteriormente, ello no significa que el mismo no haya sido violado por otro cauce: el de la difusión de la carta de despido, a través de los tabloneros de anuncios, por parte del Comité de empresa.

Respecto al artículo 1.903 del Código civil, el Tribunal Supremo en su interpretación ha dicho, en sentencia de 21 de septiembre de 1987, que sólo se requiere que exista «una relación jerárquica o de dependencia, más o menos intensa, según las circunstancias concretas, entre el ejecutor causante del daño y la empresa o entidad a quien se le exige la responsabilidad». Hay que ver entonces si la relación existente entre el Comité de empresa y el empresario puede o no ser calificada de «jerárquica» o de «dependiente», para que proceda la aplicación del artículo 1.903 del Código civil. Para determinarlo hay que acudir al derecho laboral: el Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980, reformado por Ley 32/1984.

El Estatuto configura al Comité de empresa (art. 63) como un «órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses». Su creación se produce por ley.

Dada su configuración, en cuanto que es órgano representativo de los trabajadores y no de la empresa, y que, su creación es por ley y no por iniciativa del empresario, hay que deducir, como correctamente hace el Tribunal Supremo, que el Comité de empresa no puede ser calificado como «dependiente» del empresario a los efectos del artículo 1.903 del Código civil, y a diferencia de lo que entendían el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Territorial.

En conclusión, se extrae lo siguiente: no se puede imputar responsabilidad al empresario por aplicación del artículo 1.903 del Código civil, pues el presupuesto de aplicabilidad del mismo, la relación de «dependencia», no se da en este caso.

Ahora bien, aunque el empresario no responda en base al artículo 1.903 del Código civil, debemos plantearnos si es posible imputarle responsabilidad por otra vía, es decir, por aplicación del artículo 1.902 del mismo texto legal (responsabilidad por hecho propio). Entro así en la tercera cuestión que iba a comentar.

Aquí lo que se analiza es si el empresario actuó o no negligentemente en el sentido de que, a pesar de que conocía que, el Comité de empresa publicó en los tablones de anuncios la carta de despido además de mandar comunicación de la misma a las demás sucursales nacionales, no llevó a cabo actuación alguna para impedirlo.

La doctrina laboral resalta la autonomía del Comité de empresa frente al empresario. Se niega en general la posibilidad de que éste controle al primero las competencias que tiene atribuidas por el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores. Si nos fijamos en la concreta competencia que aquí es ejercitada por el Comité de empresa («informar a sus representantes en todos los temas y cuestiones... en cuanto a que directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales», art. 64.11 del E.T.) se ha dicho lo siguiente: «No consiente (ese derecho a informar a sus representados) ningún tipo de control o de censura empresarial... sobre los documentos anunciados.. ni *ex ante* de su anuncio o fijación, ni menos todavía, *ex post* y en su versión más extrema, la retirada o remoción del anuncio fijado. El ordenamiento jurídico pone en manos del empresario —o en su caso de terceros eventualmente perjudicados— los mecanismos suficientes para corregir los excesos en que puedan incurrir los representantes al ejercer sus derechos» (1). Dichos mecanismos son los siguientes: acciones de responsabilidad civil (en este caso el art. 1.902 del C.c.), medidas judiciales provisionales, y sanciones penales, si procede.

Como aquí el posible derecho atacado es el honor personal y familiar del señor R., será él el que tenga que promover la acción correspondiente para la retirada de la carta de despido de los tablones de anuncios, y la de indemnización por daños y perjuicios. La empresa no tiene obligación o carga de promover acción alguna para que se proceda a la retirada del anuncio, pues la decisión de proteger el derecho al honor corresponde a su titular. La empresa no es responsable por el artículo 1.902 del Código civil, ya que su conducta de no promover acción alguna no puede ser calificada de negligente.

Puesto que la empresa no es responsable ni por el artículo 1.903 ni por el 1.902 del Código civil, hay que ver si el propio Comité de empresa es o no sujeto de responsabilidad por la difusión que llevó a cabo al colocar en los tablones de anuncios la carta de despido. De esta forma, entro en la última cuestión planteada.

Tres son los artículos del Estatuto de los Trabajadores a tener en cuenta. Son: el artículo 68.d, que entre las «garantías» de los miembros del Comité de empresa especifica la de expresar «con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación»; el artículo 64.11, anteriormente transcrito; y el artículo 65.2, que en su párrafo final dice: «En todo caso, ningún tipo de documento entregado por la empresa al comité podrá ser utilizado fuera del estricto ámbito de aquélla y para distintos fines de los que motivaron su entrega.»

(1) M. E. CASAS: *Representación unitaria de los trabajadores en la empresa y derechos de comunicación*, Madrid, 1984, pp. 84 y 85.

Se ha dicho respecto a las fórmulas utilizadas en los dos primeros artículos citados: el 68.d y el 64.11 del Estatuto de los Trabajadores, que «son... de dudosa eficacia, tanto para la propia amplitud de algunas de esas expresiones... como, y señaladamente, porque la valoración del interés colectivo y la determinación de sus correspondientes materias compete en exclusiva a los representantes colectivos en ejercicio de su propia autonomía» (2). Sin embargo, dada la amplitud de las expresiones de dichos artículos del Estatuto de los Trabajadores, es difícil imaginar casos en los que al menos de forma remota no se pueda entender que afectan a los trabajadores. En este caso, la publicación de la carta de despido por parte del Comité de empresa parece que está dentro del ámbito diseñado por la ley.

Ahora bien, en el ejercicio de ese derecho de expresión del Comité de empresa existen una serie de límites. Con carácter general (es decir, como límite al derecho de expresión) hay que respetar el derecho al honor personal y familiar. Con carácter específico (para el Comité de empresa) el deber de sigilo (art. 65.2 del E.T., antes citado). Este último límite no lo puede citar el trabajador, pues el titular del mismo es el empresario.

Si se admite que, efectivamente, por la publicación de la carta de despido en los tablones de anuncios ha habido violación del derecho al honor personal y familiar del señor R. (aplicación del límite de carácter general), será entonces, cuando, responda el Comité de empresa. La mayoría de la doctrina entiende que carece de personalidad jurídica (3), aunque es capaz de ejercer acciones administrativas o judiciales (art. 65.1 del E.T.). Por esta posición parece que se inclina el Tribunal Supremo, el cual, aunque en el suplico de la demanda únicamente se pidió que fuera declarada la responsabilidad del empresario, sin alcanzar la petición al Comité de empresa, deja indicado cómo entiende que sería la responsabilidad del mismo en caso de que se plantease. Dice textualmente:

«... si no permite atribuir al Comité personalidad jurídica propia si admite describirlo como una cuasi-personalidad, que no hace del mismo un sujeto pleno de derechos, contra el que pueda dirigir acciones indemnizatorias, pero sí contra sus miembros.»

El trabajador, pues, tendría que dirigirse contra aquellos que fuesen responsables.

NIEVES FENOY PICÓN

Universidad Autónoma de Madrid.
Area de Derecho Civil

(2) M. E. CASAS: *op. cit.* p. 104.

(3) M. E. CASAS: *op. cit.* p. 59. En contra L. E. DE LA VILLA: *La participación de los trabajadores en la empresa*, Madrid, 1980, pp. 110 y 111.

LA DETERMINACION DEL JUSTO PRECIO EN LOS SUPUESTOS DE ACCESO A LA PROPIEDAD, REGULADOS EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS. FALTA DE UNANIMIDAD EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

(Comentarios a la sentencia de 30 de abril de 1987)

La Ley de Arrendamientos Rústicos regula el acceso a la propiedad como aquella facultad que tiene el arrendatario para hacerse con la propiedad de la finca arrendada en una serie de supuestos y bajo una serie de condiciones contempladas en los artículos 98 y 99 de la Ley.

Los dos supuestos en los que el arrendatario puede acceder a la propiedad de la finca son los siguientes:

1. En los contratos de arrendamiento de fincas rústicas concertados con anterioridad a la publicación del Código civil (8 de octubre de 1888) cuando los actuales arrendatarios traigan causa de quienes lo eran en el momento de dicha publicación.

El arrendatario deberá pagar al arrendador, en el momento de ejercitar la acción de acceso a la propiedad, el justo precio de la finca al contado y en metálico.

2. En los contratos de arrendamiento anteriores al 1 de agosto de 1942, cuando concurren los siguientes requisitos:

a) Haberse pactado el pago de la renta en una cantidad de trigo no superior a 40 quintales métricos.

b) Cultivo de la finca personalmente por el arrendatario.

c) No haber ejercitado el arrendador la acción de recuperación de la finca, una vez finalizada la prórroga legal.

d) Ejercicio de la acción de acceso a la propiedad por el arrendatario, en el plazo de un año desde que finalizó la prórroga, o, en su caso, desde la resolución judicial denegativa de la recuperación de la finca por el arrendador.

e) Pago al contado y en metálico del justo precio forzoso.

f) Compromiso del arrendatario de cultivar personalmente la finca adquirida durante seis años como mínimo.

En ambos supuestos, la ley establece que el justo precio deberá determinarse de acuerdo con las normas de valoración contenidas en la Ley de Expropiación Forzosa.

El justo precio ha sido definido por el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de octubre de 1973 como el valor de sustitución de la cosa expropiada, es

decir, su valor de mercado. Esto plantea el problema de establecer cuál es el valor de mercado, lo cual deberá llevarse a cabo a través de los oportunos informes periciales.

Las normas de la Ley de Expropiación Forzosa que regulan la valoración de fincas rústicas son el artículo 39, de manera específica, y el artículo 43, como norma correctora de la anterior.

El artículo 39 dispone que el valor de las fincas rústicas se fijará por la media aritmética entre la cantidad resultante de capitalizar al interés legal la renta líquida de rústica aumentada en un 5 o en un 10 por 100, según sea catastrada o amillarada, y el valor en venta actual de fincas análogas por su clase y situación en el mismo término municipal o comarca.

Frente a los criterios rígidos seguidos por la norma anterior, el artículo 43 faculta a cualquiera de las partes implicadas para que puedan llevar a cabo la tasación de la finca aplicando los criterios estimativos que juzgan más adecuados, cuando la valoración practicada conforme al artículo 39 no resultare, a su juicio, conforme con el valor real de los bienes y derechos en cuestión, por ser éste superior o inferior a aquélla.

En la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1987 se ha planteado la cuestión de la determinación del justo precio en el acceso a la propiedad de la finca rústica por el arrendatario, y en particular sobre cuál de las dos normas antes mencionadas debía ser aplicada con el fin de llegar a un precio verdaderamente justo o razonable.

El Juzgado de Primera Instancia, al tiempo que declaraba el derecho del arrendatario de acceder a la propiedad de la finca rústica, fijaba el precio de la misma en 13.791.581 pesetas.

Interpuesto recurso de apelación por el arrendatario contra la fijación del precio por el Juzgado, la Audiencia estimó en parte el recurso reduciendo el precio a la cantidad de 10.614.378 pesetas.

Para la obtención de la mencionada cantidad, la Audiencia aplicó los criterios del artículo 39, repudiando expresamente la aplicación del mecanismo corrector del artículo 43, sin dar ningún tipo de explicación al respecto. De esta forma, la Sala conjuga la capitalización al interés legal de la renta líquida, aumentada en un 5 por 100 (544.068 pesetas) con el valor en venta actual de fincas análogas por su clase y situación en el mismo término municipal o comarcal (12.929.689) y obtiene la media aritmética de ambas cantidades cifrada en 6.736.878 pesetas. A esta cantidad le adiciona el valor correspondiente a las edificaciones existentes en la finca (3.877.560 pesetas) y obtiene un justo precio cifrado en 10.614.378

El arrendador interpuso recurso de casación, al amparo del número 5 del artículo 1.692 d ela Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender violado por inaplicación el artículo 43 de la Ley de Expropiación Forzosa.

Sin embargo, en el desarrollo del recurso, la representación del arrendador parece confundir la casación por la infracción de la ley (art. 1.692-5 LEC) con la casación por error de hecho en la apreciación de la prueba (art. 1.692-4 LEC) en lo relativo a la determinación del valor de la finca, y en lugar de argumentar la improcedencia de aplicar el artículo 39 por originar una valoración alejada del valor real y su sustitución por el criterio más acertado del artículo 43, el recurrente se remite a las pruebas practicadas, especialmente documentales y periciales, consistentes en certificaciones de diversos organismos administrativos. De esta forma, el recu-

rente está tratando de demostrar que el Tribunal ha cometido un error al valorar la prueba documental (la pericial no se considera documento a efectos casacionales) más que en el hecho de haber infringido por inaplicación el artículo 43. En apoyo de su tesis, el recurrente cita varias sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en recursos de apelación de tal naturaleza.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, actuando como ponente del Presidente de dicha Sala, Excmo. señor don Juan Latour Brotons, desestima el recurso planteado por entender que «dada la vía por la que ha formulado el actual recurso, los hechos quedan intangibles, los factores operativos empleados por la sentencia de instancia indelebles, y la imposibilidad ahora de que esta Sala acuda, a criterios valorativos extraídos del material probatorio obrante en los autos, razones todas ellas que conducen inexorablemente a la desestimación del recurso».

Asimismo, el Tribunal Supremo explica la no aplicación de las sentencias citadas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en base a las distintas naturaleza y facultades derivadas del recurso de apelación, por una parte, y del recurso de casación por otra. Así, mientras en el recurso de apelación «las facultades del mismo se extienden desde una nueva valoración de la prueba a contrastar las conclusiones crematísticas que puedan producirse según se haya empleado el sistema aritmético y cerrado del artículo 39 o el más flexible y abierto del 43 para obtener el precio justo», esto no ocurre en el recurso de casación, que no puede entrar a hacer una nueva valoración de los documentos que ya fueron tomados en consideración por la Audiencia para determinar el precio de la finca.

A mi juicio, si bien la anterior argumentación del Tribunal es correcta, se está acudiendo a un criterio demasiado restrictivo para no admitir el recurso.

Es cierto que el recurso se ha planteado de manera confusa, ya que por una parte se enuncia motivado en infracción de ley (art. 1.692, párr. 5 LEC), pero se desarrolla como error de hecho en la apreciación de la prueba (art. 1.692, párr. 4 LEC). Sin embargo, el Tribunal se ha ceñido al desarrollo del recurso para desestimar, ignorando el planteamiento inicial, cuando bien podría haber atendido a dicho planteamiento para estimar que efectivamente se ha dejado de aplicar una norma, el artículo 43 de la Ley de Expropiación Forzosa, que en este caso era de aplicación preferente a los efectos de hacer una acertada determinación del precio justo, dada la insatisfactoria solución ofrecida por la aplicación de los criterios del artículo 39.

Los Excmos. señores Magistrados don Rafael Pérez Gimeno y don Antonio Sánchez Jauregui, formularon voto particular en el que discrepaban de la sentencia de la mayoría, tanto en los fundamentos jurídicos empleados como en su decisión o fallo.

El voto particular entiende por justo precio el que representa el equivalente económico del bien que se pierde, es decir, aquel que sea suficiente para adquirir otro análogo al que en virtud del ejercicio del derecho de acceso sale del patrimonio del arrendador, de forma que éste mantenga el equilibrio económico en cuanto al precio que sale de él, le reemplace o sustituya su valor real, sin que en consecuencia se produzca un empobrecimiento o enriquecimiento del arrendador con el correlativo enriquecimiento o empobrecimiento del arrendatario.

A continuación, la sentencia que comentamos, al analizar el artículo 39 de la Ley de Expropiación Forzosa, acude a la propia exposición de motivos de dicha ley en la que claramente se establece una importante condición a la aplica-

ción indiscriminada de los criterios fiscales contenidos en dicho artículo. «La determinación del justo precio sobre bases fiscales ha de partir de la premisa de que la riqueza imponible, fiscalmente establecida, suponga una valoración no sólo objetiva y ponderada del bien de que se trate, sino, además, rigurosamente al día desde el punto de vista del poder adquisitivo de la moneda, lo cual no siempre es posible por la forzosa complejidad de las operaciones evaluatorias, que no se pueden llevar a cabo en plazos moderados.»

A la vista de la premisa anterior, el voto particular establece que «esa estimación fiscal debe servir como uno de los elementos que concurren a la determinación del justo precio, pero no ser el criterio de suyo y exclusivamente determinante, pues ello implicaría volver la espalda a realidades económicas elementales, lo que hace que sea preciso ponderar las valoraciones fiscales con las del mercado y para casos excepcionales dejar abierta la posibilidad de apreciación de circunstancias específicas que, de no tenerse en cuenta, provocarían una tasación por completo irrazonable».

Por ello el voto particular estima que la aplicación del artículo 39 en el presente caso, al haberse tomado en consideración unos valores fiscales totalmente desfasados, conduce a resultados devaluatorios «mediante la fijación de un precio que califica de “no justo” o irrazonable, y que produce un enriquecimiento sin causa del arrendatario con un correlativo empobrecimiento del arrendador».

Para subsanar este anómalo resultado los dos magistrados discrepantes entienden que se debía haber aplicado el artículo 43 de la Ley Expropiatoria, norma correctora del artículo 39, «que faculta al Tribunal para utilizar criterios estimativos que se juzguen más adecuados al objeto de obtener el valor real o justo del bien, que permita al que lo pierde mantener el equilibrio económico de su patrimonio al entrar a formar parte de él su equivalente económico.

Esta es la razón por la que el voto particular declara que en este supuesto el artículo 43 resulta de imperativa aplicación y su violación determina la estimación del recurso.

Por último, al analizar el justo precio que ha de otorgarse a la finca objeto del litigio, el voto particular llega a una solución distinta tanto de la sentencia de la Audiencia como la del Juzgado, debiendo confirmar, sin embargo, esta última, al haber sido aceptada por el actor recurrente, para no quebrantar el principio prohibitivo de la «*reformatio in peius*».

En la determinación del precio justo, el voto particular toma como referencia los respectivos valores reales de la finca, y de las edificaciones existentes en ella para llegar a una cantidad que ascienda a 16.807.507 pesetas, superior a la de 13.791.581 pesetas señalada por la sentencia del Juzgado, a la que, sin embargo, hay que atenerse por haber sido aceptado por el actor recurrente.

FERNANDO CALBACHO LOSADA
Abogado

