

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLII  
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO  
MCMLXXXIX

# 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

### Estudios monográficos

	<u>Pág.</u>
VALLET DE GOYTISOLO, Juan.— <i>Influjo de la Revolución francesa en el Derecho Civil. Su incidencia en la codificación española</i> .....	261
GIL RODRIGUEZ, Jacinto: <i>Acotaciones para un concepto del Derecho Civil</i> .....	317
GARCIA-CRUCES GONZALEZ, José Antonio: <i>El contrato de Factoring como cesión global de créditos futuros</i> .....	377
BELTRAN, Emilio: <i>Sobre los contratos de integración vertical en la agricultura</i> .....	445
ORDUÑA MORENO, Francisco Javier: <i>La excepción de la responsabilidad por evicción en la partición-realizada por el testador; artículos 1.056 y 1.070, núm. 1, del Código Civil</i> .....	469

## Información legislativa

	<u>Pág.</u>
A cargo de Pedro DE ELIZALDE Y AYMERICH .....	581

## Bibliografía

### LIBROS

AJANI, Gianmaria: <i>La proprietà delle organizzazioni sociali nel diritto dei paesi socialisti</i> , por G. García Cantero.—COCA PAYERAS, Miguel: <i>Tan-teo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica</i> , por G. García Cantero.—GALGANO, Francesco: <i>Il negozio giuridico</i> , por G. García Cantero.—GIL RODRIGUEZ, Jacinto: <i>Garantía por insolvencia pública en la delegación y en la cesión</i> , por Silvia Díaz Alabart.—HERRERO GARCÍA, María José: <i>La multipropiedad</i> , por Pedro A. Munar Bernat.—LACRUZ BERDEJO, José Luis: <i>Comentarios a la Compi-lación del Derecho civil de Aragón</i> , por Juan A. Pozo Vilches.—SACCO, Rodolfo: <i>Il possesso</i> , por G. García Cantero .....	595
---	-----

## Estudio jurisprudencial

PANTALEON, Fernando: <i>La indemnización por causa de lesiones o de muerte</i>	613
--	-----

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

### I. SENTENCIAS COMENTADAS

<i>Las presunciones hominis y/o facti del artículo 135 y la paternidad «atribui-da» en la sentencia de 21 de mayo de 1988</i> , por Francisco Lledó Yagüe	653
---	-----

# 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**  
**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 XLII  
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO  
MCMLXXXIX

---

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

---

**N.I.P.O.: 051-89-015-3.**

**I.S.S.N.: 84-7787-047-0.**

**Depósito Legal: M-125-1958.**

---

Artes Gráficas Suárez Barcala, S. L.  
Dr. Barranquer, 3. GETAFE (Madrid)

## Influjo de la Revolución francesa en el Derecho Civil. Su incidencia en la codificación española

Por JUAN VALLET DE GOYTISOLO

1. Una de tantas pseudo visiones tópicas y simplistas que deforman la realidad es la que contempla toda la polémica de nuestra codificación civil con unos lentes que le muestran dos posiciones antagónicas: la de una escuela filosófica francesa y la de otra escuela histórica alemana.

Cierto es que existen dos grandes concepciones del derecho privado totalmente contrapuestas.

— Una que lo considera un producto de la historia viva, activa, en permanente adecuación, que, sin perder el alimento nutricio que le proporcionan sus raíces, elabora constantemente el pueblo, guiado por sus juristas prácticos, orientándose estos con la labor de sus predecesores, y por lo textos en que la experiencia jurídica está escrita, en especial los del *Corpus iuris* romano, y aquilatados por nuevas respuestas, resoluciones y sentencias.

Así el derecho es contemplado como adecuación de la sociedad civil al orden de las cosas en las distintas circunstancias históricas; que se elabora en su interior, como las abejas sus panales; y en la cual solo en casos necesarios debe intervenir el poder político, dando el conveniente golpe de timón.

En esa concepción se conciben las compilaciones abiertas como una obra que orienta y ayuda o acota y rectifica la labor de los juristas.

— La otra, por el contrario, concibe la ley positiva como una fuente exterior que suministra todo el derecho a la sociedad, emanante del Estado como elemento rector suyo, que la estructura como sociedad civil y la reglamenta. Su contenido es elaborado por el poder político soberano, creador de una legislación racionalmente concebida por el legislador y ordenada coactivamente. Este contempla la sociedad como la materia que él debe ordenar, situándose por encima de ella, en un plano superior, tal como nuestra mente, la *res cogitans* cartesiana, se sitúa fuera y por encima de las cosas, la *res extensa*, objeto inerte de sus cálculos racionales y configuración.

Sin embargo ni la primera concepción ha sido de monopolio alemán, ni la segunda solo francesa. Tampoco tuvieron a España como único campo e bartalla, donde cruzar sus espadas fuera de las fronteras originarias. Tanto en Francia como en Alemania coexistieron las dos corrientes, que tuvieron en España raíces propias unas tradicionales y otra incubadas por la Ilustración, bastante antes de la Revolución francesa, y, tanto más del inicio de la polémica que desencadenó Thibaut, en Heidelberg, y en la que irrumpió Savigny desde Berlín.

2. A fin de comprobar ese ámbito generalizado de ambas posiciones basta contrastar lo que, en el segundo cuarto del siglo XVIII, expuso Montesquieu, contraponiéndolo con la tendencia ilustrada, surgida de la racionalista Escuela del derecho natural y de gentes y de la operatividad de los pactistas. Simplificadas, ambas, las vemos confluir en el pensamiento de Juan-Jacobo Rousseau.

a) Partiendo de la visión nominalista de un mundo en el cual no existen sino cosas singulares, ni se prohíbe nada por ser malo, sino que es malo por estar prohibido —en la visión de Ockam—, o en la perspectiva de un hombre con su razón tarada para las cosas superiores del espíritu, debido a su pecado original —según predicaba Lutero—, resultaba la paradoja de que, el hombre, considerado incapaz de conocer el mundo, llegaría a considerarse capaz de enseñorarse de él, como de una cosa propia, inerte, para, con su razón y con su voluntad, construirlo a su guisa.

Hugo Grocio declaró que la ley natural «no dejaría de tener lugar en manera alguna, aunque se admitiera —lo que no se puede admitir sin el máximo crimen— que no hay Dios o que no se cuida de los asuntos humanos». Lo cual —como recordaba Federico de Castro «abría la puerta a las construcciones racionalistas desconectadas de la ley eterna».

Esa razón se fundaba —según Descartes— en el fulgor de la idea, el *cogito*, que supondría el acto de voluntad de escoger la idea que motivara más al sujeto, para que éste, descendiendo silogísticamente de ella, fuera capaz de elaborar un derecho perfecto aplicable a todos los hombres, sin distinción entre ellos ni de circunstancias de tiempo ni lugar ¡Con una perspectiva tan perfecta, clara y sencilla, era natural la pretensión de abolir toda la complejidad del derecho existente entreligado en el curso de la historia, y cambiarlo por unos códigos que expresarán las normas claras y simples formuladas racionalmente por ellos!.

Pero con sus nuevas luces, quienes creían haberlas alcanzado, no podían contentarse con regular jurídicamente la vida social de los hombres. ¿Porqué no reconstruir la sociedad civil y política de arriba abajo?.

Sir Francis Bacon propondría el empleo del método analítico sintético que, en las ciencias humanas, procedería como con la física

en las naturales. Se analizó al hombre, reduciéndolo a ser aislado y abstracto, asocial, y se le transportó imaginariamente a sus orígenes; así disecado, se extrajo lo que se estimó su esencia —el instinto de conservación y, en especial, el temor a la muerte violenta, para Hobbes, o el deseo de bienestar, según Locke—; y tomando esa esencia como fundamento, se trató de construir la sociedad civil por el poder político-dimanante del mítico contrato social, a la que le impondría sus leyes para estructurarla. Así surge Leviathan, de quien emana todo el derecho, que lo rige todo.

Si cuanto había configurado la historia era malo, y no estaba de acuerdo con esas construcciones mentales, tan perfectas teóricamente, debía destruirse todo lo traído por la historia.

Así Rousseau, que había aprendido de los filósofos que el hombre era libre y naturalmente bueno —conforme el mito del *buen salvaje*—, lo veía por doquier lleno de cadenas, forjadas en la historia, por la opresión que se había iniciado —según su hipótesis— con la apropiación de las tierras.

Para ver las cosas claras, en el *préface* de su *Discours de l'inégalité parmi les hommes*, propuso: «Comencemos por descartar todos lo hechos pues nada tienen que ver con la cuestión». A su parecer, no debía operarse «sino solamente por razonamientos hipotéticos y condicionales». «parecidos a los que hacen todos los días nuestros físicos acerca de la formación del mundo».

En lugar de buscarse el conocimiento ontológico del ser y su orden, se elegía la esencia —al gusto de cada experimentador— básica para construir el mundo, o al menos la sociedad. El ginebrino entronizará así Leviathan en la *voluntad general*, fuente de toda ley y, de ahí, de todos los derechos.

b) Montesquieu había sido uno de los pocos autores de su tiempo que constituyeron la excepción, por su rechazo tanto del mito del contrato social como del empleo del método deductivo propugnado por la Escuela del derecho natural y de gentes.

Frente a ésta tuvo una concepción ontológica de la naturaleza de las cosas y estimó consecuentemente, que las leyes naturales son «las relaciones necesarias» derivadas de ella (E.L. 1,1,1). El hombre «como ser inteligente, viola sin cesar las leyes que ha establecido Dios y cambia las establecidas por él mismo», ya que «es un ser limitado, sujeto a la ignorancia y al error, como todas las inteligencias finitas; los débiles conocimientos que tiene los pierde incluso; como criatura sensible está sujeto a mil errores» (ibid, *in fine*). Por eso, entendía que una de las finalidades de las leyes humanas, es la de «anunciar las órdenes de la razón —que rige el mundo— a quienes no pueden recibirlas de ella de modo inmediato» (M.P. 208).

Sin olvidar nunca que una cosa «no es justa porque sea ley, sino que debe ser ley porque es justa» (M.P. 1.906).

Por esto, esas leyes no deben ser producto del capricho ni de la

fantasía de los legisladores humanos (E.L. pref. 3), sino guardar conformidad a la naturaleza de las cosas (ibid 6); para lo cual, se deben tener en cuenta una gran cantidad de datos, algunos contradictorios entre sí (E.L. 1, 3, 12 a 14).

Además, desde la perspectiva en que la contemplaba, la ley humana no gobierna como soberna las sociedades humanas, sino que constituye una de las «diversas cosas que gobiernan a los hombre» y que él mismo enumera: «el clima, la religión, las leyes, las máximas de gobierno, los ejemplos de las cosas pasadas, las costumbres, los hábitos; de ahí se forma el espíritu general resultante. A medida que, en cada nación una de estas causas actúa con más fuerza, las otras ceden anten ella». (E.L. 19, 4, 1 y 2, inc. 1).

De ahí que las leyes humanas no tan solo no están por encima del espíritu general, actuando sobre él desde el poder para regir todas las cosas, sino que solo actúan desde dentro, al mismo nivel que las demás; sin que puedan ni deban hacerlo sino del modo y en su medida adecuados. Así:

1.º Ocupan un lugar junto a las costumbres y a los hábitos sociales, y no por encima de ellos. Incluso —estimaba— que las costumbres se atienden más al espíritu general (E.L. 19, 12, 2); y, por eso, como así mismo los hábitos sociales, «no deben cambiarse por las leyes, sino por otras costumbres y otros hábitos», promoviendo mediante los ejemplos (E.L. 19, 14, y 3). Es más, la mejor defensa contra el despotismo, que aún observaba en la mayor parte de los países de Europa, consistía en que aún estaban gobernados por las costumbres (E.L. 8, 8, 2).

2.º «Deben [las leyes] ser de tal modo apropiadas al pueblo para el que han sido hechas, que las de una nación solo por un extraordinario azar pueden convenir a otra» (E.L. 1, 3, 12).

3.º «Hay que cuidar que las leyes sean concebidas de modo tal que no choquen con la naturaleza de las cosas» (E.L. 19, 16, inc. 2.º).

4.º Hay que esclarecer la historia por la leyes y las leyes por la historia» (E.L. 31, 2, *in fine*).

5.º La ley, como la política, solo es útil empleándola adecuadamente, como una «lima sorda», con costancia hacia su fin (E.L. 14, 13, 7, inc. 1).

3. La ideología triunfante en la Revolución francesa propugaba la uniformización y simplificación del derecho. Esta fue una de las principales preocupaciones de sus Asambleas legislativas. A ese fin, en el Decreto de 21 de agosto de 1.790, La Asamblea constituyente adoptó el acuerdo formar un Código general de leyes simples y claras. La Constitución de 1.791, ordenó «*qu'il sera fait un code des lois civiles communes a tout le royaume*» y, análogamente el art. 85 de la Constitución de 1793.



Se trataba de dar cauce a dos preocupaciones que debemos diferenciar.

— Una política, a tono con el nuevo concepto de nación que se estaba cosfigurando, requirente de una misma lengua y un mismo derecho, acorde con el principio de las nacionalidades que entonces se acuñaba y exigía para cada nación un Estado, cuyo concepto moderno se estaba formando también.

— Y otra, teóricamente muy práctica, de que todo estuviera regulado por leyes sencillas y claras.

Conviene deternos unos instantes en ambos aspectos.

a) Frente a la idea del *unum Imperii* que, en los siglos XI y XII, trató de imponer el derecho romano *ratione Imperii*, se impuso en la Cristiandad desde el siglo XIII, la idea de la *unidad en la pluralidad*, en la cual encajaba el *ius commune* —derecho romano desformalizado y templado, por el canónico, y adecuado a las nuevas circunstancias, por los autores— que se aplicaba supletóriamente a los derechos reales territoriales y a los estatutos municipales, solo *imperii ratione*, es decir, como buena razón escrita

Esto dotaba a Europa de un fondo jurídico común, facilitado porque los autores escribían en latín, y, de ahí, que se citaran indistintamente estre sí italianos, franceses, españoles, alemanes, sin mengua de las más diversas peculiaridades, escritas o consuetudinarias, que coexistían y se vivían en los distintos países y lugares. No se pensó que esto atentara a la conveniente unidad, que debía basarse en una fé común y en una razón humana realista que, en materia jurídica, se concretaba en el *ius commune*, practicado *mos italicus*.

Pero los elementos unitivos, religioso, filosófico y jurídico, se debilitaron, respectivamente por la Reforma protestante, por el nominalismo y por el renacentismo. Este, de una parte, en la obra de los comentaristas no vió su labor de configuración del derecho romano a las nuevas realidades, sino solamente sus defectos filológicos y su apartamiento de la jurisprudencia clásica. Y, de otra, frente al realismo iusnaturalista tradicional, basado en la naturaleza de las cosas, oponía un racionalismo de nuevo cuño, del cual surgía otro tipo de derecho natural, idealista y abstracto, aplicable a todos los hombres en cualesquiera tiempos, lugares y circunstancias.

Combinándose esto con la nueva concepción nacionalista y con la gestación del Estado moderno, tendería a romperse la unidad en la diversidad, católica y tradicioal, que era compatible con una gran variedad de cuerpos intermedios y con las peculiaridades jurídicas de cualquier ámbito y tipo, que se trocarían por una compartimentación política en Estados-naciones, cada uno con la aspiración de forjar su propia unidad jurídica, en contraste con la tendencia, también nueva, de tomar el recién formulado derecho natural, idealista y racionalista, como modelo, traducible en Código por el respectivo Estado,

aun con la creencia de que era aplicable a todos los hombres, sin distinción en cualquier lugar y tiempo.

De ahí, las tendencias contrapuestas de fragmentar el derecho común en derechos nacionales, y de unificar el derecho de cada Estado en un solo derecho nacional, que, desde los albores de la Edad moderna, venían incubándose. De una parte, esta orientación la vemos reflejada en las normas que los reyes y sus consejos dictaban respecto de la enseñanza del derecho en las universidades (en España, cfr. los Autos acordados del Consejo de Castilla de 1.709 y 1.713, siendo Macanaz fiscal del mismo, y el más moderado de 29 de mayo de 1741). Y de otra las declaraciones de aspiraciones, e incluso intentos, como los de Felipe V en España, en el Decreto de 1.707, en que expresó sus deseos «de reducir todos mis reinos de España a la uniformidad de unas leyes, usos, costumbres y tribunales, gobernándose igualmente todos por las de Castilla, tan loables y plausibles en todo el universo»; el de Luis XIV en Francia en su Edicto de 1679; y, en Prusia culminaría en 1.794 con la promulgación del *Algemeines Landrecht*.

En Francia la Revolución expresó desde los primeros días de 1789 su ambición de reemplazar la diversidad de derechos de los *pays de droit écrit* y los *pays de droit coutumier* por una ley común para todos. La unidad nacional —se decía— pedía un derecho nacional.

Aquí en España, el influjo de los ilustrados —o afrancesados como les llamaba el pueblo— se impuso en las cortes de Cádiz. En 1.910 el diputado *Espiga y Gadea*, propuso que se designaran varias comisiones para la reforma de la legislación y una de ellas para lo civil. Pero, ante ella, el representante catalán *Aner de Esteve* advirtió que «la legislación se ha hecho para los hombres según las costumbres y circunstancias en que viven»; por lo cual creía que, antes de reformarse la legislación española, «es preciso nombrar una comisión para cada provincia, pues en cada una de ellas hay diversos usos». Tal vez, esa advertencia motivara la salvedad final que se consignó en el art. 258, en la Constitución de Cádiz de 1812, aprobada con el siguiente texto: *El código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes*».

4 b) La preocupación por la simplicidad iba unida, en cierto modo, a la idea de que el legislador puede preveerlo todo. Si frente a las advertencias clásicas de Aristóteles y Santo Tomás, como hemos adelantado, la Escuela del derecho natural y de gentes pensaba que, deductivamente, partiendo de la esencia de la naturaleza humana, podía establecerse un derecho natural perfecto, a su vez, los legistas pensaban que siendo así, no había más que codificarlo.

La Revolución francesa quería adecuarlo a sus ideas matrices de libertad, igualdad y fraternidad comenzando por liberar las tierras

de todas las instituciones feudales, hasta borrar sus últimos vestigios, y fragmentar la propiedad; y, de otra parte, imponer una libertad religiosa, que implicara la secularización de las leyes civiles, incluida la regulación del matrimonio. La historia se hallaba en oposición con sus ideas. Al llegar la Convención se trataría borrar de la legislación «la impronta repugnante del monarquismo que la infectaba», en palabras de Couthon. Este, en su relación acerca de la codificación — según reprodujo Laurent del *Moniteur* del 13 fructidor del año 2—, decía: «Por vasta que os parezca la obra de que os anuncio el plan, contad que este espíritu revolucionario que precipita los acontecimientos hacia la felicidad del pueblo, determinará su próximo final». La Convención aprobó el plan y las medidas para su realización. La comisión designada puso a manos a la obra pero fracasó.

El 9 de agosto de 1793 Cambacérès presentó el primer proyecto de Código civil de la Comisión legislativa, redactado por él casi totalmente. Pero no satisfizo a la Convención que veía demasiados trazos del Derecho antiguo, y ella «quería —dice Laurent— más innovaciones, más ideas grandiosas en armonía con la grandeza de la república». Al discutirlo, se expresó el rechazo del derecho traído por la historia. Así Borère dijo: «El Código civil de Roma, tan loado por quienes no han estado condenados a leerlo o estudiarlo, era un volumen enorme, corrompido por el canciller perverso de un emperador inbécil»: «Nuestras leyes civiles, nuestras costumbres son como todas las de los pueblos de Europa, una mezcla extravagante de leyes bárbaras y disparates». Frente a ello —lee Laurent el *Moniteur* del 22 fructidor del año II— «No corresponde sino a los fundadores de la República, la realización del sueño de los filósofos de hacer leyes simples, democráticas e inteligibles a todos los ciudadanos». Y Camille Desmoulins proclamaría: «Sin duda las leyes civiles, deben estar en armonía con el orden político, pero, ante todo, deben ser expresión de la justicia eterna y no de las pasiones del momento».

Por eso, con el deseo de conseguir un código de leyes, concebido conforme ideas totalmente nuevas, decretó que se formara una *comisión de filósofos* encargada de esta misión, pero no se cumplió.

Cambacérès presentó, en 1794, un segundo proyecto que, según decía el ponente en su presentación, se había procurado reducirlo a axiomas de los que la inteligencia pudiera sin dificultad deducir sus consecuencias, y que dejara subsistentes pocas cuestiones. Pero, cuando apenas se habían discutido unos artículos, fue creado el Directorio por la Constitución del año III. Cambacérès todavía presentó un tercer proyecto. Más llegó el golpe de Estado de Napoleón Bonaparte.

El Consulado designó una comisión encargada de redactar el proyecto de Código civil, constituida por Tronchet, presidente del Tribunal de Casación que también presidía la comisión y era un profundo juriconsulto de la escuela consuetudinaria, Maleville miembro del mismo Tribunal de Casación, Bigot-Prémeneu, práctico como el anterior,

y Portalis, que era el jurista más distinguido y fue el autor del discurso preliminar del Proyecto. Se les habría señalado un plazo de seis meses para redactarlo, pero les bastaron cuatro; presentándolo a la Asamblea el 4 del pluvioso del año IX, es decir el 20 de enero de 1.801, precedido del referido discurso preliminar redactado por Portalis. El 30 del ventoso del año XII fue promulgado el *Code civil des français*.

Ese discurso preliminar del Proyecto fue un alegato sólido y brillante que trataba de justificar tanto las innovaciones que traía el *Code* como el rechazo de las pretensiones revolucionarias que se deseaban.

Una de estas últimas fue la idea de la sencillez y simplicidad. Había sido un anhelo iluminista, no sólo de los revolucionarios sino también una pretensión del despotismo ilustrado. En efecto, en Nápoles el año 1774 bajo el gobierno de Tanucci reinando Fernando IV de Borbón que más tarde sería II del Reino de las dos Sicilias, se publicó una Real cédula disponiendo que los pleitos debían decidirse con argumentos conformados a premisas «fundadas en leyes expresas»; y si así no les fuera posible, los jueces debían pedir «explicación o suplemento» al «oráculo de la ley viva», es decir, al soberano, por quién a la sazón hablaba Tanucci, El entonces jovencísimo Filangieri, aplaudió esta disposición, en unas *Reflexiones políticas sobre la última ley del Soberano relativa a la administración de la justicia* ¡Como tantos, pretendía que la complejidad de la vida cupiera en la mente del legislador! ¡Claro es que conformando ésta a la suya propia!.

El discurso preliminar advertía de los límites insuperables de esa pretensión utópica.

«...donde quiera los ciudadanos tienen bienes que conservar y defender, en todas partes donde gozan de derechos políticos y civiles allí donde para cualquier cosa se tiene en cuenta el honor, es imprescindible un cierto número de leyes para hacer frente a todo. Las diversas especies de bienes, los diversos géneros de industria, las diversas situaciones de la vida humana, demandan reglas diferentes. La solicitud del legislador está obligada a proporcionarlas a la multiplicidad de la importancia de las materias sobre las cuales ha de legislar. Para ello, la previsión escrupulosa de los códigos de las naciones civilizadas, que multiplica los casos particulares, parece hacer arte de la razón misma.

»Nosotros no nos hemos creído en el deber de simplificar las leyes hasta el punto de dejar a los ciudadanos sin reglas y sin garantía respecto a sus mayores intereses

»Igualmente nos hemos guardado de la peligrosa ambición de querer regularlo y preverlo todo. ¿Quién podría pensar que aquellos a quienes un código les parece siempre demasiado voluminoso son los mismos que osan prescribir imperiosamente al legislador la terrible tarea de no abandonar nada a la decisión del juez?.

»Como quiera que sea, las leyes positivas jamás podrán reemplazar enteramente el uso de la razón natural en los quehaceres de la vida. Las necesidades de la sociedad son tan varias, la comunicación entre los hombres tan activa, sus intereses tan múltiples y sus relaciones tan extendidas que resulta imposible para el legislador proveer a todo.

»Incluso en las materias que atraen particularmente su atención se le escapan infinidad de detalles, o bien son demasiado discutidos y fluctuantes para poder convertirse en objeto de un texto legal».

Y, párrafos después, recogía una crítica bastante habitual, entonces y ahora, *nunc et semper*, con las siguientes reflexiones:

«A quines profesan la jurisprudencia se hace el reproche de haber multiplicado las sutilezas, las complicaciones y los comentarios. Este reproche puede ser fundado. Pero, ¿en qué arte, en qué ciencia no se está espuesto a merecerlo? ¿Debe acusarse a una clase particular de hombres de lo que no es mas que una enfermedad del espíritu?. Hay tiempos en que se está condenando a la ignorancia por falta de libros y otros que resulta difícil instruirse porque abundan demasiado».

Y, más adelante, sigue: «...incluso el Código más sencillo ¿estaría al alcance de todos los sectores sociales?. ¿No estarían perfectamente ocupadas las pasiones en deformar su verdadero sentido? ¿No se precisa cierta experiencia para aplicar sabiamente las leyes? ¿Cuál es, por lo demás, la nación a la que haya bastado durante largo tiempo leyes simples y poco numerosas?».

»Sería un error, pues pensar en la existencia de un cuerpo de leyes que hubiere proveído por anticipado a todos los casos posibles y que, sin embargo estuviese al alcance del vulgo.

»En el estado de nuestras sociedades harta fortuna es que la jurisprudencia constituya una ciencia que pueda atraer al talento, lisonjear al amor propio y despertar la emulación. Por todo ello, una clase entera de hombres se dedica a tal ciencia, y esta clase, consagrada al estudio de las leyes, ofrece consejos y defensores a los ciudadanos que no pueden dirigirse y defenderse por si mismos, y se convierte en algo así como el seminario de la magistratura».

5. Descartado el sueño de la simplicidad, ¿cuál era el contenido del derecho que propuganaron los hombres de la Revolución francesa y que fue recogido en el *Code Civil des français*?

Recordemos la fobia revolucionaria a cuanto oliera a Iglesia, a feudalismo y a desigualdad de autoridad social.

a) La primera pasión había de traer la laicización del derecho, incluso del civil y debía repercutir, en primer lugar, en el matrimonio. La Revolución lo regularía e introduciría en él el divorcio vincular, permitiéndolo por la simple incompatibilidad de humor y de caracteres. Así —explicaría Laurent— «entregaba el matrimonio y, en

consecuencia, la moralidad de las familias a todos los caprichos de la pasión».

La comisión codificadora, designada por el gobierno consular, explicó su posición en el discurso preliminar de su proyecto, el cual, en definitiva, secularizaba el derecho civil en lo referente al matrimonio y la familia. El fundamento expuesto no era regalista sino naturalista; pero al dejar la determinación de la regulación jurídica, aunque fuera conforme a la naturaleza, en manos del Estado, la dejaba en el futuro a la voluntad del poder legislativo.

«La mezcla de instituciones civiles y religiosas —explicaba el discurso— había oscurecido las primitivas nociones acerca de él Algunos teólogos no veían en el matrimonio mas que el sacramento; la mayoría de los juriconsultos no veía en él mas que el contrato civil. Algunos autores hacían del matrimonio una especie de acto mixto, que comprende a la vez tanto un contrato civil como un contrato eclesiástico. Para nada se tenía en cuenta la ley natural en el primero y principal acto de la naturaleza».

Pero, ellos, ¡creían haberla rescatado de las tinieblas!.

«Todas estas incertidumbres se desvanecen, todas estas perplejidades se disipan a medida —decían— que se remonta uno al verdadero origen del matrimonio, cuya data es la misma que la de la creación.

»Nosotros estamos convencidos de que el matrimonio, que existía antes de que se fundara el cristianismo, que ha precedido a toda ley positiva y que deriva de la constitución misma de nuestro ser, no es ni un acto civil ni un acto religioso, sino un acto natural, que ha atraído la atención de los legisladores y que la religión ha santificado».

«Se concibe —continúa dos párrafos después— que los seres desprovistos de inteligencia que no obedecen a otra cosa que a un impulso o a una propensión ciega no tengan entre sí mas que encuentros fortuitos o aproximaciones periódicas desnudas de todo carácter moral. Pero en todos los actos de vida humana interviene siempre mas o menos la razón...»

Además: «El amor, o el sentimiento que depura este contrato, nos da la solución de todos los problemas propuestos acerca de la pluralidad de mujeres o de hombres en el matrimonio: pues tal es el imperio del amor, que, con la excepción del ser amado, un sexo no es nada para el otro...».

Y continúan otros razonamientos en la línea de Santo Tomás de Aquino, en su *Suma contra gentiles* (lib. III cap. 122-124) respecto de la unidad y la indivisibilidad del matrimonio.

En su inicio: «Como este contrato [natural de matrimonio], conforme a las observaciones que acabamos de presentar, somete a las esposas a obligaciones recíprocas como los somete también a obligaciones comunes con aquellos a quienes han dado el ser, las leyes de todos los pueblos civilizados han creído que deberían establecer for-

mas que pudieran hacer reconocer a quienes están sujetos a dichas obligaciones. Nosotros hemos señalado tales formas».

Pero se había planteado, ya, cuestiones más delicadas.

«De lo que hemos dicho resulta que el matrimonio es un contrato perpetuo por su destino. Sin embargo, las leyes recientes autorizan el divorcio ¿Conviene mantenerlas?».

»Admitiendo el divorcio, el legislador entiende no contrariar en absoluto el dogma religioso de la indisolubilidad, ni decidir ningún punto de conciencia. Solo supone que las pasiones más violentas, que han hecho y continúan haciendo tantos estragos en el mundo pueden destruir la armonía que debe reinar entre los esposos y que los excesos pueden ser lo suficientemente graves para hacerlos insoportables a la vida en común.

»Entonces preocupándose con solicitud de su tranquilidad, de su seguridad y de su dicha presente, que es lo único que le incumbe, se abstiene de constreñirles a permanecer inseparablemente ligados el uno al otro, a pesar de todos los motivos que les dividen... «Bajo este aspecto la cuestión del divorcio se convierte en una pura solución civil...».

Estimándolo así: «¿Qué debe hacer el legislador? Sus leyes, jamás deben ser mas perfectas que lo que puedan soportar los hombres a quienes están destinadas. Debe consultar las costumbres, el carácter y la situación política y religiosa de la nación a la que representa».

Después de efectuar un repaso histórico, vuelve el discurso a enfocar la cuestión planteada en los términos expuestos.

«Tanto cuanto la religión católica ha sido dominante en Francia, tanto cuanto las instituciones religiosas han estado inseparablemente unidas a las civiles, era imposible que la ley civil no declarase indisoluble un compromiso considerado tal por la religión, que, a su vez era una ley del Estado, pues es de todo punto necesario que reine la armonía entre los principios que gobiernan a los hombres.

»Hoy la libertad de cultos es una ley fundamental, y la mayor parte de las doctrinas religiosas autoriza el divorcio. El derecho de divorciarse se encuentra vinculado entre nosotros a la libertad de conciencia.

»Los ciudadanos pueden profesar religiones diversas pero las leyes tienen que ser para todos.

»Hemos creído, pues, que entre nosotros no había que prohibir el divorcio, porque nuestras leyes entrarían demasiado formalmente en contradicción con los diferentes cultos que lo autorizan...».

«Por otra parte» ...«muy bien puede la ley civil, ante el temor de mayores males, abstenerse de toda fuerza y coacción para obligar a dos esposos infelices a permanecer juntos o a vivir un celibato forzado...»

Pero como quiera que la promesa de perpetuidad en el matrimonio es el designio de la naturaleza, las leyes han de oponer un freno saludable a las pasiones e impedir que el más importante de los con-



trarios se convierta en juguete del capricho y la inconstancia, o en objeto de todas las vergonzosas especulaciones de una baja avidez»;

«El matrimonio no es en modo alguno una situación sino un estado. No debe parecerse a esas uniones pasajeras y fugaces que el placer forma, que con el placer finen y que han sido reprobadas por las leyes de todos los pueblos civilizados».

«...Se acusa a nuestros usos y costumbres de favorecer los malos matrimonios. Se encuentra el único remedio a estos males en la facilidad del divorcio».

«...De que hay matrimonios mal avenidos ¿se concluirá que no debe haberlos sagrados e inviolables?. Cuando los abusos no son obra de las pasiones, pueden ser corregidos por las leyes, más el mal es incurable cuando reside en el remedio mismo».

Y es de temer —continúa— «que la licencia en las costumbres reemplace los antiguos inconvenientes de los matrimonios, y que por la excesiva facilidad del divorcio, el propio matrimonio quede sustituido por un libertinaje que diríamos generalizado, fruto de la inconstancia autorizada» ...«Las causas del divorcio deben ser infracciones manifiestas del contrato. De ahí que nosotros no admitamos como causas legales, más que la muerte civil que imita la muerte natural, y los crímenes o delitos de que un esposo puede querellarse contra el otro. No hemos creído que sea tolerable hacer más fácil el divorcio que lo eran las separaciones de otra época».

Y siendo así el culpable del divorcio «deja un gran perjuicio que reparar».

«...nuestro fin en las disposiciones sobre el divorcio proyectadas —concluye— ha sido prevenir los abusos y defender el matrimonio contra el desbordamiento de las costumbres. A mal se va por una pendiente rápida: solo con el esfuerzo se retorna el bien».

Pero, la «pendiente» no la midieron bien. Su solución fue, inicio de esa pendiente, aunque procurasen que no fuera demasiado pronunciada. El solo hecho de que a una institución sin otra salida natural sino la muerte —como ellos mismos habían deducido de la naturaleza del matrimonio— se le abriera otra en algún caso, producía en ella una brecha que la disolución de las costumbres, a la que se daba salida por ella, iría inexorablemente ensanchando y dando lugar a un cambio a mentalidad más laxa, a moral más relajada, que contribuirían, a su vez, a socabar los cimientos morales y sociológicos de la institución, ya desmantelada de toda protección religiosa con eficacia civil.

6. La concepción del divorcio como desagüe para situaciones extremas —como lo consideró la comisión redactora del *Code*— no advierte que, como después ha hecho notar Chesterton, no se pueden abrir agujeros en un objeto sin analizar antes la naturaleza de éste —jardín o barca— pues no es lo mismo abrir un drenaje para sanear

un terreno continuamente encharcado que agujerear un barco debajo de su línea de flotación, aunque ese agujero sea pequeñito y se abra casi al nivel de esa línea; pues, por el solo peso del agua que vaya penetrando por él, se irá hundiendo, cada vez más, la línea de flotación...

Al final, se ha llegado donde los revolucionarios pretendieron, pero no por una erupción revolucionaria, sino por hundimiento de la institución inundada desde debajo de su línea de flotación y a la deriva en un mar agitado y revuelto por la disolución de las costumbres, adversas a ella. Por eso, se ha llegado a donde no querían que se llegase los autores del prouyecto del primer Código civil de los franceses.

En el proceso de la codificación española, el Anteproyecto de 1821 —fruto del Trienio liberal que seguiría al pronunciamiento de Riego en Cabezas de San Juan—, elaborado por una comisión especial de las Cortes presidida por Nicolás María Garellly, exigió que, antes de celebrarse el matrimonio canónico, debía contraerse obligatoriamente, ante el alcalde del domicilio de la mujer, un «convenio de celebrar matrimonio», exigiéndose para ello requisitos de capacidad, impedimentos y consentimiento paterno, o «ilustrado», de los cuales algunos eran discordantes con los exigidos para el matrimonio canónico. No se admitía divorcio vincular; pero sí el *quoad thorum seu quoad cohabitationem*, sometido a la competencia de los Tribunales civiles y por las causas que el mismo Anteproyecto establecía, no totalmente concordantes con las del derecho canónico. También regulaba la nulidad del matrimonio por causas tampoco concordantes con las del matrimonio canónico, y enjuiciadas por los Tribunales civiles.

El Proyecto de 1851, al regular el matrimonio, se remitió a la legislación canónica en cuanto a la forma de celebrarlo (art. 48) —con la sola excepción del celebrado entre extranjeros (art. 49)—; reguló los requisitos civiles para su celebración, los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, los deberes para con los hijos, y el divorcio —tampoco vincular sino meramente suspensivo de la vida en común (art. 74)— atribuyendo la competencia para juzgar sus causas «exclusivamente a los Tribunales civiles» (art. 75). Esto provocó la principal oposición a este *Proyecto*, así como sus previas discusiones explicadas por el Presidente de la Comisión que lo redactó, Florencio García Goyena, en el apéndice número 1, al tomo I de sus *Concordancias, motivos y comentarios*, donde planteó y contestó afirmativamente a esta pregunta: «¿Puede la autoridad temporal separar el contrato del sacramento y arreglar enteramente el matrimonio bajo el primer aspecto?».

Esta fue una causa de que no prosperase este Proyecto, a la que se sumó la de haber pretendido abolir, con el Código, los derechos de las regiones que lo tenían propio y peculiar, siendo recogido solamente el derecho de Castilla, en buena parte modificado e influenciado por las innovaciones del Código francés.

Debe tenerse en cuenta que, desde la Real cédula de Felipe II, de 12 de julio de 1564, consecuente con la publicación del Concilio de Trento, el matrimonio en España era exclusivamente canónico. De la revolución que trajo la Constitución de 1870, dimanó la *Ley de matrimonio civil* de 18 de junio de 1870, que lo definió como perpétuo e indisoluble pero independiente del matrimonio religioso. Esta ley fue derogada, durante la Regencia, en 1875.

El *Código civil*, en su texto originario, reconoció la existencia de dos formas de matrimonio; el canónico, único posible entre católicos, y el civil, que también fue considerado indisoluble.

La II República —aconfesional, según la Constitución de 1931— volvió al régimen de matrimonio civil obligatorio y reguló, en ley de 28 de junio de 1932, por primera vez en España, el divorcio vincular, Ley que fue derogada por el Decreto 12 de marzo de 1938.

Hoy, después de la ley de 7 d julio de 1.981, que dió nueva redacción a las normas del Código civil referentes al matrimonio. Este de hecho está regulado en su totalidad civilmente. Aunque se admita la forma caónica (art. 60), sólo es a efectos de reconocer su validez como constitutiva del matrimonio, que sólo es civilmente regulado; Se admite el divorcio vincular, incluso en los matrimonios constituidos en forma canónica, y que pueda fundarse simplemente en el solo consentimiento de ambos cónyuges después de un año de interrupción de la convivencia o a petición de uno solo, en caso de haber consentido ambos la separación de hecho, a los dos años de ésta; o, sin necesidad de haber sido consentida la separación por el otro cónyuge, una vez transcurridos cinco años de haber cesado la convivencia. En caso alguno se declara inocente ni culpable a ninguno de los cónyuges.

Estamos, pues, mucho más cerca de las leyes aprobadas por la Convención que del originario *Code civil des français*, exceptuando solo la aplicación de los efectos civiles a los matrimonios contraídos en forma canónica.

7. Otro aspecto de la legislación revolucionaria fue —como hemos anticipado— la instauración de la libertad y de la igualdad tal como sus ideólogos las entendían y querían imponerlas más allá del orden político. Se igualó los hijos naturales a los legítimos; y la Convención acordó recompensar a las madres solteras. Se abolió la patria potestad; los padres debían proteger y velar por sus hijos, nutrirlos y educarlos. Estos eran sus deberes; pero, ni siquiera debía dejárseles en entera libertad para educar a sus hijos. Quedaban obligados a enseñarles un oficio o la agricultura e inspirarles el amor a la igualdad y el gusto al trabajo. Debía desaparecer la potestad marital, y la administración de la comunidad conyugal había de corresponder tanto al marido como a la mujer. Aquella —se dijo en el *Monieur* del 22 fructidor del año II— era «creación de los gobiernos despóticos, e

importaba hacer que las mujeres amaran la Revolución, objetivo que se conseguiría haciéndolas gozar de sus derechos».

Los autores del Proyecto pensaron de otro modo; y, en su discurso preliminar, se volvió a diferenciarse los hijos legítimos, «que nacen de un matrimonio regular cuya legitimidad y validez no pueden ser incierta a los ojos de la ley». El discurso incluso razonó, porque se consideran legítimos los hijos de un matrimonio putativo. Se limitaba la legitimación por subsiguiente matrimonio, y se circunscribía la prueba de la paternidad a la existencia de un principio de prueba por escrito.

En materia sucesoria se impuso la desigualdad entre una y otra clase de hijos.

«La protección del matrimonio, el mantenimiento de las buenas costumbres y el interés de la sociedad requieren que los hijos naturales no sean tratados igual que los legítimos. Por lo demás, va contra el orden de las cosas que el derecho de heredar, que en todas las naciones civilizadas se considera no como un derecho público sino un derecho relativo a la familia, pueda competir a seres que, sin duda son miembros del Estado, pero a quienes la ley, que determina el matrimonio, no puede reconocer como miembros de ninguna familia. Solo hay que garantizarles, en una medida equitativa, la asistencia que para ellos solicita la humanidad. En vano se invoca a su favor, es esta materia, ciertos derechos naturales, pues el derecho de suceder no es en absoluto un derecho natural, sino un derecho social, por completo regulado por la ley política o civil, que no debe oponerse en manera alguna a las restantes instituciones sociales».

Se confirmó al marido como jefe del gobierno de la familia, que decide el domicilio conyugal, «Administra todo, fiscaliza todo, los bienes y las costumbres de su compañera», aunque ello «se resuelva más bien en protección que en autoridad, pues el más fuerte está llamado a defender y a sostener al más débil».

«Los hijos —sigue el discurso— deben estar sujetos al padre pero éste no debe escuchar sino la voz de la naturaleza, la más dulce y la más tierna de todas las voces».

«Nuestro propósito». —dice el discurso al llegar al final— ha sido el de «propagar el espíritu de familia, que dígame lo que se quiera tan favorable es al espíritu público»... «Solamente las virtudes privada pueden garantizar las públicas y es a través de la pequeña patria, que es la familia, como se llega a la grande».

Hoy, en toda la Europa del Mercado común y del Tribunal de Estrasburgo, —incluida España después de las reformas de 1981— nos encontramos más cerca de la Convención que de Portalis y del *Code civil des français* originario.

El impacto de las ideas de la Revolución francesa se ha repetido en el tiempo, en ciertos periodos, de un modo semejante como se reproducen las ondas por la caída de un meteorito en el mar o en

un lago, sacudiendo sus quietas aguas. Así ocurrió en España con la revolución de 1869, en virtud de cuyo impulso, el Decreto de 4 de octubre de 1889 expresó la voluntad de «integrar en la vida civil la poderosa sabia de la revolución». Y así hemos padecido la subida del nivel de la marea de la vieja escuela filosófica, triunfante en la Convención, cubriendo zonas importantes del derecho de familia y de sucesiones, de modo tal que la reforma del Código civil, en 1981, está mucho más próxima a las disposiciones de aquella asamblea revolucionaria que a las del *Code civil*, razonadas —como hemos visto— en el discurso preliminar de su proyecto.

8. La Revolución francesa —explica Laurent— «comenzó por abolir los privilegios que tendían a concentrar las grandes fortunas en algunas cabezas. Esto no se estimó suficiente: hacía falta dividirlos hasta lo infinito. En ese espíritu la Convención nacional organizó el derecho sucesorio». La pasión por la igualdad, en progresión creciente, movía al legislador revolucionario.

No solo se abolieron los feudos, sino también las sustituciones fideicomisarias y la enfiteusis, y fue impuesta la legítima más larga, incluso para los pequeños patrimonios. El 7 de marzo de 1793, la Convención prohibió a los padres de familia disponer por testamento; pues estimaba —como explicaría Le Play— que la libertad de testar era incompatible con el espíritu de la Revolución. Así, en las familias no se perpetuarían los sentimientos hostiles al nuevo régimen, y se contribuiría a destruir la autoridad de los padres de familia, para fortalecer el proceso revolucionario.

Tampoco en esta cuestión los autores del Proyecto del *Code civil* pensaban como los hombres de la Convención. Claramente lo muestra el Discurso preliminar que venimos siguiendo:

«Toda revolución es una conquista si se hacen leyes durante el paso del antiguo gobierno al nuevo. Pero, por la sola fuerza de las cosas, tales leyes son necesariamente belicosas, parciales, excesivas. Arrebata la necesidad de romper todos los hábitos, de debilitar todos los lazos, de hacer desaparecer cuanto enoja. No preocupan las relaciones privadas de los hombres entre sí; no se ven más que los asuntos políticos y generales; se buscan aliados más bien que ciudadanos. Todo se convierte en derecho público.

»Si se fija la atención sobre leyes civiles, es menos para hacerlas más sabias o más justas que para hacerlas más favorables a aquellos a quienes interesa atraerse al régimen que se trata de establecer. Se derriba el poder de los padres, porque los hijos se prestan más a las novedades. No se respeta la autoridad marital, porque dando mayor libertad a las mujeres se consigue introducir nuevas normas y un nuevo tono en la vida de relación. Es preciso trastornar todo el sistema sucesorio, porque es un expediente para preparar un nuevo orden de ciudadanos por medio de un nuevo orden de propietarios.

A cada instante los cambios nacen de los cambios y las circunstancias de las circunstancias. Las instituciones se suceden con rapidez, sin que ninguna pueda adquirir fuerza, sin que ninguna pueda adquirir fijeza y en todas late el espíritu revolucionario. Llamamos espíritu revolucionario al afán exaltado de sacrificar violentamente todos los derechos a un fin político, y de no admitir otra consideración que la de un misterioso y variable interés de Estado.

»No es en este momento cuando se puede prometer regular las cosas y los hombres con la sabiduría que preside las instituciones duraderas y con arreglo a los principios de esa equidad natural de la que los legisladores humanos no deben ser mas que respetuoso intérpretes».

Hacia el final, el discurso entra de lleno en los temas de la propiedad territorial y de las sucesiones, y acerca de ellos, muestra puntos de conformidad con las reformas que contribuyeron a liberar la propiedad de las trabas a su libre comercio y si disconformidad respecto de la abolición o excesiva limitación de la disponibilidad sucesoria *mortis causa*.

En cuanto a lo primero dice: «Hemos mantenido las saludables reformas que desde la Revolución se han operado en la venta de inmuebles. Estas ventas ya no están dificultadas por aquella muchedumbre de derechos y retroventas estatutarias que tenían el terrible inconveniente de dejar el bien vendido sin propietario cierto durante varios años, lo que era muy dañino para la agricultura. Pero hemos pensado que se había ido demasiado lejos, cuando con el pretexto de borrar hasta los menores vestigios de feudalismo, se proscribió la enfiteusis y otros censos que jamás han sido un contrato feudal, que fomentaban los desmontes que hacían a los grandes propietarios ceder las tierras que no podían cultivar con cuidado y que daban a los agricultores laboriosos, que no tenían más riqueza que sus brazos, medios fáciles para llegar a propietarios...».

Respecto de la sucesión *mortis causa*, páginas después, plantea el tema básico de qué debe ser de los bienes después de la muerte de su propietario.

«El buen sentido, la razón y el bien público no permite que se les abandone; hay poderosos motivos de conveniencia y de equidad para dejarlos a la familia del propietario, pero hablando con exactitud ningún miembro de ella puede reclamarlos a riguroso título de propiedad...»

Si bien, «el Estado no sucede —afirma el discurso— regula el orden de las sucesiones.

»Es necesario que tal orden exista, como es necesario que haya leyes. El derecho de suceder, en general, es una institución social. Pero cuanto se refiere al modo de repartir la sucesión pertenece al derecho político o civil.

»La ley política, que cuando vislumbra un punto de vista más

general, no se detiene en las convenciones particulares, se guía por la razón de Estado mas bien que por el principio de equidad. Al contrario la ley civil, cuya principal función es regular los derechos y las conveniencias de las particulares, se inclina más hacia la equidad que hacia la razón de Estado».

«En los últimos tiempos —sigue párrafos después—, se ha declarado mucho contra la facultad de testar; y en el sistema de nuestras leyes francesas, esta facultad había sido tan restringida que casi ya no existía».

«...Convenimos en que corresponde a las leyes establecer el orden o la manera de suceder y que sería irrisorio y peligroso dejar a cada uno la facultad ilimitada de derribar arbitrariamente la obra de las leyes.

»Pero éstas no pueden gobernar sino mediante principios generales, constantes y absolutos, ¿no deben dejar nada al arbitrio del ciudadano, para las circunstancias variables de la vida?. El poder que el testador recibe de la ley, ¿no es el poder de la propia ley?».

Después de formular otras preguntas, siguen éstas:

«¿No hace falta una sanción de las virtudes domésticas de la autoridad paterna y del gobierno de la familia?. Si se teme que haya padres injustos, ¿porque no ha de temerse que haya hijos desnaturalizados?. Ateniéndose a la situación en que se encuentre una familia, ¿no se convierte el reparto por igual de los bienes entre los hijos en fuente de las más monstruosas desigualdades?. En las clases trabajadoras de la sociedad ¿que hijo se resignará a unir su trabajo con el de los autores de sus días, si no se entrevé ninguna recompensa a sus esfuerzos y si se siente amenazado de ser despojado del fruto de su propia industria? ¿Y que sería de los obreros y de los labradores, si en su vejez los abandonan todos aquéllos a quienes han dado el ser?»

»Además ¿no hay fortunas cuyo reparto es necesario que sea dirigido por la sabia determinación del padre de familia?».

»No hay duda de que se ha hecho bien, en pro de la libre circulación de los bienes y en pro de la agricultura, en proscribir las absurdas sustituciones que subordinan el interés de los vivos a los intereses de los muertos y por las cuales la generación que existe se encuentra permanentemente sacrificada a la voluntad de la que ya no es. Es prudente someter a reglas de facultad de testar y fijarle límites; pero hay que mantenerla y dejarle alguna amplitud porque cuando la ley no deja a los hombres ninguna libertad en materias que tocan íntimamente a los afectos humanos, los hombres, por su parte, no trabajan más que por eludirla».

Ciertamente, son diferenciables dos aspectos de la cuestión sucesoria planteada: la referente a los feudos y sustituciones fideicomisarias; y la que plantea la discusión entre la libertad de testar y las legítimas.



Sin embargo, en algunos niveles agrarios se hallan bastante interrelacionados.

Respecto de ambas, pero en especial de la primera, Napoleón Bonaparte tenía su personal criterio. El 5 de junio de 1806 escribía a su hermano José, entonces rey de Nápoles: «Establece el *Code civil* en Nápoles: todo aquello que no os sea afecto quedará destruido en pocos años, y lo que queráis conservar se consolidará. He ahí la gran ventaja del *Code civil*. Hace falta establecer el *Code civil* en vuestro reino; consolidará vuestra potencia, puesto que gracia a él, todo lo que no es fideicomiso cae, y no quedan más grandes casas que aquellas que vos constituysais en feudos. Esto es lo que más me ha hecho desear un Código civil y más ha llevado a establecerlo».

El *Code civil des français* había mantenido la abolición de feudos y toda clase de vinculaciones, incluidas las sustituciones fideicomisarias. Pero, cuando el 3 de septiembre de 1807, pasó a llamarse *Code de Napoléon*, no solo se cambiaron las palabras *República*, *premier consul*, *gouvernement* o *nation* por *Empire*, *empereur*, *Etat*, respectivamente sino que fueron restablecidas las sustituciones en favor de la nueva nobleza creada por el Emperador.

En cuanto a la libertad de testar si bien el proyecto traía una revisión de la radical posición revolucionaria, la adoptada por el *Code*, a pesar de las palabras de sus autores, fue la de extender a toda Francia, «*le partage forcé de les pays famille instable*; no permitió disponer al padre sino de la mitad de su herencia, si solo dejare un hijo; de dos tercios, si dejara dos, y solo de un cuarto si le sobrevivieran más (art. 913). La parte *reservé* se distribuía conforme las normas de sucesión intestada, sin que, en virtud de la libertad de testar devuelta por el *Code*, se permitiera disponer sino a título de legado de la porción no reservada (art. 1004). De ese modo, fueron abolidas las costumbres de aquellos países que concedían libertad al padre para elegir uno solo de sus hijos que continuaría rigiendo la casa solariaga.

Hellion de Beaulieu, hará unos veinticinco o treinta años, con una perspectiva de más de siglo y medio de distancia, comentaría las consecuencias para la pequeña propiedad agraria, que produjo la supresión de esos regímenes consuetudinarios y la generalización del «*partage forcé*» impuesto en el *Code*. Determinó, dice, «el parcelamiento de la propiedad, es decir, el empobrecimiento de cada uno de los herederos y rápidamente la imposibilidad de conservar una tierra incapaz de alimentar una familia. En tiempo de prosperidad, cuando los productos de la tierra tenían un valor comercial equitativo, era posible al campesino, a fuerza de economía y a menudo en detrimento del arreglo y conservación de su casa, poner, por una parte, sumas suficientes, para que la partición pudiera hacerse sin dividir el bien principal; y así mismo por la buena voluntad y el hecho de que los herederos se prestaban a menudo a evaluaciones que permitían dejar

la tierra y la casa al que designaba el padre de familia. Conocemos también familias que restringían a dos o tres el número de hijos para evitar una división ruinosa y otras en las que solo un hijo se casaba y sus hermanos permanecían en casa solteros. Esto explica que después de ciento cincuenta años, queden todavía familias campesinas arraigadas en su propiedad y que puedan sacar de ella lo necesario para subsistir».

La Revolución proclamó la liberación a los campesinos de las cargas feudales. Pero, ciento cincuenta años después del *Code*, explicaría el mismo Hellion de Beaulieu que un labrador: «No es ni siquiera dueño de su trabajo, ni de sus productos ya que debe hacer declaraciones de plantación y talas, de cosechas y *stocks*; se le prohíbe a veces vender su trigo o vino en un momento dado o se le obliga, al contrario, a desacerse de ellos. Esta permanente injerencia del Estado, que frecuentemente no tiene para él otro rostro que el de una oficina impersonal, donde se encuentran funcionarios irresponsables, no puede más que acentuar su sentimiento de desposesión y de desgana cada vez mayor en un trabajo cuya independencia disminuye de día en día».

«...El mecanismo de los precios —que estima como algo inevitable— no cumple otra misión en el sector agrario que la de rebajar a los agricultores, casi permanentemente, a un nivel de vida muy inferior al de las otras categorías de trabajadores».

9. En España, la corriente desamortizadora se impuso tanto en los ámbitos eclesiásticos y de las corporaciones como en el de las familias que tenían sus bienes amayorazgados. Pero, también, se pretendió la abolición de las sustituciones fideicomisarias.

El Real decreto de las Cortes de 27 de septiembre de 1820 —restablecido por otros de 30 de agosto de 1836 y 19 de agosto de 1841— declaró suprimidos los mayorazgos, fideicomisos perpetuos, patronatos, y vinculaciones de toda especie; y prohibió fundarlos en lo sucesivo directa e indirectamente. Se estableció que los entonces poseedores de alguna de las vinculaciones que se suprimían, podían disponer como propios hasta de la mitad de los bienes, y que la otra mitad pasaría forzosamente al llamado como sucesor del mayorazgo que ya podría disponer libremente de ella.

El *Code* francés que, en su art. 896, prohibía las sustituciones fideicomisarias, sin embargo, en sus arts. 1.048 y 1.074, vino a permitir las, excepcional y restrictivamente, por una sola generación a favor de nietos y sobrinos del disponente.

El Proyecto de 1.851 propuso una negativa más rounda, que explico *Florencio García Goyena*: «Las instituciones perpetuas de esa especie o los fideicomisos perpetuos, están abolidos» ...«La sección va mas lejos, pues pretende que se prohiban todos, aún los reducidos, o que se limiten a un solo grado o generación»; pues, no solo los

consideró económicamente perjudiciales, sino que estimó, además, que «podrían por un medio indirecto hacerse perpetuos con solo renovarlos el último llamado».

Por eso, tomando como base el Código francés, no se admitió más sustitución que la vulgar (art. 629). Se autorizó, no obstante, en el art. 638, la distribución de la nuda propiedad a favor de uno y del usufructo para otro u otros (como el 889 francés), y la sustitución del heredero impuber para el caso de que muriera sin alcanzar la pubertad, así como la fideicomisaria, en la parte de libre disposición, impuesta a los hijos, en favor de los nietos (como el 1.048 francés).

Este criterio prohibitivo fue impugnado por Duran y Bas, en su *Memoria sobre las instituciones del derecho civil de Cataluña*. En el Principado —dijo— habían sido regulados los fideicomisos familiares conforme a la inteligencia dada la Novela 159, 2, de Justiniano, es decir, poniendo el límite de cuatro generaciones, con lo que se evitaban la mayor parte de los inconvenientes de los perpetuos. Y, además, permitiendo que los así gravados, pudieran establecer a censo enfiteutico las fincas fideicomitidas, se hacían desaparecer por completo sus inconvenientes. Con esa institución —explicaba Durán y Bas— se conseguía la conveniencia social de conservar la unidad del hogar.

En lo referente a las legítimas, el Proyecto pretendió extender a toda España el régimen castellano de la legítima gótica de los cuatro quintos, con posibilidad de mejorar a descendientes hasta con el tercio de esos cuatro quintos. No obstante se abolía el requisito formal justiniano de la necesidad de instituir herederos a los legitimarios; se atenuaban los efectos de la preterición, reduciéndolos al resultado que se obtenía en la práctica con el empleo de la cláusula *omni meliori modo*, sin necesidad ya de usarla.

La primera gran polémica de la codificación española giró en torno de la unificación, a la que se opuso el respeto de los derechos peculiares de las regiones y territorios a los que —impropiamente en algunos casos— se denominaban forales. A esa polémica no le fue a la zaga, en alegatos y dureza, la motivada por la cuestión de la libertad de testar y de las legítimas.

Conforme el criterio iniciado con la presentación, por Alonso Martínez, el 21 de octubre de 1881 a las Cortes, del proyecto de ley de bases —conforme el cual ya no se trataba de unificar radicalmente ni de efectuarlo partiendo solo del derecho de Castilla, no sólo se debían respetar la libertad de testar y las legítimas —reducidas, colectivas o solo simbólicas—, así como las demás instituciones con trascendencia económico-familiar de las regiones y territorios que las mantenían vivas, sino que trató de aproximar a ellas el Código civil. El mismo Alonso Martínez presentaría como «transacción» la solución adoptada, años después, en la Comisión, «en su deseo de concordia», con los representantes de las regiones forales. Razón por la cual la

base 15 ordenó que el tratado de sucesiones «se ajustara —explica el ilustre burgalés— en sus principios capitales a los acuerdos que la Comisión general de Codificación reunida en pleno con asistencia de los vocales correspondiente y de los Sres. senadores y diputados, adoptó en las sesiones celebradas en noviembre e 1,882».

Entre esas transacciones sin duda se hallan las consignadas en la base 16:

«Materia de las reformas indicadas serán en primer término las sustituciones fideicomisarias, que no pasarán, ni aún en la línea directa, de la segunda generación a no ser que se hagan en favor de personas que todas vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

»El haber hereditario se dividirá en tres partes iguales: una que constituirá la legítima de los hijos; otra que podrá asignar el padre a su arbitrio como mejora entre los mismos, y otra de que podrá disponer libremente...»

De ahí los textos, respectivamente, de los artículos 781, inciso segundo [redactado con matices diferentes y que los Tribunales han diferenciado del texto literal de la base 16, 1], y 808 del Código civil.

10. Hemos visto aquellos puntos en los cuales el *Code civil des français* recogió en parte o rechazo de plano las innovaciones legislativas de la Convención.

Laferrière explicó que el *Code* se configuró bajo la influencia de tres principios: *tradición* de los del derecho antiguo; *transacción* entre el derecho romano y el consuetudinario, y *originalidad* en cuanto las ideas recogidas de la Revolución de 1789 que, a su juicio, constituyen su característica más sobresaliente.

Hemos repasado el alcance de esa originalidad. Ahora nos corresponde analizar como fue recogida la tradición histórica y realizada la transacción entre los distintos derechos que se vivían en los diversos países de Francia. Comenzaremos por la tradición.

«...¡que tarea —leemos en el Discurso preliminar del proyecto— la de redactar una legislación civil para un gran pueblo!. La obra superaría las fuerzas humanas, si se tratase de dar a este pueblo instituciones absolutamente nuevas, y si, olvidando que ocupa el primer rango entre las naciones civilizadas, se desdeñase el aprovechamiento de la experiencia del pasado y de esa tradición de buen sentido, de reglas y de máximas que han llegado hasta nosotros y que forman el espíritu de los siglos.

»Las leyes no son meros actos de poder: son actos de sabiduría, de justicia y de razón. El legislador ejerce menos una autoridad que un sacerdocio. No debe perder de vista que las leyes se hacen para los hombres y no los hombres para las leyes; que estas deben adaptarse al carácter, a los usos, a la situación del pueblo para el cual se dan: que es preciso ser sobrio en cuanto novedades en materia de legislación, porque si, ante una institución nueva es posible calcu-

lar las ventajas que en teoría nos ofrece, no lo es coocer todos los inconvenientes que solo la práctica puede descubrir; que deben tomarse también en cuenta los peligros de la propia corrección; que sería absurdo entregarse a ideas de perfección absoluta en cosas que no son susceptibles sino de una bondad relativa; que en lugar de cambiar las leyes es casi siempre más util brindar a los ciudadanos nuevos motivos para que las amen; que la historia apenas nos ofrece la promulgación de dos otras leyes buenas en el transcurso de muchos siglos...».

¿Cómo refleja este párrafo el pensamiento de Montesquieu, de quien incluso repite literalmente algunas frases!

Y continúa, el discurso, párrafos después:

«Por otra parte, ¿cómo encadenar la acción del tiempo? ¿Cómo oponerse al curso de los acontecimientos o a la declinación de las costumbres? ¿Cómo conocer y calcular de antemano lo que solo la experiencia nos puede revelar? ¿Puede extenderse la previsión a objetos que el pensamiento no puede alcanzar?».

»Por completo que pueda parecer un código, no bien queda concluido, mil cuestiones en él no previstas asaltan al magistrado. Pues la leyes, una vez redactadas, permanecen tal como han sido escritas; los hombres, al contrario, no reposan jamás, viven en constante actividad, y ese movimiento, que nunca se detiene, y cuyos efectos son diversamente modificados por las circunstancias, a cada instante produce alguna combinación nueva, algún nuevo hecho, algún resultado nuevo.

»Multitud de cosas, por consiguiente, han de quedar libradas al imperio de los usos, a la discusión de los hombres instruidos, al arbitrio de los jueces.

»La misión de las leyes es fijar a grandes rasgos las máximas generales del derecho, establecer principios fecundos en consecuencias, y no la de descender al detalle de las cuestiones que puedan surgir en cada materia.

»Es el magistrado y el jurisconsulto», penetrados del espíritu general de las leyes, a quienes toca dirigir su aplicación.

»De ahí que, en todas las naciones civilizadas, se vea formarse siempre, junto al santuario de las leyes y bajo la vigilancia del legislador, un depósito de aforismos, de decisiones y de doctrinas que diariamente se depura por la práctica y el choque de los debates judiciales, que se acrecienta sin cesar, por obra de todos los conocimientos adquiridos, y que en todo momento ha sido considerado como el verdadero suplemento de la legislación».

En su prefacio al libro de la profesora Simone Goyard-Fabre *La philosophie du droit de Montesquieu*, Jean Carbonnier —analizando el tránsito del pensamiento de Montesquieu, al de las Constituyentes y al de la Convención y los ideólogos, y de éstos al expresado por Portalis, en el discurso de presentación del Proyecto del *Code civil*—

ha escrito estas reflexiones: «A la andadura empírica opuso [la Revolución] la andadura deductiva; a la legislación según las costumbres, la legislación según la razón. El legislador revolucionario no va a observar los hechos sino a gravar el derecho sobre el mármol. El modelo no es ya Montesquieu sino Rousseau o Maby, son su cortejo de Cretois o de Espartiates»... «Con Condorcet, Destut de Tracy, los ideólogos, la vuelta es mas nitida aún » ...«Puesto que el derecho es obra de voluntad, no producto del clima, el legislador tiene la posibilidad de imponer a los hombres su ideal de justicia... Nadie duda de que existía al gusto de Napoleón, un arte de legislar»... «Afortunadamente, Portalis es un poco el desquite de Montesquieu»... «Es manifiesta su preferencia por una legislación que se efectuara según las costumbres, las necesidades, los caracteres nacionales, contra el espíritu a priori, el espíritu de sistema, ¿cómo no reconocer una enseñanza del espíritu anglo-bordelés? Montesquieu no habría estado encantando por la perspectiva de una codificación unitaria. Sin embargo, «el hijo sin madre» [*L'Esprit des lois*] tiene, tal vez, su descendencia mas auténtica en el *Code civil des français*».

Deberemos volver sobre esto, a través de las consecuencias del *Code*, en cuanto al peso de la imposición, en derecho civil, del imperio de las leyes, seguramente más de lo que hubiera deseado Portalis y toda la Comisión autora del proyecto.

11. Antes, hemos de tratar de la unificación del derecho francés, que impuso el *Code civil*, y de la transacción mediante la cual se realizó dicho fin. Volvamos a escuchar el discurso preliminar.

«Francia dividida otrora en países derecho consuetudinario y países de derecho escrito, estaba regulada en parte por costumbres y en parte por el derecho escrito [advertimos que también las costumbres se compilaban y escribían; pero, ello no impedía que siguieran generándose y que las racionales vividas se impusieran sobre el texto escrito; y, de otra parte, que el derecho romano escrito, era adecuado por los autores y tribunales a las nuevas necesidades y circunstancias, sin intervención del legislador]. Había también algunas ordenanzas reales comunes a todo el imperio.

»Después de la Revolución, la legislación francesa ha sufrido, en puntos importantes cambios considerables. ¿Hay que descartar todo lo nuevo?, ¿hay que desdeñar todo lo antiguo?.

»El derecho escrito, que está compuesto de leyes romanas, ha civilizado a Europa. El descubrimiento que nuestros antepasados hicieron de la recopilación de Justiniano, fue para ellos una suerte de revelación. Fue entonces cuando nuestros tribunales tomaron un aspecto mas regular, y cuando el terrible poder de juzgar quedó sometido a principios.

»La mayor parte de los autores que censuran al derecho romano con tanta acritud como ligereza, blasfeman de algo que ignoran. Fá-

cilmente se convence uno de ello, si, en las colecciones que han sido transmitidas de dicho derecho, se sabe distinguir, las leyes que han merecido el apelativo de razón escrita de aquellas que atañen solo a instituciones específicas extrañas a nuestra realidad y a nuestras costumbres...».

«En el conjunto de nuestras costumbres, las hay, sin duda, que llevan la impronta de nuestra inicial barbarie, pero las hay también, que hacen honor a la sabiduría de nuestros padres, que han plasmado al carácter nacional y que son dignas de mejores tiempos. No hemos renunciado sino a aquellas cuyo espíritu ha desaparecido ante otro espíritu, cuya letra no es más que fuente cotidiana de controversias interminables y que repugnan tanto a la razón cuanto nuestros actuales modos de vida.

»Luego de examinar las últimas ordenanzas reales, hemos conservado de ellas todo lo que hace al orden esencial de las sociedades, al mantenimiento de la decencia pública, a la seguridad de los patrimonios, a la prosperidad general.

»En las leyes sancionadas por nuestras asambleas nacionales sobre materias civiles, hemos respetado todas las que están ligadas a los grandes cambios operados en el orden político, o que, por su propio mérito, nos ha parecido evidentemente preferibles a instituciones gastadas y defectuosas. Cuando la más funesta de las innovaciones sería no innovar, es preciso cambiar. No debe cederse a prevenciones ciegas. Todo lo que es antiguo fue nuevo. Lo esencial es imprimir a las instituciones nuevas el carácter de permanencia y de estabilidad que pueda garantizar el derecho de llegar a ser antiguas.

»Siempre que nos ha sido posible conciliar sus disposiciones o modificar las unas por las otras sin romper la unidad del sistema ni herir el espíritu general, hemos hecho, si se nos permite expresarnos así, una transacción entre el derecho escrito y el consuetudinario. Es útil conservar todo lo que no es necesario construir: las leyes deben contemplar los hábitos cuando estos no constituyen vicios. Demasiado a menudo se discurre como si el género humano finalizara, y comenzara a cada instante, sin ninguna clase de comunicación entre una generación y la que le reemplaza. Al sucederse las generaciones se mezclan, se entrelazan y se confunden. Un legislador aislaría las instituciones de cuanto puede naturalizarse sobre la tierra, si no observara con cuidado las relaciones naturales que siempre ligan, mas o menos, el presente con el pasado u el porvenir con el presente y que hacen que un pueblo, a menos que sea exterminado o que caiga en una degradación peor que el aniquilamiento, no cese jamás, hasta cierto punto de parecerse a si mismo. En nuestros tiempos hemos amado demasiado los cambios y las reformas: si, en materia de instituciones y de leyes, los siglos de ignorancia son el teatro del abuso, los siglos de luces y de filosofía no son, con harta frecuencia, mas que el teatro de los excesos».



G. Baudry-Lacantinerie señalaría como, con ese criterio, fueron recogidos en esta transacción, las diversas fuentes de las que se surtió al *Code*.

1.º Las *coutumes*, principalmente de las de París, recogidas, especialmente, con respecto de lo atinente a la autorización marital, comunidad conyugal de bienes, sucesiones.

2.º El derecho romano, o más exactamente el *droit écrit*, es decir el romano adecuado por los comentaristas y por la jurisprudencia, que, en especial, fue recogido en la regulación de la propiedad, de las obligaciones y de la dote.

En caso de colisión entre ese derecho romano común y el consuetudinario, los codificadores, cuando estimaron que no cabía un término medio, se inclinaron, en general, por éste. Añade Baudry que la mayoría de los miembros del Consejo de Estado eran originarios de *pays de coutume*, y, por ello, imbuidos de sus principios.

3.º Los *ordonnances royales*, de las que tomaron bastante en cuanto se refiere a los actos del estado civil (Ord. de abril de 1667), donaciones (Ord. de 1731), testamentos (Ord. de 1735), sustituciones (Ord. de 1749).

4.º El derecho intermedio, principalmente aplicado para regular el matrimonio, la patria potestad y los privilegios e hipotecas.

5.º La jurisprudencia de los parlamentos regionales, p.e. en materia de ausencia.

6.º El derecho canónico, que inspiraba las disposiciones acerca del matrimonio y de la legitimación de los hijos naturales.

12. Volvamos la vista a la codificación civil española para observar esta misma cuestión. Ante todo, recordaré que, al ocuparme de ella hace un año —en mi conferencia, en la Real Academia de Jurisprudencia, *La polémica a la codificación. La escuela filisófica y la escuela histórica*—, señale que, ya en las Cortes de Cadiz, se esbozaron ambas tendencias cuando, ante la propuesta de Espiga y Gadea, afectuó Aner de Esteve la advertencia que antes hemos referido, así como la composición de ambos criterios reflejado en el art. 258 de la Constitución de 1812.

En el informe pedido en 1815 a los abogados barceloneses Tamaró, Ros, de Balle y Besona se refleja la tendencia histórica y se señala la importancia jurídica de las costumbres, en unos párrafos de los cuales, ahora al releerlos, después de haber vuelto también a releer el discurso de Portalis, veo que no hicieron sino traducirlos de éste.

También hice notar la afirmación de Arrazola de que, en 1837, por la naturaleza de las cosas, dividióse en dos campos el de la ciencia del derecho para llegar tal vez al mismo fin: la escuela filisófica da códigos de nueva creación a la sociedad; la escuela histórica resalta el pasado y lo actual de un pueblo y, por lo mismo, reputa imposible legislar a priori. Y recordé el curso de conferencias que en 1889

pronunció Durán y Bas, en la Universidad de Barcelona, *La escuela filosófica y la escuela histórica*, en el cual mostró las diferencias que las separaban en sus raíces modernas, aunque reconoció que, después se había moderado y templado su inicial y radical incompatibilidad.

El Proyecto de 1851 tomó por pauta el Código de Napoleón; pero su principal autor, Florencio García Goyena, al comentarlo, muestra que, en su redacción, se tuvo en la mente todo el derecho entonces aplicado a Castilla. En este aspecto, se efectuó una composición del derecho histórico castellano y del derecho nuevo. Pero se descartaban totalmente las instituciones peculiares de los demás antiguos reinos y señoríos, territorios y municipios, que tenían fueros y costumbres propias.

Después, se inició otra tendencia que comenzó por avanzar a través de leyes generales en materias que las reclamaban, y, más despacio, en una composición o transacción entre los diversos derechos hispanos, pretendiendo recoger las instituciones más perfectas de cada uno.

El título del tema *¿En qué época de la vida de los pueblos se debe codificar? ¿Cuales son los principios que deben presidir la codificación?*, primero del Congreso de Jurisconsultos, celebrado en Madrid del 26 al 31 de octubre de 1863, ya nos muestra que los juristas venían a coincidir en la creencia de que era conveniente avanzar por la senda de la codificación, pero, junto a ella, predominaba el criterio de que este camino debía recorrerse sin apresuramientos.

«Imiten los legisladores de nuestra época —leemos en la presentación de las conclusiones— el afán de D. Alfonso X en procurar la perfección de su inmortal obra; pero aprendan al propio tiempo la suerte de las mejores leyes, cuando el legislador, olvidando su época, quiere borrar lo pasado y se desentiende de la vida real en sus elucubraciones científicas, y hace leyes buenas bajo el punto de vista teórico, pero inaceptables en la práctica».

De sus conclusiones pienso que merece ser destacadas las siguientes:

— El elemento histórico y el filosófico «deben hermanarse en la obra del legislador, no sacrificando este derecho tradicional, que es la representación viva de la manera de ser el pueblo, a teorías abstractas ni exigencias de escuela» (Conclusión 3.º).

—«Que esta unidad debe verificarse huyendo del extremo de hacer prevalecer una legislación de las diferentes que rigen en España sobre las otras, adoptando con racional criterio lo más aceptable de cada una (Conc. 5.º).

— Que era aconsejable preparar el camino de la codificación con leyes especiales (Conc. 6.ª inc. 1.º).

— Que «dado caso de que, desde luego, se quisiera codificar, convendría, al lado de las disposiciones generales, colocar otras especiales que dejaran en libertad sobre puntos determinados, para poder seguir la ley antigua de cada provincia hasta que el legislador creyera

suficientemente preparada la opinión para adoptar la ley general (Conc. 6.º, inc. 2.º). Y, entre esos puntos, señaló el sistema dotal, el de la sociedad legal y la materia de sucesiones (Conc. 7.º).

Este criterio vino a ser el que se siguió cuando, el 2 de febrero de 1880, se incorporaron a la Comisión general de codificación un representante por cada uno de los territorios de Cataluña, Mallorca, Aragón, Navarra, Vizcaya y Galicia, con el encargo de redactar una memoria acerca de las instituciones más importantes de cada una; y así se propuso, en el proyecto de ley de bases de 1881, presentado a las Cortes por Alonso Martínez.

La Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, limitó el proyecto de codificación solo al derecho común que, con alguna transacción — como hemos visto —, partiría del derecho de Castilla, dejando subsistentes los derechos especiales que deberían ser recogidos en apéndices forales.

Con esta solución transaccional, sin embargo no se resolvieron todos los puntos de discrepancia. De especial interés son los mostradas por Durán y Bas y por Joaquín Costa.

El juriconsulto catalán, en su comunicación al Congreso Jurídico Español celebrado en la Real Academia de Jurisprudencia en 1886, mostró dos discrepancias que pueden calificarse de básicas:

— Una, en lugar de promulgar un sólo código civil con apéndices, declarando aquél supletorio en lo no previsto en éstos, propugnó por que se efectuaran codificaciones independientes de los derechos de Castilla y de cada uno de los territorios forales, dejando a la acción del tiempo la elaboración del Código general, diferida para cuando la creencia de su necesidad obtuviera en el pueblo la adhesión de las conciencias.

— Otra, que el principio informador del derecho civil debe ser el de la libertad civil, en todo cuanto «la justicia, la moral o utilidad pública no obliguen a mandar o a prohibir alguna cosa»; por lo cual, debieran precisarse que leyes serían imperativas, y cuales declarativas o permisivas o supletorias.

El polígrafo alto-aragonés expuso sus puntos de discrepancia en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1881 y en su *Teoría del hecho jurídico*. Partía de su distinción entre *derecho necesario*, todo él derecho natural, y *derecho voluntario*. Respecto del primero, era su opinión que «tanto las autoridades como los súbditos están obligados, no unos respecto de los otros, sino unos y otros respecto de los fines racionales que el derecho patrocina y ampara».

Las realciones de derecho voluntario, en cambio, deben desarrollarse en una serie de círculos correpondientes, respectivamente, al individuo, a la familia, a la gente o *gens*, al municipio, etc. que forman «una jerarquía de organismos jurídicos autárquicos, desde el individuo a la humanidad» cada uno de los cuales «produce un derecho propio», que deben ellos mismos crear [es decir, cada círculo el suyo]

en la medida de su capacidad y que debe serle respetado por el organismo superiormente desarrollado en cada periodo de la historia»: en un régimen de libertad civil o *standum est chartae*, para el individuo y la familia, y de autonomía o *selfgovernment* respecto al municipio y la familia, con facultad de crear sus propias costumbres, *standum est consuetudini*. De ahí, la prioridad de las costumbres racionales sobre las leyes y de las de ámbito más reducido o las más generales. Por eso, en todos esos ámbitos, las leyes deben ser —a su juicio— *facultativas* o *supletorias*. Y esas leyes, entendía que deben hallarse «en revisión perpetua, y cuando la mayoría del pueblo la ha desusado, y acreditado en sus hechos otra diferente, debe aplicarse ésta [nueva costumbre] en materia supletoria, sin aguardar que el legislador se aperciba de ello y la estirpe del Código».

De ahí su perspectiva de como debía codificarse: «Sistematizando bajo un principio único (el principio de libertad civil)» y «agrupando ordenadamente, en derredor de aquella fundamental división del derecho en necesario y voluntario, la diversidad de reglas vigentes por ley, fuero o costumbre no escrita en cualquier punto del territorio dejando a cada individuo y a cada círculo social libertad de acción dentro de su privativa órbita, facultad de escoger dentro de tal código, y poner en vigor la fórmula que mejor se acomode a su peculiar situación, en cada caso, o de producir otra diferente».

Además, seguía abierta la polémica, respecto de la interpretación e integración del propio derecho compilado por medio del histórico respectivo y por la propia costumbre, con preferencia al Código civil.

13. En la polémica de la codificación, aquí en España, se arguyeron, en favor suyo, especialmente razones de unidad y de simplificación.

a) El argumento de que la unidad nacional requería la unificación del derecho, lo hemos visto aducido en Francia y en Alemania y, entre nosotros, por Macanaz, por el Decreto de Felipe V de 1707, y por la Cortes de Cádiz. En ese mismo sentido, en la exposición que precedió a las conclusiones del Congreso de Madrid de 1863, leída el 31 de octubre, figura este párrafo:

«La unidad en España está tocando a su completa realización»... «Al lado de los principios de unidad religiosa y de unidad monárquica, se ha alzado la unidad del parlamento: ya no hay cortes de Aragón, de Cataluña, de Navarra y de Valencia; de un solo centro sale la voz del legislador que proclama el principio de la igualdad; va en marcha triunfal, sustituyendo el principio de la libertad a las libertades»... «y, ante esta igualdad, desaparecen las diferencias de persona a persona, de raza a raza, de pueblo a pueblo, de provincia a provincia...»

La unidad fundada en la uniformidad de raza, lengua, hábitos y derecho estuvo a tono con el principio de las nacionalidades acepta-

do tanto por los jacobinos y por Napoleón como por la escuela histórica alemana. La diferencia radicaba en que, mientras aquellos la apoyaban en la *volonté générale*, para la última era expresión del *Volkgeist* o espíritu del pueblo, que primero se muestra en las costumbres, pero que después, por la división del trabajo en una sociedad evolucionada, es expresado por los profesores de derecho.

Pero, la diversidad de costumbres jamás había plantado tensiones internas en Aragón, ni la diversidad de derechos municipales o comarcales en Cataluña. Ni las crea en Suiza, ni en los Estados Unidos de América que no tienen Código civil, como tampoco el Reino Unido de Inglaterra, Escocia y Gales. Mientras que sí existen tensiones separatistas en Francia.

Y es que, como advertía Durán y Bas, en una de sus conferencias de 1889 en la Universidad de Barcelona, no deben confundirse: la *unidad*, «confluencia de diversos medios hacia un fin», y la *uniformidad*, «identidad de los medios»; y que la «variedad en la unidad dentro de la legislación es racional, como lo es la unidad dentro de la variedad en la naturaleza».

b) El argumento de la simplificación que hallamos invocado por Filangeri, en Nápoles, por las Asambleas de la Convención, en Francia, y en boca de Thibaut, en Alemania, se adujo también en España, entre otros muchos, por Luzuriaga, y muy especialmente por Alonso Martínez, en un brillantísimo alegato retórico; que transcribí hace un año en mi colaboración al Centenario de la Universidad de Deusto, en el trabajo titulado *La seguridad de la norma jurídica*.

El Código civil, para el fin expuesto, rechazó todo valor, frente a la ley, al desuso y la costumbre en contrario y derogó totalmente el derecho antiguo.

En cambio dejó vigentes las leyes especiales que después han sido, casi todas, modificadas una o varias veces, y más tarde han sido promulgadas otras nuevas que han incidido sobre preceptos del Código civil, con normas urbanísticas, agrarias, monetarias, de arrendamientos rústicos y urbanos, de limitaciones a la transmisión de bienes a extranjeros, etc., etc.

Esto ha producido, así como las modificaciones del Código civil y la repercusión en todo ello de la Constitución de 1978, nuevas y más numerosas complicaciones de derecho transitorio, además de la incidencia fiscal, continuamente variable, que puede determinar la inviabilidad práctica de ciertos actos o negocios jurídicos, que civilmente lo serían pero que fiscalmente resultan prohibitivos por su elevado coste; o bien de ellos puede surgir la conveniencia, o, incluso la urgencia de efectuar otros cambios.

Si antes de promulgarse el Código civil resultaba complicado conocer la legislación vigente (*Novísima Recopilación* más un reducido número de leyes especiales y las *Partidas*) ahora no es menor, sino probablemente mayor, por la suma de textos que en progresión cre-

ciente, van apareciendo en el Boletín Oficial. Además, están sujetos a continuos cambios, en tanto que los de antaño regían normalmente muy largos periodos de tiempo sin sufrir variaciones.

En el derecho anterior, las leyes, y ni siquiera las compilaciones, pretendían regular *ex novo* materia alguna sino que, cuando no se limitaban a recoger por escrito las costumbres o leyes antiguas que seguían practicándose, se circunscribían a rectificar algún punto concreto —que se estimaba era contrario al derecho natural—, a resolver algunos casos controvertidamente dudosos o acerca de los que faltaba una *communis opinio* definida; o bien a declarar la no aplicación de textos de derecho romano que se estimaban inadecuados, o en fin para aligerarlos de formalismos.

Por otra parte, es comprensible que para un jurista de la Capital resultara incómoda la complejidad de costumbres y que ésta crearan inseguridad en él; pero no eran así para quienes las practicaban y vivían en cada comarca o municipio. Y las costumbres según ley daban de seguridad a la interpretación de ésta, así como sus antecedentes históricos. Esto constituía la mejor garantía de seguridad; pues no eran posibles los cambios subjetivos de interpretación por parte de funcionarios ni por modas pasajeras, traídas momentáneamente por cualquier opinión de algún teórico, como desgraciadamente ocurre hoy.

14. Después de lo expuesto hasta aquí, surge una cuestión crucial. Los cuatro juristas autores del proyecto del Código civil de los franceses, ¿hallaron una solución perfecta para el derecho civil francés?

Recordemos las frases de Carbonnier transcritas antes. Los redactores del *Code* filtraron y depuraron de lo socialmente más explosivo lo que habían traído las disposiciones revolucionarias, y, en lo demás, conciliaron el derecho que se vivía tradicionalmente en Francia para reducirlo a la unidad.

Pero, en cambio, aceptaron el postulado jurídicamente más revolucionario. Es decir, la imposición al derecho de la soberanía estatal, nacionalizando su producción que antes, operaba lentamente el pueblo guiado por sus juristas prácticos.

El solo hecho de la promulgación del *Code* implicaba esto. Con él se derogaban infinidad de costumbres y estatutos locales vividos. Algunos de los cuales eran de una importancia vital para la conservación de las casas labradoras.

Por otra parte, a cambio de haber codificado en general según la experiencia y las costumbres, y no según la razón abstracta, se dió un paso decisivo para el tránsito de un *ordenamiento espontáneo* a un *ordenamiento dirigido*, —según la distinción de Figa Faura—, por lo menos, en cuanto en adelante el legislador asumiría la posibilidad de imponer todo el derecho privado. Este fue encerrado en el «arca santa» del *Code civil* y su llave se entregaba a quien en el futuro detentare el poder legislativo.

Al final del discurso vino a reconocerse: «Nuestro propósito ha sido sujetar las costumbres a las leyes». Palabras que debemos situar detrás del texto constitucional que declaraba la ley expresión de la voluntad del pueblo.

¿Se jugó una partida sibterránea entre Napoleón y la Comisión que él mismo designó? Al encomendar la redacción del *Code* a expertos juristas, el Primer Cónsul dió viabilidad a su Código, aún al precio de que ellos lo redactaran conforme a las costumbres y a los criterios tradicionales. Pero, lo que aquellos expusieron en el discurso preliminar en el que presentaban el Proyecto, no tenía fuerza de ley, aunque contuviera muchas lecciones de derecho.

En este sentido podemos hablar de dos partidas. Una referente a la determinación del derecho recogido en el *Code* y otra incidente en la soberanía de la ley positiva estatal sobre el derecho.

Aquella la ganaron, a fin de cuentas, Tonchet, Portalis, Bigot-Préameneu y Maleville, en el campo de la jurisprudencia. Vamos a examinar el discurso y resultados de ese embite.

En contra de las advertencias contenidas en el discurso preliminar, Napoleón pensó que, con su Código, podrían resolverse todos los litigios, sin más que aplicarlo directa e inmediatamente, y sus artículos 4.º y 5.º partían de esa idea.

Art. 14.º «*Le juge que refuserá de juger, sous pretexte de silence de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*».

Art. 5.º: «*Il est défendu aux le juges de prononcer por voi de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*».

Conforme la letra de estos artículos, el *arrêt* de la *Court de Cassation* de 25 de mayo de 1914 había declarado que los Tribunales deben aplicar la ley «tal como es, sin que jamás les sea permitido modificarla o restringirla por consideración alguna por fundada que sea».

Los redactores deñ *Code civil* no pensaban exactamente lo que con esta resolución se quiso dar a entender. En su libro preliminar habían dedicado un título a la interpretación de la ley, que la Asamblea legislativa suprimió. Pero en su discurso preliminar habían explicado claramente su pensamiento.

«Sin duda sería deseable —dijeron— que todas las materias pudieran ser reguladas por las leyes. Pero a falta de textos precisos sobre cada una, una costumbre antigua, constante y firmemente asentada, una no interrumpida sucesión de sentencias semejantes o una máxima admitida hacen las veces de la ley. Y cuando se trata de un hecho absolutamente nuevo hay que remontarse a los principios del derecho natural, pues si la previsión del legislador es limitada, la naturaleza es infinita y late en cuanto puede interesar a los hombres.

»Todo esto supone compilaciones, colecciones, tratados, numerosos volúmenes en fin, investigaciones y disertaciones».

Un párrafo después, sigue: «Sería un error, pues, pensar en la existencia de un cuerpo de leyes que hubiera proveído por anticipado a todos los casos posibles...».

«Harta fortuna es —sigue despues— que la necesidad en que se halla el juez de instruirse, de investigar, de profundizar las cuestiones que se les someten no le permita olvidar jamás que si bien existen cosas libradas a la razón, no existe ninguna que lo esté a un mero capricho o voluntad.»

Y, más adelante, precisa: «La interpretación doctrinal consiste en captar el verdadero sentido de las leyes y hacerlo inteligentemente y suplirlas en los casos no regulados por ellas. Sin esta especie de interpretación, ¿podrá concebirse la posibilidad de cumplirse la función judicial?».

«...A falta de ley, hay que recurrir a la costumbre y la equidad. La equidad es el retorno a la ley natural, ante el silencio, a contradicción o la oscuridad de las leyes positivas.

»Forzar al magistrado a recurrir al legislador, sería admitir el más funesto de los principios; sería poner de nuevo en vigencia entre nosotros la desastrosa regulación de los rescriptos: pues cuando interviene el legislador para pronunciarse en los asuntos nacidos y vivientes agitados entre particulares no está más al abrigo de arrebatos que los tribunales. Se debe temer menos el arbitrio regulado, tímido y circunspecto de un magistrado, que puede ser reformado, a la acción de la prevaricación en el arbitrario absoluto de un poder independiente que no responde ante nadie.

»Las partes que traten entre sí una materia que la ley positiva no ha definido se someten a las costumbres recibidas, o, en su defecto, a la equidad universal, así, pues, comprobar algo referente a una costumbre y aplicarla a una disputa privada, es realizar un acto judicial y no un acto legislativo. La aplicación misma de esta equidad o de esta justicia distributiva, que acompaña y debe acompañar, en cada caso particular, todos los hábitos de los cuales una de las partes litigantes obliga a la otra, no pueden pertenecer jamás el legislador, ministro de esta justicia o de esta equidad general que, sin hacer excepción alguna de circunstancias particulares, abraza la universalidad de las cosas».

Y, después de insistir en este mismo sentido, distinguía:

»Hay una ciencia para los legisladores como hay otra para los magistrados; y la una no se parece a la otra. La sabiduría del legislador consiste en encontrar, en cada materia los principios más favorables al bien común; la del magistrado es poner estos principios en acción, ramificarlos, extenderlos mediante una aplicación sabia y razonada, a las hipótesis particulares; estudia el espíritu de la ley cuanto la letra denota; y no se expone a ser una y otra vez esclavo y rebelde desobedeciéndole por espíritu de servidumbre.

»Es preciso que el legislador vigile la jurisprudencia; pero puede



ser iluminado por ella, y, aunque por su parte, puede corregirla, es necesario que haya una. En esa inmensidad de cuestiones diversas que componen las materias civiles y cuyo enjuiciamiento, en la mayoría de los casos, requiere menos la aplicación de un texto preciso que la combinación de varios textos que conducen a la decisión, aunque ninguno de ellos por separado la contenga, no se puede prescindir de la jurisprudencia ni de las leyes. Así abandonamos a la jurisprudencia los casos raros y extraordinarios que no cabrían en el plan de una legislación razonable, los detalles demasiado variables y demasiado contenciosos que no deben, en absoluto, ocupar al legislador, y todos los problemas que inútilmente se esforzaría en preveer o que una previsión precipitada no podría definir sin peligro. A la experiencia incumbe ir colmando los vacíos que dejamos. Los códigos de los pueblos se hacen con el tiempo, mas, hablando con propiedad, no acaban de hacerse jamás».

Dos párrafos después, concluye con esta frase tomada de un pensamiento de Montesquieu: «El derecho es la razón universal. La suprema razón fundada en la naturaleza misma de las cosas. Las leyes no son, o no deben ser, sino el derecho reducido a reglas positivas, o preceptos singulares».

Maleville escribió los primeros comentarios al *Code civil*, titulados *Analyse raisonné de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*. A Napoleón —que había luchado denodadamente para que el proyecto fuera aprobado— le sobrecogió la aparición de este comentario y exclamó con amargura: «*Mon Code est perdu*».

15. El impacto de la promulgación del *Code civil* en el método jurídico fue examinado a fines del siglo pasado por François Géný.

Este autor explicó que, antes de la codificación y fuera de los principios de buen sentido transmitidos por los jurisconsultos romanos, para la mayor parte del derecho romano, el jurista «estaba solo obligado a seguir la costumbre, a interpretarla a la luz de la razón, y a contribuir el mismo a formarla, como cosa propia a esta fuente esencialmente mudable y progresiva, autorizado también a buscar precedentes en la enorme reserva de autoridades anteriores, y por la fuerza misma de las cosas y gozaba de una gran amplitud doctrinal, que es lo que hoy sucede en Inglaterra, y lo que hasta la promulgación del nuevo código civil ocurría en gran parte de Alemania».

Los codificadores franceses trataron «de vaciar todas las leyes, todas las costumbres, toda la tradición anterior, todos los precedentes de nuestra jurisprudencia civil y mercantil, en un molde del cual salieran rejuvenecidos y transformados en fórmulas legislativas ciertas, precisas e impuestas con la fuerza y el absolutismo de dogmas jurídicos». Trabajo que no les parecía sino meramente «formal de simplificación y de sistematización».

Así lo muestran los textos del discurso preliminar del proyecto que acabamos de transcribir.

También resulta que así, de una objeción planteada por Cambacérès, entonces cónsul, durante la discusión en el Consejo de Estado. El *Code* —advirtió— no contiene la solución de todas las cuestiones que puedan presentarse; por lo cual —pensaba, él— era preciso dejar a los Tribunales la posibilidad de apoyar sus decisiones en los textos romanos y en las costumbres. Respondió Bigot-Préameneu que, con el fin de simplificar la aplicación del derecho, era preciso derogar de un modo absoluto todo el derecho antiguo, pero que esto no impediría que el derecho romano conservara su autoridad de razón escrita, «encuadrado en estos límites, nos será mas útil, en cuanto, en su empleo, no se podrán utilizar sino las máximas de equidad que contiene, sin hallarse forzado a seguir las sutilezas y errores que a veces se mezclan». Cambacérès no insistió: bastaba que los jueces —dijo— tuvieran la facultad de tomar como guía las leyes anteriores.

Los primeros comentaristas del *Code civil*, «formados —dice Géný— en el estudio de la jurisprudencia, bajo un régimen anterior a la codificación, no hubieran concebido fácilmente que la promulgación de una ley civil general cortara las alas al progreso doctrinal y judicial de la aplicación del derecho» Esta concepción tradicional la mantuvo, —a su juicio y no obstante opiniones contrarias— incluso Merlin —«que se ofrece, por decirlo así, como el puente entre el antiguo y el nuevo derecho»— y los primeros comentaristas, principalmente, Proudhon y Durantón, y hasta Tauillier, Duvergier, Tauillier, y más tarde en Troplong, con más acentuada independencia dogmática.

La nueva generación de jurisconsultos fue la que cambió el método de interpretación jurídica, que por primera vez fue expuesta en 1841, «de una manera tan franca que toca los lindes con la paradoja», en la *Memoria* presentada a la Academia de Ciencias Morales y Políticas, por Blondeau, a la sazón decano de la Facultad de Derecho de París, acerca de *La autoridad de la ley*, con el subtítulo *Fuente de la cual deben hoy emanar todas las decisiones jurídicas*.

Este método sería el enseñado en adelante en las Universidades y empleado en los más acreditados tratados generales, aunque, como veremos, no se aplicara en la práctica. «Atenuado ligeramente por Demante y Marcadé —seguimos leyendo a Géný—, fácilmente se percibe este método en Demolombe, Aubry y Rau, y particularmente en Laurent. Es el mismo que todavía emplean [recordemos que Géný escribía a finales de siglo] Baudry-Lecantinerie y Vigié, en sus tratados elementales, que parece son los que, en general, representan mejor el carácter de la enseñanza actual del derecho civil en las Facultades de Derecho francesas. Con ligeras modificaciones es también el empleado en el reciente *Commentaire du Code civil* de M. Hué y

de la parte publicada del *Cours de droit civil français*, de Ch. Beudant».

Fue el reinado de la *Escuela de la exégesis*. Según ella, el Código civil solo debía interpretarse sirviéndose de sus elementos internos: literal, según la intención del legislador, lógico, sistemático, y, en último término, elevándose a sus propios principios, pero sin salirse ni elevarse por encima de ellos.

Laurent lo justificaba así: «La ley es la expresión de la soberanía nacional; como tal, obliga a los tribunales tanto como a los particulares. Cuando se dice que el juez está encadenado a la ley, esto quiere decir que no tiene derecho a someterla a control, que no le está permitido examinar si está en armonía con los principios de lo justo y de lo injusto que Dios ha gravado en nuestra conciencia. Es cierto que el legislador debe velar porque las leyes no violen la justicia eterna». Pero: «Si el juez pudiera juzgar la ley, si pudiera rechazar su aplicación, la ley no sería lo que debe ser, una regla obligatoria para toda la sociedad».

Sin duda tendría razón Laurent si, conforme sus palabras, ese rechazo se aplicara en términos generales a la ley; pero de lo que se trata es de discernir su encaje en las posibles aplicaciones concretas de que se juzgue; y tendría razón si su inaplicación, en ellos, se debiera a criterios subjetivos o ideológicos del juez, y no la naturaleza de la cosa de que se trate.

Para Laurent la interpretación no debe ser sino la aplicación de los principios legales a un caso no previsto por el legislador: «Los principios por bien formulados [por el legislador] que se les suponga, siempre son abstracciones. Cuando se trata de dar vida a lo que es abstracto las dificultades surgen a montones. La ciencia del intérprete debe resolverlas».

El *avant-propos* de su 4.<sup>a</sup> edición, del año 1887, concluía con esta pregunta «¿Es verdad que sólo el respeto al texto proporciona una base sólida a la ciencia del derecho, mientras que la interpretación que se aparte del texto hace incierta a nuestra ciencia y arbitraria la aplicación de las leyes?. La respuesta a esta pregunta será mi justificación».

¡Claro que la respuesta depende, ante todo, de si la ciencia del derecho es una ciencia sin más base que los textos legales positivos, o si realmente la debe tener en la naturaleza de las cosas!

Liard fue el más radical: «El derecho es la ley escrita (...) los artículos del Código son teoremas respecto de los cuales, se trata de demostrar su mutuo enlace y de extraer las consecuencias. El jurista es un mero geómetra...»

Sin embargo, en la *Court de Cassation* y en la práctica de los Tribunales —como explicaría a primeros de este siglo el abogado Cruet— «parecía regir, como sobreentendida una especie de conspiración del silencio sobre el hecho de que los abogados y jueces, con

frecuencia hacían cosa muy distinta de aquella labor meramente deductiva», en que consiste la exégesis; si bien, a veces, revistieran su solución «con el disfraz de operaciones lógicas».

Gény no solo había descornado ya la cortina, sino justificado la labor interpretativa que los Tribunales venían desarrollando.

El positivismo legalista, «conduce al *abuso de hacer residir a priori todo el sistema de derecho positivo en un número limitado de categorías lógicas predeterminadas por esencia*, inmutables en sus fundamentos, regidas por dogmas inflexibles, impropios, por tanto, para acomodarse a las mudables y varias circunstancias de la vida». Así resultaba, a su juicio, que los excesos del positivismo legalista son: «de un lado, *la objetivación absoluta e inmutable de las concepciones*; por una consecuencia necesaria, *limitación apriorística de categorías jurídicas*».

Respecto del dogma de la soberanía de la voluntad del legislador, rechazó Gény que pudiera extenderse a lo que hubiese escapado a su previsión. Tampoco aceptó el recurso a la voluntad objetivada, independiente de su autor; ni que se pudiera proyectar hipotéticamente condicionada a la evolución sociológica producida, para cubrir las exigencias del momento de su aplicación; ni tampoco separar texto y pensamiento del legislador.

Por lo tanto, estimó necesario acudir a otras fuentes: la costumbre, la autoridad y la tradición desenvueltas por la jurisprudencia de los Tribunales y a la doctrina dimanante de la «*libre recherche scientifique*». Tres palabras que delimitan su contenido. Conforme cada una, se trata, pues:

- de una *investigación*,
- *libre*, en cuanto no está sujeta a una autoridad positiva;
- y *científica*, porque debe someterse a los datos (*donées*) o elementos objetivos descubribles científicamente.

«Mientras el legislador no tropieza con ningún obstáculo en la apreciación de una situación general que regula de una manera enteramente abstracta, el juez, que estatuye en vista de los casos particulares y respecto de problemas absolutamente concretos, debe, siguiendo el espíritu de nuestra organización moderna» ...«fundar su decisión jurídica sobre elementos de naturaleza objetiva»; para lo cual, no podrá encontrar los apoyos necesarios sino en la *naturaleza de las cosas*; «pues solo puede dársele el atento examen de la *naturaleza de las cosas*».

«Se trata —explica— de construir, por un esfuerzo científico, una especie de derecho común, general por su naturaleza, subsidiario por su función, que supla las lagunas de las fuentes formales y dirija todos los movimientos de la vida jurídica».

Esa investigación requiere: «De una parte, interrogar a la razón y a la conciencia para descubrir, en nuestra naturaleza íntima, las bases mismas de la justicia; de otra parte, observar los fenómenos

sociales para descubrir las leyes de su armonía y los principios de orden que ellos requieren. Tal es la doble misión que debe llenar: la segunda teniendo su firme base en lo que podemos llamar *naturaleza de las cosas positiva*, referente al conjunto de condiciones que forman como la atmósfera exterior de la vida jurídica; la primera descansando sobre un fondo más íntimo, que escapa a la observación de él y a la experiencia posible; pero que no impone menos sus exigencias a la realización práctica del derecho».

Ambas son necesarias: El juez y todo intérprete del derecho positivo «debe contar con las inspiraciones de la razón y de la conciencia para escrutar el misterio de lo justo antes de descender al examen de esta *naturaleza de las cosas positiva*, que precisará su diagnóstico y pondrá en acción los principios racionales». Fuera y sobre «la naturaleza de las cosas positiva, formada de elementos materiales y móviles, existe una especie de naturaleza de las cosas superior constituida por los principios racionales y por entidades morales inmutables. Si esta justicia absoluta se impone desde luego al legislador, no podrá ser indiferente al juez, cuando las lagunas de las fuentes positivas le lleven a crear el derecho que la ley le rehusa».

Gény entendió, a diferencia de Kant, que los datos de la razón y de la conciencia no tienen carácter subjetivo, sino que son «representación de una realidad superior situada fuera de nosotros», con «carácter universal» y «existencia objetiva». Aunque, el hecho de que pasen a través del alma de cada uno, las impregne de subjetividad y les dé la apariencia de perder «su aspecto de entidad superior al hombre, independiente de él».

La obra de Gény ha sido considerada, por varios autores franceses, el origen de la que han denominado doctrina moderna.

16. Todo lo que hemos visto, hasta ahora, corresponde a una visión histórica real pero incompleta y, por lo tanto, puede resultar engañosa.

!La legislación revolucionaria, conforme los proyectos de Código civil preparados por Cambencérès tuvo la pretensión de reducir todo el derecho civil en algunas reglas simples, conformes a los preceptos dictados por la Razón con una mentalidad sistemática e ideológica. Napoleón Bonaparte después de declarar que la utopía de la Revolución había terminado, aceptó a beneficio de inventario parte de sus logros. Los juristas redactores del Proyecto, con su espíritu vencieron al espíritu revolucionario; pero no en todo. La codificación según la experiencia se impuso a la idea de codificar conforme la razón abstracta; pero encerró el derecho en un instrumento de aquélla. Tronchet, Portalis, Bigot-Préameneu y Maleville, creyeron que habían reducido todo lo útil de las Pandectas, las Decretales, las recopilaciones de costumbres y las reales cédulas en otro texto más breve y más perfecto, sobre el cual los juristas seguirían trabajando como antes.

Napoleón pensó dejar una obra imperecedera. Bigot-Prémeneu, presentó la versión revisada de 1807, como «una arca santa que guardaría el derecho para el futuro». Sin embargo, lo que se hizo fue dejar el derecho en manos del Estado, o de la persona o asamblea que ejerciera el poder legislativo, que —como antes he dicho— se quedó con la llave del arca.

El *Code* había estatalizado todo el derecho civil, en contra de lo que creían los expertos juristas que lo redactaron. Sin embargo, al hacerlo, venían a reconocer tácitamente, ellos mismos, que —en contra de lo aconsejado por Montesquieu— las costumbres eran mudables por leyes.

Y Napoleón, que fue capaz de llevar a término lo que las asambleas de la Convención no consiguieron, para lo cual tuvo que sofocar la oposición del Tribunado y de la Asamblea legislativa, no se percató de que, al entregar todo el derecho civil a la soberanía de la ley, siendo esta expresión de la voluntad del pueblo, los futuros parlamentos legislativos podrían volver a introducir en su arca santa el derecho revolucionario —que, bajo su égida, había sido rechazado por contrario al propio núcleo básico de la sociedad que es la familia.

Finalmente, al efectuarlo, se ponía el derecho civil en manos del poder político —cosa que parecería bien a Napoleón mientras él tuviera las riendas del Estado—, con lo cual ha resultado facilitada la creciente publicitación del derecho privado.

Este es un tema que fue magistralmente examinado nada menos que por Georges Ripert, primero, en *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, aparecido en 1938 y reeditado en 1947, y, después en *Le declin du droit*, publicado en 1949; y que también abordaría René Savatier, en *Du droit civil au droit public*, editado en 1950.

Ripert, en la primera de estas obras —que acometió «con el propósito de señalar la importancia del factor político en la evolución de nuestro derecho civil, más particularmente en el curso de esos cincuenta últimos años»— exclama: «Jamás poder alguno [el de hacer la ley por el Parlamento, desde la introducción del sufragio universal] se ejerció mas soberanamente ¡En verdad Luis XIV en toda su gloria no estuvo jamás revestido de tal poder!. Por primera vez, la autoridad pública impone la ley siguiendo solo su voluntad. Cuando los antiguos jurisconsultos afirmaban: el pueblo es quien hace la ley, la afirmación no tenía peligro, pues el pueblo no tenía el poder de hacerla sino por la lenta formación de la costumbre». Añadamos que, según diría Costa, entre nosotros, es así como el pueblo es verdaderamente soberano, es la esfera de su competencia real.

Pero sigamos a Ripert: «Decir con Guy Coquille: “el primer movimiento, el primer nacimiento a la vida del derecho civil, es una voluntad de los Estados de las provincias”, era una manera de decirle al rey que no lo podía tocar. Los reyes de Francia además, no se atrevieron apenas a modificar por ordenanzas las costumbres. Esta

intervención habría sido considerada, en muchos casos, como un desconocimiento de las libertades prometidas a las provincias. El rey apenas disponía sino en materia de policía y de justicia. En todo caso, ninguna de las grandes ordenanzas de Luis XIV toca directamente al derecho civil...»

Por otra parte, el rey debía contar con los poderes rivales. Explica Ripert que debía contar con la iglesia —en materia matrimonial—, con los Parlamentos —que debían dictar los «*arrets de reglement*» si consideraban que no se podía registrar alguna ordenanza—, con las corporaciones que determinaban las condiciones de la fabricación y venta de los productos, clasificaban los maestros, artesanos y aprendices, reglamentaban las actividades de cada clase.

A partir del Código civil, ante el poder del Estado debieron inclinarse las costumbres locales, que quedaron con un papel insignificante, la Iglesia, las *courts de justice*, las corporaciones.

Desaparecido el derecho de veto del poder ejecutivo; y ya dueño omnímodo el legislativo, o sea, el Parlamento elegido por sufragio universal, el poder de legislar carecerá en adelante de límites. «Toda voluntad del Parlamento es ley» ...«La máquina de fabricar leyes, movida por el sufragio universal se ha agitado» ...«Nuestro siglo ve todos los días el milagro de la multiplicación de las leyes que se parece al milagro evangélico, pues ha hecho leyes para nutrir una multitud; y los desechos llenan cestos».

La razón básica de esto, señalada por Ripert, en la Introducción de su libro, se halla en que «una democracia es necesariamente actuante, pues tiene un ideal que jamás puede alcanzarse. Pone como principio el progreso indefinido de la sociedad, dirigiéndose este progreso al desarrollo de la civilización material».

Lo que más asombraba a Ripert era que los juristas estudiaran esas leyes civiles positivas «como si establecieran las únicas reglas que la Razón pueda concebir»; sin que sus críticas, pocas veces, se refieran sino a la técnica. Incluso Gény no se había ocupado sino del método de interpretación. Y lo que más le inquietaba a Ripert era el hecho de que «el jurista renuncie a dirigir, a crear el derecho».

Tranquiliza a muchos juristas pensar que la ley sea lo que quiere el pueblo; y, sin embargo —sigue Ripert—: «Saben que la ley es simplemente la expresión de la voluntad de una mayoría de parlamentarios, así mismo elegidos por una mayoría de electores. Como los indiferentes son más numerosos que los actuantes, en el fondo es la expresión de una minoría; y, como acerca de más de un punto, los electores no tienen claridad alguna y a los parlamentarios les son indiferentes, la ley simplemente representa la voluntad persistente de un hombre o de un grupo de hombres. Se sabe que tal ley ha sido preparada, querida por tal persona o tal grupo, y que el voto ha sido facilitado por una campaña de prensa y qué dinero ha pagado esta propaganda».

En *Le declin du droit*, observa que, impuesta la política de partidos: «Los diputados en la Asamblea nacional son los representantes de su partido», que les impone una disciplina estricta.

Hace un siglo nuestro Joaquín Costa había sido más rotundo, cuando, refiriéndose a los liberales españoles de su tiempo, decía; «Pensan que el pueblo ya es rey y soberano, porque han puesto en sus manos la papeleta electoral: no lo creais; mientras no se reconozca además al individuo y la familia la libertad civil y al conjunto de individuos y de familias el derecho complementario de esa libertad, el derecho de estatuir en forma de costumbres, aquella soberanía es un sarcasmo, representa el derecho a darse periódicamente un amo que dicte la ley, que le imponga su voluntad: la papeleta electoral es el harapo de púrpura y el cetro de caña con que se disfrazó a Cristo rey en el pretorio de Pilatos».

Así, observa otra vez Ripert: «La ley no es sino la traducción del éxito momentáneo de un partido o de un hombre» ...«La ley moderna —insiste en *Le declin eu droit* (n. 7)— es la expresión de la voluntad de un partido victorioso».

Con razón, advierte también, en una de las pocas adiciones que contiene la segunda edición de la primera de las dos obras que vengo citando: «La dictadura hace desaparecer el vicio que consiste en confiar la confección de las leyes a quienes deben sufrir sus efectos, pero agrava el mal de la todopoderosa política para regular las relaciones entre los hombres, y frecuentemente, para mantenerse, está obligada a satisfacer tantos intereses como un Parlamento».

En *Le declin du droit*, va enumerando las consecuencias del movimiento legislativo de nuestra época, en unos capítulos en cada uno de los cuales pone por lema, debajo de su correspondiente título, un texto ilustrativo de *Montesquieu*.

I. *La ley del más fuerte*. «En un estado popular es preciso un resorte más, que es la virtud... Cuando la virtud cesa... la república es un despojo, y su fuerza no es mas que el poder de algunos ciudadanos y la licencia de todos» (E.L. 3, 1).

II. *Todo deviene derecho público*. «No deben regularse por lo principios del derecho político las cosas que dependen de los principios de derecho privado», (E.L. 26, 15).

III. *Bajo la servidumbre de las leyes*. «Como en la democracia el pueblo parece pronto para hacer lo que quiera, se ha caracterizado esta especie de gobierno por la libertad; se han confundido los poderes del pueblo con la libertad del pueblo», (E.L. 11, 2).

IV. *El espíritu de desobediencia*. «Se era libre con las leyes, se quiere ser libre contra ellas. Cada ciudadano es como un esclavo escapado de la casa de su amor», (E.L. 3, 3).

V. *La discontinuidad del derecho*. «El espíritu de moderación debe ser el del legislador. El bien político como el bien moral se encuentran siempre entre dos extremos», (E.L. 21, 1).



VI. *La inseguridad jurídica*. «La libertad consiste en la seguridad, o al menos en la opinión de que se tiene seguridad» (EL, 12, 2).

VII. *La destrucción de los derechos individuales*. «Tomamos, pues, por máxima que, cuando se trata del bien público, el bien público no consiste nunca en que se prive a un particular de su bien ni siquiera que se le quite la menor parte, por una ley o una regla política» (E.L. 26, 15).

En cada uno de estos capítulos va señalando como las leyes de este siglo habían venido vulnerado cada uno de estos principios, destacados por el *Président* bordelés.

17. El sometimiento del derecho a la ley positiva viene a ser algo semejante a si se sometiera la medicina a un vademecum oficial, solo revisable por el poder legislativo. Pues bien, acabamos de ver el fenómeno, mostrado por Ripert, de que se ha puesto el derecho a merced de la política; y las consecuencias que en el derecho civil se han producido, las señala el mismo autor en *Le declin du droit*. Pero de esa prepotencia no puede culparse solo ni principalmente a la transacción que se operó con el *Code civil da français*, por la cual, a cambio de recoger cuanto se consideraba adecuado al pensamiento entonces vigente y mejor resuelto en las costumbres vividas, se las sometió a todas a la elección y al juicio de cuantos legisladores de quienes en el futuro dependiera. La causa fundamental de esta prepotencia era muy honda: la Revolución francesa no había dejado en pie más poder que el del Estado.

Tocqueville, en el cap. II del lib. I, *De l'Ancien regime et la Revolution*, advirtió que la Revolución francesa «no había tenido solo por objeto cambiar un gobierno antiguo, sino abolir la forma antigua de la sociedad». Y por ello, la destruyó todo cuanto pudo.

«Pero —sigue Tocqueville— apártense estas ruinas y se percibirá un poder central inmenso que ha atraído y absorbido en su unidad todas las partículas de la autoridad que antes estaban dispersas en una infinidad de poderes secundarios: órdenes, clases, profesiones, familias, e individuos y como difundidas en todo el cuerpo social. No se había visto en el mundo poder semejante desde la caída del Imperio romano. La Revolución ha creado este poder nuevo, o mejor dicho, ha nacido por sí mismo de las ruinas amontonadas por la Revolución»

Edmund Burke, en sus *Reflexiones sobre la Revolución francesa*, señaló que los viejos parlamentos regionales constituyeron «cuerpos políticos permanentes hechos para resistir arbitrarias innovaciones, y estas corporaciones estaban bien pensadas para asegurar a las leyes conjuntamente tanto su autenticidad como su inviolabilidad. Habían sido asilo seguro para las leyes en todas las revoluciones del capricho y de la opinión, salvando este sagrado depósito de la patria durante

los reinados de príncipes arbitrarios y de las tormentosas arbitrariedades de las facciones».

Quedaban solos, frente a frente, el Estado y cada individuo aislado. Su suma únicamente tenía relevancia colectiva, confundándose con él mismo Estado, al formular la *volonté générale*, que —según Rousseau— no limitaba la libertad individual, sino que obligaba a ser libre a quién pretendiera serlo por su cuenta.

René Savatier, en *Du droit civil au droit public*, captó perfectamente la trascendencia jurídica de esta idea, que fue reforzada de hecho por la Revolución, al destruir ésta todas los órganos y tejidos sociales. «La libertad quedaba susceptible de ser restringida en el límite de los intereses y de la voluntad de ese Estado, expresada por un sufragio general. Pero fuera de ahí, todos los grupos, todas las comunidades que restringieran la libertad del individuo, desde la familia hasta las corporaciones, todas eran a los ojos de la Revolución, a los ojos de Juan Jacobo Rousseau y también a los ojos de Bonaparte, unos usurpadores de la libertad individual». No hay más interés que el general de la sociedad apreciado por quienes gobiernan el Estado. Ante él deben inclinarse los intereses del individuo y de la familia: Así —concluye Savatier— «el derecho privado, el derecho civil, inevitablemente va a incorporarse al derecho público». Y, en esta perspectiva, de visión limitada, resulta que todo servicio social se considera servicio público, y todo lo social lo asume el Estado. Y así —volvemos a leer a Savatier— «un nuevo peligro surge: éste también orden filosófico, es el de subordinar sistemáticamente doctrinalmente, el hombre a lo social, a la persona pública, el individuo a lo colectivo».

Pero, no eso solo. Si quien derriba algo necesario es porque lo considera viejo, consecuentemente piensa construir de nuevo. La Revolución francesa destruyó una sociedad, que consideraba obra de la historia, para construir otra nueva, conforme sus ideas.

Comenzaron los hombres que la dirigían por distribuir geométricamente y ordenar aritméticamente el país, como hace notar Burke, quien comenta que así, los revolucionarios hicieron «libre a Francia, como los romanos a Grecia, Macedonia y otras naciones», destruyendo «los lazos de unión, bajo el pretexto de proveer a la independencia de cada una de sus ciudades».

En eso, vemos el espíritu matemático, racionalista y operativo, que ha caracterizado las ideologías políticas del tiempo de las *lucres*, que habían querido sustituir la experiencia por la razón abstracta, la espontaneidad social por la planificación estatal. De Maistre, en sus *Reflexiones sobre Francia*, supo comprender que en esto se hallaba la esencia de la Revolutivo, cuando explicó que una contrarrevolución no es una revolución en contrario, sino lo contrario de la Revolución: La revolución procede y progresa deshaciendo lazos sociales. La contrarrevolución consiste en tejerlos incansablemente.

Sánchez Agesta ha explicado muy claramente el giro operado desde la Revolución francesa: «El poder se ha atribuido, a través de la ley, la facultad de conformar el mismo orden social. El germen del racionalismo revolucionario o reformador sembrado por el pensamiento político del siglo XVIII, tiende a transformar y configurar el orden social, no por un crecimiento evolutivo de fuerzas sociales espontáneas sino por una voluntad operante, según esquemas de organización racional».

Se tala el bosque y se ara la tierra, para hacer un parque de jardinería francesa con sus líneas regulares y geométricas. Lo natural se sustituye por lo fabricado, y lo orgánico por lo mecánico. La sociedad que naturalmente se desarrolla de abajo hacia arriba, es descompuesta en individuos abstractos e iguales, que son estructurados desde arriba por el poder político, conforme al modelo, que se estima les hará más libres y felices.

Así lo estudié, hace casi veinte años, en *Sociedad de masas y derecho*. Una sociedad orgánica tiene vida propia; una masa de individuos ha de ser moldeada, manipulada, ha de ser puesta en movimiento, conducida por hilos artificiales y, cuando se estime preciso, aquel movimiento deberá ser acelerado, frenado o se variará su dirección.

El teólogo evangélico y profesor de la Universidad de Zurich, Emil Brunner, por la década de los cuarenta, escribiría su libro *La Justicia* con un largo subtítulo, que traducido por Recansens Siches al castellano, público la Universidad Autónoma de México. En esa obra, Brunner afirmarí que el Estado totalitario, «propiamente, su raíz histórica la tiene en la República de la Revolución francesa, en el *Contrat social* de Rousseau, en su principio de la *aliénation totale*», y que «es consecuencia necesaria de la concepción de que el Estado es soberano, de que no está ligado por ninguna ley, de que, por el contrario, puede convertir en ley todo lo que quiera y le parezca bueno y de que todos los derechos que existen en el pueblo dimanen del Estado».

La euforia de la propaganda política, a través de los *mass-media* no permite, a veces, detectar realidades subyacentes, que no recogen las imágenes del televisor y acerca de las cuales no dejan pararse a pensar las charlas superficiales y frívolas de los locutores. Pero, a veces, los mejores entre los mismos políticos confiesan su existencia como lo hizo quien había sido, nada menos, Presidente de la República francesa, Georges Pompidou, en su libro póstumo *Le noeud Gordien*. En él, después de explicar que, la ruptura de los vínculos tradicionales, se había instaurado «en las costumbres y en los espíritus», advirtió de que, «al mismo tiempo», el hombre se encuentra dotado, a causa de los descubrimientos científicos, de un poder de presión sobre los elementos ciertamente nuevo, pero también sobre el hombre; poder absolutamente desmesurado. El sabio, el ingeniero, el tecnócrata disponen de medios colosales. Estos medios, en lo esencial, se concretan en manos del Estado y de una administración que

encuadra a los individuos, los coloca en fichas perforadas, los designará mañana por un número [*ya estamos ahí*], determinando la progresión del nivel de vida, las actividades deseables, y su reparto geográfico, tomando a su cargo la educación, la instrucción, la formación profesional, muy pronto el deber y el derecho a la procreación, y la duración del trabajo y del ocio, la edad del retiro, las condiciones de la vejez, el tratamiento de las enfermedades...» Ahora, desde unos pocos años después, ya, con su seguridad social, facilita el aborto, y, tras las manipulaciones genéticas, quizás pronto la eutanasia.

La profecía de Tocqueville —en el cap. VI del libr. III, *De la démocratie en Amérique*— acerca de esa especie de opresión, que vislumbró como una amenaza de los pueblos democráticos, y que no sabía con que palabra expresar, está ya ahí, tratando de evitar al pueblo «el trastorno de pensar y el esfuerzo de vivir».

Pero, volvamos a seguir leyendo *El nudo gordiano*, donde, líneas después, insiste que, «en el mismo momento en que el individuo se siente libre y se libera de las obligaciones y represiones tradicionales, se contruye una máquina técnico-científica monstruosa, que puede reducir a la esclavitud al mismo individuo, o destruirlo de la noche a la mañana.

»Que nadie acaricie la ilusión del control. Una vez en el volante del coche, nadie puede impedir que el conductor acelere el acelerador y que dirija el vehículo donde quiera».

18. «Los hombres de la Revolución —vuelvo a Ripert, en *Le déclin du droit*— que han creado la potestad legislativa, vieron claramente, que ésta para ser soberana, debía ser única. Pronunciaron la disolución de todos los órdenes y asociaciones, y prohibieron que se crearan nuevas». En *El régimen democrático y el derecho civil moderno*, ya había apuntado que, esa condena «se había hecho en nombre de la libertad», de acuerdo con «la enseñanza de los fisiócratas y los filósofos liberales». Notemos, pero, que la reducción a la nada de toda especie de corporaciones, en la ley de *Le Chapelier* se centró, en las de ciudadanos de un mismo estado y profesión. El *Code civil* ni citó «el contrato condenado».

«Pero —sigue Ripert— lo que la democracia ha condenado, es la corporación obligatoria y jerarquizada, o la coalición dañina [a juicio de ella] para el orden económico, jamás ha sido hostil en principio a la asociación libre que agrupa miembros iguales en derecho. La libertad de asociación siempre ha estado en los programas de los partidos democráticos». Sin embargo, los sindicatos obreros no vieron hasta 1864 suprimido el delito de *coalition*, que se les aplicaba, y sólo el 21 de marzo de 1884 se los legalizó.

En cambio, el mismo profesor, en otro de sus libros fundamentales —*Aspects juridiques du capitalisme moderne*, del que apareció la 1.ª edición en 1946—, expone su opinión de que «el advenimiento

del régimen capitalista en Francia puede fecharse desde la Revolución de 1789. Ya que ésta, destruyendo el orden antiguo, que habría podido oponerse al desarrollo del capitalismo, permitió la creación de un régimen nuevo que debería asegurarle el triunfo. Importa poco que lo hubiera o no querido. Es frecuente que, mucho tiempo después de los acontecimientos de una revolución aparezcan sus efectos.

»Afirmando la libertad de comercio y de industria por la Ley de 2 y 17 de marzo de 1791, el legislador no pensaba únicamente en declarar un principio: quería destruir algo. Las agrupaciones obligatorias habían sido suprimidas. Las agrupaciones libres serían prohibidas por tres meses después. Un orden social, de muy largo pasado, era aniquilado por el poder todopoderoso de la ley.

»Nada se había creado para sustituir este orden, pero la omisión era voluntaria, se hacía en beneficio de la libertad» ...«El régimen, que si no se creo, se hizo posible, será denominado mas tarde *régimen capitalista*. La Revolución permitió su advenimiento dejándole el campo libre. No le fue útil por lo que le dio, sino por lo que destruyó». Pero, también le creó «un *ámbito jurídico* favorable», el «*marco de la vida económica* que creo la Revolución». Añadamos la desvinculación de muchas tierras; y la pulverización de otras por los efectos de la generalización del régimen de la *réserve* y el *partage forcé*.

El influjo en la legislación del capitalismo, de sus conflictos y de los sindicatos ha sido considerable. En especial en el derecho laboral, que ha reducido el ámbito del derecho civil, en el derecho fiscal, que incide indirectamente pero con gran peso, en el derecho de la economía, que ha jugado con la inflación —de cuyas consecuencias en el derecho civil, hace casi treinta años, que me ocupé—, que trajo la tecnocracia, de moda en Francia que nosotros seguimos —de la que también traté en su momento— y, ahora recientemente, el derecho del consumo, afectante ampliamente en la contratación.

Tocqueville, en el prólogo de su citado libro, lo había advertido: «Rotos los vínculos de casta, de clase, de corporación o de familia, los hombres, en sociedades constituídas en esta forma, sienten irresistible inclinación a no preocuparse sino de sus intereses particulares, a no pensar más que en si mismos y a retraerse a un individualismo estrecho que mata todas las virtudes públicas» ...«Los encierra, por decirlo así, en la vida privada» ...«el dinero, al mismo tiempo que se ha convertido en signo principal para clasificar y distinguir entre sí a los hombres, ha adquirido en ellos una movilidad singular y pasa incesantemente de mano en mano, trasladando la condición de los individuos y ensalzando o abatiendo a las familias» ...«El deseo de enriquecerse a toda costa, la pasión por lo negocios, el afán de lucro, el logro de bienestar y de los goces materiales son, por consiguiente, las pasiones más comunes en estas sociedades y poco a poco va extendiéndose a todas las clases».

19. El mismo Ripert advertiría el cambio operado por el neoliberalismo respecto del Estado, del mismo concepto de empresa, del régimen de la economía y de la seguridad social (n. 145). De ahí que el Estado se haya visto constreñido a tomar parte en la economía —como legislador omnipresente, como gestor, como arbitro, como regulador— y, al mismo tiempo, al necesitar los servicios que la empresa tiende, a utilizarla, nacionalizándola si fuere preciso (n.145).

Ahora —advierito yo— se ha percatado de que es mas rentable, no apoderarse de ella, sino controlar sus beneficios fiscalmente, dominar su crédito desde el Banco estatal, vigilar sus relaciones laborales y dirigir sus convenios.

Esto ha traído la necesidad de una concertación dialéctica entre las Centrales sindicales obreras con más masa de votantes, las Confederaciones empresariales más poderosas y el Estado representado, en el puesto de mando, por el gobierno nutrido por el partido mayoritario o la coalición que consiga el respaldo de una suficiente mayoría parlamentaria. Todo es mayoritario, es decir, cuantitativamente medido, siendo desechados los cuerpos sociales, los empresarios, los obreros y los ciudadanos que piensen de modo diferente que esas mayorías de capital o de los sindicatos reconocidos y subvencionados. Mayorías que, en definitiva, siempre son relativas, pero que representan los máximos poderes de hecho y las mayores fuerzas de presión. Todo ajeno al derecho.

Ripert, en los últimos capítulos de *Le regime democratique el le droit civil moderne*, y René Savatier, examinaron minuciosamente los efectos que esas presiones, ya en su tiempo —hace más de tres décadas—, habian producido en el derecho civil francés, adulterándolo.

Pero, insistamos, en el criterio cuantitativo tanto de la democracia —incluso de las que se han autocalificado de corporativas u orgánicas, sin ser realmente sino plebiscitarias— como del capitalismo y de los sindicatos y confederaciones modernos.

En el último capítulo de *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, explica Ripert que la sociedad antigua estaba jerarquizada en Francia, pero con jerarquías abiertas que permitían el ascenso no solo dentro de cada clase sino de una a otras, teniendo las más altas, esencialmente «una función de servicio». En ella el régimen corporativo era también jerárquico.

Cita el testimonio de Peguy, en *L' Argent*, de que reinaba en ella «una desigualdad común, comunmente aceptada, una desigualdad general, un orden, una jerarquía, que parecía natural, que no hacía sino apuntalar los diferentes niveles de un bienestar común». A ella contraponen nuestra actual igualdad, calificándola de «la más monstruosa desigualdad económica que jamás se ha visto en la historia del mundo».

Todo se clasifica por el dinero, advierte Ripert. Todo se mide

por el dinero. Todo es masa: individuos, obreros, capital, votos. Y también el derecho, que emana de ese espíritu cuantitativo, se masifica.

El resultado actual de estas secuencias, dimanantes de la Revolución, ha sido expuesto, en dos líneas, por Simono Weil, en *Le déracement*: «Puede decirse que en nuestra época el dinero y el Estado han reemplazado todas las otras adhesiones».

La historiadora Marie Madeleine Martin, —en su libro *Les doctrines sociales en France et l'évolution de la société française du XVIII<sup>e</sup> siècle à nos jours*— comenta que el desmenuzamiento de la sociedad, producido desde 1789, «prepara el triunfo directo al Estado-Dios, reinante en un pueblo de robots, o del dinero-rey, actuado por algunos amos ignorados».

El denominado derecho de masas invade e infecta los principios e instituciones del derecho civil.

Hace muchos años —desde que escribí *Sociedad de masas y derecho*— vengo insistiendo en que las masas no pueden ser desatendidas por el derecho. Pero, advierto contra el riesgo de que su protección incremente la masificación, así como en la importancia de la desmasificación. De ahí, la necesidad de compaginar la protección de las masas con la de evitar el incremento de la masificación, sino reducirla.

18. Hemos visto que Ripert se quejaba del conformismo de los juristas y de la inocuidad de sus críticas. En cambio, en España sí que hubo en el siglo pasado, verdadera oposición y resistencia contra la transformación del derecho civil, especialmente en sus principios y fuentes tradicionales. Esa lucha —en especial por los juristas de las regiones forales— se centró en la defensa de sus costumbres peculiares en materia económico matrimonial y sucesoria, en especial en cuanto protegían la conservación dentro de la familia de la casa, el manso o el caserío, teniendo muy claro cuán grande era la trascendencia de esa conservación. Pero su defensa tenía ya un flanco al descubierto, como lo muestra este texto de Costa en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1881.

«No creais que exagero: la desamortización de los montes, hija de ese idealismo utópico de que han nutrido los economistas a la política española durante medio siglo, la desamortización que ha sido la causa de que el Pirineo aragonés haya quedado despoblado de sus antiguas selvas, ha producido como resultado inmediato la pérdida de la mitad de las fincas rústicas, que han desfilado a vuestra vista, hechas polvo y lodo, por el puente de Piedra, o han descendido al *Ebro*, por el Gallego, por el Cinca y por el Segre; por esto la provincia de Huesca, ha visto disminuir su censo de población desde 1860 o 1870 en una proporción aterradora» ...«por eso muchos pueblos, antes ricos, del Alto Aragón, han perdido la cuarta parte, la tercera y aún la mitad de su vecindario en pocos años» ...«y es que, en

efecto, han pasado por allí y allí han hecho su prueba las doctrinas económicas del *laissez-faire*, y las doctrinas políticas que hacen del Estado una entidad inerte y pasiva» ...«si vuestra idea sobre el derecho consuetudinario pudiesen prevalecer» (...) «si vuestras ideas pudiesen prevalecer, el derecho civil salido de esta Asamblea consumaría la obra iniciada por el derecho político emanado de las Cortes españolas», se provocaría «un castigo y una venganza de una naturaleza creada en el curso de muchos siglos, al calor de patriarcales costumbres, y destruida en un día por la nefasta virtud de vuestras leyes».

Esa adecuación del derecho a la tierra y su vivencia táctil por las costumbres la expresaba ya este texto, bastante anterior, de José Ferrer y Subirana, al proclamar, refiriéndose a la legislación en sentido lato, pues incluía las costumbres de Cataluña, que —decía— «no anda errante y perdida por la región de los sueños y delirios humanos; no, tiene su trono, y un tronco de diamantes aquí en esta tierra en que vivimos; por eso no flota a merced de los vientos, por eso no perece en las circunstancias por eso no se la lleva el torrente de las revoluciones».

Este último aspecto lo profundizó proféticamente Durán y Bas, quien, hablando de la escuela jurídica catalana, clamaba: «el derecho cosmopolita en vez del derecho nacional, la abstracción filosófica en vez del elemento histórico en el derecho positivo, más que completar con la influencia de las costumbres la eficacia de las leyes, ha de producir un divorcio, un antagonismo, opuestos al desenvolvimiento de la civilización nacional» ...«cuando el derecho se funde más en ideales que en necesidades legítimas de los pueblos forzosamente habrá de haber inestabilidad en las leyes; ninguna conquistará la adhesión de las conciencias ni se identificará con los sentimientos del país; y el tiempo presenciara, como mero testigo, los cambios de legislación, pero no concurrirá a su consolidación con su acción fecunda. De Maistre lo había dicho: “El tiempo no respeta sino lo que ha fundado”».

Tan lucidamente perspicaces como estas palabras, fueron las escritas por el jesuita vasco Luis Chalbaud y Erraquin, cuando refiriéndose a la aplicación del derecho de la Tierra Llana de Vizcaya a la propiedad familiar, afirmaba que si se priva de «apoyo necesario al espíritu familiar, le habéis quitado el nexo y nace la lucha individual por la riqueza, la plutocracia y la miseria, el capitalismo y el proletariado miserable; con esto brota la familia inestable, y, tras ella, necesaria, fatalmente con esa necesidad de las leyes históricas que se cumplen mientras no se desvíe la curva de su acción con el flujo de nuevos elementos» ...«viene la absorción del Estado» ...«y el anulamiento del hombre en su consideración personal, en sus relaciones afectivas, en su afán providencial de perpetuarse en la tierra».

Pero en el flanco desguarnecido de las instituciones forales no sólo están el derecho fiscal y la moneda común —que el Estado hace



tiempo, más que guardar manipula, así como los efectos de la inflación—, sino que irrumpe una legislación que, al tratar de neutralizar aquélla en ciertos sectores, viene provocando inmensos traslados de riqueza de unos a otros. Uno de éstos se produjo del campo a la ciudad, que tras el dinero inflacionario arrastró a sus habitantes, tomando proporciones gigantescas en la tercera etapa inflacionaria producida en España después de la guerra —de la que me ocupé en mi comunicación al Pleno de Académicos de la Real de Jurisprudencia del 20 de enero de 1975—. Tercera etapa que siguió a la estabilización de 1959, coincidiendo con el desarrollo industrial y con el gigantesco crecimiento de las ciudades, que a las mayores trajo la multiplicación de los problemas de todo orden: polución, congestión circulatoria, delincuencia, droga (y, ¡cómo se han incrementado en los trece años transcurridos!). El desequilibrio fue enorme. Santiago Carrillo, (*Demain l' Espagne*, p. 184) reconocía no sin alborozo: «Con diez vacas hoy se gana menos que un obrero industrial.» El campo se despoblaba, los hombres que querían permanecer no encontraban mujeres con que casarse, quedaban abandonados casas, lugares, pueblos, comenzando por los más agrestes. La multiplicación de incendios, la proliferación de lobos, la irrupción de perros asilvestrados ni fueron ni son ajenos a ese abandono.

Esto, como ya observé hace veinte años —al final de un estudio *Plenitud y equilibrio de percepción sensorial en las antiguas fuentes de derecho foral*— se hallaba en la cabeza del ariete que amenazaba caserios, masías, casas, labradores; pues, trajo el desarraigo, el predominio de los puntos de vista ciudadanos, con los cuales —envueltos en la galaxia electrónica de los medios masivos de comunicación audiovisuales— se extendía por doquier la masificación, cotrapunto de las esencias que mantenía el derecho foral. Cuando en 1982 recopilé este trabajo e mis *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico* —alertando contra un nuevo peligro—, añadí una apostilla de la cual extracto aquí lo esencial.

Los parlamentos de las autonomías pueden llevar hasta el propio terreno foral la mentalidad jurídica racionalista, operativa, contrapuesta totalmente al modo de vivir, de pensar e incluso de ser en el que se basaron esos derechos peculiares que —según palabras de Torras y Bages— los fabricaba el propio pueblo como las abejas construyeron sus panales

21. Estamos en al año cien de la promulgación del Código civil español. Lo que queda del derecho civil se halla en la zona donde todavía queda de libertad, espontaneidad e iniciativa social. Y está, aún, en buena parte está en el Código, aunque se halle atenazado por su capítulo I y tenga sus instituciones más importantes, el matrimonio y la familia desorganizadas por las reformas de 1981, y, además, han sido puestas bajo custodia de los jueces de familia, ingeren-

cia que ha sido acentuada en la de 1983. En fin, la última —por ahora— reforma de la adopción de 11 de noviembre de 1987, ha puesto en manos de las instituciones que el Estado designe, una especie de nacionalización de los niños susceptibles de adopción plena.

Ahora, nos hallamos en el momento en que penetra en España el derecho comunitario, como derecho propio y prevalente, con nuevas interferencias en el derecho civil y en el mercantil, unas directas y otras indirectas, pero reales en la práctica. Ello comporta una elevación del techo del derecho positivo por encima del nivel estatal. También lo significaba el Tribunal de Estrasburgo, aunque, en su defensa de los derechos humanos, los conciba idealistamente y los aplique monolinealmente al modo del derecho natural ilustrado.

Pero el Estado y su aparato legislativo, aún cercenado por el de los parlamentos de las autonomías, bajo la vigilancia del Tribunal constitucional, no han modificado el principio básico del sistema jurídico de la supremacía de ley positiva, que sigue imponiendo el Estado, en los términos operativos y extensivos a todas las relaciones sociales, como hemos visto en los epígrafes anteriores. El individuo, ni la familia, ni la sociedad no recuperan la iniciativa que naturalmente le corresponde. Al contrario, se les obliga a moverse por una red cada día más tupida de normas de toda clase. Se llega, incluso a entender la subsidiariedad al revés y se pretende imponer esta inversión.

Pero, no se logra la paz, la justicia, la seguridad ni el bienestar general.

El Estado no puede cargar ni con lo que constituye su campo más tradicional de competencia. El terrorismo, la delincuencia, el tráfico de drogas, la marginación y el paro, todo ello con secuelas de inseguridad ciudadana, la drogadicción, la mendicidad, el pasotismo juvenil, se le escapan.

Pero además, frente a su creciente presión fiscal, con toda la electrónica a su servicio, y su regulación cada vez más minuciosa de la economía, resulta que, sincronicamente, la economía sumergida gana cada vez más terreno y alcanza cotas más elevadas. Desde el Perú a Suecia, desde Italia a la URSS, es un fenómeno, que, en especial por su persistente ascensión y su intangibilidad, resulta de gran significación y muestra que su raíz está muy profunda.

Es una señal más de que el Estado ha rebasado ya sus límites de peso soportables por la sociedad. Y, consecuentemente, ha de consentir que se le escape ese sector, a fin de sostener el edificio sólo con aquellos que tienen fuerza económica para ello, para conseguir que no se hunda, arrastrándole a él en su caída, como armazón y techumbre suya que es. Y para que no le ocurra lo mismo que, en las civilizaciones antiguas, fue su sino final. Ortega y Gasset lo explica en el capítulo XIII de *La rebelión de las masas*.

Releamos unos extractos de éste libro tan perspicaz.

Cuando le ocurre «cualquier dificultad conflicto o problema, el hombre-masa tenderá a exigir que inmediatamente lo asuma el Estado: que se encargue inmediatamente de resolverlo con sus gigantescos e incontrastables medios». Es esto una muestra de que ha llegado lo que él calificó de «el mayor peligro que hoy amenaza a la civilización: la estatificación de la vida, el intervencionismo del Estado, la absorción de toda espontaneidad social por el Estado: es decir la anulación de la espontaneidad histórica, que en definitiva sostiene, nutre y empuja los destinos humanos».

El resultado —dice— «será fatal: La espontaneidad social quedará violentada una vez y otra vez por la intervención del Estado: ninguna nueva simiente podrá fructificar. La sociedad tendrá que vivir para el Estado: el hombre, para la máquina de gobierno. Y como a la postre no es sino un máquina cuya existencia y mantenimiento dependen de la vitalidad circundante que la mantenga, el Estado, después de chupar el tuétano a la sociedad, se quedará hético, esquelético, muerto con esa muerte herrumbrosa de la máquina, mucho más cada- vérica que la del organismo vivo».

Esto traería la descomposición del nudo gordiano; pero no se desatarían ya sino escombros.

Se trata, como urgía hace quince años Pompidou, de romperlo antes. Y, para ello, reclamaba: «instituciones que aseguren, en todas sus etapas de la vida, en todos los escalones de la sociedad, en todos los marcos en que se inserta la vida individual —familia, profesión, provincia, patria— el máximo de agilidad y de libertad. Y ello con el fin de limitar los poderes del Estado, de no dejarle más de lo que es su propia responsabilidad, que en nuestros días ya es inmensa; de dejar a los ciudadanos la gestión de sus propios asuntos, de su vida personal, la organización de su felicidad tal y como ellos la conciben, con el fin de escapar a esa funesta inclinación que, bajo pretexto de solidaridad, conduce directamente al rebaño».

El derecho civil diferencia bien las responsabilidades voluntariamente asumidas y las que como efecto de culpa o negligencia sean impuestas por la ley. La saludable solidaridad, a la que nos insta constantemene Juan Pablo II, es la que nace espontáneamente del hombre ante su prójimo, al que considera como formando parte de un mismo cuerpo, y la que, en su orden, sigue el principio de subsidiariedad, comenzando por la familia y las comunidades más inmediatas.

Pero, para vivirla, tal como es necesario para liberarnos de *Leviathan*, —que Rosseau disfrazó de *Demos*— hemos de volver los ojos hacia la trascendencia divina y asentarnos de pleno en esta tierra en la que tenemos nuestras raíces.

## BIBLIOGRAFIA

- ALONSO MARTÍNEZ Manuel: *El Código civil en relación con las legislaciones forales*; cfr. 2.<sup>a</sup> ed. Madrid, Plus Ultra, 1947.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G.: *Précis de droit civil*, vol. I, cfr. 10.<sup>a</sup> ed. París, Sirey, 1908.
- BRUNNER, Emil: *La justicia*, México, Centro de Estudios Filosóficos de la UNAM, 1961.
- BURKE, Edmund: *Reflexiones sobre la Revolución francesa*, Madrid IEP 1974.
- CARBONNIER, Jean: *Preface* al libro de Simonne Goyard-Fabre, *La philosophie du droit de Montequieu*, París Kiensieck, 1979.
- CASSIRER, Ernsts: *Filosofía de la ilustración*, México, Fondo de Cultura Económico, 1973.
- COMAS, Augusto: *Estructura más apropiada para un código civil español. Distinción formal entre leyes obligatorias y supletorias*, Madrid, Tip. Miguel J, Hernández, 1886.
- COSTA, Joaquín:
- *La libertad civil y el Congreso de juriconsultos aragoneses*, Madrid, Impr. de la Libr. Gral. de Legislación, 1883.
  - *Teoría del hecho jurídico individual y social*, Madrid, Impr. de Legislación 1880.
  - *Poder legislativo del Estado, Requisitos de la costumbre jurídica según los autores*, R.G.L.J., 68, 1881 pp. 476 y ss.
  - *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el "status" individual, el referentum y la costumbre* (Discurso de Ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas), Madrid, Impr. San Francisco, 1901.
- BEAULIEU, Helion: *El compesinado*, en VERBO, n. 20, pp. 66 y ss.
- BOURGET, Paul: *Reflexions sur l'heritage*, en «*Au service de l'ordre*», París 1929, pp. 173 y ss.
- CALASSO, Francesco:
- *Introduzione el diritto commune*, Milán, Giuffrè, 1951.
  - *Medievo del diritto*, Milán, Giuffrè, 1954.
- CONGRESO DE JURISCONSULTOS DE MADRID 1863: *Reseña de las sesiones*, Madrid, Impr. Manuel B. de Quiros, 1863.
- CARRILLO, Santiago: *Demain l'Espagne*, París, Ed. du Seuil, 1974.
- CASTRO BRAVO, Federico: *Derecho Civil de España. Parte general*, vol. I, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, IEP, 1955, pp. 14. y ss.
- CHALBAUD y ERRAZQUÍN, S.I., Luis: *La familia como forma típica y trascendental de la constitución social vasca*, Bilbao, Ed. Vizcaina, 1918.
- CRESPO DE MIGUEL, Luis:
- *El matrimonio en los dictámenes oficiales sobre el Proyecto de Código civil español de 1851* en R.G.L.J., 252, mayo, 1987, pp. 653 y ss.
  - *El matrimonio en el Proyecto del Código civil español de 1821*, en «*Excerpta e dissertationibus in iure canonico*», VI, 1980, pp. 33-397.
- DURÁN Y BAS, Manuel:
- *La codificación y sus problemas*, Barcelona, Impr. Fidel Giró 1889.
  - *La escuela jurídica catalana*, en «*Estudios jurídicos*», Barcelona, Impr. Casa Caridad. 1888.

- *Estructura más apropiada para un Código civil español. Distinción formal entre leyes supletorias y leyes obligatorias*. Madrid, Impr. de la Rev. de Legislación 1886.
- *Prólogo al «Sistema» de Savigny*, vol. I, (cfr. *infra*).
- *Memoria de las Instituciones del derecho civil de Cataluña*, Barcelona, Impr. Casa Caridad, 1883.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, Sociedad Tipográfica Editorial, 1852.
- FIGA FURA, Luis:
- *“Mos italicus” y los juristas catalanes*, A.A.M.N. XX, pp. 273 y ss., 1976, pp. 273 y ss.
- *El ordenamiento jurídico mercantil en R.G.L. y J.*, 252, enero 1882, pp. 5 y ss.
- FILANGIERI, Cayetano: *Ciencia de la legislación*, Nápoles, 1870-1789; cfr. 2.<sup>a</sup> versión en castellano, Buerdeos, 1823.
- FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo de: *El matrimonio en el Código civil*, Conferencia expuesta en la Real Academia de Jurisprudencia el 6 de febrero de 1869, en el Curso II, Conmemorativo del Centenario del Código civil, (pendiente de publicación).
- GÉNY, François: *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, ed. en castellano, Madrid, Unión Ed., 1985, pp. y ss.
- HAYEK, FRIEDRICH, A.: *Derecho legislación y libertad*, Vol. I *Normas y orden*, cap. II, cfr. vers. en castellano, Madrid, Unión. Ed. 1985, pp. 75 y ss.
- HAZARD, Paul: *La pensée européenne au XVIII siècle*, cfr. vers en castellano, Madrid, Guadarrama, 1958.
- KOSCHAKER, Paul: *Europa y el derecho romano*, Madrid, Ed. R.D.P., 1955.
- LAURENT, F.: *Principes de droit civil français*, vol. I, 4.<sup>a</sup> ed. Bruselas, Brylant-Cristophe y Cia. Ed. 1887.
- LE PLAY, Federico Le: *L'organisation de la famille selon le vrai modele signalé per l'histoire de toutes les races et de tout les temps*, Paris, 1871.
- MAISTRE, Josep de: *Consideraciones sobre Francia (1796)*; cfr. ed. en castellano, Buenos Aires, Dictio 1980.
- MARTÍN, Marie Magdaleine: *Les doctrines sociales en France el l' evolution de la société française du XVIII siècle nos jours*, Paris, Ed. du Conquistador 1963.
- MAURRAS, Charles: *Les nouveaux organisateurs. A propos de la liberté testamentaire*, en «*De Démos a César*». Paris, 1930, pp. 55 y ss.
- MONTESQUIEU: *Oeuvres completes*, cfr. Gallimard, col. Pleiade, 1949 y 1951; y Nagel 1950 y 1955.
- MOZOS, Jose Luis de los: *Los precedentes de la codificación del derecho en los propósitos de la ilustración española*, A.D.C. XL, I-III, julio-septiembre 1988, pp. 637 y ss.
- PEGUY, Charles: *L' argent* en «*Oeuvres en prose*», vol. II. Paris, Gallimard 1961, pp. 1606 y ss.
- POMPIDOU, Georges: *Le noeud gordien*, Paris, Plon, 1974; cfr. en castellano, Madrid, Sociedad Hispano Americana de Ed. y Distr., 1975.
- PORTALIS, Jean-Etienne-Marie: *Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1er. Pluviose an IX, par la Commission nommé par le Gouvernement consulaire*, Paris, 1801; cfr. en castellano, ed. Valparaiso (Chile) Edeval, 1978, pp. 27 y ss.

- ORTEGA Y GASSET, José: *La rebelión de las masas*, Madrid 1930, cfr. en Madrid, Rev. de Occidente 1954.
- RECASENS SICHES Luis: *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosas y lógica de la razonable*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971.
- RIPERT, Georges:
- *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 1.<sup>a</sup> ed; Paris, Institut. 1939, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, Libr. Générale de Droit et Jurisprudence, 1948.
  - *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1.<sup>a</sup> ed. 1947, 2.<sup>a</sup> ed. Paris, lib. Gén. de Droit et Jur., 1951.
  - *Le déclin du droit*, Paris, Libr. Gén. Dr. et Jur., 1949.
- ROMANI Y PUIGDENGOLÉS, *Breves reflexiones sobre los fueros civiles españoles*, Barcelona, Impr. Vda. e Hijos de J. Subirana, 1878.
- ROUBIER, Paul: *Théorie générale du droit*, Paris, Sirey, 1951.
- ROUSSEAU, Jean Jacques: *Le contrat social*, cfr. ed., Paris, Unión Générale Editions, 1963.
- SAVATIER, René:
- *Du droit civil au droit public*, 1.<sup>a</sup> ed. Montreal Univ.; 2.<sup>a</sup> ed. Paris, Libr. Gén. Dr. et Jur. 1950.
  - *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*; ed., Paris, Dalloz, 1952.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis:
- *Principios de teoría política*; Madrid, Ed. Nacional, 1973.
  - *Curso de derecho constitucional comparado*; 5.<sup>a</sup> ed. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho 1974.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von:
- *La vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*, Heidelberg 1814, Cfr. traducida en Thibaut-Savigny. *La codificación*, Madrid, Aguilar, 1970, pp. 47 y ss.
  - *Sistema del derecho romano actual*, vol. I; cfr. 2.<sup>a</sup> ed. en castellano, Madrid, Centro Góngora, s. f.
- SQUELLA, Agustín: *Prólogo* a la ed. de Volparaiso 1978 del *Discurso* de Portalis.
- TOCQUEVILLE, Alexis de:
- *L' Ancien régime et la Révolution*, Vol. I, cfr. ed. Paris Gallimard 1952.
  - *De la démocratie en Amérique*, Lib. III, cfr. ed. Paris, Gallimard, Vol. II, 1963.
- THIBAUT, Anton-Friedrich-Justus: *Sobre la necesidad de un derecho civil para Alemania* (Heidelberg 1814): cfr. traducido en Thibaut-Savigny. *La codificación*, ed. cit., pp. 3 y ss.
- TOMMASI, Donato: *Elogio póstumo de Filaengeri*, cfr. traducido al castellano en el Vol. I de la obra de este *Ciencia de la legislación*, Burdeos, Impr. de Pedro Beaume, 1823.
- TORRAS Y BAGES, Joseph: *La tradició catalana*, Barcelona 1888; cfr. 2.<sup>a</sup> ed. Vic., Estampa de la viuda de Ramón Anglada, 1902.
- VALLET DE GOYTISOLO Juan Bms.:
- *Cotejo con la Escuela histórica de Savigny*, R.J.C. 78, 1979, pp. 591 y ss. y 771 y ss., y 79, 1980, pp. 9 y ss., 281 y ss. y 569 y ss.
  - *El derecho romano como "buena razón" en Cataluña*, en «Boletín de la Faculdade de Direito». Coimbra 1982, pp. 694 y ss.

- *Las expresiones fuentes del derecho y ordenamiento jurídico*, A.D.C. XXXIV-IV, 1981, pp. 825 y s., o en *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Madrid, Montecorvo 1982, pp. 21 y ss.
  - *Joaquín Costa y los principios "standum est chartae" y "standum est consuetudini"*, en «*Joaquín Costa*», Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1987, pp. 5 y ss.
  - *Las legítimas*, Madrid, I.N.E.J., 1974, Vol. I, cap. I-III, pp. 24 y ss.
  - *Montesquieu: Leyes, gobiernos y poderes*, Madrid, Civitas, 1986.
  - *La polémica de la codificación: La escuela filosófica y la escuela histórica*, A.R.A.J. y L., 18, pp. 61-104.
  - *Plenitud y equilibrio de percepción sensorial en las antiguas fuentes de derecho foral*, en A.D.A., XIV, 1968-1969, pp.59 y ss., o en A.D.C. XXIII-III, pp. 459 y ss., en *Estudios sobre fuentes* pp. 465 y ss.
  - *Repercusiones de la inflación en lo rústico y en lo urbano, en lo industrial y en lo agrario*, en A.R.A.J. y L. 5, 1977, pp. 41 y ss. y en *Estudios varios*, Madrid, Montecorvo 1980, pp. 127 y ss.
  - *La seguridad de la norma jurídica*, «Estudios Deusto», 34/2, julio-diciembre, 1986, pp. 443 y ss.
  - *Sociedad de masas y derecho*, Madrid, Taurus, 1968.
  - *Voluntarismo y formalismo en el derecho. Joaquín Costa antípoda de Kelsen*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (discurso de ingreso), 1986.
- WEIL, Simone: *La déracinemet*, en *L' enracinement*, 2.ª ed., Paris, Gallimard, 1949.
- WIEACKER, Franz. *Historia dl derecho romano en la Edad moderna*, Madrid, Aguilar, 1957.

# Acotaciones para un concepto del Derecho Civil (\*)

Por JACINTO GIL RODRIGUEZ

Catedrático de Derecho civil. Universidad del País Vasco

**SUMARIO:** 0. PREVIO.—I. «IUS CIVILE ROMANORUM».—II. DEL DERECHO ROMANO A LOS DERECHOS CIVILES.—III. LA CODIFICACION.—IV. TRES CONTRADICCIONES.—1. «Descodificación».—2. «Publicación».—3. «Desintegración».—V. PRESUPUESTOS DE REACTIVACION.—1. «Constitucionalización».—2. «Despatrimonialización».—3. «¿Diversificación?»

## 0. PREVIO

Con razón se ha escrito que «la esencia conceptual del Derecho civil», en cuanto «exponente de un clasicismo en el arte y en la ciencia del Derecho», «es buena piedra de toque para mostrar la formación y orientación del jurista (1)».

Tarea penosa —no obstante, obligada—, la de procurar definir la disciplina o ciencia a cuyo cultivo viene uno dedicándose. Penosa,

---

(\*) Advertencia.—Como puede fácilmente deducirse la presente publicación tiene origen en el «Proyecto Docente», elaborado para el Concurso a una Cátedra de la Universidad de Extremadura, y posteriormente adaptado para otro, de méritos, convocado por la Universidad del País Vasco.

En el nuevo marco normativo de provisión de plazas de profesores universitarios acaba coligiéndose que el llamado «Proyecto Docente» debe presentar (programa y método aparte) una vertiente «reflexiva» en torno al **CONCEPTO DEL DERECHO CIVIL**. También, que, para el acceso a una Cátedra de Universidad, la especificidad de la primera prueba —si sobre ella se extiende la peculiaridad de la segunda— habría de residenciarse en el requisito de «originalidad» del trabajo exigido al concursante. Urge ahora matizar la relativización que ha de experimentar esta cualidad en función de aquella premisa.

El terreno de la conceptualización de la disciplina no parece el más apropiado para invenciones u originalidades. Pretender «profundidad» en tema tan vasto, equivale —si la pretensión es consciente— a un acto de engreimiento o «soberbia intelectual». No hay dicha pretensión en este trabajo. Al contrario, se lleva adelante con la certeza de alcanzar un resultado modesto; con la esperanza, asimismo, de que a estas «acotaciones», aunque no alcancen la categoría de «aportación», les resulte inapropiado el calificativo de «mera recopilación».

(1) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Prólogo a PASCUAL QUINTANA J. M., en torno al concepto de Derecho civil*, Salamanca, 1959, p. 7.



porque el Derecho civil, en tanto concepto general y primario, parece más dado a la captación intuitiva que a la explicación deductiva; y, quizá más, porque, consciente de las cotas constructivas alcanzadas por quienes más autorizadamente recorrieron el camino, lo ha de ser también de las carencias que a la propia exposición acompañan (2).

Para empezar, sería preciso tomar partido por una de las dos vías conducentes a la conceptuación del Derecho civil: la dogmática o la histórica. Y ocurre que, aun cuando la primera ofrece la posibilidad de hallar un concepto absoluto, suprahistórico y universal, casi siempre se ha preferido —en el terreno, siquiera, de los principios— seguir el cauce histórico para alcanzar, no obstante, sólo un concepto evolutivo, circunstancial y aproximado (3). Así pues, hasta el método que parece más indicado redobla la modesta actitud que ya la materia a investigar impone. Se inicia el recorrido con la certeza de completarlo sin poder formular proposiciones obvias acerca del «indudable valor permanente» y «apriorístico», que se mostrarían próximas si se partiera de un renovado «iusnaturalismo» (4).

Hablamos, claro está, del «Derecho civil» como conjunto de normas —sin perjuicio de su consideración como ciencia, que puede sustentar, luego, la reflexión sobre el método investigador— y, por tanto, de un «Derecho positivo» al que la singularidad de la materia acotada —*persona* y, en función de ésta, familia y patrimonio— otorga preeminencia y perdurabilidad, pero en cuya suerte actual no puede por menos de acusarse el presente devenir histórico. Dicho con la precisión de un maestro: «Si la *idea* es inmutable, el concepto y los desarrollos acusan un gran condicionamiento histórico» (5).

Bien es cierto —dicho sea en obsequio a la complementariedad de los métodos— que la antedicha opción no conlleva abandono absoluto del dogma; que no hay posibilidad de apearse, en todo, de la dogmática ni siquiera para la retrospectiva histórica. Al contrario, «también emprender una comparación histórico-jurídica, presupone —ha escrito Wieacker— una serie de conceptos modélicos, los cuales, para bien o para mal, hemos de extraer de nuestra propia experiencia actual» (6).

(2) En términos similares, Díez-PICAZO, L.: *El sentido histórico del Derecho civil*, en «RGLJ», T. 207 (1959), p. 595.

(3) Véase, respectivamente, JORDANO BAREA, J. B.: *Concepto y valor del Derecho civil*, en «RDP», 1962, pp. 717-720, y Díez-PICAZO: *El sentido histórico*, cit., pp. 601-603. Sobre la preferencia, con detalle bibliográfico español de quienes recurren a la vía histórica para aprehender el concepto de Derecho civil, AMORÓS GUARDIOLA, M.: *Dos etapas en la evolución histórica del Derecho civil*, en «Libro-Homenaje a RAMÓN M.<sup>a</sup> ROCA SASTRE», Madrid, 1976, T. 1, pp. 496-497.

(4) Cfr. JORDANO BAREA: *Concepto y valor*, cit., p. 721.

(5) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Voz «Derecho civil»*, en «NEJE», T. 1, Barcelona, 1975, p. 159.

(6) WIEACKER, F.: *Supuestos históricos y paradigmáticos de los ordenamientos jurídicos privados supranacionales*, en «RDP», 1982, p. 900. También, entre nosotros, respecto de la complementariedad de la investigación histórica y la dogmática, aun

Ello sentado, conviene que en seguida nos ciñamos al objetivo propuesto, en la confianza de que, al término de la «investigación», haya alguna base para mantener o refutar la intuición inicial de que el Derecho civil tiene —como para el mercantil se dijo (7)— *un pasado lógico y armonioso, un presente confuso y un porvenir bastante incierto*. Intuición que todavía parece vigente, para uno y otro sector del ordenamiento, como atestigua la afirmación genérica de que el **Derecho privado** se mueve en un cada vez más inestable equilibrio entre un pasado que interpretar y un futuro que no consiente previsiones seguras (8).

En pretérito puede hablarse de la larga etapa que viene de Roma a la Codificación. Presente y porvenir, en cambio, no cuentan con fecha fija de cierre (e inicio); y, tal vez, la convencionalmente elegida ni siquiera sirva de modo igual para todo el Derecho civil (9).

Es seguro que con el Código empieza, si no el presente, sí la causa de la confusión aludida; a él se incorpora —y, en parte, subsiste— ese Derecho civil de cuya **crisis, muerte y exequias** se ha venido escribiendo (10). Por lo demás, desde el momento, y en la medida en

con preferencia para la primera, Díez-PICAZO: *El sentido histórico*, cit., pp. 602-603. Asimismo, DE LOS MOZOS, J. L.: *La formación del concepto «ius civile» en el Derecho romano*, en «RGLJ», T. 227 (1969), pp. 530-531 —incluida nota 4—, y *Derecho civil español*, I-1.º, Salamanca, 1977, pp. 49-52.

(7) GARRIGUES, J.: *Derecho mercantil y Derecho civil*, en «AAMN», T. 9 (1967), p. 435. Panorama semejante para el Derecho civil ha sido descrito por Díez-PICAZO: *El sentido histórico*, cit., pp. 598-599: «Paralela a esta crisis y mudanza de la realidad social, todo un sistema de ideas y convicciones se encuentra en crisis, **en confusa evolución hacia un destino no conocido todavía.**»

(8) BESSONE, M.: *Prefazione* a «GALGANO, F.: *El diritto privato fra Codice e Costituzione*», Bologna, 1979, p. 5.

(9) Huelga especificar que las periodificaciones, más o menos rigurosas, pueden hallarse en los trabajos ya citados sobre la evolución del Derecho civil como realidad histórica. Algunos de ellos, como su propio título indica, centran la atención —con la consiguiente tendencia a la exhaustividad— en alguna de sus etapas. Es el caso de DE LOS MOZOS: *La formación del concepto «ius civile» en el Derecho romano*; y AMORÓS GUARDIOLA: *Dos etapas en la evolución histórica del Derecho civil*, que se concreta a la Edad Media y a la Edad Moderna. Con todo, no parece que esté definitivamente cerrada la compartimentación que acoja al denominado «Derecho privado moderno», siquiera a juzgar por la diversidad que refiere BONINI, R.: *Disegno storico del diritto privato italiano (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, Bologna, 1980, vid., particularmente las citas y referencias que —p. 9, nota 5— hace de H. COING, G.; TARELLO, C. A.; CANNATA, y A. CAVANNA (Una «visión caleidoscópica» de la aportación de este último autor —*Storia del Diritto moderno in Europa: I. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1979— es la que ofrece J. M.ª PIÑOL AGUADE en *RDN* (1981), núm. 111, pp. 388-393).

(10) Para una noticia bastante completa de la bibliografía que ya en el título lleva la referencia a la «crisis» (más excepcionalmente, «muerte»), sea de la ley, sea del Derecho, sea de determinadas instituciones tenidas por básicas, véase Díez-PICAZO: *El sentido histórico*, cit., pp. 596-597, texto y notas. De «exequias del Código civil», a las que casi todas las generaciones de juristas han creído asistir, habla HERNÁNDEZ GIL, A.: *En defensa del Código civil*, en «RDP», 1948, p. 778. En contra, asimismo, de esa terminología, PASCUAL QUINTANA, J. M.: *La encrucijada del Derecho civil*, en «Estudios de Derecho civil en honor del Profesor CASTÁN TOBEÑAS», Pamplona,

que ese Derecho civil decimonónico se ha puesto en *conexión con la realidad social* del tiempo en que ha de ser aplicado —de modo pleno, vía renovación legislativa; o de manera ocasional, por la mediación del intérprete— y se muestra *permeable a los valores* que, para en adelante, ha proclamado la **Constitución**, acaso no sea ingenuo pensar que ha empezado el porvenir y la incertidumbre remite.

## I. «IUS CIVILE ROMANORUM»

Indudablemente, está en lo cierto De los Mozos cuando afirma que el origen del Derecho civil (no como disciplina, para lo que hay que esperar a la «recepción»; ni en su configuración definitiva, que se ha de achacar a la «codificación») se encuentra en torno a la maduración del «*ius civile*», en el mismo Derecho romano, donde el jurista puede encontrar un caudal inagotable de preciosas sugerencias, sea para la iniciación al estudio del Derecho, sea con el fin de profundizar en el conocimiento del Derecho privado moderno (11).

Se comprenderá, sin embargo, que no nos recreemos aquí demasiado en el significado multívoco del *ius civile* (12); en su papel de depositario de los viejos principios frente al *ius honorarium* (13); en

---

1969, T. 1, p. 420. En Italia, últimamente, GIORGIANNI, M.: *La morte del codice otocentesco*, en «Riv. Dir. Civ.», 1980, I, p. 53.

(11) DE LOS MOZOS: *Derecho civil español*, I-1.º, cit., p. 52. Deja, así, constancia de su convencimiento de que no toda retrospectiva que se remonte a aquella época ha de suponer «prehistoria» o «arqueología»; convencimiento del que no parece participar BONINI: *Disegno storico del diritto privato italiano*, cit., p. 7, antes bien, a semejante afición por lo «lejano» y «objetivo» considera concausa del hueco historiográfico sobre etapas más próximas, con el apoyo —y aquellos calificativos— que encuentra en los estudios metodológicos de SCHAVIONE, A.: *Storiografia e critica del Diritto. Per una «archeologia» del diritto privato moderno*, Bari, 1980.

(12) No obstante, parece pertinente recordar cómo HERNÁNDEZ GIL: voz «*Derecho civil*», cit., pp. 159-160, llega a aislar hasta *cinco formas* de entender el «*ius civile*»: 1.ª) como Derecho «peculiar» de un pueblo determinado, sea el ateniense o el romano; 2.ª) como «Derecho» correspondiente al pueblo «romano», si no se adiciona nombre de ciudad alguna; 3.ª) como «Derecho privado», por contraposición al público, o como parte de aquél, también integrado por el «*ius naturale*» y el «*ius gentium*»; 4.ª) como «*ius proprium*» o desarrollo o modificación del Derecho natural o de gentes, y 5.ª) como el Derecho que, atendiendo a sus fuentes de expresión, «procede de las leyes», plebiscitos, decretos de los príncipes y autoridad de los jurisconsultos romanos, y se contrapone al «*ius honorarium*».

(13) Desbordaría los límites naturales de este trabajo dar noticia cumplida de las recíprocas interacciones *ius civile/ius honorarium*, de la rigidez de aquél y de lo equitativo de éste; mucho más, si en ese conflicto remoto quiere buscarse inspiración para el discurso renovadamente actual acerca del papel del Juez en la aplicación del Derecho [a aquél recurre GIUFFRÉ, V.: *Il giudice, fra autonomia e responsabilità*, en «AAMN», T. 27 (1987), p. 247, contraponiendo la inamovilidad de los actuales Jueces-Magistrados a la temporalidad y al control de la opinión pública de la función del Pretor]. Con todo, nos permitiremos, en esta nota, traer un par de referencias de romanistas y dejar hilvanada una mínima reflexión.

Respecto del *ius honorarium*, interesa recordar la síntesis de PETIT, E.: *Tratado elemental de Derecho romano*, trad. de J. FERRANDEZ y Prólogo de J. M. RIZZI, Ma-

su indiscutida connotación nacionalista o, mejor, «clasista» por comparación con el *ius gentium* (14); ni, mucho menos, en su pretendido

drid, 1926 —1.<sup>a</sup> ed. francesa de 1892—, pp. 44-45: «Felizmente, la obra del pretor fue ya considerable en la época de Cicerón, y el edicto pretoriano continúa siendo para el Derecho romano, hasta fin del siglo VIII, *un incesante elemento de progreso*. Se ha informado mal sobre el contenido de los primeros edictos. Es probable que el pretor se limitase, desde luego, a asegurar y facilitar la aplicación del *ius civile*. Pero, poco a poco, *a medida que las costumbres se modifican*, inserta en el edicto las nuevas disposiciones *apropiadas a las necesidades sociales*. Así es como *ayuda* al Derecho civil y le completa. Más tarde, el mismo le *corrige*: no abrogando directamente un principio del *ius civile*, puesto que no tenía el derecho de hacer esto, pero sí proponiendo y sancionando, *en virtud de su autoridad*, una regla más equitativa, que concluyó por prevalecer» (los subrayados son míos; la cursiva, del original).

Con mayor atractivo y elegancia presenta la interrelación IGLESIAS, J.: *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, 4.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1962, pp. 80, 83 y 95. He aquí tres de sus «ideas»: «El *ius civile* antiguo es un cuerpo de normas que parece surgido con la propia estirpe, y con esa fuerza de razón que está en la razón misma de las cosas. Pero esa razón —natural, sencilla, geométrica— es metida en *forma*, y de la *forma* queda prisionera. El rigor y la quietud formales prohíben fácilmente las *iniquitates*.» «La acomodación del *ius* a las nuevas exigencias —continúa más adelante— fue llevada a cabo por el Pretor y los emperadores, bajo la guía prudente de los juristas. Cuando se dice de una determinada cláusula del Edicto *habet in se aequitatem*, se contrapone la *aequitas* del Magistrado a la *iniquitas* de un *ius civile* rígido y fosilizado.» «La *interpretatio* —explica y concluye— entra en crisis en el momento mismo en que el jurista no puede hacer "revoluciones", aunque éstas sean reclamadas *propter utilitatem publicam* (...). Y entonces, si ningún arte o habilidad de jurista puede subvenir a la imperiosa necesidad de una regulación jurídica, lo único que procede es un acto de imposición. Ahora bien, un acto de imposición, una "orden" sólo puede partir de persona que esté investida de *imperium*. El Pretor actúa el *ius* —y tal es su misión—, pro sólo cuando lo considera conforme al *bom et aequum*. En otro caso, una «orden» suya lo pone —indirectamente— fuera de actuación, esto es, lo priva de *vigencia* (...). Por medio del Pretor llega la jurisprudencia adonde no puede llegar ella misma.»

Después de tales consideraciones, nadie pondrá en duda la capacidad de sugerencia que aún conserva el Derecho romano, aunque sólo fuera por lo que hace a esa tensión entre el *ius civile* y el *ius honorarium*, o, lo que es lo mismo, a aquel concepto clásico de *aequitas* como intercesor del conflicto concreto ante la regla jurídica en busca de resolución perfectamente «ajustada», toda vez que la «*aequitas*» expresa, entonces, «aquella actividad de los juristas en virtud de la cual se daba equilibradamente a cada uno lo que según el Derecho le correspondía» (HATTENHAUER, H.: *Conceptos fundamentales del Derecho civil. Introducción histórico-dogmática*, trad. de G. HERNÁNDEZ y Prólogo de P. SALVADOR, Barcelona, 1987, p. 194).

Algo muy próximo, en definitiva, al criterio hermenéutico que ahora impone el artículo 3.1 del Código civil; pues, si aquélla supone «la justa adhesión de la norma positiva a la mudable vida social que regula» y, así, «trae a concierto Derecho y justicia» (IGLESIAS: *Op. et. loc. cit.*), la interpretación evolutiva viene a ser (en palabras de DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Memoria» inédita, citada por LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil*, 1-1.º, Barcelona, 1982, p. 252) «algo así como poner en manos de la jurisprudencia y la doctrina de los civilistas la tarea de adecuar paulatinamente el viejo texto a los nuevos tiempos». Sobre todo, una vez concentrada la atención en la aplicación judicial y en «tiempos de Constitución», pues, cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre la «separación de poderes», es lo cierto que en el momento aplicativo puede llegarse, si de norma preconstitucional se trata, hasta aquél «ponerla —indirectamente— fuera de actuación», porque contrasta con la «realidad social» recién cristalizada en la Norma, por lo demás, Suprema.

(14) De «sentido declarada y orgullosamente clasista» habla LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, 1-1.º, cit., p. 40. Según parece, a la distinción *ius civile/ius gentium* precede otra más profundamente clasista, por cuanto enfrenta a éste el primi-

carácter privado, desmentido en parte, ya por sus contenidos de organización de la «civitas», ya por la cambiante funcionalidad de la propia dicotomía **publicum-privatum** (15). Para llevar la investigación más allá de donde ha quedado detenida en los conocidos trabajos de ilustres civilistas (16), habríamos de contar con un bagaje específico de «romanista» que, naturalmente, no poseemos y en modo alguno cabe improvisar (17).

tivo **ius quirítium**: véase TORRENT, A.: *Derecho público romano y sistemas de fuentes*, Oviedo, 1982, p. 435. En realidad, como recuerda DE LOS MOZOS: *Derecho civil español, cit.*, p. 53, el propio **ius civile vetus**, primer ordenamiento «nacional» de los romanos, representa la superación del **ius quirítium**, que se fusiona con el **ius legitimum vetus**, debido a la **interpretatio pontificum**.

Por lo que al **ius gentium** propiamente se refiere, no estará de más recordar que se trata, también, de una esfera normativa romana que surge por obra del pretor **pergrinus**, revestido del poder de acordar la tutela judicial romana a las relaciones entre romanos y extranjeros. El **ius gentium** no era un Derecho internacional, sino romano «no exclusivista», una especie de puesta a disposición de los demás pueblos de aquellas normas jurídicas que los romanos consideraban razonablemente aplicables a extraños (HATTENHAUER: *Conceptos fundamentales, cit.*, p. 195). Aquí, «triumfa el principio de libre forma contractual, frente a la angostura y rigidez de los viejos moldes. Su nervio está constituido por negocios que, surgidos en la actuación del comercio internacional, dan lugar a **bonae fidei iudicia** (IGLESIAS: *Derecho romano, cit.*, p. 93).

(15) Sobre la sucesiva funcionalidad de la dicotomía **publicum/privatum**, resulta aleccionadora la exposición de D'ORS, A.: *De la lex privata al Derecho privado y al Derecho civil*, en «Papeles del oficio universitario», Madrid, 1961, pp. 243 y ss., sobre todo, 255-256.

Entre las publicaciones recientes, véase, aparte del análisis de TORRENT: *Derecho público romano, cit.*, pp. 439-443, una valoración del famoso texto ulpiano (D. 1.1.1.2) en MARRONE, M.: *Derecho público y Derecho privado*, en «RGLJ», T. 248 (1980), pp. 495 y ss., y el **status questionis** en la moderna romanística en ANKUM, H.: *La noción de ius publicum en el derecho romano*, en «AHDE», núm. 53 (1983), pp. 531-536. La conclusión de ANKUM gira en torno a un triple significado del término **ius publicum**: a veces, como Derecho objetivo y **positivo**, vigente en el imperio romano; otras, cuando se enfrenta a **ius privatum**, como Derecho *sagrado*; y, en fin, hay casos en los que, aun contrapuesto a **ius privatum**, no puede tener el sentido de nuestro Derecho público, por cuanto se refiere a normas que son claramente de Derecho privado, sino que ha de significar *orden público romano*.

(16) Entre nosotros, recorren este estadio con detenimiento, el propio DE LOS MOZOS: *La formación del concepto «ius civile» en el Derecho romano, cit.*, pp. 529-566; y, reiteradamente, HERNÁNDEZ GIL: voz «Derecho civil», *cit.*, pp. 159 y ss., antes, *El concepto de Derecho civil*, en «RDP», 1943, pp. 384-411, y después, *Del Derecho romano como Derecho civil al Derecho civil como Derecho privado*, en «Estudios de Derecho civil en honor del Profesor CASTÁN TOBEÑAS», *cit.*, T. 5, p. 339.

(17) Por lo mismo, tampoco intentaremos superar los enfoques habituales de un concepto de Derecho civil, entre nosotros. No obstante, si pretendiera profundizar, sea en el «antiguo Derecho francés», sea en la «clave germanista», o superar la «visión eurocentrista» de las retrospectivas histórico-jurídicas, puede empezarse, respectivamente, por OURLIAC, P./GAZZANIGA, J. L.: *Histoire de droit privé français. De l'An mil au Code civil*, Paris, 1985. MOLITOR, E./SCHLOSSER, H.: *Perfiles de la nueva historia del Derecho privado*, trad. de A. MARTÍNEZ SARRIÓN, Barcelona, 1975. Y HATTENHAUER: *Conceptos fundamentales del Derecho civil, cit.* (sobre esta nueva orientación alemana de los estudios históricos, superadora de la polémica entre romanistas/germanistas, una primera referencia en DE LOS MOZOS: *Derecho civil español*, I-1.º, *cit.*, pp. 65-66, nota 69; y sobre la utilidad que el «Derecho civil» recibe con esta inyección «histórica», SALVADOR: en el *Prólogo* a la traducción de Attenhauer); y, en fin, en la dirección de relativizar y especificar la propia historia del

Ahora bien, si de aquella época quiere traerse —y puede que no estorbe— un motivo de esperanza para alumbrar la trayectoria actual y futura del Derecho civil, es forzoso hacer hincapié en la *adaptabilidad diferida* o, si se prefiere, en la *evolución discontinua* (18) de ese viejo *ius civile*, que convive inmutado —acaso, expectante— con otros Derechos cuya misma aparición se legitima, ya en su miope ámbito personal (el ciudadano romano), ya en la rigidez de sus principios; y acaba por fusionarse con ellos (19), aunque tal vez sea más exacto decir que los «absorbe», por cuanto serán su razón social y sus congénitos defectos/virtudes (20) los que subsistan en el producto final. De ahí que, tratando de captar el «espíritu del Derecho romano», más como idea que como historia, haya podido decir J. Iglesias —a su ingreso en la Real Academia— que «el alma del *ius civile* pervive como piedra roqueña. Pervive, luego de servir a la instancia del progreso. El *ius civile*, madriguera de las nociones, de los principios y de las reglas —de lo que es medular o esencial— *cambia permaneciendo*» (21).

Para investigadores más expertos y minuciosos (romanistas e his-

---

Derecho europeo, véase GILISSEN, J.: *Introduction historique au Droit*, Bruxelles, 1979, que hace preceder su estudio de los elementos de la historia del Derecho privado (belga) de otras dos partes diferenciadas: «Boceto de una historia universal del Derecho» y «Fuentes del Derecho a partir del siglo XIII.»

(18) Así, Díez-Picazo: *El sentido histórico*, cit., p.630.

(19) Escribe HERNÁNDEZ GIL (voz «Derecho civil», cit., p. 163), en sentido conclusivo: «El *ius civile* en Derecho romano, ni representó la totalidad del ordenamiento, ni aun dentro de la materia acotada por él, existió por sí solo, sino que coexistió con otros ordenamientos jurídicos. Representó la concepción jurídica tradicional, que en cierto modo era la de una determinada época, mantenida a ultranza. En sí mismo fue conservador y reacio a los cambios. Pero convivió con normas de otra procedencia y fines que, sin comprometer su supremacía, cumplieron las funciones para las que él no se bastaba. Las mutaciones históricas, económicas, sociales y políticas demandaban nuevas instituciones e incluso nuevos principios. Las unas y los otros tuvieron entrada, bien a través del *ius gentium*, bien a través del *ius honorarium*. El uno y el otro, como hemos visto, surgen y se producen al margen del *ius civile*, vienen a cumplir sus deficiencias y terminan por transformarle.»

(20) Ese mismo tenor sugiere Díez-Picazo: *El sentido histórico*, cit., p. 630, quien anteriormente había anotado —p. 623, nota 99—: «Es curioso observar que (en) el concepto medieval del Derecho civil esté perviviendo más o menos conscientemente una nota diferencial que, como hemos ya dejado apuntado, es acaso la única constante histórica de su evolución... Parece tan consustancial a la idea de Derecho civil esta nota (derecho tradicional o viejo), que aun hoy en día se le considera como el Derecho antiguo, ajeno a las evoluciones y mutaciones del tráfico económico tradicional.»

(21) IGLESIAS SANTOS, J.: *Espíritu del Derecho romano*, Madrid, 1980, p. 76. En la misma publicación puede consultarse la *Contestación*, de ALVAREZ ALVAREZ, U., quien —con cita de WIEACKER— afirma que «como idea lo considera IGLESIAS» al Derecho romano (p. 196). Y algo bien semejante se intuye en la especificación de DE LOS MOZOS, por relación a la época clásica: el Derecho romano, «de una parte se va liberando de la multiplicidad de impulsos evolutivos que determinaron su formación en el período anterior, a lo que contribuye la idea de dirección de los príncipes y la grandiosa obra de sistematización de la jurisprudencia, y de otra, se va desvinculando de la rigidez tradicional, en una orientación cada vez más moderna y evolutiva» (*La formación del concepto ius civile en el Derecho romano*, cit., p. 545).

toridores) queda dictaminar, en cuanto al **ius gentium**, si la absorción trae causa de la progresiva ampliación del punto de conexión que condiciona la aplicación del «ius civile» —la ciudadanía romana, equivalente, al fin, a habitante del imperio (22)—, o de la efectiva implantación de los principios de la «naturalis ratio»; como en su competencia entra argumentar, respecto del **ius honorarium**, si su disolución obedece a una reconsideración de las fuentes de producción mentadas en el famoso texto papiniano (D. 1.1.7) o, más bien, a la fijeza y autoridad que sus soluciones alcanzan, precisamente, cuando el Edicto —codificado— «ha dejado de ser fuente viva del Derecho» (23).

Lo que parece fuera de toda duda —y, para los objetivos de este trabajo, suficiente— es que el Derecho civil supera su primera crisis conservando lo que en él mismo aparecía como medular y aceptando lo que de permanente o consolidado —por esta razón incorporable— le brindan otros sistemas; que dicha síntesis cristaliza ya en la Compilación justiniana o **Corpus iuris**, que, si aún no se adjetiva «civilis [exigencia que le surgirá más tarde, al rivalizar con el “Corpus iuris canonici” (24)], hay pleno acuerdo en que lo es (compilación, me refiero) de todo el Derecho positivo de los romanos, esto es, de su **ius civile** (25), que recupera de este modo su significado primigenio como **ius proprium**».

---

(22) He aquí una revalidación del carácter nacionalista del **ius civile**, según expresa brevemente HATTENHAUER: *Conceptos fundamentales*, cit., p. 195: «El **ius civile** era en su origen el Derecho de los ciudadanos de Roma. El orgulloso **Cives romanus sum!** (¡soy ciudadano de Roma!) era, como lo demostraría el destino del apóstol San Pablo (Hechos de los apóstoles, 22), un eficaz salvoconducto por el que los romanos estaban dispuestos a pagar ingentes sumas. Finalmente, el año 212 de nuestra era, todos los súbditos del Imperio se beneficiarían por ley imperial del **ius civile**, medida que en lugar de anularlo diluyéndolo, confirmaría su exclusiva vigencia para los ciudadanos romanos. El **ius civile** nunca retrocedió en favor de una mayor unidad territorial. Su éxito y el hecho de que fuese codificado por todos los pueblos se debía precisamente a su singularidad y a que nunca se ofreció con largueza» (el subrayado no es del texto).

(23) El entrecomillado último corresponde a D'ORS, A.: *Lex y Ius en la experiencia romana de las relaciones entre autoritas y potestas*, en «Escritos varios sobre el Derecho en crisis», Roma-Madrid, 1973, pp. 87 y ss., concretamente, pp. 90-91.

En torno a la transcendencia de la codificación del Edicto y a la posible consideración de la **lex annua** como fuente del Derecho, más que como sistema procesal, vid. TORRENT: *Derecho público romano*, cit., pp. 258, 410-414. Y, para una ponderación de conjunto, negando tanto al **ius gentium** como al **ius honorarium** la consideración de «sistema» —que sólo al **ius civile** corresponde—, IGLESIAS: *Espíritu del Derecho romano*, cit., p. 65: «No hace falta urgar mucho en las reconditeces de lo jurídico romano para descubrir que tales expresiones (**ius civile**, **ius honorarium**, **ius gentium**) no representan sistemas... y tanto menos independientes y hasta contrapuestos.» En rigor, el (ius) **civile** es el único sistema»; «repertorio no largo, ciertamente, y de algo tenido como intangible».

(24) Precisamente, en el último cuarto del siglo XVI sitúan dicha exigencia MOLLATOR/SCHLOSSER: *Perfiles de la nueva historia del Derecho privado*, cit., p. 25: «En contraposición al libro jurídico de los canonistas (**Corpus iuris canonici**) recibió la colección del Derecho profano desde 1583 el título habitual “**Corpus iuris civilis**”.»

(25) A resaltar que ya Justiniano hizo gala de la misma soberbia legislativa que,

## II. DEL DERECHO ROMANO A LOS DERECHOS CIVILES

De cómo aquel **Ius civile romanorum** pasó definitivamente a ser historia, a la vez que cedía no sólo su denominación sino, previa y más sutilmente, sus mismos principios en favor de los Derechos (nacionales) del occidente europeo, tampoco cabe bajar aquí al detalle.

No cabe, desde luego, especificar las circunstancias de la caída del Imperio romano de Occidente, la invasión de los pueblos bárbaros y la «desaparición» del Derecho romano como orden jurídico vigente e incluso como aportación cultural (26). Además, en la parte que no es competencia de la Historia General, sería preciso indagar y explicar la peculiar forma de pervivencia que, para el Derecho romano, supone el llamado «Derecho vulgar» y el beneficio que de éste extrae el, a veces, denominado «Derecho germánico» (27). Para ser exactos, hay que decir que, «compilación» (justiniana) y «recepción» (italiana), no suponen —aunque así se haya dejado entender— hitos que encierren más de seis siglos de «inoperancia absoluta» de la aportación jurídica romana. Al contrario, vistas las cosas desde la perspectiva que ofrece el estado actual de las investigaciones histórico-

---

siglos más tarde, compartirían los artifices de la Codificación. Pensó, sin duda, «que dejaba establecido un sistema jurídico en forma definitiva, y por ello formuló expresamente la prohibición de que su obra fuera comentada» (PUIG BRUTAU, J.: *Introducción al Derecho civil*, Barcelona, 1980, pp. 55-56, con cita de KOCHAKER, F.: *Europa y el Derecho romano*, trad. española de SANTO CRUZ TEJUIRO, Madrid, 1955, pp. 66-67).

(26) Díez-Picazo: *El sentido histórico*, cit., p. 619, para esta última afirmación. Para el recuadro histórico de principios de la Edad Media y su relación con la evolución del Derecho civil, vid. AMORÓS GUARDIOLA: *Dos etapas en la evolución histórica del Derecho civil*, cit., pp. 500 y ss., con apoyo, a su vez, en KOSCHAKER: *Europa y el Derecho romano*, cit., pp. 37-38, y en GARCÍA VALDECASAS, A.: *La unidad de Europa y el Derecho romano*, Madrid, 1963, pp. 13 y ss. Entre las publicaciones más recientes, puede consultarse CALASSO, F.: *L'unità giuridica dell'Europa*, s.l., Ed. Rubbetino, 1985, en particular el capítulo titulado *La crisi del mondo antico e il problema della «continuità»*, pp. 57-90, trabajo hasta ahora inédito, que estaba destinado por el autor al vol. II («*Gli Ordinamenti*») de su conocida obra *Medio evo del Diritto*.

(27) «Los elementos romano-vulgares aparecen con las instituciones jurídicas germánicas fusionadas en una apenas desentrañable unidad... Esta aproximación cultural y el proceso de penetración recíproco, será activado por la actuación de la **Iglesia romana**, revestida de una fuerza espiritual como custodiadora y ejecutora del legado de la antigüedad tardía...; en especial, habría que llamar la atención —puede leerse en el mismo lugar: MOLITOR/SCHLOSSER: *Perfiles de la nueva historia del Derecho privado*, cit., pp. 13-14— sobre el significado que adquieren «como mediadoras del Derecho romano en la Alta Edad Media» algunas de las compilaciones más fuertemente impregnadas de «Derecho vulgar», como el **Edictum Theodorici** (458/459), el **Codex Euricianus** (475) y el **Breviarium Alaricianum** o «**Lex Romana Visigothorum**» (506). Además, advierte DE LOS MOZOS, «aquellas reglas que más claramente llevan huella germánica están formuladas usualmente en técnica jurídica y en fraseología de Derecho vulgar» (*Derecho civil español*, I-1.º, cit., p. 59; y, pp. 59-60, en torno a una concepción —no pacífica— del Derecho vulgar y al reto investigador que todavía supone). Para un cuadro geográfico e histórico de la Alta Edad Media, véase GILISSEN: *Introduction historique au droit*, cit., pp. 154-171.



jurídicas, aun en ese período el «Derecho romano» proyecta una real influencia sobre los «sistemas» jurídicos vigentes.

Lo cual, por otra parte, no supone infravalorar la transcendencia de la «recepción» o renacimiento jurídico italiano de los siglos XI y XII como recuperación de un Derecho —luego llamado— «sabio», tan distante del vivido que parece «revelado» y como tal se venera (28). A la racionalidad y disciplina conceptual del Derecho romano se enfrentaba «el mundo jurídico del Medioevo arracional, fluctuante en las formas y que terminaba a la postre en atención a necesidades especiales y particulares» (29).

Precisamente, esa diferencia bien significada entre el Derecho vigente y el recibido, puede que tuviera mucho que ver, tanto en la crítica que habitualmente se ha hecho (en especial, a partir de Savigny) a los «Glosadores» en el sentido de que no prestaron excesiva atención a los aspectos prácticos, como en la iniciativa de adjuntar al *Corpus iuris civilis* los denominados «Libri Feudorum», para, implícitamente, hacer partícipe de la dignidad científica de aquél al Derecho consuetudinario y legislativo germánico (30).

El término «recepción», ciertamente, evoca por sí solo ese salto hacia la «cientificación» del Derecho europeo en su conjunto; pero, al mismo tiempo, difumina las diversidades en cuanto al modo y momento en que dicho fenómeno se produce para cada territorio concreto. No obstante, tampoco en esto podemos emplearnos con detalle. De un lado, a falta de (autoridad e) investigación histórica propia,

(28) Es entonces cuando el Derecho romano vuelve a verse liberado de «esa zona gris incontrolable, todavía enigmática para la investigación en la que siguió actuando de manera latente». La *Escuela Jurídica de Bolonia* lleva a cabo la empresa de acometer el examen y fomento de la extensa materia jurídica, poniendo con ello las bases para una ciencia del Derecho europea» (MOLITOR/SCHLOSSER: *Perfiles de la nueva historia del Derecho privado*, cit., p. 23). Surgió —escribe HATTENHAUER: *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, cit., p. 197— «como una profesión el jurista laico que compitió duramente con el clérigo, frente al que hubo de acotar su campo de acción..., hubo también de afirmar su autonomía frente al teólogo y lo consiguió gracias a estar en posesión de un verdadero Derecho ajeno a las fuentes canónicas». No obstante —añade, p. 198— «la combinación de *fides* y *ratio* siguió siendo válida durante los primeros siglos de interpretación del *Corpus iuris civilis*».

(29) MOLITOR/SCHLOSSER: *Op. et. loc. cit.*

(30) Cfr. RAVA, T.: *Introduzione al Diritto della civiltà europea*, Padova, 1982, p. 53; previa y más extensamente, CALASSO, F.: *Medio evo del Diritto. I-Le Fonti*, Milano, 1954, pp. 554 y ss. En el parecer de MOLITOR/SCHLOSSER (*Perfiles de la nueva historia*, cit., pp. 25-26) esa tacha —descuido de la práctica— «es totalmente errónea», ya que, «bajo los Glosadores, el Derecho romano, no se ha encontrado nunca realmente bajo las sombras de una situación académica estéril». Lo cual, no les impide reconocer, seguidamente, que los «Postglosadores» o «Comentaristas» efectivamente destacaron «por su inclinación intensiva por la práctica jurídica», así como por la consiguiente adopción de «un método más libre y flexible de interpretación y de argumentación»; o, que —p. 27— los Glosadores miraron «con desconfianza y reservas» al *Derecho estatutario*, normalmente surgido de la costumbre, y hubieron de ser los Comentaristas —mediado el siglo XIII— quienes se esforzaron por reivindicar —frente a los Derechos particulares y al Derecho canónico—, cuando no la primacía, siquiera la subsidiariedad, la función de «*ius commune*», para el Derecho romano.

acabaríamos, cuando no reiterando síntesis ajenas, con extractos continuos de no demasiadas monografías específicas y acreditadas; de otro, retrasaría bastante la conducción del trabajo al punto que pretendemos sea fundamental para el concepto, describir las peculiaridades del denominado «mos italicus» —estilo de los Comentaristas italianos—, las singularidades del «mos gallicus» —jurisprudencia elegante francesa, teñida de humanismo— y el puente que tiende, en el propio siglo XVI, el llamado «usus modernus pandectarum» (31).

Se nos permitirá, por tanto, apuntar unas —a modo de— observaciones conclusivas respecto de ese período, sin duda, determinante del Derecho (civil) moderno, sin perjuicio de explicar a continuación algunas de las características que traen causa de entonces.

Efectivamente, en términos de generalidad, cabe observar que las diferencias temporales apreciables en Europa en lo tocante al estudio del «Derecho sabio» están en relación con la época en que se fundan las respectivas Universidades; que la «recepción» reactiva el desarrollo del Derecho local (nacional) entonces petrificado y supone el tránsito paulatino del pensamiento medieval al de la Edad Moderna (32).

Por lo que, en fin, hace a las características que luego se consolidan, importa filtrar dos notas de las que el Derecho civil (todavía «romano») se impregna entonces y que serán determinantes del Derecho codificado. *La privatización*, que obedece a la «circunstancia fortuita» (33) de la inmanencia de las estructuras jurídico-privadas frente a la transformación de los esquemas socio-políticos, particularmente notoria al cabo de la «pausa cultura» de siete siglos que viene a ce-

---

(31) Aparte de que sería injusto recorrer las vicisitudes de la recepción en Italia, Francia y Alemania, dando al olvido que también en Suiza se produce una temprana recepción del Derecho romano —siglos XIII y XIV— favorecida por el regreso de los estudiantes de Bolonia; o que, en Inglaterra, pese a la acción indirecta de la escolástica, el Derecho romano se queda en la aportación de algunos tecnicismos. Y, desde luego, sería imperdonable dejar de resaltar que en España se produce una verdadera «ocupación» por el Derecho romano, debido, sobre todo, a la recepción material que representan las Partidas (el propio RAVA: *Introduzione al Diritto della civiltà europea*, cit., pp. 58-59—, inmediatamente después del capítulo dedicado a la «rinascita italiana del diritto», se ocupa de destacar la «elaboración jurídica nacional» llevada a cabo en España). De todo ello se ocupan, sin excesiva extensión, MOLITOR/SCHLOSSER: *Perfiles de la nueva historia*, cit., pp. 34 y ss.

Pero es que, además y como suele ponerse de relieve entre nosotros, ni siquiera dentro del territorio de la península la influencia del Derecho romano fue homogénea, sino bien diversa. Y, a propósito, debe al menos recordarse —tomamos la síntesis de AMORÓS GUARDIOLA: *Dos etapas en la evolución histórica*, cit., pp. 516-517— que la entrada del Derecho común en nuestra patria fue especialmente significativa en Cataluña y Mallorca, regiones fuertemente romanizadas e influidas por sus relaciones más estrechas con Italia; menor, aunque también importante, en Castilla y Valencia, y mínima en Aragón y Navarra; también aquí el estudio del Derecho común pasó a (y por) las primeras Universidades: Palencia, Salamanca, Sevilla, Valladolid y Alcalá.

(32) También estas conclusiones, en MOLITOR/SCHLOSSER: *Op. et loc. cit.*

(33) DE BUEN, D.: *Sobre el concepto del Derecho civil*, en «RDP», 1921, p. 162.

rrarse con la recepción del Derecho romano (34), y la *funcionalidad supletoria* respecto de los ordenamientos territoriales —**ubi cessat statutum habet locum ius civile**—, debida en buena parte a la formación «romanista» de los llamados a interpretar y aplicar las normas, pero también, y en dosis no despreciable, a la mayor complejidad y superioridad técnica del sistema romano (35).

A destacar, igualmente, la reiteración de la nota que el primer **ius civile** ostentaba y que permite la doble consideración de defecto o de virtud. También ahora, aparece como el ordenamiento más tradicional, rezagado para las nacientes exigencias, pero con vocación de nueva síntesis. Por culpa de (o, según se mire, gracias a) esta celosa guarda de los viejos principios, otras relaciones de la vida diaria encuentran respuesta, sea en el Derecho consuetudinario, cuyo elemento germánico —según vimos— no se presta a cuantificación, sea en el Derecho canónico, con el que, por lo demás, comparte, el romano, tanto la consideración de «Derecho sabio» (36) como la función de **ius commune** (37).

(34) La apreciación y el giro es de RIBO, L. M.: *Prólogo al Derecho civil español*, en «Rev. Der. Puertorriqueño», 1969, núms. 32-33, p. 310. De cualquier modo, si la suposición —la preferencia inicial por el Derecho privado— es fiable, dice AMORÓS GUARDIOLA (*Dos etapas en la evolución histórica*, cit., pp. 507-508), «nos sirve para descubrir un dato de cierto valor en la interpretación del Derecho de esta época: que el Derecho civil romano, recibido en la Edad Media y comentado por los Glosadores es principalmente un Derecho privado, más aún de lo que ya lo fue el repertorio de la Compilación de Justiniano. Lo cual apunta a un carácter permanente en la evolución del Derecho civil a lo largo de la historia, cual es su tendencia hacia la privatización».

(35) Cfr. LACRUZ BERDEJO: *Elementos*, I-1.º, cit., p. 55; y Díez-PICAZO: *El sentido histórico*, cit., p. 624, quien —con nota de WINDSCHEID— afirma que «la perfección del Derecho romano frente a la imperfección del Derecho local hace, por una parte, que los juristas que estudian y aplican el Derecho, de formación romanista, por obra de la enseñanza universitaria, tiendan a implantar la aplicación del Derecho romano, y que, por otra parte, éste sea la única fuente segura para llenar las deficiencias y lagunas de los Derechos locales».

(36) No es el caso de insistir en que la «Escolástica fue la esencia de la ciencia y del método científico en la Alta Edad Media»; en que la ciencia profana «empezó a comprenderla y sistematizarla como subdisciplina y rama»; ni en cómo el **Decretum Gratiani** —hacia 1140— lanza la jurisprudencia canónica al mundo del Derecho, ofreciendo un compendio para la enseñanza del Derecho eclesiástico, y menos, en fin, en el dato cierto y relevante de que desde 1580 la colección oficial conocida como **Corpus iuris canonici** constituye texto obligatorio. Los entremecillados y estas ideas pueden encontrarse en MOLITOR/SCHLOSSER: *Perfiles de la nueva historia*, cit., pp. 18-21; mas, sobre las relaciones entre el Derecho romano y el Derecho canónico, véase CASANDRO, G.: *Lezioni di Diritto comune*, I, Napoli, 1981, pp. 208-253; para la profundización en «el sistema del Derecho común», naturalmente, CALASSO: *Medio evo del Diritto*, I, cit., segunda parte, pp. 345 al final. Una exposición proporcionada, que sigue tanto esta obra como la *Introduzione al Diritto comune*, Milano, 1951, puede encontrarse en DE LOS MOZOS: *Derecho civil español*, I-1.º, cit., pp. 64 y ss.

(37) Literalmente, siguiendo a Espín Cánovas, Díez-PICAZO: *El sentido histórico*, cit., p. 625. Sobre la cuestión de si el «Derecho canónico» (e incluso, el feudal) estaba —y en qué medida— dentro o fuera del denominado «ius commune» (cuya parte más principal venía representada, obviamente, por el Derecho romano de la recepción), vid. el tratamiento que da al tema AMORÓS GUARDIOLA: *Dos etapas en la evolución histórica*, cit., pp. 510 y ss.; y, allí, más bibliografía. El propio AMORÓS GUARDIOLA

Es cierto que —por referirnos sólo al Derecho castellano— la fusión y síntesis de aquellos elementos tradicionales con estos otros renovadores aparece alcanzada en el Ordenamiento de Alcalá, primero, y en las Leyes de Toro, después (38). No lo es menos, sin embargo, que de la misma época y nota trae causa el *ius mercatorum*, cuyos principios, algunos ya suficientemente consolidados, aún no han sido recibidos por nuestro Derecho civil (39).

En suma —se ha escrito, tratando de captar el punto de evolución que en la Edad Media alcanza el Derecho romano/civil, en su versión laica— desde el siglo XIV aproximadamente existen unos Derechos propios, privativos de los reinos y comunidades, que técnicamente

---

—pp. 517-518— acaba caracterizando el Derecho común medieval, «en sentido técnico y de acuerdo con la terminología moderna, como un Derecho general (por razón de su ámbito territorial), común (por su amplitud de contenido objetivo) y normal (por la normal eficacia organizadora de sus principios normativos); y, tras conjugarlo con la idea de Derecho natural —estaba establecido de acuerdo con la razón natural, era «ratio scripta»; enfoque que, sin duda, constituía un buen recurso para lograr su difusión y aceptación por las gentes de distintos territorios—, sostiene que dicha correlación «traduce una de las características constantes en la evolución del Derecho civil a través de sus desenvolvimientos sucesivos».

(38) COSSIO, A. DE: *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1977, p. 23. En terminología de LACRUZ BERDEJO (*Elementos*, I-1.º, *cit.*, p. 57), Castilla utiliza esta segunda vía de resolución del choque entre el Derecho común y el propio, o sea, «la transfusión en los cuerpos legales del país de lo más usual de los textos romano-canónicos» —prototipo, las Partidas—; mientras que Cataluña, Navarra y (en parte) Baleares utilizan la vía directa: «La aceptación, expresa en la ley o derivada de la costumbre, de los cuerpos romanos (y los canónicos en cierta medida), *ius comune civile* supletorio del propio de cada país.» Ahora bien, DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, reed., Madrid, 1984, pp. 146-147, refiere la «síntesis» castellana en palabras que no podemos por menos de traer aquí. «El Derecho español —dice— consigue con la autoridad de las Leyes de Toro su centro de equilibrio entre las distintas y al parecer irreconciliables corrientes romana y germánica. Las instituciones más genuinas, hijas de la costumbre y del modo de ser español, recogidas en el *Fuero Juzgo*, en los Fueros municipales y en el Fuero Real, se depuran e imponen con carácter general en Toro; el excesivo formalismo que diera a los negocios Alfonso X, tomándolo del Derecho romano, desaparece con el Ordenamiento de Alcalá; *Las Partidas*, en fin, a la vez que conservan reglas técnicas romanas, útiles para el tráfico de los bienes, se convierten por su amplitud y autoridad en la base del Derecho común español, dando tono y sentido a toda la organización jurídica española.»

(39) Pone el acento en la nacionalización del Derecho civil como impulso decisivo para la configuración del mercantil, PASCUAL QUINTANA: *La encrucijada del Derecho civil*, *cit.*, pp. 421-422, en los siguientes términos: «Los usos de comercio no aspiraban a constituir un Derecho propio. Sin embargo, cuando se produce el tránsito del Derecho romano a un Derecho civil nacional, la cosa varía extremadamente. Ya el comerciante se preocupa de que sus relaciones se excluyan de la órbita del Derecho civil. De esta manera se produce el primer y transcendental desgaje del tronco común de una de las ramas que más ha de florecer en el futuro.» Mirado, en cambio, desde la dinámica Derecho común/Derecho especial, una vez que las instituciones nacidas en éste adquieren categoría de principio, parece que el propio orden «nuevo» debería disolverse en el «tradicional» (cfr. DIEZ-PICAZO: *El sentido histórico*, *cit.*, p. 615, y nota 73, en la que reproduce las palabras de ASCARELLI: «El Derecho especial muere, precisamente, en el momento de su mayor triunfo: cuando los principios jurídicos elaborados por él ingresan en el ámbito del Derecho común. En esta función de pionero radica la razón y el orgullo de su existencia»).

pueden llamarse Derechos civiles y, de otro lado, un Derecho de Roma al que sólo impropriadamente puede denominarse civil en sentido romano, que desempeña ahora la función de común para los países del antiguo imperio. Sin embargo, este Derecho será designado por excelencia como *civil* en los siglos siguientes, y se utilizan otros calificativos (Derecho real, fueros, estatutos, etc.) para los Derechos propios (40).

El panorama cambia —como es de todos conocido— con el advenimiento de la Edad Moderna. Es entonces, cuando cada príncipe —siempre vinculado al Emperador y al Papa, que ahora, por razones que no son del caso, pierden su hegemonía— se siente soberano y no sujeto a ley alguna; el pensamiento jurídico abandona su alta referencia —la divinidad— y se impregna de racionalismo, que le conduce al individualismo y al voluntarismo jurídico (41). El Derecho civil, en fin, ve sometido su significado a doble evolución: «el movimiento de independización del Derecho romano y del Derecho público, y la aproximación al Derecho nacional y al Derecho privado» (42). Desde

---

(40) HERNÁNDEZ GIL: voz «*Derecho civil*», *cit.*, p. 164. Y, complementariamente, recuerda DIEZ-PICAZO (*El sentido histórico*, *cit.*, p. 621) cómo el Derecho civil equivale durante la Edad Media a Derecho romano, y se llama civilistas a los hombres que estudian y glosan los textos justinianos.

(41) Así viene a introducir el apartado correspondiente de su trabajo DIEZ-PICAZO: *El sentido histórico*, *cit.*, pp. 631-632. Si nos dejamos llevar por el estilo de HATTENHAUER —*Conceptos fundamentales del Derecho civil*, *cit.*, p. 198—, diríamos que «los iusnaturalistas aportaron en su día algo fundamentalmente novedoso: le dieron un largo adiós a la *fides*... la fe en la razón sustituyó a la división en fe y razón, iniciándose así más de dos siglos de racionalismo», y pasando la competencia para la fundamentación del Derecho de los teólogos a los filósofos. Por lo demás, en cuanto al Derecho Natural en función racionalizadora del Derecho, véase, entre nosotros, DE LOS MOZOS: *El Derecho natural en la formación del Derecho civil*, en «Estudios de Derecho civil en honor del Profesor CASTÁN TOBEÑAS», *cit.*, VI, pp. 581 y ss.; y, más resumidamente, *Derecho civil español*, I-1.º, *cit.*, pp. 75-87.

(42) Tal rotula el epígrafe HERNÁNDEZ GIL, en su aportación específica *Del Derecho romano como Derecho civil al Derecho civil como Derecho privado*, en «Estudios de Derecho civil en honor del Profesor CASTÁN TOBEÑAS», *cit.*, V, p. 349; y, en el texto, concreta: «De ordinario se hace coincidir el moderno concepto del Derecho civil —Derecho nacional y Derecho privado— con lo que suele llamarse crisis del Derecho romano (o crisis del Derecho común, según la expresión de ERMINI, que el propio autor recoge dos páginas atrás). Contemplado el proceso desde una amplia perspectiva histórica, parece más adecuado hablar de transformación. El Derecho romano no va a perecer. Simplemente va a adoptar una postura distinta para supervivir otros siglos en el curso de los cuales nos encontramos» (p. 353). Y considera a DOMAT, en su siempre destacada obra *Les loix civiles dans leur ordre naturel* —año 1694—, «bastante más que un incipiente formulador» de la relación existente y consiguiente aproximación entre Derecho civil y Derecho privado, aunque todavía no se limite a caracterizar éste por el dato exclusivo de contemplar «relaciones entre particulares» (pp. 354-361). Por lo que, por otra parte, hace a la «nacionalización» DIEZ-PICAZO (*El sentido histórico*, *cit.*, pp. 633-635) entiende que el primer paso se da mediante la fijación legislativa del Derecho nacional —Compilación de Montalvo (1484) y Nueva Recopilación (1567) en Castilla—, y el segundo cuando el estudio del Derecho real se impone —por el calificativo de «civil» se decide, como habitualmente se recuerda, la obra de los Doctores I. JORDAN DE ASSO y M. DE MANUEL Y RODRÍGUEZ: *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, cuya 4.ª ed. de 1792 ha sido recientemente reimpresa, Valladolid, 1984—,

entonces, puede concluirse (43), la expresión «Derecho civil» se va concretando a su significado actual, con el que aparece en la codificación francesa y en lo sucesivo.

### III. LA CODIFICACION

Hasta ahora hemos presentado la historia, **a posteriori**, armoniosa, de contradicciones y síntesis, que conducen y condicionan al Derecho civil codificado.

No es (únicamente) una síntesis más lo que la Codificación significa (44). La Codificación del Derecho civil —cristalizando un determi-

---

de modo que, cuando la Codificación se inicia, la evolución está ya consumada y los Códigos suponen su «cierre». Para terminar, véase cómo DE LOS MOZOS achaca al proceso de nacionalización, el continuo desmembramiento del antiguo «cuerpo» del Derecho civil, que se desprende definitivamente de materiales penales, procesales y constitucionales (*Derecho civil español*, I-1.º, *cit.*, pp. 84-85).

(43) Con esos mismos giros, finaliza LACRUZ BERDEJO (*Elementos*, I-1.º, *cit.*, pp. 39-42) el epígrafe dedicado a la formación del concepto de Derecho civil, como categoría histórica. De cualquier modo, si quiere interiorizarse más en las vicisitudes del Derecho civil en la Edad Moderna, puede partirse de AMORÓS GUARDIOLA: *Dos etapas en la evolución histórica*, *cit.*, pp. 528-565, y WIEACKER, F.: *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, trad. de F. FERNÁNDEZ JARDÓN, Madrid, 1957, cuyo estudio, sin embargo, arranca de la «recepción» y recorre el siglo XIX.

(44) Ciertamente, «los códigos iusnaturalistas son, en oposición a las fijaciones escritas anteriores y posteriores, actos de transformación revolucionaria», «anteproyectos para un futuro mejor» que «tiene una relación violenta con las tradiciones propias» (WIEACKER: *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, *cit.*, pp. 293-294); pero, es de recordar —con LACRUZ BERDEJO: *Elementos*, I-1.º, *cit.*, p. 67— cómo ya el Código Napoleón representa —respecto a los proyectos revolucionarios— una merma de entusiasmo, y «recoge sobre todo materiales tradicionales (...), de modo que los cambios de contenido del Código frente al ordenamiento anterior son bastante menos importantes que los de forma». Si no bastara esta mera referencia, un buen punto de partida para la ampliación puede buscarse en ARNAUD, A. J.: *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris, 1969, p. 217, donde asegura que la síntesis no debe situarse propiamente a nivel de costumbres/Derecho escrito, como pudiera pensarse tras una lectura superficial del Discurso Preliminar de PORTALIS, sino que la verdadera «transacción» tenía como fondo, sobre todo, la oposición existente entre el viejo y nuevo orden jurídico, entre la tradición, favorecida por el movimiento jansenista escéptico y antirracionalista, y la corriente iusnaturalista moderna.

De cualquier modo, para la reconstrucción histórica de la codificación del Derecho privado en perspectiva europea, las consultas de ampliación pueden hacerse, desde luego, en WIEACKER, cuya *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna* analiza en partes autónomas, tanto «la época del Derecho racionalista», que se cierra con las «codificaciones iusnaturalistas» (Baviera, Prusia, Austria y Francia), como «la Escuela Histórica, la Ciencia de las Pandectas y el positivismo (científico y legal) del Derecho civil» (Alemania y Suiza); del mismo autor, *Diritto privato e società industriale*, trad. e «Introducción» de G. LIBERATI, Napoli, 1983 (es valiosísima la **Introduzione**, ya que el autor italiano, no sólo prologa los planteamientos de Wieacker en la década de los 70 —fecha de los últimos escritos recopilados en la publicación—, sino que los expande a la contemplación de lo ocurrido en Francia, Italia y Austria. Se trata, en conjunto, de una obra insustituible para conocer y valorar la tensión y encaje de los respectivos Códigos civiles en la sociedad de su tiempo). Pero, también, en MOLITOR/SCHLOSSER: *Perfiles de la nueva historia del Derecho privado*, *cit.*, pp. 61-136. En particular —para el enfoque de nuestra reflexión resulta suficiente—, la exposición,

nado esquema del ordenamiento jurídico (privado)— crea, sobre todo, «la ilusión de su validez eterna» (45), y contribuye a explicar las ulteriores reacciones, mezcla de desencanto y desolación, cada vez que

---

además de documentada, se muestra sugerente en lo que concierne a las codificaciones de la denominada época del **Derecho natural**, y cuya sola síntesis resultaría aquí prolija. Así que, a efectos únicamente de sugerir la línea de evolución en sus trazos más llamativos, nos limitamos a destacar, con esta última obra como referencia, el **preludio** que supone la codificación de Baviera (1756) —que todavía no obsta a la vigencia ni de los estatutos territoriales ni de las fuentes subsidiarias o complementarias de Derecho común romano—; el ALR prusiano (1794), como prototipo de «**Código de los compromisos**» —que llega hasta la conjunción del Derecho público y privado, y cuya subsidiariedad originaria sería eliminada por la práctica jurídica— que, calculado para una monarquía absoluta del tipo del siglo XVIII, nacia ya anticuado por relación a las ideas de la Revolución francesa; el **Código Napoleón**, no tanto para reincidir en su (pre)historia, como para recordar el desarrollo de que ulteriormente fue objeto —evitando la necesidad de una «revisión»— por obra de la «jurisprudencia» y de la «doctrina», con la complementariedad que, en los desenvolvimientos de ésta, representan la «Ecole de l'exégèse» y la «Ecole de la libre recherche scientifique», extremos, por lo demás, propiciadores de la actual posición «conciliadora»; y, como cierre, en fin, de las codificaciones iusnaturalistas, el ABGB austríaco (1811) —como punto de equilibrio, desde la óptica del Derecho natural, entre el ALR prusiano y el «Code civil»—, con la importancia de la «Escuela histórica» austríaca que, partiendo de las tesis de la «exégesis», sometió a este Código a una cura de pandectas de carácter científico-sistemático, que resultó extraordinariamente fecunda.

Por lo demás, ni el término «Código» se inventa en el siglo XVIII, ni el fenómeno «codificación» afecta únicamente al Derecho civil. Añádase que, en nuestro caso, al Código civil le tomán la delantera tanto el penal como el mercantil. Para las primeras aclaraciones, en la parte que rebasan la obviedad, consúltese TARELLO, G.: *La idee della codificazione*, en «Il diritto privato nella società moderna.—Saggi a cura di S. RODOTA», Bologna, 1971, pp. 31-48; también para el calendario codificador nuestro, TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de historia del Derecho español*, 3.ª ed., Madrid, 1981, PP. 465 y ss.

(45) Que, al momento de codificar, domina la convicción de que lo establecido envejecerá invariado durante siglos, es idea recurrente en cuantos autores se ocupan del significado de la Codificación del Derecho civil. El entremucado del texto se toma de GIORGIANNI, M.: *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, en «RTDPC», 1961, p. 395; pero semejante convencimiento puede leerse, entre otros, en NICOLO, R.: voz «*Diritto civile*», Enc. Dir., T. 12, Varese, 1964, pp. 909-910; KRONKE, H.: *Progetti de una nuova codificazione del Diritto delle obbligazioni nella Repubblica Federale Tedesca*, en «Riv. Dir. Com.», 1981, p. 51. Esa es, precisamente, la ventaja que se encuentra al Código, que pueda resolver «todas las cuestiones imaginables, ahora y en adelante»; gracias a su construcción «more geométrico», el sistema va a permitir al Juez (y a obligarle a) «encontrar la solución que no puso el legislador: que se suscita —esta es la virtualidad del Código— al colisionar el caso con la norma»: LACRUZ BERDEJO: *Elementos*, I-1.º, cit., pp. 65-66.

Mayor realismo y mesura se atribuye a los redactores del Code Civil con motivo de su centenario. Para este y otros aspectos del «Code» —en los que ahora no entramos—, resultan valiosos los dos tomos del «*Livre du centenaire*», Paris-Frankfurt, 1904 —reimpr. anatique, 1969—, y, en especial, SOREL, A.: *Introduction*, I, pp. 13-50; ESMEIN, A.: *L'originalité du Code civil*, I, pp. 3-21; TERRAT, B.: *Du régime de la propriété dans le Code civil*, I, pp. 327/353; JOSSEMAND, L.: *Essai sur la propriété collective*, I, pp. 355-379; LYON-CAEN, Ch.: *De l'influence du Droit commercial sur le Droit civil depuis 1804*, I, pp. 205-221; THALLER, E.: *De l'attraction exercée par le Code civil e par ses méthodes sur le droit commercial*, I, pp. 223-243, o los trabajos sobre «la question de la revision», T. 2, pp. 897 y ss., de M. PLANIOL, E. GAUDEMET y Fr. GENY, entre otros. Por lo que a esta nota importa, es de recordar cómo ESMEIN —p. 19— afirma que los redactores del «Code» en absoluto creían ha-

esa perennidad se reputa amenazada por la variación sensible de algunos de los trazos de aquel esquema racional-iusnaturalista (46).

El propio Código no aparece (sólo) como antídoto del «particularismo jurídico» previo, como modo específico de legislar —simple, sintético, sistemático y suficiente (47)—, sino que expresa, a la vez, «el resultado de una elección ideológica dependiente de situaciones históricas bien precisas» (48). El Código (francés) sanciona, sí, la li-

---

ber legislado para la eternidad, si bien las lagunas —que indudablemente tiene— han sido sobrevenidas y ocasionadas por las transformaciones que provoca, sobre todo, la gran industria; y de qué manera la generalidad y universalidad de la obra aflora tanto en la «introducción» de SOREL (obra destinada no sólo a los iniciados, sino a todo el mundo, al gran público, que se diría hoy) como en la aportación de TERRAT, quien, poniendo el carácter dominante en la validez no sólo para los franceses, sino «para el hombre en general», viene a concluir que el «Code» es una obra nueva, incluso, superior; si no es perfecta, se debe a que es humana y la perfección rara vez se concede a los mortales.

(46) No es para menos. Las transformaciones afectan a lo (que se creyó) «inmutable». «Los filósofos del iusnaturalismo racionalista —escribe TOMÁS Y VALIENTE: *Manual de historia del Derecho español*, cit., p. 469—, de los siglos XVII y XVIII son optimistas, están inmersos en la corriente filosófica de la Ilustración, creen que existe ese Derecho natural inmutable y universal y se consideran capaces de descubrirlo. Es más, su optimismo va incluso un paso más allá, porque piensan que una vez ellos, los filósofos, hayan descubierto y expresado las leyes del Derecho natural, éste servirá de base a las leyes positivas...» De este modo —concluye— el racionalismo jurídico encerraba en sí mismo una voluntad de positivizarse.

(47) Como «esfuerzo dirigido a simplificar, sintetizar y sistematizar» caracteriza a la Codificación PUIG BRUTAU: *Introducción al Derecho civil*, cit., pp. 72/73, con cita de YNTEMA: *The Jurisprudence of Codification*, en el libro «David Dudley Field-Centenary Essays», 1949, p. 251. La «suficiencia», en realidad, era uno de los presupuestos de la codificación para que ésta pudiera hacer operativas sus pretensiones, no todas, técnicas. En efecto —viene a decir TARELLO: *Le idee della codificazione*, cit., pp. 43 y ss— la simplificación del Derecho —fuente de certeza y comprensibilidad— había de verificarse bajo tres condiciones: a) economía en la *formulación* de las normas; b) que las nuevas reglas sustituyeran —no se sumaran— a las anteriores y excluyeran la *heterointegración*, y c) que el *contenido* reformulado consintiese la máxima simplificación. La primera y —en parte— la segunda permitían un tratamiento «técnico», y plasmaron mediante ideas iusnaturalistas e iluministas; mas, la tercera suponía propiamente una condición política, que había de pasar por un doble proceso —ideológicamente unidireccional—: la unificación del sujeto de derecho y la comprensión del repertorio de materias (un solo tipo de propiedad, una forma única —el contrato— de asumir voluntariamente obligaciones, cláusula general para los ilícitos, etc.). Todo ello, en fin, sustenta la convicción que el propio TARELLO adelanta según la cual el proceso codificador liberal-burgués contribuye decisivamente a la tecnificación de la ciencia jurídica, pero, asimismo, a la consecuente «desresponsabilización», en sentido político, de los juristas.

(48) PRINCIGALLI, A. M.: *Las vicisitudes de la codificación* (trad. de P. SALVADOR), en «LIPARI, N.: *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*», trad. española, Bolonia, 1980, p. 39; insustituible, además, por la nota bibliográfica-valorativa que a cada apartado acompaña, y, por supuesto, para la contemplación detenida de los diversos procesos codificadores italianos (pp. 60-90), que, normalmente, carecen de protagonismo y apartado propio en las exposiciones de la codificación europea. Sobre «el sistema interno de la codificación», ha abundado, entre nosotros, TORRALBA SORIANO, V. O.: *El Derecho civil desde la Codificación hasta el tiempo presente*, en «RGLJ», T. 239 (1975), pp. 239-259, y, entre lo más reciente, la publicación de MOTTILLA, A.: *La codificación como técnica de producción legislativa*, en «RDP», 1987, pp. 548-555.



bertad e igualdad **formales**, pero privilegia los intereses pecuniarios y las fortunas ya adquiridas (por la burguesía). Garantismo y estatismo son dos aspectos que recorren el sistema y apuntan a una organización burguesa que trueca su ímpetu revolucionario por el diseño de un Estado enemigo y garante de su autonomía (49).

La codificación cumple, asimismo, la función de delimitar, siquiera aproximadamente, el **área del Derecho civil**: colocado en el centro el individuo, con sus *necesidades, sus intereses y su actividad*, los Códigos del siglo XIX devienen la **ley reguladora de las relaciones privadas**, en el doble sentido de **tutela** de los intereses y de la actividad del hombre y de **limitación**, de unos y otra, ya en aras al respeto de otras esferas individuales de libertad, ya en nombre de principios superiores de carácter ético y social (50).

Si bien —y éste es dato chocante con la inspiración individualista, pero esencial para comprender el problema de límites que el moderno Derecho civil tiene planteado—, siendo el Código tributario de una doctrina civilista habituada a teorizar, a transformar en conceptos generales los datos de la experiencia, no pudo sustraerse a aquella elaboración científica y aborda los institutos más importantes en forma general y abstracta. De manera que la propiedad, el contrato, el acto ilícito y la obligación aparecen como situaciones normativas de carácter general, no necesariamente referidas al individuo y a su actividad, sino susceptibles de utilización fuera del ámbito de las relaciones privadas, propiamente dichas (51).

---

(49) Están en el título de la siempre rememorada obra de CORRADINI, D.: *Garantismo e statalismo. Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, Milano, 1971. Precisamente, como *Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, titula su aportación a «Il diritto privato nella società moderna», *cit.*, pp. 49-71, lugar éste en el que destaca cómo únicamente con el texto napoleónico de 1804 se verifica un giro decisivo en la historia de la codificación y se asume el modelo «garantista» como pauta para una sistematización coherente del Derecho; claro que representa un hito, mas no tanto o no sólo por la reorganización de la materia privatística, sino sobre todo porque señala el triunfo de los grupos burgueses y recibe fielmente su programa ideológico. Las fuerzas revolucionarias —añade dos páginas más adelante, aún como introducción— se empeñan en erigir un Estado en el que el Derecho limite también el poder de quien lo ha promulgado, donde exista un justo equilibrio entre la autoridad y la libertad, de manera que los ciudadanos no sean meros destinatarios de obligaciones, y donde, en fin, la legislación escrita salvaguarde la autonomía del individuo y sus prerrogativas.

En sentido bien conciso, lo expresa TOMÁS Y VALIENTE: *Manual de historia del Derecho español*, *cit.*, p. 475: A medida que ésta (la burguesía) alcanzó el poder político en cada país de la Europa continental, impuso y codificó su propio orden jurídico, en defensa de sus propios intereses y construido con su propio estilo mental.

(50) Dicha función es remarcada por NICOLÒ: voz *Diritto civile*, *cit.*, p. 905. Y así aparece en las palabras de CAMBACERES, que recuerda y glosa, con motivo del centenario del «Code», SOREL: *Introduction*, *cit.*, pp. 23-24. Tres cosas —venía a expresar aquél— son necesarias y suficientes al hombre en sociedad: ser dueño de su persona; tener bienes para satisfacer sus necesidades, y poder disponer, conforme a sus intereses, de su persona y bienes. Todo el Derecho se reduce, por tanto, a los derechos de libertad, de propiedad y de contratar. Libertad y propiedad, indisolublemente unidas, configuran —concluye SOREL— la llamada «libertad civil».

(51) En ello, hace igualmente hincapié, NICOLÒ: voz *Diritto civile*, *cit.*, p. 905.

#### IV. TRES CONTRADICCIONES

Este, como los sucesivos epígrafes, lleva una intitulación absolutamente convencional. El espacio delimitado trata de cubrirse a base de poner de relieve los «inconvenientes» que le han surgido al, también convencionalmente, llamado Derecho civil decimonónico. Inconvenientes que tienen matiz ora económico, ora político, ora ideológico, ora sistemático, como ha poco y sugestivamente nos ha mostrado Busnelli, después de aseverar que «nunca, en efecto, como en estos últimos años, el Código civil ha estado expuesto a ataques tan reiterados y vehementes: un verdadero y propio **asalto a la ciudadela**, cuya capitulación se considera como inminente —si no ya acaecida— (52).

Confeccionar el apartado con propia identidad —incluso, frente al que después denominamos «presupuestos de reactivación»—, nos exónera, en parte, de no haber dado a la «codificación» el tratamiento exhaustivo que habitualmente se dispensa. Aquí —y luego— incidiremos en temas antes sólo mentados o preteridos a propósito. Preferimos recordar algunas de las virtudes que al Derecho civil/Código se le suponían a la vez que damos cuenta de las imputaciones que, ahora, soporta.

Téngase por advertido, sin embargo, que en absoluto pretende hacerse repertorio de unas y/o otras. Trátase, sólo, de seguir reflexionando sobre el momento presente de nuestra disciplina y en derredor de líneas de tendencia, todas ellas, al parecer, de signo depresivo, debido, en un caso (la «descodificación»), a su relativa novedad y, en otros (la «publicación» o la «desintegración»), a su acreditada persistencia.

##### 1. «Descodificación»

El grito que, no hace mucho, ha resonado entre los civilistas, en el sentido de que «el Código está muerto» y «el tiempo en que se codificaba, superado», tiene unos motivos bien precisos y una causalidad no por lenta y compleja menos identificable (53).

---

(52) La referencia completa es ésta: BUSNELLI, F. D.: *El Derecho civil entre Código y leyes especiales* —escrito especialmente para la revista española y traducido por M. L. ALBACAR MEDINA—, en «RGLJ», T. 258 (1985), pp. 757-779. Particularmente, al victorioso «asalto a la ciudadela» se refiere en la p. 758, advirtiendo —en nota— que la imagen «con tantos cañonazos, bombardeos, cuerpo a cuerpo, retiradas, derrotas...» está tomada del conocido ensayo de PROSSER: *The assault upon the Citadel*, en Yale L. J., 1960, pp. 1099 y ss., donde la ciudadela a asaltar es la llamada *privacy of contracts*.

(53) Un análisis resuntivo, en SACCO, R.: *Codificare: modo superato di legiferare?*, en «Riv. Dir. Civ.», 1983, 1, pp. 117 y ss., cuyo primer epígrafe dedica a «los funerales del Código civil»; en términos también de síntesis, DONISI, C.: *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, en «Rass. Dir. Civ.», 1980, pp. 645-649, y

Ante todo, y en *tema de fuentes*, el mismo Código, al que se reservó un puesto de honor, se ha visto doblemente degradado. Su autoridad ha quedado, por una parte, menguada, continua y cuantitativamente a causa de las leyes especiales —a menudo, discrepantes de su lógica y sistema— y, de otra, automática e indiscutiblemente superada por la Constitución que —succionando, si no contradiciendo, la esencia de instituciones codificadas— toma para sí la función de enunciar los (nuevos) principios y de garantizar el mínimo de uniformidad (54).

Observando el fenómeno en esa doble vertiente, y por orden inverso, puede añadirse de inmediato que han quedado comprometidas o superadas tanto *las opciones políticas* como la *naturaleza sistemática* del Código civil; y que en ambos frentes el Derecho civil ha cedido terreno en favor de la respectiva alternativa, sea la Constitución, sea las leyes especiales (55). Mas, si en estas últimas quiere datarse el inicio y progreso de la denominada «edad de la descodificación», no quedaría otro remedio que identificar en la Constitución la premisa

---

CASANOVA, M.: *Codice civile ed evoluzione legislativa*, en «Riv. Dir. Civ.», 1982, II, p. 620. No obstante, para una valoración más detenida, véase, al menos, IRTI, N.: *L'età della decodificazione*, Milano, 1979; DE CUPIS, A.: *A proposito di codice e di codificazione*, en «Riv. Dir. Civ.», 1979, II, p. 47; PIGA, F.: *Tramonto del codice civile? (Codice civile e istituti del diritto pubblico nella realtà del nostro tempo)*, y SCHLESINGER, P.: «*Il tramonto del codice civile*», ambos en *Temi della cultura giuridica contemporanea: Prospettive sul diritto privato. Il tramonto del codice civile. Il giurista nella società industriale*, en «Atti del Convegno di studi svoltosi a Roma il 27 e 28 ottobre 1979», Padova, 1981, pp. 49 y 73, respectivamente (los dos, publicados también en «Riv. Dir. Civ.», 1980, I, pp. 56 y 80 —por mi parte, citaré por la primera publicación, ya que recoge, además, las «intervenciones» de las que también haré uso—; y, para un desmentido reciente, particular y documentado, AMENTA, G.: *La verifica della decodificazione alla luce della legge speciale sulla disciplinad dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, en «Rass. Dir. Civ.», 1986, p. 1. Fuera de la doctrina italiana y con limitación al Derecho mercantil, OPPETIT, B.: *La décodification du Droit commercial français*, en «Etudes offertes à René Rodière», Paris, 1981, pp. 197-207.

(54) Tareas, ambas, que tuvo a su cargo el Código civil y que fundamentaron la siempre repetida nota de su **valor constitucional** —de cuya pérdida después me ocupó—; diríase, sin embargo, que, en el ejercicio del retracto constitucional, el terreno del que ha sido privado el Código no coincide exactamente, a veces por defecto —caso de la nacionalidad— y otras por exceso —caso de los principios informadores de las más importantes de sus instituciones—, no corresponde, digo, con la franja que sin otro título acaso que razones histórico-políticas venía ostentando. Para un apunte conciso, sobre la atribución y pérdida de esa nota a los Códigos, RODOTA, S.: *Le codificazione. Introduzione*, en «Il diritto privato nella società moderna», *cit.*, pp. 25-26, donde, tras conocidas citas de PORTALIS y SOLARI, observa cómo aquéllos vienen poco a poco perdiendo su valor constitucional, en beneficio de las denominadas Constituciones «largas», en las que se dedica amplio espacio a disciplinar situaciones de contenido económico, esto es, a una materia anteriormente monopolizada por los Códigos de Derecho privado.

(55) Como frentes diversos aparecen expuestos en BUSNELLI, pp. 759 y 761, del trabajo citado y que lleva por título precisamente la formulación de la «segunda» alternativa: *El Derecho civil entre Código y Leyes especiales*. La primera se encuentra ya en la monografía de GALGANO, F.: *Il Diritto privato fra Codice e Costituzione*, Bologna, 1979, a cuya **Prefazione** nos hemos referido en nuestra precedente nota 8.

y en las Leyes de desarrollo la consecuencia de la degradación del Código como fuente (56).

Por nuestra parte, aun reconociendo que esta última alianza contribuyera al afianzamiento de la línea de tendencia que, con lenguaje afortunado, se nomina «descodificación», nos resistimos a establecer la equivalencia entre Leyes de desarrollo de principios constitucionales y Leyes especiales-descodificantes (57). Preferimos retener el término «descodificación» como —otro más— alusivo a la pérdida de protagonismo del Código y del propio Derecho civil; hablar de los efectos de la Constitución, sólo bajo su aspecto positivo —en el epígrafe siguiente—, y encuadrar las Leyes especiales en la perspectiva de «desintegración» del sistema, a menor nivel, pero con la misma lógica, que los consagrados o presuntos «derechos especiales» (58).

---

(56) Ese es el planteamiento que subyace en IRTI, N.: *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, en «Riv. Dir. Civ.», 1979, I, pp. 141 y ss. Aunque, también da pie para, como luego diremos, analizar la «descodificación» desde la perspectiva de fenómeno-síntesis de las carencias del Derecho civil, cuando empieza afirmando que «las leyes especiales constituyen el centro de la experiencia jurídica contemporánea». No son las de antes, «especiales», o en el sentido de «especificantes» de materias ya enunciadas en el Código, o en el de «excepcionales» que, si chocan con el Código, tienen vedada la interpretación extensiva. Las de ahora no están llamadas a desenvolver principios contenidos en el Código, «sino a actuar directrices y principios programáticos fijados en la Constitución, o sea, **normas que ocupan, en la jerarquía de las fuentes, un grado superior al de las normas del Código civil**» (p. 145), por lo que se impone «redefinir la relación entre Constitución, Código civil y Leyes especiales» (p. 141). Obvio es decir —como no podremos dejar de criticar más tarde— que en el argumento de IRTI se toma el Código cual si fuera cuerpo refractario a los principios y directrices constitucionales, como continente del puro derecho decimonónico.

(57) Varias razones apoyan esta actitud. No es sólo que —como tendremos ocasión de referir casi de inmediato— la tensión «Leyes especiales» versus «Código», entre nosotros preceda a la Constitución y aun al Código. Tampoco en Italia el fenómeno es reciente, sino que —según recuerda Busnelli: *El Derecho civil entre Código y Leyes especiales*, cit., p. 761, nota 14— se remonta a principios de siglo, vigente el Código de 1865, y ya para entonces —abstracción hecha de Constitución y desarrollo— advirtió VASALLI: «La legislación de guerra... constituye una crisis en el Derecho privado, quizá la más grave crisis del Derecho privado.» Puede observarse en segundo término, cómo esa legitimación y engarce constitucional de las «leyes descodificantes», ni parece determinante en las exposiciones que, antes de IRTI, encaran «los problemas de la codificación» (Cfr. PRINCIGALLI: *Las vicisitudes de la codificación*, cit., pp. 91-92), ni se explicitan en las de aquellos que parten de IRTI como referencia (Vid., aparte de BUSNELLI: *Op. et loc. cit.*, MOTILLA: *La codificación como técnica de producción legislativa*, cit., pp. 570 y ss., y ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, J.: *El Derecho civil constitucional*, Madrid, 1986, pp. 60 y 61). Para RODOTA, S.: *Introduzione. Ipotesi sul diritto privato*, en «Il diritto privato nella società moderna», cit., pp. 12-13, las coordenadas de las Leyes especiales están, más que en la Constitución directamente, en las exigencias del desarrollo económico y en el propio «Código» de 1942, que ya había variado su relación dialéctica como aquéllas (respecto a la relación del Código derogado).

(58) No se olvide que ese viene a ser el segundo paso del propio IRTI [*Leggi speciali: dal mono-sistema al poli-sistema*, cit. —el tercero, la «neo-exégesis: *Scuole e figure del Diritto civile*, Varese, 1982, a cuya «introducción» antepone el estudio *La proposta della neo-esegesi* (a modi di prefazione), pp. 3-11—]. Y que, si a la historia se atiende, las leyes especiales no sólo pueden verse como «minidesintegraciones», sino que, las más de las veces, la autonomía legislativa constituye argumento y anuncio de la disgregación del correspondiente «Derecho especial»: Derecho mercantil, laboral,

El Código era, por otra parte y en su conjunto, una **ley imperativa**; esto es, salido de un Parlamento —siquiera, como en nuestro caso, las «Bases»— en el ejercicio de prerrogativas propias, sin mediación específica de los destinatarios. Sus proposiciones son **generales y abstractas** —he aquí, según Galgano, la relación evidente entre principio de igualdad y codificación— y se presentan como **perennes**, de manera que «la majestad del Código» —escribe Sacco, en el sentido que hemos dejado insinuado— se funda en este carácter casi perpetuo de las soluciones que acoge (59).

Por contra, no resulta inhabitual ahora que en el **iter** legislativo de las leyes especiales estén presentes, por una u otra vía, los destinatarios, lo que concurre a dar a la norma un fondo paccionado; como si la autocomposición de intereses, que a menudo encuentra mermada su omnipotencia en el área negocial por mor de las leyes «imperativas», se estuviera tomando venganza en el propio terreno de éstas, o, quizá más propiamente, tratando de coadyuvar «ad cautelam» a la configuración de los rígidos preceptos por los que inevitablemente va a verse luego sojuzgada.

La generalidad y la abstracción, naturalmente, no pueden faltar ni siquiera en las denominadas leyes especiales; pero éstas son menos generales y menos abstractas que los preceptos codificados. Muchas veces, la concreción o sectorización de alguno de aquellos preceptos demasiado amplios constituye razón de ser de la nueva norma; y aquellas notas parecen quedar bajo mínimos cuando la regulación afecta

---

agrario, registral, urbanístico, societario, cooperativo, de seguros, concursal, etc... En este mismo efecto consiguiente hace hincapié OPPETIT: *La décodification du Droit commercial français, cit.*, p. 203: la multiplicación de textos de origen diverso y de disposiciones especiales en absoluto codificadas determina la eclosión por todos los lados de reivindicaciones de autonomía y de particularismo y provoca la voladura de la noción misma de Derecho común. Y, en cuanto al propio IRTI, hay que llamar la atención sobre su última —según nuestro conocimiento— aportación al tema. Se trata de una Conferencia dictada en Génova, el 28 de marzo de 1987 [recogida en «Riv. Soc.», 1986, p. 1217, bajo el título *Movimento e istituzioni (i testi unici nel diritto privato)*], y en la que se plantea las consecuencias de la técnica del «texto refundido» en el campo del Derecho privado, concretamente en materia agraria, en los siguientes términos: «La tecnica del resto unico, non soltanto penetra nelle regioni del diritto privato —rimaste, fin ad ora, chiuso ed inviolabili—, ma sottrae un intero gruppo di norme al codice civile.

Texto unico e codice —che poco prima, nel quadro della dottrina corrente, sembravano esprimere opposti itinerari storici— si presentano ora in drammatica tensione. Il testo unico, espandendosi a materie di diritto privato, urta nelle antiche e possenti mura del codice civile.

Ne nasce un problema, che è, insieme, di storia legislativa e di storia generale: un affascinante problema di **cultura giuridica**, il quale offre risposta alle nostre due domande, e spiega l'audace avventura del civilista oltre i confini della propria disciplina» (p. 1219).

(59) La cita primera corresponde a GALGANO, F.: *Diritto privato*, Padova, 1981, p. 36; la segunda a SACCO: *Codificare: modo superato di legiferare?*, cit., p. 119. Sobre uno de los dichos caracteres, aproximativamente y de reciente, STOKER, A.: *El principio de la generalidad de la ley y su influencia actual*, en «RDP», 1986, pp. 627-630.

particularmente a un grupo, más o menos restringido, de personas (60), la mayoría de las veces nuestras «leyes especiales» se dictan —según expresión de Schlesinger— «a favor de alguien» (cultivadores directos, inquilinos, pensionistas, etc.). La rápida sucesión de las reglas legales conlleva la disparidad para los sujetos que se benefician de la protección en momentos diversos (61). Todo ello, describe un «particularismo» jurídico que es antítesis de la codificación (62).

Mas, aparte la incidencia que todo lo anterior tenga en la «sectorización» del interés general y del propio «sistema», lo grave —viene diciéndose— no es (sólo) que la prelación de fuentes, la génesis de la ley o sus notas se hayan visto afectadas de manera sustancial, sino sobre todo que el propio eje del Derecho civil ha sido minado y su ámbito reiteradamente comprimido. De un lado —y así lo hemos dejado apuntado (63)—, los Códigos del XIX tienen por gozne al individuo (abstracta y formalmente) libre, en su propiedad y en su volun-

---

(60) Con lo dicho, no se quiere insinuar, desde luego, que todo Derecho especial —caracterizado por «la singularidad de su materia»— suponga demérito para la «generalidad» de sus disposiciones (Cfr. LACRUZ BERDEJO: *Elementos*, I-1.º, *cit.*, p. 129); ni negar —con lo que ahora se anota— que determinadas «leyes especiales», en el ámbito civil, merezcan aprobación desde diversos puntos de análisis. Piénsese, por ejemplo, en la *Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes* («BOE» de 11 de enero de 1982), que pergeña un «particular» estatuto sucesorio (artículos 16 a 37), contradictorio del «general» codificado, por más que resulte plausible de cara al fortalecimiento de la actividad agraria, a las relaciones con los denominados Derechos forales o especiales e, incluso, como recuperación de esencias propias preteridas por la Codificación [Cfr. DE LOS MOZOS, J. L.: *Hacia un Derecho sucesorio agrario (Aspectos de la conservación de la explotación en el Código civil, en los Derechos forales y en el Derecho de colonización)*, en «ADC», 1974, p. 523; y, ahora, en «Estudios de Derecho Agrario (Segunda serie)», Valladolid, 1981, pp. 199 y ss.

(61) Piénsese, sin ir más lejos, en la «disparidad arrendaticia urbana», que introdujo el llamado «Decreto BOYER». No se trata de hacer balance sobre la consecución, o no, de sus objetivos inmediatos de «reactivación de la economía». Lo cierto es que, particularmente la supresión de la prórroga forzosa, abre un «abismo» (Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil*, II-3.º, Barcelona, 1986, p. 185, en nota) entre las situaciones jurídicas de los arrendadores (y arrendatarios) que lo eran entonces y los que han tenido ocasión de serlo al «amparo» del referido Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril («BOE», 9 de mayo), y devuelve al reino de la «autonomía de la voluntad» (Cfr. STS de 13 de diciembre de 1986 y comentario de HERNANDO COLLAZOS, I.: *CCJC*, núm. 13, p. 4289) un terreno en el que legislativa y jurisprudencialmente tenía restringida (cuando no vetada, por principio: vid. SSTs de 15 de octubre y 17 de noviembre de 1984, y mi comentario, *CCJC*, núm. 7 -1985, pp. 2164-2173) la entrada. De interés, asimismo, la extensa nota-comentario de ZENATI, F., a propósito de la «Loi núm. 86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière», RTDC, 1987, pp. 165-173.

(62) En sentido equivalente concluye SACCO (*Codificare: modo superato di legifera-re?*, *cit.*, p. 119) el epígrafe que intitula «los nuevos caracteres de la norma civilística», de cuyas observaciones es tributario el párrafo al que esta nota corresponde. Aunque, literalmente, algunas de las afirmaciones contenidas en el párrafo de referencia se toman de la síntesis de SACCO, es de todo punto conveniente ampliar el sentido con el texto de las «Ponencias» de PIGA: *Tramonto del Codice Civile?*, *cit.*, pp. 61-64, y SCHLESINGER: *Il tramonto del Codice civile*, *cit.*, especialmente, pp. 75-77.

(63) Véase, más arriba, la referencia de la nota 50.

tad, pero hace ya tiempo que la omnipotencia del propietario y del contratante han venido a menos (64). Y, de otro, el Derecho civil mismo, otrora protagonista indiscutido en las relaciones entre particulares, habría quedado reducido —según algunos análisis— a un conjunto de soluciones subsidiarias, destinadas a cubrir —cuando el recurso a la autointegración no proceda o no baste— las lagunas de las otras ramas del Derecho (65).

(64) En este instante y para una «noción» crítica y actualizada de «propiedad», vid., por todos, COSTANTINO, M.: *Proprietarios y sujetos interesados en el uso «social» de los bienes* —trad. V. L. MONTES—, en «LIPARI, N.: *Derecho privado...*», cit., pp. 217 y ss., cuya aportación en absoluto se presta a reseña, no sólo por su extensión, sino, sobre todo, por la propia concisión que, no obstante, rige la configuración de «las transformaciones experimentadas por el concepto base de propiedad y los problemas que pueden ser formulados al socaire de las leyes vigentes (Derecho escrito) tomando en cuenta la praxis observada en su aplicación». Limitémonos, pues, a la remisión; a recordar que parte de la premisa de que es insuficiente hablar de «crisis» de la propiedad, porque con ello o se significa «decadencia» (cuando todo el mundo se esfuerza en ser —o mantenerse— propietario) o se quiere decir estado de transición (y para nadie es fácil apuntar el rumbo); y, por lo que respecta a las posibilidades de «actuar», a trasladar la afirmación de que «el presupuesto de la teoría dominante, según la cual el propietario tiene el derecho de realizar toda posible forma de goce, es fruto de una abstracción lógica, solamente explicable para hombres del siglo XVIII» (pp. 217-218 y 262, respectivamente).

En lo que al contrato respecta, no es sólo que haya variado cuantitativamente el tanto de autonomía que puede soportar, se cuestiona la utilidad misma de la categoría. En la misma obra «colectiva» dirigida por LIPARI, véase el apartado V: *Utilización del contrato y disciplina de los negocios*, a cargo de CONSERVA, D.; MINUNNO, G., y PANZA, G. —trad., también por partes diferenciadas, por P. SALVADOR y M. GARCÍA AMIGO—, pp. 283 y ss.; en concreto, p. 360, donde PANZA escribe: «En conclusión y por razones opuestas, el contrato padece el desgaste de los tiempos: sea porque, en el plano de la realidad económica, y debido a la acción cada vez más agresiva de las empresas, el particular se ve privado de toda facultad de autodeterminación; sea porque, en el plano de la realidad normativa, se asiste, por el contrario, al fenómeno opuesto y/o de reacción a dichos estados de cosas por la intervención del Estado.»

Por lo demás, si la codificación supuso —y ya vimos: nota 47, *in fine*— una «desresponsabilización» política de los juristas por mor de una mayor «tecnificación» de la ciencia jurídica, «neutral» en sí misma y en las categorías abstractas que maneja, las investigaciones iusprivatistas más recientes insisten en desvelar el trasfondo ideológico de tales categorías. En este sentido, se traen a primer plano facetas descuidadas de otros pilares de la codificación: la *persona jurídica*, la *responsabilidad civil* y, por supuesto, el *negocio jurídico*. Vid. a este propósito, BUSNELLI: *El Derecho civil entre Código y Leyes especiales*, cit., pp. 759-760, y allí las oportunas referencias bibliográficas, sobre todo, al pensamiento de F. GALGANO.

(65) Exactamente en ese sentido se expresa, en su síntesis, SACCO: *Codificare: modo superato di legiferare?*, cit., p. 119. Sin embargo, resultan más alarmantes las aseveraciones de RODOTA cuando trata de aquilatar el papel respectivo del Código y de las Leyes especiales (y no se olvide que, en su Código, está también lo que debería ser la esencia del Derecho mercantil y laboral) en la orientación y desarrollo de la economía. Se trata del —que BUSNELLI (*El Derecho civil entre Código y Leyes especiales*, cit., p. 759) etiqueta como— **ataque al Código desde el punto de observación económico**. He aquí las palabras de RODOTA: *Introduzione. Ipotesi sul diritto privato*, cit., p. 13: «Il codice civile appare così sempre piú lontano del cuore del processo economico, impoverito com'e dalla continua emorragia a cui lo sottopongono le leggi speciali, che affrontano e disciplinano i fatti piú significativi del sistema socio-economico, sottraendoli in tuto o in parte alla normativa (apparentemente) generale contenuta nel

Estas son las que se presentan como claves del futuro de los Códigos (por vía de consecuencia, también del Derecho privado) descrito en sus tonos más negros. Incluso, supuesto que el movimiento de reflexión del que nos ocupamos es particularmente fecundo en Italia y constituye su referencia el «Derecho privado *in genere*» —en los análisis más ponderados, sólo su «Código»—, ¿no habrá que recargar las tintas cuando —como nos ocurre— el fenómeno de la «descodificación» se enfrente al «Derecho civil» sólo y/o a su Código, por añadidura, del siglo pasado?

La respuesta en este momento, cualquiera que fuera su signo, aparte ligera, sería aventurada. Puede, acaso, objetarse que ni siquiera el protagonismo dado aquí al fenómeno venía exigido, en la inteligencia de que nuestro Código civil no aparece solidario en aquel destino. No porque el fenómeno de las «leyes especiales» sea entre nosotros desconocido. Todo lo contrario. Las hubo antes que Código; la «edad de la descodificación» precedió aquí —y por razones que no cabe explicitar— a la de «codificación». Ya en el momento de su publicación el Código no contenía más que una parte menor del Derecho civil (66).

No está el Código tan muerto —sería la auténtica objeción— porque nuestro Legislador, que ha hecho uso de la técnica de las leyes especiales —descodificantes, en extremo, si se piensa en el contrato de seguro; en ocasiones, con el sentido restringido de desarrollo de principios constitucionales, caso de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 (67)—, también ha optado por «recodificar constitucionalizando», materias de tanto peso como las relativas al Derecho de familia o a la nacionalidad. Hasta una refacción de la materia contrac-

---

codice. Questo può ancora essere rappresentato come il regno della libertà e dell'autonomia dei privati: ma questa rappresentazione vale al livello della microeconomia, dei piccoli traffici, dell'attività domestica.»

(66) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, E.: *Prólogo al Código civil*, ed. Tecnos, Madrid, 1981, pp. 27-28: que, *ab initio*, sólo contuviera una parte menor del Derecho civil, obedece a un doble fenómeno. De un lado, el estatuto jurídico de la propiedad inmobiliaria se había producido ya vía leyes especiales y, de otro, las materias colindantes con otras ramas, sustantivas o procesales, le habían sido absorbidas por la correspondiente codificación anterior.

(67) Sobre cuya operatividad, a lo que parece, MUÑOZ MACHADO, S.: *Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación*, en «PJ», 1986-1, p. 11, con ocasión de la sentencia sobre el «caso Ramón y Cajal», ha abierto una polémica a la que en seguida se ha sumado CABEDO NEBOT, R.: *Sobre acciones de difamación*, en «PJ», 1986-2, p. 33. Mas, por el sentido del texto al que esta nota se refiere, nos interesa traer sólo la observación que el propio MUÑOZ MACHADO hace (p. 12, nota 3, *in fine*): «Nada más aprobarse la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 ha empezado a usarse con tal profusión la acción civil que esta norma regula que puede, con seguridad, decirse que *en el corto espacio de tiempo que lleva vigente se ha usado más veces —y aún sólo en los juzgados de Madrid— la vía civil para la protección del honor que el artículo 1.902 del Código civil en toda su historia*», habiendo, por otra parte, quedado la vía penal relegada a una posición secundaria y nada relevante (Esta última apreciación, en p. 15; el subrayado de la primera no es del autor).



tual parece todavía verosímil (68), si no se desprecian las tendencias de otros países en este mismo sentido (69).

Convéngase, sin embargo, que la «descodificación» no es otra cosa, si se ahonda, que la nueva etiqueta o rotulación de la siempre replanteada cuestión del significado y valor del Derecho civil en la sociedad presente. Así entendida —y así se entiende aquí— cuestiona y pretexta la revisión, no ya de una de las notas, sino del Derecho civil en su conjunto, y en concreto el más tradicional: el decimonónico codificado.

Es absolutamente necesario prenotar aquí mismo que la elección del punto de referencia, junto a la comodidad que suministra, conlleva un alto grado de simplificación, por cuanto, velada o abiertamente, se trasladan al Derecho civil (y todos nos representamos el que hora se estudia y aplica) las carencias advertidas sólo en el Código, que —para mejor contrastar— se toma en su pureza originaria. De modo que, en la instancia crítica, se dan al olvido, aparte algunas intervenciones legislativas —en el propio cuerpo codificado o extramuros [de forma que se minusvalora tanto la necesidad de integración de las «leyes especiales» (70) como la posible reacción de éstas sobre el Código (71)]—, la llamada interpretación correctora, de reajuste o evolutiva, que, al abrigo de principios o cláusulas generales, el propio Código facilita (72).

---

(68) Por una revisión de la materia patrimonial, conforme a criterios actuales y atendidas las pautas constitucionales, se inclina BERCOVITZ, R.: *Prólogo, cit.*, p. 31.

(69) Sobre el *status questionis* en el Derecho holandés, suizo y, especialmente, alemán, véase KRONKE: *Progetti di una nuova codificazione del Diritto delle obbligazioni nella Repubblica Federale Tedesca, cit.*, *passim*; y PATTI: *BURGERLICHES GESETZBUCH* («Convegno di Stoccarda, 28-29 gennaio 1983»), en «Riv. Dir. Civ.», 1983, II, pp. 393-396.

Acerca de la virtualidad del movimiento codificador, sobre todo, SACCO: *Codificare: modo superato di legiferare?*, *cit.*, pp. 120 y ss. He aquí su conclusión: «Por lo demás, desde 1946 el movimiento de codificación ha alcanzado —sobre dimensiones planetarias— una intensidad única. Han entrado en vigor cuarenta Códigos civiles, siete legisladores están codificando.» Aun sin apreciaciones generales, algún dato puede colegirse también en CASTRO, F.: *La codificazione del diritto privato negli stati arabi contemporanei —Appunti sulla circolazione dei modelli normativi—*, en «Riv. Dir. Civ.», 1985, I, p. 387.

(70) Muy concretas y oportunas resultan al respecto las afirmaciones de AMENTA: *La verifica della teoria della decodificazione alla luce della legge speciale...*, *cit.*, pp. 3-4. Después de reconocer que el artículo 1.º de la Ley de Adopción parece adecuarse a las tesis en cuestión, asegura que ese «intento programático del legislador» viene «inmediata y clamorosamente desmentido por la lectura de los artículos sucesivos», en los que la remisión al Código es constante, ora a preceptos concretos, ora a sectores enteros; y, sobre todo —aunque no parezca tan llamativo—, porque esa Ley especial «tiene vida y sentido sólo bajo el presupuesto de la continua y actual validez del Código».

(71) Por el momento, será suficiente con señalar que las Leyes especiales «no pueden seguir siendo relegadas a una especie de apéndice externo incapaz de reaccionar sobre el sistema»: BUSNELLI: *El Derecho civil entre Código y Leyes especiales, cit.*, p. 762.

(72) El aspecto general de la cita se refiere a TORRALBA SORIANO: *El Derecho civil desde la Codificación hasta el tiempo presente, cit.*, p. 338; y a KRONKE: *Proget-*

Como apunte previo ha de quedar también la hipótesis de que, tras la reforma del Título Preliminar, abriendo el (viejo) Derecho a la «realidad social», y la entrada en vigor de la Constitución, forzando la ósmosis de sus (nuevos) valores, inadvertidamente aquel Derecho decimonónico, rezagado, camina ya hacia una nueva síntesis de adecuación y pudiera rubricar, una vez más, que «cambia permaneciendo».

Ahora bien, habíamos dejado replanteados, significado, valor y límites de nuestra disciplina, siquiera en los términos dramáticos de quienes vienen oficiando los funerales del Código. No basta, por tanto, con enunciar un nuevo resultado final armonioso. Sería preciso desarrollar cada una de las contradicciones apuntadas hasta su disolución o reducción a justos términos; sólo entonces aparecería como verosímil el resultado propuesto.

Las dimensiones del trabajo no consienten ese desarrollo completo, amén de que la propia capacidad tampoco alcance a presentar la futura síntesis en términos de verosimilitud. Por añadidura, de las cuestiones que —con la indicada justificación— entresacamos, con unas el Derecho civil puede salir reforzado y en esa medida calificamos de «presuntos de reactivación»; pero hay otras en cuya superación no cabe confiar al momento presente. Nos referimos, ahora, a

---

*ti di nuova codificazione...*, cit., pp. 57-58. Por lo que al primero respecta, es de resaltar que, cuando escribe que «nuestro Derecho civil actual es peor que el Derecho civil instaurado por el legislador decimonónico, precisamente porque es el mismo, cuando no debiera serlo», de seguido advierte la labor de adaptación jurisprudencial y doctrinal. KRONKE, además, hace balance de esta adaptación y sus inconvenientes. En efecto —viene a decir— puede afirmarse que el Derecho civil, en su conjunto, responde puntualmente, siquiera con soluciones parciales, a las modificaciones de la realidad económico-social. Se saca la impresión de que el mismo sistema tiene a menudo la capacidad de reaccionar autónomamente a la falta de elaboración de un plano general de política legislativa, si bien el resultado es inevitablemente una cada vez mayor contradicción de la «tabla de valores» de referencia y la consiguiente pérdida de unidad.

Más en general (y anteriormente), cfr. VICENTE GELLA, F.: *El arte de legislar*, en «AAMN», T. 15 (1967), particularmente, p. 403; y CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Prólogo* (1932) a G. DEL VECCHIO: *Los principios generales del Derecho*, trad. y apéndice por J. OSSORIO MORALES, Barcelona, 3.ª ed., 1979, pp. 24-30. Por lo que hace a la doctrina actual, por sólo recurrir a dos ejemplos sobre cuestiones más concretas, consúltese CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.: *La predisposición del contenido contractual*, en «RDP», 1979, p. 674; y LASARTE ALVÁREZ, C.: *Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación*, en «RDP», 1980, p. 78. En aquél puede encontrarse el convencimiento de que los principios generales del Derecho siguen proporcionando valiosos instrumentos de flexibilización y purificación del ordenamiento, facilitando de hecho la conveniente y deseable labor creadora del Juez, de manera que, atendida aquella flexibilidad y este cometido creador, en nuestro ordenamiento jurídico la frontera entre el Derecho vigente en un momento histórico determinado y el Derecho que se reputa conveniente, no se nos presenta con nitidez. Y LASARTE, por su lado, a la vez que se muestra escéptico respecto de la viabilidad de una nueva codificación, subraya igualmente las excelencias de aquella flexibilidad: «Una vez más ha de agradecerse al legislador decimonónico el establecimiento de una norma abierta que permite una constante adecuación a la realidad y una modalización de la misma, sobre todo a través de la consideración de la buena fe como criterio normativo».

la «publicación» y a la «desintegración» —mantenidas en este epígrafe—, que siguen poniendo en tela de juicio dos notas («privado» y «general») suficientes hace un siglo para identificar el Derecho civil salido de los Códigos.

## 2. «Publicación»

La «publicación», «socialización» o, en ocasiones, «administrativización» no pocas veces se ha presentado como hilo conductor de discursos generales sobre la esencia del Derecho privado. Muchas más, como capítulo obligado de «Conferencias», «Memorias», «Conceptos» o «Voces» de iusprivatistas puestos en la necesidad de formular diagnóstico sobre el pasado reciente y posible futuro de la propia disciplina (73).

---

(73) De este tipo de reflexiones pueden recordarse, entre otras, las Conferencias de C. VALVERDE, pronunciadas en la Universidad de Madrid y publicadas en 1925 —con el título *Los Códigos civiles y el Derecho nuevo*—, en las que, según él mismo recuerda, llamaba la atención «acerca de la evolución del Derecho privado y de las transformaciones que han de producirse como consecuencia de los fenómenos económicos y de la organización obrera que se están produciendo en la actualidad», hechos sociales que, sin pretenderlo, van «creando un Derecho distinto del reglamentado en los Códigos civiles». Este recuerdo y la profundización sobre uno de sus aspectos, en *El Derecho civil y el Derecho sindical*, en «RGLJ», T. 162 (1933), p. 25, donde reconoce la crisis de «principios que se tenían en el Derecho civil como inalterables» y cómo «el Derecho subjetivo, eje principal del Derecho civil, cede parte de su importancia al Derecho objetivo». La clave de subsistencia está, sin perjuicio de la configuración de un nuevo «Derecho sindical (laboral)» como franca medianera del público y del privado, en la superación por parte de éste de su acentuado individualismo.

Obligada es, desde luego, la cita del trabajo —que trae origen, asimismo, de Conferencias previas— de CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Hacia un nuevo Derecho civil*, en «RGLJ» (1933), T. 162-163, pp. 5, 5 y 145. A propósito de la que denomina «tendencia democrática», tendente a rectificar sendas injusticias históricas —diferencias de clase social y desigualdad de sexos—, habla ya de «socializar el Derecho», pero es bajo el rótulo de «tendencia socializadora» donde trae nuevamente a reflexión el problema de «la oposición entre los principios individualistas y la idea social que quería abrirse paso a través de las clásicas instituciones civiles» (el entrecomillado y la referencia a anteriores pronunciamientos que se remotan a la hora de la codificación misma —Azcárate, Comas y Sánchez Román—, en CLEMENTE DE DIEGO, F.: como «Nota bibliográfica», «RDP», 1933, pp. 391-392). Trabajo, el de CASTÁN, que, si en otros momentos ha sido considerado actual (GARCÍA CANTERO, G.: *Releyendo «Hacia un nuevo Derecho civil»*, en «Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. CASTÁN TOBEÑAS, cit., I, pp. 78-79), ahora el paralelismo debería subrayarse por cuanto, como en el momento en que se escribió, «un nuevo régimen político y una nueva Constitución han venido a alterar gran parte de sus principios fundamentales». En cualquier caso, en ese mismo lugar —T. 162, pp. 5-7— puede entresacarse un buen repertorio bibliográfico de quienes ya para entonces se habían ocupado de las llamadas «transformaciones» del Derecho privado.

Esas transformaciones económico-sociales recorren otras monografías más generales, y de las que recordaremos únicamente dos. CIMBALI, E.: *La nueva fase del Derecho civil en sus relaciones económicas y sociales*, trad. de la 2.<sup>a</sup> ed. italiana por F. ESTEBAN GARCÍA y Prólogo de F. SÁNCHEZ ROMÁN, Madrid, 1893, con reflexiones interesantes aún, además de sobre el fenómeno de las «leyes especiales» (pp. 30-42),

En uno u otro trance, al «Derecho civil», entendido como el reino de la autocomposición y como garante de los fines individuales relativos a la familia y a los bienes, se enfrentan las, cada vez más frecuentes, injerencias del Estado en las relaciones económicas interindividuales; injerencias que limitan en muchos aspectos, si es que no anulan, aquella libertad de autocomposición.

Planteada en estos términos la cuestión, fácilmente se comprende que el núcleo del análisis se desplace, o bien a los papeles respectivos del Derecho **objetivo/subjetivo**, certificando que éste aparece cada vez más constreñido por las previsiones de aquél (74), o bien a la gran

---

sobre el inicio de esa «nueva fase» —la tercera— del Derecho civil (o, mejor, «Derecho social privado») que significa la reconciliación y reintegración del elemento individual en el elemento social; e interesante, asimismo, la traducción citada, por cuanto SÁNCHEZ ROMÁN incorpora a su «Prólogo» el texto de la carta en la que A. COMÁS se confiesa partícipe de las ideas del autor: «También creo, como usted, que las puertas del Derecho civil no deben cerrarse al espíritu innovador de nuestra época. Todo lo contrario. Me parece que, abrazando todos los actos de la vida humana, y habiéndose modificado ésta profundamente por la continua evolución de la sociedad, el Derecho privado no puede mantenerse extraño a este continuo progreso sin que deje de cumplir su fin. He aquí por qué he sostenido siempre en la cátedra que los moldes de los Códigos vigentes son pequeños para la moderna esfera civil. Me parece que aquellos países, como el mío, en los que todavía no se ha podido realizar la obra codificadora en materia civil, deben separarse del Código francés, que ya su ilustre conciudadano Pellegrino Rossi encontraba deficiente» (pp. 10-11). La otra obra, de cita inexcusable, es francesa y de nuestro siglo: SAVATIER, R.: *Les métamorphoses économique et sociale du Droit privé d'aujourd'hui*, segunda y tercera serie, París, 1959; y, en especial, primera serie: *Panorama des mutations*, 3.<sup>a</sup> ed., París, 1964, que se inicia con la subsección del Derecho en el fenómeno —estudiado por D. HALEVY en 1948— de «aceleración de la Historia» y se cierra con un capítulo —*Prolétarisation du Droit civil? Passage du statisme au dynamisme*— dedicado a la revisión de las «concepciones burguesas del Código civil».

Por lo que se refiere a posicionamientos más próximos, consúltese, por ejemplo, DíEZ-PICAZO: *El sentido histórico*, cit., pp.648-649, que considera la «administrativización del Derecho civil» especie de movimiento pendular, desde los excesos del «individualismo» a los del «comunitarismo», y —siguiendo las enseñanzas de F. DE CASTRO— propone como punto de equilibrio «la plena realización de los valores personales dentro de un pleno desarrollo de la comunidad, ideal alcanzable siempre que se mantenga el difícil equilibrio de los dos términos —persona, comunidad— de la contraposición; JORDANO BAREA: *Concepto y valor del Derecho civil*, cit., p. 735, según el cual «el máximo peligro del Derecho civil (espacio-temporalmente considerado, **hic et nunc**, mas no el perenne) estriba en morir devorado por el Derecho administrativo»; PASCUAL QUINTANA: *La encrucijada del Derecho civil*, cit., pp. 426 y ss., para quien, «publicación» y «desintegración» juntas, pudieran traer como consecuencia «que, en un día más o menos lejano, el Derecho civil se diluyera hasta llegar el momento en que el Código civil figurara en un museo de antigüedades junto al hacha de guerra y la rueca», destino del que pudiera salvarle «ese valor permanente que asignamos al Derecho civil» (p. 429); TORRALBA SORIANO: *El Derecho civil desde la Codificación hasta el tiempo presente*, cit., 344 y ss., y GRASSETTI, C., y CARNEVALI, U.: voz «*Diritto civile*», Nov. Dig., It., **Appendice**, T. 2, Torino, 1981, pp. 1160 y ss., cuya síntesis inicial queda reflejada en los siguientes párrafos del texto.

(74) No parece oportuno volver, en este momento, sobre la mengua de la autonomía contractual o sobre la decoloración de la propiedad como Derecho absoluto y uniforme. Esta perspectiva, ya quedó insinuada en la nota 64. Es el lugar, sin embargo, para destacar «que se ha pasado desde la consideración del derecho subjetivo (eje sobre el cual se construyó el sistema civil decimonónico) como fundamento del objetivo

dicotomía **público/privado**, para fundar la constatación de que, si en el siglo pasado las dos esferas estaban perfectamente delimitadas y parecían comunicables, en el siglo presente el Derecho público ha ido ganando terreno al privado, publicándolo en gran parte (75).

Habiendo, en fin, de contar con estas premisas, no sorprende la propuesta de abandonar la distinción y unificar ambos sistemas de normas, en una especie de «**Derecho común**», fuera del cual quedarían únicamente el Derecho constitucional y algún otro sector específico (76).

---

hasta la inversión total de la relación, llegándose incluso a negar la existencia misma de los derechos subjetivos», pasando por «degradarlos», de «señorío de la voluntad», a «intereses jurídicamente protegidos»; cuestión que no se agota en una nueva configuración del «Derecho subjetivo», sino que trasciende «a la posición del individuo dentro del orden jurídico, a las relaciones entre Derecho privado y Derecho público, así como a la configuración del orden jurídico total»: TORRALBA SORIANO: *El Derecho civil, cit.*, pp. 344-345, y aquí otras referencias. Por lo demás, con la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1987, de 26 de marzo (desestimando el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados artículos —atinentes a la propiedad— de la Ley del Parlamento de Andalucía núm. 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria), no pueden ser más actuales —y atinadas— las siguientes observaciones de aquel trabajo: «La introducción de la exigencia de una función social en el concepto de Derecho subjetivo ha implicado una concreción del contenido y de las facultades del mismo, así como una especie de legitimación de la titularidad derivada de su correcto ejercicio, legitimación que juega, por supuesto, positivamente, se mantiene al titular que ejerce sus derechos de acuerdo con las necesidades sociales, y negativamente, se priva del derecho a causa de un ejercicio abusivo o antisocial del mismo» (p. 347).

(75) Para la distinción **público/privado**, en su dimensión romanista, Cfr. ANKUM: *La noción de ius publicum en el Derecho romano, cit.*, pp. 525 y ss., así como los restantes trabajos referidos, *supra*, nota 15; desde la perspectiva histórica, CALASSO, F.: voz «*Diritto (le basi storiche delle partizioni)*», «Enc. Dir.», T. 12, *cit.*, pp. 829 y ss.; y, en nuestra manualística, por sólo citar dos de las aportaciones más completas y actualizadas, DE LOS MOZOS: *Derecho civil español, I-1.º, cit.*, pp. 89-117, y LUNA SERRANO, A., en LACRUZ: *Elementos de Derecho civil, I-1.º, cit.*, pp. 119 y ss. Para un enfoque más específico o reciente, PUGLIATTI, S.: voz «*Diritto pubblico e privato*», Enc. Dir., T. 12, *cit.*, pp. 720 y ss. COTTA, S.: *La dimensione sociale nell'alternativa tra il pubblico e il privato*, en «Riv. Dir. Cit.», 1980, I, pp. 121 y ss.; GALASSO, G.: *Il Diritto privato nella prospettiva post-moderna*; LOMBARDO, A.: *Pubblico e privato tra sistema politico e società civile*, y PELLICANI, L.: *La riscoperta dell'autonomia privata*, los tres, en «Temas de la cultura jurídica contemporánea», *cit.*, pp. 16, 24 y 30; GRECO, G.: *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. — I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986; BELL, J.: *Droit public et droit privé: une nouvelle distinction en droit anglais (l'arrêt O'Reilly v. Mackman: un arrêt Blanco?)*, en «Rev. fr. Droit adm.», 1985, pp. 399 y ss., y GERN, A.: *Neuansatz der Unterscheidung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht*, en «ZRP», 2, 1985, pp. 56-62.

(76) Sobre la propuesta unificadora o de un nuevo «Derecho común», véase, GIANINI, M. S.: voz *Diritto amministrativo*, en «Enc. Dir.», T. 12, *cit.*, p. 867; y BULLINGER, M.: *Derecho público y Derecho privado* (ed. alemana de 1967), trad. y nota preliminar de A. ESTEBAN DRAKE, Madrid, 1976. Respecto de esta última obra y aunque sea brevemente, conviene poner de relieve, de un lado, que el propio autor no la considera del todo cerrada (p. 11), y, de otro, que el propio tenor de la propuesta no es tan radical ni «pro-publicista» como a veces se deja entender. En efecto —por lo que hace a la negación del primer carácter—, bastará con recordar que propone la superación de la distinción sólo en lo que ha llegado a tener de **a priori** dogmático-jurídico, sin perjuicio, por tanto, de conservar la diferenciación —del «Derecho común»— **a posteriori**; y la «desideologización» o renuncia a la contraposición valorativa

Por lo pronto, hay que poner en duda que las transformaciones experimentadas por el Derecho privado y, en particular, por el Derecho civil, de la codificación al presente, puedan reconducirse a la simple etiqueta de su «publicación». El diagnóstico de su contaminación con el Derecho público —escribe Giorgianni— resulta excesivamente sumario, ante todo cuando se toma conciencia de la «historicidad» de la propia distinción **publicum/privatum**, de su adherencia a peculiares concepciones —romanas o intermedias— del Derecho y, acaso también, a un particular sistema de fuentes (77).

De otra parte, no deja de ser curioso que justamente en el Derecho de familia —donde tradicionalmente se ha visto más limitada la «autonomía» y una mayor proximidad con el Derecho Público— haya venido atenuándose la impronta publicista de su regulación en aras a un mayor ámbito de actuación de la autonomía privada o, si se prefiere, para el más libre desarrollo de la personalidad (78). A ello

---

—que, por lo demás, fácilmente conduce «a un prejuicio global en favor de una u otra esfera jurídica»—, sin que «sea absolutamente necesario abandonar las categorías de Derecho público y privado en tanto que expresivas de determinados ámbitos pedagógicos y doctrinales, tal como se pensaron, en realidad, a partir del siglo XVII». Que la propuesta, en fin, no supone prejuicio «ius-publicista», fácilmente se infiere tanto del **modus operandi** sugerido («en la medida en que en diversos sectores existan ya reglas jurídicas comunes a los campos así llamados Derecho público y privado, bastará con ponerlas de relieve y reconocerlas como Derecho común. En otros sectores tendrían que ser la legislación y la jurisprudencia las que, apoyadas en un previo trabajo de la doctrina, construyesen un Derecho común que superase la separación de lo jurídico-público y lo jurídico-privado») como del hecho de que no obste a la confección de un Código civil especial que, aparte las instituciones familiares y hereditarias, acogiera «las normas jurídicas generales del régimen económico de los bienes y el tráfico», «la totalidad de las relaciones jurídicas de la economía, independientemente del **status** de los sujetos interesados» (las referencias, básicamente, en pp. 120 y 162-170).

(77) GIORGIANNI: *Il diritto privato*, cit., p. 398, que, asimismo, pone el acento en la contingencia de la distinción en base al hecho de que, desde el punto de vista del Derecho comparado, se muestra difuminada en el mundo anglosajón. Bien es cierto que, al momento actual, este matiz del argumento habrá de ser sometido a revisión, a la vista del giro total —de «verdadera revolución del pensamiento» habla BELL— experimentado de reciente por la jurisprudencia inglesa, que ha venido a limitar el procedimiento «administrativo» en atención no tanto a la naturaleza (pública) del organismo que actúa o de la actividad que desarrolla como a la sustancia de la cuestión que se plantea (cfr. BELL: *Droit public et droit privé: une nouvelle distinction en droit anglais*, cit., pp. 399-409).

(78) El propio CASTÁN TOBEÑAS: *Hacia un nuevo Derecho civil*, cit., T. 162, p. 31, había ya apuntado un fenómeno semejante de «despublicación»: «Se da la anomalía de que el Derecho patrimonial, que era individualista en los Códigos civiles, pasa a ser social (transindividualista) en el nuevo Derecho; mientras que, a la inversa, el Derecho de familia, que en los Códigos civiles respondía a una concepción transindividualista e institucional, tiende ahora a cambiar de carácter bajo la influencia del espíritu liberal e individualista». Pero, seguidamente, hay que anotar que, no obstante, la equivalencia semántica de los términos de la observación, la «despublicación» a la que nos referimos en el texto, ni es «anómala», ni propiamente continuadora de la descrita por CASTÁN. Hay un matiz que cambia esencialmente la valoración: el término de llegada no es, ahora, el «individualismo», como valor, sino, más bien, el «personalismo», la potenciación de los valores y situaciones existenciales (cfr. PERLINGIERI, P.: *Editoriale*, en «Rass. Dir. Civ.», 1983, pp. 1-4). En esta «toma de postu-

no empece una mayor intervención judicial en las relaciones familiares, orientada —como parece—, sea a provocar el acuerdo de los interesados, sea a reforzar la posición de los miembros más necesitados de protección (79).

ra» no puede ser intrascendente que el artículo 10.1 de la Constitución haya intercalado el «libre desarrollo de la personalidad», entre los Derechos civiles inviolables y el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, como fundamento del orden público y de la paz social. Precepto que, con otros —9.2, 22, 33, 37 y 38—, permite «deducir la existencia de un principio general de autonomía privada en nuestra Constitución», operante, asimismo, en el terreno del Derecho de familia con el límite del «orden público familiar» (en este sentido, y a partir de un enfoque más general —«el principio de autonomía de la voluntad y la cuestión del carácter público o privado del Derecho de familia»—, Díez-Picazo, L.: *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, pp. 87-94).

Desde luego que la observación pudiera concretarse mediante un repaso de la actual regulación de las instituciones familiares, donde ya no sorprende encontrar a la voluntad de los sujetos actuando en términos realmente generosos. Sin embargo, dos de ellas pueden servir una buena perspectiva. En primer lugar, la filiación, en la que el papel excluyente que venía ostentando la ley en la determinación de la paternidad, resulta ahora compartido por la verdad biológica, pero también —y en aumento progresivo, debido a las nuevas técnicas de «reproducción asistida»— por la verdad «afectiva» o «social» en cuya base se encuentra la voluntad individual (cfr. RAYMOND, G.: *Volunté individuelle et filiation par le sang*, en «RTDC», 1982, pp. 538 y ss.; y los trabajos de VELLAY, P.; DAVID, G., y RAYNAUD, P.: *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, par LABRUSSE/CORNU, Paris, 1982, pp. 73, 79 y 87, respectivamente; entre nosotros, las Ponencias recogidas en *La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, y GIL/ASUA: *Reseña de un Congreso*, en «ADC», 1987, p. 1253). Y en segundo lugar, el llamado *tratado del matrimonio* donde se insiste en la tendencia general a «la contractualización del Derecho de familia», especialmente y entre nosotros a partir de las reformas de 1981, tanto en cuestiones casi estrictamente patrimoniales (donaciones por razón de matrimonio y capitulaciones, DE LOS MOZOS, J. L.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. ALBALADEJO, T. 18-1.º, Madrid, 1982, pp. 81 y 265) como en otras de carácter más personal (celebración y disolución del matrimonio, CLAVERÍA GOSALBEZ, L. H.: *Hacia una nueva concepción del matrimonio*, en «La Ley», 1983-2, pp. 1289-1299), pasando por las que combinan aspectos personales y económicos (convenio regulador de las consecuencias de la crisis matrimonial, LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Un nuevo contractualismo en el Derecho familiar*, en «La Ley», 1982-3, pp. 727-730). Por lo demás, no ha faltado quien haya puesto de relieve que, si bien se ha dejado un amplio margen de actuación a la «autonomía privada», el pudor de las palabras ha inhibido al legislador a usar el nombre del instituto: GRASSETTI/CARNEVALI: voz «*Diritto civile*», cit., p. 1162, y ALONSO PÉREZ, M.: *Separación consensual, acuerdo para divorciarse y convenio regulador en el Derecho matrimonial español*, en «La Ley», 1983-4, p. 1147.

(79) Sobre el tema, con anterioridad a la reforma, REVERTE NAVARRO, A.: *Intervención judicial en las situaciones familiares*, Murcia, 1980; para la nueva orientación, ROPPO, E.: *Il giudice nel conflitto coniugale*, Bologna, 1981. A propósito, sin embargo, de la nueva regulación de la tutela y, en particular, del nuevo artículo 216 —que pone dicha función «bajo la salvaguarda de la autoridad judicial»— ROCA I TRIAS, E., ha reiterado que «puede llegarse a una conclusión muy distinta de la propugnada por la mayoría de la doctrina española: el Derecho de familia estructurado en el Código civil a partir de las reformas de 1981 es *intervencionista*, en el sentido de que exige el control de la estructura familiar por los poderes públicos, y esta intervención es decisiva, porque sobre todo en el plano de la tutela y de la patria potestad las relaciones entre los titulares del oficio y los sometidos a ellas son imperativas, lo cual provoca que su vulneración lleve consigo las sanciones correspondientes y comporta también que la autoridad deba velar por los intereses de los tutelados» (en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coord. por M. AMORÓS y R. BERCOVITZ, Madrid, 1986, pp. 234-235).

Observación tan genérica, sirve al menos para relativizar el alcance del fenómeno que tenemos planteado también en términos genéricos; siquiera, para alcanzar la conclusión de que, si una parte del Derecho civil ha sufrido la influencia del Derecho público, otra, y esencial, ha experimentado la evolución contraria, de público a privado; e incluso una tercera, como el Derecho de sucesiones, se muestra relativamente extraña a tales influencias tanto en un sentido como en otro (80).

Claro que la referida conclusión, de un lado, reafirma la veracidad de la tendencia en el terreno de las relaciones económicas y, de otro, presupone la validez misma de los puntos —**publicum versus privatum**— que se tomaron como referencia. Tampoco sería razonable menospreciar, entre nosotros —que no podemos hablar, en general, de Derecho privado, sino sólo de Derecho privado «general», dejando fuera el mercantil, el laboral y seguramente el agrario—, el riesgo de que semejante «conformismo» tienda puente a una nueva restricción en la línea de demarcación del Derecho civil, puesto en la tesitura de quedar reducido a un ordenamiento de la persona en su proyección extrapatrimonial y familiar, abandonando la parcela económica en beneficio de alguno de aquellos Derechos (privados) «especiales».

Por todo ello, si el Derecho civil quiere (y puede) remontar la pendiente señalada, precisa dimensionar el alcance real de su «contaminación» (81), para lo que no puede prescindir ni de aquilatar el significado que aún conserve la propia dicotomía «**público/privado**» (82) ni de someter a revisión profunda las coordenadas socio-políticas

(80) Así, GRASSETTI/CARNEVALI: voz «*Diritto civile*», *cit.*, p. 1165.

(81) No es éste, desde luego, el lugar más indicado para desenmarañar la serie de componentes «extrajurídicos» que condicionan la virtualidad y eficacia de las instituciones «privadas» *stricto sensu*. Recordaremos, en todo caso, que el Derecho privado general «conscientemente apolítico en cuanto edificio doctrinal y normativo» y desentendido de las transformaciones de orden político, económico y social, a pesar de estar implicado en ellas, «como desencadenante o víctima», alguno de sus institutos —v.gr. la libertad contractual—, ha visto «peligrar su vigencia práctica por efecto de motivos precisamente políticos» (BULLINGER: *Derecho público y Derecho privado, cit.*, pp. 65-66); que lo que no hace mucho se consideró «el triunfo del Derecho público sobre el Derecho privado, no es la resultante de un proceso netamente jurídico, sino que se debe a otras causas que lo que menos tienen son visos de juridicidad», por ejemplo, a la mediación de las entidades bancarias entre las fuerzas del capitalismo y el propio Estado (PASCUAL QUINTANA: *La encrucijada del Derecho civil, cit.*, pp. 436-438), o, quizá también, a la actual exigencia de «compromiso-defensa» del propio Estado frente a la imprescindible, pero agobiante, presencia de las Empresas Multinacionales que monopolizan las nuevas tecnologías (cfr. FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: *El control de las Empresas Multinacionales*, Madrid, 1983, particularmente, pp. 34-37, 163-167 y 297-298).

(82) Esta parece ser la actitud de LUNA SERRANO, habida cuenta de su última exposición del tema —en LACRUZ: *Elementos*, I.1.º, *cit.*, pp. 19-39—. En su trabajo, puede efectivamente constatarse tanto el componente **político** que condujo a la sublimación de la distinción en el Derecho burgés codificado —expresión jurídica del enfrentamiento entre individuo y colectividad, con primacía para aquél—, como los ulteriores embates ideológicos y científicos que justifican la inversión de la tendencia y



que le revalidaron, al momento de la codificación, esta segunda nota. Y, supuesto que **Derecho civil** es primariamente el Código, pero también las Leyes especiales, su alternativa de subsistencia y efectividad acaso no encuentre otra vía que la reformulación de sus principios normativos —conforme a las nuevas exigencias— para seguir atendiendo al mismo sector de la realidad social que en su momento reguló según los esquemas y convicciones de la «clase codificadora» (83).

---

hasta la «superación-negación» de la distinción misma. Pero hay aún serias y fundadas razones que propugnan el mantenimiento de la distinción, ciertamente desvestida del matiz fundamental que otrora tuvo: «Aunque sólo sea porque su tradicional vigencia la ha convertido en un punto convencional de referencia y ha impregnado de diferentes modalidades la metodología jurídica y la valoración e interpretación de las normas en los ámbitos del Derecho público y del Derecho privado y porque —lo que es en el terreno de la vida práctica más inmediatamente importante— las soluciones de las situaciones conflictivas que se proponen en uno y otro de aquellos ámbitos jurídicos reclaman la solución de instancias jurisdiccionales diferenciadas» (p. 21; pero, propiamente, sobre el «significado y alcance de la distinción» se extiende en las pp. 34-39).

Entre nosotros y al momento actual parece permitido concebir esperanzas en torno a la devolución a la jurisdicción «ordinaria» del conocimiento de cuestiones dudosamente «públicas». En esta dirección apuntan legislación, doctrina y jurisprudencia: cfr. Real Decreto Legislativo 1.255/1986, de 6 de junio, que modifica determinados artículos de la Ley 23/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado para adaptarle a los compromisos derivados del Tratado de Adhesión de España a la CEE (se añade el artículo 4, número 3, que establece: «Los organismos... quedarán sometidos también, en el ejercicio de su actividad aseguradora, a la Ley de Contrato de Seguro y a la Jurisdicción Civil»); SALVADOR CODERCH, P.: *La enseñanza del Derecho en España*, Barcelona, 1987; PANTALEÓN PRIETO, F. A.: *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Madrid, 1985, y DE ANGEL YÁGUEZ, R.: *Jurisdicción competente en reclamaciones de responsabilidad civil contra la Administración*, en «Estudios de Deusto», vol. 34/2, Bilbao, 1986; y, de la más reciente jurisprudencia, SSTs de 2 de febrero, 16 de marzo y 29 de octubre de 1987, así como las de 5 de mayo y 10 de junio de 1988.

En ese mismo orden de ideas —de no prescindir de la bipartición, porque está en la base del ordenamiento jurídico (alemán) y sigue siendo determinante a efectos concretos—, parece sugestiva la «nueva aportación» de GERN: *Neuansatz der Unterscheidung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht, cit.*, en la que, tras constatar la insuficiencia de las teorías hasta el momento propuestas para la distinción, y aseverar que la diferenciación ha de perfilarse con apoyo en la **voluntas legislatoris** —por cuanto no se trata de una cualidad necesaria ni inherente al Derecho mismo— y que resulta imposible captar aquélla con los criterios hermeneúticos vigentes, emplaza al Legislador mismo para que proceda a la delimitación de los ámbitos respectivos. Entiende GERN que es, desde luego, el Legislador quien puede y debe hacerlo; que a su libertad de «definición» se suman imperativos constitucionales y democráticos, y que, por añadidura, con la actual indefinición desmerecen los principios de confianza y previsibilidad de la actuación pública. Seguidamente, él mismo, presenta una «propuesta de definición», que gira en torno a la denominada «teoría de la competencia» —Kompetenztheorie—, y que aprovecha y combina —dice— elementos de las ya elaboradas por la doctrina. Mas —si se ahonda— hay en ella un elemento primordial que reside en la «naturalidad» del sujeto que actúa y otro complementario, que consiste en otorgar a la Administración o persona jurídico-pública que actúe o se vea inmersa en ámbitos jurídico-privados la sumisión a su propio ordenamiento (público), **salvo que expresamente opte por quedar sujeta a la normativa general (privada) del instituto correspondiente** (sobre la propuesta, en sus términos exactos, vid. pp. 59-61).

(83) En definitiva y concediendo que sean exactos los términos de la «alternativa» formulada por IRTI, N. (*Introduzione allo studio del Diritto privato*, 3.<sup>a</sup> ed., Torino, 1976, pp. 122-123), procedería optar por la solución dinámica —aun sin poder precisar

Que no podemos desmenuzar aquí los fenómenos cuya confluencia ha propiciado la criticada «contaminación», no nos impide, sin embargo, significar algunos puntos del análisis que parece más acertado, en la inteligencia, además, de que la pretendida «renovación y modernización del Derecho civil» —en demérito, si fuera preciso, del carácter «privado» que le encorseta— encuentra sus referencias más firmes en otras tendencias que no son objeto de este apartado (84).

En primer lugar, habría de significarse la falta de continuidad lógica del que a veces se pretende intervencionismo estatal creciente y rectilíneo. Quiero decir que no es el Estado, antaño liberal y remiso a la intervención, el que ahora interviene por doquier. Es otro, si se nos permite la licencia, el Estado que ahora interviene y limita «con arreglo a una planificada estrategia» y a partir de «líneas específicas de política social»; que, en algún momento, el papel del Estado deja de progresar cuantitativamente para asumir en su intervención un cambio cualitativo (85).

Que —sería el segundo rasgo— los viejos parámetros (público-privado, intervención-autonomía) devienen hasta cierto punto inútiles, por cuanto, instalados en un «nuevo sistema económico, tendente a servirse de los instrumentos de la iniciativa privada y pública, para fines de bienestar general», la realidad contradice la imagen de un Estado que «publica» todo lo que toca; antes al contrario, al contacto con la economía parece avocado a salir él mismo «privatizado»; de manera que, a la postre, el Derecho privado no habría perdido

---

«tiempos» ni «métodos» (acaso ahora estemos en período de tránsito y haya que empeñarse, como él mismo ha propuesto después, en una poco espectacular labor de «exégesis» de las Leyes especiales que posibilite una «neocodificación»)—. He aquí su alternativa inicial para el Derecho privado: o se define en base a la **naturaleza de los intereses tutelados**, y entonces corre el riesgo de sobrevivir como disciplina de una economía estática y de procesos productivos elementales; o, por contra, se define en base al **contenido**, esto es, a la actividad, que se desenvuelve y a los institutos que se aplican, en cuyo caso puede perder todo nexo con el cuerpo de normas codificadas y disolverse en un **nuevo derecho común**.

(84) Las consideraciones oportunas cobrarán mejor perspectiva a partir del doble proceso de «constitucionalización» y «despatrimonialización» al que parece sujeto el Derecho civil actual.

(85) No tenemos ya, ciertamente —escribe KRONKE: *Progetti, cit.*, p. 56—, un Estado que se limite a asegurar, dentro de la máxima neutralidad, un cuadro de condiciones formales en el que puedan desarrollarse las libres iniciativas de un grupo más o menos amplio de sujetos jurídicos, contrarrestado por una sustancial homogeneidad desde un punto de vista económico, sino un Estado que interviene, con arreglo a una planificada estrategia informada por líneas específicas de política social, para incidir, incluso a través del Derecho privado, en los intereses diferenciados de la comunidad social y para realizarlos. Y, en términos semejantes se había expresado ya —entre otros— GIORGIANNI: *Il Diritto privato, cit.*, p. 408, añadiendo que «cuando se quiere valorar el sentido de las limitaciones puestas a la actividad económica privada, conviene tener presente que no son expresión de una sobreestructura del sistema liberal, sino que constituyen la estructura íntima del nuevo sistema económico, tendente a servirse de los instrumentos de la iniciativa económica, privada y pública para fines de bienestar general».

terreno, más bien lo habría adquirido nuevo, imponiendo el uso de sus instrumentos a la actuación económica de los mismos entes públicos (86).

Que —para terminar— en ese Estado social de Derecho, una cosa es lo social y otra lo «público». Que también lo público debe hacer cuentas con lo social y pese a que la Constitución hable sólo de la función social de la propiedad privada, es control válido, asimismo, para la gestión de los bienes de titularidad pública (87).

Lo «social» habría devenido no tanto la avanzadilla de lo público cuanto verdadera bisagra de un sistema de controles cruzados, de lo público sobre lo privado y de lo privado sobre lo público, en armonía

---

(86) Sobre el argumento, aparte GIORGIANNI: *Il diritto privato*, cit., p. 408, véase, al menos, RODOTA: *Ipotesi sul diritto privato*, cit., p. 19 —donde subraya la profunda ambigüedad de esta expansión de categorías e instrumentos de origen privatístico, tanto desde el punto de vista de sus componentes ideológicos como desde la perspectiva de sus efectos prácticos: el recurso al «contrato», en vez de al acto administrativo o legislativo, puede, ciertamente, significar el tránsito de un modelo autoritario a otro de participación de los ciudadanos en la administración; pero, también, pudiera ser una manifestación de debilidad del poder público, esto es, de retraimiento de los intereses generales—; GALGANO: *Il Diritto privato fra Codice e Costituzione*, cit., pp. 42-44, donde —aparte servir la idea que reflejamos en el primer inciso del párrafo—, tras subrayar la filosofía subyacente en la bipartición (sólo la voluntad del particular puede ser autonomía/arbitrio, no la de los poderes públicos) así como la «objetivación» que está en la base de la propuesta de ese «nuevo Derecho común» (indiferente a la naturaleza de los sujetos que actúan y al carácter de los intereses en juego), acaba preguntando: ¿qué es de aquella «filosofía»?; ¿cómo puede conciliarse el carácter arbitrario del acto de autonomía contractual con la naturaleza pública del interés perseguido?; y SANTORO-PASSARELLI, F.: *Il Codice civile e il mantenimento dei valori essenziali*, en «Temì della cultura...», cit., pp. 139-141.

En todo caso, habría que someter a escrupuloso reconocimiento la calidad de ese nuevo terreno desde la óptica de la real operatividad de los instrumentos privados, no vaya a ser que —como dijera PASCUAL QUINTANA, M.: *La eficacia del Derecho privado en las relaciones de los particulares con la Administración*, en «RGLJ» (1969), T. 226, p. 933— aún en ese caso —por culpa de la vía gubernativa previa ex artículo 138 de la LPA— resulte «totalmente imposible esgrimir cualquier derecho particular y, por tanto, privado, sin pasar por el tamiz del ordenamiento jurídico público». Por lo demás, como subraya IRTI: *Introduzione allo studio del Diritto privato*, cit., p. 121, los propios instrumentos de Derecho privado, utilizados en la actividad económica de los entes públicos, se hallan expuestos a una continua **revisión**, y a un proceso de adaptación constante, de manera que pueden acabar siendo absolutamente diversos de los contemplados en el Código.

(87) LENER, A.: *Interventi* sobre el tema «*Prospettive sul Diritto privato*», en «Temì della cultura giuridica contemporanea», cit., p. 45. En la misma línea y con generalización del argumento al Derecho civil, puede verse PERLINGIERI, P.: *Il diritto agrario tra pubblico e privato*, en «Rass. Dir. Civ.», 1985, p. 707, ya que, bajo el epígrafe de «razones que justifican la intervención pública en la economía», viene a decir: el Derecho civil y el Derecho agrario en su especialidad no se contraponen al público y, al mismo tiempo, no dejan de ser permeables a las nuevas exigencias y a los requerimientos actuales del interés público... Programación y control, que constituyen los instrumentos de tal intervención, se presentan como los compromisos en gran parte incumplidos y con los cuales la futura regulación del Derecho agrario deberá inevitablemente hacer cuentas.

con los nuevos tiempos que al burocratismo contraponen la exigencia de participación y al individualismo la exigencia de solidaridad (88).

En definitiva, que la autonomía privada y la propiedad no han devenido —ni devieran— «función»; el sujeto sigue investido del poder para la realización del propio interés y no viene obligado, **ab initio**, a manifestar cuál sea éste, ni a someterlo a un control de plausibilidad; si bien —he aquí la variación sensible— no puede actuar despreocupadamente de otros intereses cuya relevancia social encuentra, asimismo, respuesta en el ordenamiento que a él le atribuye el poder (89).

### 3. «Desintegración»

La «desintegración» —tercera de las contradicciones que veníamos apuntando— presenta síntomas hace tiempo de afección crónica del Derecho civil, mientras que las otras ramas del Derecho privado que alcanzaron ya autonomía tampoco parecen inmunes a dicha tendencia (90).

---

(88) En términos parecidos, LENER: *Interventi*, cit., p. 46. Una «amplificación» del argumento puede considerarse la aportación de S. COTTA al XXX Congreso Nacional de la Unión de Juristas Católicos Italianos —Roma, 7-9 de diciembre de 1979— (*La dimensione sociale nell'alternativa tra il pubblico e il privato*, cit.), donde, entre otras ideas, destaca el constante «flujo» y «reflujo» del «nosotros» y del «yo», de lo público y de lo privado, presentados como antagonistas por la ausencia de mediación de «lo social» —que es el ámbito y la manera en que el «yo» expresa más directamente su real inmanencia al «nosotros»—; que el previo escoramiento de lo «público» a sólo lo «público-político» ha de corregirse mediante un nuevo impulso pendular —sin que implique exactamente el regreso al punto de partida— consistente en la potenciación de lo «público-social» o «privado-social», en definitiva, con el recurso a la idea (católica) de la «sociedad civil», que sí, por un lado, alimenta de humanidad personal la vida nacional sustrayéndola a la fría estandarización burocrática, por otro, estimula para superar los límites históricos del Estado en la constante tensión hacia la comunidad y la solidaridad entre todos los hombres (pp. 122, 127, 128 y 135, principalmente).

(89) La mayor parte del argumento corresponde a la citada «intervención» de LENER. Sobre ello, vuelve, en el propio «congreso», SANTORO-PASSARELLI: *Il codice civile e il mantenimento dei valori essenziali*, pp. 137-139, quien destaca que la propiedad desaparece o queda como puro **nomen**, únicamente cuando al sujeto se le priva de proveer con el bien al propio interés. En general e invocando el artículo 41 de la Constitución italiana que declara «libre» la «iniciativa económica privada», se ha puesto de relieve —incidentalmente— que, si bien esa referencia constitucional no puede considerarse equivalente, sin más, a la «autonomía contractual» vale, al menos, para poner en evidencia que existe un principio general, en base al cual no puede imponerse a la actividad privada, a falta de expresa previsión legislativa, la persecución de finalidades socialmente apreciables: DEPINGUENTE, R. P.: *Autonomia dei coniugi e mutamento del regime patrimoniale legale*, en «Riv. Dir. Civ.», 1980, II, p. 533.

(90) Cfr. PASCUAL QUINTANA: *La encrucijada del Derecho civil*, cit., pp. 430-431, para las «especializaciones» que llevan camino de afectar —en la misma dirección que al Derecho civil en el siglo pasado— al mercantil, laboral y agrario, eso sí, con un mayor cariz de publicación.

Acaso, tras un examen superficial y diacrónico, cupiera atribuirle la función de contrapeso de las reiteradas «síntesis» que el *ius civile* ha experimentado. No obstante, aun cuando es cierto que ha superado los momentos difíciles filtrando elementos inicialmente diversos a los propios y que la «disgregación» es fenómeno clásico de las épocas de crisis (91), no puede seriamente establecerse relación de causa a efecto entre cualesquiera de las síntesis que del Derecho civil se predicán y las sucesivas disgregaciones. Causa próxima y conocida de éstas ha sido siempre la acotación de nuevas realidades sociales no servidas satisfactoria o prontamente por el Derecho tradicional.

De cualquier modo, la rotulación propuesta evoca una doble realidad. En su dimensión clásica está la cuestión de los Derechos privados especiales que han ido disgregándose del tronco común o que tratan ahora de alcanzar autonomía; en la significación más actual, la desintegración va asociada ya inexorablemente al problema de las «leyes especiales». Miradas las cosas más de cerca, podrá decirse que aquella cuestión y este problema tienen puntos de partida —que lo son, asimismo, de referencia— distintos y de magnitud diversa; la una se plantea en torno al Derecho civil en su globalidad, el otro bordea sólo su expresión normativa típica, el Código. Mas habrá de reconocerse que llevan por denominador común el cuestionamiento del recurso a la idea de sistema como instrumento hermenéutico de utilidad comprobada y el paso forzado a la de «polisistema», incluso, al «polilenguaje», sea en el ámbito del Derecho privado, sea en el del propio Derecho civil (92).

Imposible hablar aquí, circunstanciadamente, de la denominada «fiebre de derechos especiales», cuando sólo la enumeración de los reconocidos o meramente propugnados supera la docena: del Derecho mercantil al Derecho turístico, pasando por el Derecho económico; del Derecho agrario al Derecho solar, sin olvidar el arrendaticio, el aeronáutico o el ambiental; del Derecho hipotecario o inmobiliario registral al genéricamente registral; del Derecho del trabajo al Derecho existencial. Respecto de tal proliferación, ya se ha dicho que urge una labor de revisión, tomando —como antaño hiciera el *ius civile*—

(91) DIEZ-PICAZO: *El sentido histórico*, cit., p. 649.

(92) Para la última idea, desde luego, IRTI: *L'età della decodificazione*, cit., pp. 85 y ss. Pero, asimismo, por lo que hace a la progresión Ley especial-Derecho especial, puede consultarse, entre nosotros, ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, I-1.º, 10.ª ed., Barcelona, 1985, p. 40, ya que, bajo el epígrafe «Derechos privados especiales», después de enumerar únicamente el Derecho mercantil y la parte no pública del Derecho del trabajo, esclarece que, en otro sentido, tan Derecho especial es el mercantil como el de arrendamientos urbanos, sólo que el primero constituye disciplina autónoma y el segundo, «aunque especial, en el sentido dicho», queda dentro del Derecho civil «que, de esta forma, puede decirse que siendo Derecho privado general, sin embargo, alberga Derechos especiales en el sentido de regulaciones —contenidas en las llamadas leyes especiales— relativas a ciertas figuras particulares que tienen para ellas normas peculiares distintas de las aplicables al tipo general de figura al que pertenecen».

lo que haya adquirido definitiva carta de naturaleza en el ordenamiento jurídico y rechazando las reglas puramente ocasionales (93).

Tal revisión seguramente pasa —pese a la indicada urgencia— por una intervención legislativa de largo alcance que, desde luego, no parece inminente, ni siquiera para la insistentemente propuesta unificación del Derecho de obligaciones civiles y mercantiles (94). Al contrario, si a las realizaciones legislativas puntuales se atiende, sería iluso esperar una **civilización** de la materia. No hace mucho que el contrato de seguro ha salido del Código (civil y de comercio) a una ley especial que la doctrina no duda en calificar de «mercantil» (95); lo propio puede ocurrir en breve con la materia concursal. Bien es cierto que, analizados en perspectiva los pasos ya dados, tampoco parece fuera de razón augurar la progresiva configuración, aun a golpe de leyes especiales, de un «Derecho patrimonial (privado)» (96).

---

(93) El entrecorillado, y un buen repertorio de (pretendidos) Derechos especiales, en DIEZ-PICAZO: *El sentido histórico*, cit., p. 653; los allí todavía no contemplados —1959— han dado ya título a trabajos específicos. También PASCUAL QUINTANA: *La encrucijada del Derecho civil*, cit., p. 431, tras recordar —con Castán— «el peligro de anarquía jurídica», subraya la conveniencia de que tales especialidades, «en cuanto implican una autonomía del Derecho común, sean muy detenidamente analizadas las notas distintivas dado que el hecho de que circunstancias de emergencia precisen de una regulación propia» no justifica suficientemente una especialidad.

(94) Como referencia única, donde puede encontrarse también la bibliografía básica sobre el tema, vid. JIMÉNEZ DE PARGA, R.: *Desarrollo y expansión del Derecho mercantil*, en «Estudios de Derecho mercantil en Homenaje al Prof. A. POLO», Madrid, 1981, pp. 398-406 (antes *ADC*, 1977, pp. 591 y ss.).

(95) Cfr. GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: *Principios básicos de la Ley sobre el contrato de seguro*, en «Rev. ICASV», núm. 8 (1982), pp. 31 y ss., y CLAVERÍA GOSALBEZ, L. H.: *Derecho del Seguro y Derecho civil patrimonial*, extensa e intensa «Nota crítica» a «Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro», Madrid, 1982, 2 vols., «ADC», 1984, pp. 1105-1158. Por lo que hace a esta última referencia, no es que la publicación o la crítica contengan claros pronunciamientos acerca del carácter civil o mercantil de la nueva regulación; a lo que parece, sólo hay unos pocos pronunciamientos ocasionales, con ventaja, desde luego, para el Derecho mercantil. En concreto, VERDERA, en la presentación, considera que la regulación es «legislación mercantil» en el sentido del artículo 149.1.6 de la Constitución Española; GIRÓN examina la Ley «a la luz de la historicidad del Derecho mercantil al que la materia pertenece»; mientras que VICENT CHULIA defiende la tesis de que se trata de un «contrato civil o de Derecho común», y GARCÍA AMIGO que el Derecho aplicable, supletoriamente, es el del Código civil. Mas el propio CLAVERÍA no está seguro de esta supletoriedad, sin perjuicio de que el estudio de esa Ley sea «indispensable no sólo para los mercantilistas, sino también para todos los demás estudiosos del Derecho positivo, especialmente —sea o no el seguro materia exclusivamente mercantil— para los civilistas», por la reacción que supone para la llamada «doctrina general del contrato», ya que, de ida o de vuelta, suscita una temática «rebotante de Derecho civil o, más exactamente, de Derecho privado patrimonial» (las referencias concretas pueden localizarse en las pp. 1106, 1108, 1114, 1127, 1143 y 1155-1157).

(96) Acabamos de ver cómo ése era el término preferido por CLAVERÍA GOSALBEZ para referirse al nuevo Derecho del Seguro; y el mismo giro —también cuando se le queda «corto» el de Derecho mercantil— emplea FONT GALÁN, J. K.: *¿Hacia un sistema jurídico mercantil de «faz completamente nueva»? La Ley 26/1984, para la defensa de los consumidores y usuarios: un instrumento para la realización histórica de un Derecho mercantil del Estado social*, en «RDM», 1985 (núm. 177), pp. 381 y

Descartada, «por ahora», una magna refundición legislativa de todo el Derecho privado, y aun advirtiendo que, de producirse, no arrumbaría la autonomía científica o didáctica (97) de los Derechos que la tienen, o debieran (pienso en el Derecho mercantil, el Derecho del trabajo o el Derecho agrario), procedería compulsar hasta qué punto su florecimiento ha desmentido el carácter **general** o **común** que del Derecho civil se viene predicando, tras aquellas disgregaciones. Y puede que sorprenda, pero es el caso que, siquiera en líneas generales, los términos de relación no han variado, salvo en la posibilidad de una mayor autointegración, que retrasa, pero no excluye, la llamada subsidiaria al Derecho (civil) que, por otra parte, les proporcionara los primeros auxilios metodológicos y conceptuales (98).

De cara a los otros pretendidos Derechos especiales procede, ante todo, subrayar que, para que pueda hablarse de autonomía, no basta la existencia de institutos o normas particulares o excepcionales. Precisanse principios autónomos que comuniquen vida propia al (nuevo) sistema (99). Y, aun así, conviene dictaminar con cautela, por cuanto no cabe olvidar que dentro de esta o aquella actividad del hombre, inspirada en esta o aquella finalidad, hay siempre la misma realidad: el individuo en sus atributos esenciales de persona y en las relaciones con sus semejantes; esto es, la realidad de fondo del Derecho civil, que permanece tal incluso en sus diversas articulaciones (100).

A distinta escala, similar ha de ser el posicionamiento frente a los numerosos **microsistemas** que acostumbran a denunciarse como fenómeno insito en la proliferación de **leyes especiales**.

No entramos a dimensionar su verdadera entidad entre nosotros; tampoco reiteraremos sus peligros, ya suficientemente magnificados

---

ss., vid. especialmente, pp. 405-417, donde desarrolla el epígrafe, cuyo solo rótulo parece bien sugerente: «La irrupción constitucional de los nuevos imperativos socioeconómicos: el nuevo sistema jurídico mercantil postconstitucional como orden jurídico general, democrático y solidario de toda la sociedad civil y económica: de la **comercialización del Derecho civil a la recreación o regeneración de lo civil y común sobre bases constitucionales, democráticas, solidarias, funcionales y socioeconómicamente eficaces**».

(97) Ello parece claro en el caso italiano: cfr. FERRI, G.: voz «*Diritto commerciale*», en «Enc. Dir.», T. 12, *cit.*, pp. 923 y ss.

(98) Básicamente, LACRUZ: *Elementos*, I-1.º, *cit.*, pp. 44-45, y BERCOVITZ, R.: *Prólogo*, *cit.*, pp. 29-30. En el mismo sentido, COSSIO Y CORRAL, A. DE: *El Derecho común y los Derechos especiales en el nuevo Título preliminar del Código civil*, en «Ciclo de conferencias sobre el nuevo Título preliminar del Código civil», Barcelona, 1975, pp. 31-38.

(99) Particularmente, FERRI: voz «*Diritto commerciale*», *cit.*, p. 925.

(100) Así se expresa NICOLO: voz «*Diritto civile*», *cit.*, p. 906, después de considerar que, incluso las autonomías «científicas» de materias que cuentan con Código aparte —v. gr. Derecho mercantil, en otros países—, suscitan más un problema de palabras que de sustancia, pues, aunque la especialidad de ciertas manifestaciones de la actividad humana puedan justificar diversos enfoques de estudio o sugerir la aplicación de particulares criterios metodológicos, no pueden ser suficientes para hacer olvidar la identidad fundamental de los presupuestos de base.

en la nominación de la tendencia —«descodificación»—, o las consecuencias en orden a la interpretación-aplicación. No cabe, en cambio, pasar por alto la justificación básica que milita, siquiera transitoriamente, a favor de tan heterodoxo modo de legislar: la justicia, entendida como justicia sustancial y no como mera igualdad formal (101). Para satisfacer esta exigencia, no se duda en sacrificar otros valores, aunque éstos sean la simplicidad, sistemática y unidad del tratamiento que haya de reservarse a los particulares (102).

Con todo y con eso, parece legítimo compartir la etiología y rechazar el pronóstico. No hay por qué resignarse a admitir que no pueda en plazo razonable reconducirse a unidad el sistema y volver a conducirse en términos de tutela de intereses generales (103). En abreviar el plazo están empeñados la voluntad constitucional y la tarea de interpretación (también) de los iusprivatistas.

En efecto, se podrá confiar o no en la confección de un nuevo Código (104); se podrá o no, digo, pensar en el Código como forma de legislar trasnochada. Sea la que quiera la toma de postura al respecto, en ningún caso podrá afirmarse que ello implique la superación del Derecho general en sí; por lo mismo que nadie puede desconocer que el principio de la ley **igual para todos** (los iguales), inherente

---

(101) Un ideal, por cierto, nada fácil de llevar a la práctica, por más que la Constitución misma aliente al Legislador. Con otros términos, lo ha expresado recientemente SUAY RINCÓN, J.: *El principio de igualdad en la Justicia constitucional*, Madrid, 1985, pp. 34-35: a mi modo de ver —dice—, nuestro artículo 9.2, en cuanto que faculta a los poderes públicos para corregir las desigualdades sociológicas mediante la protección de aquellos individuos y grupos que se encuentran en inferioridad de condiciones, está permitiendo la existencia en el Ordenamiento jurídico de **discriminaciones...** (...favorables). Pero si en el terreno de los principios todos fácilmente podemos estar de acuerdo con estas discriminaciones favorables, es forzoso reparar en que las consecuencias prácticas distan mucho de ser pacíficas y de común asentimiento». «El problema empieza al tratar de determinar cuáles son los grupos que han de ser discriminados favorablemente y en qué aspectos».

(102) SCHLESINGER: *Il tramonto del Codice civile*, cit., p. 77. Mas queda, asimismo, sacrificado el valor «seguridad» y ampliado el arbitrio judicial: cfr. CARLI, G.: *Il codice e il processo di sviluppo economico*, en «Temi della cultura giuridica contemporanea», cit., p. 14.

(103) Nos referimos al «escepticismo» y «pesimismo» que SCHLESINGER (*op. et loc. cit.*) opone a la fe e «iluminismo» de otros compañeros de Congreso.

(104) Un Código, ciertamente, voluminoso, si pretende retraer todos los principios consolidados del Derecho privado actual; salvo, claro, una utilización pródiga de la técnica de la llamada «legislación por principios», en una emulación de los **tria iuris precepta** ulpinianos. Por lo que a dicha técnica hace, a favor, RODOTA, S.: *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, en «Riv. Dir. Comm.», 1967, I, pp. 83-99; preciso es, sin embargo, recoger la puntualización de que su propuesta implica la incardinación de aquellos principios, no tanto en un gran Código como en una serie de leyes «especiales»: aquella existencia de regulaciones generales, tradicionalmente vertida en la fórmula del recurso a la ley, aquella ambición de una disciplina global y permanente, en las que siempre se ha manifestado el espíritu de los codificadores, se sustancian hoy en la legislación por principios, la única que puede desempeñar la tarea de trazar las grandes líneas directivas de la vida social, y, por tanto, el verdadero equivalente moderno de las codificaciones (p. 98). En contra, KRONKE: *Progetti di una nuova codificazione*, cit., pp. 65-67.



a la idea de codificación, es aún una idea-guía del ordenamiento jurídico, rubricada y **actualizada** por la Constitución (105).

Que, por otra parte, el jurista no alcance la función de un demiurgo, capaz de resolver los conflictos de fondo que nuestra sociedad tiene planteados, no ha de llevarle a desistir del cometido del intérprete: el de colmar lagunas, reinventando, también en el ámbito de las leyes especiales, el método de la codificación; esto es, confiéndoles el máximo posible de unidad y, por tanto, de valor de Código (106).

Así, no parece inverosímil la hipótesis —al principio referida— de que el actual proceso de «descodificación» del Derecho privado se resuelva en **una fase**, en un estadio más de la experiencia jurídica, a la que pudiera seguir otra en la que las normas o, al menos, los principios más relevantes y acreditados de las leyes especiales sean recibidos por el Código —o, en su caso, instrumento legislativo que le sustituya— en función de síntesis y generalización; a salvo, naturalmente, la posibilidad de una reapertura del ciclo (107).

## V. PRESUPUESTOS DE REACTIVACION

En el apartado anterior hemos hablado, en tono pesimista, de una cierta superación del Derecho civil y, sobre todo, del Código. Se trata de ver ahora las perspectivas de futuro de uno y otro, e indagar si aún quedan motivos para la subsistencia o tratar de colegir bajo qué presupuestos pueden someterse al —si es que no se hallan ya plenamente inmersos en él— proceso de «revitalización».

---

(105) Para las matizaciones, que esencialmente apuntan al cambio de premisa (de la «igualdad» como presupuesto a la «aproximación en las condiciones existenciales» mediante normas declaradamente «sociales»), vid. *supra*, nota 101. Para la afirmación, en sus propios términos, consúltese GALGANO, F.: *Diritto privato*, Padova, 1981, p. 39: la crisis de los Códigos es crisis de un modo de producir normas de Derecho general; no es, sin embargo, crisis del Derecho general mismo. El principio de la ley igual para todos es aún una idea guía del ordenamiento jurídico. Ello no significa —dice en la página siguiente— que no puedan dictarse normas de Derecho especial: significa, según la orientación consolidada en los pronunciamientos de la Corte constitucional, que la ley ordinaria no puede, **sin un motivo razonable**, dar un tratamiento diverso a los ciudadanos que se encuentran en igual situación.

(106) Así, TARZIA, G.: *Interventi*, en «Temi della cultura giuridica contemporanea», *cit.*, p. 85, y PIGA: *Tramonto del Codice civile?*, *cit.*, pp. 71-72, que concluye ser cometido fundamental del jurista el de controlar la racionalidad de las disciplinas y reconducirlas a ordenamientos y principios durables en la medida de lo posible; reconducir los microsistemas a reglas fundamentales comunes, asegurando una interpretación racional y coherente de la nueva legalidad.

(107) Véase, DONISI: *Verso la «depatrimonializzazione»*, *cit.*, p. 649, en cuanto a la probabilidad de una reapertura del ciclo. Idea, ésta de ciclos, que el propio IRTI no descartara ya en *L'età de la decodificazione* y que subyace en sus consejos metodológicos, ahora reiterados: vid. *La proposta della neo-esegesi*, en «Scuole e figure del Diritto civile», Varese, 1982, pp. 3-11.

No nos interesa traer nuevamente a colación la dificultad de establecer periodificaciones exactas, pero sí retomar las dos razones básicas que, según dijimos, sustentaban entre nosotros aquella dificultad: por debajo, la «realidad social»; por encima, la Constitución.

Es bien cierto que, precisamente, las mutaciones aceleradas de la primera pusieron al descubierto la impotencia del Derecho civil tradicional para seguir su ritmo. El Código, joven aún, empezó a verse desbordado por las Leyes *ad hoc*, prontas a regular nuevas situaciones; el Derecho civil, tampoco supo albergar el entramado de relaciones provocadas por el mundo del trabajo, y se duda que pueda retener la parcela agraria. Un Código y un Derecho **del individuo** (y de la familia), que choca con las **necesidades del hombre en su dimensión social** y se muestra incapaz de vehiculizar las atenciones que el Estado ha de prestar a aquéllas. Pero no es menos cierto que, para los ámbitos que todavía no le han sido explícitamente expropiados, ese mismo Código y Derecho se ha abierto a la nueva realidad social y a sus exigencias, al menos en el momento interpretativo. En definitiva, que, desde la reforma de su Título Preliminar, el grado de flexibilidad que ya tenía el sistema codificado —residenciado en sus principios y cláusulas generales (108)— resultó nuevamente potenciado mediante el recurso a la interpretación evolutiva.

En términos absolutos, sin embargo, es forzoso reconocer las limitaciones del sistema operativo resultante. Principios, cláusulas y, desde luego, normas, seguían siendo «las tradicionales»; la interpretación de «reajuste», un expediente de aproximación de aquéllas al concreto y singular supuesto de hecho, inadecuado, desde luego, tanto para dejar de aplicar una norma o trastocar su mandato, como para generalizar —sin perjuicio de la virtualidad de la jurisprudencia o «doctrina legal»— la solución alcanzada.

Mas, eso que les seguía faltando al Derecho civil y al Código para alcanzar una renovación plena y armónica, quizá haya venido a proporcionárselo la Constitución de 1978. Una Constitución que —como viene siendo habitual entre las europeas, desde la de Weimar— no se agota en la organización del Poder y el sistema de fuentes, sino que, además, atrae a su texto los trazos e instituciones fundamentales del Ordenamiento entero, una vez, en el estado de evolución que habían alcanzado en las respectivas disciplinas; otras, configurando auténticos saltos.

Con la Constitución, pues y como en seguida veremos, nos ha llegado la (posibilidad y) necesidad de «refundar» —según expresión afortunada de Perlingieri— la propia disciplina, o lo que es lo mismo, resulta obligado hablar del Derecho civil **en la legalidad constitucional**.

---

(108) Vid. *supra*, nota 72.

Constitución que, por respeto y amparo de nuestra peculiaridad histórica, legítima y emplaza también a las Comunidades Autónomas para que «conserven, modifiquen y desarrollen» su propio Derecho civil. Semejante «vuelco» en la estructuración del Ordenamiento civil, ha reclamado de inmediato la atención de Jornadas y Congresos científicos (109), aunque no parece llegado aún el momento más apropiado para una valoración de conjunto de las normas que determinados Parlamentos autónomos vienen dictando en ejercicio de aquellas competencias. Quizá por esto —y por la incidencia de principios de signo opuesto: primacía de la Constitución, homogeneidad de la realidad social e incorporación a las Comunidades Europeas— convenga aún mantener entre interrogantes (110) la consecuencia que, en ocasiones, se ha presentado como negativa e inexorable: la «diversificación» del Derecho civil.

### 1. «Constitucionalización»

Como se recordará, el detonante de la llamada «descodificación» y consiguiente degradación del Código civil se ubicaba en el terreno

---

(109) Por sólo citar tres, recuérdense: 1) «Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos civiles territoriales», Zaragoza, 29 de octubre al 1 de noviembre de 1981. Organizado por la Institución Fernando el Católico (CSIC), y otros; 2) «II Jornades de Dret Català a Tossa», sobre *La reforma de la Compilació: Fons, filiació i matrimoni*, Tossa de Mar, 29 de septiembre al 2 de octubre de 1982. Organizadas por las Universidades de Barcelona, y otros, y, 3) «Primer Congreso de Derecho Vasco: *La actualización del Derecho civil*, San Sebastián, 16 al 19 de diciembre de 1982. Organizado por el Departamento de Derecho civil de la Facultad de Derecho de San Sebastián y el Gobierno vasco.

(110) Cfr. ARECHEDARRA ARANZADI, L.: *Competencia de Navarra en materia de Derecho civil*, en «La Ley», 1986-4, p. 1074, pero, especialmente, pp. 1082-1084, lugar del que transcribo los siguientes párrafos: «...no creo oportuno repetir ahora lo dicho antes: me parece evidente que la fuerza de la Constitución como norma y la transformación que a través de la misma acaece a todo el ordenamiento jurídico español alcanza también a las Compilaciones de Derecho foral. Por tanto, la labor de constitucionalización supone una tarea de adecuación expresiva y semántica a lo ya actualmente vigente.» Y, ya en epígrafe dedicado a «la unificación del Derecho civil», escribe: «Ahora bien, conviene diferenciar la unificación como proyecto político y la unificación como resultado social. En este sentido me atrevería a apuntar el que el debilitamiento del proyecto político facilita la consecución del resultado social. Es sabido que ambos planos no se confunden y que muchas veces marchan faltos de sintonía.» Y, casi al final, esto:

«Constitucionalización, atención a la realidad social, transformación económica, pérdida de rigidez en los planteamientos del Código civil, son factores que obran en favor de la unificación. Pero entendida ésta ni como una necesidad, ni como un programa político. Simplemente presenta el carácter de un resultado social fruto de la acción de una serie de fuerzas, que individualmente tampoco se plantea temáticamente semejante cuestión.

Si a todo esto añadimos el influjo externo de las directivas que la CEE vaya dictando o haya dictado la conclusión parece obvia. Nos encontraremos ante una inercia, lenta y latente, pero inexorable, no explicitada, que con una coherencia y lógica propias trabaja en un sentido, no precisamente programado.»

de las fuentes. A ese enclave volvemos para analizar la nueva tendencia que acabamos de rotular: el impacto —bien puede llamarse así— de la Constitución en el Derecho civil. Esta nueva realidad posibilita y exige tal variedad de reflexiones que la selección, a que nos vemos forzados, resultará seguramente cuestionable.

En efecto, el discurso pudiera versar, ora sobre la pérdida de rango normativo del Código en el sistema de fuentes del propio Derecho civil (111); ora sobre la oportunidad de construir un «Derecho civil constitucional», llenando de contenido lo que hasta hace poco no pasaba de ser el letrero plantado en la linde de un terreno apenas explorado (112); ora sobre cómo ha de acceder el civilista al texto constitucional, para evitar el riesgo —ya advertido a otros (113)— de analizar el Derecho constitucional «como Derecho civil»; ora sobre otros puntos de engarce o de enfoque de ambas realidades normativas.

La reflexión que aquí tratamos de hilvanar arranca de una pérdida de cualidad del Derecho civil: su «desconstitucionalización». Sólo inicialmente suena a paradoja que, con la Constitución delante, se plantee la pérdida del «valor constitucional» del Derecho civil. Esa es nota que siempre tuvo a gala el Derecho codificado y que apoya-

(111) Como bibliografía de referencia puede tomarse: DÍEZ-PICAZO, L.: *Constitución y fuentes del Derecho*, en «REDA», núm. 21, 1979, p. 189, y *La doctrina de las fuentes del Derecho*, en «ADC», 1984, p. 933; ROMERO MORENO, J. M.: *La aplicación normativa directa de la Constitución Española (Reflexiones sobre jurisprudencia constitucional)*, en «La Ley», 1983-2, p. 1267; MONTORO BALLESTEROS, A.: *Ideología y fuentes del Derecho*, en «Rev. Est. Pol.», 40, 1984, p. 59; BALLARIN IRIBARREN, J.: *Valori e sistema delle fonti nella costituzione spagnola*, en «RTDPC», 1984, p. 1147; PÉREZ ROYO, J.: *Las fuentes del Derecho*, Madrid, 1984; VEGA BENAYAS, C.: *Sobre el benéfico influjo de la Constitución en el Derecho civil*, en «La Ley», 1984-3, p. 892; ROCA I TRIAS, E.: *Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad*, en «RJC», 1986, p. 841; RUBIO LLORENTE, F.: *El procedimiento legislativo en España. El lugar de la Ley entre las fuentes del Derecho*, en «REDC», 16, 1986, p. 83; VÁZQUEZ BOTE, E.: *La concreción de la legitimidad en el nuevo Derecho privado español (sobre el sistema de fuentes de la Constitución)*, en «RCDI», 1983, p. 581, y *El sistema de fuentes y la LOPJ*, en «RCDI», 1986, p. 1021; XIROL RIUS, J. A.: *El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional*, en «PJ», 1986-3, p. 25; OTTO PARDO, I. DE: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, y O'CALLAGHAN, X.: *Incidencia de la Constitución en la aplicación del Derecho civil*, en «AC», 1988, p. 1.

(112) La expresión es de DELGADO ECHEVARRÍA, J.: *La transformación del Derecho de familia y la formación del jurista*, en LACRUZ y otros, «El nuevo régimen de la familia, vol. I: Matrimonio y divorcio», Madrid, 1982, p. 14. Y el reto ha sido aceptado recientemente por ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: *El Derecho civil constitucional, cit.*, p. 18: «Cuyo propósito inicial —escribe— es muy simple: se trata de deslindar o delimitar —y, si fuera posible, de amojonar o acotar— aquel terreno hoy todavía “apenas explorado.” Sucesiva y posteriormente, sin duda podrá llegar a convertirse en apreciado solar y algún día veremos levantado el edificio del Derecho civil constitucional.»

(113) Véase, sucesivamente, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Madrid, 1981, en particular, el «prólogo», pp. 19-31; LUCAS VERDÚ, P.: *El Derecho constitucional como Derecho administrativo*, en «Rev. Der. Pol.» (1982), núm. 13, pp. 17 y ss., y GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *El Derecho constitucional como Derecho*, en «Rev. Der. Pol.» (1982), núm. 15, pp. 7-20.

ba, no sólo en la idea —machaconamente verificada por nuestra historia— de que las Constituciones pasan y el Código permanece; ni siquiera, preferentemente, en el hecho de ser sede de normas tan materialmente constitucionales como las del Título Preliminar de éste; sino, sobre todo, en su lógica interna, que le hacía aparecer como **estatuto del ciudadano** y, consiguientemente, como diseñador y garante de los límites a la actuación del Estado frente a él. En este sentido, la propiedad y el contrato vinieron a constitucionalizar una bien conocida concepción de la vida económica (114).

Pero ahora sucede que, pese a ser todavía el Código civil depositario de preceptos de indudable valor constitucional, ha perdido en su conjunto esa virtualidad constituyente. Es la Constitución la que, por fin, alberga los **principios básicos**, rectores de la comunidad, y la que, con su rango formalmente preeminente, significa «un primer impulso —el reflejo escrito de un primer empujón social— en la dirección que señala» (115); lo que, de consiguiente, obliga al Derecho civil —no es un juego de palabras— a «constitucionalizarse», a armonizar todos y cada uno de sus preceptos con las directrices constitucionales (116).

---

(114) Sobre «valor constitucional» del Derecho civil y su «desconstitucionalización», véase, *supra*, nota 54, y, entre otros, GIORGIANNI: *Il Diritto privato ed i suoi attuali confini*, cit., pp. 399, 401 y ss.; TARELLO: *Le idee della codificazione*, cit., pp. 35-38; TORRALBA SORIANO: *El Derecho civil desde la Codificación hasta el tiempo presente*, cit., pp. 254-257 y 354-355; TOMÁS Y VALIENTE: *Manual de historia del Derecho español*, cit., pp. 465-467, y LOPEZ JACOISTE, J. J.: *Constitucionalismo y codificación civil*, en «Lecturas sobre la Constitución Española», coord. por T. R. FERNÁNDEZ, T. 2, 1.ª ed., Madrid, 1978, p. 581 —especialmente, hasta p. 588.

(115) El entrecomillado corresponde a la Circular de la Fiscalía General del Estado de 12 de enero de 1983.

Más, no puede dejarse de advertir —con BUSNELLI: *El Derecho civil entre Código y Leyes especiales*, cit., p. 766—: «Decir que la **legalidad vigente es la constitucional** es indudablemente exacto a nivel de principio. Pero los principios constitucionales están llamados a iluminar y a orientar el sistema, **no a constituir ellos mismos un sistema, y mucho menos un contrasistema**. Quien propusiera interpretar la norma constitucional que consagra el principio de igualdad sustancial de los ciudadanos como una *gigantesca cláusula equitativa en virtud de la cual el Juez tendría el deber de juzgar según la equidad y no según la ley*, se arriesgaría, más o menos a sabiendas, a predicar la *disolución integral no sólo del Estado de Derecho, sino incluso del ordenamiento jurídico*».

(116) La revisión es una necesidad que han sentido todos los ordenamientos que han experimentado el llamado «contrasentido lógico», debido a contar ya con un Código cuando se han dado Constitución. Vid., en este particular, PERLINGIERI, P.: *Il Diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984; ROCA I TRIAS, E.: *Examen crítico de «Il diritto civile nella legalità costituzionale, por Pietro Perlingieri»*, en «RJC», 1985, pp. 559 y ss.; ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J.: *El Derecho civil constitucional*, cit., *passim*, y LUCARELLI, F.: *Diritti civili e istituti privatistici*, con «contributi di E. BRIGANTI, M.; CIANCIO e L. RUSSO», Padova, 1983, pp. 26-28. Y, por sólo reproducir uno de los análisis más recientes y próximos, considérense las valoraciones de BUSNELLI: *El Derecho civil entre Código y Leyes especiales*, cit., pp. 766-767:

«Verdad es, más bien —lo que constituye adversativa de cuanto reproducimos en nota previa—, que los principios constitucionales imponen una obra de revisión y de (re)interpretación de las normas del Código civil.

La obra de revisión —en defecto o en espera de intervención legislativa— está con-

Tarea, la de «constitucionalizar» el Derecho civil (117), como cualquier otro sector del Ordenamiento, que es, desde luego, urgente, pero también de gran envergadura y de dificultad desigual.

Ningún problema, por supuesto, para los casos en que la propia Constitución, o su máximo intérprete, nos apercibe de la aplicabilidad directa —como norma jurídica eminente— de concretos preceptos constitucionales; tampoco, lógicamente, cuando el legislador mismo dicta la norma de desarrollo o reforma sectores más o menos extensos del «resto del ordenamiento» (118). Pero la dificultad sigue presente y se agiganta cuando se trata de perfilar la específica media-

---

fiada en el sistema italiano, como en otros sistemas europeos, al control de legitimidad de la Corte constitucional, la cual contribuye a renovar la imagen del Código civil no sólo en sus pronunciamientos de ilegitimidad constitucional de esta o aquella norma, sino también de sus **sentencias de carácter interpretativo** (cfr. ARCE: *Op. cit.*, pp. 158 y ss.), dirigidas a salvar la legitimidad de una cierta norma vinculando al intérprete a una cierta lectura de la norma misma y excluyendo otras abstractamente posibles.

Bulle, de otra parte, la incesante obra de interpretación conducida, a la luz de los principios constitucionales, por la **jurisprudencia y la doctrina...**

En un último análisis —concluye—, antes de declarar superado el Código civil vigente, es preciso asegurarse sobre revisiones y sobre reinterpretaciones a las que ha estado expuesto en estos últimos decenios (para nosotros, sólo uno). Podría entonces llegarse a la conclusión de que dicho Código, conservándose en sus estructuras fundamentales, **llevando, no obstante, el proceso de transformación de sus contenidos**, revela una insospechada y persistente vitalidad».

(117) Aunque ello suponga, en cierto modo, volver sobre aspectos que ya dejamos aparcados —la oportunidad o no de construir un Derecho civil constitucional— no podemos ahora descuidar la advertencia de que la «constitucionalización» de la que nosotros hablamos se halla más en la línea de las directrices transcritas en la nota anterior que en la de construir o delimitar un nuevo «cuerpo normativo», dotado de unidad material y especificidad formal, como ha propuesto de reciente ARCE y FLÓREZ-VALDÉS: *El Derecho civil constitucional, cit.*, p. 70. No estamos plenamente convencidos, por el momento, de la posibilidad —o conveniencia, siquiera— de ir separando en el Texto constitucional las partes que «constituyen» Derecho civil, las que hayan de asignarse al Derecho mercantil, y así sucesivamente. Estamos, por supuesto, a favor de que todas las ramas y en todas sus instituciones se actúen y conjuguen desde las directrices (también todas) constitucionales. Es, a lo que parece, la actitud de Perlingieri, quien —a decir de ROCA I TRIAS: *Nota crítica, cit.*, p. 274— «da un paso más (respecto de las interpretaciones tradicionales) **utilizando la Constitución de una manera armónica y como un elemento más, integrante del ordenamiento jurídico que se trata de analizar**».

(118) Aun en estos supuestos, las dificultades de interpretación no siempre quedan excluidas, como puede comprobarse con lo sucedido en torno a la *disposición transitoria octava de la Ley 11/1981, de 13 de mayo*, para las sucesiones abiertas en el período que va de la fecha de entrada en vigor de la Constitución —y la consiguiente proscripción de las discriminaciones por razón de filiación: artículo 14— hasta la de la referida Ley de Reforma del Código civil. A dilucidar la cuestión han contribuido tanto la STS de 10 de febrero de 1986 (cfr. comentario de MIGUEL GONZÁLEZ, J. M.<sup>º</sup>, en CCJC, núm. 10), como la del TC núm. 155/1987, de 14 de octubre («BOE», de 12 de noviembre). Esta última, como es sabido, desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia de Mieres, advirtiendo que dicha disposición transitoria, aun tomada en su tenor literal, no «se remite de modo inequívoco a una redacción determinada de la legislación sucesoria, sino, de modo genérico, a la legislación anterior, **expresión que sólo puede entenderse referida a la legislación**

ción del jurista entre las normas y, sobre todo, principios constitucionales, de un lado, y las leyes preconstitucionales o los institutos tradicionales del Derecho civil, de otro.

Hay, en primer término, un problema de división del trabajo entre constitucionalistas y —por lo que aquí importa— civilistas. Aquéllos reclaman para sí y en exclusiva el estudio sistemático de los principios consagrados por la Constitución, desarrollando las implicaciones en ellos contenidas y determinando el ámbito de su actuación (119); mientras que al civilista compete repensar el Derecho civil, redefinir el fundamento y la extensión de sus instituciones, así como verificar y adecuar, en consecuencia, sus técnicas y nociones tradicionales (120). Es de una distribución semejante de donde pudiera surgir un fecundo intercambio de recíprocas influencias, por cuanto, si al Derecho constitucional se ofrece el resultado obtenido por la propia elaboración dogmática, de él se recibe la construcción sistemática extraída de los principios (121).

En segundo lugar y dentro ya del terreno inequívoco del civilista, será preciso superar la conocida tendencia a considerar la norma constitucional como mero límite o barrera de la ordinaria, dirigida sólo al legislador aun bajo el control del Tribunal Constitucional, pero sin incidir en la actividad de interpretación de los enunciados normativos no constitucionales. Eso consentiría —y no es resultado a perseguir, como muy bien recuerda Tarello— conservar íntegro, no sólo en la letra, sino también en la función y fundamento, gran parte del cuerpo del Derecho civil. No se trata de leer por separado Constitución y normativa civil, aunque se empezara por aquélla (122).

Ni siquiera, en términos absolutos, de **releer** el Código civil y otras leyes a la luz o con la óptica constitucional. También esta técnica ha visto ya significados sus límites en la civilística de países más acostumbrados que nosotros al dato constitucional. La **relectura** —se dice—

---

vigente y que, por tanto, no excluye, sino que incluye, los cambios que en el contenido del Código civil produjo la entrada en vigor de la Constitución, cambios que, como es claro, está facultado para apreciar por sí el Juez ordinario, como ha hecho el Tribunal Supremo en la Sentencia ya citada».

(119) En consideración precisamente a su mayor idoneidad para una interpretación iluminada por la percepción de los nexos y correlaciones subyacentes así como por el conocimiento del vínculo con la concepción fundamental por la que todos vienen inspirados y reconducidos a unidad. Esta apreciación y el párrafo del texto, casi literalmente, en MORTATI, C.: voz «*Diritto costituzionale (nozione e caratteri)*», en «Enc. Dir.», T. 12, *cit.*, pp. 957 y ss.

(120) PERLINGIERI, P.: *Norme costituzionale e rapporti di diritto civile*, en «Riv. Dir. Civ.», 1980, I, pp. 95 y ss.

(121) Cfr. MORTATI: *Op. et loc. cit.*, y SANTI ROMANO: *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche*, en «Scritti Minori», T. I, Milano, 1950.

(122) PERLINGIERI: *Op. et loc. cit.*, y TARELLO, G.: *L'interpretazione della legge*, en «Trattato di Diritto civile e commerciale», dir. A. CICU/F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, Milano, 1980, pp. 338-339.

aun cuando aparezca como metodología útil y de uso aconsejable, no agota la potencialidad de las normas constitucionales (123).

El objetivo a alcanzar implica un grado más. El ideal se pone justamente en la directa relevancia de las normas constitucionales en las relaciones interindividuales.

No es del caso dilucidar aquí si esa relevancia expresaría una aplicación indirecta de los mandatos constitucionales, **a través de las normas ordinarias**, o, más exactamente, una **aplicación coordinada**, según la confrontación de unos y otras se haga, respectivamente, en sede de interpretación o en la de selección de la norma aplicable (124).

---

(123) Incluye la «relectura» de la legislación ordinaria a la luz de las normas constitucionales —escribe PERLINGIERI, P.: *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, ahora en «Tendenze e metodi della civilistica italiana», Napoli, 1979, p. 109—, en la doble vertiente de interpretación a partir de los principios constitucionales y de identificación de la justificación bajo el aspecto funcional de la normativa ordinaria, si constituye una metodología útil y de utilización constante, no parece que utilice con plenitud la potencialidad de las normas constitucionales. Aparte determinadas normas que tengan como único destinatario al legislador y cuya naturaleza sea, por definición, limitativa o programática, se impone afrontar el problema de su relevancia directa en las relaciones interindividuales, con particular referencia las relaciones de Derecho civil.

(124) Sobre tales construcciones, DRITTWIRKUNG o COMBINATO DISPOSTO, cfr. NIPPERDEY, H. C.: *Grundrechte und Privatrecht*, en «Festschrift Molitor», München-Berlin, 1962, pp. 17 y ss.; LOMBARDI, G.: *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970, pp. 45 y ss.; PERLINGIERI: *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, en «Tendenze...», *cit.*, pp. 109-110, y CHIARELLI, G.: *Processo costituzionale e teoria dell'interpretazione*, en «Studi T. ASCARELLI», T. 5, Milano, 1969, pp. 2856 y ss.

Entre nosotros, puede empezarse por QUADRA-SALCEDO, T.: *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, 1981, aportación temprana —«las primeras decisiones recaídas en recursos de amparo apenas permiten entrever la transcendental influencia en nuestro Derecho» (p. 11)—, de prejuicio positivo respecto de la recepción del «amparo» —p. 12— y de enfoque procesal: «Se contrae a determinar si puede utilizarse la vía de amparo para tutelar derechos y libertades fundamentales frente a violaciones de los mismos realizadas por particulares o por poderes públicos, pero actuando sometidos al Derecho privado» —p. 13— (por la negativa, se había decidido ya EMBID IRUJO, A.: *El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado*, en «REDA», núm. 25, y viene, sin duda, facilitada por el estricto tenor literal del artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: violación que «sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial»). Para el autor, la oposición se sustenta en un par de prejuicios reduccionistas: negativa a que el Tribunal Constitucional desarrolle actividades jurisdiccionales en casos singulares respecto de personas individuales (sobre este punto, incide en sentido crítico la correspondiente recensión de E. COBREROS MENDAZONA: *RVAP*, 1982, núm. 2, pp. 495-497, y Sentencias del propio Tribunal Constitucional, como las de 27 de marzo -núm. 47— y 19 de julio -núms. 88 y 89— de 1985, así como la núm. 94/1987, de 3 de junio) y a la existencia misma de derechos fundamentales y libertades públicas «en las relaciones entre particulares» —pp. 19-20— a superar ambos dedica los dos capítulos siguientes. Aquí importa particularmente el contenido del capítulo III: «Sobre el concepto de derechos y libertades fundamentales y la polémica sobre su existencia o inexistencia en las relaciones entre particulares.»

Entre lo más reciente, son fundamentales, desde luego, tanto ALEXY, R.: *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985 (cuyo capítulo X se dedica a la *Drittwirkung* o eficacia horizontal de los derechos fundamentales, sosteniéndose que, como esta efi-



Sí parece obligado subrayar la difusión alcanzada en la doctrina alemana —con la consiguiente irradiación a la de otros países— por la *teoría de la Drittwirkung de los derechos fundamentales*; y que, aun cuando haya de concluirse —como parece necesario— que en todas las relaciones jurídicas típicas del Derecho civil la norma constitucional tiene una presencia y función como criterio de valoración de los comportamientos (125), en esa «interpretación conforme a la Constitución» de que nuestro Tribunal Constitucional viene hablando —para salvar la norma ordinaria—, resulta tarea prioritaria la identificación de los principios constitucionales que, a diferencia de los tradicionales principios pensados por el Código, van a ser **preferidos a la propia ley**, sobre todo cuando la, **prima facie**, aplicable no sea portadora de una cláusula general a cuyo través puedan —y deban— filtrarse las directrices constitucionales (126).

---

cacia está medida por la Ley y opera a través de su aplicación judicial, el derecho fundamental en cuanto tal sólo es oponible, también aquí, a un poder del Estado) como la aportación específica de GARCÍA TORRES, J., y JIMÉNEZ-BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1986 [para una primera aproximación a ésta, vid. GARCÍA HERRERA, M. A.: *RVAP*, 1987, núm. 17, p. 343; y, de la monografía, llamaría la atención sobre sus apartados V y VI, el primero, reincidiendo sobre «el acto de los poderes públicos como presupuesto objetivo del recurso de amparo en la jurisprudencia constitucional» con «examen crítico de este punto en relación con el problema de la Drittwirkung» —pp. 59-96— y segundo, en torno a «la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la Drittwirkung», que se abre con la siguiente apreciación de conjunto: «Resulta... que... no es un problema **resuelto** (tras un planteamiento preciso), sino un problema **disuelto** en una discutible interpretación de los artículos 41.2 y 44.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Las consecuencias no eran difíciles de predecir: «problematicidad» de la **Drittwirkung**, considerada como algo «natural» respecto de ciertos derechos (libertad sindical, huelga) y en ciertas esferas (relaciones laborales); escasez, por tanto, de formulaciones precisas; dudas acerca de si todos los derechos accionales en amparo poseen **Drittwirkung** y en qué grado»; y, por último, sobre las «reflexiones finales»: pp. 139-146].

Finalmente, la remisión es obligada a ROCA TRIAS, E.: *Principi d'igualtat i discriminacions per raó de sexe*, en «RJC», 1988, pp. 297 y ss., donde estudia, asimismo, la aplicación del principio de igualdad en las relaciones entre particulares, concluyendo (p. 310) que su aplicación ha de ser examinada desde una óptica diferente de la que se deriva de la específica protección constitucional por medio del recurso de amparo. Dicho recurso servirá para proteger el derecho a la igualdad cuando hayan fallado todas las garantías establecidas por el ordenamiento para su efectividad. Si el Tribunal Constitucional tiene que pronunciarse sobre la violación del derecho será porque los Jueces y Tribunales no lo habrán respetado dictando sentencias contrarias, pues si lo hubiesen reconocido y, consiguientemente, reparado la igualdad violada, no habría sido necesaria la intervención del Tribunal Constitucional.

(125) Así, PERLINGIERI, P.: *Por un Derecho civil constitucional*, en «ADC», 1983, p. 14. Lo que, por lo demás, es un postulado incorporado y formulado por una de nuestras primeras conclusiones autóctonas, ya que antes escribió GARCÍA DE ENTERRÍA (*La Constitución como norma, cit.*, p. 332) que la Constitución Española constituye el «contexto» necesario a que llama el artículo 3.1 del Código civil para la interpretación y aplicación de todas las normas.

(126) Sobre la duplicidad de «principios», constitucionales y tradicionales, y, en general, sobre el tema de fuentes y su jerarquía, tras la Constitución, vid. DIEZ-PICAZO: *Constitución y fuentes del Derecho, cit.*, pp. 189 y ss. También, PÉREZ ROYO: *Las fuentes del Derecho, cit.*, aunque con una visión claramente «propublicista», con olvi-

No hay hipérbole, pues, cuando se afirma que la Constitución aparece como «cabeza y clave», «el *deus ex maquina* de ese tono unitario» que es el ordenamiento jurídico —artículo 9.1 de la Constitución Española—, mientras que a las distintas ramas compete hacer efectivos sus mandatos «como preceptos jurídicos eficaces» (127).

Justamente, en clave constitucional alcanza tonos más suaves la tormentosa distinción *publicum-privatum*: intereses privados e intereses públicos asumen, en esa referencia unitaria, su propio significado histórico que no consenten una clasificación rígida y dogmática (128). Allí aparecen conjugados propiedad y función social, libertad de empresa —enunciado macroeconómico de la vieja autonomía contractual— y planificación estatal —el más amplio cauce para la intervención pública— (129).

---

do acaso de que la propia Constitución sigue hablando de «ordenamiento» (artículo 9), cuyas fuentes están —costumbre y principios generales incluidos— en el artículo 1 del Código civil (cfr. detenidamente, las apreciaciones de la «introducción», pp. 13-24, y la «orientación bibliográfica», p. 177).

(127) Tales expresiones en GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma*, cit., p. 19 (prólogo).

(128) Vid., por todos, PERLINGIERI: *Por un Derecho civil constitucional*, cit., pp. 1-3, y, del mismo autor, *Il Diritto agrario tra pubblico e privato*, cit., pp. 708-709; ALPA, G.: *Compendio del nuovo diritto privato*, Torino, 1985, pp. 176 y ss.; y, ahora, entre nosotros, ROCA I TRÍAS: *Nota crítica*, cit., pp. 562-564, y ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: *El Derecho civil constitucional*, cit., pp. 30-33, donde referencia las STC de 7 y 20 de febrero de 1984, transcribiendo en expresiones de la primera que «la configuración del Estado como social de Derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mútua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía Derecho público-privado y agudiza la dificultad tanto de calificar determinados entes, cuando no existe una calificación legal, como de valorar la incidencia de una nueva regulación sobre naturaleza jurídica».

(129) Sería pretencioso intentar siquiera un bosquejo de lo que, para la propiedad, ha venido a suponer el texto constitucional. Sin embargo, tampoco estaría permitido cerrar un Concepto moderno de Derecho civil sin llamar la atención sobre el hecho de que dicha institución sigue siendo el paradigma de la sensibilidad del sistema (sin llegar al dato constitucional sobrevenido como eje del análisis, pueden consultarse los trabajos recogidos recientemente en «DROITS» —«Revue Française de Théorie Juridique»— núm. 1, 1985, bajo el rótulo genérico *Destins du droit de propriété*, y especialmente ATIAS, Ch.: *Ouverture*, p. 5; TERRE, F.: *L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil*, p. 33; LEPAGE, H.: *L'analyse économique et la théorie du droit de propriété*, p. 31; así como las remisiones del propio ATIAS —*Lectures*, p. 107— a trabajos escritos en francés).

El tema —partiendo de la perspectiva constitucional— ha sido ampliamente debatido en la doctrina italiana, de la que sólo traemos aquí la referencia de, por un lado, RODOTA, S.: *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Prólogo y traducción de L. Díez-PICAZO, Madrid, 1986, y, por otro, MANGIAMELLI, S.: *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali*, Milano, 1986. Esta última aportación, parece estar escrita en clave conservadora frente a las tesis de quienes —a través de la interpretación del artículo 42 de la Constitución italiana— consideran que no hay propiamente una garantía constitucional de la propiedad privada, ni necesariamente un estatuto unitario de la propiedad [antes, al contrario, la Constitución estaría reconociendo **programáticamente** la propiedad privada, sin perjuicio de que la **ley ordinaria** a la que reenvía especifique diversos estatutos según el objeto sobre el que recaí-

La presencia de la Constitución modaliza, asimismo, el tema de la **desintegración**, cuando menos en dos extremos: primero, hay más posibilidades de recurrir al sistema, en cuyo ápice se halla la propia Constitución, pártase del Código o pártase de una ley especial. Y, segundo, si la preeminencia entre los diversos «subsistemas» se asigna, no en atención a los valores que uno u otro actúa —en tanto todos los legitimados constitucionalmente presentan títulos parejos—, sino por referencia a su respectivo acervo instrumental, nadie dudará

---

ga la propiedad (las propiedades); incluso, para algunos sería posible, sin retocar el artículo 42, llegar a la propiedad socialista, a excluir a los particulares de la propiedad de bienes de producción] —véanse, particularmente, las pp. 1-48—. De esa aportación, a la de Rodotá, puede pasarse por el Prólogo de DIEZ-PICAZO, en el que, asimismo, puede tomarse pie para subrayar la peculiaridad de nuestro artículo 33 en lo que respecta a la referencia y obligado respeto por el Legislador ordinario del **convenio esencial** —trasunto de los preceptos constitucionales que regulan «derechos y libertades públicas», y que no se contiene en el citado precepto italiano—.

Con todo, al momento actual y entre nosotros, poco podrá escribirse sobre el contenido y límites del Derecho de propiedad sin un análisis detenido de la doctrina jurisprudencial establecida en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional núm. 37/1987, de 26 de marzo («BOE» de 14 de abril), de la que fue Ponente el Magistrado don Jesús Leguina Villa y que desestimó el recurso de inconstitucionalidad promovido contra determinados artículos de la *Ley del Parlamento de Andalucía, núm. 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria*. Sentencia que es trascendental para el Derecho civil que profesamos, desde diversos ángulos. Lo es, en efecto —como luego veremos—, para la configuración de la estructura del Ordenamiento civil en relación con las competencias autonómicas de las Comunidades donde «no exista» Derecho civil foral o especial. Pero, también —y es lo que en este momento destacamos— para la elaboración dogmática del derecho de propiedad. En este sentido, PÉREZ ROYO, J. (en *BJC*, núm. 72, 1987, p. 432), subraya que, si bien el Tribunal Constitucional «ya había tenido ocasión de pronunciarse y en la misma dirección en que lo hace en ésta» —sentencias 111/1983 y 166/1986, resolviendo el Recurso y la Cuestión de inconstitucionalidad de la expropiación de RUMASA (en función crítica, especialmente de la primera, vid. MENDOZA OLIVÁN, V.: *El orden económico en la Constitución Española*, en «Cuenta y Razón», 1984, p. 23, y LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil*, III-1.º, 2.ª, Barcelona, 1988, pp. 44-46)— no se había enfrentado «con el derecho de propiedad de una manera tan frontal y completa», «ya que en las ocasiones anteriores el derecho de propiedad era analizado desde la perspectiva del instrumento normativo que se había utilizado para incidir sobre él: el Decreto-Ley en el primer caso; la ley “singular” en el segundo». En cambio, el Recurso ahora desestimado tenía como **objeto inmediato la delimitación del derecho de propiedad sin rodeos de ningún tipo**, ya que se había planteado a partir de «una concepción abstracta, virtualmente ilimitada y puramente civilísima», que sirve al Tribunal Constitucional de «negativo» en relación con la cual va a fijar «su» concepción del derecho de propiedad o, mejor dicho —concluye PÉREZ ROYO—, la concepción de propiedad incorporada por el constituyente al texto de 1978.

Para terminar y en apoyo del texto al que esta ya extensa nota responde [y sin resistirnos a recordar, con COCA PAYERAS, M.: *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia, 1988, que la gran diferencia que existe entre la propiedad y los restantes derechos objetivos radica en que la función social (artículo 33.2 de la Constitución Española) aparece en sede estructural del derecho como criterio determinante de su contenido por lo que es el único que se halla doblemente comprimido por la función social: estructuralmente, por así fijarlo el artículo 33.2 de la Constitución Española y en su ejercicio, como los demás, por el artículo 7.2 del Código civil], nos limitaremos a transcribir uno de los párrafos de su Fundamento de Derecho segundo:

«En efecto, la referencia a la “función social” como elemento estructural de la

que el Derecho civil, entre los «privados», y el Código, entre sus normas, llevan considerable ventaja. El Código civil sigue siendo en este aspecto el primer cuerpo legal del ordenamiento (130).

Derecho civil, que aparece en adelante —he aquí el tanto de humildad que habrá de asumir— constitucionalmente mediatizado en puntos tan básicos para su configuración como pueden serlo: su propio contenido, su eje de rotación y su misma unidad nacional.

No digo ahora que ello implique siempre variación de tendencia —que, en el último punto, la hay radical—; subrayo sólo la realidad del condicionamiento.

Por lo que al contenido hace, externamente nada ha cambiado. Han sido constitucionalizados los principales institutos del Derecho civil tradicional. Persona, familia, propiedad, autonomía y herencia se han visto confirmadas como realidades configuradoras de su contenido.

## 2. «Despatrimonialización»

Diversa suerte ha corrido la impronta individualista que la codificación puso en todas estas instituciones. Aquí, la Constitución suministra una nueva idea-eje: **la persona humana**. Entidad, ciertamente, no desconocida, pero sí desconsiderada por el Derecho civil más tradicional, que prácticamente la reduce a una de sus facultades, la voluntad, asignándole una función ineludible, ser sujeto de derechos. Ineludible, porque es dogma consolidado que no hay derecho sin su-

---

definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular... Por el contrario, **la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores e intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir.** Por ello, la fijación del “contenido esencial” de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. **Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.**»

(130) El es —ha escrito BERCOVITZ, R.: *Prólogo, cit.*, p. 31— el heredero principal de toda la dogmática jurídica que, procedente del Derecho común, fue trasvasada al Derecho moderno precisamente a través de los textos codificados y, por ello, ha sido y ha seguido siendo la base del razonamiento y de las construcciones jurídicas. En sentido paralelo, SANTORO-PASSARELLI: *Il codice civile e il mantenimento dei valori essenziali, cit.*, p. 137.

jeto; en tanto que la inversa queda en categoría potencial: no hay persona sin capacidad (131).

No es de hoy (ni siquiera de ayer) la denuncia de una excesiva patrimonialización del Derecho civil (132). La exaltación de los fines meramente materiales de la existencia, pergeña a un tiempo la figura del «homo oeconomicus» y el Derecho que le sirva. Aquí, el Derecho patrimonial comienza a ser un valor en alza; el de familia, algo dudosamente privado, y —como también se ha escrito— las relaciones a la vez extrapatrimoniales y extrafamiliares acaban por configurar el área deprimida del Derecho civil (133).

Se habla, en cambio, ahora de *despatrimonialización* como tendencia normativo-cultural (134); de colocar, como la Constitución hace, la persona humana por delante del interés económico, de modo que las relaciones patrimoniales mismas se funcionalicen a la lógica de respeto a la dignidad de aquélla.

Con ello —entiéndase bien—, no se propugna la expulsión o reducción cuantitativa del contenido patrimonial del Derecho civil. El giro es esencialmente cualitativo, de valoración del momento económico, insuprimible como aspecto de la realidad social organizada, pero supeditado a las situaciones existenciales.

Según esto, la Constitución coadyuva sobremanera a devolver al Derecho civil su verdadero sentido, en tanto siga manteniéndose con

(131) Sobre la concepción decimonónica del Derecho civil y la valoración del individuo, puede encontrarse un cuadro bastante comprensivo, con las precisas referencias bibliográficas, en TORRALBA SORIANO: *El Derecho civil desde la Codificación*, cit., pp. 245-254.

(132) Por todos, DIEZ-PICAZO: *El sentido histórico del Derecho civil*, cit., p. 643.

(133) La expresión es originaria de SACCO, R.: *Il manuale per la matricole (dal Ruggiero al nostro tempo)*, en «Riv. Dir. Civ.», 1975, II, p. 343: «Las relaciones que sean a un tiempo extrafamiliares y extrapatrimoniales (derechos de la personalidad, relaciones entre asociados) constituyen el área deprimida del Derecho italiano (y no italiano)»; y ha sido retomada por PERLINGIERI, P.: *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: Introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, ahora, en «Tendenze e metodi...», cit., p. 78. Autor, este último, que se había detenido, a su vez, sobre la «alternancia» del ser y del tener: *Profili istituzionali del Diritto civile*, 2.<sup>a</sup> ed., Napoli, 1979, pp. 28-29.

(134) Sobre esta nueva tendencia es básico el documentado trabajo de DONISI, C.: *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, en «Rass. Dir. Civ.», 1980, p. 644; e interesantes, las notas críticas de DE CUPIS, A.: *Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato*, en «Riv. Dir. Civ.», 1982, II, p. 482, y las admoniciones —un tanto conciliatorias— de PERLINGIERI, P.: «*Depatrimonializzazione e diritto civile*, que localiza en un extenso *Editoriale* («Rass. Dir. Civ.», 1983, pp. 1-4) por considerarlo transcendental para la centralidad de la persona humana en la jerarquía de los valores constitucionales y, por consiguiente, para la reconstrucción de las instituciones civiles.

En el parecer de PERLINGIERI, con el término (poco elegante —en esto, todos coinciden—) de «despatrimonialización» se apunta, en definitiva, a la toma de conciencia de que en el ordenamiento (no sólo civil; DONISI analiza detenidamente el fenómeno, además de en el Derecho agrario, en el mercantil y laboral) se ha operado una elección que va actuándose lentamente entre personalismo (superación del individualismo) y patrimonialismo (superación de la patrimonialidad en sí misma, del productivismo primero y del consumismo luego, como valores).

Hernández Gil, que el concepto básico en torno al cual lo adquiere es el de persona; que eso es, ante todo, el Derecho civil: el estatuto jurídico de la persona (135), pero, tomada ésta, no sólo en su dimensión «doméstica» o «intimista», en la que encuentran perfecto acomodo los derechos de la personalidad, sino incluso en su dimensión «productivista», en la que aún cabe radicar —con la subordinación indicada— propiedad y autonomía (136).

---

(135) HERNÁNDEZ GIL: **Prólogo** a PASCUAL QUINTANA, *En torno al Concepto de Derecho civil*, cit., p. 7; en los mismos términos, JORDANO BAREA: *Concepto y valor del Derecho civil*, cit., p. 724.

(136) Sobre los dos planos de lo que ha dado en llamarse la «riscoperta del privado», véase escuetamente, IRTI, N.: *Introduzione: Le incognite del Diritto privato*, en «Temi della cultura giuridica contemporanea», cit., p. 6.

Obligado parece —aunque sea en nota— destacar el relanzamiento que, fuera y dentro de nuestras fronteras, ha alcanzado el tratamiento de la que pudiéramos llamar —sin perjuicio de lo que se advierte, en nota 138— esfera extrapatrimonial de la persona. En efecto, basta repasar la última bibliografía «civilista» para apercibirse que en los denominados «derechos (y bienes) de la personalidad» se está redescubriendo un filón al parecer inagotable; y que el «tema», pese a todo, sigue contando con las viejas dificultades de enfoque dogmático y encuentra aspectos «novedosos» en la normativa constitucional de los «derechos fundamentales» y «libertades públicas».

Por lo que respecta a aquellas «dificultades», es sabido que nacen (como recuerda LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de la persona*, Madrid, 1986, p. 172, con citas de FERRARA y BELTRÁN DE HEREDIA) de la peculiaridad que supone el que, frente a los derechos (subjetivos) sobre bienes externos, los de la personalidad parecen garantizarnos el goce sobre nosotros mismos, que identifican unas titularidades cuyo punto de partida y referencia es la **personalidad misma**. «Recaen», pues, sobre objeto especialísimo, cual es la persona humana o alguna de sus manifestaciones existenciales, de manera que superan el cómodo ámbito de la «patrimonialidad» (originalidad de la que participa toda prerrogativa o derecho que se ejerce sobre «persona»: cfr. DECOCO, A.: *Essai d'une théorie general des droits sur le personne*, Paris, 1960); y suman el hecho de que **forman parte del sujeto activo**, lo que acaba por poner a prueba el propio concepto de «derecho subjetivo» (bien se sabe, sin embargo, que, para mantenerlos dentro de este esquema, se apunta que el concepto de derecho subjetivo se maneja, en la crítica, sólo en su versión «patrimonialista», por lo que debe, previamente «despatrimonializarse» el concepto manejado, y la misma idea de «bien», que debería conectarse (LETE DEL RÍO: *Op. cit.*, p. 174) «no con que éste sea material o inmaterial y se encuentre dentro o fuera de la persona, sino con el interés que el bien representa para el sujeto».

Para lo que en el tema haya podido incidir la promulgación de la Constitución (sin perjuicio de otras publicaciones recientes, de enfoque más concreto o de menor extensión: vid., respectivamente, VIDAL MARTÍNEZ, J.: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982*, Madrid, 1984, en particular, sus «conclusiones», pp. 171-178, y ROMERO COLOMA, A. M.: *Los bienes y derechos de la personalidad*, Madrid, 1985) puede tomarse como punto de arranque la monografía de ROGEL VIDE, C.: *Bienes de la personalidad. Derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia-Zaragoza, 1985. Su primer capítulo, dedicado al enfoque clásico, parte del trabajo de CASTÁN TOBEÑAS (1952) y considera hitos importantes los de DE CASTRO (1959), DIEZ DÍAZ (1963), DE ANGEL YÁGÜEZ (1974) y BELTRÁN DE HEREDIA (1976), mientras que, en la polémica «derechos»/«no derechos», alcanza una solución ecléctica, con apoyo sucesivo en las tesis de DE CASTRO y CARBONNIER (vid. su recapitulación, en pp. 41-43). Por lo demás, tras estudiar la civilística que se ha acercado al tema después de la Constitución, ROGEL VIDE viene a afirmar «que, en la consideración de los bienes y derechos de la personalidad desde una perspectiva estricta del Derecho civil —al margen de su conexión con las libertades públicas y derechos funda-

En suma, reafirmación de la persona, sí, mas con una dimensión nueva. El individuo —ha escrito Galasso desde una perspectiva post-moderna (137)— no aparece ya identificado tanto como centro, esencial, de intereses económica y materialmente definibles cuanto como centro de aspiraciones y querencias de orden psicológico, afectivo o moral; y, consiguientemente, reclama autonomía antes del no «ser hecho» que del «hacer» (138),

### 3. «¿Diversificación?»

Por lo que al **Concepto** hace y para completar los puntos anunciados, sólo nos resta **poner en plural** la mayoría de las aseveraciones que, respecto del Código y del Derecho civil hemos venido haciendo. Habría ahora que referirse a la coexistencia, ya no otorgada ni claudicante, de los distintos Derechos territoriales, forales o especiales (139).

---

mentales plasmados en la Constitución—, no se producen mutaciones sustanciales en la identificación de los problemas ni en las respuestas arbitradas» (p. 63), detectando «un cierto aislamiento, un cierto divorcio entre el tratamiento del tema por los autores que pudieran decirse dentro del Derecho público y el que los privatistas le asignan». Por su parte, y en el capítulo tercero, se propone e intenta demostrar «diferencias históricas en el nacimiento de los distintos términos estudiados; diferencias en el ámbito aplicable de cada uno de ellos; diferencias, en fin, relativas a la perspectiva, protección y garantías diversas que les son referibles, incluso cuando toman como punto de referencia un mismo objeto» (p. 17).

Tampoco falta la bibliografía reciente que aborda el tema desde la perspectiva de las «técnicas específicas de protección» de esta esfera extrapatrimonial. Vid., entre otros, GARCÍA MORRILLO, J.: *El amparo judicial de los Derechos fundamentales*, Madrid, 1985; OLIVER ARAUJO, J.: *El recurso de amparo*, Palma de Mallorca, 1986; TOMÉ GARCÍA, J. A.: *Protección procesal de los derechos humanos ante los Tribunales ordinarios (Constitución Española y Leyes de desarrollo)*, Madrid, 1987 —relación bibliográfica, pp. 229-247—, y VV.AA.: *Tribunales Constitucionales europeos y Derechos fundamentales* —trad. de la ed. francesa— (París, 1982) por L. AGUIAR DE LUQUE y M. G. RUBIO DE CASAS—, Madrid, 1984.

De las monografías italianas más recientes, puede tomarse como referencia a GARUTTI, M.: *Il diritto all'onore a la sua tutela civilistica*, Padova, 1985, que —no obstante el título— alcanza conclusiones generalizadas a otros derechos de la personalidad (vid., por ejemplo, las apreciaciones de las pp. 187-188).

(137) Si se quiere ampliar la referencia, ver GALASSO, G.: *Il diritto privato nella prospettiva postmoderna*, en «Temi della cultura giuridica contemporanea», cit., pp. 16-23.

(138) Vid. LÓPEZ JACOISTE, J. J.: *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad*, en «ADC», 1986, p. 1063; donde explica, no obstante, la tendencia contemporánea a «pensar en dinero»: «Es sorprendente y aún paradójico —dice— que la aventura del ser, del afirmarse como persona, propenda a expresarse y recabar menuras pecuniarias, pero quizá ello se deba a que el dinero en las sociedades contemporáneas ha venido a ser a estos efectos la unidad convencional de cuenta; unidad abstracta, como un lenguaje, generalizable frente a todos.»

Sobre la «patrimonialidad de la prestación», entre nosotros y a partir del trabajo de Donisi, consúltese, MARTÍN PÉREZ, A.: *La «despatrimonialización» del Derecho civil y la patrimonialidad de la prestación*, en «RDP», 1986, p. 603.

(139) Si en algún tema no cabe alcanzar la exhaustividad en la cita bibliográfica, ese es el de los denominados «Derechos forales», ni antes del florecimiento debido a su tratamiento constitucional ni luego. Tómesese como «manual» de referencia, LA-

Es cuestión que permite un doble análisis. El uno parte de la idea de autonomía; el otro, de la realidad histórica. Si se desarrollaran ambos —cosa que aquí no parece oportuno y ya hemos hecho en otra ocasión (140)—, la conclusión debería ser ésta: «Los viejos Derechos forales —como dice Lacruz— son un antecedente de la Consti-

---

CRUZ: *Elementos de Derecho civil*, 1-1.º, cit., p. 83. Entre las publicaciones monográficas, las de los «Congresos» citados en nota 109, y los primeros tomos dedicados a las respectivas Compilaciones de los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. ALBALADEJO —EDERSA—; ARCE JANARIZ, A.: *Constitución y Derechos forales*, Madrid, 1987; FIGUERAS PAMIES, M.: *La Escuela jurídica catalana frente a la Codificación española. Durá y Bas: Su pensamiento jurídico-filosófico*, Barcelona, 1987; LASARTE ALVAREZ, C.: *Autonomías y Derecho privado en la Constitución Española*, Madrid, 1980; ROCA I TRIAS, E.: *L'estructura de l'ordenament civil espanyol*, Barcelona, 1982. Y, de los artículos, ARECHEDERRA ARANZADI, L. I.: *Competencia de Navarra en materia de Derecho civil*, cit.; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8 de la Constitución*, en «Estudios de Deusto», vol. 34/2, Bilbao, 1986, p. 303; CASAMITJANA I COSTA, J.: *El Dret civil català: Ara i vers el futur*, en «RJC», 1982, p. 803; CERDA GIMENO, J.: *Baleares ante el artículo 149.1.8 de la Constitución*, en «RCDI», 1982, p. 1055, y *El proceso de adaptación constitucional del Derecho civil de las Islas Baleares*, en «RCDI», 1983, p. 1539; COCA PAYERAS, M.: *¿Nueva Compilación del Derecho civil de Baleares o modificación de la vigente?*, en «Cuadernos Fac. Der.», 12-1985, p. 77; DELGADO ECHEVARRÍA, J.: *Comentario al artículo 1 de la Compilación del Derecho civil de Aragón*, en «Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón», dir. por J. L. LACRUZ BERDEJO, T. 1, Zaragoza, 1988, pp. 99 y ss.; ELIZALDE Y AYMERICH, P.: *El Derecho civil en los Estatutos de Autonomía*, en «ADC», 1984, p. 389; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, F.: *La materia civil desde el punto de vista competencial: algunas precisiones*, en «RJC», 1983, p. 181; GARCÍA AMIGO, M.: *La competencia legislativa civil según la Constitución*, en «RDP», 1983, p. 435; GAY ESCODA, J. M.ª: *La génesis del Decret de Nova Planta de Catalunya*, en «RCJ», 1982, pp. 7 y 261; LACRUZ BERDEJO, J. L.: *El principio aragonés Standum est chartae*, en «ADC», 1986, p. 683; MASOT MIQUEL, M.: *El proyecto de revisión de la Compilación del Derecho civil de Baleares*, en «AC», 1986, p. 1641; DE PABLO CONTRERAS, P.: *Tres competencias de Derecho privado en el artículo 44 del Amejoramiento: Asociaciones, Fundaciones y Centros de contratación de mercaderías y valores*, en «RJC», 1987, núm. 3, pp. 28 y ss.; ROCA I TRIAS, E.: *La modernizació del Dret civil català*, en «RJC», 1985, p. 583; SALINAS QUIJADA, F.: *Algunas notas sobre el Proyecto de Ley Foral de reforma de la Compilación de Derecho civil o Fuero Nuevo de Navarra*, en «RGD», 1984, p. 1299; SALVADOR CODERCH, P.: *Interpretació necesaria. Materiales para la reconstrucción del título preliminar de la Compilación catalana*, en «RJC», 1983, pp. 801 y 1984, p. 7; *El Derecho civil de Cataluña. Comentario al nuevo artículo 1 de la Compilación catalana*, en «RJC», 1984, p. 793; *La disposición final tercera de la Compilación catalana y la técnica legislativa de las remisiones estáticas*, en «ADC», 1984, p. 975, y *Constitución Española, Compilación catalana y Derecho supletorio. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1985*, en «ADC», 1985, p. 745; SANCIÑENA ASURMENDI, C.; CARDENAL CARRO, R.; MARCOS GONZÁLEZ, M., y SANZ IRURETAGOYENA, J. M.: *La Constitución Española de 1978 y el Derecho privado Foral*, en «RJN», 1987, núm. 3, pp. 97 y ss.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.ª P.: *Competencia de los Parlamentos autónomos en la elaboración del Derecho civil: Estudio del artículo 149.1.8 de la Constitución*, en «ADC», 1986, p. 1121, y SOTO NIETO, F.: *Especialidades legislativas, sustantivas y procesales en Cataluña. Alcance del artículo 9.1.6 y 8 de la Constitución Española*, en «RDP», 1984, p. 115.

(140) Nos referimos a la participación en el Seminario «Derecho privado y Constitución», impartido en el Colegio Universitario DOMINGO SOTO de Segovia y en el que me correspondió desarrollar el tema «La Constitución (y la historia) como condicionantes de la actual estructura del Ordenamiento civil», sesión, 4 mayo 1987 (trabajo inédito).



tución respetado y potenciado en ella, y no una consecuencia de las autonomías» (141).

En efecto, en la idea autonómica late, sobre todo, el convencimiento de que nuestra sociedad ha alcanzado, si no superado, el límite de centralización socio-políticamente soportable; de manera que la configuración de una sociedad más próxima a las necesidades humanas pasa por el retorno a unidades socio-organizativas más reducidas y fácilmente controlables (142). Pero, de ahí, únicamente se sigue necesariamente una *diversificada geografía jurídica* en el ámbito público; por más que se piense que, de ella, tampoco podrá sustraerse el propio Derecho civil (143).

Realmente, el límite de la excepcionalidad y el ejemplo de otros países sólo permite pensar la descentralización del Derecho civil en muy concretos sectores —caso alemán, de los arrendamientos urbanos— y a nivel prácticamente reglamentario o de desarrollo de bases unitariamente fijadas —caso, actual, de la concreción de la función social de la propiedad agraria en la Comunidad andaluza (144)—;

(141) Cfr. LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, 1-1.º, cit., pp. 86-122.

(142) KRONKE: *Progetti*, cit., p. 60.

(143) Así lo cree PERLINGIERI: *Scuole civilistiche*, cit., p. 83; y así puede propugnarse, a partir de la STS núm. 37/1987, de 26 de marzo, sobre la Ley de Reforma Agraria andaluza. De nuestros autores, debe traerse aquí a CAPILLA RONCERO, F.: *Propiedad privada y límites de la reforma agraria*, en «Temas Laborales», 4, 1985, pp. 9 y ss., donde señala que la Comunidades Autónomas que no tienen competencia en materia de Derecho civil no están privadas de la posibilidad de asumir competencias legislativas sobre cualquier cuestión que incida en las instituciones civiles, pues, de lo contrario, se vaciarían por esta vía los contenidos competenciales de tales Comunidades en importantísima medida.

(144) Es, ahora, imprescindible hacer una remisión a la ya invocada STC núm. 37/1987, de 26 de marzo, que desestima el Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley (andaluza) de Reforma Agraria —núm 8/1984, de 3 de julio—. Precisamente y como recuerda el Fundamento de Derecho octavo, uno de los motivos del recurso se fundaba en la vulneración de la competencia estatal exclusiva en materia de legislación civil ex artículo 149.1.8 de la Constitución Española, por no ser la Comunidad Autónoma en cuestión de aquellas en las que exista Derecho civil foral o especial. Sería de sumo interés el contenido completo del Fundamento de Derecho octavo, en su tenor literal y en el contexto de la Sentencia completa, en la medida en que se compulsa la competencia de Comunidades Autónomas sin Derecho civil propio para incidir en la regulación de institutos básicos —v. gr. arrendamiento, régimen sucesorio y fraude de ley—, pero nos ceñiremos a reproducir la conclusión según la cual la determinación autonómica de la función social de un tipo concreto de propiedad —urbana, mediante las competencias en materia de urbanismo y ordenación del territorio; y rústica, en virtud de las atinentes a la reforma y desarrollo agrario— no contraría la competencia exclusiva del Estado en materia de Legislación civil, entre otras razones, porque «en su vertiente institucional» no es —sólo— materia civil: «Así las cosas, resulta también evidente que si la Comunidad Autónoma andaluza es titular de una competencia específica para legislar en materia de «reforma y desarrollo en el sector agrario»..., dicha competencia incluye la posibilidad de legislar, asimismo, sobre la propiedad de la tierra y su función social, dentro del territorio de Andalucía».

No cabe, sin embargo, dejar de llamar la atención sobre la STS (sala 5.ª) de 6 de junio de 1988, que desestima el recurso de apelación interpuesto por la Junta de Andalucía contra la correspondiente Sentencia de la Audiencia que había anulado el Decreto 276/1984, de 30 de octubre, o Reglamento para la ejecución de la Ley de

nunca en auténticos Derechos con pretensión de «complitud» pese a reconocerse insuficientes.

A favor del Derecho privado como necesariamente homogéneo sigue estando su concepción como Derecho común, y, por lo mismo, no fraccionable en Derechos territoriales completamente dispares; pero, sobre todo, su racionalidad, que postula el máximo de uniformidad, cuyo logro justifica y exige la unicidad de las fuentes de creación (145).

La singularidad de nuestro caso tiene explicación histórica, aunque ahora se refleje en la Constitución y aproveche los cauces autonómicos. Nuestros Derechos «forales» habían alcanzado ya el reconocimiento de su función de Derecho común en sus respectivos territorios, si bien no lograron sustraerse a la cura de racionalización que la Compilación les exigía en aras de la proyectada unidad del Derecho civil.

Es mérito (primero, de la Reforma del Título Preliminar del propio Código civil, y, ahora) de la Constitución haber fallado, conforme a la Historia, este pleito centenario, casando —al menos— tres siglos de pendiente uniformizadora.

La ejecución llevará tiempo. Tampoco parece fácil encontrar acuerdo doctrinal sobre la medida exacta de la nueva orientación. Pero ya van destilándose conclusiones de principio. Y, entre otras, éstas:

— Que para los Derechos forales, habiéndoseles reabierto la fuente de su renovación, se ha cerrado el ciclo posible de restitución de su naturaleza originaria (146).

— Que todas las Leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas giran en torno a la norma constitucional y conectan directamente con ella, de manera que no pueden interferirse entre sí. El camino entre unas y otras es ruta que pasa siempre por la Constitución (147).

— Que, en fin, siendo los Derechos «forales», o mejor «especiales», una parte del ordenamiento nacional, no pueden por menos de influir en la propia interpretación del Código, cuyos dogmas y principios relativizan al aducir como igualmente válidos y justos en alguna parte del territorio español, principios y regulaciones distintos y aun

---

Reforma Agraria: «Aunque las Comunidades Autónomas tengan competencia no sólo en relación con los aspectos organizativos, insita en la autonómica de autoorganización, sino incluso en orden a la definición de los supuestos legitimadores de la expropiación, mediante la declaración de las causas **expropiandi**, es evidente, en consecuencia con todo ello, que la aprobación del Reglamento, en cuanto desarrolla normas estatales garantizadoras de los derechos de los ciudadanos en el orden procedimental y patrimonial, exigía en todo caso el previo dictamen del Consejo de Estado».

(145) GALGANO: *Il diritto privato fra Codice e Costituzione*, cit., pp. 56-57.

(146) LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, I-1.º, cit., p. 118.

(147) FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, F.: «**Contestació**» a E. ROCA I TRÍAS: *L'estructura de l'ordinament civil espanyol*, cit., p. 65 (en la misma publicación, y en «RJC», 1983).

opuestos a los suyos (148), propiciando el argumento —ya desvelado por el Tribunal Supremo— de la llamada «analogía interregional» (149).

---

(148) LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, volumen y lugar citados.

(149) Nos referimos a la conocida Sentencia del Tribunal Supremo sobre las posibilidades de que un albacea, en el régimen de Derecho común, otorgara la escritura de adopción que no pudo concluir el causante: fecha, 6 de febrero de 1982; comentarios: MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *¿Pueden adoptar los albaceas?*, en «La Ley», 1982-2, p. 903, y MORENO FLÓREZ, R. M.<sup>a</sup>: *La adopción póstuma*, en «La Ley», 1983-3, p. 693.

# El contrato de Factoring como cesión global de créditos futuros (\*)

Por JOSE ANTONIO GARCIA-CRUCES GONZALEZ

Profesor de Derecho Mercantil

Departamento de Derecho privado. Universidad de Salamanca

**INDICE:** I. INTRODUCCIÓN. II. CARACTERES GENERALES DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN EL DERECHO ESPAÑOL.—1. Preliminar.—2. El deudor en la cesión de créditos. La exigencia de la notificación.—3. Tutela de la posición jurídica del cesionario en la cesión en relación a terceros.—4. Responsabilidad *ex veritas nominis* y *ex bonitas nominis*.—III. POSIBILIDAD DE UNA CESIÓN GLOBAL DE CRÉDITOS FUTUROS EN EL DERECHO ESPAÑOL.—1. Delimitación del problema.—2. Cesión de créditos futuros.—3. Cesión global de créditos.—4. Conclusiones en torno a la calificación y posibilidad de una cesión global de créditos futuros en el Derecho español.—IV. ARTICULACIÓN DE UNA CESIÓN GLOBAL DE CRÉDITOS FUTUROS EN EL CONTRATO DE FACTORING. MECANISMO DE ADQUISIÓN.—1. Consideraciones previas: el carácter instrumental de la cesión.—2. La praxis contractual.—3. Notificación de la cesión operada en el contrato de Factoring.—4. Eficacia traslativa de la cesión operada en el contrato de Factoring.—5. Supuestos de falta de transmisión. Consecuencias.—6. El carácter conmutativo del contrato de Factoring.—V. FUNCIÓN DEL CONTRATO Y DE LA TRANSMISIÓN CREDITICIA. CALIFICACIÓN JURÍDICA.—1. Cuestiones previas.—2. Causa de cambio.—3. «Causa credendi».—a) *El contrato de Factoring como «contrato de crédito»*.—b) «Causa credendi» y *transmisión de los créditos*.—c) *La calificación del contrato de Factoring como «contrato de financiación» en el Derecho anglosajón*.—d) *La cuestión en el Derecho español*.—4. «Causa mandati».—5. «Echtes y «Unechtes Factoring».—6. Otras opiniones.—VI. FUNCIÓN DEL CONTRATO Y DE LA TRANSMISIÓN CREDITICIA. CALIFICACIÓN JURÍDICA. CONCLUSIONES.—1. Presupuestos.—2. El contrato de Factoring como «contrato con causa compleja».—3. A modo de conclusiones.

---

(\*) La referencia a las principales abreviaturas utilizadas figuran al final del artículo.

## INTRODUCCION

Ante la crisis económica de principio de los años sesenta se adoptó una política monetaria que, entre otras consecuencias, provocó un freno a la liquidez monetaria y, de forma derivada, un elevado encarecimiento del crédito y una fuerte restricción crediticia.

Ante tal situación, es evidente que el esfuerzo de producción de las empresas venía fuertemente amenazado, en especial, en aquellas empresas que —caracterizadas por una fuerte expansión y con altas expectativas de mercado— precisaban en gran medida del recurso al crédito bancario. En este orden de cosas, las entidades financieras adaptaron nuevas fórmulas de financiación de la actividad empresarial cuyo resultado beneficioso no era su menor coste, sino el resultado final (coste global) que obtenía la empresa necesitada de liquidez. Los ejemplos de la práctica son numerosos (leasing, Confirming, etc.) y en todos ellos puede observarse cómo, junto al aspecto estrictamente financiero, se logran otros resultados también positivos en la actividad empresarial.

Respondiendo a estas características, y con unas finalidades específicas, existe en la actividad empresarial moderna el contrato de Factoring.

Con este contrato de Factoring, el cliente demandante del mismo logra un resultado complejo que repercute beneficiosamente en su flujo de caja, no sólo por lograr una liquidez anticipada, sino también por obtener una importante reducción de riesgos y una transformación de costes fijos en variables.

Para poder comprender mejor este resultado que obtiene el cliente demandante de los servicios que presta el Factor (1), es necesario detenerse en los presupuestos de actuación de la actividad de Factoring. El Factoring no es más que el fruto de una evolución en la financiación empresarial de situaciones necesitadas de liquidez y transformación de costes, como consecuencia de una política comercial de concesión de crédito.

Es práctica habitual en empresas con una determinada dimensión —fundamentalmente, la pequeña y mediana empresa— el aplazamiento del pago de sus créditos derivados de ventas a terceros. Tal aplazamiento en el pago de los créditos tiene como consecuencia un triple resultado: la necesidad de soportar los costes derivados de la gestión, cobro y contabilización de esos créditos; el aumento del nivel de riesgos por la posible insolvencia de los deudores; y, por último, el aumento de la iliquidez con todas sus consecuencias en el flujo de caja de la empresa concedente de los aplazamientos.

---

(1) El empleo que hacemos en el texto del término «Factor» no hay que entenderlo referido al auxiliar o colaborador subordinado con poder general de un comerciante (Art. 281 C.com.), sino que con el mismo designamos a la Entidad de Factoring.

Con el contrato de Factoring se pretende permitir a la empresa cliente la continuidad de esa política comercial de concesión de crédito y, a la par, trasladar las consecuencias negativas de tal política comercial a un tercero, el Factor, empresario especializado en el desarrollo de prestaciones de gestión, seguridad y liquidez, quien obtendrá un beneficio económico a cambio de tales prestaciones.

Así, mediante la transmisión de sus créditos al Factor, la empresa cliente logra transformar y reducir los costes derivados de su política comercial de concesión de crédito, ya que, el Factor gestionará, contabilizará y cobrará esos créditos, pudiendo asumir el riesgo de la insolvencia de los deudores y anticipar el importe de los créditos respecto a su vencimiento (2).

De esta manera, el contrato de Factoring permite a la empresa cliente obtener la seguridad del cobro de los créditos y su importe anticipado, transformando costes fijos por variables, en cuanto que éstos estarán representados por las comisiones e intereses a pagar al Factor, el cual, también, se ocupará de la gestión, contabilización y cobro de esos créditos que le han sido transmitidos.

Aparece así el Factoring como una técnica adecuada en situaciones empresariales, cuya estructura no puede —o no debe— asumir los costes y la reducción de liquidez derivadas de una política comercial de concesión de crédito, como es el caso de la pequeña o mediana empresa.

Aquí radica la importancia y conveniencia del estudio de esta figura contractual, por cuanto que en nuestro país ésta es la típica dimensión empresarial.

Por otra parte, se observa ya cómo el Factoring, en cuanto técnica compleja de servicios, seguridad y financiación, comienza a ser conocida en la práctica española, de tal manera que ya se han empezado a plantear algunos problemas acerca del contrato como lo muestra la existencia de una inicial —si bien referida a aspectos concretos— Jurisprudencia del Tribunal Supremo (3).

Ahora bien, dentro de la amplia y compleja problemática que para el Derecho privado español plantea el contrato de Factoring cabe destacar dos cuestiones centrales. En primer lugar, el aspecto o problema de la estructura del contrato. Por otra parte, la función económico-social que el Factoring cumple y, en consecuencia, su calificación jurídica.

Respecto a la primera cuestión —cuyo difícil tratamiento omitimos en estas páginas— entendemos que el Factoring presenta una

---

(2) Sobre los resultados del empleo del Factoring en el «cash-flow» del cliente, vid. CUERVO, A.: *La problemática de los modernos medios y entidades de financiación de la empresa*, en «RDFHP», 1973, pp. 904 y ss.

(3) Vid., ad ex., S. TS. de 20 de marzo de 1985 (Ar. 1.504), en la que se resuelve un problema de tributación de intereses y comisiones.

estructura unitaria, esto es, que es un único contrato por el cual se transmite una pluralidad de créditos —los derivados de la actividad empresarial del cliente del Factor— tanto actuales como futuros (4).

La afirmación de una estructura unitaria del contrato de Factoring plantea una serie de importantes cuestiones que en este trabajo pretenden ser afrontadas.

En primer lugar, la unidad estructural que hemos predicado del Factoring, plantea, como consecuencia necesaria, la validez de un contrato que suponga una cesión global de créditos futuros. Para comprobar tal validez se hace necesario, con carácter previo, delimitar los criterios generales con que se regula en nuestro Derecho la cesión de créditos a fin de, en un momento posterior y conforme a tales postulados, plantear la admisibilidad de tal tipo de cesión y cómo se estructura en el caso concreto del contrato de Factoring.

Por otra parte, analizada la posibilidad de una cesión global de créditos futuros y determinada su articulación en el contrato, es necesario acometer el problema de la función económico-social que tal contrato está llamado a cumplir. La cuestión, aun dentro de su complejidad es ineludible, ya que la causa es el elemento que permite la calificación del contrato y, por tanto, la determinación del régimen jurídico aplicable.

## II. CARACTERES GENERALES DE LA CESION DE CREDITOS EN EL DERECHO ESPAÑOL

### 1. Preliminar

El Art. 1.112 C.c. señala que «todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario» (5).

(4) El problema de la estructura contractual del Factoring ha sido objeto de polémica entre los autores italianos que se han ocupado del tema, logrando resultados altamente valiosos. Sobre el tema, me permito reenviar a mi trabajo, *Notas sobre el contrato de Factoring en Italia*, en «RDBB», núm. 25, 1987, pp. 89 y ss. La consideración de una estructura unitaria es —a mi parecer— la más correcta por cuanto que así aparece configurada tal especie contractual en su origen, esto es, en el Derecho anglosajón. No obstante, no puede desconocerse cómo en ocasiones los Factores optan por una configuración plural, esto es, considerar un acuerdo base (el propio contrato de Factoring) y una pluralidad de negocios de ejecución (las distintas cesiones de créditos). Sin embargo, tal configuración estructural no tiene un fundamento esencial, sino que responde a distintas circunstancias, fundamentalmente, de la posibilidad de construir una cesión global de créditos futuros (Vid. ZUDDAS, G.: *Il contratto di Factoring*, «Jovene», Nápoles, 1983, pp. 137 y ss.

(5) Sobre los antecedentes históricos y problemas que plantea la admisibilidad del crédito como objeto del tráfico jurídico, vid. CLEMENTE DE DIEGO, F.: *La transmisibilidad de las obligaciones*, Reus, Madrid, 1912, en especial pp. 38 y ss. y 141 y ss. En la jurisprudencia, vid. Sts. TS. de 11 de diciembre de 1979 (Ar. 4.359), 11 de enero de 1983 (Ar. 163) y 12 de marzo de 1985 (Ar. 1.157).

Este principio general de transmisibilidad de los créditos tiene, sin embargo, una serie de excepciones. La doctrina civilista (6) señala que la incesibilidad de un crédito puede obedecer a una causa personal, legal o convencional. Personal, en cuanto que del carácter estrictamente personal del crédito se derive su no transmisibilidad. Legal, en cuanto que la Ley prohíba su transmisión (ad. ex. Arts. 151 y 1.459 C.c.), y convencional, ya que el propio Art. 1.112 C.c. limita la transmisibilidad cuando «no se hubiere pactado lo contrario», sin otros límites que los marcados por el Art. 1.255 C.c.

A pesar de tal razonamiento, y en relación a esta incesibilidad convencional, se ha señalado que, aun admitiendo la validez de tal pacto, su eficacia queda reducida a las partes, ya que «los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos» (Art. 1.257 C.c.) (7). Por ello parece más correcto entender la validez y eficacia de la transmisión crediticia realizada incumpliendo el pacto de incesibilidad, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias frente a la contraparte por el incumplimiento contractual.

Uno de los medios —el de mayor relevancia a los efectos aquí perseguidos— de transmisión de los créditos es la cesión de créditos que regula, bajo el título de «transferencia de créditos no endosables» nuestro C.com. en sus Arts. 347 y 348, así como el C.c. en sus Arts. 1.526 y ss. (8).

Por cesión de créditos se entiende la enajenación que del crédito hace el acreedor o cedente y la adquisición del mismo que se lleva a cabo por parte del cesionario. Se trata de una transmisión del crédito por acto «inter vivos» y que cumple una función económica de circulación de los créditos dentro del tráfico jurídico (9). Pero tal transmisión no supone novación, ya que el crédito es el mismo, como así se desprende del Art. 1.528 C.c. (accesorios del crédito) o de aplicaciones distintas de tal cesión (ad ex, cfr. Art. 149.3 LH) (10).

---

(6) Vid., por todos, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, Tomo III, 12.<sup>a</sup> ed., revisada por G. GARCÍA CANTERO, Reus, Madrid, 1978, p. 330; NAVARRO PÉREZ, J. L.: *La cesión de créditos en el Derecho civil español*, Granada, 1988, pp. 68 y ss.

(7) DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. 1, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 904 y 805; GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión de créditos y demás Derechos incorporales*, en «Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales», Tomo XIX, Edersa, Madrid, 1980, p. 641. La S. TS. de 9 de abril de 1931 (Ar. 851), señala que para que un derecho sea transmisible no es necesario «que un precepto legal especialmente lo autorice, sino que basta con que ninguno lo prohíba». Más recientemente, en la Jurisprudencia, vid. S. TS. de 8 de octubre de 1968 (Ar. 4.167).

(8) La regulación que tanto el C.com. como el C.c. establece para la cesión de créditos tiene la finalidad de determinar la legitimidad del pago que haga el deudor, pero dista mucho de regular un ámbito completo de la contratación. Cfr. S. TS. de 23 de abril de 1957 (Ar. 251).

(9) DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 802.

(10) «La transferencia o cesión de un crédito no altera ni modifica su naturaleza o carácter y, por consiguiente, que el cesionario del mismo se subroga en el lugar del cedente sin que adquiera otros derechos ni quede sujeto a otras obligaciones que



Nuestro C.c. regula la cesión como una compraventa especial por razón del objeto, lo cual ha sido criticado unánimemente (11), entendiéndose que se trata, mejor, de un momento traslativo, ya que las posibles causas pueden ser muy diferentes (12). De ahí que se entienda que la cesión no es un tipo particular de negocio jurídico, sino que se trata de un acuerdo genérico dirigido a producir una sucesión en la titularidad crediticia que puede ser el contenido de múltiples contratos, típicos y atípicos (13). Pero esto no significa que la cesión sea un negocio abstracto, ya que sus efectos no se desvinculan de su causa (14). Por ello, habrá que entender que a la transmisión del crédito serán aplicables, también, las normas de su causa, esto es, del contrato particular del que la cesión se deriva (15).

El objeto de la cesión es el crédito que se transmite, el cual debe ser existente, transmisible y fundado en un título válido (16). Sin embargo, se da la peculiaridad de que tal transmisión afecta a un tercero ajeno a la cesión, el deudor, y, por otra parte, se modaliza la obligación del saneamiento (Art. 1.529 C.c.).

La cesión no necesita formalidad alguna y se perfecciona por el mutuo consentimiento del cedente y el cesionario (17). A pesar de

---

las propias de éste...» Sts. TS. de 30 de diciembre de 1912, CLJ Civ., Tomo 117, Madrid, 1912, pp.809 y ss. Más recientemente, vid. Sts. TS. de 11 de enero de 1983 (Ar. 163) y de 12 de marzo de 1985 (Ar. 1.157), que niegan, expresamente, el carácter novatorio de la cesión. En la doctrina, vid. LACRUZ, J. L.; SANCHO, F.; DELGADO, J., y RIVERO, F.: *Elementos de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., 1985, pp. 300 y 301; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *Notas al «Derecho de Obligaciones»*, en Ennecerus, Kipp y Wolff, «Tratado de Derecho civil», Bosch, Barcelona, 1954, p. 398; GARCÍA AMIGO, M.: *Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato*, en «RDP», 1963, p. 38; LASARTE, C.: *Curso de Derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 561.

(11) Vid., por todos, CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español...*, op. cit., pp. 300 y 301.

(12) MADRIDEJOS SARASOLA, J.: *La cesión de créditos*, en «RDN», 1961, pp. 383 y 384; LACRUZ: *Elementos...*, op. cit., pp. 297 y 298; DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 802.

(13) DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 803; GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, op. cit., p. 693; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *Op. cit.*, p. 388.

(14) MADRIDEJOS SARASOLA, J.: *La cesión de créditos*, op. cit., pp. 382 y 383; DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 803.

(15) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *Op. cit.*, p. 398; GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, op. cit., p. 640; DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 803.

(16) Sobre tales requisitos vid. S. TS. de 31 de diciembre de 1958 (Ar. 4.213). En la Doctrina, vid., por todos, GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, op. cit., p. 640; NAVARRO PÉREZ, J. L.: *Responsabilidad y garantía en la cesión de créditos*, en «RGLJ», 1972, pp. 21 y ss. De la responsabilidad del cedente por la inexistencia de crédito cedido, algunos autores (CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español...*, op. cit., pp. 23 y 27) hacen derivar la nulidad de la cesión de un crédito futuro. Otros autores (GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, op. cit., p. 644) la califican como dudosa. La cuestión, sobre la que volveremos más adelante, creemos que debe ser resuelta en los términos de los Arts. 1.271, 1.272 y 1.273 C.c.

(17) Cfr. Sts. TS. de 11 de enero de 1983 (Ar. 163) y 12 de marzo de 1985 (Ar. 1.157).

la colocación sistemática de las normas reguladoras de la cesión, se ha afirmado (18) que ésta no exige la concurrencia de los requisitos del sistema de título y modo diseñado en el Art. 609 C.c., sino que la eficacia traslativa se produce como consecuencia del simple consentimiento.

Como la cesión se perfecciona por el mero consentimiento del cedente y cesionario, y tal transmisión no supone novación, el deudor del crédito cedido no es parte del negocio de cesión (cfr. Arts. 347 C.com. y 1.526 C.c.) (19).

En relación al cedente, antiguo acreedor del crédito cedido, es evidente (20) que, de la propia cesión, se derivan para él unos deberes de conducta («Verhaltenspflichten») a fin de hacer posible la efectividad y éxito del crédito transmitido para el cesionario o nuevo acreedor. En este sentido, la Jurisprudencia, ha manifestado que «aunque el C.c., tanto al regular la cesión de derechos y acciones (que más bien que un contrato especial es un molde que puede contener negocios básicos muy diversos), como al reglamentar los contratos causales de tipo traslativo (donación, permuta, compraventa, etc.) haga caso omiso de la obligación que pueda incumbir al cedente y vendedor de facilitar al adquirente los informes para hacer valer el derecho transmitido y los elementos previstos para hacer valer su autenticidad y publicidad» (21) hay que entender exigibles tales deberes. Así, esas obligaciones auxiliares tienen un fundamento positivo, como lo podría demostrar un análisis comparativo de los párrafos 1.º y 3.º del Art. 1.529 C.c., así como una interpretación teleológica del citado precepto, y, en último término, el principio de la buena fe. Con todo ello se respeta el criterio del legislador que, en ocasiones, reconoce expresamente ese conjunto de deberes de colaboración (22), por lo que hay que concluir que al cedente le corresponde un deber de realización de todos los actos de colaboración necesarios para la plena efectividad del crédito (ad. ex. entrega de documentos, etc.) (23).

---

(18) DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 806. PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *Op. cit.*, p. 398; MADRIDEJOS SARASOLA, J.: *La cesión de créditos*, op. cit., p. 390; GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, op. cit., p. 643. Algún autor ha señalado el «marcado carácter aleatorio de la cesión», argumentando que así se deriva de la constancia de que, en el momento de la cesión, la solvencia del deudor no es positiva ni invariable, quedando siempre un margen para el azar (NAVARRO PÉREZ, J. L.: *Responsabilidad...*, op. cit., p. 19). La posible insolvencia del deudor no puede entenderse como el «alea» que recoge el Art. 1.790 C.c., ya que no se trata de incertidumbre, sino que es reconducible al riesgo presente en todo contrato, por lo que es rechazable la calificación de aleatoria respecto a la cesión.

(19) Vid. Sts. TS. de 31 de diciembre de 1958 (Ar. 4.213), 23 de junio de 1983 (Ar. 3.632) y 12 de marzo de 1985 (Ar. 1.157).

(20) GARCÍA AMIGO, M.: *Transmisibilidad...*, op. cit., p. 30.

(21) S. TS. de 23 de octubre de 1934 (Ar. 1.486).

(22) Cfr. Arts. 1.095 y 1.468 C.c.

(23) DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 806.

También es consecuencia directa del carácter no novatorio de la cesión, la norma establecida por el Art. 1.528 C.c., conforme al cual, los denominados «accesorios del crédito», como la fianza, la prenda o la hipoteca, por ejemplo, quedan incluidos en la cesión. Ello no es más que la aplicación del principio general *accessorium sequitur sortem rei principalis*, y que no presenta especiales problemas (24).

## 2. El deudor en la cesión de créditos. La exigencia de la notificación

Si la cesión no supone novación y, por tanto, es eficaz en base al mero consentimiento, hay que concluir que el deudor del crédito cedido no es parte del negocio de cesión, por lo que si pagó al primer acreedor, esto es, al cedente, el pago es liberatorio siempre y cuando no conozca la cesión. Por eso, algún autor (25) ha afirmado que la cesión no tiene eficacia frente al deudor del crédito cedido antes de su conocimiento, mientras que sí es eficaz entre cedente y cesionario por el mutuo consentimiento con anterioridad al conocimiento del deudor (26). Por tanto, como establece el Art. 347 C.com., al igual que el Art. 1.527 C.c., la cesión es eficaz y no necesita del consentimiento del deudor del crédito cedido, «bastando poner en su conocimiento la transferencia». De ahí, que se afirme que tal notificación al deudor no es un elemento constitutivo ni tampoco un requisito

---

(24) La regla del Art. 1.528 C.c. no parece resolver con claridad el problema de los intereses. Por ello, puede entenderse aplicable por analogía la regla que establece el Párrafo 2.º del Art. 1.467 C.c. Pero se ha entendido que los intereses, en cuanto frutos civiles, están ligados al derecho de crédito que se transmite por un nexo de derivación, por lo que habrá que incluirlos en el concepto de accesoriedad, a pesar de que no deban ser confundidos con el crédito del cual se derivan (PANNUCIO, V.: *Cessione dei crediti*, en «Enc. Dir.», Vol. VI, Giuffrè, Milán, 1960, p. 263). También se ha afirmado que «salvo pacto en contrario, no pasarán al cesionario los créditos por intereses vencidos y no satisfechos; sí los devengados pero aún no vencidos...» (LACRUZ: *Elementos...*, *op. cit.*, p. 301). Sin embargo, otros autores (GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, *op. cit.*, p. 657, nota 9) afirman que «no está tan clara la independización del crédito por intereses vencidos respecto del crédito principal, y aunque al llegar al vencimiento se ha convertido en crédito autónomo, no deja de conservar cierta conexión con aquél, de suerte que sería necesaria la expresa reserva del cedente al tiempo de la cesión para estimarlos no incluidos en ella».

Respecto a la cesión de las acciones como accesorios del crédito, se ha afirmado que se transmiten como inherentes al crédito las acciones declarativas, de condena y ejecutivas, así como las conservativas, pero no aquellas que afecten al título que fundamenta el crédito (ad. ex nulidad, anulabilidad, rescisión y resolución), aun cuando alguna de ellas se extingan en el cedente por falta de interés, salvo que se dé pacto de garantía por la solvencia del deudor (ad. ex resolución por incumplimiento, vid. GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, *op. cit.*, p. 658; PANNUCIO, V.: *Cessione...*, *op. cit.*, pp. 865 y ss.).

(25) PANNUCIO, V.: *Cessione...*, *op. cit.*, p. 851.

(26) En la Jurisprudencia, vid. S. TS. de 31 de diciembre de 1958 (Ar. 443). En la Doctrina, vid. LACRUZ, J. L.: *Elementos...*, *op. cit.*, p. 299.

de eficacia frente a terceros (27), sino un simple medio de vincular al deudor con el cesionario, nuevo acreedor (28), es decir, mediante la notificación se determina la legitimidad del pago. Pero hay que advertir que, expresamente, ni el C.com. ni el C.c. exige una «notificación» en cuanto acto formal para determinar la legitimidad y eficacia libertatoria del pago, sino que la exigencia se refiere a que el deudor del crédito cedido conozca la cesión (29). De esta manera, sólo se reputará legítimo y tendrá efectos liberatorios el pago realizado por el deudor, tras el conocimiento de la cesión, hecho al cesionario (30). Por ello se afirma que «nuestra legislación sólo se preocupa de una cosa: que el deudor tenga conocimiento de la cesión, es decir, que sepa o esté enterado de que la cesión ha tenido lugar. Los medios por los cuales haya llegado a tener tal conocimiento son indiferentes. Tanto el Código como la Ley Hipotecaria se abstienen de hablar de notificación, pues sólo aluden al conocimiento de la cesión. Esta es perfecta sin notificación, pero el deudor no queda ligado con el nuevo acreedor, hasta que conozca o sepa el cambio» (31).

El problema que puede plantearse ahora es el de a quién compete la notificación. Se ha señalado que la notificación es una carga del cesionario (32). Sin embargo, de tal opinión podrían derivarse consecuencias contrarias al esquema legal diseñado para la cesión. Esto es así, porque, lógicamente, el deudor requeriría al cesionario que le notifica la acreditación suficiente del hecho de la cesión, lo cual debería hacerse por medios permitidos, pero que chocarían con la flexibilidad que caracteriza el régimen de la notificación al deudor en la cesión (ad ex. notificación notarial). Pero también hay que considerar criticable la afirmación de que la notificación es una carga del cesionario, con fundamento en la consideración de que el deudor

---

(27) Como ocurría en el Derecho romano, de carácter formal, con la «*Denuntiationis*», o en el Derecho italiano como sistema intermedio (cfr. Art. 1.265 C.c. italiano).

(28) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 6.ª ed., Tomo IV, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1968, p. 794.

(29) En la Jurisprudencia, vid. S. TS. de 30 de abril de 1910, CLJciv., Tomo 117, Madrid, 1910, pp. 780 y ss. Más recientemente, vid. Sts. de 5 de noviembre de 1974 (Ar. 4.124), 11 de enero de 1983 (Ar. 153) y 23 de junio de 1983 (Ar. 3.682). En la Doctrina, vid. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...*, op. cit., p. 331; DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 805; LACRUZ, J. L.: *Elementos...*, op. cit., pp. 299 y 300. Algún autor señala la eficacia liberatoria del pago hecho al cedente después de conocer el deudor la cesión, «en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor» (arg. ex Art. 1.163.2 C.c.). Cfr. GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, op. cit., p. 650. Vid., también, NAVARRO PÉREZ, J. L.: *La cesión...*, op. cit., pp. 112 y ss.

(30) «El deudor notificado que paga al cedente no paga bien por haber procedido de mala fe, y el deudor no notificado que paga al cedente paga bien por haber procedido de buena fe. Pero la cesión en sí misma, se opera independientemente de la notificación.» ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, op. cit., p. 794. Sobre la notificación, vid. VENTURA-TRAVESSET: *Notificación a terceros poseedores en la cesión de crédito hipotecario*, en «RGD», 1951, pp. 445 y ss.

(31) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, op. cit., p. 795.

(32) DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 805.

tiene tal cualidad frente al cedente, por lo que, mayor seguridad y mayor flexibilidad se darán, si la notificación corre a cargo del cedente y no del cesionario. A una conclusión igual lleva la consideración de los que antes denominábamos «deberes de conducta» del cedente en la cesión, ya que habrá que entender como primer deber del cedente el realizar todos los actos que hagan seguro el crédito transmitido mediante el conocimiento del deudor, vinculando a éste con el cesionario. Por estas razones, y ante el silencio legal, parece más correcto entender que la notificación es una carga que corresponde al cedente en la cesión.

El problema central que se plantea en la relación cesionario-deudor del crédito cedido, es el problema de las excepciones. Para intentar la solución de tal problemática, creemos que deben distinguirse dos supuestos, según que el deudor al conocer la cesión la consintiera o no. En el primer supuesto —consentimiento en la cesión— la Jurisprudencia (33) y la Doctrina (34) son unánimes en entender que no cabe alegar frente al cesionario excepciones oponibles al cedente.

Mayor complejidad plantea el supuesto en que el deudor no consintió la cesión al conocerla. En este caso, parece conveniente distinguir dos supuestos, según que se trate de excepciones objetivas o bien de excepciones personales. Si la alegación se hace con fundamento en una excepción objetiva, en el sentido de ser inherente a la relación obligatoria o a su causa (ad. ex. prescripción, nulidad, etc.), el cesionario no podrá exigir el pago, ya que la excepción es perfectamente oponible, y lo único que podrá hacer, según el momento temporal en que se produzca su fundamento, será exigir la oportuna responsabilidad a su cedente (Art. 1.529 C.c.).

Si la excepción que se alega es de carácter personal, esto es, relativa a la situación del primer acreedor o cedente, el problema se complica. La Ley guarda silencio en este punto, salvo en lo relativo a la excepción de compensación (Art. 1.198 C.c.). Quizá, sea esta la norma que, no sólo por analogía, sino también por mostrar el criterio del legislador, nos permita solucionar el problema. Así, sólo podrán alegarse aquellas excepciones personales que sean anteriores al conocimiento de la cesión y no tengan el carácter de personalísimas (35).

Pero también es un problema importante en todo lo relativo a la oponibilidad de excepciones en la cesión de créditos, el determinar cuándo hay consentimiento por parte del deudor. Si éste consiente expresamente o manifiestamente se opone a la cesión, no hay duda sobre la existencia o inexistencia del consentimiento, con todas las consecuencias ya vistas respecto a las posibles excepciones. Donde la

(33) Sis. TS. de 29 de diciembre de 1981 (Ar. 5.354) y 23 de enero de 1985 (Ar. 195).

(34) LACRUZ, J. L.: *Elementos...*, op. cit., p. 301; Díez PÍCAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., pp. 809 y 810; LASARTE, C.: *Curso...*, op. cit., p. 560.

(35) LACRUZ, J. L.: *Elementos...*, op. cit., p. 301.

cuestión se plantea es en el supuesto en que el deudor, conociendo la cesión, simplemente no diga nada ni realice actos o hechos concluyentes que apoyen una u otra posición respecto a la cesión realizada. Es decir, se trata del supuesto del silencio puro y su valor jurídico.

Intentando resolver esta cuestión que ahora nos interesa, hay que advertir que no existe una norma expresa que otorgue o niegue valor jurídico al silencio. Para el estudio de esta cuestión hay que tener también en cuenta la doble exigencia en el tráfico comercial, referida tanto a la buena fe como a la rapidez en la contratación (36).

Es lugar común entender que el silencio sólo tiene valor jurídico, esto es, que se considera como consentimiento, cuando exista obligación de no guardar silencio. Pero esto significa trasladar el problema a decidir cuándo existe tal obligación. Se entiende que «no hay obligación de contestar frente a las propuestas de contrato. Pero no puede decirse lo mismo cuando el silencio se produce dentro de una relación contractual o de negocios ya existentes. En este caso se está en la obligación de colaborar lealmente en el desarrollo de los negocios encomendados o en la ejecución del contrato. El silencio puede engendrar en el otro interesado la confianza en una determinada voluntad positiva» (37).

En definitiva, parece que ha de concluirse señalando que, en general, el silencio no significa consentimiento en nuestro Derecho. Pero, este mismo ordenamiento jurídico ofrece fundamento razonable para entender, en base a la buena fe, una eficacia distinta del silencio cuando —de las circunstancias del supuesto— quien debiera romper su silencio no lo hiciera. Por estas razones, determinar cuándo otorga tal eficacia el ordenamiento jurídico al silencio será, pues, una *questio facti*.

### 3. Tutela de la posición jurídica del cesionario en la cesión en relación a terceros

Delimitada la eficacia de la cesión frente al deudor, queda ahora ocuparnos de la eficacia de la cesión frente a terceros. El párrafo 1.º del Art. 1.526 C.c. determina la eficacia frente a tercero en función de la certeza de la fecha, de conformidad con los Arts. 1.218 y

---

(36) En la práctica mercantil no se atribuye, normalmente, ninguna transcendencia jurídica al silencio, salvo algún uso antiguo, hoy prohibido, que indicaba la «*acceptatio per receptionem et retentionem litterarum*».

(37) GARRIGUES, J.: *Tratado de Derecho mercantil*, Tomo III, Vol. I, Madrid, 1963, p. 64. Más adelante señala este autor que el silencio en cuanto conducta pasiva puede atentar a la buena fe, en cuyo caso ésta exige en determinadas circunstancias una respuesta, atribuyendo la Ley al silencio unas consecuencias jurídicas, las cuales no derivan de una declaración que no existe, sino que derivan de la Ley. *Op. cit.*, p. 65. Este criterio es el que parece mantener el C.com. en su articulado (cfr. Arts. 54, 248, 249, etc.).

1.227 C.c. Tal exigencia se ha interpretado afirmando que «no siendo posible con respecto a los terceros, personas inciertas, la notificación expresa, el legislador, para ponerlos a cubierto de simulaciones, declara que contra ellos no surtirán efectos, sino aquellas cesiones de créditos, derechos o acciones que consten en el Registro de la Propiedad, si se trata de derechos sobre un inmueble, o se hayan contraído por escritura pública o aparezcan incorporados a un Registro Público, si la cesión se hubiere hecho por documento privado, y siempre a contar de las fechas respectivas de la inscripción, del otorgamiento o de la incorporación» (38).

Sin embargo, creemos que no pueden aceptarse las anteriores afirmaciones, ya que el Art. 1.526.1 C.c. no establece un carácter constitutivo de tales formas, sino tan sólo reglas de valoración de la prueba del conocimiento de la cesión por los terceros, por lo que se concluye en la posibilidad de prueba en contrario respecto a la fecha de la cesión (39).

Como tercero en la cesión es también otro posible cesionario del mismo crédito, hay que plantearse ahora el problema del conflicto de cesionarios.

Manresa señala que «cedido un crédito a dos cesionarios distintos, a falta de otro signo de toma de posesión o de cuasitradiación, estimamos que la notificación hecha al deudor puede considerarse como tal. Tendrá, pues, preferencia en este supuesto el que primero haya hecho notificar al deudor el hecho de la cesión. Al otro cesionario, aunque sea el primero a quien el crédito o derecho fue cedido, quedarán a salvo sus acciones contra el cedente» (40).

La opinión citada descansa sobre una premisa errónea, ya que niega la eficacia traslativa de la propia cesión, al exigir en la misma la concurrencia de una «*Traditio*», representada por la posesión o por una «cuasitradiación», lo cual carece del sentido en un supuesto de cesión de créditos (41). Si la cesión, siendo independiente de la

(38) SCAEVOLA, Q. M.: *Código civil*, Tomo XXIII, Madrid, 1906, p. 295.

(39) LACRUZ, J. L.: *Elementos...*, *op. cit.*, p. 298; GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, *op. cit.*, p. 652. Implícitamente, MADRIDEJOS SARASOLA, J.: *La cesión...*, *op. cit.*, p. 391. Por tercero, a efectos del Art. 1.526.1 C.c. hay que entender todo aquel que fue extraño a la cesión, o mejor, no reducir tal concepto al de otros posibles cesionarios, sino considerar tercero a cualquier interesado en el patrimonio del deudor (acreedores): LACRUZ, J. L.: *Elementos...*, *op. cit.*, p. 298. Sobre el concepto de tercero, vid., S. TS. de 22 de junio de 1967 (Ar. 3.064).

(40) MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código civil español*, Tomo X, 5.ª ed., revisada por J. M. BLOCH, Reus, Madrid, 1950, pp. 412 y 413.

(41) «El dominio, el derecho real, sólo se deriva de la entrega y si queremos saber cuál es el momento en que el derecho cedido pasa en realidad al patrimonio jurídico del cedente al cesionario, tendremos que acudir a los preceptos que regulan la entrega y que hemos estudiado ya en los Arts. 1.462 y siguientes. En esos artículos, no solamente se trata de tradición de cosas corporales, sino también de la llamada cuasitradiación. A esta cuasitradiación, habrá pues, que atender en cada caso concreto para tener fijado el momento de la transmisión de la propiedad: tal es la doctrina del Código,

notificación (42), tiene una eficacia traslativa (43), la solución al problema del conflicto de cesionarios no podrá depender del momento en que se realice la notificación al deudor (44). Tal solución, lógicamente, ha de tener su fundamento en la eficacia traslativa de la cesión. Tal eficacia traslativa implica que el cedente, cuando vuelva a ceder su crédito a un segundo cesionario, no podrá hacerlo ya que cede un crédito del que no es titular, y «*nemo ad alium plus iuris transferre potest quam ipse non habet*». Por tanto, habrá que entender la nulidad de la segunda cesión por falta de objeto —el crédito que se cede— con todas las consecuencias que de ello se deriven en punto a la responsabilidad del cedente (Art. 1.529 C.c.). De esta manera, habrá que concluir que ha de darse preferencia a la primera cesión perfeccionada, sin perjuicio de la eficacia liberatoria del pago realizado por el deudor al segundo cesionario, el cual notificó la cesión, sin que lo hubiera hecho el primero (45).

#### 4. Responsabilidad «*ex veritas nominis*» y «*ex bonitas nominis*»

El problema de la doble cesión lleva a la conclusión del Art. 1.529.1 C.c., que establece la responsabilidad del cedente por la «existencia» y «legitimidad» del crédito, también denominada responsabilidad por la «*veritas nominis*». Por existencia hay que entender que el crédito cedido tenga realidad en los términos pactados, mientras que por legitimidad se expresa la necesidad de que, por su propia naturaleza, el crédito se pueda realizar, esto es, pueda reclamarse (46). Se ha afirmado, y con razón, que, en sentido propio, no estamos ante un supuesto de una genuína obligación de garantía, sino ante un supuesto de nulidad de la cesión por inexistencia de sus presupuestos objeti-

---

que no sufre en este punto modificación alguna.» MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 405. En igual sentido, NAVARRO PÉREZ: *La cesión...*, *op. cit.*, pp. 103-107.\*

(42) Vid. ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, *op. cit.*, pp. 794 y 795. En la Jurisprudencia, vid., por todos, la S. TS. de 23 de junio de 1983 (Ar. 3.682).

(43) S. TS. de 12 de marzo de 1985 (Ar. 1.157); DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 802.

(44) Bajo la argumentación de MANRESA, que ahora criticamos, existe un equívoco en el carácter de la notificación, ya que considera el sistema español similar al italiano, en cuanto a la eficacia frente a terceros (Art. 1.265 C.c. italiano), confundiendo además la necesidad de tradición o cuasitradicón, por considerar la cesión como un mero supuesto de compraventa especial por razón del objeto.

(45) LACRUZ, J. L.: *Elementos...*, *op. cit.*, p. 300; GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, *op. cit.*, p. 654; advierte una excepción, ya que «en la hipótesis de intervenir terceros hipotecarios, por tratarse de cesiones inscritas en el Registro de la Propiedad, habrá lugar a aplicar la regla del Art. 1.473, Párrafo 2.º (del C.c.), dando la preferencia al primero que inscriba la cesión en el Registro con buena fe».

(46) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...*, *op. cit.*, p. 333.



vos (47). Algún autor afirma que, en caso de conocimiento por parte del cedente de la inexistencia o vicio del crédito, éste incurriría en una especial culpa «*in contrahendo*» (48).

La responsabilidad del cedente en estos supuestos de inexistencia o ilegitimidad del crédito, queda configurada en el C.c. atendiendo al criterio de la concurrencia de buena fe por parte del cedente (49).

Si el cedente es de buena fe, el contenido de su responsabilidad comprenderá el precio de la cesión, el interés de tal cantidad que debiera haberse devengado desde su abono, así como los gastos que la cesión causó al cesionario (50).

Si el cedente fuera de mala fe, su responsabilidad por la «*veritas nominis*» se agrava, ya que se añade la indemnización de daños y perjuicios, que en este caso incluiría la diferencia entre el importe nominal del crédito y el precio pagado en la cesión (arg. Arts. 1.106 y 1.107 C.c.) (51).

Cuestión conexa a la responsabilidad del cedente por la «*veritas nominis*» es el problema de la cesión de un crédito ajeno (52). Si el crédito se transmite como propio, pero es ajeno, sería aplicable el Art. 1.529 C.c. y, en función de la buena o mala fe del cedente se determina su responsabilidad por la falta de existencia y legitimidad del crédito cedido.

Sin embargo, si el cedente transmitiera el crédito con el carácter de ajeno, estaría obligado a adquirir tal crédito. Si incumpliera tal obligación, estaría obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados a su cesionario. Por el contrario, si adquiriera el crédito del que era titular un tercero, se produciría la adquisición automática de dicho crédito por parte del cesionario (eficacia traslativa de la cesión).

(47) Si el crédito es inexistente, no cabe cesión, cfr. S. TS. de 2 de febrero de 1984, vid. LACRUZ, J. L.: *Elementos...*, op. cit., p. 302; Díez PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 807. CASTÁN afirma que «sin crédito real y legítimo, carecería de causa el contrato», op. cit., p. 333.

(48) Díez PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 807.

(49) Sobre el tema, vid. NAVARRO PÉREZ, J. L.: *Responsabilidad...*, op. cit., pp. 29 y ss.; Id.; *La cesión...*, op. cit., pp. 177 y ss.

(50) No cabe entender comprendida en tal responsabilidad la diferencia entre el importe nominal del crédito y el precio de la cesión, ya que se trata de un supuesto de nulidad del contrato y, por tanto, reconducible al supuesto de un pago sin causa.

(51) «La cesión del crédito o contrato con conocimiento del cedente de que el *debitor cessus* negaba su efectividad, a pesar de lo que, silenciando esta circunstancia, la llevó a efecto, califica su mala fe y las responsabilidades determinadas en el Art. 1.529, consistentes, según el tenor obligatorio del precepto, en el pago de todos los daños y perjuicios ocasionados al cesionario.» S. TS. de 31 de diciembre de 1958. Lógicamente, la responsabilidad se extiende hasta englobar en su ámbito los accesorios del crédito. Pero «el cedente sólo se responsabiliza por la existencia de los accesorios al tiempo de la cesión, pero no por la eficacia del hecho de los mismos». NAVARRO PÉREZ, J. L.: *Responsabilidad...*, op. cit., p. 31.

(52) Vid. MADRILEJOS SARASOLA, J.: *La cesión...* op. cit., pp. 388 y 389; NAVARRO PÉREZ, J. L.: *Responsabilidad...*, op. cit., p. 84; PANUCCIO, V.: *La cessione dei crediti nella teoria del trasferimento*, Giuffrè, Milán, 1955, pp. 129 y ss.

Pero el Art. 1.529 señala también que, si procede, el cedente responderá a la solvencia del deudor o responsabilidad por la «*bonitas nominis*». Esta garantía por la solvencia se refiere al cobro efectivo del crédito, ya que su finalidad es asegurar el cobro del cesionario al tiempo del vencimiento (53). Se ha señalado que esta garantía tiene dos caracteres especiales que la configuran de un modo específico. Estos son el de su subsidiariedad y el de su carácter restitutivo (54). Subsidiariedad porque, salvo pacto en contrario, sólo procederá cuando el cesionario no hubiera podido haber hecho efectivo su crédito dirigiéndose contra el deudor. Restitutivo, porque una vez que el cedente cumplió la obligación de garantía asumida, retorna a él la titularidad íntegra del crédito.

Esta garantía por la «*bonitas nominis*» necesita, en la normativa del C.com. y del C.c., que se pacte expresamente o bien que provenga de una insolvencia anterior y pública del deudor (55).

El principal problema a destacar en torno a esta responsabilidad es el de su naturaleza jurídica. ¿Qué es esta responsabilidad por la «*bonitas nominis*» que sume el cedente?

Sintéticamente, puede afirmarse que las respuestas a esta interrogante son tres, o se configura tal garantía como un supuesto modalizado de la garantía por evicción o por los vicios del crédito, o se entiende que se trata de un supuesto reconducible a la fianza, o, por último, se afirma que se trata de una condición resolutoria expresa.

Hoy en día, parece que hay unanimidad en entender que tal garantía no es más que un supuesto de condición resolutoria (56).

A esta conclusión se llega por las insuficiencias de las anteriores posturas. Así, no puede afirmarse que tal garantía sea un supuesto de fianza, ya que en el pago el fiador pagaría lo pactado, mientras que en este supuesto el objeto de su obligación se limitaría al precio de la cesión y a los gastos que ésta ocasionó. Pero tampoco puede afirmarse que se trate de una responsabilidad por evicción o por vicios del crédito, ya que se estaría afirmando un error de base, esto es, que la cesión no es más que un tipo especial, por razón del objeto, de compraventa.

La responsabilidad del cedente la cifra el C.c. por referencia al Art. 1.518.1 C.c. al que reenvía expresamente el Art. 1.529 C.c. Conforme a este precepto, el cedente deberá reembolsar a su cesionario el precio recibido por la cesión, los gastos del contrato y cualquier

---

(53) GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, op. cit., p. 669; NAVARRO PÉREZ, J. L.: *La Cesión...*, op. cit., pp. 203 y ss.

(54) NAVARRO, J. L.: *Responsabilidad...*, op. cit., pp. 44 y 45.

(55) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...*, op. cit., p. 333.

(56) LACRUZ, J. L.: *Elementos...*, op. cit., p. 303; DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 808; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...*, op. cit., p. 333; GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, op. cit., p. 667. Con matices, NAVARRO PÉREZ, J. L.: *Responsabilidad...*, op. cit., pp. 43 y 44.

otro pago legítimo ocasionado por la cesión (57). Esta limitación del contenido económico de la responsabilidad por la «*bonitas nominis*» puede enervarse por las partes, disponiendo que cubra también la diferencia entre el importe nominal del crédito y el precio recibido en la cesión (58).

Este es, sintéticamente, el régimen normativo que tanto el C.com. como el C.c. diseñan para la transmisión de los créditos no susceptibles de endoso. Tal normativa tiene un carácter dispositivo, por lo que, en atención a las especiales circunstancias, puede modalizarse en el sentido que se quiera sin otros límites que los generales derivados de normas imperativas (ad. ex. Arts. 1.255, 1.271, etc., C.c.). Dentro de este régimen hay también que señalar que, como la cesión no es una compraventa especial, sino un acuerdo genérico con múltiples posibilidades en cuanto a su causa, en el concreto supuesto habrá que tener en cuenta los efectos, no sólo comunes a toda cesión (responsabilidad por la «*veritas nominis*» y por la «*bonitas nominis*» en su caso), sino también los específicos que se deriven del negocio del cual trae causa la cesión (59).

### III. POSIBILIDAD DE UNA CESION GLOBAL DE CREDITOS FUTUROS EN EL DERECHO ESPAÑOL

#### 1. *Delimitación del problema*

Los problemas que pueden plantearse en nuestro Derecho para admitir una cesión global de créditos futuros, vienen referidos a los presupuestos objetivos de tal cesión.

La exigencia formulada por el Art. 1.261 C.c., de exigir «objeto cierto que sea materia de contrato» plantea el primer problema, esto es, saber qué se entiende por tal, por objeto del contrato (60). Por objeto del contrato creemos que hay que entender la unidad pasiva de referencia, la realidad sobre la cual el contrato, en cuanto negocio, incide. De esto se deriva que como objeto del contrato hay que admitir las más variadas realidades, las cosas corporales, las energías naturales, la obra intelectual, etc. (61).

(57) LACRUZ, J. L.: *Elementos...*, *op. cit.*, p. 303.

(58) Sobre la interpretación de la expresión «insolvencia anterior y pública», y su consideración como causa de la responsabilidad del cedente por la «*bonitas nominis*». Vid. TORRALBA SORIANO: *La responsabilidad del cedente por insolvencia anterior y pública del deudor cedido (estudio histórico crítico)*, Est. Homenaje Santa CRUZ TEJEIRO, Valencia, 1974, pp. 453 y ss. Un compendio de las distintas opiniones en LACRUZ, J. L.: *Elementos...*, *op. cit.*, p. 303, nota 16. Vid., también, NAVARRO PÉREZ, J. L.: *La cesión...*, *op. cit.*, pp. 196 y ss.

(59) MADRIDEJOS SARASOLA, J.: *La cesión...*, *op. cit.*, p. 396.

(60) Sobre la problemática del objeto del contrato, vid. DE LOS MOZOS, J.: *El objeto del negocio jurídico*, en «RDP», 1960, pp. 372 y ss.

(61) DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 146.

Conforme a este concepto de objeto del contrato, hay que concluir, como ya lo hicimos, que el crédito que se transmite es el objeto en la cesión de créditos y, por tanto, a él deben referirse los requisitos que en punto a los presupuestos objetivos del contrato exigen los Arts. 1.271, 1.272 y 1.273 C.c.

## 2. Cesión de créditos futuros

Si pretendemos analizar la viabilidad jurídica de una cesión global de créditos futuros en Derecho español creemos que deben analizarse separadamente la problemática que plantea la cesión de un crédito futuro y, por otra parte, la cesión global, para intentar concluir en el estudio de la validez de la cesión global y futura.

El primer requisito que nuestro Código exige es el de la posibilidad, según establece el Art. 1.272 C.c. No cabe objeto imposible («*ad impossibilia nemo tenetur; impossibilium nulla est obligatio*»). Pero esta posibilidad viene admitida en el C.c. de dos maneras. La primera referida a una existencia actual, y una segunda referida a una existencia futura, como poder ser o existir. De esta segunda posibilidad nuestro Código civil en su Art. 1.271, admite la contratación sobre cosas futuras, tanto la denominada «*emptio spei*» como la denominada «*emptio rei speratae*». La obligación principal que surge para las partes es la de realizar todo lo necesario para que la cosa —en nuestro caso, el crédito— llegue a la existencia.

El segundo requisito que ha de cumplir el crédito en cuanto objeto del contrato, y que señala el C.c. en su Art. 1.271, es el de su licitud. Tal licitud hay que entenderla en el sentido de tráfico lícito, es decir, atendiendo al carácter «*ex commercium*» que puede tener ese crédito respecto a la prestación en que consiste su objeto. No parece que plantee ningún problema, a los efectos que ahora estudiamos, la cesión de un crédito, ya que éste, entendido como un poder jurídico cuya titularidad ostentará a su nacimiento una de las partes, no estará fuera del comercio (arg. ex. Art. 112 C.c.).

El problema que plantea la cesión de un crédito futuro, está en relación al requisito de la determinación del objeto que establece el Art. 1.273 C.c.

Algunos autores (62) entienden que no cabe hablar de una cesión de crédito futuro, ya que, en su opinión, el Art. 1.529 C.c., al configurar la responsabilidad del cedente por la «*veritas nominis*», hace

---

(62) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...*, op. cit., p. 333; NAVARRO PÉREZ, J. L.: *Responsabilidad...*, op. cit., pp. 23 y 27. Este último autor en un trabajo posterior, rectifica y señala la admisibilidad de una cesión de crédito futuro siempre y cuando el mismo sea objeto de cuasitradicación a su venida a la existencia. Cfr. *La cesión...*, op. cit., pp. 107-109.

nula tal cesión. Otros autores (63) entienden que tal tipo de cesión es dudosa.

Como ya advertimos, la problemática de la cesión de un crédito futuro debe ser resuelta no sólo mediante una visión unilateral de la normativa reguladora de la cesión de créditos, sino también, en función de la disciplina general aplicable a todo contrato. Si el Art. 1.529 C.c. establece una responsabilidad por la «*veritas nominis*», no hay que pensar que se trata de una norma especial o necesaria de la cesión de créditos. Es más, si el Art. 1.529 C.c. no existiera, el cesionario seguiría teniendo la misma tutela jurídica, ya que la responsabilidad por la «*veritas nominis*» no es más, como ya indicamos, que un supuesto de nulidad de la cesión por falta de un elemento esencial, esto es, el objeto.

Por estas razones, el problema de la cesión de un crédito futuro ha de resolverse en el sentido de si tal crédito cumple los presupuestos objetivos que señala el C.c. Y el problema viene referido al requisito de la determinación del objeto, en nuestro caso del crédito futuro, que señalan los Arts. 1.261 y 1.273 C.c. Según estos preceptos, el objeto de la cesión debe ser determinado o determinable. Para cumplir los presupuestos objetivos de la cesión bastará con que el objeto sea determinable sin necesidad de una absoluta determinación.

Determinabilidad significa que pueda llegarse a la determinación perfecta en un momento posterior de la vida de la obligación, la cual es *ab initio*, indeterminada en su objeto (64). Sin embargo, tal determinabilidad no es absoluta, ya que necesita la previsión de un criterio que, actuando como límite, la corrija. Por ello, se ha entendido (65) que del Art. 1.273 C.c. pueden extraerse dos deducciones. En primer lugar, que las obligaciones llamadas por el Código «de especie» son determinadas. Por otra parte, que la determinabilidad, con sus criterios, no puede subsanar una indeterminación de especie, que no es permitida en ningún momento de la vida de la obligación (66).

En definitiva, la finalidad del Art. 1.273 C.c. respecto a la admisibilidad de una indeterminación relativa o determinabilidad en el objeto del contrato, es la de establecer que tal indeterminación no debe motivar duda sobre la realidad de la obligación. Este es el límite,

(63) GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, op. cit., p. 644.

(64) MARTÍN PÉREZ, A.: *Sobre la determinación de la prestación obligatoria*, en «RGLJ», 1958, p. 16.

(65) «La posibilidad de indeterminación está medida por la posible determinación, dentro de un amplio marco permisivo de criterios que supone aquí la sola y simple exigencia de que el criterio exista..., sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes, o sea, sin que de nuevo opere la autonomía de la voluntad, ya ligada por el vínculo.» MARTÍN PÉREZ, A.: *Sobre la determinabilidad...*, op. cit., p. 19. En igual sentido, vid. Díez PÍCAZO, L.: *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957, pp. 33 y 39.

(66) MARTÍN PÉREZ, A.: *Sobre la determinabilidad...*, op. cit., pp. 19 y 20; Díez PÍCAZO, L.: *El arbitrio...*, op. cit., p. 38.

junto con la necesidad de determinación de la especie (67), que nuestro C.c. señala en punto a la indeterminación relativa del objeto del contrato (68). Por ello, hay que entender admisibles todos los criterios posibles que se establezcan para la determinación del objeto, tanto objetivos (datos ciertos, actuales y futuros) como subjetivos (ad ex. arbitrio de un tercero) (69).

Retomando la cuestión inicialmente planteada creemos que es posible la cesión de crédito futuro. Si se admite, como hace nuestro C.c. en su Art. 1.271, la contratación sobre cosas futuras, hay que entender la posibilidad de ceder un derecho futuro. Es así, porque si en el concepto técnico-jurídico de cosa se comprenden tanto las cosas materiales como los derechos, en el concepto técnico jurídico de cosa futura (70) habrán de comprenderse no sólo las cosas materiales, sino también los derechos futuros (71).

Si es posible la determinabilidad del crédito futuro, respetando la exigencia de especie que señala el Art. 1.273 C.c., será posible su cesión. La determinación general de las cosas futuras es indirecta necesariamente (72). Basta con la indicación de criterios que determinan el objeto sin que supongan un nuevo contrato. Tales criterios podrán ser objetivos, mediante la referencia a datos indicativos del crédito que nacerá, pero también subjetivos, mediante la determinación por el arbitrio de un tercero o incluso de una de las partes. Precisamente, el arbitrio de una de las partes en la fase de determinación plantea el problema de su admisibilidad. Nuestro C.c. parece prohibirlo en ocasiones aisladas (ad. ex., Arts. 1.449 y 1.690 C.c.) y, con carácter general, en el Art. 1.256 C.c. al prohibir que el cumplimiento del contrato se deje al arbitrio de una de las partes. Sin embargo, en la práctica tal arbitrio se admite pacíficamente (ad. ex. en la determi-

---

(67) «El objeto de todo contrato debe ser ser cosa determinada en cuanto a su especie.» Art. 1.273 C.c. Respecto a lo que ha de entenderse por especie, se ha afirmado que «desde el punto de vista de la determinación de la especie parece que se cumplen sus exigencias cuando se concrete inicialmente un apartado o grupo de posibles prestaciones, ordenado según varios criterios». MARTÍN PÉREZ, A.: *Sobre la determinabilidad...*, op. cit., p. 21.

(68) MARTÍN PÉREZ, A.: *Sobre la determinabilidad...*, op. cit., p. 32.

(69) DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p.154; MARTÍN PÉREZ, A.: *Sobre la determinabilidad...*, op. cit., p. 33.

(70) Por cosa futura hay que entender, con fundamento en el Art. 635 C.c., aquella que, al tiempo de la transmisión, el transmitente no puede disponer de ella.

(71) DEgni: *La compraventa*, trad. de BONET RAMÓN, Madrid, 1957, pp. 113 y ss. ROGEL VIDÉ, C.: *La compraventa de cosa futura*, Studia Albortiana, Bolonia, 1975, p. 42.

Ya la doctrina anterior entendía la posibilidad de la cesión de un crédito futuro. Destaca, por el interés que presenta para nuestro estudio, la opinión de Von Thur, quien expresamente afirmaba como ejemplo de cesión de crédito futuro el supuesto en que el cedente transmitiera «todos los créditos que nazcan en sus relaciones comerciales». Cfr. A. VON THUR, *Tratado de las obligaciones*, tradc. de W. Rocés, Tomo II, Reus, Madrid, 1934, pp. 302 y 303.

(72) ROGEL VIDE, C.: *La compraventa*, op. cit., p. 59.

nación de los honorarios de las profesiones liberales) y no se considera como un supuesto sujeto a la interdicción del Art. 1.256 C.c. La solución propugnada a esta aparente contradicción (73), es la de entender la distinción entre arbitrio y arbitrariedad. Nada impide, y en el Derecho histórico se admitía, que una de las partes determine con un arbitrio «*bonun viri*» el contenido de la prestación. Tal arbitrio es, por supuesto, susceptible de revisión y control por los tribunales ordinarios, pero su admisibilidad no parece presentar dudas. Esto se afianza, aún más, en aquellos supuestos en que tal arbitrio es reconducible al supuesto de discrecionalidad técnica. Una de las partes, por su mayor conocimiento técnico, puede intervenir con posterioridad a la perfección del contrato, en la determinación del objeto. De esta manera, un criterio posible para perfeccionar la determinabilidad del objeto del contrato es el arbitrio «*bonum viri*» o la discrecionalidad técnica de una de las partes. Tal arbitrio o discrecionalidad no es arbitrariedad, ya que tiene un fundamento objetivo (en la propia naturaleza del negocio, en los conocimientos técnicos de uno de los contratantes) que impide la aplicación del Art. 1.256 C.c. (74). Por ello, creemos que hay que entender como un criterio válido en la determinabilidad del objeto, con especial relevancia en la contratación de cosas futuras, el arbitrio o la técnica de una de las partes contratantes.

Hay que concluir, entonces, que como la cesión de un crédito futuro cumple o puede cumplir los presupuestos objetivos que exige nuestro C.c. en los Arts. 1.271, 1.272 y 1.273 —posibilidad, licitud, determinabilidad—, es posible tal cesión de un crédito futuro.

### 3. Cesión global de los créditos

Respecto a la posibilidad de una cesión global de créditos, hay que observar que ésta también es admisible en base a dos argumentos.

En primer lugar, porque tal cesión puede respetar las exigencias objetivas que recoge el C.c. cumpliendo con los requisitos de licitud, posibilidad y determinación.

Pero también puede afirmarse la admisibilidad de tal cesión, con fundamento en la analogía con el supuesto segundo del Art. 1.532 C.c., que admite expresamente, la cesión conjunta o en bloque. Tal cesión, se configura unitariamente y no como una suma de cesiones singulares (75).

---

(73) DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., pp. 155 y 156.

(74) Admite expresamente tal criterio MARTÍN PÉREZ, A.: *Sobre la determinabilidad...*, op. cit., p. 33.

(75) GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisibilidad...*, op. cit., p. 695.

El Art. 1.532 C.c. configura esta cesión global con dos particularidades. En primer lugar, parece contemplar un único precio por la cesión (76). Pero también se diseña un especial «régimen de saneamiento» en relación al general marcado por el Art. 1.529 C.c., ya que el cedente «cumplirá con responder de la legitimidad del todo en general».

Sin embargo, hay que considerar esta norma como una norma con carácter dispositivo. Nada se opone a que la fijación del precio se haga en tantos por ciento del valor que representen los créditos cedidos. Por otra parte, la responsabilidad por la «*veritas nominis*» que asume el cedente, puede referirse a cada crédito en singular, ya que el Art. 1.532 C.c. señala el mínimo de esa responsabilidad, y no se opone a ello el hecho de que el cedente se obligue a más garantizando todos y cada uno de los créditos cedidos.

#### 4. Conclusiones en torno a la calificación y posibilidad de una cesión global de créditos futuros en el Derecho español

Llegados a este punto, y considerando posibles tanto la cesión de un crédito futuro, como la cesión global de créditos, creemos que nada impide la validez y la admisibilidad de una cesión global de créditos futuros (77).

El problema que podemos plantearnos entonces, es el de la naturaleza jurídica de tal tipo de cesión. Tal cuestión no ha sido tratada en nuestra Doctrina (78), por lo que creemos que puede servir de auxilio el tratamiento dado a la compraventa de cosa futura como tipo básico de negocio dispositivo de cosa futura, así como la consideración del carácter básico de la compraventa como paradigma de contrato bilateral (79).

---

(76) GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisibilidad...*, *op. cit.*, pp. 694 y 695.

(77) «La masa de cosas determinadas viene entendida como especie y no como "Genus", siendo posible, en consecuencia, hablar de venta de masa futura.» ROGEL VIDE, C.: *La compraventa...*, *op. cit.*, p. 58.

(78) En la doctrina española no existe un tratamiento completo acerca de la posibilidad de tal tipo de cesión. A lo sumo, existe algún comentario al Art. 1.532 C.c. y el alcance de una cesión global o vagas referencias a la admisibilidad de una cesión de crédito futuro, optando por la negativa (NAVARRO PÉREZ, CASTÁN) o calificando tal cesión como dudosa (GARCÍA CANTERO).

(79) Esta es la opinión unánime en la Doctrina mercantilista. Vid., por todos, GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho mercantil*, Vol. II, 8.ª ed., 1983, pp. 65 y ss.; quien afirma: «Elevado este contrato al rango de contrato tipo de los contratos bilaterales, las normas propias de la compraventa se han extendido a todo los contratos de prestaciones recíprocas, cuyos problemas, en su mayoría, despuntaron primero en la compraventa como contrato bilateral, el más antiguo y frecuente. De este modo se amplifica la significación dogmática de la compraventa en Derecho mercantil, paralelamente a su difusión en el tráfico», *op. cit.*, p. 68.



Una primera solución en torno a la naturaleza jurídica de la cesión global de créditos futuros podría ser la que se dio a la compraventa de cosa futura, calificándola como compraventa sin objeto. Tal opinión no parece correcta, ya que se dejaría sin contenido al Art. 1.271 C.c. en cuanto que admite la posibilidad de contratación sobre cosas futuras (80). Pero tal postura, además, supone confundir la existencia con la actualidad de la existencia, en definitiva, supone negar que un bien jurídico pueda consistir en una cosa incorporal (81).

Para evitar los problemas que plantea la anterior opinión (82), se ha entendido respecto a la compraventa de cosa futura y, por analogía, cabría entenderla respecto a la cesión de un crédito futuro, que se trata de una compraventa condicionada (83).

A esta tesis se ha objetado que la condición no puede referirse a un elemento esencial del contrato. Si la Ley consiente que un elemento esencial del contrato se realice después de la manifestación de voluntad, no estamos ante una «*conditio iuris*», puesto que no se introduce un nuevo requisito de eficacia del contrato, sino que se produce una alteración en el orden cronológico normal de los varios elementos constitutivos (84).

Ante tal objeción, se ha seguido manteniendo el carácter de compraventa condicionada respecto a la compraventa de cosa futura, con fundamento en dos argumentaciones distintas.

En primer lugar, algunos autores, cuestionando la distinción entre los elementos esenciales y accidentales del negocio (85) han concluido que «la condición, elemento “accidental” de la compraventa, podría

(80) ROGEL VIDE, C.: *La compraventa...*, *op. cit.*, pp. 259 y ss.

(81) PERLINGIERI: *I negozi sui beni futuri. I. La compravendita di cosa futura*, Nápoles, 1962, pp. 89 y ss. En último término, la postura criticada implica la confusión entre el objeto del contrato y el de la prestación. Sobre el tema vid. DE LOS MOZOS, J. L.: *El objeto...*, *op. cit.*, pp. 375 y ss.

(82) Otra posibilidad mantenida en torno a la naturaleza jurídica de la compraventa de cosa futura es la de entender una compraventa con eficacia obligatoria. No creemos que tenga utilidad su aplicación analógica al supuesto que estudiamos, ya que, aparte de las posibles críticas a tal opinión, la cesión tiene una eficacia traslativa.

(83) En la Doctrina Española, vid. CALONGE MATELLANES, A.: *La compraventa civil de cosa futura*, Salamanca, 1963, pp. 213 y ss.; ROGEL VIDE, C.: *La compraventa...*, *op. cit.*, pp. 260 y ss.; OSSORIO MORALES: *Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y contratos. Parte General*, Granada, 1956, pp.258 y ss.; BADENES GASSET: *El contrato de compraventa*, Tomo I, Madrid, 1969, pp. 136 y ss.

(84) RUBINO, D.: *La compravendita*, «Tratt. Dir Civ. Comm.», de CICU Y MESSINEO, T. XXIII, 2.<sup>a</sup> ed., Milán, 1962, p. 179.

(85) «Los llamados elementos accidentales, por último, son maneras de configurar el negocio o su eficacia, cuya accidentalidad puede predicarse del tipo abstracto del negocio tal y como es contemplada por la ley, pero que en el negocio real establecido por las partes, adquieren el rango de determinaciones esenciales de la reglamentación de intereses que entre ellos se establece», Díez PÍCAZO, L.: *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 238.

ser, respecto a la compraventa de cosa futura, una determinación esencial de la reglamentación de intereses establecida por las partes» (86).

Por otra parte, otros autores consideran que «no obsta aducir la idea de que la condición es elemento accidental de un negocio perfecto y éste no lo sería por carácter de objeto. Objeto del contrato es esa cosa futura cuya aparición condiciona el traslado de la propiedad. Si éste no se produce faltará la entrega de la cosa y no el objeto del contrato. Por eso lo condicionado es la entrega de la cosa, sobre la que recae el contrato, aunque no sea objeto presente en el momento inicial» (87).

En definitiva, en torno a la compraventa de cosa futura se concluye en su carácter de compraventa condicionada. Igualmente, respecto a una cesión global de créditos futuros hay que concluir en su configuración como cesión condicionada a la existencia de los singulares créditos, bien entendiendo la condición como elemento esencial del tipo concreto (88), o bien entendiendo la condición —existencia de los créditos singulares— referida a la eficacia traslativa de la propia cesión.

Tal tipo de cesión puede configurarse como un contrato oneroso, pero también como commutativo, según se entienda, por analogía, que se trata de una «*emptio spei*» o de una «*emptio speratae rei*». Nuestro C.c. no distingue entre ambas y se limita a admitir la posibilidad de contratar sobre cosas futuras, entendiendo que en un caso («*emptio spei*»), el contrato tendrá un carácter aleatorio, mientras que en el segundo («*emptio rei speratae*»), será un negocio comutativo (89).

Concluyendo, creemos que conforme a lo anteriormente señalado, nuestro C.c. admite la validez de una cesión global de créditos futuros de carácter commutativo, bajo la configuración de una cesión de créditos condicionada a la venida a la existencia de los créditos singulares (90).

En tal supuesto, en el momento en que surja el crédito, el cesionario deviene automáticamente titular del mismo. Esto es así por la eficacia traslativa de la propia cesión, ya perfecta con anterioridad. Es decir, la cesión de créditos, en cuanto efecto del particular tipo

---

(86) ROGEL VIDE, C.: *La compraventa...*, op. cit., p. 262.

(87) CALONGE MATELLANES, A.: *La compraventa civil...*, op. cit., pp. 213 y 214.

(88) Como parece que entiende ROGEL VIDE, C.: *La compraventa...*, op. cit., pp. 58 y 262.

(89) Sobre el tema, vid. CALONGE MATELLANES, A.: *La compraventa civil...*, op. cit., pp. 192 y ss. y 205 y ss.; ROGEL VIDE, C.: *La compraventa...*, op. cit., pp. 85 y ss.

Afirmando la comutatividad y el «alea» en tal supuesto, vid. ALONSO PÉREZ, M.: *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1972, pp. 354 y ss.

(90) NAVARRO PÉREZ, J. L.: *Responsabilidad...*, op. cit., p. 27, parece admitir, únicamente, una cesión de crédito futuro configurada como negocio aleatorio («*Emptio spei*»).

contractual realizado por las partes (compraventa, permuta, etc.), se realiza inmediatamente en el momento en que el crédito, que se cedió por tal título, nazca (91).

#### IV. ARTICULACION DE UNA CESION GLOBAL DE CREDITOS FUTUROS EN EL CONTRATO DE FACTORING. MECANISMO DE ADQUISICION

##### 1. Consideraciones previas: el carácter instrumental de la cesión

Teniendo presente la característica constante en todo contrato de Factoring, por la cual, en este contrato, se transmiten al Factor todos los créditos de su cliente, cabe ahora plantearse cómo se realiza tal transmisión.

Se ha señalado que el Factoring no presenta una estructura que, en su totalidad, pueda calificarse de inmutable (92); sino que cada Factor, en cada Estado, tiende a tipificar sus relaciones mediante la predisposición de un contrato tipo o de adhesión (93) en el cual siempre está presente el elemento de la transmisión de los créditos en favor del Factor (94).

La transmisión crediticia se ha resuelto en la mayoría de los países de nuestro entorno a través de la cesión de créditos (95). Hay que

---

(91) Esta es la configuración que da el C.c. italiano a la eficacia de la compraventa de cosa futura, con la adquisición automática de la cosa por parte del comprador. La Doctrina que se ha ocupado de la eficacia traslativa de la cesión de un crédito futuro en Derecho italiano, señala —y creemos que pueden trasladarse tales consideraciones a nuestro Derecho— que en el momento en que el crédito nazca y sea adquirido por el cedente, se transfiera automática e inmediatamente al cesionario. Cfr. DOLMETTA, A. A., y PORTALE, G. B.: *Cessione di credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, en «BBTC», 1985, pp. 267 y ss.; PERLINGIERI, P.: *Cessione anticipata dei contributi governativi e fallimento del cedente*, en «Riv. Dir. Civ.», II, 1962, pp. 90 y ss.; BIANCA, M.: *Il debitore e il mutamenti del destinatario del pagamento*, Giuffré, Milán, 1963, pp. 252 y ss.; MANCINI, T.: *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Giuffré, Milán, 1968, pp. 19 y ss.; TUCCI, G.: *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti*, Giuffré, Milán, 1974, pp. 172 y ss.; DOLMETTA, A. A.: *La carta di credito*, en «Quaderni BBTC». núm. 2, Giuffré, Milán, 1982, pp. 58 y ss.

(92) CARNEVALI, U.: *Il problema del Factoring, en Tipicità e atipicità nei contratti*, en «Quaderni. Giur. Comm.», núm. 53, Giuffré, Milán, 1983, p. 22. Recuérdese lo que ya hemos advertido, esto es, la consideración de una estructura unitaria de la que partimos en este trabajo. Vid., nota 4.

(93) FRIGNANI, A.: *Factoring, Leasing, Franchising e concorrenza*, Giappichelli, Turín, 1983, p. 158.

(94) CASSANDRO, B.: *Collaborazione alla gestione e finanziamento d'impresa: Il Factoring in Europa*, en «Quad. Giur. Comm.», núm. 37, Giuffré, Milán, 1981, p. 2; MOLL DE MIGUEL, S.: *Note per un inquadramento giuridico Funzionale delle imprese «Factoring» e delle sue operazioni commerciali*, en «BBTC», I, 1974, p. 350.

(95) La excepción en Europa puede ser el caso francés, ya que el instrumento elegido era la subrogación debido a los costes formales exigidos en las normas relativas a la cesión de créditos (Art. 1.690 y ss., Code civil). Vid. ad ex, S.A.: *Le Factoring*

advertir que el Factoring no es un equivalente de la cesión de créditos, aunque sea ésta el instrumento elegido por las partes en el contrato, ya que, mientras la cesión es un esquema incompleto que es idóneo para una multiplicidad de funciones, el Factoring es un negocio completo que individualiza una de las posibles funciones de la cesión (96).

La elección de la cesión de créditos como medio de transmisión crediticia en el contrato de Factoring tiene un marcado carácter instrumental, en tanto en cuanto que es el medio mejor y más dúctil para permitir una utilización instrumental de los créditos de empresa del cliente por el Factor, a fin de desarrollar su objeto, esa particular actividad de colaboración especializada en la gestión administrativa, comercial y financiera de la empresa cliente, consintiendo la obtención de una liquidez anticipada y la garantía del cobro de tales créditos (97).

Pero hay que tener en cuenta que las normas reguladoras de la cesión de créditos responden a exigencias distintas a las perseguidas en el contrato de Factoring (98), razón por la cual deberá modalizarse tal régimen en función de los caracteres especiales que presenta la cesión que se realiza en favor del Factor, en especial, la circunstancia de que el objeto de la cesión son créditos surgidos en una actividad empresarial, con la característica, por tanto, del carácter duradero de ésta, así como el dato de que tal transmisión es el cauce de una actividad empresarial específica, esto es, la desarrollada por el Factor (99).

---

*devant la Jurisprudence*, en «Rev. Banque», NP, núm. 48, 1969; S.A.: *Le Factoring*, en «Rev. Banque», NP, núm. 3, 1967; BARON, J.: *Ce qu'apporte le «Factoring» aux industries de biens de consommation*, Entreprise, núm. 57, París, 16 de febrero de 1967; GALVALDA, CH.: *Factoring*, en «Rep. Dr. Comm.», Dalloz, GALVALDA, CH.: *Le Factoring, un instrument financier de mobilisation des créances a court terme et de gestion commerciale*, en «Rev. Banque», 1969; GALVALDA, CH., y STOUFFLET, J.: *Le contrat dit de Factoring*, en «JCP», 1966; CNCF: *Le Factoring*, París, 1966; GERBIER, J.: *Le Factoring*, París, 1970; RODIERE, R.: *Le contrat de Factoring et les droits du Factor en cas de reglement judiciaire de son client*, en «JCP», 1978, IV; SUSSFELD, L. E.: *Le Factoring*, en «PUF», París, 1968; SUSSFELD, L. E.: *Factoring in France*, en «Factoring Quaterly», Abril, 1968.

Sobre el tema incide la nueva regulación de la transmisión y pignoración de créditos de empresa establecidos por la Ley de 2 de enero de 1981 y el D. de 9 de septiembre de 1981 (BBTC, 1982, pp. 263 y ss.).

En torno a la transmisión de créditos de empresa, vid. VASSEUR, M.: *Innovations relatives aux cessiones et nantissements de creances en Droit Bancaire*, Est. Hom., GARRIGUES, Tomo III, Tecnos, Madrid, 1971, pp. 427 y ss.

(96) FOSSATI, G., y PORRO, A.: *Il Factoring*, 3.ª ed., Giuffrè, Milán, 1985, pp. 161 y 167; BARREIRA DELFINO, E. A., y BORREO VILLEGAS, E. J.: *Factoring: nueva fórmula de financiación*, en «Rev. Dr. Com. Obligs.», 1983, pp. 324 y 325.

(97) CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, op. cit., p. 2.

(98) La finalidad de las normas reguladoras de la cesión de créditos no es otra que la de reputar la legitimidad del pago que realice el deudor. Cfr. S. TS. de 23 de abril de 1957 (Ar. 2.501).

(99) CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, op. cit., pp. 8 y 9.

Atendiendo a estas consideraciones, puede entonces entenderse que en el contrato de Factoring, las partes no se limitan a modificar o integrar el esquema legal típico de la cesión de créditos, sino que, con fundamento en una diversa finalidad y una pluralidad compleja de prestaciones, modulan tal régimen para, en la medida de las posibilidades que ofrezca cada ordenamiento jurídico, crear un esquema nuevo y diverso (100).

En conclusión, hay que entender que la transmisión crediticia que se opera en el Factoring, normalmente, como cesión de créditos (101), es consustancial al contrato (102), sin perjuicio de su carácter instrumental en cuanto que es el medio por el cual se realiza una funcionalidad compleja y más amplia.

## 2. *La praxis contractual*

Hechas estas consideraciones previas, debemos ahora ocuparnos de la explicación, conforme a nuestro Derecho, de la configuración del Factoring como una operación unitaria, o lo que es lo mismo, de su significado como cesión global de créditos futuros.

Respecto a la característica de globalidad de la cesión, creemos que no existe ningún obstáculo para la misma. La única peculiaridad deriva de la modalización del precio de tal cesión. Nuestro C.c. parece configurar el precio a tanto alzado, pero nada se opone a que la partes, por pacto expreso, establezcan que éste sea un tanto por ciento del importe de cada crédito cedido. De igual manera, tampoco es obstáculo el especial régimen de responsabilidad por la «*veritas nominis*» que señala el C.c. en estos casos (Art. 1.532 C.c.), ya que igualmente, puede obligarse al cedente a responder por la legitimidad y existencia de todos y cada uno de los créditos cedidos en los términos que señala el Art. 1.529 C.c.

La problemática de tal configuración de la cesión de créditos en el Factoring reside, fundamentalmente, en lo relativo al carácter futuro de los créditos que se ceden.

Ya vimos anteriormente que nuestro C.c. bajo la configuración de una cesión condicionada, admitía la cesión de crédito futuro, pero exigiendo que el objeto, esto es, el crédito fuera, al menos, determinable.

Creemos que tal requisito se cumple en el contrato de Factoring, ya que existen elementos que permiten determinar los créditos futuros cedidos.

---

(100) FOSSATI, G., y PORRO, A.: *Il Factoring*, op. cit., p. 193.

(101) Vid. Cláusula núm. 3 del contrato de Heller Factoring Española, S. A.; Cláusula núm. 2 del contrato de Internacional Factors España, S. A., y Cláusula núm. 3 del contrato de BNP España, S. A.

(102) Vid., por todos, MOLL DE MIGUEL, S.: *Note per...*, op. cit., p. 250.

Si se atiende a la praxis contractual del Factoring, se observará cómo en todos los formularios se explicitan criterios de determinación de los créditos, tanto de carácter objetivo como subjetivos.

En este sentido hay que tener en cuenta que la referencia a una actividad productiva específica del cedente, así como el hecho de que las relaciones contractuales entre el cedente y terceros son, normalmente, relaciones duraderas, son ya criterios de determinación de esos créditos futuros.

Precisamente, como principal criterio de determinación, el principio de globalidad, esencial desde un punto de vista económico, permite entender la determinabilidad de los créditos futuros cedidos (103). Tal principio de globalidad hace posible que en el contrato de Factoring no sea necesaria la preexistencia de los créditos contra terceros, ya que todos los créditos que eventualmente nazcan en la contratación mercantil del cliente con terceros, serán créditos cedidos (104). Tal principio de globalidad se circunscribe en base a criterios objetivos, subjetivos o cuantitativos. Precisamente, tales criterios permiten una mayor determinabilidad de los créditos, bien por su referencia a la venta de determinados bienes o servicios, bien en relación a los clientes habituales del cedente, o por conexión a una facturación prevista o previsible (105).

Pero además, junto a tales criterios objetivos, en el contrato de Factoring se establece otro criterio fundamental, esto es, la denominada facultad de aceptación, que —pese a su terminología— no es más que la facultad por la que una de las partes, el Factor, comprueba que los créditos cedidos cumplen los requisitos que, tanto por el contrato, como por la naturaleza de la operación, los contratantes consideraron para su transmisión en orden a la prestación del complejo de servicios que desarrolla el Factor.

Se trata, pues, de un supuesto de determinación del objeto mediante el concurso, posterior a la perfección del negocio, de una de las partes. No es, en sentido propio, un supuesto de arbitrio «*bonum viri*» por parte de un contratante, en este caso el Factor, sino de un supuesto de discrecionalidad técnica (106), que no supone arbitrariedad. Esto es así por varias razones: en primer lugar, y desde un punto de vista económico, porque el Factor es el primer interesado en que el crédito sujeto a su aprobación cumpla con los requisitos previstos. Por otra parte, porque tal discrecionalidad debe tener un

---

(103) Vid. Cláusulas núms. 3 y 4 del contrato de International Factors España, S. A.; 1 y 2 del contrato de Heller Factoring Española, S. A., y 1 del contrato de BNP España, S. A.

(104) Vid. MOLL DE MIGUEL, S.: *Note per...*, *op. cit.*, pp. 352 y 353.

(105) CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, *op. cit.*, p. 69.

(106) CARNEVALI, U.: *Struttura e natura giuridica del contratto di Factoring*, en «Il Factoring per le piccole e medie impresa». Dir. por B. CASSANDRO, Giuffrè, Milán, 1982, p. 103.

fundamento en los mejores conocimientos del Factor, y a tales ha de responder, estando limitada por esos otros criterios fijados en el contrato, y que anteriormente señalamos. Por último, este arbitrio o facultad del Factor no supone arbitrariedad en el sentido del Art. 1.256 C.c. ya que, a parte de estar limitada por otros criterios y necesitar un fundamento «técnico», es siempre susceptible de revisión judicial (107).

Concluyendo, creemos que en el contrato de Factoring se cumple con el requisito de determinabilidad del objeto, esto es, los créditos cedidos, mediante el concurso, tanto de criterios objetivos fijados en el propio contrato (principio de globalidad y referencia a una actividad empresarial), como de la llamada facultad de aceptación del Factor en cuanto discrecionalidad técnica en orden a la consideración de la bondad de los créditos, por referencia a los requisitos previstos y propios de la operación.

### 3. *Notificación de la cesión operada en el contrato de Factoring*

En los ordenamientos jurídicos próximos al nuestro, se establece que la cesión no necesita del concurso del deudor del crédito cedido, pero es necesaria la notificación de la cesión para que el deudor pague legítimamente al cesionario (cfr. Art. 1.264 C.c. italiano, par. 409 BGB). Esta exigencia es reconocida en nuestro ordenamiento en los Arts. 347 C.com y 1.527 C.c.

Cabe ahora plantearse varios extremos en relación a la notificación de la cesión operada en el contrato de Factoring. Si hemos afirmado que el contrato de Factoring supone la cesión global de todos los créditos, incluso los futuros, que surgen en la actividad empresarial del cliente, coherentemente con tal aserto hay que entender que la notificación viene referida a la cesión operada, esto es, a la notificación del contrato de Factoring. Pero, también por las características propias del crédito futuro, será necesario notificar que, cuando llegue a la existencia, tal crédito será de titularidad del Factor cesionario.

En la práctica (108), el cliente, por la celebración del contrato de Factoring se obliga a notificar a los terceros la celebración de tal contrato para luego después, al surgimiento de los créditos que se cede-

---

(107) Desde un punto de vista económico no plantea ningún problema de validez tal facultad. Si el Factor rechaza un crédito por no cumplir los requisitos necesarios en el Factoring, tal rechazo estará justificado, tanto desde un punto de vista objetivo (criterios objetivos fijados en el contrato), como subjetivo (Fundamentación técnica de tal exclusión). Desde luego el Factor no será tan negligente para rechazar un crédito que cumpla tales requisitos y perder, de esta manera, su contraprestación, arriesgándose, además, a la revisión judicial de tal arbitrariedad.

(108) Vid., ad ex. Cláusula núm. 8 del contrato de Heller Factoring Española.

ron, indicar a su clientela que tales créditos están incluidos en aquella cesión ya notificada (109). Esta segunda comunicación se suele realizar mediante la inserción de una mención en tal sentido en la factura relativa al contrato cuyo crédito es afectado por la cesión. De esta manera, la clientela del cedente conoce, en primer lugar, la cesión al conocer la existencia del contrato de Factoring, y, por otra parte, que tal o cual crédito está incluido en aquella cesión, tal y como se indica en la factura relativa al contrato ya ejecutado.

En este sentido, hay que afirmar la importancia que un instrumento del tráfico comercial, la factura, adquiere en este contrato; razón que justifica la referencia a las relaciones entre los distintos sujetos interesados en relación a la propia eficacia de la factura.

La factura no es más que un documento especificativo de la cantidad, calidad y precio de la mercancía o de los servicios prestados a consecuencia de un contrato y cumple básicamente una función de carácter informativo (110) respecto a la ejecución y contenido del propio contrato (111).

El contenido mínimo de toda factura son las indicaciones necesarias en el detalle de la mercancía o servicios objeto del contrato, así como su precio (112). Su naturaleza jurídica es considerada mayoritariamente en los términos de un instrumento de prueba, que extiende su eficacia a todo el contrato o sólo a determinados aspectos (113). Tal eficacia tiene su fundamento en la consideración de la factura como un documento privado, en el sentido del Art. 1.225 C.c. (114).

La factura hace prueba de su contenido contra quien la expide (115), por lo que el Factor dispondrá de un medio probatorio idóneo en las posibles reclamaciones contra su cliente, que se acumulará a otros posibles medios de que él goza (116).

La eficacia probatoria de la factura en la relación entre el Factor

---

(109) Excluimos el supuesto del Factoring «*non-notification*», en el que no existe puesta en conocimiento del deudor, acentuándose los aspectos financieros y de garantía, ya que el aspecto de gestión se ve enormemente reducido.

(110) En ocasiones, la factura no tiene efectos en la fase de ejecución del contrato, sino en su perfección (ad. ex., cuando tras la oferta el comerciante contesta remitiendo la factura, lo cual supone, en este caso, su aceptación y la perfección del contrato).

(111) URÍA, R.: *Contribución al estudio de la factura de compraventa mercantil*, Est. Hom. A. POLO, Edersa, Madrid, 1981, pp.1155 y 1156; GARRIGUES, J.: *Tratado...*, Tomo III, Vol. I, *op. cit.*, p. 81.

(112) URÍA, R.: *Contribución...*, *op. cit.*, p. 1158.

(113) GARRIGUES, J.: *Tratado...*, Tomo III, Vol. I, *op. cit.*, pp. 81 y 82; URÍA, R.: *Contribución...*, *op. cit.*, p. 1166.

(114) URÍA, R.: *Contribución...*, *op. cit.*, p. 1170. En contra, GARRIGUES, J.: *Tratado...*, Tomo III, Vol. I, *op. cit.*, p. 81, que considera a la factura como un supuesto de confesión extrajudicial, lo cual, en nuestra opinión, reduce excesivamente el alcance de este documento mercantil.

(115) URÍA, R.: *Contribución...*, *op. cit.*, p. 1168.

(116) En especial, los derivados de su «poder de control» de la empresa cliente (ad ex., libro de contabilidad).



y el deudor del crédito cedido se hace depender de la aceptación por el deudor de la factura emitida por el cliente (117).

El rechazo de la factura por el deudor, implica que el Factor no dispondrá de un medio probatorio, pero implicará, lógicamente, el cumplimiento de la notificación exigida por los Arts. 1.527 C.c. y 347 C.com., en cuanto puesta en conocimiento del deudor del hecho de que tal crédito está afectado por la cesión. Pero no todo rechazo de la factura tendrá esta eficacia. Si, como puede ocurrir, el deudor acepta la factura, pero rechaza la cláusula insertada que le comunica la transmisión crediticia en favor del Factor, tal rechazo no tiene ninguna relevancia respecto a la cesión, y el Factor gozará de un importante medio probatorio en su reclamación frente al deudor del crédito cedido (118).

Pero la factura despliega su eficacia no sólo en las relaciones entre el Factor y su cliente, o en las relaciones entre el Factor y el deudor del crédito cedido, sino que también es eficaz en la relación entre el Factor y terceros. Esto es así, porque la fecha que conste en la factura debe presumirse cierta y verdadera frente a terceros, tal y como exige el Art. 1.526 C.c., en el sentido del Art. 1.227 C.c.

A esta conclusión se llega con fundamento en dos argumentaciones. En primer lugar, porque los medios de prueba que señala el Art. 1.526 C.c. en su remisión al Art. 1.227 C.c., suponen una enunciación de los posibles medios de prueba, pero no los únicos, ya que se entiende que cabe cualquier otro medio de prueba de la fecha de la cesión (119). Pero también hay que tener presente para llegar a igual conclusión, que las «facturas son documentos privados que por el reconocimiento, tienen la misma eficacia y valor que una escritura pública, según se consigna en el Art. 1.225 C.c. y, por consiguiente, son documentos auténticos que hacen prueba de su contenido» (120).

En definitiva, la fecha que conste en la factura se entenderá cierta, probando frente al tercero el hecho de la cesión (121).

El problema que se plantea es el de la aceptación mediante el silencio por parte del deudor. Se considera que «habrá que admitir como posible que se entiendan aceptadas tácitamente aquellas facturas no rechazadas por el comprador en las que las circunstancias del caso concreto hagan perder al silencio su tono de equivocidad, permi-

(117) URÍA, R.: *Contribución...*, *op. cit.*, p. 1171.

(118) De lo contrario se estaría afirmando que el deudor del crédito cedido es parte en el negocio de cesión.

(119) LACRUZ, J. L.: *Elementos...*, *op. cit.*, p. 298; MADRIDEJOS SARASOLA, J.: *La cesión...*, *op. cit.*, p. 391; GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, *op. cit.*, p. 652.

(120) S. TS. de 24 de enero de 1921, en el «Boletín Jurídico Administrativo» (Alcubilla), Apéndice de 1921, Madrid, 1921, pp. 618 y 619.

(121) *Idem* para la factura en general, *vid.*, URÍA, R.: *Contribución...*, *op. cit.*, p. 1171; GARRIGUES, J.: *Tratado...*, Tomo III, Vol. I, pp. 81 y 82.

tiendo interpretar como asentimiento la conducta pasiva de aquél» (122). Esto es especialmente relevante en el contrato de Factoring, ya que el cliente del Factor desarrolla su actividad con los terceros o futuros deudores de los créditos cedidos, mediante contratos de ejecución sucesiva (123).

#### 4. Eficacia traslativa de la cesión operada en el contrato de Factoring

Anteriormente señalamos que la configuración de una cesión de crédito futuro era, por analogía con la compraventa de cosa futura, un supuesto de negocio dispositivo condicionado. Algún autor ha señalado que la llamada facultad de aceptación de que goza el Factor para determinar el ámbito extensivo de la cesión de créditos operada en el contrato de Factoring se resuelve en los términos del instituto de la condición (124). En realidad, creemos que la condición a que se sujeta la eficacia de la cesión operada en el contrato no puede ser otra que la existencia de los créditos cedidos. La facultad de aceptación se explica correctamente, en nuestra opinión, en los términos de ser un criterio delimitador, de la indeterminación relativa de los créditos cedidos. Esto significa, y creemos que no puede ser de otro modo, que la condición es la existencia de cada crédito, de la cual se hace depender la eficacia traslativa de la cesión.

Surgido un crédito en la existencia o, lo que es lo mismo, cumplida la condición a que se sujetó la eficacia traslativa del contrato, el Factor deviene, por su carácter de cesionario, titular del crédito. El cedente, al nacer el crédito, lo adquiere para transmitirlo automáticamente e inmediatamente a su cesionario, es decir, al Factor (125).

Frente a esta tesis que afirma la adquisición mediata de los créditos por parte del cesionario («*Durchgangstheorie*»), otros autores (126) han entendido que el cesionario adquiere, sin necesidad de ningún

---

(122) URÍA, R.: *Contribución...*, *op. cit.*, p. 1175.

(123) Este es el ejemplo que señala GARRIGUES, J.: *Tratado...*, Tomo III. Vol. 1, *op. cit.*, p. 82, como supuesto de asentimiento a la factura recibida. En igual sentido, URÍA, R.: *Contribución...*, *op. cit.*, p. 1176. Vid., las consideraciones efectuadas con anterioridad, *supra* 2.2.

(124) CARNEVALI, U.: *Struttura...*, *op. cit.*, p. 102.

(125) A esta conclusión se llega en el Derecho italiano por la asimilación que se hace respecto a la venta de cosa futura. Vid. BIANCA, M.: *La vendita e la permuta*, *op. cit.*, p. 333. Vid. también los autores citados en el epígrafe anterior respecto a la adquisición del crédito futuro por parte del cesionario.

En el contrato de Factoring, vid. CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, *op. cit.*, p. 72; CARNEVALI, U.: *Struttura...*, *op. cit.*, pp. 105 y ss.

En el Derecho alemán, vid. LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones*, Tomo I, trad. de SANTOS BRIZ, Edersa, Madrid, 1958, p. 460; MEDICUS: *Kreditischerung durch Verfügung über Kunftiges Recht, Juristische Schulung*, 1967, p. 385, *cit.*, por CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, *op. cit.*, p. 73.

(126) ESSER, J.: *Schuldrechts. Allgemeinen teil*, Tomo I, Karlsruhe, 1968, p. 349.

paso por el cedente, el crédito cuanto éste nazca («*Unmittelbarkeits-theorie*»).

Una postura intermedia es la de Larenz, quien entiende que haya que distinguir entre crédito cuya causa («*Grund*») exista y aquellos en los que no exista tal fundamento. En los primeros, aquellos en que ya existe al momento de la cesión el contrato base del cual surgirá el crédito, la adquisición será inmediata para el cesionario al nacer el crédito, mientras que para aquellos créditos cuya causa no existe aún, la adquisición será mediata (127).

Las consecuencias prácticas de las diversas posturas se refieren a la tutela del cesionario con anterioridad a la existencia del crédito que se cedió. En la postura que afirma la adquisición directa al cesionario no sólo adquiere un derecho de crédito al cumplirse la condición de su venida a la existencia, sino que tendrá, también, una expectativa jurídicamente tutelada, cosa que no ocurre en los supuestos de adquisición mediata o indirecta.

Sin embargo, creemos que la cuestión no debe ser resuelta en estos términos, ya que, tanto se afirme la «*Durchganstheorie*» como la «*Unmittelbarkeitstheorie*», el cesionario tiene una protección jurídica derivada de la propia eficacia de la cesión. La cesión, perfecta por el consentimiento de las partes, despliega toda su eficacia entre ambos, salvo la eficacia traslativa de la titularidad crediticia, ya que el crédito todavía no existe. Por ello, hay que considerar que la propia eficacia de la cesión protege al cesionario, en nuestro caso el Factor, frente al cedente y terceros, sin que añada nada nuevo al hecho de la existencia o no del «*Grund*» del crédito futuro que se cedió (128). Por tanto, al surgimiento del crédito, el Factor adquirirá, directa o indirectamente, de un modo inmediato y automático, la titularidad crediticia, ya que al cumplimiento, la cesión desenvuelve su plena eficacia traslativa.

##### 5. *Supuestos de falta de transmisión. Consecuencias*

La no transmisión de un crédito singular en el complejo de la cesión realizada en el contrato de Factoring, puede obedecer a distintas causas.

En primer lugar, esa no cesión de un crédito singular puede obedecer a la falta de cumplimiento de los requisitos previstos y propios de la cesión establecida en el contrato. En tal supuesto, estaremos ante un ejercicio negativo de la llamada facultad de aceptación o re-

(127) LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones...*, op. cit., pp. 460 y ss.; *idem.*: *Ler-buch des Schuldrechts*, Tomo I, München, 1976, pp. 457 y ss.

(128) Esto es lo que muy confusa y escuetamente parece afirmar CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, op. cit., p. 74.

chazo del crédito cedido, en cuyo caso, tal crédito no forma parte, no está incluido dentro de esa cesión global de créditos futuros. Es decir, tal crédito no es parte de la globalidad crediticia que fue objeto de cesión (129).

Supuesto distinto es el de la transmisión de un crédito con vicio de inexistencia o falta de legitimidad. En tal supuesto, y como ya vimos (130), el cliente será responsable frente a su Factor en los términos señalados por el Art. 1.529 C.c. Esto, unido a la modalización del precio de la cesión (131), permite entender la posibilidad de la nulidad parcial o nulidad referida a la transmisión de ese crédito singular, subsistiendo la cesión respecto al resto de los créditos cedidos.

Cuestión distinta es la relativa al incumplimiento de la condición, existencia del crédito, a que se sujetó la cesión.

Algunos autores han afirmado la nulidad de una cesión de «todos los créditos futuros procedentes de negocios» por contraposición a normas imperativas (132). Sin embargo, esto no es así, ya que tal tipo de cesión no supone usura, ni tampoco implica una limitación no razonable a la libertad de acción económica del cedente, no siendo sino una forma de colaboración empresarial que favorece el desarrollo de la empresa cliente (133).

El incumplimiento de la condición, esto es, la inexistencia del crédito, puede ser imputable o no al cedente. Si estamos ante un supuesto de incumplimiento de la condición no imputable al cedente, habrá que aplicar las consecuencias previstas en torno a la imposibilidad de cumplimiento de la obligación. Según nuestro Tribunal Supremo (134), la imposibilidad de cumplimiento de la obligación implica la liberación del deudor no procediendo la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Es decir, el cedente queda liberado de

---

(129) CARNEVALI, U.: *Struttura...*, op. cit., pp.103 y 104.

(130) Vid., ad ex., Cláusula núm. 7 del contrato de Heller Factoring Española, S. A.; Cláusula núm. 6 del contrato de BNP España, S. A.

(131) Vid., ad ex., Cláusula núm. 16 del contrato Internacional Factors España, S. A.

(132) LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones...*, op. cit., p. 460, por entender que es contraria al par. 138 BGB; conclusión a la que también llega al traductor (SANTOS BRIZ) por entenderla contraria a las normas represoras de la usura. Sin embargo, y refiriéndolo al caso del Factoring, la Jurisprudencia alemana no entiende tal contradicción, vid. BGH de 19 de septiembre de 1977, NJW, núm. 48, 1977, pp. 2207 y ss., que establece: «Die globale Vorausabretung aller Künftigen Forderungen des Anschlusskunden gegen seine Abnehmer und Auftraggeber an die Factoring —Bank unter der aufschiebenden Bedingung, dass diese bei jeder Forderung ankauft, ist — bei echtem Factoring nicht sittenwidrig.» Sobre la relación entre una «Globalzession» y el par. 138 BGB, vid. ESSER, J.: *Par. 138 BGB und die Bankpraxis der Globalzession*, ZHR, 1971, pp. 320 y ss. Sobre la «Globalzession» en general, vid. ROTH, G. H.: *Münchener Kommentar zum Bürgerliche Gesetzbuch*, III, Múnich, 1979, pp. 135 y ss.

(133) Vid., por todos, RUOZI, R., y ROSSIGNOLI, B.: *Manuale del Factoring*, Giuffrè, Milán, 1985, pp. 79 y ss.

(134) Vid., por todos, la S. TS. de 5 de mayo de 1986 (Ar. 2.339).

las obligaciones derivadas de la cesión de un crédito cedido como futuro y que no ha nacido ni surgirá a la existencia.

Una solución distinta ha de propugnarse para aquellos supuestos en que la imposibilidad o incumplimiento de la condición de existencia del crédito sea imputable al cedente o cliente del Factor. En tales casos se prevé en la práctica que el Factor percibirá una contraprestación por parte de su cliente (135). En caso de silencio en los formularios no se dejarían de tutelar los intereses del Factor, ya que bastaría con aplicar al caso concreto el Art. 1.119 C.c., conforme al cual, «se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento», lo cual fundamentaría esa contraprestación debida en favor del Factor (136).

## 6. *El carácter commutativo del contrato de Factoring*

Hasta ahora hemos examinado cuál es la articulación de una cesión global de créditos futuros como mecanismo de transmisión en el contrato de Factoring. Pero, como se recordará, los negocios dispositivos sobre cosa futura podían articularse como disposición de esperanza o no (137). Esto significa que habrá que analizar si el contrato de Factoring supone un negocio aleatorio o por el contrario hay que afirmar su carácter commutativo.

En cierta ocasión, los Tribunales italianos (138) calificaron el contrato de Factoring como contrato de naturaleza aleatoria en cuanto que, para los créditos aprobados y aceptados, el Factor pagará su importe al cedente incluso en el caso de insolvencia del deudor del crédito cedido.

Tal afirmación, corregida con posterioridad por la propia Jurisprudencia, fue criticada unánimemente por los autores que han estudiado este aspecto. Se afirmó que tal opinión no era correcta ya que no era posible considerar que del contenido del contrato de Factoring se pudiera inferir un «alea» que calificara su función y permitiera su distinción de aquellas hipótesis de actuación y asunción del propio

(135) Cfr. cláusula núm. 26 del contrato de Heller Factoring Española, S. A.

(136) Lógicamente, esto no significa que el cedente esté obligado a contratar con terceros. Cuando se hace referencia a los supuestos de imposibilidad de cumplimiento de la condición imputable al cliente, se está pensando en situaciones que en nada afectan a su libertad en el ámbito de su específica actividad empresarial (ad ex., celebración de un contrato de suministro en el que el crédito cedido referente a una remesa no surge por error o negligencia, o cualquier otra razón imputable al suministrador).

(137) Recuérdese la tradicional distinción, en sede de compraventa de cosa futura, entre la *emptio spei* y la *emptio rei speratae*.

(138) App. Milano, de 21 de febrero de 1975, asunto Ifitalia C. Utensileria Brixia, Giur. Comm., II, 1976, p. 387.

riesgo (139). Por ello, es pacífico entender que en el contrato de Factoring no se transfiere un alea económica (140), sino que la transmisión se refiere a un normal riesgo de empresa (141), razón por la cual se excluye, expresamente, el Factoring de su identificación o aproximación con el seguro (142).

Es por estas razones por las que hay que concluir en el carácter commutativo de la cesión operada, entendiéndose que no podrán exigirse las partes contraprestación alguna si el crédito no llega a la existencia, es decir, si se incumple la condición a que se sujetó la cesión (143).

## V. FUNCION DEL CONTRATO Y DE LA TRANSMISION CREDITICIA. CALIFICACION JURIDICA

### 1. *Cuestiones previas*

Antes de intentar adentrarnos en el complejo problema de la función de la transmisión crediticia operada en el contrato de Factoring, han de hacerse algunas breves consideraciones previas acerca de la finalidad y sentido de tal estudio.

El preguntarse por la finalidad o función que está llamada a cumplir la transmisión de los créditos en el contrato de Factoring, tiene el sentido último de lograr la calificación jurídica del contrato. Es decir, se trata no sólo de intentar explicar cuál es la causa de la atribución patrimonial que se da en el Factoring (144), sino también de intentar averiguar cuál es la causa del negocio mismo, bien a través de la consideración de los elementos típicos del contrato (145), en

---

(139) CLARIZIA, R.: *Factoring*, en «Diz. Dir. Priv.», Vol. I, dir. por N. IRTI, Giuffré, Milán, 1980, p. 337; NICOLINI, P.: *Aspetti giuridici del Factoring*, en «Rass. Dir. Civ.», 1982, pp. 52 y ss.

(140) En el sentido del Art. 1.790 C.c.

(141) FRIGNANI, A.: *Factoring, Leasing...*, op. cit., p. 176/31.

(142) CAPOTOSTI, R.: *Assicurazione del credito e Factoring*, Ass., I, 1972, pp. 511 y ss.

(143) Si se configura el contrato de Factoring bajo una estructura plural, los problemas examinados en estos epígrafes no tienen sentido. Las partes, en virtud del propio contrato de Factoring y conforme a lo dispuesto en el mismo, se obligan a la cesión del crédito cuando éste nazca. La fecha de la cesión, así como todo lo relativo a su perfección, mediante el ejercicio de la facultad de aceptación, se darán en un momento posterior a la celebración del contrato de Factoring. Sobre la operatividad de la factura en tal supuesto, creemos que habrá que entenderla conforme a lo expuesto en el texto.

(144) Sobre la distinción entre causa de atribución y causa del negocio, vid. DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. I, Tecnos, Madrid, pp. 171 y ss.

(145) En cuanto que la causa no es más que la síntesis de los efectos esenciales del negocio (cfr. BETTI: *Teorie generale del negozio giuridico*, en «Tratt. Dir. Civ. It.», dirigido por VASALLI, Milán, 1952, p. 183), lo cual tiene su reflejo en los elementos típicos del negocio mismo.

cuanto que representan la concreta voluntad común de las partes en un resultado empírico, bien a través de la consideración de la concreta función económico-social que cumple el contrato, como dimensión objetiva de la causa.

A efectos de una mayor claridad, la consideración del problema de la causa que vamos a intentar en las páginas siguientes se va a realizar desde el punto de vista de la función que está llamado a cumplir el contrato de Factoring, conscientes de que tal función no agota el problema de la causa (146), ya que será necesario —y al final así lo haremos— el análisis de la voluntad común de las partes de adhesión a esa función que el negocio está llamado a cumplir (147).

Estas breves consideraciones previas nos sitúan ante el problema de la función del contrato de Factoring, cuestión ante la que se han enfrentado, con mayor o menor acierto, un numeroso grupo de autores, algunos de los cuales han entendido tal función de un modo implícito al considerar los distintos servicios que presta el Factor, o bien se han limitado al estudio de la causa de la atribución patrimonial, aun cuando concluyeran en una determinada opinión acerca de la calificación que se ha de dar en este contrato.

## 2. Causa de cambio

En la práctica contractual, sobre todo americana y alemana, aparece en ocasiones la expresión «venta de créditos», considerando al Factor como «absolute owner» de esos créditos (148). En este sentido, algunos autores se han manifestado afirmando que la causa de la transmisión era una causa de venta de los créditos que se transmiten (149). A esta conclusión se llega ya que se considera que la trans-

---

(146) Como expuso PUGLIATTI, S.: *Precisazioni in tema de causa del negozio giuridico*, en «Nuova Riv. Dir. Comm.», I, núms. 1-4, 1957, pp. 19 y 20.

(147) En definitiva, hemos optado, como se verá a lo largo del texto, por una concepción sincrética en torno al problema de la causa, entendiéndolo por tal, no sólo la función económico-social que está llamada a cumplir el negocio, sino también la voluntad común de las partes por la que se adhieren a tal función.

(148) Ad ex., Art. 1 del Contrato de Talcott Co. Ltd. En Europa lo usual es una indicación neutra, en el sentido de referirse al mecanismo de la transmisión sin especificar la causa de la atribución. Vid., CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, *op. cit.*, p. 51.

(149) FRIGNANI, A.: *Recenti sviluppi...*, *op. cit.*, pp. 215 y 218; BIANCHI, R.: *Il Factoring e i problemi gestionali che comporta*, Giappichelli, Turín, 1970, pp. 69 y 79; SANMARTÍN LOSADA, J. A.: *Sobre el Factoring*, en «Boletín ASNEF», núm. 113, 3.º trimestre, 1985, pp. 74 y 75; MOLL DE MIGUEL, S.: *Note per un inguadrimento giuridico funzionale delle imprese factoring e delle loro operazioni mercantili*, en «BBTC», I, 1974, p. 357. Con matices importantes, PERLINGIERI, P.: *Cessione dei crediti*, en «Comm. Cod. Civ.», de A. SCJALOJA y G. BRANCA: *Il Foro italiano* —Zanichelli, Bolonia— Roma, 1982, p. 58. Considerando distintos supuestos de Factoring y calificando alguno de ellos en el sentido del texto, vid. LABIANCA, M. y PARENTE, F.: *Ga-*

misión tiene una función satisfactoria la cual es característica del cambio de cosa por precio, causa típica de la compraventa (150). De este modo, se entiende que el interés del cliente se reduce a la obtención de un pago seguro de los créditos, razón que fundamenta el cambio de una cosa, el crédito, contra un precio (151).

Podría pensarse que la prestación por el Factor de un complejo de servicios —en especial el servicio de gestión— sería un fuerte obstáculo a tal calificación de la atribución. Sin embargo, estos autores, consideran que tales servicios no son más que meras consecuencias de tal compraventa (152). De esta manera, se entiende que la cesión realizada en el contrato se resuelve en los términos de una compraventa del crédito, y que «los servicios que se ofrecen al cliente como una prestación del Factor, jurídicamente son una simple consecuencia de la cesión o venta del crédito que el cesionario desempeña en su propio interés como medida de garantías adicionales para su mayor seguridad» (153).

Sin embargo, estos autores, conscientes de la diversa finalidad del contrato, parecen concluir en una construcción próxima a la categoría del negocio indirecto, ya que, al menos algunos de ellos, señalan de modo expreso que la finalidad perseguida por las partes no queda reducida al cambio de cosa por precio, aun cuando sea ésta la configuración dada a la transmisión en el contrato, sino que se persigue una finalidad más amplia y compleja (154).

La calificación, tanto de la causa de la atribución como de la causa del contrato mismo, según los autores citados, en los términos

---

*ranzie e autonomia privata nel Leasing e nel Factoring*, Jovene, Nápoles, 1981, p. 97; LABIANCA, M.: *Factoring*, en «Riv. Dir. Comm.», 1, 1979, pp. 137 y ss., en especial, 156 y ss.; PERLINGIERI, P.: *Il trasferimento del credito*, Nápoles, 1981, pp. 28 y ss.; PANZARINI, R.: *Sconto dei crediti e dei titoli di credito*, en «Quad. Giur. Comm.», núm. 64, Giuffrè, Milán, 1984, pp. 633 y 635.

(150) Expresamente, BIANCHI, R.: *Il Factoring...*, *op. cit.*, p. 79.

(151) Algún autor, MOLL DE MIGUEL, S.: *Note per...*, *op. cit.*, p. 357, parece entender que el Factor compra para revender con intención de lucrarse, pero por las especialidades del objeto (el crédito), presta también otra serie de servicios accesorios y complementarios. De esta manera, este autor parece entender que la causa es una causa de venta, pero no referida a la causa de la atribución patrimonial, sino a la causa del negocio mismo.

(152) FRIGNANI, A.: *Recenti sviluppi...*, *op. cit.*, p. 218.

(153) SANMARTÍN LOSADA, J. A.: *Sobre...*, *op. cit.*, p. 74.

(154) SANMARTÍN LOSADA, J. A.: *Sobre...*, *op. cit.*, p. 75; MOLL DE MIGUEL, S.: *Note per...*, *op. cit.*, p. 375. Otros autores, vid. BIANCHI, R.: *Il Factoring...*, *op. cit.*, pp. 69 y 70, califican a la causa del contrato y no a la causa de la atribución patrimonial, como cambio de cosa por precio. La causa de la cesión sería el propio contrato de Factoring y la función de la cesión será meramente satisfactoria respecto al precio.

Por otra parte, también parece afirmar una configuración instrumental de la compraventa como negocio indirecto, CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, *op. cit.*, p. 53.

En último lugar, advertir como algún autor señala la estructura de compraventa en el Factoring, pero con carácter instrumental respecto a una función de carácter financiero. Cfr. NOVA, G. DE: *Il Leasing e il Factoring como strumenti di finanziamento*, en «Riv. Crit. Dir. Priv.», 1983, p. 19.



propios de la compraventa, esto es, como cambio de cosa por precio, suscita fuertes dudas que llevan a su rechazo. Esto parece claro, porque de la simple lectura de los formularios al uso parece que ha de entenderse que la finalidad perseguida por las partes con el contrato o con la cesión de los créditos no puede entenderse como compraventa. Las partes no pretenden el mero cambio de cosa por precio, sino una función diversa.

En la línea apuntada, la postura anteriormente señalada ha sido objeto de duras críticas que muestran las diferencias de tal construcción, y que sintéticamente pueden resumirse en las siguientes.

En primer lugar, y desde un punto de vista económico, se ha entendido (155) que la calificación de la función perseguida en los términos de compraventa lleva a una conclusión absurda, ya que se transmite un crédito a cambio de obtener otro crédito de menor valor y cuyo pago es posterior al momento de la compraventa.

Desde un punto de vista jurídico, las críticas se han centrado en torno a la calificación jurídica de «precio» respecto a la prestación del Factor, así como a la dificultad de encuadrar sistemáticamente el servicio financiero o el de garantía que presta el Factor dentro de la función de cambio de cosa por precio.

En sentido propio, no puede calificarse jurídicamente como precio la contraprestación debida por la transmisión del crédito, ya que tal contraprestación se determinaría en función del valor nominal del crédito y no se valora la solvencia del deudor, pero, sobre todo, se llega a esta conclusión atendiendo al fundamento de la contraprestación debida, ya que el mismo no está en la transmisión de la cosa, el crédito cedido, sino en la prestación de los posibles servicios (156). Esto es claro si se atiende al dato de que el precio varía en función de los servicios prestados por el Factor. Podría objetarse entonces que se daría una serie de servicios conexos que habría que retribuir, justificando entonces la variación del precio. Pero entonces, se llegaría a la consideración absurda de que el cliente retribuiría unos servicios que el Factor, desde un punto de vista jurídico, no desarrolló en nombre de su cliente sino en nombre propio y actuando su propio interés, como verdadero titular de los créditos (157).

Pero frente a la calificación como compraventa, se ha objetado, también, que en caso de darse el servicio financiero, el anticipo con-

---

(155) NUZZO, A.: *Dal contratto all'impresa: il Factoring*, en «Riv. Soc.», 1984, p. 945.

(156) NUZZO, A.: *Dal contratto...*, *op. cit.*, p. 944.

(157) Esta conclusión se hace evidente en el supuesto de impago del crédito cedido *pro solvendo* al Factor. Al ejercitar la acción de regreso contra el cliente, el Factor lograría un beneficio económico —la diferencia entre el importe nominal del crédito y el de la cesión— sin que se le transmita o venda nada. De aceptar una función o causa de venta estaríamos ante un supuesto de atribución patrimonial sin fundamento, lo cual es absurdo.

cedido por el Factor quedaría configurado, en sentido jurídico, como un pago anticipado del precio de la venta, lo cual no parece correcto (158). Habría que entender que en tal supuesto, no habría obligación de restitución a cargo del cliente, lo cual no puede entenderse sin violencia, al menos en los supuestos en que la cesión sea *pro solvendo* (159).

En definitiva, hay que concluir negando que tanto la transmisión operada en el contrato como el contrato mismo, respondan al esquema del cambio de cosa por precio, desarrollando una función propia de la compraventa. Si así se entendiera, se podría repetir las consideraciones críticas antes expuestas, pero sobre todo, y esta parece ser la objeción fundamental, porque el complejo de servicios que desarrolla el Factor no puede subsumirse en el esquema de la compraventa, so pena de la quiebra de la unidad funcional del propio contrato de Factoring (160).

---

(158) ZUDDAS, G.: *Il contratto...*, *op. cit.*, p. 195.

(159) Otra consideración que lleva a rechazar la calificación del anticipo en los términos de un pago anticipado, está en su diferencia cuantitativa con el supuesto precio pactado en la venta. Podría entonces *contraargumentarse* afirmando que tal reducción del precio sería una retribución específica por el propio carácter anticipado del pago. Sin embargo, tal afirmación carece de fundamento desde el momento en que tal anticipo devenga un interés en favor del Factor como retribución específica de la anticipación. Así en el supuesto de impago por el deudor del crédito cedido *pro solvendo*, el cliente ha de satisfacer el importe del anticipo, más los intereses del mismo, más la diferencia entre el importe nominal del crédito y el importe del anticipo efectuado.

(160) NUZZO, A.: *Dal contratto...*, *op. cit.*, p. 945. Algún autor como LABIANCA, M.: en M. LABIANCA y F. PARENTE, *Garanzie...*, *op. cit.*, pp. 97 y ss., y LABIANCA, M.: *Factoring...*, *op. cit.*, pp. 156 y ss., ha entendido una dualidad funcional según que el Factor asuma o no el riesgo de insolvencia del deudor del crédito cedido. Así, considera que en el caso de que la cesión sea *pro soluto*, la causa será la venta, mientras que si la cesión es *pro solvendo*, el Factor desarrolla una actividad de gestión por la que recibirá una compensación. Si se diera anticipo, en caso de que la cesión fuera *pro soluto*, el cliente no debe nada a su Factor, pague o no el deudor del crédito cedido. Por el contrario, si la cesión fuera *pro solvendo* ésta no tendría una causa de garantía, ya que la obligación de restitución se condiciona al incumplimiento del deudor; por lo que entiendo que se trata de una cesión por causa de venta con garantía de la solvencia del deudor. Sin profundizar en el carácter artificioso de tal construcción que parece desconocer el alcance del pacto de responsabilidad por la *bonitas nominis* del crédito en la cesión, la crítica a esta postura puede hacerse con fundamento en las siguientes consideraciones. En cuanto a la calificación de venta en los supuestos de cesión *pro soluto*, con o sin anticipo, y *pro solvendo* con anticipo, se pueden referir las críticas ya señaladas en el texto respecto a la calificación de venta. Respecto a la afirmación de que, en caso de cesión *pro solvendo* sin anticipo, el Factor desarrolla una actividad de tipo gestor, vale repetir aquí la crítica que hace este autor respecto a los defensores de una «*causa mandati*» y que muestra su contradicción, ya que, expresamente afirma poco antes («*Garanzie...*, *op. cit.*, pp. 95 y 96) que el Factor desarrolla una actividad por cuenta propia y no por cuenta de su cliente. Por otra parte, llama la atención que considere una distinta causa «*mandati*» o de venta, en la cesión *pro solvendo*, según que exista o no anticipo, cuando, aparte de otras consideraciones, poco más adelante («*Garanzie...*, *op. cit.*, p. 100) afirma este autor que el anticipo no es más que un pago anticipado.

Por otra parte, la Doctrina alemana mayoritaria califica al contrato como de com-

### 3. «Causa credenci»

#### a) El contrato de Factoring como «contrato de crédito».

Otros autores, ante las insuficiencias de la calificación de compraventa, han entendido que el contrato de Factoring presenta una causa de financiación, una función financiera (161), que lleva a su calificación como contrato de crédito (162). De esta manera, se considera que el Factor desarrolla, primordialmente, un rol financiero. Se afirma que la causa del contrato es una causa de financiación, ya que, el Factor, mediante la adquisición de todos los créditos y el anticipo de sumas de dinero sobre los créditos no vencidos concede una cierta financiación a su cliente y en función de tal operación crediticia puede justificarse ese poder de control de que goza el Factor, sobre su cliente, así como las garantías que le asisten (163).

Teniendo presentes las consideraciones anteriores, se ha afirmado que «la causa del contrato entendida, como se ha dicho, como elemento unificador de los elementos esenciales, consiste en una financiación actuada mediante la adquisición *pro soluto* de los créditos y la concesión de anticipos por parte del cesionario. La adquisición *pro solvendo*, la asunción de la gestión contable, el poder de injerencia en la gestión de la empresa del cedente y al control sobre la actividad desarrollada, son consecuencias del contrato que se derivan y justifican en cuanto que se trata de una financiación» (164).

---

praventa en aquellos supuestos en que hay *Delkrederisiko* o prestación del servicio de garantía por el Factor (*Echtes Factoring*), aun cuando sea instrumental para realizar unos fines más amplios. Vid., ad ex. GLOMB, P.: *Finanzierung durch Factoring*, Carl Heymanns, Köln, 1969, pp. 17 y ss., 29 y ss. y 35 y ss. Tal construcción plantea las insuficiencias ya señaladas, pero también cabría hacer otra observación. Parece arbitrario señalar una distinta calificación del contrato según que se preste o no la *Delkrederenfunktion*. Sobre este tema volveremos más adelante en este trabajo.

Otro autor, TUCCI, G.: *Garanzie su crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti*, Giuffré, Milán, 1974, pp. 62 y ss., considera que el esquema adoptado en la práctica es el de venta, pero afirma su carácter instrumental, ya que la cesión tiene una finalidad práctica de garantía del anticipo efectuado. Otra vez pueden repetirse aquí las críticas anteriores respecto a la calificación de la causa de atribución en los términos de compraventa. Por otra parte, también es criticable la opinión de que la transmisión crediticia tenga una finalidad de garantía, ya que el Factor resulta ser el titular de los créditos que deberían garantizar su crédito frente al cedente. Por otra parte, puede no darse anticipo y, sin embargo, habría que entender esa finalidad de garantía, ya que la cesión se da siempe. En definitiva, el autor citado llega a tales conclusiones por la confusión entre el *Factoring Old Line* y el *Accounts Receivable Financing*.

(161) ALAGNA, S.: *Contratti bancari di intermediazione creditizia*, Giuffré, Milán, 1981, p. 188; CLARIZIA, R.: *Factoring*, en «Diz. Dir. Priv.», dirigido por N. IRTI, Vol. I, Giuffré, Milán, 1980, pp. 337 y 338.

(162) BAUCHE GARCADIAGO, M.: *Operaciones bancarias*, Porrúa, México, 1974, p. 305.

(163) CLARIZIA, R.: *Factoring*, *op. cit.*, pp. 331 y 332.

(164) CLARIZIA, R.: *Factoring*, *op. cit.*, p. 342. Este autor define el contrato de Factoring como «un contrato atípico con causa de financiación que desarrolla su efica-

A esta conclusión llegan otros autores, los cuales difieren en la calificación concreta del contrato, ya que lo califican de mutuo (165), de apertura de crédito (166), de descuento con especialidades (167) o simplemente de un contrato autónomo de crédito (168).

Para una mayor simplificación del estudio de esta tesis que afirma el carácter crediticio del contrato de Factoring, consideramos, a efectos meramente operativos, que todas las calificaciones propuestas «pueden reconducirse al mutuo como operación base que tiene por contenido la concesión temporal del disfrute de un capital» (169).

Teniendo en cuenta esta calificación del carácter crediticio del Factoring, la divergencia es mayor, desde un punto de vista jurídico aunque no económico, en punto a la determinación de la causa de la atribución, esto es, en lo relativo a la especificación de cuál es la finalidad que persiguen las partes con la cesión.

Así, para unos, la cesión no es más que una «*datio in solutum*», ya que los créditos son cedidos en lugar del cumplimiento, esto es, en lugar de la restitución de las sumas anticipadas (170). Para otros autores la cesión cumple una finalidad de garantía, o como garantía del anticipo efectuado (171).

Por último, se ha llegado a afirmar que el anticipo está garantizado con una prenda de los créditos (172).

Sin embargo, creemos que no es posible la calificación jurídica del contrato de Factoring en los términos de operación crediticia, ni que la causa de la atribución de los créditos pueda resolverse bajo una cesión en garantía, una «*datio in solutum*», ni mucho menos una pignoración crediticia.

---

cia mediante el mecanismo de la cesión de créditos, a cuya disciplina las partes se remiten a las condiciones generales del contrato», *op. cit.*, p. 343.

(165) CANARIS, C. W.: *Bankvertragsrecht*, Walter de Gruyter, Berlín, Nueva York, 1975, pp. 856 y 857.

(166) GIORGANA FRUTOS, V. M.: *Curso de Derecho Bancario y Financiero*, Porrúa, México, 1984, p. 142.

(167) CHAPUT, Y.: *La transmissions des obligations en Droit Bancaire Francais*, en «AAVV»; *La transmission des obligations*, en «UCL», Bruylan, Bruselas, 1980, pp. 374 y 375. De un modo confuso, RODIERE, R. y RIVES LANGE, J. L.: *Droit Bancaire*, 10.ª ed., Dalloz, París, 1975, pp. 363 y 364.

(168) BAUCHE GARCADIAGO, M.: *Operaciones...*, *op. cit.*, p. 305; ALAGNA, S.: *Contratti...*, *op. cit.*, p. 188.

(169) MESSINEO, F.: *Operaciones de Bolsa y de Banca*, trad. de R. GAY DE MONTPELLÁ, Bosch, Barcelona, 1957, p. 335. Este autor califica a los contratos de crédito y en particular al anticipo sobre efectos y al mutuo como «contratos de restitución», *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

(170) CANARIS, C. W.: *Bankvertragsrechts*, *op. cit.*, pp. 856 y ss.; GLOMB, P.: *Finanziarung...*, *op. cit.*, p. 60.

(171) SERICK, R.: *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübe reignung. En verlängerungs und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehalts und der Sicherungübertragung*, Tomo IV, Heidelberg, 1976, pp. 549 y ss.; *idem: Rechtsprobleme des Factoring geschäftes*, BB., 31, 1976, pp. 525 y ss.; *idem: Neuere Entwicklungen beim Factoring Geschäft*, BB., 34, 1979, pp. 845 y ss.

(172) GIORGANA FRUTOS, V. M.: *Curso...*, *op. cit.*, p. 142.

La tesis del carácter crediticio del contrato de Factoring excluye, o al menos no justifica, el resto de posibles servicios que presta el Factor, en especial, del servicio de gestión, por lo que puede ser tachada de reduccionista, en cuanto que su validez queda referida a los supuestos en que el Factor desarrolla ese servicio financiero mediante la concesión de anticipos sobre los créditos que le han sido cedidos. Pero incluso, aunque el Factor desarrolle ese servicio financiero, creemos que tampoco es posible calificar el contrato como contrato de crédito o contrato con causa de financiación.

En este sentido, se ha manifestado que la financiación no es, en sentido estricto, un préstamo, sino un pago anticipado de los créditos cedidos (173). Sin embargo, creemos que tal objeción no puede acogerse, so pena de la afirmación implícita de una causa de venta, bien como causa de atribución, bien como causa de contrato, con todas las insuficiencias antes vistas (174).

Mayor relevancia crítica tiene la afirmación de un numeroso grupo de autores (175) que consideran el carácter eventual del anticipo que presta el Factor, lo cual lleva a entender que no cabe en el contrato de Factoring una consideración exclusiva y excluyente del servicio financiero (176).

Pero incluso en aquellos supuestos en que el Factor desarrolle ese servicio financiero no puede hablarse, en sentido estricto, ni de financiación ni de mutuo, como supuesto típico de contrato de crédito. La razón estriba en la especialidad diferenciadora del Contrato de Factoring frente a los contratos de crédito como «contrato de restitución».

(173) FORMAN, M., y GILBERT, J.: *Factoring and Finance*, Heinemann, Londres, 1976, pp. 29 y 30; LABIANCA, M., y PARENTE, F.: *Garanzie...*, *op. cit.*, p. 99.

(174) Como vimos anteriormente, el anticipo que otorga el Factor a su cliente no puede calificarse en los términos de pago anticipado, ya que tal calificación sólo puede explicar su diferencia cuantitativa con el importe nominal del crédito, pero no justifica la cantidad debida en concepto de intereses.

(175) Banque de France, Service de l'information, *Le Factoring, Note d'information*, núm. 21, octubre, 1973, p. 1; MEUTERMANS, J.: *La pratique du Factoring*, en «Rev. Banque», Bruselas, 1969, pp. 525 y 526; ROLÍN, S.: *El Factoring*, Pirámide, Madrid, 1972, pp. 11 y 90 y ss.; CARNEVALI, U.: *Struttura...*, *op. cit.*, pp. 107 y 108; MORERA, R.: *Brevi note sul contratto di Factoring*, en «BBTC», 1982, p. 899; CANNATA, G.: *Factoring; un nuovo ausilio per le piccole e medie imprese*, Banc., 1969, pp. 721 y 723; FERRONIERE, J., y CHILLAZ, E. DE: *Les opérations de Banque*, ed. revisada y actualizada por J. P. PATY, Dalloz, París, 1976, p. 500; MOLL DE MIGUEL, S.: *Note per...*, *op. cit.*, pp. 345 y 346; CARDARELLI, A.: *Ricerca sulla natura giuridica del Factoring in Italia*, en «Imp. Am. Pub. Amm.», I, 1981, p. 216; GAVALDA, CH.: *Factoring...*, en «Enc. Dalloz, Re. Dr. Comm.», núm. 20.

(176) Desde un punto de vista económico, y advirtiendo de la disfunción de resultados que tal consideración ocasiona, vid. TERZANI, S.: *Aspetti economici e finanziari dell'attività di Factoring*, Colombo, Cursi, Pisa, 1969, pp. 19 y 20; TORIO YARZA, V.: *El crédito comercial y el Factoring*, en «Bac. Catalana», núm. 61, junio-septiembre, 1981, pp. 41 y 42; RUOZI, R., y ROSSIGNOLI, B.: *Manuale del Factoring*, Giuffrè, Milán, 1985, pp. 87 y ss.; CARROL G. MOORE: *Factoring, An unique and important form of financing and service*, en «Elements of Financial Administration», Columbia, 1962, pp. 270 y ss.

ción» (177), ya que la obligación de restitución, esencial en estos contratos, no existe en el contrato de Factoring, salvo en los supuestos patológicos en que se produzca el impago por parte del tercero o deudor del crédito cedido *pro solvendo* (178).

Por otra parte, algún autor (179) entiende que no puede hablarse, en rigor, de un mutuo pecuniario prestado por el Factor, ya que no existe un «interés», sino un «discount» como retribución del Factor por tal actividad financiera. Sin embargo, y aun adhiriéndose a los resultados negativos respecto a la calificación de mutuo, tal opinión aparece como criticable o, al menos, dudosa, ya que el «discount» como descuento efectuado por el Factor respecto al importe debido al cliente, no tiene un carácter retributivo del anticipo, sino la funcionalidad de garantizar el crédito del Factor. A la misma conclusión se llega si se atiende al pacto que establecen las partes por el cual el anticipo efectuado devengará un beneficio en favor del Factor (180).

#### b) «Causa credendi» y transmisión de los créditos

El punto fundamental de crítica de la opinión que califica el Factoring como un contrato de crédito radica en la inexacta relación que se atribuye a la financiación y la transmisión crediticia, ya que, considerar el contrato de Factoring como un contrato de crédito implica entender la preexistencia del anticipo, en cuanto servicio financiero, respecto a la cesión, negando cualquier relación funcional entre ambos, y relegando la función de la transmisión crediticia a una función «*solvendi*» o meramente garantizadora de la financiación (181).

Precisamente este punto, la relación existente entre el anticipo o financiación y la transmisión crediticia operada en el contrato, se ha ido explicando de diversas formas por los partidarios de la calificación del contrato en los términos de contrato de crédito.

Algunos autores (182) entienden que la existencia del anticipo permite calificar el contrato como préstamo, considerando que la transmisión crediticia tiene la finalidad de cumplimiento de la obligación de restitución de las sumas anticipadas. Es decir, según esta postura la causa de la atribución crediticia se resuelve en los términos de una

---

(177) El término es empleado por MESSINEO, F.: *Operaciones...*, *op. cit.*, p. 335.

(178) ZUDDAS, G.: *Il contratto...*, *op. cit.*, p. 199.

(179) CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, *op. cit.*, pp. 55 y 56.

(180) La diferencia entre el «precio» de la cesión y el importe del anticipo no puede calificarse como descuento para retribuir al Factor, ya que lo que se pretende es «garantizar», en sentido puramente económico, los créditos de los que el Factor es titular, *vid. ad ex.*, Cláusula núm. 25 del contrato de Heller Factoring Española.

(181) LABIANCA, M., y PARENTE, F.: *Garanzie...*, *op. cit.*, pp. 99.

(182) CANARIS, C. W.: *Bankvertragsrechts*, *op. cit.*, pp. 856 t ss.

«*solvendi causa*», como «*datio in solutum*», respecto a las obligaciones que surgen en el mutuo.

Sin embargo, no puede aceptarse tal calificación, ya que la cesión es anterior al anticipo y no cabe construir una «*datio in solutum*» como medio de extinción de una obligación todavía inexistente (183). Pero también es un argumento contra esta construcción el hecho de que es la cesión la que determina el importe de la financiación, es decir, el anticipo se determina en función del volumen y cuantía de los créditos cedidos, razón por la cual se llega a una conclusión diversa, ya que se hace depender el anticipo de la transmisión crediticia operada en el contrato (184).

Intentando superar estas deficiencias, otros autores (185) han entendido que la cesión tiene una causa de garantía. Se entiende que los créditos se transmiten para garantizar el anticipo, como crédito del Factor, resultante del servicio financiero.

Sin embargo, la cesión, en tal supuesto, no tiene una finalidad de garantía. El cliente no transmite sus créditos al Factor para garantizarle su crédito resultante del anticipo (186).

A esta conclusión ha de llegarse si se tiene presente que el Factor puede disponer de los créditos que garantizan su crédito, mediante su transmisión, a un tercero; y, además, el Factor se satisface directamente sobre los créditos; todo lo cual repugna al concepto y carácter de garantía (187). Pero además, hay que tener presente que puede no darse anticipo, lo cual llevaría a la conclusión de que no existiría la transmisión crediticia, o al menos carecería de sentido, y, sin embargo, en todo contrato de Factoring siempre existe la cesión (188).

Por otra parte, hay otros argumentos que nos llevan al rechazo de la postura que entiende una causa de garantía en la cesión. Así se ha manifestado que no se da tal finalidad de garantía porque el Factor es verdadero titular de los créditos (189). También hay que entender la conclusión negativa de una finalidad de garantía en la cesión en el hecho de que el fundamento de que el Factor pueda satisfacerse contra los deudores, no deriva del carácter de garantía de la cesión, sino que se trata de un derecho del Factor anterior e independiente de la concesión del servicio financiero (190).

---

(183) Cfr. Art. 1.175 C.c.

(184) CARNEVALI, U.: *Struttura...*, op. cit., pp. 107 y 108.

(185) TUCCI, G.: *Garanzie...*, op. cit., pp. 64 y 65; SERICK, R.: *Eigentumsvorbehalt...*, op. cit., p. 549 y ss.

(186) BETTE, K.: *Factoring und Verlängerter Eigentumsvorbehalt*, en AAVV: *Factoring Handbuch*, Fritz Knapp, Frankfurt am Main, 1982, p. 114.

(187) Cfr., analógicamente, Art. 1.859 C.c. Vid. CARNEVALI, U.: *Struttura...*, op. cit., p. 107.

(188) NUZZO, A.: *Dal contratto...*, op. cit., p. 952; MOLL DE MIGUEL, S.: *Note per...*, op. cit., p. 352.

(189) CANNATA, G.: *Factoring...*, op. cit., p. 721.

(190) MOLL DE MIGUEL, S.: *Note per...*, op. cit., p. 352.

Si se entendiera una finalidad de garantía como causa de la cesión, muy difícilmente, por no decir imposible, se podría distinguir el contrato de Factoring de otras figuras. Por ello se ha advertido que la adquisición de créditos como garantía de una financiación no es Factoring, sino descuento o «*Accounts receivable Financing*» (191).

La última vía instrumentada para explicar la relación entre la transmisión crediticia y el servicio financiero, por parte de quienes califican al contrato como operación crediticia, ha sido el recurso a la prenda de créditos (192).

La finalidad de tal postura era loable, ya que se pretendía, bajo el particular régimen de privilegios, asegurar la posición del Factor, y, a su vez, lograr, al menos en algunos ordenamientos, ciertas ventajas de carácter fiscal (193).

Sin embargo, no parece viable la configuración de la relación entre financiación y transmisión crediticia en el Factoring en los términos de una garantía pingoraticia sobre los créditos. Esto es así por varias razones. En primer lugar, porque parece muy difícil admitir una prenda de créditos cuando la financiación, como ocurre en el Factoring, es múltiple y no referida a un único mutuo (194).

Por otra parte y como segundo argumento, a nuestro parecer esencial, no cabe la configuración de una prenda de créditos en el Factoring, ya que la prenda implica un privilegio sobre los créditos (195), pero en el Factoring no se da ese privilegio, sino la mutación de la titularidad crediticia, es decir, la transmisión, mediante el mecanismo de la cesión, de los créditos (196).

Llegados a este extremo, podemos señalar —por vía negativa— algunas conclusiones. Y éstas vienen referidas a la negación del carácter crediticio del contrato de Factoring, así como de la explicación de la relación existente entre el servicio financiero como una amortización (197) o garantía.

---

(191) FORMAN, M., y GILBERT, J.: *Factoring...*, *op. cit.*, p. 81.

(192) GIORGANA FRUTOS, V. M.: *Curso...*, *op. cit.*, p. 142, quien expresamente afirma del Factoring que «se trata de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, operado revolventemente, garantizado con prenda».

(193) FRIGNANI, A.: *Recenti...*, *op. cit.*, p. 213.

(194) Cfr. Arts. 1.857.1 y 1.861 C.c. Vid. TUCCI, G.: *Garanzie...*, *op. cit.*, pp. 162 y 163; FRIGNANI, A.: *Recenti...*, *op. cit.*, pp. 214.

(195) Cfr. Arts. 1.869 y 1.870 C.c. y 918 C.com.

(196) FOSSATI, G., y PORRO, A.: *IL Factoring...*, *op. cit.*, p. 182; FRIGNANI, A.: *Recenti...*, *op. cit.*, pp. 214 y 215.

(197) Según GLOMB, P.: *Finanzierung...*, *op. cit.*, pp. 59 y 60, la cesión, cuando existe anticipo y los deudores cumplen, desarrolla una función de amortización (*Tilgungsfunktion*) de las sumas debidas por el cedente al Factor.



c) La calificación del contrato de Factoring como «contrato de financiación» en el Derecho anglosajón

Cabe ahora plantearse la razón de la calificación del contrato de Factoring como contrato con una función crediticia o con una causa de financiación (198). Pero para averiguar las razones, así como su

---

(198) Sobre qué ha de entenderse por financiación es algo que no puede ser resuelto de una manera unívoca, debido a la multiplicidad de significados del término. Sobre tal pluralidad, vid. MESSINEO, F.: *Caratteri giuridici comuni, concetto e classificazione dei contratti bancari*, en «BBTC», I, 1960, p. 333; FRAGALI, M.: *Il mutuo*, en «Comm. Cod. Civ.», dir. por A. SCIALOJA y G. BRANCA, Vol. IV, Zanichelli Il Foro it., Bolonia-Roma, 1966, pp. 75 y ss.

La cuestión parece clarificarse si se atiende al punto de vista desde el cual se analiza el fenómeno, vid. FRAGALI, M.: *Finanziamento*, en «Enc. Dir.», XXVII, Giuffrè, Milán, 1968, pp. 605 y 606.

Así, desde un punto de vista económico por financiación, hay que entender incluido en tal concepto todo aprovisionamiento de medios financieros o económicos. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico el concepto se restringe, ya que por financiación se entiende todo negocio que puede servir para conceder medios económicos con una utilización vinculada, o para constituir coetáneamente una disponibilidad crediticia o financiera para una finalidad convencional (sobre el concepto de disponibilidad, vid. DONADIO, G.: *Sulla natura giuridica dell'apertura di credito*, en «BBTC», I, 1937, p. 152; y las observaciones críticas de MESSINEO, F.: *Caratteri...*, *op. cit.*, pp. 407 y ss. En la doctrina española, vid., por todos, GARRIGUES, J.: *Contratos bancarios*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1975, pp. 185 y ss. y 189 y ss.).

Cuestión distinta es, si como venimos haciendo en el texto, desde un punto de vista exclusivamente jurídico, pueden identificarse los términos contrato de crédito y contrato de financiación. El tema no ha sido estudiado por la Doctrina española, aunque nuestro Derecho positivo parece conocer tal distinción (cfr. ad ex, Art. 1, núms. 1, 2, 3 y 4 del D. de 28 de marzo de 1977, de Régimen Jurídico de las Entidades de Financiación de ventas a plazos, Ar. núm. 926).

La caracterización de estos contratos se ha hecho bajo la estructura del mutuo, como supuesto tipo de los contratos de crédito (MESSINEO, F.: *Operaciones...*, *op. cit.*, p. 335; ALAGNA, S.: *Contratti...*, *op. cit.*, pp. 102 y ss.). De esta manera, el contrato de crédito se caracteriza por la entrega o la puesta a disposición de unos fondos o de unas prestaciones que permiten obtener fondos, y por la obligación de restitución a cargo del beneficiario (inexplicablemente, el C.com. no configura como elemento natural del contrato de préstamos su carácter de ser retribuido. Cfr., Art. 314 C.com.).

Por su parte, el contrato de financiación, no sólo presenta los mismos caracteres, sino que además es típico y caracterizador de tal contrato, la vinculación funcional y final de los medios concedidos o que son objeto de disponibilidad. Esto parece claramente reflejado en la práctica bancaria la cual conoce este tipo de contratos (ad ex, las líneas de crédito especiales al consumo). Pero la práctica no sólo conoce ese elemento de la vinculación a un fin del crédito, sino que además lo configura, al menos en ocasiones, como esencial del contrato, ya que, por ejemplo, se prevé la resolución del contrato por destino distinto de los medios concedidos respecto a la vinculación a que se sometió la concesión de crédito. De esta manera, y como ya indicamos, la vinculación final es elemento caracterizador del contrato de financiación (cfr. FRAGALI, M.: *Finanziamento...*, *op. cit.*, p. 605).

Quizá ahora sea el momento de retomar la cuestión inicialmente propuesta, y determinar si el contrato de financiación es un subtipo de la categoría de contrato de crédito o, por el contrario, su caracterización permite una concepción autónoma.

Si se analiza el tema propuesto desde el perfil de la causa del contrato, podrán recogerse algunos elementos útiles para llegar a una solución. Así, desde una concep-

relevancia jurídica, de tal calificación del Factoring, parece oportuno que, con carácter previo, se haga una breve alusión a la cuestión del Derecho anglosajón, origen del contrato.

La Sec. 95 de la «Companies Act» inglesa de 1948 exigía que fuera objeto de registro un «Loan» garantizado y acompañado de la prestación de servicios. Pero no existía un concepto estricto de «Loan» en el «Money Landers Act» 1900-1927. Todo esto permitía a los Factores las ventajas derivadas de ese particular régimen de publicidad que hacía más segura su posición si bien excluía la calificación estricta de su actividad como «Loan» (función crediticia), con lo que se daba una equiparación formal, pero no esencial del Factoring con operaciones crediticias (199).

En definitiva, hay que concluir que en Derecho inglés la adquisición de «debts» por una suma «a forfait» no constituye un «Money lending», aun cuando se dé una cláusula de recurso contra el cedente, e, incluso, no se notifique la cesión al deudor (200).

En el Derecho americano se da una asimilación del Factor al «lienor» a efectos de la inscripción del «assignment of debts» (201).

ción sincrética en torno a la causa, hay que señalar que en la adhesión común de las partes a la función que desarrolla el contrato de financiación, está presente el elemento de la vinculación final de los medios crediticios contenidos. De esta manera, parece que ha de concluirse en que el elemento de la vinculación de los fondos, como elemento caracterizador del contrato, es determinante y modula causa del contrato. Luego si la causa es el elemento que permite la calificación y clasificación de un contrato, habría que concluir en una posible autonomía conceptual de la categoría del contrato de financiación frente a la del contrato de crédito.

La discusión no es meramente conceptual, sino que bajo tal confrontación existe una vertiente práctica de especial interés. Esto se comprueba, de modo especial, en la configuración, si se afirmara tal autonomía conceptual, de la no destinación efectiva de los fondos conforme a lo previsto como una causa de resolución del contrato. De igual manera, si se afirmara tal autonomía conceptual del contrato de financiación frente al contrato de crédito, permitiría cumplir ciertas exigencias derivadas de un principio de justicia material, ad ex. favoreciendo una mejor tutela de los consumidores. Sobre el tema, vid., GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: *Contratación bancaria y consumo (algunas consideraciones en torno al Art. 10 LGDCU)*, en «RDBB», núm. 30; 1988, pp. 259 y ss., en especial, pp. 305 y ss.

(199) Vid. Olds Discount Co. Ltd. V. John Playfair Ltd. en BISCOE, P.: *Law and Practice of Credit Factoring*, Butterworths, Londres, 1975, p. 153.

(200) BISCOE, P.: *Law and Practice...*, op. cit., pp. 153-154.

(201) Se consideran aplicables al Factoring las normas contenidas en el Art. 9.102 (1) (B) y 9.104 (F). Vid. MOORE, C. G., y VUKSTA, Jr. Ch. E.: *The Law Concerning Factoring in the Uniform Commercial Code and its antecedents*, en «AAVV», *Factoring Handbuch*, op. cit., pp. 135 y 141. El régimen de la inscripción («Filing») constituye el modo de asegurar una prelación («Lien») en función de un «security interest» sobre tales créditos. Se exige la publicidad del nombre de las partes y de los derecho sujetos a tal privilegio, excluyendo otros datos relativos al contrato de financiación, lo cual permite importantes consecuencias respecto a la superación de onerosas cargas relativas a la notificación para quien realice una actividad financiera con habitualidad o en el supuesto en que el beneficiario de tal financiación goza de un amplio grupo de deudores. Sobre el tema vid. MARTIN R.: *Factoring*, en M. R. LAZERE: *Commercial financing*, New York, 1968, pp. 82 y ss.

La finalidad de tal asimilación es doble, en cuanto pretende una tutela de los intereses del Factor, así como la oponibilidad de su derecho frente a terceros, pero también como medio de tutela e información de terceros ajenos al contrato (202).

Esa asimilación se da por la analogía de exigencias de tutela comunes al Factor y al «lien», pero no implica una identidad sustancial entre ellos (203).

En razón de lo anteriormente expuesto, creemos que podemos llegar a una conclusión. Y ésta es que, tanto en el Derecho inglés como en el Derecho americano, el Factoring es asimilado, con fines de protección para el Factor y los terceros, a operaciones crediticias; pero tal asimilación es formal, sin que puedan considerarse esencialmente iguales ambas operaciones.

#### d) La cuestión en el Derecho español

Teniendo presentes tanto las consideraciones anteriores así como la calificación y configuración que del «Factoring Old line» se mantiene en el Derecho anglosajón, origen de esta figura contractual (204) cabe ahora plantearse cuáles son las razones y el sentido de la consideración del Factoring como operación crediticia, ya que, expresamente, el legislador reputa a los Factores como entidades financieras (205).

Para poder explicar esta consideración financiera del contrato cuando hemos ya señalado que no puede calificarse el contrato en los términos de un contrato con «*causa credendi*», es necesario acudir, o mejor constatar, la distinción en sentido jurídico del concepto de financiación. Intentando simplificar entre la multiplicidad de significados del término financiación (206), hay que advertir un ámbito más restringido en el concepto

---

(202) Sobre la eficacia y significado del «lien» como privilegio de que goza el Factor, vid. HENSON: *Secured Financing under the Uniform Commercial Code*, en «Bus. Law», 1963, pp. 337 y ss.

(203) La eficacia de tal régimen de publicidad deviene del hecho de que el Factor es titular de un «security interest» que fundamenta un «lien» o privilegio en su favor. Tal «security interest» ha sido definido como «any interest of a buyer of accounts... which is subject to article 9». MOORE, C. G., y VUKSTA, Jr. Ch.: *The Law...*, op. cit., p. 135. Sobre el concepto general de «security interest», así como el alcance del «lien», vid. SILBERFELD, E.: *Secured transactions under the UCC*, en M. R. LAZERE: *Commercial financing*, op. cit., pp. 214 y ss.

(204) Vid., por todos, MUNDAY, R.: *A legal history of the Factor*, en «Anglo-American LR», 1977, pp. 221 y ss.

(205) En España, vid. D. 896/1977, de 28 de marzo (Mod. R.D. 1.269/1983, de 13 de abril), OOMM de 13 de mayo de 1981 y 28 de mayo de 1983, y las Resoluciones de la Dirección General de Política Financiera de 29 de octubre de 1982 y de 29 de julio de 1983. En Estados Unidos, vid. la «Factor Lien Act» de 1935, así como el Art. 9 UCC. En Francia, vid. Ley núm. 66/382, de 16 de junio de 1966, así como el Art. 1 de la Ley Bancaria de 14 de junio de 1941.

(206) FRAGALI, M.: *Finanziamento...*, op. cit., p. 605.

de financiación en sentido jurídico, ya que, en tal sentido, este concepto no sólo exige la puesta a disposición de medios económicos por parte de quien concede tal financiación, sino también una vinculación de los medios concedidos a un fin o finalidad prevista. Sin embargo, la financiación en sentido económico goza de un ámbito mucho mayor, ya que cualquier disposición crediticia en favor de un tercero está englobado en tal concepto, incluyendo así distintos contratos que desde un punto de vista jurídico se calificarían como contratos de financiación en sentido estricto (207), contratos de crédito (208), contratos parabancarios (209) e incluso otros contratos que, desde un punto de vista jurídico, son extraños al concepto de financiación (210).

Por estas razones, creemos que aun cuando desde un ángulo estrictamente jurídico el contrato de Factoring no pueda ser calificado ni como contrato de crédito, ni como contrato de financiación en su dimensión económica, el Factoring será considerado como un instrumento de financiación, ya que permite al cliente la obtención de medios económicos mediante la realización de sus créditos, ahora cedidos, contra terceros (211). Esto ha llevado a algún autor (212) a calificar al Factoring, más que como contrato de financiación, como un instrumento de gestión financiera.

Esta idea es la que explica la intervención del legislador al calificar el contrato como «financiación». La influencia del Factoring en el sector crediticio, su influencia en el mercado de capitales, su dimensión nacional e internacional, la característica bancaria del accionariado de las sociedades de Factoring, sus vínculos orgánicos de hecho o derecho con la Banca, su volumen de negocios, etc., hacen que el Factor esté sujeto a normas especiales sobre entidades financieras (213).

---

(207) Ad ex. las líneas de crédito especiales al consumo.

(208) Ad ex. un mútuo dinerario civil o una apertura de crédito en cuenta corriente.

(209) Ad ex. el contrato de Leasing.

(210) Ad ex. la compraventa con pago del precio aplazado.

(211) ZUDDAS, G.: *Il contratto...*, op. cit., p. 171; FRIGNANI, A.: *Factoring, Leasing...*, op. cit., pp. 176 y ss.; CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, op. cit., p. 61; MANETTI: *Il processo di finanziamento e la tecnica del Factoring*, en «Ec. cred.», 1981, p. 44.

(212) CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, op. cit., pp. 62 y 63; BERMÚDEZ RUIZ, E.: *Factoring...*, op. cit., p. 54; GAVALDA, CH.: *Le Factoring, un instrument financier de mobilisation des créances a court terme et de gestion commerciale*, en «Rev. Banque», núm. 6, 1969, p. 504.

(213) MOLL DE MIGUEL, S.: *Note per...*, op. cit., pp. 330 y 331; GERBIER, J.: *Le Factoring...*, Dunod, París, 1970, pp. 32 y ss.; SUSSFELD, L.: *Le Factoring*, «PUF», París, 1968, pp. 64 y 65; VERGOTE, P.: *Le Factoring Internationale*, en «Rev. Banque», 1969, pp. 516 y ss.; CAPOTOSTI, R.: *Assicurazione del Crédito e Factoring*, Ass., I, 1972, p. 513. Desde el punto de vista institucional puede comprobarse cuanto venimos afirmando respecto a la calificación económica del Factoring como «contrato de financiación». En este sentido, baste recordar que el Factor queda sujeto a la nor-

Llegados a este extremo, creemos que puede llegarse a algunas conclusiones en torno a los problemas examinados. Y estas conclusiones podrían ser las siguientes. En primer lugar, que jurídicamente no puede calificarse el contrato de Factoring como contrato de crédito o afirmar una «*causa credendi*» del mismo (214), aun cuando suponga una financiación en sentido económico. Pero también y como segunda conclusión puede afirmarse que el Factoring no se agota en una consideración de su servicio financiero, sino que tal prestación desarrollada por el Factor se articula en un complejo de servicios con una cesión de los créditos de carácter instrumental (215).

#### 4. «*Causa mandati*»

Intentando superar las insuficiencias de las posturas hasta ahora examinadas, otros autores han centrado su opinión en torno al servicio de gestión que desarrolla el Factor, considerándolo como el elemento esencial de la operación (216). En este sentido, se ha afirmado que la función económico-social que está llamado a cumplir el contrato de Factoring es la de «llenar una necesidad creada por el fenómeno de la contratación en masa, descargando a la empresa de un sector de su actividad, cuantitativamente importante, que pasa a asumir el Factor» (217). Esto lleva a algunos autores a calificar el contrato como un supuesto de «actividad de cooperación empresarial» (218).

El resumen de tal opinión puede encontrarse en las siguientes palabras de Chiomenti, quien afirma que «la finalidad, desde el punto de vista del cliente, es asegurar el pago de sus créditos y permitir eliminar todas las cargas contables y de gestión del cobro de los cré-

---

mativa de intervención del mercado financiero, como se deriva de su inclusión dentro del concepto de «Entidades de crédito», que establece el Art. 39.2, f), de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, de 29 de julio de 1988 («BOE» de 30 de julio).

(214) Expresamente en el Derecho alemán, vid. BGH de 19 de septiembre de 1977, NJW núm. 48, 177, pp. 2207 y 2208. En la doctrina italiana, vid., por todos, CASANDRO, B.: *Collaborazione...*, op. cit., p. 56, quien señala, como consecuencia de tal conclusión, la no aplicabilidad de normas de carácter crediticio.

(215) CARDARELLI, A.: *Ricerca...*, op. cit., p. 216; GAVALDA, CH.: *Le Factoring...*, en «Rev. Banque», op. cit., pp. 503, 504 y 513; TORIO YARZA, V.: *El crédito comercial y el Factoring*, en «Bca. Catalana», núm. 61, op. cit., p. 41; BENÍTEZ AGUILAR, R.: *La empresa de Factoring*, Semana de Estudios Financieros, 1973, p. 176; SCHNEIDER, TH.: *¿El sistema de Factoring en las Cajas de Ahorros?*, en «Cuadernos Monográficos de Información del Servicio de Estudios Sociales de la Confederación Española de Cajas de Ahorros», núm. 86, Madrid, 1971, p. 3.

(216) Como parece indicar FEDERICQ, B. L.: *Précis de Droit Commercial*, Bruselant, Bruselas, 1970, pp. 184 y 185.

(217) ROCA GUILLAMÓN, J.: *El contrato de Factoring y su regulación por el Derecho privado español*, Edersa, Madrid, 1977, p. 30.

(218) ROCA GUILLAMÓN, J.: *El contrato...*, op. cit., p. 84.

ditos. Se pretende una organización más económica de la empresa, ahorrando costes necesarios. La finalidad de la cesión no es la movilización de la riqueza, sino una economicidad organizativa» (219).

Partiendo de una previsión contractual del interés del cedente en ese servicio de gestión, Nuzzo ha considerado que el Factoring desarrolla una función de tipo gestorío (220).

De esta manera, para el autor precitado, el Factoring tiene una causa de mandato, siendo el Factor un mandatario sin representación que cumple en nombre propio y en interés del cedente actos jurídicos de gestión de los créditos transmitidos (221). Por ello, la transmisión se da para permitir el ejercicio de esa actividad de gestión de los créditos por parte de un empresario especializado que es el Factor, el cual desarrolla una actividad de registro y contabilización de los créditos, así como el cobro de los mismos. En este sentido, hay que entender que el Factor cumple actos jurídicos por cuenta de su cliente, sobre quien recaen los efectos económicos de la actividad del Factor, el cual cobra el crédito, obtiene para sí una comisión y reenvía el resto a su cedente (222).

Pero también, para este autor, el cliente cede sus créditos a un empresario especializado que desarrollará en nombre propio toda la actividad necesaria para su adecuada realización, y es a esta finalidad por la cual el cliente cede sus créditos al Factor. En definitiva, se afirma que este mandato sin representación tiene una eficacia traslativa directa (223).

El problema que puede plantearse en esta calificación del contrato de Factoring es el de la articulación del resto de los servicios que puede prestar el Factor en tal esquema. Para resolverlo, Nuzzo considera que la existencia de cualquier otro servicio no altera tal construcción, ya que simplemente añade, mediante su unión funcional, o un contrato de apertura de crédito, si se da el anticipo (224), o bien, en caso de asunción del riesgo de insolvencia, se realiza bajo el esquema de la fianza, de tal manera que a la actividad de gestión se añade la asunción del riesgo de la pérdida que surja para el cedente con la ejecución de la actividad gestora (225).

Conforme a lo anterior, este autor concluye afirmando que no puede optarse por la solución de calificar al contrato como atípico,

---

(219) CHIOMENTI, F.: *I titolo di credito. Fattispecie e disciplina*, Giuffrè, Milán, 1977, p. 106.

(220) NUZZO, A.: *Dal contratto...*, *op. cit.*, p. 944; *idem: Il Factoring nella...*, *op. cit.*, p. 324.

(221) NUZZO, A.: *Dal contratto...*, *op. cit.*, p. 947.

(222) NUZZO, A.: *Dal contratto...*, *op. cit.*, p. 947. Según este autor, la diferencia crediticia como compensación al Factor tiene un título o fundamento en esa función gestora, *op. cit.*, p. 948.

(223) NUZZO, A.: *Dal contratto...*, *op. cit.*, p. 950.

(224) NUZZO, A.: *Dal contratto...*, *op. cit.*, pp. 951, 952 y 957.

(225) NUZZO, A.: *Dal contratto...*, *op. cit.*, pp. 952 y 957.

ya que presenta la causa del mandato que es típica, a la cual pueden coexionarse otros contratos, también típicos (226).

Esta postura ahora expuesta, aun reconociendo su importancia por afirmar la constancia del servicio de gestión, no puede ser compartida. La razón estriba en que el Factor no es un mandatario del cedente, sino que es verdadero titular de los créditos que actúa, no por cuenta de su cliente, sino en interés y por cuenta propia, de modo especial, en los supuestos en que presta el servicio de garantía (227).

El aspecto discutible de esta opinión que ahora criticamos es, en nuestra opinión, doble. En primer lugar, porque no puede reconducirse la figura del Factoring a un supuesto de mandato, ya que éste no justificaría una transmisión mientras que el Factor es verdadero titular de los créditos y no un mero mandatario con una titularidad instrumental —o fiduciaria— sobre los créditos. Así lo prueba el hecho de que el Factor puede, libremente, disponer de tales créditos. Por otra parte, no puede compartirse la tesis de Nuzzo, ya que supone afirmar que el contrato de Factoring se agota en el servicio de gestión, lo cual no es correcto, ya que tal servicio, aun siendo constante en los formularios, siempre se le acompaña de la prestación —o al menos su posibilidad— de otros servicios (228).

La tesis ahora criticada plantea otros problemas para su admisibilidad, fundamentalmente referidas a la estructura del contrato. Esto es así porque si la estructura contractual del Factoring tiene, como ya indicamos, un marcado carácter unitario, no puede entenderse un fenómeno de conexión contractual como el que se afirma en esta tesis. En primer lugar, porque tal afirmación supone excluir del Factoring algunos de sus servicios típicos como son el de la seguridad del cobro de los créditos o el anticipo financiero, lo cual conlleva afirmar una pluralidad causal que desconoce la realidad del contrato. El Factor no celebra un nuevo contrato con su cliente, bien de fianza o bien de apertura de crédito, sino que actúa los pactos ya existentes de otro contrato que cumple una función única. Es decir, desde un

---

(226) NUZZO, A.: *Dal contratto...*, *op. cit.*, pp. 955, 956 y 965. La consecuencia práctica a que llega este autor es la de entender la aplicabilidad del régimen jurídico previsto para el mandato (obligación de diligencia, no exceder los límites señalados, etc.), *op. cit.*, p. 958.

(227) CARNEVALI, U.: *Struttura...*, *op. cit.*, p. 106; LABIANCA, M., y PARENTE, F.: *Garanzie...*, *op. cit.*, pp. 95 y 96.

(228) ZUDDAS, G.: *Il contratto...*, *op. cit.*, p. 169; COTTINO, G.: *Diritto Commerciale*, Vol. II, Cedam, Padova, 1978, p. 104; TORÍO YARZA, V.: *El crédito...*, *op. cit.*, pp. 41 y 42.

Por otra parte —y en relación a las críticas que hacemos en el texto— no puede afirmarse que el mandato, respecto a los créditos, pueda ser fundamento de su transmisión ya que, a lo sumo, podría entenderse una titularidad fiduciaria. Vid. LEÓN ALONSO, J.: *El mandato de crédito*, en «RDP», 1982, pp. 1075 y ss. También crítica esta tesis de la «causa mandati», G. FAUCEGLIA: *El contrato de Factoring en la práctica italiana*, en «Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», 1986-1987, pp. 207 y ss.

ángulo no sólo estructural, sino también funcional, hay que advertir que la financiación o el servicio de garantía son elementos relevantes en la determinación del tipo del contrato de Factoring.

Por estas razones, creemos que hay que mantener el carácter atípico del contrato de Factoring, ya que su causa no puede entenderse como la típica «*causa mandati*».

Partiendo de esta atipicidad del contrato de Factoring, pero manteniendo el carácter de contrato de colaboración, está la postura de Cassandro.

Según esta autora, el elemento constante de la actividad desarrollada por el Factor es su colaboración en la gestión financiera, comercial y administrativa de la empresa, la cual es configurada como una verdadera prestación (229).

Considera esta autora que el contrato de Factoring es reconducible a la categoría de los contratos de colaboración en la gestión empresarial (230), no siendo una objeción a tal calificación la existencia de la facultad de aprobación, ya que el rechazo de un crédito, conforme a esta tesis, necesita un fundamento objetivo y, además, esta opinión tiene otra consecuencia importante, ya que permite fundamentar la responsabilidad del Factor cuando de su actividad de gestión se derive un daño al cliente, por causa imputable al Factor (231).

La opinión hasta ahora expuesta concluye en la calificación del contrato de Factoring como un contrato de colaboración. Tal opinión es útil para resolver muchos de los posibles problemas, pero creemos que no puede aceptarse por varias razones.

En primer lugar, porque la calificación del contrato de Factoring como contrato de colaboración desconoce ciertos aspectos del contrato que no son susceptibles de ser calificados en los términos estrictos de colaboración. Hacemos referencia al servicio de garantía o al ser-

---

(229) CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, op. cit., p. 62. En igual sentido, vid. ROLIN, S.: *El Factoring*, Pirámide, Madrid, 1972, p. 11; FREDERICQ, B. L.: *Précis...*, op. cit., pp. 184 y 185. Extrañamente en la Doctrina alemana y en este sentido EHLING, H.: *Zivilrechtliche probleme des vertraglichen Ausgestaltung des inland-Factoring-Geschäfts in Deutschland*, Berlín, 1977, pp. 203 y 204, quien afirma que se trata de un «Geschäftbesorgungsvertrag».

(230) En este sentido está la mayor parte de la doctrina española, cfr. GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho mercantil*, Vol. II, Madrid, 1983, pp. 128 y 129; URÍA, R.: *Derecho mercantil*, Madrid, 1985, p. 572; BROSETA, PONT M.: *Manual de Derecho mercantil*, Tecnos, 1985, pp. 434 y 435. En contra y calificando el contrato como un contrato de financiación, VICENT CHULIA, F.: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Tomo II, Valencia, 1982, pp. 366 y 367. Intentando un «*Tertium Genus*» y afirmando que se trata de un contrato de gestión financiera, vid. IGLESIAS PRADA, J. L.: *Derecho mercantil*, II, Dir. por A. MENÉNDEZ, UNED, Madrid, 1982, pp. 92 y ss.

(231) CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, op. cit., p. 63. Iguales consecuencias están fundamentadas en otras tesis en torno a la función que cumple el Factoring, ad ex., GLOMB, P.: *Finanzierung...*, op. cit., pp. 78 y 79; SCHONLE, H.: *Bank Und Borsentrecht*, C. H. BECK, München, 1976, pp. 192, 193, 219 y 220.



vicio financiero, que so pena de dejar vacío de contenido el concepto, no pueden encuadrarse como «colaboración».

Por otra parte y como segunda razón, no puede calificarse al contrato de Factoring como contrato de colaboración ya que, el elemento caracterizador del concepto del contrato de colaboración, esto es, la gestión de los intereses de otro (232), no está presente en el contrato de Factoring, ya que el Factor actúa siempre en interés propio, como verdadero titular de los créditos (233).

En definitiva, hay que concluir que el Factoring no presenta ni una «*causa mandati*» que afirmara su tipicidad, ni un carácter de contrato de colaboración que lo incluyera dentro de una de las categorías tradicionales en la Doctrina mercantil, sino que su atipicidad va más allá, aun cuando desde un punto de vista económico, pero también parcial, presente el resultado propio de un contrato de colaboración (234).

##### 5. «*Echtes*» y «*unechtes Factoring*»

Por su parte, en la doctrina alemana se afirma mayoritariamente que según el Factor preste o no una «*Delkrederefunktion*» o servicio de garantía por la insolvencia de los deudores, puede distinguirse entre el «*echtes*» y el «*unechtes Factoring*» (235). El «*echtes*» Facto-

(232) En sentido estricto no hay un concepto técnico-jurídico de la categoría de «contrato de colaboración», ya que su empleo es en función de su significado económico. Sin embargo, puede pensarse que el elemento caracterizador de tal categoría es la gestión de un interés ajeno (BROSETA, M.: *Manual...*, *op. cit.*, p. 434), bien de un modo directo, bien mediante la realización del propio interés en lo cual está «interesada» la otra parte del contrato de colaboración.

(233) Cosa distinta es que, como consecuencia de la actuación del Factor en su propio interés, se colabore, en sentido puramente económico y más amplio que el concepto jurídico caracterizado anteriormente, con el cedente.

(234) Otros autores, SPINELLI, M., y GENTILE, G.: *Diritto Bancario*, Cedam, Padova, 1984, p. 324, consideran que hay dos modelos básicos de Factoring, ya que se da una variedad de esquemas causales en función de la existencia del anticipo y que son reconducibles a una «*locatio operis*», más un contrato de financiación. Tal opinión, creemos que incurre en varios de los errores advertidos en este trabajo, en especial, por concluir en una pluralidad contractual, calificar al contrato como contrato de colaboración, etc., aparte del error que supone afirmar la tesis del contrato de financiación.

(235) Vid. SERICK, R.: *Die Factoring-Zession*, en «ZHR», 1979, pp. 68 y ss.; *idem: Rechtsprobleme...*, *op. cit.*, pp. 425 y ss.; *idem: Eigentumsvorbehalt...*, *op. cit.*, pp. 549 y ss.; *idem: Neure Entwicklungen...*, *op. cit.*, pp. 845 y ss.; LOFFLER, W.: *Begriff und Arten des Factoring*, en «BB.», núm. 22, 1967, pp. 1304 y ss.; REISCHAUER, D.: *Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession im Rahmen eines Factoring Vertrages*, en «BB.», núm. 19, pp. 913 y ss.; TEUBNER, G.: *Der Factoring Vertrag*, Jus núm. 12, 1972, pp. 261 y ss.; CANARIS, C. W.: *Bankvertragsrecht*, *op. cit.*, pp. 856 y ss.; *idem: Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Forderungseinziehung durch Banken*, en «NJW», núm. 34, 1981, pp. 249 y ss.; LAMBSDORFF, H. G.: *Unechtes Factoring-Globalzession: Viele Fragen sind noch offen*, en «BB.», núm. 37, 1982, pp. 336 y ss.; MONTENBRUCK, A.: *Das Verhältnis des Factoring Geschäfts zum Kreditwesenge-*

ring, o aquel contrato de Factoring en que el Factor asume el riesgo de la insolvencia de los deudores de los créditos, viene calificado como «Forderungskauf» o compraventa de créditos (236). Si, por el contrario, el Factor no asume tal riesgo («unechtes Factoring»), el contrato es calificado como «Kreditgeschäft» (237).

Donde ya no se da tanta unanimidad es en la calificación de la causa de la atribución cuando se trata del supuesto de «unechtes» Factoring, ya que para algunos autores (238) se trata de una cesión con finalidad de garantía, mientras que otros (239) resuelven el problema en los términos de una *datio in solutum* (240).

Sin embargo, creemos que no puede compartirse esta tesis mayoritaria entre los autores alemanes, ya que presenta las insuficiencias vistas anteriormente respecto a la calificación en términos de compraventa o como contrato de crédito, aparte de no explicar correctamente cuál es la causa de la atribución patrimonial.

Pero justo a estos aspectos negativos, también pueden hacerse otras consideraciones críticas que fundamentan el rechazo de tal opinión. En este sentido, se ha manifestado (241) que tal construcción es artificiosa y conduce a la dudosa conclusión de que si el Factor, con un fundamento objetivo, revocara la aprobación concedida, se produciría una mutación del contrato.

El argumento más importante que lleva a entender esta tesis del «echtes» y «unechtes» Factoring como no admisible en nuestro Derecho, es aquel que atiende al fundamento de tal distinción, esto es, a la existencia o no de la «Delkrederefunktion». La configuración de la cesión de créditos establece la responsabilidad del cedente por la «*veritas nominis*», pero no por la solvencia del deudor del crédito

---

*setz zum Rechtsberatung und zum Feuerbeordnung*, Monat, F. Deutsches Recht, 1971, pp. 541 y ss.; SCHONLE, H.: *Bank...*, op. cit., pp. 192 y 193; BETTE, K.: *Das Factoring-Geschäft*, Forkel, Stuttgart-Wiesbaden, 1973, pp. 51 y ss.; RODL, H.: *Rechtsfragen des Factoring Vertrags*, en «BB.», 1967, pp. 1301 y ss.; BLAUROCK, U.: *Die Factoring-Zession*, en «ZHR», 1978, pp. 325 y ss.; ROTH, G. H.: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, München, 1979, pp. 1140 y ss. STOPPOK, G.: *Der Factoring-Vertrag*, en AAVV, *Factoring Handbuch*, op. cit., pp. 100 y ss.; PETERS, W., y WIECHMANN, J.: *Die Sicherung des Eigentumsvorbehaltslieferanten gegen Benachteiligung durch echtes Factoring*, en «NJW», 49, 1985, pp. 2932 y ss.

(236) RODL, H.: *Rechtsfragen...*, op. cit., pp. 1301 y ss.; GLOMB, P.: *Finanzierung...*, op. cit., pp. 78 y ss.; SCHONLE, H.: *Bank und Börsenrechts*, op. cit., pp. 192 y 193; BETTE, R.: *Dás Factoring Geschäfts*, pp. 51 y ss.; BLAUROCK, U.: *Die Factoring-Zession*, op. cit., p. 340.

(237) Vid., por todos, CANARIS, C. W.: *Bankvertragsrecht...*, op. cit., pp. 856 y ss.

(238) SERICK, R.: *Rechtsprobleme...*, op. cit., pp. 425 y ss.

(239) GLOMB, P.: *Finanzierung...*, op. cit., p. 60; CANARIS, C. W.: *Bankvertragsrecht*, op. cit., pp. 856 y ss.

(240) La excepción a esta opinión mayoritaria que distingue entre el «echtes» y el «unechtes» Factoring, es la tesis de EHLING, H.: *Zivilrechtliche...*, op. cit., pp. 203 y ss., quien afirma el carácter de «Geschäftbesorgungsvertrag» del contrato de Factoring, considerando aplicables las normas propias de este tipo de contratos, en especial el par. 625 BGB.

(241) CARNEVALI, U.: *Struttura...*, op. cit., pp. 105 y 106.

cedido, la cual procede por pacto o por insolvencia anterior y pública del deudor. Esta normativa y configuración es aplicable a todo supuesto de cesión onerosa, con independencia de si su causa se resuelve en términos de garantía, venta, *datio in solutum*, etc. El hecho de la asunción del riesgo de la insolvencia del deudor del crédito cedido por el cesionario no añade nada nuevo ni es razón suficiente que justifique una distinta consideración de la causa de la cesión, es decir, del contrato de Factoring, según que exista o no esa «Delkrederefunktion» (242).

En definitiva, creemos que ha de concluirse afirmando que la existencia o no del servicio de garantía que desarrolla el Factor no es fundamento suficiente que justifique una dualidad en la calificación del contrato de Factoring (243).

## 6. Otras opiniones

Otras opiniones en torno al problema de la causa y de la calificación del contrato son las tesis defendidas por Carnevali y Capotosti.

Según Capotosti (244) el Factor no cubre ningún riesgo ajeno, sino que actúa en nombre propio como titular de los créditos. La causa de la atribución (causa de la cesión) así como la causa del contrato es una causa genérica y constante, representada en el interés de la circulación del crédito (245).

Bajo esta opinión parece que subyace la opinión de Pannucio en torno a la cesión de créditos, en el sentido de entender que, en general, la cesión es un negocio jurídico con una causa genérica constante (transmisión del crédito) y una causa específica variable (246).

La postura expuesta no puede compartirse porque su quiebra está, precisamente, en su fundamento, esto es, en la caracterización de la causa de la cesión. Y a esta conclusión se llega si se recuerda cómo la cesión no es, en sentido propio, un negocio, sino el efecto —la transmisión del crédito— de otro negocio que es causa de tal transmisión (247). Pero además, no puede entenderse la validez de la tesis

(242) CASSANDRO, B.: *Colaborazione...*, *op. cit.*, p. 54.

(243) PERLINGIERI, P.: *Cessione dei crediti*, *op. cit.*, pp. 57 y s., citando y siguiendo la tesis de MONTENBRUCK («*Das Verhältnis...*, *op. cit.*, pp. 541 y ss.), mantiene, dentro de la doctrina italiana, una doble calificación del contrato en función de la asunción del riesgo de insolvencia por parte del Factor («*Delkrederefunktion*»).

(244) CAPOTOSTI, R.: *Assicurazione del credito e Factoring*, *Ass.*, 1, 1972, pp. 532 y 535.

(245) CAPOTOSTI, R.: *Assicurazione...*, *op. cit.*, p. 530.

(246) PANNUCIO, V.: *Cessione dei crediti*, en «*Enc. Dir.*», Vol. VI, Giuffré, Milán, 1960, pp. 846 y ss.; *idem*: *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Giuffré, Milán, 1955, en especial pp. 15 y ss.

(247) Cfr. Art. 1.528 C.c.

ahora criticada, porque de entender esa causa genérica, carecería de sentido la prestación del servicio de gestión, y, muy difícilmente, el de garantía.

Por su parte, el Profesor Carnevali entiende que el Factoring, en su aspecto de duración y operación sistemática por un cierto tiempo, que afecta a todos los créditos de la empresa frente a terceros, aparece, en toda su atipicidad, como un contrato de liquidez, por un lado, y como un contrato atípico de garantía, por otro (248).

De esta manera, considera que es posible encuadrar al Factoring dentro de la categoría del contrato de liquidez defendida por Ferro-Luzzi (249), a quien cita. Sin embargo, Ferro-Luzzi no califica el objeto de su trabajo —el descuento bancario— como contrato de liquidez, sino como contrato de crédito, y utiliza el calificativo de «liquidez», no como una categoría contractual distinta, sino como una característica propia dentro del carácter común del contrato de crédito, que permite diferenciar el descuento del mutuo (250). De esta manera, parece que Carnevali deja el problema justo donde empieza, ya que, al hablar de contrato de liquidez, indica que la finalidad buscada por las partes es la liquidez mediante un contrato atípico, el Factoring. Podría pensarse que de este modo se resuelve el problema de la función y calificación del contrato, sin embargo, no parece que sea así, ya que, de seguir la opinión de Ferro-Luzzi, se llegaría a la conclusión de que el Factoring es un contrato de crédito, con la característica de la «liquidez», lo cual, como ya vimos, no es correcto.

Además, parece tener razón Cassandro (251), cuando afirma que tal opinión —salvo que se entienda como anteriormente hemos indicado, lo cual es erróneo— no plantea ninguna utilidad ni consecuencia práctica y puede ser un elemento distorsionador en la calificación del contrato, aun cuando suponga un intento valioso de explicar esta figura.

Respecto al carácter atípico de garantía hay que manifestar que, con un mínimo de rigor jurídico, no puede calificarse al contrato de Factoring como tal ya que la estructura es la inversa al esquema básico de un contrato de garantía. Aquí no hay un deudor cuyo cumplimiento asegura un tercero extraño a la relación entre el acreedor y el deudor, sino que el acreedor transmite su crédito a un tercero, asumiendo por pacto el riesgo de que el deudor incumpla su obligación.

---

(248) CARNEVALI, U.: *Struttura...*, op. cit., pp. 109 y 110; *idem: I problemi giuridici del Factoring*, en «Le operazioni bancarie», dir. por G. B. PORTALE, Vol. II, Giuffré, Milán, 1978, p. 816; *idem: I problemi giuridici del Factoring*, en «Riv. Dir. Civ.», I, 1978, p. 315; *idem: Il problema del Factoring*, en «Tipicità e atipicità nei contratti, Quad. Giur. Comm.», núm. 53, Giuffré, Milán, 1983.

(249) FERRO-LUZZI, P.: *Lo Sconto Bancario*, en «Riv. Dir. Comm.», I, 1977, p. 149.

(250) FERRO-LUZZI, P.: *Lo Sconto...*, op. cit., pp. 147-149.

(251) CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, op. cit., p. 61.

Por último, hay que señalar que la postura de Carnevali no resuelve el problema de la función y calificación del contrato, ya que sólo parece atender a determinados aspectos, garantía y financiación, desconociendo la prestación de un servicio de gestión, así como el dato de la articulación compleja de tales servicios.

Una última opinión mantenida en torno a este problema, es la de Phelps (252), posteriormente defendida por De Angeli (253). Según estos autores, la función del contrato es la de asegurar el riesgo de insolvencia del deudor del crédito cedido, por lo que la causa del contrato de Factoring será la traslación de tal riesgo del cedente al cesionario o Factor. En definitiva, se está considerando funcionalmente al Factor como un asegurador y al contrato de Factoring como un seguro de crédito (254).

Prescindiendo de otras consideraciones críticas que llevan a rechazar tal afirmación sobre la causa del contrato, en especial el desconocimiento del resto de servicios, así como su articulación compleja, puede centrarse la discusión en torno al servicio de garantía que presta el Factor y su pretendida proximidad al contrato de seguro de crédito (255).

En este sentido, y afirmando su distinción, se ha manifestado que no es lo mismo la indemnización por la pérdida definitiva del crédito que el resultado económico de la garantía por la insolvencia del deudor en la cesión de créditos (256).

Por otra parte, hay que tener presente que la causa del seguro de crédito es la eliminación del daño consistente en la definitiva disminución patrimonial del valor del crédito (257), pero no la asunción del riesgo de insolvencia del deudor. En este sentido, y afirmando la diferencia entre ambas figuras, se ha manifestado que el concepto de insolvencia en el seguro de crédito ha de ser susceptible de una valoración en términos de daños que justifique la subsiguiente indemnización (258), mientras que en el contrato de Factoring, la insolvencia queda configurada como la falta de un cumplimiento puntual por parte del deudor (259).

---

(252) PHELPS, W. C.: *The role of Factoring in modern business finances*, en «Commercial credit Co.», Baltimore, 1956, pp. 64 y ss.

(253) DE ANGELI, S.: *Il Factoring*, Resp. núm. 10, octubre, 1965, pp. 1903 y ss.

(254) Sobre el concepto de seguro de crédito vid., por todos, GARRIGUES, J.: *Contrato de Seguro Terrestre*, 2.ª ed., Madrid, 1983, pp. 324 y ss.; OLIVENCIA, M.: *Seguros de Caución, Crédito, responsabilidad civil y reaseguro*, en «Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro», CUNEF, Madrid, 1982, pp. 884 y ss.

(255) Sobre su distinción vid. CAPOTOSTI, R.: *Assicurazione...*, op. cit., pp. 511 y ss.

(256) CAPOTOSTI, R.: *Assicurazione...*, op. cit., p. 517.

(257) DONATI, A.: *Trattato del Diritto della assicurazioni private*, Vol. III, Giuffrè, Milán, 1956, p. 294.

(258) DONATI, A.: *Trattato...*, op. cit., pp. 294 y 295.

(259) CAPOTOSTI, R.: *Assicurazione...*, op. cit., p. 520.

En conclusión, mientras el asegurador limita su prestación a la indemnización de los daños experimentados por el asegurado (260), en el Factoring se da una transmisión crediticia en favor del Factor, el cual desarrollará un complejo articulado de servicios.

## VI. FUNCION DEL CONTRATO Y DE LA TRANSMISION CREDITICIA. CALIFICACION JURIDICA. CONCLUSIONES

### 1. *Presupuestos*

Como cuestión previa en las posibles conclusiones en torno a la causa y función del contrato de Factoring, así como en su calificación jurídica, pueden hacerse una consideraciones previas que sitúan la cuestión objeto de debate.

Todas las opiniones hasta ahora examinadas pueden calificarse, en nuestra opinión, de unilaterales, ya que centran la atención en el instrumento de la cesión de créditos (tesis de la compraventa) o bien en alguno de los particulares servicios que presta el Factor (tesis del contrato de crédito o de financiación, tesis del contrato de colaboración, tesis del contrato de traslación del riesgo).

Ante esa unilateralidad de las concepciones examinadas parece necesario destacar el dato de la complejidad articulada de servicios que presta el Factor, lo cual induce, *prima facie*, a pensar que, si la causa es única, ésta ha de ser compleja. Pero también parece relevante un segundo dato, esto es, la existencia de la transmisión de los créditos bajo el régimen previsto para la cesión de créditos, ya que los servicios prestados por el Factor dependen de tal cesión, la cual los modaliza (261).

Teniendo presentes estas consideraciones previas, no hay duda en afirmar que el Factor desarrolla una multiplicidad y complejidad de funciones (262). Sin embargo, también puede afirmarse que tales fun-

---

(260) TIRADO SUÁREZ, F. J.: *Ley del Contrato de Seguro. Comentarios al Código de Comercio y Legislación especial*, Tomo XXIV, Vol. II, comentados por F. SÁNCHEZ CALERO Y F. J. TIRADO SUÁREZ, Edersa, Madrid, 1985, p. 449.

(261) BLAUROCK, U.: *Abtretungsausschluss und Factoring*, en «AAVV, Factoring Handbuch», *op. cit.*, pp. 123 y ss.

(262) BISCOE, P.: *Law and Practice of Credit Factoring*, *op. cit.*, pp. 3 y ss.; FORMAN, M., y GILBERT, J.: *Factoring and Finance*, Heinemann, Londres, 1976, pp. 82 y ss.; BECKER F.: *Factors. Developpment, practiques and financing by Banks*, New Brunswick, junio, 1951, pp. 46 y 47; SALINGER, F. R.: *Modern Factoring of law*, Lloyd's Mar. Comm. LQ., 1977, p. 184; BERMÚDEZ RUIZ, E.: *Factoring*, en «Ec. Finc. Esp.», núm. 8, 1965, pp. 62; MEUTERMANS, J.: *La pratique du Factoring*, en «Rev. Banque», 1969, pp. 525 y 526; SSSUSFELD, L.: *Le Factoring*, en «PUF», París, 1968, pp. 1 y ss., 55 y 56; ROLIN, S.: *El Factoring*, *op. cit.*, pp. 11, 90 y 91; DHAeyer, B.: *L'affacturage en Droit belge*, en AAVV, *La transmisión des obligations*, *op. cit.*, pp. 408 y 409; LIBONATI, B.: *Rechtliche Gesichtspunkte des Factoring in Italien*, en AAVV, *Factoring Handbuch*, *op. cit.*, pp. 157 y 158.

ciones responden a un proceso de especialización y descentralización funcional de la actividad empresarial, de tal manera que el Factor entra en tal actividad, sustituyendo al empresario en una fase de la empresa (263). En este sentido se ha manifestado que el Factor ofrece a su cliente la organización (y la fuerza) de una gran empresa en punto a la contabilidad y cobro de los créditos, e indirectamente de investigación de mercado. La pequeña y mediana empresa que recurre al Factoring tiene de esta manera una simplificación de su organización empresarial. Por todos estos servicios, como es obvio, el Factor recibe una retribución. Pero el Factoring puede presentar dos posibles variantes que bajo el perfil económico le atribuyen connotaciones particulares: a veces, el Factor se hace cargo del riesgo de insolvencia del deudor, y, en otras ocasiones, concede una financiación. En definitiva, el Factor asume la función de organizar un sector de la actividad empresarial del cliente, aligerando al empresario de las cargas que no son típicas, desde un punto de vista funcional, de la producción de bienes o servicios en que se caracteriza su intervención en el mercado (264).

También hay que advertir que dentro de esa multiplicidad de funciones que desarrolla el Factor, algunos de los servicios prestados son eventuales aunque típicos, en particular, la asunción del riesgo de insolvencia que se somete a condiciones objetivas en el contrato, y el anticipo, en cuanto que se actúa por la voluntad de las partes en la forma prevista en el contrato (265).

Por otra parte, hay que afirmar el carácter instrumental que por voluntad de las partes presenta la cesión de créditos, en cuanto mecanismo que persigue ordenar la transmisión crediticia al logro de un fin más amplio (266) y complejo, que evita centrar la atención de modo unilateral en uno u otro servicio (267). En este sentido, hay que afirmar que el sinalagma contractual va individualizado entre la prestación de unos servicios por parte del Factor y el pago de una retribución por parte del cliente. Para conseguir la realización de los fines perseguidos por las partes, se realiza la cesión de créditos que representa, por tanto, no el fin a que las partes tienden, sino sólo el medio adoptado para conseguir el resultado programado. De ahí que pueda definirse la cesión como acto en cierto sentido «indiferen-

(263) FORMAN, M., y GILBERT, J.: *Factoring and Finance*, op. cit., pp. 1 y ss.; SANTANGELO, I. A.: *Il Factoring*, en «Dir. Fall.», I, 1975, pp. 205 y 206; LIBONATI, B.: *Il Factoring*, en «Riv. Dir. Comm.», I, 1981, pp. 321, 323 y 324.

(264) LIBONATI, B.: *Il Factoring...*, op. cit., p. 321.

(265) MEUTERMANS, J.: *Le Factoring*, op. cit., pp. 525 y 526; ROLIN, S.: *El Factoring*, op. cit., pp. 90 y 91; LIBONATI, B.: *Il Factoring...*, op. cit., pp. 321 y 327.

(266) ZUDDAS, G.: *Il contratto...*, op. cit., pp. 176 y ss.; GERBIER, J.: *Le Factoring*, Dunod, París, 1970, pp. 61 y 62; LIBONATI, B.: *Il Factoring*, op. cit., p. 322.

(267) «Es inexacta, por cuanto es parcial y fragmentaria, la visión del fenómeno que identifica la finalidad del contrato con uno de sus aspectos funcionales, que como se indicó son múltiples.» ZUDDAS, G.: *Il Contratto...*, op. cit., p. 179.

te», ya que los créditos se ceden por su valor nominal, pero, en realidad, la operación tiene una función instrumental de carácter esencial, constituyendo el soporte sobre el que se coloca, especificándose, la causa del Factoring (268).

La conclusión parece evidente. Si la función del contrato no puede entenderse de un modo fragmentario, en cuanto referido a uno u otro aspecto de esa funcionalidad compleja que desarrolla el Factor, hay que concluir que la función es única, pero también articulada y compleja (269). Es articulada porque permite una variedad de posibilidades funcionales, pero también es compleja en cuanto que tal carácter se deriva de la previsión, contenida en el propio contrato, de una variedad de posibles servicios o prestaciones del Factor (270).

El carácter complejo pero unitario de la causa no plantea problemas de admisibilidad, toda vez que tiene una cobertura en el principio de la autonomía de la voluntad, sancionado en todo ordenamiento (271). Este carácter complejo de la causa es el que permite entender un cierto carácter «cambiante» de la misma, entendido como realización de resultados variables o aptitud para producir las diversas y posibles «funciones» (272).

## 2. El contrato de Factoring como «contrato con causa compleja»

Partiendo de esta caracterización de la causa como compleja y variable, algunos autores han intentado la calificación del contrato, llegando a distintos resultados.

En este sentido, Libonati parte en su estudio de una doble premisa: el carácter complejo y variable de la función desarrollada por el Factor y el dato de que tal función responde a un proceso de descentralización empresarial (273).

Con fundamento en tales presupuestos, entiende este autor que el contrato de Factoring es un contrato atípico cuyo objeto es, en su esquema mínimo, la organización y ejecución de servicios, en par-

(268) ZUDDAS, G.: *Il contratto...*, *op. cit.*, pp. 176 y 177.

(269) MIRAGLIA, L.: *Il Factoring*, Pirola, Milán, 1982, p. 29; FOSSATI, G., y PORRO, A.: *Il Factoring*, 3.ª ed., Giuffrè, Milán, 1985, pp. 169 y 170; SANTANGELO, I. A.: *Il Factoring...*, *op. cit.*, p. 215; ZUDDAS, G.: *Il Contratto...*, *op. cit.*, p. 179; FONTANA, F.: *Società finanziarie, Banche e Factoring...*, en «Bancaria», 1972, p. 142; CARDARELLI, A.: *Ricerca...*, *op. cit.*, pp. 215, 220 y 221.

(270) ZUDDAS, G.: *Il Contratto...*, *op. cit.*, p. 179.

(271) FOSSATI, G., y PORRO, A.: *Il Factoring...*, *op. cit.*, p. 170, en relación al Art. 1.322 C.c. italiano. En Derecho español, cfr. Art. 1.255 C.c.

(272) FOSSATI, G., y PORRO, A.: *Il Factoring...*, *op. cit.*, p. 172; ZUDDAS, G.: *Il Contratto...*, *op. cit.*, p. 181; CARDARELLI, A.: *Ricerca...*, *op. cit.*, pp. 220 y 221. Calificando la causa del contrato como «compleja», vid. Sts. Trib. Bolonia, 15 de marzo de 1985, publicada y comentada por I. BUGANI, LNGCC, 1985, pp. 473 y ss.

(273) LIBONATI, B.: *Il Factoring...*, *op. cit.*, pp. 321 y 323.



ticular, de la contabilización, gestión y cobro incluso contencioso de los créditos de una empresa, de tal manera que, en una dimensión dinámica y funcional, la operación logra el resultado de que corra a cargo del Factor esa fase de la actividad empresarial que consiste en la actividad descrita. Por su parte, la cesión tiene su origen, lógica y económicamente, en esta relación de base y se desarrolla jurídicamente para realizar tal relación. La cesión se realiza para que el crédito sea gestionado, contabilizado y cobrado por el Factor, para luego ser entregado su importe al cedente con el descuento de la remuneración del Factor (274).

Concluye este autor calificando al contrato de Factoring como contrato de empresa y contrato de organización (275).

Cabe ahora plantearse el alcance de la calificación dada por Libonati, así como valorar su acierto. En este sentido, parece que han de matizarse algunos extremos.

Por supuesto, el carácter de contrato de empresa que presenta el Factoring, está fuera de duda (276). Sin embargo, mayores dudas plantean dos extremos de la tesis de este autor, como son la consideración de la causa de un «esquema mínimo» y la calificación del contrato como contrato de «organización».

Respecto al primer aspecto, esto es la consideración de un esquema mínimo del contrato de Factoring, parece contradecir el carácter complejo de la causa que anteriormente se afirmó. No puede calificarse como tal el servicio de gestión, ya que tal servicio se da en articulación con otros servicios, el de garantía y el financiero, que, al menos en cuanto posibilidad prevista en el contrato, desarrolla el Factor. Por eso, parece preferible hablar de un esquema o aspecto constante de la causa, como referencia al servicio de gestión, pero no cabe una consideración del mismo como «esquema mínimo». De hecho, en la práctica nunca existe aislado tal servicio, sino que el mismo se acompaña, y se inserta, dentro de la complejidad funcional, aun cuando sólo sea a nivel de previsión contractual, desarrollada por el Factor. Es decir, los distintos servicios que presta el Factor pueden tener una mayor o menor intensidad o voluntad de las partes, pudiendo incluso ser inexistentes, sin que el contrato venga a menos en su configuración unitaria y compleja (277).

(274) LIBONATI, B.: *Il Factoring...*, *op. cit.*, p. 322.

(275) LIBONATI, B.: *Il Factoring...*, *op. cit.*, pp. 323 y 324.

(276) Se trata de un contrato de empresa porque «un empresario se obliga a prestar determinados servicios, articulando y desarrollando una cierta fase de la actividad de la empresa, que si no debería realizar el empresario cliente en su propio nombre. Su conexión al fenómeno de la empresa es doble: el Factor se configura como empresario y, por otra parte, el objeto del contrato es una actividad de empresa, en cuanto afecta esencialmente a la organización de una fase de la actividad empresarial del cedente», LIBONATI, B.: *Il Factoring...*, *op. cit.*, p.324.

(277) CARDARELLI, A.: *Ricerca...*, *op. cit.*, p. 215. En igual sentido y proponiendo el calificativo de «constante» en vez del de «mínimo», ZUDDAS, G.: *Il contrat-*

Por otra parte el calificativo de contrato de organización plantea también otras dudas, ya que, en sí mismo no representa una calificación del contrato, sino la indicación de que el fenómeno responde a ese proceso de especialización y descentralización funcional de la actividad empresarial. De hecho, de la lectura del trabajo de este autor, parece derivarse una identificación, o al menos una proximidad, del concepto de «organización» con el de contrato de colaboración, con todas las consecuencias que anteriormente se examinaron.

Por estas razones, parece más conveniente rechazar ese calificativo de «contrato de organización» para el Factoring, manteniendo de un modo más nítido el carácter unitario, articulado, complejo y variable de la causa del contrato. Unitario, en cuanto que la causa del contrato es única, sin que sea obstáculo la pluralidad de funciones que puede desarrollar el Factor. Articulado y complejo, por la previsión de conjunto armónico de prestaciones a realizar. Y variable, porque de la propia complejidad de la causa se deriva su aptitud para la realización de diversas funciones y resultados.

Respetando estos caracteres de la causa del contrato, se ha manifestado que el propio contrato prevé dos esquemas funcionales: uno, que es constante, es el gestorio; el segundo, variable, es el asegurativo o el crediticio (278). Esta opinión del Profesor Zuddas parece ser compartida por otros autores que mantienen la complejidad de la causa, como Fossati y Porro (279) o Cardarelli (280).

Conforme al carácter complejo de la causa se ha entendido que el Factoring es un contrato complejo en cuanto que en el mismo se da una conmixión de elementos de negocios típicos que forman esa causa única, aunque compleja (281). De ahí que se afirme que todos esos elementos pueden tener un mayor o menor espacio en el contrato, según la voluntad de las partes o de alguna de ellas, como ocurre con el anticipo de dinero, y pueden incluso faltar sin que la relación venga a menos en su configuración unitaria (282). Por estas razones,

---

to..., *op. cit.*, pp. 166 y 170. De hecho, LIBONATI parece incurrir en una visión unilateral centrada en el servicio de gestión, ya que su caracterización como un «esquema mínimo» le lleva a no lograr la explicación coherente del resto de los servicios con la idea de causa compleja que mantiene, sino que reduce su explicación a la facilidad de que el Factor actúe como tal, prestando otros servicios. Sirva de ejemplo la siguiente cita: «En caso de necesidad de liquidez del cedente, el Factor, nuevo titular de los créditos, deviene lógicamente en un papel llamado a la financiación. El Factoring facilita, pero es neutro a esa posible financiación, la cual puede configurarse como mutuo, descuento, etc. Se da así una especial valoración del Factor como financiero, ya que no es extraño a la empresa, como ocurre en los supuestos habituales de financiación», *op. cit.*, p. 327.

(278) ZUDDAS, G.: *Il contratto...*, *op. cit.*, pp. 169 y 170.

(279) FOSSATI, G., y PORRO, A.: *Il Factoring...*, *op. cit.*, pp. 170 y 172.

(280) CARDARELLI, A.: *Ricerca...*, *op. cit.*, pp. 215, 220 y 221.

(281) FOSSATI, G., y PORRO, A.: *Il Factoring...*, *op. cit.*, p. 169; CARDARELLI, A.: *Ricerca...*, *op. cit.*, p. 215. En igual sentido, pero con consecuencias diversas, vid. MOLL DE MIGUEL, S.: *Note per...*, *op. cit.*, p.329.

(282) CARDARELLI, A.: *Ricerca...*, *op. cit.*, pp. 220 y 221.

y atendiendo al carácter complejo del contrato, se concluye que a tal complejidad de contenido contractual corresponde una unidad de causa más amplia que la de los singulares negocios que están presentes en el Factoring (283).

### 3. *A modo de conclusión*

Llegados a este extremo parece oportuno establecer unas conclusiones en torno al problema hasta ahora examinado. Para llegar a tales conclusiones, creemos que ha de partirse de una doble premisa, en cuanto constatación de dos hechos: el carácter instrumental de la cesión que modula la prestación, o prestaciones, del Factor, y la presencia de un conjunto articulado y complejo de servicios desarrollados por el Factor.

Conforme a esa doble premisa, creemos que ha de concluirse que la causa del contrato es una causa única, articulada, compleja y, dentro de su complejidad, variable. Por tanto, si la causa califica el contrato, hay que concluir en la calificación del Factoring como contrato complejo.

Pero esto requiere una explicación, ya que habrá que determinar el sentido y alcance que damos al calificativo de «complejo» referido al Factoring.

Para determinar tal alcance del término, puede ser válida una vía negativa, esto es, determinar previamente los aspectos presentes en tal categoría que no agotan el concepto. De esta manera, un dato relevante será la conceptualización como instrumental de la transmisión operada bajo el régimen de cesión de créditos, ya que no se trata de una compraventa crediticia, porque la retribución del Factor, no responde al concepto de precio (284). Junto al carácter instrumental de la cesión, hay que tener presente que si el Factor, en caso de anticipo, desarrolla una actividad financiera mediante la movilización de los créditos, puede entenderse como un financiador y, por tanto, calificar al contrato como contrato de crédito o de financiación. Pero como ya vimos, no cabe tal consideración del Factoring, porque aparte de ser una calificación unilateral, no explica aquellas otras prestaciones desarrolladas por el Factor que ni son reconducibles ni son conexas a la categoría predicada.

Pero tampoco puede afirmarse que el contrato de Factoring sea un contrato de colaboración (285). Esto es así, porque el Factor ges-

(283) CARDARELLI, A.: *Ricerca...*, *op. cit.*, pp. 220 y 221.

(284) Sobre el concepto de precio, vid. ALPA, G.: *Appunti sulla nozione di prezzo*, en «Giur. Comm.», I, 1982, pp. 621 y ss., en especial 622 y 623.

(285) En el sentido de contrato de «colaboración económica», categoría obtenida por contraposición a la del contrato de cambio. Vid. GARRIGUES, J.: *Tratado...*, To-

tiona un patrimonio propio y en interés propio, pero no desarrolla una «colaboración entre empresas», en cuanto que no puede apreciarse un fin común-medio («mezzo-scopo») representado por la gestión de los créditos objeto de la cesión, sino que las consecuencias económicas, y no bajo una estricta calificación jurídica, de la actividad del Factor, son similares a las propias de un contrato de colaboración entre empresarios (286).

Por otra parte, el Factor no es el destinatario de una supuesta traslación del daño patrimonial derivado de la insolvencia del deudor del crédito cedido, sino que cuando el Factor asume tal riesgo, por pacto en el contrato, el resultado económico de tal actividad, desde el punto de vista del cliente, es el mismo que el que se lograría con la concertación de un seguro de crédito, como supuesto típico de traslación del daño económico que aparece por la realización del riesgo de insolvencia del deudor.

De esta manera, nos encontramos con la necesidad de explicar todos los servicios, o mejor, todo un complejo de servicios que desarrolla el Factor, así como el carácter instrumental de la cesión. En esta situación, la única salida viable es la consideración de una causa contractual única, compleja, articulada y variable (287). De ahí que deba concluirse en una calificación del contrato complejo, en el sentido de tener elementos y lograr resultados económicos propios de otras categorías (financiación, colaboración, traslación del riesgo), fusionados en una unidad causal que individualiza tal categoría.

Pero según creemos, no puede afirmarse que tal calificación responda a una conmixión de elementos de negocios típicos o de negocios atípicos, sino a una combinación y fusión de prestaciones cuyos resultados económicos son los mismos que los que se lograrían me-

---

mo III, Vol. I, *op. cit.*, p. 96. Sobre el tema, y con amplias referencias bibliográficas, vid. DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A.: *Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor*, en «RDM», 1985, pp. 430 y 431 (en nota).

(286) Esta conclusión puede referirse a todos los componentes del servicio de gestión (contabilidad, cobro, etc.). El ejemplo que es el más próximo a la idea de colaboración económica, es el aspecto relativo a la información comercial que ofrece el Factor a su cliente como consecuencia del contrato de Factoring. En este caso, el Factor no ofrece una información directa sobre la solvencia y capacidad económicas de los adquirentes de bienes o servicios del cliente, sino que al determinar la prestación del servicio de garantía —asunción del riesgo de insolvencia de tales adquirentes— informa de un modo indirecto sobre tales extremos e, incluso, sobre la propia actividad empresarial del cedente.

(287) Esto lleva a explicar la causa de la atribución patrimonial (cesión de todos los créditos) considerando como tal al propio contrato de Factoring. Esto es así, porque la transmisión de un crédito encuentra siempre su explicación en una situación anterior, de tal manera que causa de atribución es aquella situación jurídica que autoriza al tributario, en este caso el Factor, para recibir el desplazamiento patrimonial, y será una disposición legal o un negocio jurídico. En este segundo caso, es todo el negocio jurídico la causa de la atribución.

diante la superposición contractual (288), de un modo unitario y complejo de tales negocios típicos (descuento o mutuo, seguro de crédito, mandato de cobro) (289).

## PRINCIPALES ABREVIATURAS UTILIZADAS

Anglo-American LR:	The Anglo-American Law Review.
Ar:	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia/Legislación.
Ass:	Assicurazioni.
B.:	Der Betriebs.
BB:	Der Betries-Berater.
BBTC:	Banca, Borsa e Titoli di Credito.
Banc:	Bancaria.
Banq:	Banque.
BGB:	Bürgerlichesgesetzbuch.
Bus. Law.:	The Bussines Lawyer.
C.c.:	Código civil.
C.com.:	Código de Comercio.
CLJCiv:	Colección Legislativa de España. Jurisprudencia civil.
Com. Cod. Civ.:	Comentario Codice Civile, a cura di A. Scialoja y G. Branca.
D.:	Decreto.
Dir. Fall.:	Il Diritto Fallimentare e delle società Commerciali.

(288) No puede negarse que el resultado económico global del contrato de Factoring responde a ese proceso, indicado anteriormente, de descentralización y especialización empresarial. Pero, también, y desde el punto de vista financiero, el Factoring responde a esa evolución de las relaciones entre el financiero y el beneficiario de la financiación caracterizado por la estabilidad de la relación de financiación, la prestación conexas de unos servicios no financieros, así como por la realización de tal actividad financiera, mediante la movilización de los créditos. Sobre este proceso vid. CAS-SANDRO, B.: *Collaborazione...*, *op. cit.*, pp. 4 y ss.

(289) Si se entendiera una estructura plural del contrato de Factoring no variaría la calificación que proponemos. La relación entre el contrato de Factoring y los posteriores acuerdos de cesión se daría en los términos de un supuesto especial de negocios coligados, ya que serían contratos estructuralmente autónomos, pero tal autonomía no sería funcional. Se trataría de una coligación no negocial, sino «in re ipsa», como algo esencial de la operación con fundamento en la funcionalidad, única y compleja, que ha de realizarse. Los distintos negocios que componen esa pluralidad estructural carecerían de sentido en una consideración aislada.

De esta manera, al perfeccionarse la cesión se especificaría una de las posibles variaciones funcionales del contrato. Por ello, los negocios de ejecución tienen una «*causa solvendi*», ya que no son más que la ejecución del contrato de Factoring. De este modo, el acto de cesión es un negocio de pura transmisión cuya causa es externa y se individualiza en el contrato de Factoring, donde tiene su justificación y disciplina. Esta es la opinión, creemos que correcta, de ZUDDAS, G.: *Il contratto...*, *op. cit.*, pp. 192, 193 y 204.

Diz. Dir. Priv.:	Dizionario del Diritto Privato (Giuffrè).
Ec. Cred.:	Economía e Credito.
Ec. Finc. Esp.:	Economía Financiera Española.
Enc. Dir.:	Enciclopedia del Diritto (Giuffrè).
Giur. Comm.:	Giurisprudenza commerciale, società e Fallimento.
Imp. Am. Pub. Amm.:	Impresa, ambiente e pubblica amministrazione.
JCP:	Iuris Classeur periodique.
Jus:	Juristische Schulung.
LH:	Ley Hipotecaria.
LNGCC:	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata.
Lloyd's Mar. Comm. L. Q.:	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quaterly.
MONAT. DEUTSCHES RECHT.:	Monatschrift für Deutsches Recht.
NJW:	Neue Juristische Wochenschrift.
Nuova. Riv. Dir. Comm.:	Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia e Diritto Sociale.
OM:	Orden Ministerial.
RDBB:	Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
RDFHP:	Revista de Derecho financiero y Hacienda pública.
RDM:	Revista de Derecho Mercantil.
RDN:	Revista de Derecho Notarial.
RDP:	Revista de Derecho Privado.
RGD:	Revista General de Derecho.
RGLJ:	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
Rass. Dir. Civ.:	Rassegna di Diritto Civile.
Rep. Dr. Comm.:	Repertoire Droit Commercial (Dalloz.).
Rev. Banque:	Revue de Banque (Bruselas).
Rev. Dr. Com. Obligons:	Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones.
Risp.:	Il Risparmio.
Riv. Crit. Dir. Priv.:	Rivista Critica del Diritto Privato.
Riv. Dir. Comm.:	Rivista del Diritto Commerciale.
Riv. Dir. Civ.:	Rivista di Diritto Civile.
Riv. it. Leasing:	Rivista italiana del Leasing.
Riv. Soc.:	Rivista delle Società.
STS:	Sentencia.
TS:	Tribunal Supremo.
Tratt. Dir. Civ. it.:	Trattato di Diritto Civile italiano, a cura di F. Vasalli.
UCCLJ:	Uniform Commercial Code Law Journal.
ZHR:	Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftrecht.



# Sobre los contratos de integración vertical en la agricultura

Por EMILIO BELTRAN

Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid

## I. INTRODUCCION

Con el nombre de *contrato para siembra* un empresario envasador de productos agrícolas entrega semillas de una determinada calidad a varios productores agrícolas al objeto de que éstos las siembren en sus propias fincas, comprometiéndose a entregar al empresario la cosecha íntegra, que éste debe aceptar y pagar a un precio predeterminado, siempre que los productos tengan la calidad previamente establecida (1). Se trata de un claro ejemplo, entre otros muchos posi-

---

(1) El clausulado del contrato es el siguiente:

Primero.—La empresa envasadora entrega al productor agrícola una cantidad determinada de kilogramos de alubia de una calidad específica como simiente para sembrar en una finca perfectamente delimitada.

Segundo.—El productor se compromete a no sembrar más alubias de esta misma variedad y a entregar la cosecha íntegra a la envasadora, dentro de los dos meses siguientes al día en que se haya realizado, según las disponibilidades de almacenamiento de la empresa.

Tercero.—La producción entregada a la envasadora por el productor deberá respetar las tolerancias de calidad que para cada variedad respectiva se especifican en el contrato: humedad máxima; máximo de granos manchados, sucios, secos o decolorados; máximo de impurezas y granos de tamaño inferior al mínimo fijado; máximo de granos de la misma coloración pero de diferente tipo comercial; máximo de granos de distinto color.

Caso de que la mercancía, según análisis de la envasadora, incumpla alguno de los porcentajes indicados, la empresa se reserva el derecho de resolver el contrato o bien de retirar la mercancía descontando del precio la parte proporcional en que excede más una cantidad por selección a mano, si ésta fuera necesaria.

Cuarto.—Siempre que las alubias objeto de este contrato cumplan los requisitos exigidos, la envasadora se compromete a retirarlas a un precio predeterminado en el contrato, descontando de la mercancía que entrega el agricultor la cantidad de kilogramos que se le entregaron como simiente. En el supuesto de que por alguno de los motivos indicados no se retire la mercancía, el agricultor queda obligado a pagar la semilla en metálico a un precio también predeterminado en el contrato y dentro de un plazo también especificado.

Caso de incumplimiento del contrato por parte del agricultor, éste queda obligado igualmente al pago de la semilla al precio y en el plazo indicados, reservándose además la envasadora el derecho de ejercitar otras acciones legales.



bles, de los denominados *contratos de integración vertical en la agricultura* o *contratos agroindustriales*, que constituyen, a su vez, una de las principales manifestaciones de la progresiva interrelación entre la producción agrícola y las empresas industriales o comerciales.

Los contratos de integración vertical en la agricultura todavía no han sido objeto de un suficiente análisis por la doctrina española, en contraste con las aportaciones científicas de otros países (2), y la jurisprudencia es escasa (3). Las referencias a estos contratos se producen con ocasión del análisis de la legislación sobre contratación de productos agrarios, que —como veremos— fija los principios de la llamada *economía contractual* con un fuerte intervencionismo estatal (4), pero sin agotar las fuentes de la integración vertical en la agricultura. Existe, además, cierta reticencia en la práctica a dotar de tipicidad social a estos contratos: en el caso antes planteado, el contrato se califica —de acuerdo con los moldes clásicos y con la normativa reguladora de los contratos entre empresarios agrícolas e industriales o comerciales— como una compraventa de cosa futura (vid. art. 1.271 del Código civil) (5).

Estas y otras razones justifican sobradamente un acercamiento a esta figura contractual, llamada a redimensionar el escaso papel desempeñado por la producción agrícola en el ámbito tradicional del Derecho mercantil (6).

---

(2) Para una primera aproximación al estudio de los contratos de integración vertical en la agricultura, vid. MEGRET, J.: *Droit agraire*, II, Paris, 1978, pp. 461 y ss.; CARROZZA, A.: *Problemi generali e profili di qualificazione del diritto agrario*, I, Milano, 1975, pp. 130 y ss.

El tema ha merecido, además, algunos estudios monográficos, destacando las aportaciones de MEGRET, J.: *Système contractuel et intégration en agriculture*, en «Rec. Dalloz-Sirey», 1965, chr. pp. 15-24; MARTIN, G. J.: *Les contrats d'intégration dans l'agriculture*, en «Rev. trim. dr. com.», 1974, pp. 1-62; BIVONA, G.: *I contratti di integrazione verticale in agricoltura*, Milano, 1979; JANNARELLI, A.: *Disciplina legale e prassi applicativa nei contratti di integrazione verticale in agricoltura: l'esperienza francese*, en «Riv. dir. agr.», 1981, I, pp. 327-393.

(3) Vid., por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de León, de 25 de junio de 1987, que resuelve un supuesto de incumplimiento del contrato para siembra (al que se hace referencia en la nota 1) por parte de los agricultores integrados.

(4) Cfr. SAINZ VÉLEZ, J. L.: *Nuevas formas de contratación agraria en España: los contratos de integración*, en «La Ley», VIII (1987), 2, pp. 1095-1099; AMAT, L.: *La legislación española sobre contratación de productos agrarios como medio de regulación del mercado* (comunicación presentada al XIV Congreso Europeo de Derecho Rural, Salzburgo, septiembre de 1987), en «Derecho Agrario y Alimentario», III (1987), pp. 7-18, especialmente, 8-9.

Antes de esa legislación, vid. una referencia en BALLARÍN MARCIAL, A.: *Comercialización agraria*, en «Estudios de Derecho agrario y política agraria», Madrid, 1975, pp. 791-832, en p. 813.

(5) Vid. Sentencia citada en la nota 3, que ante el incumplimiento por parte de los integrados de la obligación de entregar la cosecha pactada, falla la resolución del contrato de compraventa.

(6) Al mismo tiempo, y sin perjuicio de su calificación como contratos mercantiles (vid. *infra*, III, 2.3), los *contratos de integración vertical* ocuparán la posición que

## II. DELIMITACION DE LOS CONTRATOS DE INTEGRACION VERTICAL EN LA AGRICULTURA

### 1. Consideración general: las diferentes formas de integración de la producción agrícola

Con el término «integración», importado de la ciencia económica, se designan todas las posibles manifestaciones de coordinación en el ejercicio de actividades económicas (7). Acudiendo a clasificaciones elaboradas también por la ciencia económica, es habitual distinguir entre *integración horizontal*, si la unión empresarial tiene lugar en el seno de un único sector de producción o de comercio, e *integración vertical*, si se encuentran involucrados varios sectores del ciclo productivo o distributivo (8). A su vez, el proceso de integración puede partir de (o producirse en) cualquiera de los niveles —producción, transformación, distribución e, incluso, consumo— y puede dar lugar a una *integración total* —o, simplemente *integración*—, basada en la pérdida de autonomía de los participantes mediante el recurso a formas asociativas, o a una *integración parcial* —o cuasi-integración—, apoyada en uniones contractuales entre los participantes (9).

La producción agrícola no es ajena a ninguna de estas formas de integración. Junto a las tradicionales uniones horizontales, tanto de naturaleza *profesional*, en defensa de los intereses agrícolas generales —sindicatos, organizaciones profesionales, cámaras agrarias, etc.— como de carácter *empresarial*, que defienden un interés específicamente empresarial, a través de diversas formas sociales (10), se aprecia en las últimas décadas una tendencia renovadora de doble signo, dirigida, en todo caso, a facilitar, el acceso de los productores

---

les corresponde en el ámbito del *derecho agroalimentario* postulado por la doctrina agrarista [cfr. BALLARÍN MARCIAL, A.: *Del diritto agrario al diritto agroalimentario*, en «Riv. dir. agr.», 1984, I, pp. 204 y ss.; *Derecho agrario, Derecho alimentario, Derecho agroalimentario*, en «Derecho agrario y alimentario», I (1985), núm. 1, pp. 7-13].

(7) Se acoge así, deliberadamente, un concepto muy amplio del término. Un estudio de la *terminología* —variadísima— y de la *tipología* de las integraciones puede verse en VICENT CHULIA, F.: *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, 1971, pp. 125 y ss. Hay que advertir, necesariamente, que las distintas fórmulas de integración no suelen presentarse en estado químicamente puro, sino combinadas unas con otras.

(8) Un completo estudio de las fórmulas del *comercio integrado*, a cualquiera de sus niveles, puede verse en SANTINI, G.: *Il commercio (Saggio di economia del diritto)*, Bologna, 1979, pp. 117 y ss.

(9) Cfr., ampliamente, SANTINI, G.: *Ob. cit.*, pp. 231 y ss. Para algunos autores es la fórmula de *integración contractual* la única que jurídicamente debe merecer el nombre de integración: cfr. FARJAT, G.: *Droit économique*, Paris, 1971, pp. 146-147.

(10) Cfr. SANZ JARQUE, J. J.: *Asociacionismo agrario: organizaciones profesionales agrarias y Cámaras agrarias*, en «Derecho agrario y alimentario», II (1986), pp. 89-93, en p. 90; para una descripción de las formas asociativas, CALATAYUD, E.: *Asociacionismo agrario en España*, en «Derecho y Reforma Agraria», XIII (1983), pp. 197-222.

agrícolas al mercado (11). De una parte, el productor agrícola —o varios productores ya integrados en sentido horizontal— accede, cada vez con mayor frecuencia, a otras fases del ciclo productivo, llevando a cabo actividades de transformación y/o comercialización de los productos agrarios, incluso hasta el consumidor final. Ejemplos legislativos de esta tendencia los encontramos en la regulación de las *sociedades agrarias de transformación* (12) y de las *cooperativas agrarias* (13), si bien esos objetivos pueden cumplirse también con otras formas sociales, tanto civiles como mercantiles. Este tipo de integración vertical es el más idóneo para los agricultores, que se benefician de una mayor fuerza contractual y de las ventajas derivadas de su acercamiento al consumidor. Desde otro punto de vista, la actividad de transformación y/o comercialización es ya claramente una *actividad mercantil*.

De otra parte, se aprecia una progresiva interpenetración entre empresarios agrícolas y empresarios industriales o comerciales, que dan lugar a figuras de integración vertical tanto de estructura asociativa como estrictamente contractual. Si bien las fórmulas asociativas —creación o fusión de sociedades, formación de grupos, etc.— son las más convenientes, desde el prisma del productor agrícola, para cumplir los objetivos perseguidos con la integración vertical, el grave inconveniente de la pérdida de autonomía que lleva implícito su utilización determina un mayor recurso a fórmulas contractuales de cambio o de cuasiintegración (14).

---

(11) Son las transformaciones sufridas por el mercado agrícola en tiempos recientes las que explican estas nuevas fórmulas integradoras. Vid. la excelente panorámica dibujada por BALLARÍN MARCIAL, A.: *Comercialización agraria, passim*.

(12) Reguladas por el Real Decreto 1.776/1981, de 3 de agosto, y la Orden Ministerial de 14 de septiembre de 1982, las sociedades agrarias de transformación son «sociedades civiles de finalidad económico-social en orden a la producción, transformación y comercialización de productos agrícolas, ganaderos o forestales, la realización de mejoras en el medio rural, promoción y desarrollos agrarios y la prestación de servicios comunes que sirvan a aquella finalidad» (art. 1, Real Decreto 1.776/1981) (CABALLERO, J. M.<sup>a</sup>: *El objeto de las sociedades agrarias de transformación*, en «La Ley», IV (1983), 2, pp. 1212-1216). El propio Real Decreto favorece la asociación o integración de sociedades agrarias de transformación entre sí (*agrupación de sociedades agrarias de transformación*) o con sociedades o agrupaciones de su misma naturaleza (art. 9).

(13) La Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas contempla entre las actividades de cooperativas agrarias las relativas a la *manipulación, transformación, transporte, distribución y comercialización*, incluso directamente al consumidor, tanto de los productos procedentes de las explotaciones de la cooperativa y de sus socios (art. 133.2.b) como, con ciertas condiciones, de los productos agrarios procedentes de terceros (art. 134). En iguales términos se pronuncian las Leyes de Cooperativas de las Comunidades Autónomas.

(14) El fenómeno es muy similar al que se produce en el ámbito del comercio, a través de los contratos de concesión comercial, como alternativa a las rígidas formas asociativas: cfr. IGLESIAS PRADA, J. L.: *Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil*, en «Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría», Madrid, 1978, pp. 249-281; en pp. 254-259.

## 2. Las diversas formas contractuales de integración vertical. Los contratos de integración vertical en sentido estricto

Las fórmulas empleadas para realizar la integración contractual entre agricultores y empresarios mercantiles o industriales son muy variadas, pero pueden clasificarse en tres grupos que corresponden a diversos estadios del mercado agroalimentario (15).

En una primera fase, que no puede considerarse todavía superada, se concluyen simples *contratos de compraventa de cosecha futura*. Estos contratos, celebrados muchas veces verbalmente, prevén únicamente la obligación del productor agrícola de entregar la cosecha que obtenga y la obligación del empresario de pagar un precio. Se trata, en realidad, de contratos previos a los de integración, de *contratos de preintegración* (16), pues las partes sólo pretenden asegurarse, respectivamente, la comercialización y la adquisición de productos agrícolas, para lo cual recurren al instrumento jurídico típico de cambio.

El propio desarrollo del mercado agrícola lleva a la conclusión de contratos más complejos entre productores agrícolas y empresarios industriales o comerciales, dirigidos a la obtención por parte de éstos de productos agrícolas de una calidad predeterminada frente a una contraprestación en dinero. A tal fin, los empresarios industriales o comerciales entregan a los productores agrícolas algunos de los medios necesarios para realizar el cultivo y ejercen, en mayor o menor medida, un *control* sobre la producción agrícola. La esencia de estos contratos descansa —como se verá más adelante— (17) en la circunstancia de que el cambio de los productos agrícolas por un precio —es decir, la *compraventa*— constituye sólo el eslabón final de una cadena de obligaciones recíprocas de ambas partes en las que radica, precisamente, la integración. Se habla, por ello, de *contratos de integración vertical* (18).

La desigualdad entre las partes integradora e integrada que caracteriza a esos contratos explica el nacimiento de la *negociación colecti-*

---

(15) Naturalmente, las partes pueden recurrir a otras fórmulas legalmente previstas, como las sociedades de empresas, agrupaciones de empresas o uniones temporales de empresas en las que pueden participar los empresarios agrícolas, al amparo de la Ley 196/1963, de 28 de diciembre, sobre asociaciones y uniones de empresas, modificada y completada por la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas.

(16) Cfr. MARTIN, G. J.: *Les contrats d'intégration*, p. 10.

(17) Vid. *infra*, III, 1.

(18) En otras ocasiones, se utiliza la expresión «contratos agroindustriales»: cfr. BALLARÍN MARCIAL, A.: *Comercialización agraria*, p. 813; AMAT, L.: *La legislación española...*, p. 8; CONFORTINE, M.-ZIMATORE, A.: *Contratti agro-industriali*, en CARROZA, A.: *Diritto agrario*, en «Dizionario del diritto privato» (a cura di N. Irti), 4, Milano, 1983, pp. 207-234.

No obstante, parece preferible la expresión contratos de integración vertical, por su carácter más específico. No todos los contratos agroindustriales tienen por qué ser de verdadera integración.

va como último paso en la integración (19), cualitativamente diferente de los que hemos denominado contratos de integración vertical. La contratación colectiva —bajo la forma de acuerdos interprofesionales, acuerdos, colectivos, convenios de campañas, etc.— no es, en rigor, una fórmula de integración vertical contractual, sino un efecto de la misma: los contratos colectivos nacieron precisamente como una reacción de los agricultores frente a los abusos cometidos por las empresas integradoras en los contratos individuales (20), y vienen a cumplir dos funciones fundamentales: constituyen el cauce normativo al que han de someterse los contratos individuales entre empresarios agrícolas y empresarios mercantiles o industriales y fijan los controles —públicos o privados— a los que ha de someterse el cumplimiento de dichos contratos.

### 3. Los contratos de integración vertical y la legislación española sobre contratación de productos agrarios

La exigencia de fijar un marco adecuado para la regulación del mercado de productos agrícolas, como pieza clave de la política económica de un país, ha llevado a la promulgación de una serie de normas, caracterizadas por un marcado intervencionismo estatal en defensa del productor agrícola, que fijan la denominada *economía contractual*, que, contrapuesta a la economía de mercado, se caracteriza por intentar la plena integración agroindustrial por la vía de la negociación colectiva.

La Ley 19/1982, de 26 de mayo, sobre contratación de productos agrarios (LCPA) (21), establece, en efecto, «...los principios de economía contractual aplicables al tráfico de los productos agrarios con objeto de *promover y ordenar las relaciones contractuales entre las empresas agrarias, por un parte, y las de industrialización, o en su caso, las de comercialización, por otra...*» (art. 1.) Siguiendo el modelo francés —Ley de 6 de julio de 1964, modificada por Ley de 4 de julio de 1980— la Ley española no se reduce a potenciar la formación de asociaciones de productores agrícolas, sino que su cometido principal es regular, de un modo completo, las relaciones contractuales entre productores agrícolas y empresarios comerciales o industriales que la propia Ley prevé y fijar imperativamente un contenido de las mismas (22).

(19) Cfr. MARTIN, G. J.: *Les contrats d'intégration*, pp. 16-17; AMAT, L.: *La legislación española...*, p. 9.

(20) Cfr. MARTIN, G. J.: *Ob. cit.*, p. 16.

(21) Con anterioridad a esta Ley, existían tan sólo *normas administrativas* que regulaban la contratación de ciertos productos básicos y los acuerdos interprofesionales sobre ciertos productos (vid. AMAT, L.: *La legislación española*, p. 12).

(22) Un análisis más amplio puede verse en AMAT, L.: *La legislación española*, pp. 12-16. Vid., también, SAINZ VÉLEZ, J. L.: *Ob. cit.*

Ahora bien, la legislación española sobre contratación agraria no es una legislación estrictamente imperativa, sino que ofrece una serie de *estímulos* —en materia de crédito y de seguro (art. 11 LCPA)— a aquellas empresas agrarias, industriales o comerciales que sometan sus acuerdos y contratos a homologación administrativa (artículo 1 LCPA), la cual sólo se obtiene tras el cumplimiento de minuciosos requisitos de determinación de los productos contratados.

No es tampoco una Ley de aplicación general, ya que corresponde al Gobierno establecer qué productos son susceptibles de acogerse a su régimen (art. 2 LCPA). En todo caso, ha de tratarse de «productos agrarios destinados, total o parcialmente, a su almacenamiento, conservación, acondicionamiento o transformación industrial y que permitan establecer previsiones cuantitativas o cualitativas, durante varios años, para su comercialización».

Dentro de esos márgenes, mejor fijados en el Reglamento de Contratación de Productos Agrarios (RCPA), aprobado por Real Decreto 2.707/1983, de 7 de septiembre, y bajo un riguroso control administrativo (*vid.* art. 13 LCPA), se prefiguran varias relaciones contractuales entre empresarios agrícolas y empresarios industriales o comerciales: *acuerdos interprofesionales*, *acuerdos colectivos* y *contratos de compraventa* de productos (art. 4 LCPA).

En la consecución de un acuerdo interprofesional —o, al menos, un acuerdo colectivo— descansa todo el sistema de la economía contractual, ya que los contratos de compraventa de productos, negociados individual o colectivamente, deben realizarse al amparo de *contratos-tipo* elaborados por las partes signatarias del acuerdo interprofesional o del acuerdo colectivo.

Son *acuerdos interprofesionales* los compromisos de larga duración —mínimo de dos años— suscritos entre las organizaciones agrarias y las asociaciones de empresarios industriales o comerciales del mismo ámbito que persigan el objetivo de «fomentar una situación estable de los mercados, adaptando las producciones en calidad y cantidad a las demandas interior y exterior» o de «ordenar las transacciones mediante la fijación de los precios a percibir y la determinación de las condiciones de suministros, así como de las garantías de mutuo cumplimiento de obligaciones, con objeto de dar seguridad, agilidad y transparencia al mercado» (art. 5) (23). Una vez homo-

---

(23) La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1984 señala que la finalidad de los acuerdos interprofesionales es el «fomento de la estabilización de los mercados, coordinando, previa prospección adecuada de los mismos, la demanda con la oferta, hasta ordenar las transacciones mediante fijación de los precios a percibir, condiciones de suministro..., etc.». Se deduce claramente la oposición de la economía contractual a la economía de mercado en cuanto que persigue, mediante relaciones entre agricultores y empresarios industriales y/o comerciales, la determinación anticipada de la oferta y la demanda, y, consecuentemente, la fijación de los precios, y, en general, la ordenación del mercado agrícola (*vid.* MALEZIEUX, R.: *L'économie contractuelle en agriculture*, en «Gaz. Pol.», 1964, 2, pp. 69 y ss.).

logado (24), el acuerdo interprofesional —o, en su defecto, el *acuerdo colectivo* (25)—, tendrá la consideración de *convenio marco* a cuyo amparo deberán realizarse los contratos de compraventa entre agricultores y empresarios (art. 5.3 LCPA y, más claramente, art. 9.1 RCPA). Para ello, las partes del acuerdo elaborarán —además de *convenios de campaña*— un *contrato-tipo* al que se someterán las relaciones y transacciones entre los productos agrarios y sus compradores (art. 10.2 y 19.1 RCPA).

El contenido —imperativo— del contrato-tipo es el siguiente (art. 12 RCPA): identificación clara y precisa de las partes contratantes, fijación del objeto del contrato, especificaciones de calidad del producto; fijación del precio; forma de pago; bienes y servicios que forman parte del precio; indemnizaciones previstas en caso de incumplimiento; causas de fuerza mayor que puedan originar la resolución de los contratos; forma de resolver las controversias, pudiendo acogerse al arbitraje del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (el arbitraje será obligatorio si estuviese establecido así en un acuerdo interprofesional).

A la vista de estas consideraciones cabe afirmar que la legislación reseñada no contempla de modo expreso los contratos de integración vertical, sino que propugna una integración global por vía de la nego-

---

(24) Los requisitos para la homologación —de la que dependen los beneficios ofrecidos— se establecen de modo minucioso en el art. 8 del Reglamento (art. 6 LCPA). Desde el punto de vista *subjetivo*, las *partes* del acuerdo han de ser: a) para el *sector agrario*, organizaciones profesionales agrarias y sindicatos agrarios de ámbito estatal y de carácter intersectorial u organizaciones de ámbito estatal de las cooperativas agrarias; b) para el *sector industrial*, asociaciones sectoriales de industrialización del producto objeto del acuerdo, y c) para el *sector comercial*, asociaciones profesionales más representativas de los mayoristas del sector (*vid.* STS de 25 de febrero de 1984). Mucho más importantes son los *requisitos objetivos* que afectan a las exigencias de calidad de los productos, a la determinación de las fórmulas de fijación de los precios, a la fijación de los supuestos de fuerza mayor que justifiquen la falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas, al establecimiento de garantías que aseguren el cumplimiento, a las aportaciones económicas de dinero, bienes y servicios sobre el producto que se haya acordado deben realizar las partes para la aplicación de los acuerdos y a las sanciones para el caso de incumplimiento. Además, deberá fijarse la vía para la resolución de los conflictos y crearse un centro gestor, que centralice las actividades necesarias para la aplicación y desarrollo del acuerdo.

(25) La diferencia entre los acuerdos colectivos y los acuerdos interprofesionales radica casi exclusivamente en su *duración* —anual o para cada ciclo de producción— y en las partes legitimadas para su conclusión, ya que pueden celebrarse también por productores agrícolas y empresarios industriales o comerciales a título individual, siempre que la producción representada por los agricultores suponga más de un tercio de la producción total en el ámbito territorial a que se extiende el acuerdo y que los empresarios industriales o comerciales firmantes justifiquen una capacidad suficiente para absorber la producción ofertada por los agricultores (art. 16 RCPA).

Homologado un acuerdo interprofesional para un producto determinado, las homologaciones de los acuerdos colectivos que se refieran a dicho producto quedarán sin efecto, debiendo acogerse las partes contratantes al acuerdo interprofesional (arts. 10 LCPA y 11 RCPA).

ciación colectiva (26). No se realizan contratos de integración vertical en sentido estricto, sino que la integración se realiza a través de la negociación colectiva. Los auténticos contratos de integración vertical vivían, pues, al margen de esa legislación, sujetos a reglas propias de la economía de mercado.

Con posterioridad, el fracaso de esa legislación (27) obligó al Gobierno a dictar el Real Decreto 2.556/1985, de 27 de diciembre, que regula los contratos de compraventa de productos agrarios sobre la base de contratos-tipo, elaborados por los empresarios que se integran, que son directamente homologables por la Administración (28). El ámbito de aplicación del Real Decreto aparece delimitado por tres circunstancias (art. 1). En primer lugar, que no exista un acuerdo interprofesional o colectivo. En segundo lugar, que se trate de productos agrarios destinados, total o parcialmente, a su almacenamiento, conservación, acondicionamiento o transformación industrial y que permitan establecer previsiones, cuantitativas o cualitativas, durante varios años para su comercialización. No se exige, sin embargo, que estén incluidos en las listas aprobadas por el Gobierno para acogerse a la Ley de Contratación de Productos Agrarios. Finalmente, que medie una solicitud de homologación por parte de una o varias empresas adquirentes.

Pues bien, el estudio del clausulado de los contratos-tipo homologados muestra que se trata, en la mayoría de las ocasiones, de verdaderos contratos de integración vertical. Coexisten, pues, dos modalidades de contratos de integración vertical: los homologados y los no homologados. La homologación no altera las características de estos contratos, pero supone una garantía para el empresario agrícola —como parte débil— en cuanto que los empresarios industriales o comerciales que pretendan la homologación (29) deben ajustarse a un contenido predeterminado de los contratos (30).

(26) Ciertamente los contratos de compraventa a los que alude la Ley de Contratación de Productos Agrarios y, más específicamente, su Reglamento (art. 18) podrán ser en ocasiones verdaderos contratos de integración vertical. En efecto, entre las cláusulas de los contratos-tipo figura la determinación de los bienes entregados y de los servicios prestados por el empresario que se incluyen en el precio, así como las especificaciones técnicas fijadas para la realización del cultivo. Sin embargo, el análisis de los contratos realizados al amparo de acuerdos interprofesionales o colectivos demuestra su carácter de auténticos contratos de compraventa de cosecha (así, AMAT, L.: *Ob. cit.*, p. 17).

(27) Sobre el escaso número de acuerdos interprofesionales o colectivos alcanzados hasta entonces, vid. AMAT, L.: *Ob. cit.*, p. 18.

(28) Un breve análisis del mismo puede verse en AMAT, L.: *Ob. cit.*, pp. 15-16.

(29) La homologación no concede los beneficios previstos para la contratación colectiva, pero el «reconocimiento y garantía del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación» (art. 1 Real Decreto 2.556/1985) interesa a las empresas industriales o comerciales a efectos, sobre todo, de obtener ayudas comunitarias, lo que explica el éxito de esta regulación (cfr. SAINZ VÉLEZ, J. L.: *Ob. cit.*, p. 1098).

(30) La Ley Catalana 24/1984, de 28 de noviembre, regula los contratos de integración de actividades ganaderas, cuyo objeto es «obtener en colaboración productos pecuniarios para la reproducción, cría o engorde» (art. 1.1). Cualquiera de las partes



### III. REGIMEN JURIDICO DE LOS CONTRATOS DE INTEGRACION VERTICAL

#### 1. Concepto y función económica

Los contratos de integración vertical pueden ser definidos como aquellos contratos de colaboración entre productores agrícolas y empresarios industriales o comerciales por cuya virtud el empresario mercantil —*integrador*— se obliga a proporcionar medios necesarios para el cultivo (o el cuidado del ganado), a prestar asistencia técnica y a adquirir la cosecha (o el rebaño), y el productor agrícola —*integrado*— se obliga a realizar el cultivo (o el cuidado del ganado) con arreglo a las instrucciones y bajo el control del integrador y a entregar la cosecha (o el rebaño) en el período pactado al mismo empresario integrador (31).

Como ya se señaló anteriormente, lo que caracteriza a estos contratos es la injerencia del integrador en la explotación realizada por el integrado, de modo que la adquisición de la cosecha no es más que un aspecto de una compleja relación jurídica, en la que se entremezclan obligaciones por ambas partes, las cuales constituyen un elemento esencial para la fijación del «precio» de la «operación» (32). Por parte del productor agrícola, a la obligación fundamental de entregar la cosecha, preceden otras obligaciones: realizar el cultivo según técnicas preestablecidas y conforme a las instrucciones del empresario integrador; utilizar productos facilitados por el integrador —semillas, fertilizantes, insecticidas, pienso, etc.—. El empresario mer-

---

del contrato puede presentarlo a la Administración para su inscripción en el Registro de contratos de integración, lo que constituye un requisito necesario para obtener los beneficios que la Administración pueda conceder (art. 16).

(31) Una definición legal de los contratos de integración vertical ofrece el artículo 17 de la Ley francesa 64/678, de 6 de julio de 1964, sobre los principios y las modalidades de régimen contractual en la agricultura (parcialmente modificada —en relación con la actividad ganadera— por la Ley 80/502, de 4 de julio de 1980, de orientación agrícola) a cuyo tenor: «I. Se reputarán contratos de integración todos aquellos contratos, acuerdos o convenios concluidos entre uno o varios productores agrícolas y una o varias empresas industriales o comerciales que impliquen obligaciones recíprocas de suministro de productos o servicios (...)».

La Ley catalana de integración ganadera lo define como aquel contrato en que «una de las partes, denominada integrador», estará obligada a proporcionar el ganado, los suministros necesarios a que se refiere la presente Ley y la dirección técnica de la producción y la otra, denominada integrado, estará obligada a facilitar los espacios, instalaciones y servicios necesarios para la producción, a cambio de una remuneración que aquél deberá satisfacer en relación con la producción obtenida» (art. 1.2) y establece que su objeto es «obtener en colaboración productos pecuarios para la reproducción, cría o engorde» (art. 1.1).

(32) Tanto los contratos-tipo homologados al amparo de un acuerdo interprofesional o colectivo como los directamente homologables contienen entre sus cláusulas la referente a los «bienes y servicios que forman parte del precio al productor» [arts. 12 f) RCPA y 2 f) Real Decreto 2.556/1985].

cantil se obliga no sólo a pagar el precio por la adquisición de los productos obtenidos, sino también a ofrecer su asistencia técnica, a proporcionar los productos necesarios para realizar la explotación, etc.

Son ciertamente evidentes las razones económicas que impulsan a las partes a concluir estos contratos. El productor agrícola quiere, sobre todo, asegurarse la comercialización de sus productos a un precio ajeno a las fluctuaciones del mercado; obtiene medios para el desarrollo de su actividad; tiene acceso a una mayor tecnología, etc., todo ello con el deseo de aminorar los riesgos propios de su actividad. Las empresas industriales o comerciales pretenden asegurarse la distribución de algunos de sus productos —semillas, fertilizantes, piensos, etc.— y, sobre todo, el aprovisionamiento de productos agrícolas homogéneos en cuanto a su calidad (33). Además, es frecuente que el empresario mercantil o industrial concluya contratos de este tipo con una pluralidad de agricultores, creando una «red» de explotaciones agrícolas a su servicio. Sólo así la integración cobra sentido para el empresario mercantil.

Junto a esas innegables ventajas, los contratos de integración vertical presentan también serios inconvenientes para las partes implicadas y, particularmente, para el productor agrícola, como parte tradicionalmente más débil desde el punto de vista contractual: el productor agrícola sufre importantes limitaciones en su poder de decisión y, además, se ve compelido a asumir riesgos técnicos y económicos nuevos derivados tanto del alejamiento del mercado como de la propia elección efectuada (34), aunque estos inconvenientes serán menores cuanto mayor sea el grado de «empresarialidad» del productor agrícola.

## 2. Naturaleza

### 2.1. Calificación jurídica

A falta de una disciplina positiva, la calificación de los contratos de integración vertical estará sin duda en función del grado de conexión que el acuerdo instaure entre ambos empresarios. En efecto, los

---

(33) Vid., ampliamente, BIVONA, G.: *I contratti*, pp. 4 y ss.; JANNARELLI, A.: *Disciplina legale*, pp. 319 y ss.

En el ejemplo con el que comenzábamos este análisis la finalidad fundamental era conseguir una calidad adecuada de las legumbres. En los contratos, el integrador pretendía eliminar los obstáculos que impedían esa finalidad: la escasa y desigual calidad de la semilla empleada, la incorrecta estructura de la explotación agrícola y, sobre todo, la atomización del mercado de la oferta.

(34) La debilidad del agricultor implica normalmente una imposición en la formación y el contenido de los contratos que, en ocasiones, atenta claramente contra los intereses de los agricultores (así, por ejemplo, si el empresario integrador ordena retrasar algunos días la siembra, producirá un retraso en la cosecha que puede impedir el cultivo de un segundo producto) y explica el nacimiento de la negociación colectiva (*vid. supra*, II, 2).

objetivos económicos que las partes contratantes persiguen pueden conseguirse acudiendo a técnicas e instrumentos jurídicos diversos, lo que obligará al intérprete a analizar, en cada caso, el contenido del contrato y, en particular, la intención perseguida por las partes (35), a fin de determinar a qué tipo contractual se acomoda.

a) En el momento actual de las relaciones agroindustriales, muchas veces se tratará simplemente —como señalan la Ley y el Reglamento de Contratación de Productos Agrarios y el Real Decreto 2.556/1985— de contratos de *compraventa* de cosecha futura (cfr. art. 1.271 del Código civil), en la especie de *venditio rei speratae* (36): el vendedor —integrado— asume la obligación de hacer cuanto esté en su mano para que la cosecha llegue a nacer con las condiciones estipuladas, y, particularmente, a seguir las instrucciones del integrador, utilizar los productos que éste le proporcione, etc., como *pactos accesorios* al contrato de compraventa, como obligaciones de hacer a cargo del vendedor (37). Las partes se comprometen únicamente a comprar y vender, añadiendo algunos pactos particulares a la compraventa que, no obstante, no suponen una modificación del tipo, ni tampoco implican la necesidad de acudir al concepto de *contrato mixto* (38).

b) Pero si en muchos casos se trata de compraventa de cosecha futura en las que el agricultor acepta someterse a determinadas cláusulas que dan a la producción características especiales, en otras ocasiones las obligaciones que surgen a cargo de las partes no pueden ser subsumidas en la prestación de *dar* que caracteriza a la compraventa, sino que exigirían el recurso a la categoría de los *contratos mixtos* (39) o implicarían un acercamiento al *contrato de ejecución*

(35) Es, por el contrario, indiferente la *terminología* —compraventa de cosecha, contrato de cultivo, contrato de suministro, contrato de siembra, contrato de producción, etc.— que las partes utilicen en el contrato escrito. En este sentido se pronuncia el artículo 2.1 de la Ley catalana de integración ganadera.

(36) Cfr. AMAT, L.: *La legislación española...*, p. 9. Un amplio análisis de la consideración de estos contratos como compraventas de bienes futuros puede verse en MORUZZI, L.: *Profili della vendita di prodotti agricoli con prezzo a riferimento e contratti di integrazione verticale*, Milano, 1962, pp. 64-73. *Vid.*, asimismo —aunque sin aludir a la categoría de contratos de integración—, ROGEL, C.: *La compraventa de cosa futura*, Bologna, 1975, pp. 335-350.

(37) Sobre la capacidad de adaptación del contrato de compraventa a todas las figuras caracterizadas en definitiva por una prestación, de *dar*, *vid.* GIORGIANNI, M.: *Gli obblighi di fare del venditore*, en «Riv. dir. comm.», 1964, I, pp.1-23, y, más específicamente, ROGEL, C.: *La compraventa*, pp. 348-350.

(38) La existencia de contrato mixto supone, en efecto, «que las partes, para conseguir los fines empíricos que pretenden, conciertan el contrato singular sirviéndose de elementos que correspondan a diferentes contratos típicos» (así, DIEZ—PÍCAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I (2.ª ed.), Madrid, 1983, p. 254). Si las prestaciones de las partes se encuentran subordinadas a la prestación fundamental, de modo que la desviación del tipo no sea esencial, el contenido secundario del contrato quedaría absorbido por el tipo legal: compraventa.

(39) En efecto, es frecuente que a la operación de compraventa se una un *préstamo* del integrador (MARTIN, G. J.: *Les contrats d'intégration*, pp. 13-14), y todavía

*de obra*. En efecto, si el integrado se obliga a utilizar los medios técnicos necesarios para el cultivo (o la cría o engorde de ganado), a recibir asistencia técnica del integrador y, sobre todo, a entregar un producto de unas cualidades estrictamente predeterminadas, la finalidad no será ya «comprar» unos productos para su transformación, envase, etc. y su distribución en el mercado, sino la de «obtener» un bien determinado; no se trata tanto de adquirir un producto cuanto de *conseguir un resultado* (40): se trataría de un contrato por cuya virtud el empresario agrícola asume la obligación de *cultivar* un determinado producto (o criar o engordar determinadas cabezas de ganado) a cambio de un precio (41).

c) La calificación de los contratos de integración vertical como contratos de compraventa de cosa futura o como contratos de ejecución de obra —o incluso como contratos mixtos— no es, sin embargo, suficiente para caracterizar la figura en estudio, porque dicha calificación desconoce su significación económica. En efecto, si el contrato es de auténtica integración, las partes no perseguirán simplemente la finalidad de adquirir un bien o de conseguir un resultado, sino la de *colaborar* de modo estable en el ejercicio de actividades empresariales, asegurándose uno la distribución de sus productos y

---

más normal que el integrado se obligue a adquirir productos —semillas, fertilizantes, alimentos para el ganado, etc.—, obligación que podría ser considerada como una parte del precio a pagar por la cosecha (o el rebaño) o como constitutiva de una venta con precio aplazado o —incluso— como permuta parcial con la compraventa final (vid. ROGEL, C.: *La compraventa*, p.348, en referencia a la entrega de semilla). Finalmente, las obligaciones de hacer del integrador nos situarían en el marco del arrendamiento de servicios.

(40) Cfr. MEGRET, J.: *Droit agraire*, III, p. 464, y, con amplio análisis, BIVONA, G.: *I contratti di integrazione*, pp. 100-126. No es tarea fácil dilucidar si un determinado contrato entre un empresario agrícola y un empresario industrial o comercial es una compraventa de cosa futura o un contrato de ejecución de obra. El criterio distintivo fundamental es, precisamente, el de la voluntad de las partes, tal y como se recoge en el texto (cfr. PERLINGIERI, P.: *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di cosa futura*, Napoli, 1962, pp. 36-41; SANTOS BRIZ, J.: *El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica*, en «RDP», LVI (1972), pp. 379-419; en pp. 381-382.

La circunstancia de que el Código civil regule el arrendamiento de obra —*locatio operis*— pensando en que la obra consista en la construcción de un edificio no impide, desde luego, que se trate de cualquier otro resultado (cfr. Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, M.: *Sistema de Derecho civil*, II (4.ª ed.), Madrid, 1983, p. 462; VICENT CHULIA, F.: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II (2.ª ed.), Barcelona, 1986, p. 306). Por eso mismo, no debe considerarse decisivo para rechazar la calificación de la figura como contrato de ejecución de obra el hecho de que el clausulado no se acomode al modelo legal del arrendamiento de obra (v. gr. el contrato no recoge la facultad de desistimiento del «contratista», ex art. 1.594 del Código civil). Lo verdaderamente decisivo para la calificación de un contrato es la finalidad perseguida por las partes.

(41) El empresario agrícola no promete exclusivamente un servicio, sino el *resultado* de su trabajo, característica fundamental del contrato de ejecución de obra frente al arrendamiento de servicios (cfr. SANTOS BRIZ, J.: *El contrato de ejecución de obra...*, pp. 380-381; F. LUCAS FERNÁNDEZ, en «Comentarios al Código civil y Compilaciones forales» (dirigidos por M. ALBALADEJO), T. XX, Vol. 2, artículos 1.583-1.603 del Código civil, Madrid, 1986, p. 176). El precio sólo deberá ser satisfecho por el integrador si la cosecha reúne las condiciones predeterminadas.

otro la adquisición regular de esos productos. Además, el empresario mercantil integrador no se limitará normalmente a celebrar uno o varios contratos de integración, sino que lo que realmente perseguirá es el *control de una red de explotaciones agrícolas* que le garantice más aún la adquisición regular y uniforme de productos. Ni el contrato de compraventa ni el de ejecución de obra bastan para dar una explicación completa del contrato. Nos encontramos en presencia de una figura contractual nueva, sin *tipicidad legal*, que presenta, no obstante, grandes similitudes con un contrato socialmente típico. Nos referimos al contrato de *concesión (mercantil)*. En efecto, si se entiende por concesión (mercantil) aquel contrato por cuya virtud «un empresario-concesionario pone el establecimiento de que es titular al servicio de otro empresario, industrial o comerciante —concedente— para comercializar, por tiempo indefinido o limitado, y bajo las directrices y supervisión del concedente aunque en nombre y por cuenta propios, los productos cuya exclusiva de reventa se le otorga en condiciones predeterminadas» (42), el contrato de integración vertical podría ser conceptualizado como aquel por cuya virtud un empresario agrícola —integrado— pone la explotación agraria de que es titular al servicio de otro empresario, industrial o comercial —integrador— para cultivar, por tiempo indefinido o limitado, utilizando bienes suministrados por el integrador y bajo la dirección de éste, aunque en nombre y por cuenta propios, los productos con las condiciones preestablecidas cuya adquisición corresponderá en exclusiva al empresario integrador, a cambio de una remuneración que éste deberá satisfacer en relación con la producción obtenida (43).

En su forma más genuina, el contrato de integración vertical es, pues, un *contrato atípico* (44): cuando —como es frecuente— su disciplina no se deduzca íntegramente de los pactos convenidos entre las partes, será necesario acudir a las normas de los contratos típicos más afines, a las normas generales sobre obligaciones y contratos, a la costumbre y a los principios generales del derecho (45).

---

(42) Así, IGLESIAS PRADA, J. L.: *Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil*, pp. 249-281; en p. 253, inspirándose en CHAMPAUD, C.: *La concession commerciale*, en «Rev. trim. dr. com.», 1963, p. 451-504; en pp. 456-457.

(43) Sobre la similitud del contrato de integración vertical con el contrato de concesión, vid. MARTIN, G. J.: *Les contrats d'intégration...*, p. 18.

(44) Según el concepto que de contrato atípico nos ofrece JORDANO, J. B.: *Los contratos atípicos*, en «RGLJ», 195 (1953), pp. 51-95; en pp. 62-63, ya que lo decisivo es la falta de disciplina legal, y no puede afirmarse que estos contratos se encuadren en el ámbito de la legislación sobre contratación de productos agrarios. Obviamente, el contrato podría adquirir tipicidad legal (v. gr. Ley catalana de integración ganadera).

(45) Cfr. JORDANO, J. B.: *Los contratos atípicos*, pp. 83-89. La Ley catalana de integración ganadera dispone que «el contrato de integración se regirá por los pactos convenidos entre las partes y por la costumbre del lugar donde radique la instalación del integrado siempre que no sean contrarias a las normas imperativas de la presente Ley o de otras leyes, y de forma supletoria por las normas dispositivas de esta Ley y de la legislación general» (arts. 3-1).

En cualquiera de sus modalidades, los contratos se rigen por el principio de *libertad de forma*, establecido con carácter general en los artículos 1.278 del Código civil y 51 del Código de Comercio. No obstante, suelen realizarse por *escrito* (46). Además, al ser contratos que persiguen una integración económica, presentan en su formación y en su contenido las especialidades propias de los *contratos de adhesión*: el empresario mercantil —integrador— dispone, previa y unilateralmente, el contenido del contrato bajo la forma de *condiciones generales* que el empresario agrícola no está en disposición de discutir (47) por lo que su interpretación deberá ajustarse a los criterios elaborados por la doctrina y la jurisprudencia en materia de condiciones generales (48).

## 2.2. *Carácter mercantil*

La pluralidad de figuras contractuales que pueden servir de instrumento para el contrato de integración vertical dificulta aún más la calificación del contrato como civil o mercantil y pone de manifiesto con meridiana claridad la incongruencia de la existencia de un doble régimen contractual (49). En efecto, si se contempla aisladamente la relación jurídica que une al empresario agrícola con el empresario

---

(46) La forma escrita es imprescindible para obtener la homologación directa de un contrato de integración vertical. Asimismo, los contratos individuales entre empresarios agrícolas y comerciales realizados en el seno de la economía contractual diseñada por la legislación sobre contratación de productos agrarios deberán ser escritos y extenderse por quintuplicado, debiendo remitirse un ejemplar al Centro Gestor y dos al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (art. 19.2 RCPA). Además pueden existir modelos oficiales de contratos (art. 19.3 RCPA).

(47) Cuando el empresario integrador pretenda la homologación del contrato deberá ajustarlo al contenido predeterminado en el artículo 2 del Real Decreto 2.556/1985.

También la integración realizada a través de la negociación colectiva se encuentra predeterminada en cuanto al contenido de los diversos contratos.

(48) Una síntesis de estos criterios puede verse en SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho mercantil* (13.<sup>a</sup> ed.), Madrid, 1988, pp. 421-422. No resultarán de aplicación, por el contrario, las normas previstas en el art. 10 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios ni al contrato globalmente considerado, pues se celebra entre *empresarios* (vid. art. 1.2 LGCU), ni a las individuales adquisiciones de bienes o servicios por el empresario agrícola, pues esos bienes o servicios se integran en procesos de producción (vid. art. 1.3 LGCU) (cfr. ROJO, A.: *La responsabilidad del fabricante en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, en «EC», IV, núm. extr. (1987), pp. 31-47; en pp. 37-39; LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A.: *Sobre la aplicabilidad a los agricultores de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, en «ADA», II-III, núms. 6-7 (1986-1987), pp. 11-17; especialmente en p. 13; contra, sin embargo, VATTIER, C.: *El agricultor ante la Ley de Protección a los Consumidores*, en «Derecho Agrario y Alimentario», II, núms. 3-4 (1986), pp. 5-12; en p. 10). Por las mismas razones, deberán excluirse las normas sobre *responsabilidad* establecidas en la misma Ley.

(49) Sobre la necesidad —y la viabilidad— de la unificación de los regímenes de obligaciones y contratos, vid., por todos, BROSETA, M.: *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*, Madrid, 1965, especialmente, pp. 230-237.

mercantil y se acude a criterios estrictamente formales, el contrato de integración vertical tendría carácter *civil*; si lo consideramos como contrato de compraventa, el obstáculo del artículo 326.2 del Código de Comercio es, por el momento, insalvable: «No se reputarán mercantiles: ...las ventas que hicieren los propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganados...» (50), y si nos atenemos a su calificación como contrato de ejecución de obra, es claro también que un criterio lógico-formal de interpretación lleva a su consideración como contrato civil, pues dicha figura ni aparece regulada en el Código de Comercio ni se asemeja a otra figura regulada en él (cfr. art. 2 del Código de Comercio) (51), aunque se encuentre mencionada (v. gr., contrato de construcción de buques) (52).

Pero si, escapando de esos estrechos límites, contemplamos el contrato desde una perspectiva global y nos atenemos al dato de la *mercantilidad real*, el contrato de integración deberá ser considerado *mercantil*. En efecto, los contratos de integración vertical son concluidos entre empresarios (agrícolas e industriales o comerciales), pues la integración presupone que las partes tengan esa condición (53 y 54), la cual concurrirá en todos aquellos productores agrícolas que ejerciten de modo organizado y profesional su actividad y que soporten el ries-

---

(50) Se trata de «una presunción indestructible incorporada por el legislador a la norma» (cfr. PAZ-ARES, C.: *Una teoría económica sobre la mercantilidad de la compraventa*, en «ADC», 1983, pp. 943-996; en p. 949, nota 5), que se refiere —por su propio carácter excepcional— a las ventas realizadas a sujetos que actúan «con ánimo de lucrarse en la reventa» (cfr. art. 325 del Código de Comercio) (así, destruyendo equívocos anteriores, VICENT CHULIA, F.: *Delimitación del concepto de compraventa mercantil*, en «RCDI», 50 (1974), pp. 75-143; en p. 87; PAZ-ARES, C.: *Una teoría económica*, p. 951). En la actualidad, sin embargo, y en referencia concreta a los contratos en estudio, quiebra el fundamento de la exclusión del ámbito mercantil, porque se trata de contratos concluidos entre empresarios movidos por un afán de lucro.

(51) Cfr. VICENT CHULIA, F.: *Compendio crítico*, II, p. 305. Es sabido, sin embargo, que estos contratos reciben en otros ordenamientos precisamente el nombre de «contratos de empresa» y su carácter mercantil es indudable.

(52) Cfr. MENÉNDEZ, A.: *Naturaleza jurídica del contrato de construcción de buques*, en «RDM», 68 (1958), 299-343. *Vid.*, asimismo, sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1988

(53) De otro modo, no estaríamos en presencia de una relación de integración, sino de *subordinación*. En ese caso, el productor agrícola merecería normalmente la consideración de trabajador por cuenta ajena. Como su actividad se desarrollaría en su propio fundo, la calificación más adecuada sería la de trabajo a domicilio (*vid.* art. 13 ET) (*vid.* BIVONA, G.: *I contratti d'integrazione*, pp. 92 y ss.).

Naturalmente, el tamaño de la explotación del empresario agrícola no es óbice para la consideración del contrato como de integración, pues la calificación de un empresario como grande, mediano o pequeño carece de trascendencia jurídica en el derecho español [*vid.*, por todos, SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones*, pp. 47-49; BROSETA, M.: *La empresa*, p. 255, aunque observa que no debería ser así de *lege ferenda* (p. 278)].

(54) Tanto la Ley de Contratación de Productos Agrarios (art. 1), como su Reglamento (art. 1), se refieren a contratos entre *empresas* agrarias y *empresas* industriales o comerciales.

go propio de esa actividad (55), y, además, se realizan en el ejercicio de esa actividad empresarial, en cuanto que el empresario agrícola pretende asegurarse la colocación de sus productos en el mercado y el industrial o mercantil, una adquisición regular y adecuada de los mismos (56). En efecto, el contrato se celebra *entre empresarios* y se realiza en el ejercicio de la actividad empresarial —el empresario agrícola pretende asegurarse la distribución de sus productos, y el industrial o mercantil, una adquisición regular y adecuada de ellos— (56). Debería incluirse entre los contratos de colaboración mercantil, por la relación que se instaura entre ambos empresarios (57).

Además, la existencia de estos contratos produce un importante redimensionamiento de la empresa agrícola, que la aproxima claramente a la empresa mercantil (58): a la progresiva *mercantilización* de actividades ajenas en principio al *comercio*, como la de los profesionales liberales o los artesanos, se une la de las actividades agrícolas, de modo que la tradicional exclusión de la empresa agrícola del ámbito mercantil, apoyada en la circunstancia de que dicha actividad no puede ser calificada ni de comercial ni de industrial (*vid.* art. 1 del Código de Comercio) y en la letra del artículo 362.2 del Código de Comercio (59), no sólo deberá rechazarse en los supuestos de constitución de sociedad anónima o de responsabilidad limitada para la explotación de una actividad agrícola, sino también en los supuestos en que el productor agrícola se convierta, a través de la integración contractual, en verdadero empresario industrial o comercial (60).

---

(55) Sobre el concepto de empresario, *vid.*, por todos, URÍA, R.: *Derecho mercantil* (15.ª ed.), Madrid, 1988, pp. 32-34, y BROSETA, M.: *La empresa, la unificación de obligaciones y el Derecho mercantil*, Madrid, 1965, esp. pp. 253-257.

(56) Sobre esos criterios de mercantilidad de los contratos, *cfr.* GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho Mercantil*, II (8.ª ed., revisada con la colaboración de F. Sánchez Calero), Madrid, 1983, pp. 12-13; URÍA, R.: *Derecho mercantil*, pp. 492-493; SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones*, p. 408; BROSETA, M.: *Manual de Derecho Mercantil* (6.ª ed.), Madrid, 1985, pp. 367-370; una valoración crítica de esta tesis puede verse en VICENT CHULIA, F.: *Compendio crítico*, II, pp. 10-12.

(57) *Cfr.*, para la concesión comercial, IGLESIAS PRADA, J. L.: *Notas para el estudio*, p. 260. El art. 19 del Reglamento de Contratación de Productos Agrarios dispone que los singulares contratos de compraventa entre agricultores, industriales y comerciantes se someterán, en todo caso, a la legislación mercantil. Por el contrario, la Ley catalana de integración ganadera dispone expresamente el carácter civil de estos contratos (art. 1.1).

(58) Puede verse, en este sentido, la Sentencia de la Corte de Casación italiana de 6 de junio de 1974 (en «Riv. dir. agr.», 1975, II, pp. 256-261), comentada por CASSADEI, E.: *Due importanti problemi in materia di impresa agraria in una recente sentenza della Cassazione*, en «Riv. dir. agr.», 1975, II, pp. 229-240, y, sobre todo, por SCHIANO DI PEPE, G.: *Considerazione in margine della nazione di impresa agraria: un caso di integrazione verticale in agricoltura*, en «Riv. dir. agr.», 1975, II, pp. 241-255.

(59) *Cfr.*, por todos, BROSETA, M.: *Manual*, pp. 75-76.

(60) Comienza así a cumplirse el vaticinio de URÍA, R.: *Derecho mercantil*, p. 7: «El día en que la actividad agrícola dirigida a la colocación y venta de sus productos



### 3. Contenido

De la lectura de algunos formularios de contratos de integración (61) se infiere que las obligaciones de las partes se encuentran unas veces detalladamente establecidas en los contratos escritos y otras genéricamente señaladas (62). Pese a la gran variedad de contratos existentes, es posible indicar unas obligaciones del integrador y del integrado que caracterizan a esta figura en su sentido estricto.

#### 3.1. Obligaciones del integrado

a) La primera obligación fundamental del empresario agrícola es la de *realizar el cultivo* (o la cría del ganado). El cultivo ha de llevarse a cabo por cuenta y riesgo del propio empresario agrícola: él debe

---

en el mercado, esté en manos de verdaderos empresarios, esa actividad habrá perdido los caracteres que la han tenido alejada del campo del Derecho mercantil.» Sobre las dificultades de deslindar ambas actividades, vid. COURET, A.: *Activités agricoles et activités commerciales: leurs domaines respectives*, en «Rev. trim. dr. com.», 1980, pp. 277-312.

(61) Ejemplos de estos formularios pueden verse en ROGEL, C.: *La compraventa*, pp. 337-347; BIVONA, G.: *I contratti di integrazione*, pp. 17-29. Una referencia al contenido de los contratos tipo homologados directamente, que suelen ser verdaderos contratos de integración, puede verse en AMAT, L.: *La legislación española*, p. 18.

(62) La misma variedad se observa a nivel de regulación legal. Así, el Real Decreto 2.556/1985 exige unas determinadas cláusulas en el contrato-tipo a efectos de su homologación: identificación clara y precisa de las partes contratantes; fijación del objeto del contrato; especificaciones de calidad para la materia prima objeto del contrato; calendario de entregas a la empresa adquirente; establecimiento de un precio mínimo garantizado para toda la campaña de comercialización; el precio a percibir por el productor por la materia prima; forma de pago, bienes y servicios que forman parte del precio al productor y anticipos previstos, así como condiciones y plazo de reembolso de los mismos; acopio, transporte, lugar de entrega, etc.; indemnizaciones previstas en caso de incumplimiento; causas de fuerza mayor que podrían dar origen a la resolución de los contratos; forma de resolver las controversias en la interpretación del contrato (art. 2). Más técnicamente, la Ley catalana de integración ganadera prede-termina imperativa y minuciosamente el *contenido* del contrato: el integrador se obliga a entregar el ganado en el tiempo y lugar convenidos y en las debidas condiciones sanitarias y de identificación; a suministrar, con carácter exclusivo, el pienso necesario para el engorde en las debidas condiciones de calidad; a llevar la asesoría técnico-sanitaria de la explotación; a retirar el ganado una vez acabado el período de engorde; a satisfacer al integrado el precio o retribución convenidos; a efectuar las reposiciones de ganado que se hayan convenido en las debidas condiciones sanitarias de calidad; a cumplir la normativa sanitaria, y a cumplir las restantes obligaciones que deriven del contrato (art. 5). El integrado se obliga a mantener los espacios e instalaciones en buen estado; a disponer de la mano de obra necesaria; a efectuar todas las operaciones que requiera el adecuado cuidado del ganado, siguiendo las normas de alimentación, vacunación y medicación indicadas por el integrador; a facilitar el acceso del integrador y de sus técnicos a las instalaciones, y el de las personas y máquinas que el integrador destine para la entrega y retirada del ganado o de suministros; a cumplir la normativa sanitaria, y a cumplir las restantes obligaciones que deriven del contrato (art. 6). El modelo contrario es el seguido por el legislador francés, que deja a la libertad de las partes la determinación del contenido del contrato, exigiendo únicamente la reciprocidad de suministros.

organizar los medios —propios o ajenos— necesarios para la realización de la actividad empresarial y soportar el riesgo de la misma (63). Ahora bien, nota característica de esos contratos es que esa actividad debe realizarse con arreglo a las instrucciones del integrador y sirviéndose de los medios suministrados por el mismo integrador, lo que origina las obligaciones recíprocas de éste de proporcionar la dirección técnica de la producción y los medios necesarios para la misma (64).

La obligación del integrado de soportar las instrucciones del integrador estará, naturalmente, en función del grado de «empresarialidad» del productor agrícola; pero si la finalidad del contrato es asegurarse una producción estable y de calidad homogénea, para disminuir en lo posible el riesgo de las actividades agrícolas, el empresario integrador podrá reservarse tanto un *control técnico*, que se traduce en la facultad —y correlativa obligación— de decidir las técnicas de explotación y de dirigir los trabajos de los auxiliares del empresario agrícola, a través incluso de facultades específicas de inspección, como un *control financiero*, que se traduce en una programación de las inversiones necesarias para la explotación agrícola —a veces incluso concediendo préstamos—, como, finalmente, un *control contable*, que es, naturalmente, menos frecuente que en materia comercial, pero que tiende a desarrollarse al compás de la evolución de las explotaciones agrícolas (65).

El contrato de integración exige también normalmente que la explotación se lleve a cabo con medios suministrados por el integrador. Tampoco para esta obligación resulta fácil dar unos criterios generales, pues la relación entre medios propios y medios ajenos variará en función de la organización empresarial de que disponga el productor agrícola; pero sí puede afirmarse que lo esencial es proporcionar aquellos medios de los que dependerá la calidad del producto obtenido —semillas, pesticidas, fertilizantes, alimentos para el ganado, etc.— pero no aquellos otros propios de la explotación agrícola —tractores, aperos, etc.—, ya que lo que en realidad persigue el empresario integrador es «transformar» los bienes: entrega la semilla y recibe el fruto; entrega el ganado para su crianza.

---

(63) La independencia jurídica del empresario agrícola justifica su responsabilidad empresarial frente a terceros: el empresario industrial o comercial que integra al empresario agrícola para transformar o distribuir su producción no podrá ser considerado responsable de las deudas contraídas por el empresario agrícola para el desarrollo de su actividad, a menos que se demostrase que tras la fachada de la integración se escondía una relación laboral.

(64) *Vid.*, sobre este punto, MARTIN, G. J.: *Les | contrats d'intégration*, pp. 22-23.

(65) Sobre este triple control en la concesión comercial, en relación con la obligación de comercialización del concesionario, *vid.* IGLESIAS PRADA, J. L.: *Ob. cit.*, pp.262-263.

Como ocurre en la concesión comercial (66), el integrado asume la obligación de adquirir determinada cantidad de bienes suministrados por el integrador (67). Si la relación instaurada es duradera, se fijarán —como en la concesión— cantidades mínimas —*cupos*— de estos productos y se instaurará una relación de *exclusiva* (68).

b) La segunda obligación fundamental del empresario agrícola es la de *entregar la producción* obtenida al integrador. El contrato disciplina el *lugar* —fundo del integrado, almacenes del integrador, etc.—, y el *tiempo* —predeterminado, plazo máximo desde la cosecha, etc.— y cualquier otra circunstancia sobre la misma. En especial, el integrado se obliga a entregar un producto de una *calidad* específica, circunstancia que se eleva a elemento esencial del contrato en atención a la finalidad perseguida por las partes con la integración (69). Los propios contratos establecen las consecuencias derivadas de la falta de la calidad exigida —facultad del integrador de rechazar el producto, disminución del precio pactado, etc.

Normalmente, el contrato dispone que el empresario agrícola entregará la cosecha *íntegra*, lo que viene a instaurar —como en la concesión— una relación de *exclusiva*. Sin embargo, es posible que se pacte un *cupo* de producción que obligue al integrado a obtener determinada cantidad del producto (70) y que, al mismo tiempo, le faculte a vender a terceros la sobreproducción obtenida, con lo que se trataría de una *exclusiva parcial* (71).

Como el empresario agrícola es jurídicamente independiente, soporta el riesgo de la explotación, por lo que ha de responder de la no ejecución o de la defectuosa ejecución de sus prestaciones, confor-

(66) Cfr. IGLESIAS PRADA, J. L.: *Ob. cit.*, p. 263.

(67) Lógicamente, los bienes adquiridos por el empresario agrícola para la explotación de su empresa serán de su propiedad. No obstante, en el supuesto de integración ganadera, los animales entregados por el integrador para su cría o engorde por el integrado pueden ser detentados por éste en otro concepto. Así, la Ley catalana de integración ganadera establece que el contrato de integración no transferirá la propiedad al integrado, el cual poseerá las cabezas de ganado en depósito mientras dure el contrato, y en ningún caso podrá disponer de ellas o gravarlas por su cuenta, salvo que se haya estipulado lo contrario en el contrato (art. 8).

(68) Cfr. MARTIN, G. J.: *Ob. cit.*, pp. 28-30. La exclusiva no tiene, sin embargo, carácter esencial, sino que es un elemento accidental del contrato.

(69) El Real Decreto 2.556/1985 incluye entre las cláusulas exigidas para la homologación del correspondiente contrato-tipo la especificación del «nivel mínimo de calidad para la aceptación del producto» [art. 2 c)]

(70) La incertidumbre propia de las explotaciones agrícolas explica que la fijación de estos *cupos* de producción —muy similares a los *cupos* de reventa impuestos al concesionario (vid. IGLESIAS PRADA, J. L.: *Ob. cit.*, pp. 263 y nota 39) y que constituyen una importante fuente de subordinación del integrado— no esté muy extendida y que, cuando existe, se establezca de modo muy flexible. Así, por ejemplo, se eleva la remuneración del integrado si consigue superar el *cupo* establecido.

(71) Cfr. MARTIN, G. J.: *Les contrats d'intégration*, p. 30.

me a las reglas generales de la *responsabilidad contractual* (72). No pueden perderse de vista, sin embargo, las especialidades de los contratos de integración de esta materia. De un lado, la intervención del integrador —acreedor— en el proceso productivo bien puede originar un supuesto de imputabilidad de la lesión del derecho de crédito al propio integrador (73). De otro, los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor que exoneran de responsabilidad al deudor son más frecuentes, por su propia naturaleza, en las explotaciones agrícolas (74).

### 3.2. Obligaciones del integrador

Cuando el contrato supone una verdadera integración, el empresario mercantil está obligado a entregar al agricultor los productos necesarios para el cultivo que se hubieran pactado y a prestar la dirección técnica acordada. Junto a ello, se obliga a pagar un *precio* predeterminado a cambio del producto.

La determinación del precio a pagar por el integrador constituye una de las cláusulas más importantes de los contratos de integración (75). El integrado se asegura así una contraprestación al margen

---

(72) Así, el Real Decreto 2.556/1985 exige entre las cláusulas del contrato-tipo homologable el establecimiento de las «indemnizaciones previstas en caso de incumplimiento y destino de las mismas».

(73) Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, 1, pp. 732-733. Naturalmente, es también posible que la lesión sea imputable a un tercero —v. gr., proporcionó fertilizantes inadecuados—.

(74) Las partes suelen prever los efectos de la fuerza mayor sobre el contrato. En este sentido, el Real Decreto 2.556/85 establece entre las cláusulas obligatorias para la homologación la previsión de «las causas de fuerza mayor que podrían dar origen a la rescisión (resolución) de los contratos» [art. 2 g)] y la Ley catalana de integración ganadera dispone que «si, por caso fortuito o por otra causa de fuerza mayor, muriera parte del ganado o fuera preciso sacrificarlo, para compensar al integrado se le abonará la cantidad que le corresponda, según lo estipulado o, en su defecto, según la costumbre de la comarca, en razón de los animales muertos o sacrificados y proporcionalmente al tiempo que hubiera tenido el ganado, quedando a favor del integrador las indemnizaciones que abonase la Administración por este concepto» (art. 11).

(75) Los contratos-tipo homologables al amparo de un acuerdo interprofesional o de un acuerdo colectivo deben contener una cláusula de *fijación* de precios, los cuales podrán determinarse en función de las épocas de entrega sin que en ningún caso sean inferiores a los mínimos pactados en el convenio de campaña [art. 12 d) RCPA] y una cláusula de *revisión automática* de los precios [art. 12 h) RCPA].

En cuanto a los contratos-tipo directamente homologables, se exige, de una parte, el establecimiento de un *precio mínimo garantizado* por el comprador para toda la campaña de comercialización, que deberá ajustarse al mercado por la Comunidad Económica Europea cuando se pretenda acceder a las ayudas comunitarias [art. 2 d) Real Decreto 2.556/1985], y, de otra, la *fijación del precio* a percibir por el productor por la materia prima, que se fijará con exclusión de los gastos correspondientes al envasado, la carga, el transporte, la descarga y el pago de las cargas fiscales y que podrá determinarse en función de las épocas de entrega [art. 2 f) Real Decreto 2.556/1985].

Finalmente, la Ley catalana de integración ganadera se limita a señalar que la *remuneración* que el integrador deberá satisfacer se fijará en relación con la producción obtenida (art. 1.2) y que no será contrato de integración aquel en que la remuneración

de las fluctuaciones del mercado, mientras que al integrador la predeterminación del precio le permite una programación más adecuada de su actividad.

Para la fijación del precio las partes deberán tener presente no sólo si la Administración (regional, nacional o comunitaria) ha fijado un precio para el producto objeto de la integración, sino, además, el conjunto de prestaciones del integrador que forman parte esencial del contrato (76). Puede pactarse un precio fijo o variable en función de la producción obtenida, de la calidad de la producción, con o sin cláusulas de estabilización, etc. (77).

---

del integrado consista en una cantidad fijada periódica con independencia de la producción obtenida (art. 2.2).

(76) Tanto en los contratos-tipo provenientes de una negociación colectiva como en los directamente homologables debe establecerse qué bienes y servicios del «comprador» forman parte del precio del productor [arts. 12 f) RCPA y 2 g) Real Decreto 2.556/1985].

(77) La predeterminación del precio, tanto en caso de negociación colectiva como de negociación individual, es el elemento que sitúa definitivamente a la integración vertical en el ámbito de la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia. Como es sabido, las relaciones entre las actividades agrícolas y el derecho de la competencia no están bien delimitadas ni a nivel comunitario [vid. ARPÓN DE MENDIVIL: *La aplicación de las normas de competencia comunitarias a la agricultura*, en «Derecho agrario y alimentario», II (1986), núms. 3-4, pp. 13-25; BALLARÍN MARCIAL: *La industria agroalimentaria, marco legal en la CEE*, en «Derecho agrario y alimentario», II (1986), núm. 5, pp. 3-9; en pp. 7-8], ni a nivel nacional: de un lado, la disposición adicional primera de la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, que preveía la elaboración de *reglas sectoriales* de competencia para las actividades agropecuarias, alejando dichas actividades del ámbito de la Ley (vid. AA.VV.: *Comentario a la Ley española sobre represión de prácticas restrictivas de la competencia*, Madrid, 1964, pp. 222-226) no ha sido aún desarrollada. De otro lado, el art. 4.4 de la Ley —directamente tomado del art. 2, apartado 1, del Reglamento 26, de 4 de abril de 1962, de aplicación del art. 42 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea— sólo excluye de su ámbito de aplicación los acuerdos, decisiones y prácticas de *empresarios agrícolas*, de *asociaciones* de éstos y de *federaciones* de estas asociaciones que, además, no se dirijan a una *determinación de los precios*, ninguna de cuyas condiciones se cumple en los contratos de integración vertical, ni —lo que es más grave— en la integración efectuada a nivel colectivo (sobre el problema de la compatibilidad entre la Ley francesa de 1964 —en la que se inspira la legislación española— y las reglas comunitarias en materia de competencia, *vid.*, por todos, JANNARELLI, A.: *Ob. cit.*, p. 341, con otras indicaciones bibliográficas).

Como, además, se admite que las *empresas* a las que aluden tanto la legislación comunitaria (cfr., por todos, FONT GALÁN, J. I.: *La libre competencia en la Comunidad Económica Europea*, Bologna, 1986, p. 79; BERCOVITZ, A.: *Normas sobre la competencia del Tratado de la CEE*, en «Tratado de Derecho comunitario europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)» (dirigida por E. García de Enterría, J. D. González Campos y S. Muñoz Machado, Madrid, 1986, II, pp. 327-480; en pp. 338-339) como la nacional (VICENT CHULIA, F.: *Compendio*, II, p. 628) pueden ser empresas agrícolas o ganaderas, habrá que concluir que los contratos de integración vertical pueden constituir, en algunos casos, *prácticas prohibidas* por la Ley.

Sin embargo, este tipo de prácticas pueden fácilmente ser consideradas como *excepcionables*, si se piensa que contribuyen a mejorar la producción y/o distribución de bienes, que los consumidores obtienen beneficios de dichos acuerdos y que las posibles prácticas restrictivas que de su aplicación resulten puedan ser las indispensables para

En relación con esta obligación, los contratos establecen también las modalidades de *pago* del precio, de modo muy variado. Así, por ejemplo, la entrega de semillas o de otros bienes suele ser considerada como un *anticipo* del precio (78).

#### 4. Extinción

Las peculiaridades de esta figura contractual no se ciñen a su contenido, sino que se refieren también a su extinción poniendo de manifiesto la subordinación del empresario agrícola. En efecto, el verdadero contrato de integración se caracteriza por dar lugar a una relación jurídica duradera. La estabilidad perseguida por el productor agrícola tiene como consecuencia fundamental un alejamiento del empresario agrícola del resto del mercado —salvo casos de pluralidad de cultivos o de integración parcial— que le colocará en situación delicada cuando finalice la integración (79).

Como en la concesión comercial, es preciso distinguir si el contrato de integración es de duración limitada o ilimitada (80). En el primer caso, es evidente que no existe un derecho del empresario integrado a la prórroga del contrato ni a una indemnización al finalizar la relación (81). Sólo el legislador, en protección de la parte más dé-

---

aquella finalidad (*vid.* art. 5 LRPRC). En el supuesto de que existiese *posición de dominio* en el mercado, podría, todo lo más, alegarse que las prácticas abusivas no *lesionan injustificadamente* la economía nacional, los intereses de los consumidores o la actuación de los restantes competidores (art. 2 LRPRC).

(78) La forma de pago y los anticipos previstos constituyen cláusula esencial de los contratos-tipo amparados en una negociación colectiva [art. 12 f) RCPA] y de los contratos-tipo directamente homologables [art. 2 g), Real Decreto 2.556/1985].

Por su parte, la Ley catalana de integración ganadera dispone que «el integrador deberá pagar la retribución convenida en el momento de retirar el ganado, salvo que se haya acordado expresamente otra forma de pago» (art. 10.1).

(79) Cfr. MARTIN, G. J.: *Les contracts d'intégration...*, p. 25. Se trata de un resultado similar al de la extinción de la concesión (cfr. IGLESIAS PRADA, J. L.: *Ob. cit.*, pp. 267-268).

(80) El supuesto de un contrato de integración vertical de duración ilimitada es, sin embargo, prácticamente inexistente. Se establece siempre un plazo de duración, de una o varias campañas, añadiendo, en ocasiones, que se prorrogará por iguales periodos si ambas partes lo estiman conveniente (*vid.* AMAT, L.: *Ob. cit.*, p. 18).

La Ley catalana de integración ganadera prescribe que si la duración del contrato no se estableciese por periodos de engorde de plazo fijo y a su vencimiento estuviera en curso un engorde, el contrato no se extinguirá hasta la conclusión del periodo correspondiente (art. 13).

(81) Cfr. MARTIN, G. J.: *Ob. cit.*, pp. 26-27. Para la concesión, IGLESIAS, J. L.: *Ob. cit.*, p. 275.

El derecho a la indemnización sólo podría nacer —como en la concesión— en los supuestos de *ruptura unilateral* del contrato anterior al vencimiento o de *abuso del derecho* al no prorrogar el contrato, cuando se hayan cumplido los presupuestos para la renovación y el integrador no consienta la prórroga.

bil, podría establecer esos derechos (82). En el contrato de duración ilimitada, a falta de pacto expreso o de usos aplicables, la exigencia de *denuncia* y de un *plazo de preaviso* y la posibilidad de obtener una *indemnización* sólo pueden apoyarse en el principio general de buena fe en la contratación contenido en los artículos 1.258 del Código civil y 57 del Código de Comercio (83), si bien la duración de estos contratos aparece mediatizada por los respectivos ciclos de producción.

Finalmente, y como ocurre en la concesión comercial (84), ni la muerte o extinción ni la inhabilitación del integrador o del integrado extinguen *per se* el contrato, aunque la contraparte podrá alegar y probar el carácter *intuitu personae* del mismo (85).

---

(82) La legislación sobre contratación de productos agrarios no se ocupa del tema, de modo que serán de aplicación las normas generales.

La Ley catalana de integración ganadera establece que «el contrato de integración se extinguirá... por cumplirse el plazo establecido en el contrato o, en su defecto, una vez finalizado el engorde (o la cría) en curso» [art. 12 a)].

(83) *Vid.*, ampliamente, IGLESIAS PRADA, J. L.: *Ob. cit.*, pp. 268-274.

(84) Cfr. IGLESIAS PRADA, J. L.: *Ob. cit.*, pp. 277-278.

(85) La Ley catalana de integración ganadera dispone que el contrato de integración se extinguirá por defunción o extinción de cualquiera de las partes, una vez acabado el engorde o la cría en curso, aunque no haya transcurrido el periodo de tiempo pactado inicialmente, salvo acuerdo entre el contratante superviviente y en los sucesores del premuerto o en el supuesto de que los sucesores del premuerto sean profesionales de la ganadería y colaboradores principales y directos en la producción afecta a la integración, en cuyo caso tendrán derecho a suceder al premuerto en idénticas condiciones a las establecidas en el contrato y hasta el plazo que conste en éste [art. 12 b)].

# La excepción de la responsabilidad por evicción en la partición realizada por el testador; artículos 1.056 y 1.070, núm. 1, del Código Civil

(Un nuevo enfoque de su problemática desde  
la perspectiva de nuestros antecedentes históricos)

Por FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO

Doctor en Derecho.

Profesor Titular interino de Derecho civil en la Universidad Autónoma de Madrid

**SUMARIO:** I. Introducción.—II. La responsabilidad por evicción en los antecedentes de Derecho romano. Planteamientos generales.—III. Naturaleza jurídica de la división de la herencia.—IV. La responsabilidad por evicción en la división realizada por el padre.—V. La elaboración dogmática de los contratos innominados: la tesis de la *permutatio*.—VI. Nuestro Derecho histórico: la tradición de Derecho romano «vulgar» y la tradición culta o «boloñesa»; La Ley 9, Tít. 15, de la Partida 6.<sup>a</sup>.—VII. La doctrina de nuestros comentaristas.—VIII. La validez de la tesis de la *permutatio* en nuestro Derecho positivo.—IX. Consideraciones generales.

## I. INTRODUCCION

Nuestro Código civil, con una terminología confusa e imprecisa, dispone en su artículo 1.069 la recíproca responsabilidad entre los coherederos por la evicción que pueda acontecer en los bienes adjudicados: «Hecha la partición, los coherederos estarán recíprocamente obligados a la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados». No obstante, el párrafo primero del artículo 1.056: «Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, *se pasará por ella*, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos», como el punto primero del artículo 1.070: «La obligación a que se refiere el artículo anterior sólo cesará en los siguientes casos: 1.º—*Cuando el mismo testador hubiese hecho la partición*, a no ser que aparezca o racionalmente se presuma, haber



querido lo contrario, y salva siempre la legítima», excepcionan dicha responsabilidad en el supuesto de que fuese el testador quien hiciese la partición. Una de las primeras cuestiones que propicia el estudio de esta excepción en la responsabilidad por evicción en la partición de la herencia es, precisamente, la comprensión de su «ratio iuris». Efectivamente, fuera de razones de utilidad justa («ratio sigularis»), lo absoluto del tenor literal con que se nos presenta dicha excepción parece obrar, más bien, «contra tenorem rationis». Ciertamente, desde la lógica del sistema, la presunción que sientan ambos preceptos es contraria a dos principios claramente establecidos en torno a nuestro objeto de estudio. El primero hace referencia al principio general de responsabilidad por evicción en la partición de la herencia. Contemplado en el citado artículo 1.069, viene desarrollado en atención a los criterios de igualdad y proporcionalidad en el artículo 1.071. En este sentido, el lector avisado se percatará, además, de la dudosa clasicidad de la excepción aquí tratada en oposición con los antecedentes (fidedignos) de los números 2 y 3 del artículo 1.070. El segundo, con mayor importancia, si cabe, es la posible alteración de la «voluntas testantis». La voluntad testamentaria es la base de la eficacia del testamento. De ahí que la voluntad del disponente, decidida y completa en todos sus elementos, determine la eficacia de la ordenación querida. En este sentido, al margen de la tipicidad de las propias disposiciones o de las precisiones conceptuales entre lo dispositivo y lo particional, el respeto a la voluntad del disponente nos llevaría a enunciar que el principio general de responder por la evicción de algún bien adjudicado no puede quedar exceptuado si no es, por obra y gracia, de la voluntad del testador. Cómo usurpar esta «questio voluntatis» si la relevancia de la excepción aquí tratada afecta a una de las cuestiones primordiales en la ordenación del testador: el posible menoscabo en la integridad económica de las cuotas de los herederos. Cómo no hacer depender de la propia voluntad del testador la previsión de su resultado de tamaño envergadura.

Sin embargo, desde este plano lógico-jurídico del precepto, tanto de la excepción («se pasará por ella...») como de la subexcepción («...a no ser que aparezca...»), la doctrina ha venido sustentando su fundamento, sin discusión alguna, en su conformidad con nuestro Derecho histórico y, por ende, con los antecedentes de Derecho romano. En este sentido, bajo los auspicios de la partición «parentem inter liberos», se ha acreditado la racionalización implícita del apartado final de la Ley 9, Tít. 15, Partida 6.<sup>a</sup>: «Pero si el padre, o el testador, partiese él mismo la heredad en su vida entre los herederos a su finamiento, si después que él finasse, venciessem algunos dellos en juyzio alguna de las cosas que le vinieron en su parte, *entonces los otros herederos no serían tenudos de facerle enmienda ninguna*». El nexo de unión de la pretendida conformidad con los antecedentes de Derecho romano se ha atribuido, también sin discusión alguna,

a la autoridad del pasaje D. 31, 77, 8 (Pap. 8 resp.). Por su parte, la validez de subexcepción se ha justificado en la bondad del criterio de Decio recogido por Gregorio López en su glosa al apartado final de la Ley de Partidas.

Cualquier posterior intento de revisión del significado del precepto se ha visto condicionado, «ab initio», por la dogmatización de su fundamento histórico (1).

Desde el plano sistemático, la comprensión del sentido lógico del precepto no ha corrido mejor suerte. La ausencia de un estudio unitario y específico de la responsabilidad por evicción en la partición de la herencia, junto a una desorbitada dependencia del binomio onerosidad-gratuidad como criterio general de la responsabilidad por evicción ha conducido, entre otras cosas, a identificar el fundamento de esta excepción con la regla propia de las transmisiones gratuitas (artículo 638 del Código).

La finalidad o «gratia» del presente trabajo es realmente ambiciosa. A través del único medio posible, la revisión del fundamento histórico, trataremos de poner en tela de juicio la racionalidad de la regla objeto de estudio. Ello requerirá todo un vasto y minucioso proceso de reconstrucción de nuestros antecedentes históricos, del que no quedarán exentos algunos de los mitos jurídicos asumidos que nuestra tradición jurídica. Así, por ejemplo, respecto de la famosa tesis de la «permutatio» como razón de los perfiles dogmáticos de la división en Roma. Al margen de su inicial inexactitud, el verdadero íter de su elaboración histórica encierra numerosas respuestas a cuestiones e interrogantes de rabiosa actualidad.

Por el momento, es estas líneas introductorias, señalar que nuestro Derecho histórico es un campo especialmente abonado para esta árdua tarea de revisión y reconstrucción ya que, como punta de su iceberg, podemos constatar un dato de capital importancia jamás tomado en consideración: la clara antinomia existente entre el texto de autoridad D. 31, 77, 8, y el apartado final de la Ley 9 de Partidas.

---

(1) Pensemos en la polémica suscitada entre dos grandes especialistas de nuestro Derecho, VALLET DE GOYTISOLO y ALBALADEJO GARCÍA, acerca de la correcta interpretación de una variante histórica de nuestro objeto de estudio, la facultad de impugnar por lesión la partición realizada por el testador, artículos 1.056, párrafo 1, y 1.075 del Código civil (un resumen de esta polémica puede encontrarse en la obra de VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la Facultad de Disponer*, Tomo I, pp. 837-840). Como podemos observar, desde el plano de la interpretación gramatical, la lógica del precepto no admite lugar a dudas. En este sentido, la superioridad de la interpretación clásica, defendida por el primero, tiene su mejor aliado en la letra misma del Código. Frente a ella, la novedosa interpretación del profesor ALBALADEJO no puede ser sustentada.

En suma, tal y como adelantamos en nuestra introducción, el error consiste en creer que el fundamento del precepto radica en la mayor o menor lógica de sus términos cuando, por el contrario, dicho fundamento se encuentra en el campo de sus antecedentes históricos. Cuestión, esta última, que ha pasado desapercibida en los intentos de revisión de la validez del precepto.

## 2. LA RESPONSABILIDAD POR EVICCIÓN EN LOS ANTECEDENTES DE DERECHO ROMANO. PLANTEAMIENTOS GENERALES

Antes de abordar las cuestiones sustantivas de nuestro objeto de estudio, tales como la naturaleza de la división o la elaboración dogmática de los glosadores y comentaristas del «*ius commune*», conviene que adelantemos una suerte de planteamientos generales que, extraídos de los mismos antecedentes de Derecho romano, nos ofrecen una visión bien distinta a la que tradicionalmente hemos recibido acerca de la responsabilidad por evicción en la partición de la herencia.

Deste este enfoque podemos empezar por asentar que la evicción como hecho jurídico, es decir, como hecho que reporta unas consecuencias jurídicas, se presenta como un instituto que adapta el contenido de la responsabilidad derivada a las características y naturaleza del acto o negocio en el cual acontece.

Esta afirmación tiene, de cara a nuestro objeto de estudio, dos importantes aplicaciones. La primera incide en el procedimiento técnico que sirvió contra el riesgo de evicción en la partición de la herencia: la «*actio ex stipulatio pro portione*». De su desenvolvimiento histórico podremos matizar la aplicación analógica jurisprudencial surgida de la evicción en la compraventa. La segunda aplicación reside en el propio fundamento de la garantía contra el peligro de evicción en la partición de la herencia. A su luz concluiremos la especialidad de la responsabilidad aquí tratada.

Nuestra primera afirmación no debe conducir a equívocos. Sabido es que los romanistas utilizan preferentemente el término «evicción» en consideración a su papel relevante en el instituto de la compraventa. Semejante planteamiento parece seguir la ordenación del Digesto, en donde la obligación de garantizar contra la evicción aparece contemplada en el Libro 21, Tít. 2 (de la evicción y de la estipulación del duplo) (2). Desde esta óptica, nosotros no pretendemos negar la posición central de la evicción en la compraventa como fuente no

---

(2) Entre otros, ARANGIO RUIZ, en el análisis del término «evizione» nos ilustra con la siguiente referencia: «De “*evincere*” o de “*evictio*” las fuentes romanas hablan frecuentemente para acercarnos al caso en el que seguido un proceso con eficacia real (“*rei vindicatio*”, “*petitio hereditatis*”, “*actio confessoria ususfructus*”, “*adsertio in libertatem*”, etc.) el que era como propietario o heredero, y que en el primero fue actor o demandado, se declara que él no es propietario o heredero o que su propiedad está limitada por la existencia de un derecho real sobre la cosa, de tal forma que pierde la posesión o para conservarla tiene que pagar la “*litis aestimatio*”».» (En *Dizionario Practico del Diritto Privato*, Vol. II, pp. 292 y ss.)

Por otra parte, en nuestro Código civil, respetuoso con la tradición jurídica romana, al confirmar la entrega de la cosa como medio necesario para la adquisición de la propiedad y de los demás derechos reales en ciertos contratos (artículos 609 y 1.095) regula la obligación por evicción como una prolongación, o consecuencia, de la obligación de la entrega de la cosa en atención, principalmente, al contrato de compraventa (artículo 1.461, así como de la ordenación sistemática de las subsiguientes secciones).

sólo de su concepción, sino también de los presupuestos, requisitos y límites de la responsabilidad derivada. En este sentido, la evicción en la compraventa se presenta como el cauce natural de evolución y progreso jurídico. Así, desde la clásica definición de Cujacio, «*efficax et plena in iudicio victoria eius qui agit in emptorem, vel quo agit emptor*», hasta la descripción por Donello de los presupuestos necesarios, «*ut res auferatur emptori, ut res ablata sit iudicio, et propter vitium in iure auctoris*», las referencias a dicho instituto son constantes.

No obstante, y he aquí la validez de nuestra afirmación, desde el plano sistemático de la responsabilidad por evicción hay que admitir, con Kamphuisen (3), que fuera de la compraventa no hubo en Roma una regla general sobre la obligación de garantizar contra la evicción ya que ésta operó de modo especial en cada uno de los actos o negocios en los que aconteció.

De este modo, la nota o la característica de especialidad que debe acompañar al estudio de la responsabilidad por evicción en la partición de la herencia, enlaza con el mejor método de investigación de los antecedentes romanos: el casuismo jurídico.

En relación al procedimiento técnico que facultó contra el riesgo de evicción en la partición de la herencia, es decir, la «*actio ex stipulatio pro portione*», esta nota de especialidad puede ser observada en la concurrencia, y posterior evolución, de dos estipulaciones sumamente importantes en la responsabilidad por evicción en la compraventa: la «*stipulatio duplae*» y la «*stipulatio habere licere*». Efectivamente, fuera del mar proceloso de la auctoritas como base de la responsabilidad por evicción, ésta parece concretarse de forma definitiva con la «*stipulatio duplae*». Con ella adquirirá plena significación el término «*evincere*», que pasará a designar técnicamente el instituto de la evicción. Se trataba de una estipulación penal, generalmente aplicada a las ventas de «*res Mancipi*», por la que el vendedor se comprometía a pagar una suma equivalente al doble del precio («*stipulatio certi*») en el caso de producirse la evicción.

Frente a ella, la «*stipulatio habere licere*», cuyo origen parece ser incluso anterior a la «*stipulatio duplae*», presentaba una diversa utilización tanto por su campo de aplicación como por su propio contenido. Aplicada en las ventas de «*res nec Mancipi*» (salvo lo preceptuado por los usos locales que rigieron en el período clásico) su contenido hacía ya referencia a un tipo de responsabilidad objetivada en la medida del interés del comprador en tener la cosa («*stipulatio incerti*»). El alcance de su protección de discutido. Para un sector doctrinal solamente garantizaba contra los ataques jurídicos que pudieran provenir del vendedor o de sus hermanos (Kaser, Schulz). Para el otro

---

(3) KAMPHUISEN: *La garantie on cas d'éviction en droit romain hors du contract de vente*, en «*RHD*», 6 (1928).

sector doctrinal, su garantía se extendía con carácter general, contra cualquier oposición de un tercero (D'Ors, Calonge).

En esta fase ambas estipulaciones son buena muestra del papel estelar de la «stipulatio» como forma general de obligarse, susceptible de cualquier contenido. En nuestro caso, como medio de garantía contra el peligro de evicción.

Sin embargo, su distinto contenido y la posterior evolución de estas estipulaciones revelan, en nuestra opinión, un claro antecedente de la diversa regulación jurídica que se dio en la responsabilidad por evicción según aconteciese en la compraventa o en otros institutos de distinta naturaleza jurídica como, por ejemplo, la división de la herencia.

En este sentido, el contenido de la «stipulatio habere licere» introdujo un criterio variable de capital importancia en la evolución posterior: el «*id quod interest*» del comprador. Con dicho criterio se hizo posible una responsabilidad más acorde con la naturaleza de la compraventa: el resarcimiento tanto del «*damnum emergens*» como del «*lucrum cesans*». A su vez, el desenvolvimiento histórico de esta estipulación condujo a un ensanchamiento en el mismo ámbito de las obligaciones nacidas del contrato de compraventa: la de mantener al comprador en la libre e indiscutida posesión de la cosa. De este modo, la posterior «*actio empti*», sin necesidad de estipulación adjunta, posibilitó la reclamación directa del «*id quod interest*» del comprador. La obligación de «*evictionem praestare*» entraba, de esta forma, en el marco de los elementos naturales del contrato. Por contra, el testimonio histórico de la «*stipulatio duplae*», prácticamente hasta finales de la época justineana, pone de relieve su utilización como procedimiento técnico contra el riesgo de evicción más allá del campo de la compraventa. En esta línea, su evolución es fiel a su papel de estipulación adjunta como medio de garantía contra la evicción. No se produce, por tanto, ni un ensanchamiento de su contenido al servicio de un tipo contractual determinado (mantiene su contenido de «*stipulatio certi*») ni la consecución de una propia obligación de «*evictionem praestare*» (de ahí su papel de medio de garantía). En este contexto se puede concluir, en principio, que el medio de garantía contra la evicción en la partición de la herencia descende de esta rama histórica de la «*stipulatio duplae*» (4). En este sentido, amén de

---

(4) La utilización de la «*stipulatio*» como remedio contra el riesgo de evicción, no plantea serios problemas de veracidad pese a la indeterminación que contienen algunos pasajes del Digesto en su alusión a la «*cautio*», como medio general de garantía. En primer lugar, aparte de la tutela judicial de los derechos, el término «*cautio*» generalizaba diversos procedimientos técnicos que tenían la finalidad de asegurar la efectividad del estado de hecho correspondiente a un derecho. El sentido ordinario de la caución en Roma fue el que respondía como garantía personal a la provisiones aseguradas por fianza («*cautiones*»). Pero al lado de este sentido cabían otros especiales como la caución real («*cautio pignoratitia*»), la «*sequestratio*», la «*missio in possessio-*

la utilización misma de la «duplae», la «actio ex stipulatio pro portione» precisó el contenido indemnizatorio de la estipulación en atención a la porción hereditaria de los coherederos; D. 45, 1, 4, 2 (12 ab sab.) (5).

Por otra parte, la nota de especialidad de la responsabilidad aquí tratada alcanza el fundamento mismo de la garantía. Sin perjuicio de lo que más adelante añadiremos acerca de la verdadera naturaleza de la división en Roma, podemos adelantar que dicho fundamento obedeció a la peculiar naturaleza jurídica de la división y, en especial, a su finalidad económica y social. De este modo, su fundamento respondió a los principios y reglas de la comunidad hereditaria y, en particular, al reparto proporcional tanto de las ganancias como de las partidas o perjuicios. Nada más alejado de esta realidad resultaría el establecimiento de dicho fundamento en la línea evolutiva de la «stipulatio habere licere» y, por ende, de la «actio empti», como una propia obligación de «evictionem praestare» surgida de una pretendida operación traslativa y onerosa entre los coherederos, a modo de permutas o cesiones recíprocas de las porciones indivisas.

Por contra, la coherencia del fundamento que sostenemos obtiene su razón de ser de un dato tan indiscutible como el de la comunidad hereditaria como fuente de obligaciones entre los coherederos. Así, respecto a las tradicionales obligaciones que surgen de la comunidad hereditaria como «communio rerum»: a) El reparto proporcional de los frutos y, en general, de las utilidades obtenidas de los bienes hereditarios, así como el de los daños no imputables y el de los gastos realizados en interés de la comunidad; D. 10, 2, 18, 3 (Ulp. 19 ed.); D. 10, 2, 39 pr. (Scae. 1 resp.); D. 9, 4, 19 pr. (Paul. 22 ed.), o D. 10, 3, 6, 3 (Ulp. 19 ed.). b) La indemnización de los daños imputables a algún coheredero; D. 10, 2, 16, 4 (Ulp. 19 ed.); D. 10, 2, 17 (Gai. 7 ed. prov.), o D. 10, 3, 3, pro. (Ulp. 30 sab.). Debemos tener en cuenta que la comunidad hereditaria también fue fuente de obligaciones respecto de aquellas situaciones dignas de protección que

---

nem») y, en nuestro caso, la «stipulatio» verbal. De todo modos, parece ser que el significado de «cautio» como «seguridad» deriva del documento testifical que le sirvió de prueba de la existencia y contenido de la «stipulatio». Con éste se sustraía, o protegía, el derecho de la posibilidad de cualquier «duda eficaz», ya que se fijaba, con el respaldo de su eficacia obligacional, el contenido y el límite de la responsabilidad. En segundo lugar, algunos textos aluden ya a la «stipulatio» a través del convenio («convenit», «conventionem») a propósito de los riesgos de la evicción: C. L. 14, Tit. 36, Libro 3, o la contemplan expresamente: C. L. 2, Tit. 55 («De evictionibus»), Libro 8 «ex causa stipulationis».

(5) A su vez, a diferencia del contenido variable del «id quod interest» (valoración de la «res evicta» al tiempo de la evicción) la «actio ex stipulatio» determinaba el momento de valoración de la «res evicta» en atención a su precio de adjudicación, o de su estimación, al tiempo de la división. Este criterio diferenciador fue seguido por Bártolo, que lo fundamentó en la distinta naturaleza entre la división y la venta: mientras la división se presentaba como un acto necesario «quia divisio es actus necessarius», la venta aparecía como un acto voluntario «quae est actus voluntarius».

podían tener relevancia a propósito de la necesidad de dividir. Entre ellas, y de forma destacada, la evicción de algún bien adjudicado. De ahí que la evicción sufrida por un coheredero no tenga un tratamiento aislado, sino que su valoración jurídica traiga su causa de una situación de comunidad hereditaria. Por ello, en la «*actio familiae erciscundae*» el Juez o árbitro de la división debía velar, en uso de sus facultades (D. 10, 2, 3, Gai. 7, ed. prov., y D. 10, 2, 16, 1. Ulp. 19 ed.), tanto por el reparto equitativo de los derechos y cargas de la herencia como de la eficacia de dicho reparto una vez realizada la división. El Juez, al margen de tener en cuenta en la división de los predios «lo que es más útil para todos, o lo que prefieran los comuneros»; D. 10, 3, 21 (Ulp. 30 ad. Sab.), debía proceder a que se diera la oportuna caución de evicción a aquellos a quienes hacía las correspondientes adjudicaciones; D. 10, 2, 16 pr. (Ulp. 19 ed.); D. 10, 2, 25, 21 (Paul. 23 ed.), y D. 17, 2, 38, pro. (Paul. 6 Sab.). Se comprende así, cómo aunque la obligación de garantizar contra la evicción tuviese su oportunidad en la necesidad de dividir (y de ahí su papel de estipulación adjunta), su fundamento derivase de la aplicación de uno de los principios rectores de la comunidad: el trato igual y equitativo en el reparto proporcional del daño o perjuicio causado por la evicción de un bien hereditario. Consecuencia lógica de la situación de «conurrencia» y no de «contratación» que une a los coherederos frente a los riesgos de los bienes hereditarios: «...quoniam cum herede non contrahimus, sed incidimus in eum...», D. 10, 2, 25, 16 (Paul. 23 ed.).

En definitiva, tanto el fundamento como el contenido de la estipulación respondieron a la naturaleza y función de la división de la herencia, dando lugar a un régimen especial de la garantía contra la evicción respecto del general establecido para la compraventa.

### III. NATURALEZA JURIDICA DE LA DIVISION DE LA HERENCIA

El análisis de la naturaleza jurídica de la división de la herencia constituye el primer paso necesario para poner en tela de juicio la clasicidad del fundamento histórico, que sustenta la validez del punto primero del artículo 1.070 del Código civil. Máxime si empezamos a tomar en consideración que el principio general de responder por la evicción en la división de la herencia no tuvo, salvo la expresa voluntad del testador, límite alguno. De esta forma, se podrá explicar la lógica antiñomia entre el texto de autoridad, D. 31, 77, 8 y el apartado último de la Ley 9 de Partidas; ya que éste obedeció, realmente, a una consecuencia derivada de la elaboración dogmática que los glosadores y comentaristas del «*ius commune*» hicieron acerca de los contratos innominados y, particularmente, a la identificación de

la figura jurídica del convenio de división con la permuta. Consecuentemente, el pulso de nuestra investigación está igualmente interesado en la constatación del carácter espurio de la tesis de la «permutatio» como en el esclarecimiento de los verdaderos procesos evolutivos que, a la sombra de dicha concepción, hicieron posible la falsa clasicidad de la excepción aquí tratada. Conscientes del ambicioso propósito de nuestra empresa, hemos tenido que recurrir a un método científico que juzgamos válido y exhaustivo. Por una parte, nos serviremos de la autoridad de Lenel de cara a las inestimables enseñanzas que aporta la reconstrucción de la fórmula de la acción divisoria. Por la otra, realizaremos un comentario crítico de aquellos pasajes que, con mayor o menor incidencia, han sustentado la validez de la famosa tesis de la «permutatio». Para ello aprovecharemos el recurso a estos pasajes por parte de prestigiosos juristas que, en diferentes contextos históricos y propósitos, los han utilizado convencidos de su ejemplaridad. Como corolario de este quehacer, valoraremos la repercusión, para nuestro objeto de estudio, de ciertos hechos llamativos como, por ejemplo, la inclusión de la comunidad hereditaria en el «quaxi ex contractu», o el posterior paso de la acción de división a las llamadas acciones de buena fe.

Como sabemos, la existencia de varios herederos que hayan aceptado la herencia a ellos deferida da lugar al nacimiento de la comunidad hereditaria. Esta corresponde a una comunidad «pro parte por individuo» en la que cada heredero es titular de una cuota o fracción del «ius hereditario». Ya que la «sucessio», como colocación de un heredero en la posición jurídica del «de cuius» («in locum et ius»), posibilita la subrogación en el derecho hereditario, pero no en la propiedad de la «res» hereditaria. Sólo en la época postclásica se hará referencia a una «sucesión particular» a propósito de los legados.

El contenido socioeconómico de la época clásica, sin tardanza alguna, adjetiva de transitoria esta situación. Recordándonos, inevitablemente, la necesidad de un procedimiento para el logro de los intereses particulares de los comuneros: la división de la herencia (6).

Con ella, el abstracto derecho en la participación del «ius hereditario» se concentra y personaliza en la titularidad sobre bienes determinados de la herencia. Constituyéndose, como se ha dicho, en el título inmediato de la adquisición singular del heredero. El análisis de la naturaleza jurídica de este proceso de adquisición del dominio, representa un elemento imprescindible para la mejor comprensión de los posteriores procesos evolutivos.

---

(6) En este sentido, la división aparece como un remedio lógico a una situación de comunidad que, aparte de resultar difícil de llevar, no permite plenamente el valor económico-consuntivo que la propiedad tiene en este estadio socio-cultural de Roma. D. 10, 2, 4, 3 (Ulp. 30 Sab.); D. 10, 3, 8 pr. (Afr. 7 quaest.). Sobre los pactos de no dividir (D. 17, 2, 65, 5) (Paul. 32 ed.): D. 10, 3, 14, 2 y 3 (Paul. 3 Plaut) y D. 17, 2, 16, 1 (Ulp. 30 Sab.).



Ya el profesor Frezza (7) dejó constancia de la importancia de los nuevos fragmentos de Gayo para el conocimiento científico de la «*actio familiae erciscundae*» y, en particular, para la reconstrucción de su fórmula. En general, los resultados que se han obtenido de esta vía de investigación favorecen nuestro postulado de especificar el fundamento y contenido de la responsabilidad por evicción en atención a principios y reglas propios de la comunidad hereditaria. Configurándose como un régimen especial fuera de la aplicación de esta responsabilidad en el contrato de compraventa.

Lo que supone, en definitiva, no hacer depender la responsabilidad cuestionada de un pretendido carácter traslativo y oneroso de la división, sino de un proceso técnico que hace posible la realidad de uno de los principios rectores de la comunidad hereditaria: el reparto proporcional tanto de las ganancias como de las pérdidas. Pues no debemos olvidar que la división, aparte de su función adquisitiva del dominio, reporta toda una regulación de las consecuencias jurídicas derivadas de hechos, comportamientos o acontecimientos, que guardan su razón de ser en una situación anterior de comunidad. Entre éstos, el perjuicio ocasionado a un coheredero por la evicción de un bien a él adjudicado.

Esta nueva orientación, al margen de razonamientos y argumentos ya expuestos, cuenta en la doctrina romanística con importantes elementos de autoridad, como se desprende de la reconstrucción del Edicto perpetuo llevado a cabo por Otto Lenel (8). Además, la lógica de su razonamiento posibilita la aportación de unos comentarios críticos a los textos aducidos en apoyo de la teoría traslativa de la división.

Respecto al trabajo de Lenel, su palingenesia se centra, sobre todo, en los comentarios de Ulpiano al Edicto del Pretor (9). En su opinión, la dificultad que presentan los juicios divisorios se halla en la reconstrucción de su «*demonstratio*». Para Rudorff (el más ilustre predecesor de Lenel en estas tareas), la reconstrucción de la «*actio familiae erciscunde*» tenía el siguiente tenor: «*Quod hereditas illius illi cum illo communis est, quam ab rem familiae erciscunde arbitrum sibi dari postulanerunt...*»

Lenel discrepa de la conexión: «*quod hereditas... communis est, quam ob rem...*», por considerarla foco feliz y no responder la «*demonstratio*» a lo que se puede indagar de ésta en las fuentes. En cualquier caso, tiene como probable que hubo una necesaria mención en

(7) FREZZA, P. (1957): *Actio familiae erciscunde*, en «Novísimo Digesto italiano».

(8) OTTO LENEL: *Das Edictum Perpetuum*, en «Ein Versuch zu Seiner Wieder Herstellung. Neudruck, Der 3 Auflage», Leipzig, 1917 (Aalen 1985).

(9) *Ulp. 19*, desarrollado en D. (10.2) 2, 4, 6, 8, 10, 12, 14, 16, 18, 20, 22, 24 (35.2), 43 (40.4), 30 cf. h. t. 22 (5) (41.1) 44 cf. h. t. 8 (2).

También, *Paul. 23*, desarrollado en D. (10.2) 9, 11, 15, 21, 23, 25, 27, 29, 56; *Gai. 7*, en D. (10.2) 1, 3, 4, 17, 19, 26, 28; *Julian. 8*, en D. (5.4) 7. h. t. 51 y 3. (40.7) 12.

la «demonstratio» a la «iudicis postulatio». Así, también, es de suponer en el testimonio de la Lex Rubri C. 23.

Además, de la segunda parte de la fórmula de Rudorff (10), se desprende la necesidad de esta mención dado que sólo a través de ella se pueden agrupar con sentido todos los fragmentos preceptivos de aquélla. Pues en la naturaleza de la cuestión, es decir, de la acción divisoria, únicamente la «iudicis postulatio» pudo constituir el fundamento jurídico del «adiudicari oportere». Después de este último, al formar la base propia de la fórmula, pudo servir para que cristalizara adecuadamente el «quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet». De la certeza de esta hipótesis, así como de sus profundas notas, Lenel, siguiendo el curso del comentario de Ulpiano llega a la siguiente «demonstratio» que tiene por segura: «Quod Lucii titii heredes de familia erciscunda deque eo, quod heres factus sit, gestum admissum sit, iudicem sibi dari postulauerunt.»

Fuera de la total exactitud histórica de la reconstrucción de Lenel, que por otra parte sólo puede ser objeto de estudios muy especializados, nos interesa señalar que lo que realmente aparece como incontable, en el estadio actual de la ciencia romanística, es el papel central que debió jugar la «iudicis postulatio» en la fórmula de las acciones divisorias.

Consecuencia de ello es para el Derecho romano analizado, período de las «legis acciones» y procedimiento «per fórmulas», que el fundamento jurídico de la cláusula de adjudicación, es decir, de la adquisición singular del heredero no proviene de una pretendida operación traslativa que surge de la división, a modo de permutas o cesiones recíprocas de porciones indivisas entre los herederos, sino de la «potestad» de Juez que con su solicitud así lo establece.

A este mismo resultado nos conduce la excelente obra de los profesores Heumann y Seckel (11) acerca de los significados y aplicacio-

(10) «Quod... de familia erciscunda iudicem sibi dari postulauerunt.»

(11) HEUMANN, H., y SECKEL, E.: *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 10 Auflage, Graz, 1958.

De los distintos significados y aplicaciones del término «officium»: 1) como criterio de comportamiento (de los hombres, de los parientes o del amigo); 2) coprestación de servicio (servicios domésticos o trabajos de un esclavo); 3) como ejercicio o aplicación de la prestación, y 4) como personal que pertenece a un tribunal. El que hemos señalado como «poder de cargo» o «facultades» de dicho cargo es, sin lugar a dudas, el que corresponde al ministerio del Juez a través de la «adiudicatio» en el juicio de división de herencia. Numerosos pasajes del Digesto reflejan esta facultad del Juez que hace posible el cumplimiento de los deberes de su cargo: D. 10, 2, 22 (1) (Ulp. 19 ed.); D. 10, 2, 3 (Gai 7 et. prov.); D. 10, 2, 26 (Gai 7 ed. prov.); D. 10, 2, 2, 28 (Gai 7 ed. prov.); D. 10, 2, 1 (1) (Gai 7 ed. prov.); D. 10, 2, 25 (5) (Paul. 23 ed.); D. 10, 2, 42 (Pomp. 6 Sab.); D. 10, 2, 47 pr. (Pomp. 21 Sab.); D. 10, 2, 55 (Ulp. 2 ed.). Por otra parte, la «divisio», como «dividere», hace posible, a través de los procedimientos que estudiaremos, la materialización de un concepto como la cuota que pertenece a una categoría de la lógica jurídica. En este sentido, «portio domini, pars domini» como «arte en algo» —cuota.

nes de los términos en las fuentes. En este sentido, el «*officium iudicis*» exterioriza tanto la obligación del cargo que se ejerce como el poder que se confiere al mismo. Consecuencia de éste es que al ministerio del Juez de la división le corresponde la adjudicación de los bienes de la herencia y demás actuaciones necesarias para llevar a cabo la obligación de su cargo, es decir, la división justa y equitativa de los bienes y las cargas de la herencia.

La «*iudicis postulatio*» se presenta como un elemento impulsor de la acción divisoria que, dentro de un proceso formal de atribución del dominio, descarga en la «*demonstratio*» todo el mensaje de reparto proporcional que trae consigo, inevitablemente, el hecho de la división como disolución de una situación anterior de comunidad hereditaria. De esta forma, la alusión de la acción divisoria, como título inmediato en la adquisición singular del heredero, no puede cambiar o mutar la relación originaria que se establece entre ellos en su participación plural del «*ius successionis*». La división, con las bases descritas, no obedece a nuevos y artificiosos derechos de los herederos, sino a un procedimiento técnico que responde, con un resultado adquisitivo, al criterio de participación mencionado.

Su fundamento último se encuentra, por tanto, en los principios y reglas de la comunidad hereditaria y, en particular, en el reparto proporcional tanto de las ganancias como de las pérdidas o perjuicios.

Pero la autoridad de Lenel no concluye para nuestro objeto de estudio aquí, sino que además aporta importantes deducciones en la conexión de la referida «*demonstratio*» con la cláusula de adjudicación; que según el texto de Gayo (IV.42), tenía el siguiente tenor: «*Quantum adjudicari oportet, iudex titio adjudicato.*» Después de su comentario a cuestiones concretas y de la referencia a las fuentes, completa esta parte de la fórmula con la siguiente construcción: «*Quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet (ex fide bona?), eius index alterum alteri c.s.n.p.a.*» La colocación de un interrogante en la cláusula *ex fide bona* de la fórmula, la justifica Lenel por la polémica existente en torno a la pertenencia o inclusión de los juicios divisorios en los «*iudicia bonae fidei*». Por una parte, no hay duda de que las normas (reglas) a tenor de las cuales los clásicos tratan de obligaciones que nacen de la comunidad responden a la estructura de los juicios de buena fe. Por otra parte, los juicios divisorios faltan en el extracto de Gayo IV.62 (cuya enumeración es exhaustiva de los *iudicia b.f.*). Su posterior aparición en el texto Justiniano, Inst. (4.6.), 28, nada demuestra en orden al derecho clásico, pues, aunque los pasajes de la compilación confirman su carácter de buena fe, éstos subyacen colectivamente en la sospecha de interpolación. En este estado de la cuestión, Lenel opina que la propia evolución histórica puede aclarar la ausencia de esta cláusula «*ex fide bona*» en los juicios divisorios. En este sentido estos juicios debieron tenerla expresamente, bien en la «*intentio*» o en la «*demonstratio*»,

mucho antes de la aparición de los «iudici bonae fidei» para hacer posible que el Juez, dentro de un marco de actuación, pudiera realizar las compensaciones necesarias en la división. Cuando paulatinamente las obligaciones nacidas de la comunidad adquirieron reconocimiento, fue natural basarlas en una «intentio» sobrevenida sin proceder a una modificación de la misma, y sin considerar que en las decisiones respectivas la «bona fides» desempeñara un papel importante.

Lenel termina separándose del criterio de Audibert, favorable a la existencia en la fórmula de la a.f. ercis. de una duplicidad tanto de la «intentio» como de la «condemnatio». Las unas, habilitadas para las discrepancias de la relación obligatoria, y las otras, para hacer posible las compensaciones pecuniarias. En su opinión, al margen de las pruebas que aduce para rebatir tal criterio, la simple «intentio» y «condemnatio», con la concepción elástica que debieron tener, pudieron cubrir cualquier necesidad práctica. De cualquier modo, el comentario de Lenel es provechoso para nosotros pues representa un punto de apoyo más en la no equiparación de la acción divisoria con la fisonomía contractual que generalmente, desde Justiniano, presentan las «iudicia bonae fidei». Porque aunque la acción divisoria en el período de las «legi actiones» se desarrollase con el procedimiento de la «Legis actio per iudicis arbitrive postulationem», prototipo procesal de las acciones de buena fe y, en general, de todas las de deuda indeterminada, la finalidad de esta cláusula difiere de la importancia específica de la «bona fides» en el contrato. Fuera de los contratos gratuitos, o de confianza, la buena fe persigue un equilibrio de interés en una relación jurídica que exterioriza una reciprocidad de obligaciones (bilateralidad funcional) derivada, a su vez, de un acuerdo o convenio sobre una base, también, de intereses contrapuestos. De ahí, que el Juez pueda estimar con mayor flexibilidad la responsabilidad del demandado y el interés del demandante (como sanción o indemnización de la lealtad quebrantada por una de las partes de un contrato), pero en el marco de la estructura contractual y onerosa de la relación jurídica. Por eso, cuando con Justiniano cambia la naturaleza de la acción divisoria dejando de ser real («in rem») para pasar a ser mixta («tan in rem quam in personam») y se la incluye dentro de las acciones de buena fe (12), no debemos

---

(12) PASQUALE VOCI (*Diritto Ereditario Romano*, Milano, 1963) también coincide con criterio de Lenel al considerar que esta proximidad entre la a. f. er. y la «iudicia bonae fidei» que llevó a su inclusión en estos últimos, obedeció a una clasificación postclásica de origen probablemente escolástica, que no tuvo efectos sustanciales en el contenido y función de la división. Sobre su carácter de juicio de buena fe podemos citar los siguientes textos: Ley 9, Tit. 36, Libro 3 del Código (Idem. a. Nerinae): «No es dudoso que contándose el título de la partición de herencia entre las acciones de buena fe...»; D. 10, 2, 2, 2, 3 (Ulp. 19 ed.): «En la acción de partición de herencia, cada uno de los herederos tiene la posición del demandante y demandado»; D. 10, 3, 2, 1 (Gai. 7 ed. prov.): «En las tres acciones dobles, de partición de herencia, de división de la cosa común y de deslinde, se pregunta quién se entiende por deman-

pensar que se operó una extrapolación de la «bona fides» propia de los contratos onerosos, sino que simplemente, con un afán ya post-clásico, se intentó clasificar las nuevas necesidades prácticas que presentaba la acción de división, entre ellas su ejercicio a los efectos puramente obligacionales de la «condemnatio». De ahí que la cláusula «ex fide bona» en la acción divisoria (aparte de su papel necesario para las posibles compensaciones) sí permitió cierto juego del régimen propio de las acciones de buena fe: como el mayor «arbitrium» del Juez para determinar la condena, la relevancia de los pactos, o la reciprocidad en la iniciativa procesal, fue, sin lugar a dudas, desde su contexto de comunidad, es decir, de la concurrencia o participación en el derecho hereditario, y con la finalidad de lograr un reparto proporcional y justo tanto de los derechos como de las cargas y riesgos de la herencia.

De todos modos, tal y como adelantábamos, la naturaleza jurídica que sustentamos de la división de la herencia en base a su elemento más íntimo, la fórmula de la acción divisoria, puede verse confirmada en el comentario crítico a los textos de autoridad que sirvieron para hacer valer a la «espuria tesis» de la «permutatio».

El primer texto objeto de nuestro comentario lo traemos a colación a propósito del excelente trabajo del notario Martín López: «Carácter y efectos de la partición de la herencia» (13). Al margen de su loable intento de solucionar el eterno conflicto entre la tesis traslativa y la declarativa, a través del carácter especificativo o determinativo de la división, nos interesa señalar que el citado autor parte de la concepción traslativa de la división en Roma corrobórandolo, especialmente, en la definición de Papiniano acerca de los efectos de la división; *D. x, 2. (familiae erciscundae) 20,3*: «un cambio de partes indivisas que los coherederos se consienten recíprocamente».

La elección de este texto como objeto de nuestro primer comentario no responde a un criterio baladí ni a una decisión arbitraria. La razón de esta elección se puede justificar desde varios puntos de vista. En primer lugar, es notoria la importancia que tiene la interpretación jurídica que se ha hecho de este texto como argumento de la tesis traslativa en el marco de los antecedentes históricos. En segundo lugar, la localización cronológica del quehacer de Papiniano nos sitúa, dentro de una periodificación del Derecho romano, en una época especialmente sensible y valiosa para clarificar nuestros conceptos: la última jurisprudencia clásica. Por último, no podemos olvidar que este gran jurista fue el maestro de los discípulos cuyos comentarios

---

dante, pues parece igual la posición de todos; pero se estimó que sea considerado demandante el que hubiese provocado el juicio», y *D. 17, 2, 78* (Proc. 5 epist): «Sin embargo, en la cuestión propuesta estimo que ha de seguirse el arbitrio de un hombre recto, tanto más por ser la acción de socio un juicio de buena fe.»

(13) En *Revista de Derecho Privado*, marzo, 1936, Tomo 23, núm. 270.

han constituido la mejor base en la reconstrucción del Edicto: Paulo y Ulpiano. El texto citado modernamente D. (10.2.) 20,3. (Ulp. 19 ed.), tiene el siguiente tenor: «Si pater inter filios sine scriptura bona divisit et onera aeris alieni pro modo possessionum distribuit, non videri simplicem donationem, sed potius supreni iudicii divisionem Papinianus ait, plane, inquit, si creditores eos pro portionibus hereditariis conveniant et unus placita detrectet, posse cum eo praescriptis verbis agi, *quasi certa lege permutationem fecerint*, scilicet si omnes res divisae sint.» Traducción: Si el padre dividió sin escritura los bienes entre sus hijos y distribuyó las cargas de las deudas en proporción de las posesiones, dice Papiniano que no parece simple donación, sino más bien partición por última voluntad. Claro que, como dice Papiniano, si los acreedores los demandasen según sus porciones hereditarias y uno faltara a lo dispuesto, puede demandarse contra él con la acción de palabras prescritas, como si hubieran hecho con aquella determinada ley una permuta, es decir, en el caso de que se hubiesen dividido todos los bienes.

El texto recoge el supuesto en el que el pater divide la herencia entre sus hijos por actos intervivos (pacto seguido de la entrega de las cosas) a través de una disposición oral («sine scriptura»). Pero manifestando en la misma la distribución de sus cargas de las deudas en proporción a los bienes entregados a cada uno de sus hijos. La primera parte de la opinión de Papiano califica el acto del pater en los términos expuestos. Ya que lo diferencia de la simple donación («simplicem donationem») y, por extensión lógica, de la «donatio mortis causa») porque tal acto es concluido en vista o con la finalidad de su sucesión futura entre sus hijos alcanzando a todos los bienes de la herencia. Hasta aquí el texto no plantea problemas. El hecho que motiva el desarrollo posterior del criterio de Papiniano y, en definitiva, de la concepción debatida, resulta del incumplimiento de uno de los hijos a la disposición del pater: los acreedores demandan su crédito en consideración a las porciones hereditarias recibidas y uno de ellos falta a lo dispuesto («et unus placita detrectet»). Ante tal situación, Papiniano aduce el remedio de demandarlo con la acción de palabras prescritas, pero comenta dicha solución con los siguientes términos: «*Quasi certa lege permutationem fecerint.*» De este comentario, los defensores de la tesis traslativa de la división obtienen su mejor argumento de autoridad. Pues deducen que Papiniano identifica bien la naturaleza de la división, o sus efectos, con la permuta. De tal forma que el heredero adquiere por títulos distintos, como tal heredero, la parte alicuota que por dicho concepto le pertenecía desde el primer momento en los bienes que se le adjudiquen; como causahabiente de los demás coherederos, las partes restantes que de éstos recibe en permuta para completar su lote.

Sin embargo, un análisis global del texto en consonancia con el régimen jurídico de la división en el Derecho romano, nos lleva a

la conclusión de que esta interpretación no corresponde al verdadero sentido que se desprende del comentario de Papiniano. Si nos fijamos en el supuesto del hecho descrito, observaremos que la circunstancia que le otorga un matiz problemático deriva de la ausencia de una reglamentación o acuerdo sobre el reparto de las deudas de la herencia. En este sentido, el pater, para que su división tenga validez en el ámbito del «*ius civile*», realiza la «*traditio*» de las cosas hereditarias (o en su caso, la «*mancipatio*» o la «*in iure cessio*»), pero nada se establece en orden a las garantías necesarias para el exacto cumplimiento de las obligaciones derivadas del reparto de las cargas de la herencia (estipulaciones, cauciones, cesiones de acciones, etc.). En este orden de cosas el precepto legal de la división «*nomina hereditaria ipso iure inter coheredes dividuntur*» operaría, como efecto inmediato de la adquisición hereditaria, la responsabilidad proporcional de los hijos en las deudas de la herencia según las cuotas asignadas, en nuestro caso, en atención a las posesiones entregadas. No obstante, pese a la consecuencia de la disposición legal lo que sucede en ocasiones, como los casos de existencia de una obligación solidaria o indivisible, es que la falta de cumplimiento de uno de los herederos ensancha el ámbito de responsabilidad de los demás ante la reclamación del acreedor insatisfecho, con lo que se llega a un resultado injusto por el reparto no proporcional de las cargas de la herencia. Para evitarlo, el Pretor protegió la disposición del pater con una «*actio in factum*» que el Derecho justineano sustituye por la «*actio praescriptis verbis*».

Para entender correctamente el comentario de Papiniano acerca de esta última acción debemos plantearnos la problemática tanto del supuesto objeto de estudio como de la solución o remedio ofrecido. El matiz problemático que se desprende del supuesto de hecho se entiende perfectamente si reparamos en las siguientes consideraciones. La naturaleza de la división realizada por el pater (por acto inter vivos) impide que ésta participe de la eficacia y seguridad que derivan del ejercicio de la «*actio familiae erciscundae*». En ella el Juez, o árbitro de la división, a través de la «*adiudicatio*» habría consagrado formalmente las adquisiciones singulares de los herederos en el ámbito del «*ius civile*». Con la «*condemnatio*» resolvería las compensaciones y relaciones obligatorias entre éstos y, en su caso, con las obligaciones de garantía (estipulaciones, cauciones) atendería a los posibles daños que a consecuencia de la división pudieran sobrevenir después de realizada ésta. De todos modos, al margen de este procedimiento más firme y seguro, los hijos, o el padre, pudieron incluso por la vía privada (convenio) establecer las debidas garantías para el exacto cumplimiento de las obligaciones derivadas de la división. Ante su ausencia el daño o perjuicio (en nuestro caso por la falta de cumplimiento) acontece sin estar cubierto su resarcimiento en el campo de «*ius civile*». Pese a ello, la disposición del pater acerca de las cargas

de la herencia debe ser mantenida. Su vulneración conllevaría un quebranto de su voluntad distributiva, amén de un reparto injusto de estas cargas entre sus hijos. En el Derecho clásico la solución es idéntica a la división privada que no contiene estas especiales garantías. El Pretor, como ya hemos dicho, protege la disposición del pater (sin defensa en el ámbito del «*ius civile*») con una «*actio in factum*». De esta forma sanciona el comportamiento doloso del hijo que aceptando la división del padre se niega después a pagar su parte de las cargas de la herencia.

Lo que ocurrió a nivel conceptual es que tanto la base negocial de la división privada como la naturaleza de la «*actio in factum*» (en este sentido su «*condemnatio*» perseguía al «*id quod interest*» de perjudicado) representaron un primer punto de apoyo para una posterior generalización contractual. Así, la doctrina postclásica clasificó al simple convenio de división dentro de la categoría general de los contratos innominados, es decir, aquellos convenios de obligarse recíprocamente que, al no coincidir con los negocios contractuales tipificados por el Derecho clásico como tales (de buena fe), no podían obligar por sí mismos, pero sí obligaban desde el momento en que una de las partes se adelantaba a cumplir lo convenido. A su vez, estos contratos innominados fueron incluidos por Justiniano entre los «*iudicia bonae fidei*» (al igual que la «*actio familia erciscundae*»). La fuerza expansiva del contrato de compraventa tendía a simplificar contratos o negocios complejos y a clasificar con criterios postclásicos. Dentro de todo este proceso, la «*actio praescriptis verbis*» sustituye a la «*actio in factum*» en una división ya contractualizada del convenio de división.

A la vista de estos antecedentes, podemos entender el verdadero alcance del comentario de Papiniano acerca de la validez de esta «*actio praescriptis verbis*» como solución del problema que plantea el texto. Si la división hubiese sido realizada por un negocio privado (convenio) entre los hijos, la justificación de esta «*actio*» aparecería mucho más elocuente dada su vocación contractual. Pero el supuesto no contempla tal convenio, pues la división la realiza el padre por acto «*inter-vivos*» de forma unilateral. Sin embargo, el remedio al incumplimiento de uno de sus hijos tiene que ser, necesariamente, dicha acción al carecer de los demás medios de defensa en el ámbito del «*ius civile*». Papiniano, consciente de este obstáculo teórico, ejemplifica, para la mejor comprensión de su aplicación, recurriendo al concepto de la «*permutatio*» por ser el contrato innominado que mejor se adapta al caso entre coherederos, de manera que se autorice entre ellos el «*agere praescriptis verbis*». De esta forma se hallaba una base contractual pareja a la naturaleza de esta acción.

En nuestra opinión, el comentario de Papiniano obedece claramente, dadas las circunstancias del caso, a un recurso pedagógico que no pretendía, ni tiene, una aplicación en el campo jurídico. Re-



sulta evidente que tanto el padre a través de su división («supremi iudicii divisio») como los hijos con su aceptación, no realizan en ningún momento de sus relaciones jurídicas ninguna permuta con aquél o entre ellos. Lo contrario sería desconocer el conocimiento jurídico que, sin lugar a dudas, debió tener un gran jurista como Papiniano. Sólo de una interpretación arbitrariamente parcial y sumisa a unos dictados especulativos se pudo desprender una dislocada equiparación en la naturaleza, o los efectos, de la división y la permuta, en el presente caso, de la consideración que merece la división del padre como justa causa de la usucapión de éstos. Por lo que respecta a las relaciones obligatorias, como ya hemos dicho, la «actio praescriptis verbis», pese a su naturaleza, tiene su fundamento en el respeto a la disposición distributiva del padre y en la necesidad de ser el único remedio jurídico que sirve a este propósito. Aparte de todas estas valoraciones, el estudio del significado de los términos empleados por Papiniano nos conduce a la misma conclusión.

Del fragmento polémico del texto: «*quasi* certe lege premutationem fecerint» el sentido del término, «quasi», es decisivo para entender la referencia del jurista al instituto de la «permutatio». De los distintos significados y aplicaciones de los términos en las fuentes romanas (según la información de la obra, ya citada, de Heumann y Seckel) el significado más apropiado al presente caso, tal como hemos reflejado en la traducción del texto, es de «como si» (14). Pues bien, si atendemos a las fuentes en las que el término «quasi» viene contemplado con este sentido, observaremos como en casi todas ellas dicho término sirve para relacionar un hecho o circunstancia, que sin tener una aplicación jurídica en la cuestión debatida, colabora para una mejor comprensión de la solución jurídica que se establece. Su sentido, por tanto, no conduce en ningún caso a una identificación o aplicación en la cuestión debatida del hecho o circunstancia referido, sino simplemente a su utilización como recurso pedagógico. Se comprende, así, que Papiniano, para justificar mejor la aplicación de la «actio praescriptis verbis», dado el inconveniente de su naturaleza en relación con las circunstancias del caso, recurra al ejemplo de la «permutatio» «*como si*» los hijos a través del supremo juicio de división del padre («certa lege») la hubiesen realizado entre ellos.

Por último, al margen incluso de este razonamiento que a nosotros nos parece totalmente correcto, podemos alegar otro enfoque en

---

(14) Aunque el texto en cuestión no viene contemplado en las aplicaciones y significados del término «quasi» no tenemos duda alguna acerca de su inclusión en el primer significado que aportan HEUMANN y SECKEL que hace referencia a «como si». Avalan nuestra opinión tanto la traducción del texto por ALVARO D'ORS como la similitud de los pasajes comprendidos dentro de este significado del término «quasi»: D. 50, 17, 180 y 169 (1); D. 2, 12, 8; D. 19, 1, 51 pro.; D. 28, 5, 10; D. 3, 4, 2; D. 4, 6, 37; D. 3, 2, 2 (1); D. 15, 3, 3 (9); D. 2. 14. 19 pro.; D. 11, 1, 11 (9); D. 9, 2, 11 (1 y 2); D. 17, 1, 21 (8); D. 3, 3, 62; D. 34, 3, 3 (1), y D. 31, 21.

favor de nuestro criterio. Si pensamos una vez más en el eje de la cuestión problemática que presenta el texto llegaremos a la conclusión de lo que realmente lleva a comentario el jurista no es, como sería deseable para los defensores de la tesis traslativa, la adjudicación de los bienes de la herencia (objeto propio de toda división) sino, por el contrario, la distribución de las cargas de la herencia. Cuestión que, por su propia naturaleza, quedaba dividida «*ipso iure*», fuera del juicio de división por voluntad de la ley. No hay, en consecuencia, sea cual sea la interpretación a realizar, una referencia o mensaje directo a la adquisición singular de los hijos, sino a la distribución de las deudas de la herencia.

Un segundo texto importante en la defensa de la tesis de la «*permutatio*» y, en consecuencia, del carácter traslativo de la división, lo encontramos en la *Ley I Cod. comm. utriusq. judic*: «que *vicem emptionis obtinet*». Precisamente su cita más relevante proviene de Pothier (15), que contempló a la concepción traslativa como «objeto de reforma» de cara a una nueva ordenación de la partición de la herencia. En este sentido, ya hemos adelantado que la elaboración dogmática de los glosadores y comentaristas del «*ius commune*» acerca de los contratos innominados y, particularmente, de la identificación de la figura jurídica del convenio de división con la permuta, posibilitó el oscurecimiento de la verdadera naturaleza de la división en Roma, a través de la artificiosa tesis de la «*permutatio*». De este modo, por mor de la universalidad del «*ius commune*», la concepción traslativa y onerosa de la división se presentó con la nota de ejemplaridad, propia de los antecedentes de Derecho romano. Pothier, con su elaboración doctrinal acerca del principio declarativo de la partición reacciona, por tanto, no contra los verdaderos antecedentes (que él no llega a conocer), sino contra lo que a través de la glosa y de los doctores del «*ius commune*» se presentó bajo la autoridad del genio jurídico romano: la concepción traslativa de la partición. El texto, por otra parte, es interesante ya que viene recogido como uno de los antecedentes en el Proyecto de 1851. Aunque este Proyecto de Código no contenga el precedente del actual artículo 1.069 del Código civil, sí que guarda una inequívoca alusión a la tesis traslativa en los comentarios y concordancias que García Goyena dedica a los «efectos de la partición». Así, en su comentario al artículo 839 del Proyecto (donde se inicia la sección II, destinada a la partición) señala que: «La partición envuelve enajenación, crea derechos y deberes.» Después, en el artículo 917 del Proyecto, para justificar la obligación de garantía por evicción, reclama la autoridad de la «*loi 1*» de Pot-

---

(15) En *Oeuvres de Pothier* par M. Bugnet, Tome Troisième, pp. 248 y ss., París, 1847, Cosse et N. Delamotte, imprimeurs-éditeurs.

hier (16), que corresponde, precisamente, al segundo texto destacado en nuestro comentario (Ley 1, Cod. comm. utriusq. judic).

El pasaje corresponde a la Ley 1, Tít. 36, Lib 3.º del Código de Justiniano, y tiene el siguiente tenor: «Inp. Antonius A. Marco.—*Divisionem praediorum vicem emtiones* obtinere placuit.—pp. VI, Kal. Decemb. Getiano et Basso Conss (211) (Trad.: El Emperador Antonino, Augusto, A. Marco.—Se determinó que la división de predios haga las veces de compra.—Publicada a b de las Calendas de Diciembre bajo el consulado de Genciano y de Basso) (211).

El término «vicem» como expresión de «hacer las veces de» o el «papel de» no representa en el texto una equiparación o asimilación de la división a la compraventa, sino una mera ejemplificación pedagógica. En este sentido, y por las razones apuntadas, tanto la naturaleza de la división como sus efectos no fueron confundidos en la práctica del Derecho romano con el alcance de otras instituciones tan dispares en cuanto a su estructura y la realidad social contemplada como la compraventa, o cualquier otro contrato traslativo y oneroso. No obstante, la utilización de este recurso pedagógico en esta ocasión con la compraventa, y en otras, con la permuta, se comprende si atendemos a las siguientes razones (17):

La división, por la misma complejidad del fenómeno sucesorio, del que obtiene su razón de ser, presenta un procedimiento que podríamos calificar de peculiar y específico que la distancian conceptualmente de otros modos de adquirir la propiedad.

En este sentido, dentro de los llamados actos formales de atribución de la propiedad, la «adiudicatio» judicial autorizada por el Magistrado en la fórmula de la acción divisoria («*actio familiae erciscundae*») respondió a una naturaleza constitutiva de adquisición de derechos (en cierta forma ya excepcional respecto del carácter declarativo de las sentencias de los Jueces) que, a su vez, quedaba claramente diferenciada en relación a la generalidad de otros negocios for-

---

(16) Menos relevante resulta el otro texto citado por GARCÍA GOYENA en su comentario al artículo 917 del Proyecto: Ley 14, Tít. 36, Libro 3 del Código. El pasaje presenta la particularidad de atender a la celebración del juicio de partición de la herencia en una de las provincias de Roma. Al no convenirse nada acerca de la evicción de los bienes especialmente adjudicados, se produce el recurso lógico a la ya explicada «*actio praescriptis verbis*».

(17) Esta dependencia conceptual en la explicación de los efectos de la evicción respecto del contrato de compraventa también se produce, lógicamente, en otros institutos más próximos a ella.

Así, en la Ley 4, Tít. 55 («*Creditorum evictionem non debere*»), Libro 3 del Código, respecto de la «*datio in solutum*»: «*Si praedium tibi pro soluto datum aliis creditoribus fuerat obligatum, causa pignoris mutata non est. Igitur si hoc iure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit. Nan huiusmodi contractus vicem venditionis obtinet.*» PP. XI. Kal. August. duobus. Aspris Conss. (212).

males e inter-vivos para adquirir la propiedad: «mancipatio e in iure cessio».

Las diferencias en cuanto reflejo de una base contractual, generalmente onerosa, con finalidad traslativa, se ven incrementadas si avanzando en el tiempo las comparamos con los actos de apropiación posesoria, especialmente, con la «traditio» como modo ordinario de adquirir la propiedad.

Por otra parte, respecto de las atribuciones patrimoniales que obedecen a una causa lucrativa como la donación (por extensión, la «donatio mortis causa») su equiparación resulta inviable dadas sus distintas finalidades. También, aunque nos alejemos del carácter solemne de la «actio familiae erciscundae» en las restantes formas de división, «divisio» por actos inter-vivos o por convenio privado entre los coherederos, a pesar de que se realicen las correspondientes «mancipationes», «in iure cessiones» y «traditiones» para lograr su eficacia civil, la razón que justifica a todos estos negocios, es decir, que causaliza el carácter abstracto de la «mancipatio», que sustenta la «additio» del Magistrado en la «iure cessio», o que sirve de «iusta causa usucapionis» a la «traditio», sigue siendo la materialización de una plural delación hereditaria (18).

Todo este complejo proceso de atribución que partía causalmente de una «sucessio» compartida como expresión de una conjunta titularidad del «ius defuncti» que precisaba de la división, para la adquisición singular de los herederos en las cosas corporales de la herencia, no incomodaba el pensamiento del jurista clásico sujeto al rigor causístico del Derecho y ajeno a hacer definiciones y elucubraciones de principios. Sin embargo, la unidad de este proceso entorpecía la actitud escolástica de la reflexión postclásica, absorta en generalizaciones e intentos de clasificaciones. La división, como título inmediato de la adquisición singular del heredero, fue objeto de una tendencia pragmática a la epitomación acorde con la nueva labor doctrinal y el desenvolvimiento del Derecho. En este sentido, la fuerza expansiva de la estructura contractual, especialmente la del contrato de compraventa, tiende a simplificar y absorber contratos complejos o figuras discrepantes con dicha generalización. Al respecto basta con que recordemos cómo Jutiniano incluye a las acciones divisorias en las acciones de buena fe y clasifica a la comunidad hereditaria, en cuanto fuente de obligaciones entre los herederos, como un cuasicontrato. Por otra parte, en las divisiones realizadas fuera del procedimiento de la «actio familiae erciscundae» la acción que sustituye a la primitiva «actio in factum» del pretor, la «actio praescriptis verbis», responde también en el terreno conceptual a una base contractual. Por todo lo dicho, la interpretación del presente pasaje no debe conducirnos a

---

(18) DEMOLOMBE, C.: *Traité des successions*, Tome cinquième, p. 286, París, 1880, A. Lahure-Editeur.

una identificación o equiparación de la división con otros institutos diferentes que no explican su verdadera naturaleza. De ahí que los términos «vicem emptio» representen, en el contexto señalado, un recurso fácil para explicar un complejo proceso. Con lo que realmente se quería decir que la división operaba un resultado común a la compraventa, que es la adquisición de un bien, pudiéndose extender este resultado al hecho de responder por la evicción del mismo. Pero al margen de esta similitud tanto la adquisición como la responsabilidad por evicción obedecen, en uno y en otro caso, a realidades bien distintas.

A continuación pasaremos a ocuparnos, en primer lugar, de dos textos: «*loy 6, 8, f.f. com. divid y L. 7, 4, ff. Quid. mod. pign.*», que citados por Pothier y Demolombe (18), respectivamente, pueden ser objeto de un comentario común.

El primero de ellos corresponde a D. 10, 3, 6 (8) y tiene el siguiente tenor: «*Si fundus communis nobis sit, sed pignori datus a me, venit quidem in communi dividundo iudicio, sed ius pignoris creditori manebit, etiamsi adiudicatus fuerit: nam et si pars socio "tradita" fuissent, integrum maneret. Arbitrum autem communi dividundo hoc minoris partem aestionare debere, quod exacto vendere eam rem creditor potest, Tulianus ait*» (Ulp. 19 ed.) (Trad.: Si tuviéramos un fondo en común y yo le hubiese pignorado, se incluye ciertamente en la acción de división de cosa común, pero conservará el acreedor su derecho de prenda, aunque hubiese sido adjudicado, pues también lo conservaría íntegro si hubiese sido voluntariamente transmitida la parte "pignorada" al otro socio. Mas Juliano dice que el árbitro de cosa común debe estimar en menor la parte "pignorada" porque, en virtud de lo pactado, puede el acreedor vender la cosa).

El segundo texto corresponde a D. 20, 6, 7 (4) y tiene el siguiente tenor: «*Llud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata*» (Gai., ad form hypoth.) (Trad.: «Debe observarse que si alguno hubiera hipotecado una parte individida de la cosa común, al hacerse la división con el copropietario, no queda en garantía aquella parte que fue adjudicada al que pignoro, sino que las partes de uno y otro copropietario quedarán en garantía por mitades indivisas»).

Sobre los antecedentes de la teoría de la «permutatio», los defensores de la concepción traslativa de la división afirmaron la validez de los actos dispositivos realizados por cada copartícipe durante el período de indivisión. De tal forma que al resultado de las operaciones de la división (adjudicaciones) no podían alterar ni modificar su eficacia. Las consecuencias, según este planteamiento, podían llegar a ser del todo injustas, ya que, por ejemplo, en el caso de la constitución de un derecho real sobre una participación indivisa, al permutar

dichas participaciones esta carga real podía recaer sobre un adjudicatario que ni la habría creado, ni consentido.

No obstante, toda esta argumentación sólo es portadora de una verdad a medias. Hay que partir de la base de que el condominio romano facultó a los condóminos a disponer libremente de su cuota. En este sentido, el objeto de la disposición quedaba comprendido en la naturaleza de ésta, como módulo de su derecho de participación, y no se proyectaba sobre una parte o porción determinada del bien a los bienes sujetos a condominio. De este modo, cuando la disposición afectaba a estos bienes, como la manumisión de un esclavo, se requería la existencia de una disposición conjunta de todos los titulares. Igual ocurría cuando el objeto de la disposición era la constitución de un derecho indivisible que no podía admitirse por parte, como la estipulación de una servidumbre.

Todo este régimen acerca de los actos dispositivos en el condominio es predicable de la comunidad hereditaria salvando, lógicamente, su distinta naturaleza.

De este modo, la afirmación generalizada acerca de la validez de los actos dispositivos de cada copartícipe, durante el período de división, debe de ser matizada. Así cuando lo que se vende no es la cuota propiamente dicha sino, por ejemplo, un esclavo que se tiene en común, al no constar la disposición conjunta lo que se produce, si no es adjudicado al vendedor dicho esclavo en la división, es un supuesto de evicción («evictio pro parte») ya que el reivindicante, copropietario del vendedor, prevalecerá sobre el comprador en virtud del juicio de división (D. 21, 2, 34, 1) (27 ad Sab.). De ahí que normalmente el condómino deba prestar la garantía de evicción correspondiente a su «cuota» vendida («pro portione») y por la parte restante bastará con que prometa respecto del dolo malo, pues si en el juicio de división le viene adjudicada por entero toda la cosa deberá entregarla al comprador (D. 19, 1, 13, 17) (31 ad ed.). Como podemos observar, la disposición del condómino consistente en la venta de un bien sujeto al condominio, no escapa de las consecuencias del juicio de división (19). Distinto sería el caso si los restantes condóminos aceptasen de alguna forma la venta realizada por uno de ellos, pues entonces tendría plena eficacia.

Por otra parte, aunque la «adiudicatio» del Juez tuviese una eficacia constitutiva, es decir, desprovista de un valor retroactivo, ello no permite afirmar que cualquier disposición del condómino fuese indiferente a sus resultados. Así, respecto de los actos del condómino que desbordan el ámbito de validez de su actuación (venta de bienes,

---

(19) En el terreno de la división de la herencia podemos aludir a la precaución que se establece en D. 10, 2, 13 (Pap. 7 quaest.): «Están prohibidas las enajenaciones después de aceptada la acción "familiae erciscundae", pero sólo las que son voluntarias, no las que tienen una causa anterior y se fundan en la necesidad de derecho.»

estipulación de servidumbres, constitución de usufructos, etc.), ya hemos visto cómo su eficacia quedaba subordinada al resultado de la división. Respecto de los actos permitidos al condómino, como de los acordados por todos ellos, su eficacia se mantiene a pesar del juicio de división.

Sin embargo, sí que es cierto que la constitución por el condómino de una determinada clase de derecho real, los de garantía (por tanto, no todos los derechos reales como pretendía la concepción traslativa) sí mantuvieron su eficacia al margen de los resultados del juicio de división.

No obstante, esta excepción a los principios expuestos no obtiene su justificación como una consecuencia del pretendido carácter traslativo de la división, sino como un efecto de la naturaleza misma de estos derechos reales de garantía. En este sentido la prenda, al igual que la hipoteca (que en el Derecho romano viene a ser una modalidad de aquélla), por razón de su garantía se presenta como un derecho «indivisible» (D. 20, 5, 11). De tal forma, que el derecho del acreedor pignoraticio de «asimiento» de la cosa pignorada no puede quedar modificado por el juicio de su división. Por eso, tanto la garantía coactiva que ofrece el pignus (retención de la posesión) como la de su posible realización (venta de la cosa) son eficaces con independencia de éste. De ahí que en los textos señalados el acreedor pignoraticio y, en su caso, el acreedor hipotecario, conserven íntegramente su derecho real de garantía pese haberse realizado la división de la cosa común. Ya que, como muy bien se contempla en el primer texto [D. 10, 3, 6 (8)], el acreedor también conservaría íntegro su derecho de prenda «si hubiese sido voluntariamente transmitida la parte “pignorada” al otro socio». En definitiva, su derecho quedaría a salvo de cualquier otro acto o negocio posterior. Cuestión completamente distinta, y a nuestro parecer errónea, es el tratar de justificar la eficacia de estos derechos reales de garantía (o de cualquier otro derecho real) en base a las cesiones recíprocas de participaciones indivisas que a modo de permutas realizaban entre sí los coherederos. Pues, como hemos visto, su indivisibilidad y afección sobre el objeto puesto en garantía impedía su modificación por el juicio de división.

Ahora bien, si es correcto afirmar que respecto de los derechos reales de garantía, dada su naturaleza, el juicio de división no pudo alterar su eficacia, lo que resulta incorrecto, como se desprende de algunos postulados de la concepción traslativa, es afirmar que en dicho juicio nada se pudiese hacer por evitar las consecuencias injustas cuando la adjudicación de un bien gravado correspondiese a un coheredero que nada tenía que ver con dicha garantía. A este respecto, es evidente que las facultades del Juez de la división permitieron distintas soluciones. Sin ir más lejos, en el primer texto señalado, Juliano se pronuncia por la posibilidad de que el Juez valore el riesgo que se deriva del crédito pignoraticio «estimando en menos la parte

“pignorada”». Lo que significa una cierta compensación por dicho riesgo llevada a cabo en la división y en favor del otro copropietario. También el recurso a las cauciones y estipulaciones de garantía pudieron permitir, sin lugar a dudas, que el incumplimiento del deudor pignorante no quebrantase gravemente el reparto equitativo perseguido por el juicio de división (20).

Por otro lado, aunque el comentario realizado en base a los dos textos anteriores puede servir, en líneas generales, a otro de los textos citados por Demolombe: *L. 31, ff. de Usu et Usufr.* No obstante, el comentario a que ha sido objeto dicho pasaje, tanto en palabras del citado Demolombe como en las de otros partidarios de la naturaleza traslativa de la división en Roma, entre ellos, Martín López, aconsejan nuestro estudio particularizado.

El texto corresponde a D. 33, 2, 31, y tiene el siguiente tenor: «*Is qui fundum tecum cummunem habebat usum fructum fundi uxori legaverat: post mortem eius tecum heres arbitrum communi dividundo petierat. Blaesus ait. Trebatium respondisse, si arbiter certis regionibus fundum divisisset, eius partis, quae tibi optigerit, usum fructum muliere nulla ex parte deberi, sed eius, quod heredi optigisset, totius usum fructum eam habituram. Ego hoc falsum puto: nam cum ante arbitrum communi dividundo coiunctus pro indiviso ex parte dimidia totius fundi usus fructus mulieris fuisset, non potuisse arbitrum inter alios iudicando alterius ius mutare: quod et receptum est*» (Iar. 2 post. Lab.) (Trad.: «El que tenía un fundo en copropiedad contigo lo había legado a su mujer. Después de morir, su heredero ejerció contra ti el juicio de división de cosa común. Dice Blesso que Trebacio había respondido que, si el árbitro hubiese dividido el fundo en determinadas regiones, no se debe a la mujer el usufructo en la parte que te hubiese sido adjudicada, sino que había de tener todo un usufructo en la parte adjudicada al heredero. Esto me parece equivocado, pues

---

(20) Atendiendo, exclusivamente, al Digesto y a la «*actio familiae esciscunde*», tendríamos: *D. 10, 2, 3* (Gai. 7 ed. prov.): como facultades de Juez para adjudicar por entero deudas y créditos. El ya citado *D. 10, 2, 13* (Pap. 7 quaest.); *D. 10, 2, 16* (4) (Ulp. 19 ed.): «Si con dolo o culpa uno de los herederos hubiera hecho algo contra el usufructo, dice Pomponio que también esto se incluye en la acción. Porque también todo lo que con dolo o culpa hubiese hecho uno en la herencia, entra en consideración en la acción de partición de herencia, pero siempre que lo hubiese hecho como heredero.» *D. 10, 2, 17* (Gai. 7 ed. prov.): «Cuando comete un daño un heredero, se debe decir que se ha de obtener la estimación del simple importe de la acción en la herencia.» *D. 10, 2, 19* (Gai. 7 ed. prov.): «Por otro lado, debe proveer igualmente al Juez para que uno de los herederos no se lucre él sólo de lo que percibió o estipuló por cosa de la herencia; lo que conseguirá el Juez si entre ellos hubiese hecho compensaciones o si hubiera procurado que fueran interpuestas cauciones por las que se hagan comunes entre ellos las pérdidas y las ganancias.» *D. 10, 2, 44* (2) (Paul. 6 Sab.): «Si unos coherederos vendieron una cosa en ausencia de otro coheredero, obrando con dolo malo para que les correspondiese más, indemnizarán al que estaba ausente, bien con la acción de partición de la herencia, bien con la de petición de herencia.»



como ante el árbitro para dividir la copropiedad el usufructo de la mujer había sido de la mitad del fundo entero habido en copropiedad, no pudo el árbitro alterar esa posición de derecho al juzgar entre otras personas "sin intervención de la usufructuaria"; opinión ésta que ha prevalecido»).

Demolombe, antes de pasar a justificar el carácter traslativo de la división («comme une vente, tantôt comme un échange») en leyes como la L. 1, Code Comm. Otr. judic., repara en este texto para advertir, especialmente, que el criterio favorable a la doctrina de la partición declarativa en el Derecho romano que parece desprenderse de la opinión del jurista Trebatius es contestado, vivamente, en el mismo texto por la autoridad de Labeón: «ego hoc falsum puto».

Martín López, por su parte, también se ocupa del presente texto con el siguiente comentario: «No debemos aceptar sin reservas ni limitaciones el texto de Trebatius, invocado por los que pretenden demostrar que el Derecho romano ofrecía solución para los conflictos creados por la teoría traslativa, sin tener en cuenta que el criterio sostenido en dicho texto legal sólo hacía referencia a un caso especialísimo de constitución de usufructo, y además fue rechazado y no seguido en la práctica» (21). De los dos comentarios el que plantea una posible cuestión problemática es, sin lugar a dudas, el de Demolombe. En nuestra opinión, sin embargo, la interpretación que realiza sobre el argumento de autoridad alegado no se corresponde con el alcance del texto. En este sentido, la disconformidad de Labeón respecto del criterio de Trebatius no puede sustentar, sin más explicaciones, su afirmación acerca de: «que les coportageants étaient réciproquement les ayants cause les uns des autres».

Si nos fijamos en el supuesto de hecho observaremos que lo que realmente se lega en usufructo no es el fundo, sino una cuota de copropiedad sobre éste. Ya que la constitución de un usufructo sobre el fundo mismo no podría admitirse por parte. Una vez dicho esto, lo que contempla el texto son dos opiniones encontradas acerca de las personas legitimadas para intervenir en el juicio de división. Para Trebacio, si el árbitro ha procedido a la división, resulta lógico que tras la materialización de las cuotas en las adjudicaciones que éste ha establecido se coloque el usufructo en la parte adjudicada al heredero. Ya que dicha parte es la que le correspondía al testador. A Labeón este proceder le parece equivocado. Pero no es debido a que sostenga que en la división de la cosa común los dos condóminos sean causahabientes recíprocamente y que, en consonancia, en la comunicación de sus partes indivisas tenga que pesar necesariamente el usufructo (reflexión que no se deduce de ningún fragmento del texto). Sino que, como el citado autor aclara, lo que le preocupa

---

(21) *Ob. cit.*, nota núm. 13.

es que se altere la posición de derecho que se produce antes de la división. En este sentido, lo que el árbitro tiene que dividir no es sólo las dos cuotas de copropiedad, sino también el usufructo. Puesto que éste, al gravar una cuota, participa también de su indeterminación respecto a las posibles adjudicaciones. De ahí que sea necesaria su inclusión en el juicio de división y la legitimación de la usufructuaria para intervenir en éste. Del resultado de este nuevo juicio Labeón no nos dice nada, sólo nos informa que esta opinión, es decir, la de poder intervenir la usufructuaria, es la que ha prevalecido.

Nosotros, en relación a todo lo que hemos mantenido, podemos adelantar que fuera cual fuera el resultado de las adjudicaciones, éstas tendrían su fundamento en las facultades conferidas al árbitro y no en una razón traslativa entre los condóminos. Respecto de la parte que debería soportar el usufructo estamos convencidos que, en principio, le correspondería a la adjudicación hecha en favor del heredero ya que aquél gravaba la cuota del testador. Lo que ocurre es, como muy bien se desprende de D. 10, 3, 21, que el árbitro «al tener en cuenta lo que es más útil para todos o lo que éstos prefieren» deberá contar con los intereses y preferencias de la usufructuaria (determinación de las distintas regiones del fundo, acuerdos, etc.). En última instancia, dadas sus atribuciones y la necesidad de dividir, puede recurrir a la constitución de nuevos derechos o a operar distintas compensaciones pecuniarias entre los interesados con el fin de lograr un reparto justo y equitativo.

El último texto que proponemos para su posterior comentario tiene una importancia capital para nuestra investigación. En anteriores líneas ya adelantábamos que nuestro Derecho histórico era un campo especialmente abonado para toda esta tarea de esclarecimiento de los verdaderos principios y reglas que sustentaron la responsabilidad por evicción en la partición romana. En este sentido, la clara antinomia existente entre el texto de autoridad D. 31, 77, 8 (Pap. 8. resp.), y la última parte de la Ley 9 de Partidas, nos ofrece una prueba inequívoca acerca de las elaboraciones doctrinales que realmente influyeron en la Ley de Partidas: la doctrina de los glosadores y comentaristas del «ius commune» en su elaboración dogmática de los contratos innominados y, particularmente, de la identificación de la figura jurídica del convenio de división con la permuta. Por el momento comentaremos el correcto significado del citado pasaje aprovechando para ello la cita que le dedica Beltrán de Heredia, J., en su trabajo «El saneamiento por evicción en la partición hereditaria» (22).

Beltrán de Heredia parte de la naturaleza traslativa de la división en el Derecho romano y justifica la responsabilidad por evicción como una consecuencia de esta naturaleza (tesis de la «permutatio»).

---

(22) En *Revista de Derecho Privado*, año 37, núm. 459, octubre (1954).

De ahí que cuando la división no tenga esta razón traslativa (división hecha por el padre) no se pueda dar una responsabilidad por evicción, pues ya no son los coherederos quienes se transfieren recíprocamente los bienes hereditarios. Esta distinción, que pretende ver en el Derecho romano, afirma que ha sido seguida de un modo ininterrumpido por la legislación española. Así, la Ley 9, Tít. 15, Partida 6, respondería a esta distinción y sería el antecedente lógico de nuestro actual número 1 del artículo 1.070 del Código civil.

El ilustre jurista, sin percatarse de que el pasaje D. 31, 77, 8, obra realmente como precedente de la Ley 9 por mor de su glosa (2), trae a colación dicho pasaje porque cree ver en el mismo la razón de autoridad de su anterior planteamiento.

*Empezaremos* nuestro comentario exponiendo el tenor del texto que corresponde a D. 31, 77 (8) (Pap. 8 resp.).

«Evictis praedis, quae pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fidei commissi filio reliquit, nulla cum fratribus et coheredibus actio erit: si tanen inter filios divisionem fecit, arbiter coniectura voluntatis non patietur cum partes fuerint et ipsi patris iudicium fratri conservari» (Trad.: «Al producirse la evicción de unos predios de los que el padre se creía propietario y había dejado por fideicomiso a un hijo, no tendrá éste acción alguna contra sus hermanos coherederos; pero si el padre había dividido la herencia entre sus hijos, no tolerará el árbitro, interpretando que tal es la voluntad del difunto, que aquel hijo restituya a sus coherederos su parte en las cosas prelegadas, a no ser que ellos estuvieran dispuestos a cumplir la voluntad paterna también con aquel hermano suyo»).

Como veremos a continuación, la autoridad del pasaje no permite sustentar los postulados del citado jurista.

El texto plantea dos supuestos diferentes que sirven al comentario de Papiniano. El primero de ellos presenta el caso de un fideicomiso dejado por el padre a favor de uno de sus hijos consistente en la propiedad de unos predios. Llegada la evicción de éstos se nos dice que el hijo favorecido no tendrá acción contra sus hermanos coherederos. La razón de ello no hay que buscarla en la ausencia de una división realizada por los coherederos, sino en la misma naturaleza del fideicomiso. En este sentido, aunque estos encargos no siguieron, en cuanto a la forma se refiere, el régimen estricto de los legata, sí que participaron en éste en relación a gran parte de las consecuencias que producían para los herederos. En nuestro caso, los hermanos coherederos se encuentran ante este fideicomiso como si de un legado de cosas determinadas se tratase, de ahí que no tengan ninguna responsabilidad por evicción. Lo que no implica que el hijo favorecido por el fideicomiso deje de participar del resto de los bienes hereditarios, bien a través de la disposición testamentaria o de la legal.

En el segundo supuesto del texto se plantea otra hipótesis en atención, también, al referido fideicomiso. En dicha hipótesis el fideico-

miso participa, en realidad, de la división ordenada por el padre. Este, con su disposición meramente distributiva dentro del marco de la cuota debida a la «heredis institutio», o a la sucesión legal, asigna bienes concretos de la herencia, con lo que su división adquiere las características de una «divisio parentis inter liberos» dispuesta a través de la «praeceptio». Pues bien, Papiniano ante la distinta orientación del supuesto, cambia de opinión reconociendo el derecho del hijo que sufre la evicción de los bienes a él asignados. El árbitro de la división, aunque obligado a seguir el criterio distributivo del padre, viene también obligado a velar por la integridad de las cuotas que se determinan con su «adiudicatio». De ahí que no permita la restitución de la parte de los restantes coherederos hasta que no se remedie el desequilibrio causado en la distribución del padre por la evicción de esos bienes. Como podemos observar sólo de una interpretación errónea del texto se puede concluir que cuando la división no era realizada por los mismos herederos, la evicción no tenía sentido y dejaba de tener aplicación. Pues del texto se deduce todo lo contrario en armonía con las fuentes de información que poseemos del Derecho romano. Así, cuando la división la ordenaba el padre, el daño de la evicción de una cosa asignada se dividía o repartía proporcionalmente entre los coherederos. Sólo de una disposición expresa acerca del reparto de los daños de la evicción podría resultar un régimen diferente salvando siempre la disposición de la ley falcidia.

Con el comentario a este último texto pasamos a concluir las notas más relevantes que hemos expuesto, quizá entre excesiva literatura, a lo largo de este extenso apartado.

En primer lugar, hay que partir de la base de que el régimen de responsabilidad por evicción en la división de la herencia respondió a unos presupuestos y valoraciones específicos que lo configuraron como un régimen especial respecto del campo originario y más frecuente de la evicción: la compraventa. En este sentido, el peculiar régimen de la responsabilidad por evicción en la división de la herencia apoya la tesis de que no hubo en el Derecho romano una regla, o procedimiento general, sobre la obligación de garantizar contra la evicción.

En segundo lugar, hay que admitir que pese a la veracidad de lo afirmado, sí que se dio una lógica aplicación jurisprudencial analógica de los presupuestos y requisitos propios de la evicción. Como consecuencia necesaria para valorar este hecho con independencia del instituto donde acontecía. Sin embargo, las diferencias en cuanto al régimen a seguir según sea en la compraventa o en la división, son claras. Mientras que en la primera la responsabilidad por evicción obedece a una obligación del vendedor (que termina por ser natural) incardinada dentro de la reciprocidad (bilateralidad funcional) onerosa de este «contractus». En la segunda responde a una de las obligaciones que surgen de la necesidad de la división, como corolario de

un principio derivado de la naturaleza de la comunidad hereditaria según el cual, el daño debe de ser repartido de forma igual o proporcional a la participación de los coherederos.

En tercer lugar, el estudio separado de la división de la herencia no puede conducir a unas consecuencias que desconozcan su contenido y función. En este sentido se produce una inevitable relación entre la naturaleza y principios de la comunidad hereditaria y los que articulan la eficacia de la división. Pues ésta no es más que un proceso técnico que permite, entre otras cosas, materializar la participación abstracta del coheredero en bienes singulares de la herencia dentro de una base de atribución patrimonial que viene ya legitimada por la anterior situación de comunidad. En realidad, el ejercicio de la acción divisoria, como derecho del coheredero, no significó una adquisición extraña a su condición de heres, es decir, de sucesor en una fracción del complejo de relaciones jurídicas del difunto. Por eso, su concepción como título inmediato de la adquisición singular del heredero desvinculada de su antecedente jurídico, que es la comunidad hereditaria, y encauzada en una orientación contractual y traslativa como si los herederos se transfiriesen recíprocamente los bienes hereditarios, no refleja su verdadera naturaleza y función.

Nosotros hemos intentado demostrar el error de esta concepción en el ámbito del Derecho romano a través de los medios más directos que hemos tenido a nuestro alcance. Por una parte, con la reconstrucción de la fórmula de la «*actio familiae erciscundae*» a través de la autoridad de la investigación de Lenel. Por la otra, con nuestros modestos comentarios a los textos citados en apoyo de la tesis contractual y traslativa de la división. Del conjunto de nuestra investigación creemos que ha salido fortalecida la naturaleza de la división como un proceso técnico realizado a través de una actuación judicial o extrajudicial, por actos inter-vivos del pater o por convenio entre los coherederos (distinto en su naturaleza al «*contractus*» en el sentido ya visto), que materializa el derecho abstracto del coheredero sobre una base de atribución de derechos que, a su vez, viene legitimada por una situación anterior de comunidad hereditaria. Por lo que el fundamento de la responsabilidad por evicción en este instituto se localiza en el respeto a la ordenación establecida (ya sea por vía testamentaria o legal) en dicha atribución, es decir, la «*aequum ius*» en la función distributiva de la división que representa un trato igual y equitativo de la adquisición de los coherederos. En este sentido se puede citar la obra de un pandectista notable como Glück o los antecedentes de Derecho romano del profesor di Marzo (23).

---

(23) El Derecho romano no admitió la plena eficacia de la división hecha convencionalmente por los mismos herederos. Pues en ese convenio no vio más que un pacto sin más efecto que el negativo de la excepción o los personales de las posibles estipulaciones. GLÜCK, F.: *Commentario alle Pandette*, Libro 10, pp. 120 y ss., Milano. DI MARZO, S.: *Le basi romanistiche del Codice civile*, p. 140, Torino, 1950.

#### IV. LA RESPONSABILIDAD POR EVICCIÓN EN LA DIVISIÓN DE LA HERENCIA REALIZADA POR EL PADRE

El estudio de las formas y su evolución respecto de la división realizada u ordenada independientemente del criterio distributivo del árbitro en el ejercicio de su «*officium iudicis*» en la a.f.er., resulta imprescindible para apoyar nuestra afirmación en favor de la vigencia en el Derecho romano del principio de responsabilidad por evicción entre coherederos como consecuencia propia de toda división (24).

La investigación sobre esta interesante cuestión conduce, una vez más, a la comprobación de la errónea interpretación histórica de los antecedentes del Derecho romano que hemos recibido. Así, en primer lugar, podemos constatar la falta de rigor histórico en la construcción doctrinal que postula, para el Derecho romano, la ausencia de responsabilidad por evicción en la división realizada por el padre por contraposición a la naturaleza traslativa de la división cuando viene realizada por los mismos coherederos. Del mismo modo, y como aplicación práctica de la anterior afirmación, propiciaremos la revisión histórica de la excepción del deber de garantizar contra la evicción que recoge el apartado final de la Ley 9, dado que de la correcta interpretación de su precedente directo: «L. cum pater, evictis, ff. de legat. 2», es decir, D. 31, 77, 8 (Pap. 8 resp.); se obtiene, precisamente, la solución opuesta.

Sabido es que en el Derecho romano el padre tuvo a su alcance distintas posibilidades de actuar, ordenar o realizar la división de su herencia entre sus hijos. Una de estas posibilidades de división se dio en la denominada «*divisio parentis inter liberos*». Antecedente claro del párrafo 1.º de nuestro artículo 1.056 del Código civil y, en consecuencia, del número 1 del artículo 1.070. El citado instituto presentaba un carácter distributivo, pues la eficacia de la asignación suponía la concreción de la cuota debida a la «*heredis institutio, testamentum parentum inter liberos*», o a la aplicación del régimen de la sucesión legítima. Su contenido permitía al padre sustituir el criterio de reparto, o asignación de bienes del árbitro, por el suyo propio. Tal división no producía directamente efectos jurídicos, pero vinculaba a los herederos a observarla tanto en el juicio de división con en

---

(24) Respecto a la responsabilidad por evicción en la división realizada por los coherederos a través del simple convenio de división, nos remitimos a lo ya aludido a propósito de la «*actio praescriptis verbis*». Por otra parte, nos referimos, en general, a la división del padre, con o sin testamento, por ser la mayor frecuencia en las fuentes objeto de estudio. Con ello no desconocemos las modificaciones habidas en el curso del desenvolvimiento del Derecho romano, como las del Cth. 2, 24 y nov. 18, 7 o las referentes a la ausencia de forma en C. L. 16 y 21, Tit. 36, Libro 3. Así como las peculiaridades entre el «*Testamentum parentum inter liberos*» (Nov. 107) y la «*divisio inter liberos*». Ya que, de todos modos, nuestras conclusiones son aplicables a ambos. De ahí que remitamos la cuestión objeto de estudio, de forma indistinta, a la «*divisio parentis inter liberos*».

la división voluntaria. En la a.f.er., el árbitro, sustituido en su criterio distributivo, actuaba el reparto del padre a través de la «adiudicatio» como título de adquisición de los herederos en las cosas concretas y determinadas de la herencia.

Los principios propios de la a.f.er., llevaban al árbitro de la división, en el ejercicio de su cargo, y salvo disposición contraria del testador, al establecimiento de las correspondientes estipulaciones de garantía contra la posible evicción de los bienes por él adjudicados. Si la voluntad distributiva del padre fuese actuada por medio de la división convencional de los coherederos, es decir, la realizada por los coherederos al margen de la eficacia civil de la a.f.er., éstos vendrían igualmente obligados a seguir la voluntad del padre y, por tanto, a respetar la integridad de las cuotas manifestada a través de la asignación. Por eso, aunque se realizasen entre los herederos las respectivas mancipationes o traditiones de los bienes hereditarios, como vía necesaria para la eficacia civil, la evicción de algún bien adjudicado con este procedimiento daba paso a la responsabilidad por evicción como consecuencia propia del fundamento de toda adquisición, es decir, la división (25).

Nuestro planteamiento no difiere, en absoluto, del supuesto en el que el padre, también con independencia del recurso a la e.f.er., dispone su división por actos inter-vivos. El texto *D. 10, 2, 20 (3)* (Ulp. 19 ed.), de especial relevancia para nuestro estudio no sólo en este aspecto, véase el comentario acerca de: «quasi certa lege permutationem fecerint, scilicet si omnes res divisae sint»; ante la finalidad «mortis causa» del acto, la solución que contempla el pasaje puede ser interpretada extensivamente a la cuestión objeto de estudio: la misma eficacia de la «actio praescriptis verbis» destinada contra el heredero que incumple su obligación de pagar, conforme a su porción las cargas de las deudas hereditarias, puede servir para la obtención de la indemnización correspondiente por la evicción del algún bien adjudicado. Una vez más, la responsabilidad por este hecho nos viene dada por la equidad del «supremi iudici divisionem».

Pero, independientemente de la completa distribución de los bienes a través de la «divisio parentis inter liberos» seguida por el árbitro en la a.f.er., de la actuada por los herederos en idénticos términos o de la dispuesta por el padre por actos inter-vivos, la división también pudo llegar a configurarse en atención a un instituto de particular relevancia: la «praeceptio». La «praeceptio» o «praecipuum» fue la forma originaria que permitió al testador la asignación de cosas a los coherederos regularmente instituidos. Aunque en un principio se configuró como una autorización al coheredero asignado para llevar-

---

(25) En esta línea descansaba el fundamento de los dos remedios pretorios («actio in factum» y «actio praescriptis verbis») ante la ausencia de las consabidas estipulaciones de garantía.

se una cosa de la masa hereditaria en el mismo momento de la división: «praecipere enim est praecipuum sumere», Gayo 2.217; muy pronto dejó de ser autoritaria para hacerse valer en la acción divisoria a través de la inestimable «adiudicatio». La «praeceptio» obtuvo así su formulación propia como asignación hecha por el testador, válida para cualquier heredero y realizada en la división. El testador podía asignar la cosa con referencia a la cuota del heredero, «in partem heredis relinquere», o, por el contrario, como asignación aparte de dicha cuota, «extra partem hereditatis». En este último caso la asignación se convierte en legado «per praeceptionem» que cumplió originariamente la función de prelegado, es decir, como atribución a título particular en favor del heredero. Las consecuencias jurídicas no fueron, en principio, diferentes. Este particular «genera legatorum» conservó de la antigua «praeceptio» todos sus caracteres. De tal modo que la posible contradicción entre la calidad de la «institutio heredis» y la asignación de cosas concretas fue superada por la independencia del título de adquisición del heredero: la «adiudicatio».

Llegados a este punto queremos destacar, por su relevancia capital para nuestro objeto de estudio, los siguientes hechos: En primer lugar, que la utilización de este «praecipere» en la «divisio parentis inter liberos» dará lugar, al igual que los anteriores supuestos examinados, a la aplicación del principio general de la responsabilidad por evicción entre los coherederos. En segundo lugar, que el texto que, paradójicamente, contempla de forma meridiana la aplicación de este principio en la mencionada «divisio parentis inter liberos» resulta ser, precisamente, el que apoya la autoridad del párrafo último de la Ley 9, Tít. 15, Partida 6, para su no aplicación.

El pasaje D. 31, 77 (8) (Pap. 8 resp.), comentado con anterioridad, no debe ofrecer dudas respecto a su correcta interpretación. La primera parte del texto contempla el siguiente supuesto: «Evictis praediis, quae pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fideicommissi filio reliquit, nulla cum fratribus et coheridibus actio erit» (Trad.: Al producirse la evicción de unos predios de los que el padre se creía propietario y había dejado por fideicomiso a un hijo, no tendrá éste acción alguna contra sus hermanos coherederos). Como ya expusimos, la razón de la exclusión de la responsabilidad por evicción en este caso deriva de la naturaleza del fideicomiso que grava a los restantes coherederos. Al recaer éste sobre bienes concretos de la herencia se aplica el régimen de los «legata», como si de un legado de cosa determinada se tratase.

La segunda parte del texto, que es la que realmente tiene aplicación en nuestro objeto de estudio, refleja el siguiente supuesto: «Si tamen *inter filios divisionem* fecit, arbiter coniectura voluntatis non patietur eum partes coheredibus *praelegatas* restituere, nisi parati fuerint et ipsi patris iudicium fratri conservari» (Trad.: Pero si el padre había dividido la herencia entre sus hijos, no tolerará el árbitro, in-



terpretando que tal es la voluntad del difunto, que aquel hijo restituía a sus coherederos su parte en las cosas prelegadas, a no ser que ellos estuvieran dispuestos a cumplir la voluntad paterna también con aquel hermano suyo). En este nuevo caso se parte del hecho de que el mencionado fideicomiso no responde a su naturaleza como tal, sino que atendiendo a la voluntad del difunto participa de una verdadera «*divisio parentis inter liberos*», «*si temen inter filios divisionem fecit*». Papiniano, ante la distinta orientación del supuesto, cambia de opinión reconociendo el derecho del hijo que sufre la evicción de los bienes a él asignados. La razón de ello no se aleja, en absoluto, de lo ya expuesto en anteriores comentarios. El fideicomiso como disposición de bienes determinados de la herencia cumple en este caso la auténtica función de la «*praeceptio*». Esta permite al testador operar la asignación de bienes concretos a sus respectivos coherederos. Y de ahí que el término «*praelegatas*» que aparece en el texto obtenga su significación técnica en relación al «*praelegare*» como asignación de cosas al heredero que, como anteriormente hemos visto, vienen atribuidas a través de la «*adiudicatio*» en sede de división.

Una vez descrito el supuesto de hecho como una «*divisio parentis inter liberos*» ordenada a través de la «*praeceptio*», las consecuencias de la evicción de algún o algunos bienes asignados, no pueden conducir a otra conclusión que no sea la responsabilidad por evicción de los restantes coherederos. El Juez de la división vendría obligado a seguir la distribución de los bienes conforme a la asignación del padre, como determinación de las respectivas cuotas de los coherederos. Pero, a su vez, vendría igualmente obligado a velar por la integridad de dichas cuotas. Recordemos que en el instituto de la «*praeceptio*» que se hace valer mediante la «*adiudicatio*» en la acción divisoria, los coherederos participan en pie de igualdad. Presupuesto lógico de la aplicación de los principios y reglas que inspiran la a.f.er. En nuestro caso, en atención a las obligaciones que surgen de la necesidad de dividir, particularmente la obligación de garantizar contra la posible evicción de algún bien adjudicado. De ahí que el árbitro no permita la restitución a los coherederos de su parte en las cosas prelegadas, a no ser que ellos estuvieran dispuestos a cumplir la voluntad paterna también con aquel hermano suyo. Voluntad, que no es otra, que la correspondiente indemnización por la evicción de los bienes asignados al hermano que hace venir a menos la integridad de su cuota. El fundamento de esta responsabilidad, al igual que en los otros supuestos de división por el padre, deriva del respeto a la equidad que debe presidir la realización del «*supremii iudicii divisio*» del pater.

En nuestra opinión, el presente pasaje no admite otra interpretación en sentido contrario, pero, no obstante, para abundar en el sentido expuesto podemos hacer referencia a la solución ofrecida por el mismo Papiniano en un supuesto de similares características, *D. 10,*

2, 33 (Pap. 7 resp.): «Si pater familias singulis heredibus fundos legando divisionis arbitrio fungi voluit non aliter partem suam coheredes praestare coetur, quam si vice mutua partem nexu pignoris liberam consequatur» (Trad.: Si un cabeza de familia quiso hacer las veces de un árbitro de división legando los fundos a cada uno de los herederos, el coheredero no estará obligado a entregar su parte más que si consigue, a su vez, la parte que le toca libre de la prenda que le obligaba).

En este supuesto, el término «legando» que aparece en el texto participa del significado general, o amplio, con que venía concebida la facultad de «legare» en la Ley de las Doce Tablas. No hace referencia, por tanto, al sentido restrictivo que tendrá posteriormente el «legatum» de cara a un régimen propio y diferenciado respecto de la «heredis institutio». El «legare» cobra aquí el sentido de la disposición testamentaria del padre, consistente en la asignación (distribución) de los bienes de la herencia como concreción de las cuotas hereditarias de sus hijos («preceptio»). Como podemos observar, la división del padre lleva a las mismas consecuencias del supuesto anterior. El árbitro de la división no permitirá que el coheredero que sufre la afección de una prenda sobre un bien a él adjudicado, dé su parte a los restantes coherederos si éstos no están dispuestos a indemnizar el perjuicio causado en la integridad de su cuota.

Sin embargo, pese a la claridad de lo testimoniado en las fuentes, la doctrina, en general, no ha reparado en lógica antinomia entre el texto del Digesto y la disposición de Partidas. La razón de ello reside en la aparente ejemplaridad de la espuria tesis de la «permutatio». En este sentido, dicha tesis ha sido recibida como una auténtica aportación de la tradición del Derecho romano siendo, por el contrario, una concepción que respondió a un período posterior del pensamiento jurídico y, particularmente, a los afanes dogmáticos de los glosadores y comentaristas del «ius commune». Se comprende así, desde esta óptica, que aludamos a la «lógica antinomia» existente entre los textos, dado que corresponden a períodos históricos ricos diferentes. El por qué de esa aparente ejemplaridad de la tesis de la «permutatio» hay que atribuírselo a la gran habilidad de estos glosadores y comentaristas del «ius commune» a la hora de utilizar, en provecho de sus construcciones doctrinales, los textos romanos como argumentos de autoridad. La consecuencia de su quehacer en nuestro objeto de estudio fue la creación de un falso mito jurídico (así, por lo menos, lo debemos de interpretar por la aceptación generalizada de la tesis de la «permutatio» como propia de los antecedentes de Derecho romano) y la simplificación de la evolución histórica, con el consiguiente oscurecimiento de los verdaderos procesos evolutivos.

Por todo ello, no es de extrañar que la susodicha antinomia, como testigo fiel de la verdadera naturaleza de la división en Roma, haya pasado desapercibida. En este contexto de inatención advertífa-

mos de cómo el profesor Beltrán de Heredia, J., en su trabajo ya citado «El saneamiento por evicción en la partición hereditaria», nos patentizaba su error al sustentar, precisamente, la no aplicación de la responsabilidad por evicción en la división realizada por el padre en base a la autoridad del pasaje correspondiente a D. 31, 77, 8. No obstante, la desafortunada cita es sólo uno de los frutos del mantenimiento de una concepción de la división de la herencia que no se dio en el Derecho romano. En este sentido, el ilustre profesor, al considerar que la división en Roma tuvo una naturaleza traslativa, «ya que los coherederos eran los que se transferían entre sí los bienes hereditarios», justifica la responsabilidad por evicción en base a una relación de mutua garantía que se da entre los coherederos cuando realizan sus respectivas transferencias (consecuencia de la tesis de la «permutatio» llevada, fuera del recurso pedagógico, a la identificación con la permuta a la compraventa). Por eso, a la conclusión que se llega es que cuando la división no la realizan los propios coherederos no hay tal transferimiento y, por tanto, no cabe hablar de una responsabilidad por evicción. De ahí que al partir de la premisa de que «la responsabilidad por evicción tuvo su aplicación exclusiva en aquellas particiones que revestían el carácter de actos traslativos de propiedad», concluya que el concepto de evicción fue propio y típico de los actos traslativos o atributivos de dominio. Con lo que al contrastar esa concepción, que él cree aplicaba el Derecho romano, con la actual naturaleza jurídica de la división en nuestro Derecho, que en su opinión es declarativa; «en la partición, por el contrario, no existe aquella transferencia de propiedad que pasa ininterrumpidamente del causante a los herederos, no haciéndose en el acto particional más que declarar lo que a cada uno corresponde de la masa hereditaria», albergue la consideración de que «es evidente que el saneamiento por evicción en la partición hereditaria tiene un sentido equívoco en el Derecho moderno». Ya que él parte del loable intento de demostrar que la responsabilidad por evicción de nuestro artículo 1.069 del Código civil no corresponde al concepto típico de evicción, que como hemos visto identifica con los actos traslativos. Por eso, al creer ver «ex novo» una responsabilidad «totalmente diferente, con fundamento y eficacia distintas» a las tesis traslativas, afirma «que la realidad de la evicción, entendida en sentido estricto, no tiene razón de ser porque es una institución característica de los actos traslativos».

Para nosotros, que partimos de una concepción de la división en Roma diametralmente opuesta a la tesis traslativa entendida en esos términos. Que admitimos y valoramos que la evicción, ya desde el Derecho romano, operó de distinta forma con una responsabilidad peculiar en cada instituto que acontecía con independencia de la responsabilidad que le fue propia en la compraventa. Que diferenciamos entre el concepto de evicción, como hecho jurídico, de la posible responsabilidad derivada de éste. Que apoyados con la fuerza de la ra-

zón de las fuentes admitimos que la división en Roma condujo a la aplicación del principio general de la responsabilidad entre los coherederos. Tanto el concepto como la responsabilidad por evicción en la partición de nuestro Derecho, no presentan unos sentidos equívocos, sino que tienen unos significados propios y armónicos que hay que desvelar en atención, principalmente, a nuestros antecedentes históricos.

El profesor De los Mozos, J., en su interesante trabajo titulado «La partición de herencia por el propio testador» (26) recoge, a propósito de Voci, el sentido correcto de la cita D. 31, 77, 8. Sin embargo, no se percató de la importancia del pasaje ya que participa del parecer que atribuye a la división en Roma un carácter traslativo: «Era como si los coherederos llevaran a cabo entre sí numerosas cesiones de derechos recíprocamente.» El resultado de ello es que en el íter de su investigación histórica pasa totalmente inatendida tanto la relación entre D. 31, 77, 8, y el párrafo último de la Ley 9, Tít. 15, Partida 6, como la clara antinomia entre ellos. Por eso, aunque refiera la excepción del número 1, del artículo 1.070 a «la consecuencia lógica de los efectos principales que se derivan de la partición del testador y de especial función y naturaleza jurídica», no encontramos en su trabajo una explicación histórica que la justifique. Por su parte, Vallet de Goytisolo en «Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer», con el rigor científico y la documentación habituales en sus trabajos, advierte la relación existente entre ambos textos, pero ignora la mencionada antinomia al declarar: «Respecto del supuesto de evicción, la Ley 9, Tít. 15, Partida 6, en su apartado final siguió el criterio de la Ley 77, 8, Dig. De legatis, 1.»

Como podemos observar en el panorama doctrinal acerca de la evolución histórica de la excepción a la responsabilidad por evicción, cuando la división la realiza el propio testador (artículos 1.056 y 1.071, número 1) se haya todavía vigente el interrogante siguiente: *¿Cómo es posible que manifestándose claramente la responsabilidad por evicción en el pasaje D. 31, 77, 8; la Ley 9 de Partidas, que lo toma como precedente, refleje un criterio totalmente opuesto?*

A decir verdad, nuestra investigación vertida sobre la naturaleza y formas de división en el Derecho romano conducía, con independencia del apoyo de D. 31, 77, 8, a indagar, principalmente, la evolución de nuestro Derecho histórico. Ya que el resultado normativo de los artículos citados no respondía a los antecedentes analizados.

Para una solución válida y eficaz del interrogante planteado, nuestra investigación tiene que dirigirse hacia la búsqueda de dos cuestiones fundamentales: a) La determinación de las causas que hicieron posible la interpretación contraria del párrafo último de la Ley 9 de Par-

---

(26) En *Revista de Derecho Notarial*, 1960, pp. 99 y ss.

tidas. b) La validez, en su caso, para nuestro Derecho actual, de esas causas que operaron tal cambio. Ambas cuestiones las resolveremos por razón de la cronología histórica de la primera en el punto siguiente dedicado al estudio de nuestro Derecho histórico. Sin que ello signifique que renunciemos a destacar en esta fase del Derecho romano los procesos evolutivos que serán tenidos en cuenta posteriormente aunque, en nuestro caso, de forma muy peculiar.

Permítasenos continuar este punto exponiendo cómo toda nuestra argumentación acerca del principio general de responsabilidad por evicción tuvo perfecta cabida en el desenvolvimiento de la «praeceptio» y de la «heredis institutio ex certa res» (27). Sabido es que tanto la universalidad del título de heredero como su forma en la disposición testamentaria se puso a prueba inicialmente, aunque de un modo indirecto en el caso de la «institutio excepta re certa» y posteriormente, de modo frontal, con la «institutio ex re certa». En el primer caso, llamado también «detracta re», el testador nombra a título de heredero a una persona, pero excepciona la universalidad del título respecto de una cosa determinada de la herencia. En el segundo caso, el testador atribuye a la calidad del título de heredero un contenido contradictorio, o en abierta oposición, a su universalidad. La solución en ambos casos fue la que propuso un famoso jurisconsulto, Aquilius Gallus, en atención al caso de la «institutio excepta re certa»: la preferencia del «nomen» sobre la «assignatio». La solución ofrecida en favor de la «heredis institutio» no presenta, en este estadio de evolución, ninguna consecuencia notable en relación a la división de la herencia que parte de un plural llamamiento de herederos «ex re certa» (28). Al prescindir de la «mentio rei», el árbitro de la división, en a.f.er., procederá, en virtud de su «officium iudicis», a la distribución y adjudicación de los bienes hereditarios según su propio criterio. Y, en consecuencia, al establecimiento de las correspondientes «cautiones» contra la posible evicción de algún bien adjudicado.

Un segundo paso en esta evolución en pro de hacer posible la distribución del testador en el supuesto que particularmente nos interesa, institución de una pluralidad de «heredes ex certa re», se dio en el fideicomiso como medio de actuación de la voluntad del testa-

---

(27) La evolución de estos institutos puede documentarse muy bien, de forma parecida, en BIONDI, B.: *La sucesión testamentaria y donación*, y en VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Estudios de Derecho sucesorio*, Vol. 1, pp. 299 y ss., ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 1980.

(28) D. 28, 5, 74 (Lic. Ruf. 2 reg.).

De otro lado, parece ser, con permiso de la opinión contraria de Bonfante, que fue el jurista Sabino quien llevó la solución de la «mentio rei» a la institución de cosa cierta. Las fuentes son D. 28, 5, 1 (4) (Ulp. 1 Sab.); D. 28, 6, 41 (8), «in fine», (Pap. 6 resp.), y D. 49, 17, 19 (2) (Tryph. 18 disput.). Respecto a la institución «ex re certa» de todos los herederos: D. 28, 5, 9 y 13 (Ulp. 5 Sab.); D. 28, 5, 10 (Paul. 1 Sad.), y D. 28, 5, 11 (Jav. 7 epist.).

dor y en la singularidad del testamento militar (29). De la finalidad práctica del primero, la jurisprudencia vio la necesidad de compaginar, sin abrogar los principios civiles, la voluntad distributiva del testador con la formalidad de la «heredes institutio». Del segundo, pese a su no pertenencia al «iure communi», obtuvieron el vehículo para la actuación de la voluntad del testador: la «praeceptio». Ambas innovaciones se realizaron en el cauce de la «adiudicatio» como título de adquisición del heres. En este contexto, la distribución de los bienes ordenada por el testador de forma «irregular» a través de un llamamiento plural de «heredes ex re certa» se hizo posible (30). Los instituidos de esta forma eran considerados como herederos, «sine parte», sólo como necesidad de no contrariar la «heredes institutio», pero el «arbiter familiae erciscundae» venía obligado a seguir el criterio distributivo del testador. Esta atribución se realizaba a través de la «adiudicatio» y bajo el concepto de una «vice praeceptionis» (31). Con independencia del distinto régimen seguido respecto de la distribución de los créditos y de las deudas, según que la «ex certa re» recayese sobre bienes determinados o sobre complejos patrimoniales, lo que realmente nos interesa destacar es que, al igual que ocurría en la fase de la «mentio rei», el árbitro de la división que sigue ahora la distribución del testador, como si de «vice praeceptionis» se tratase, establecía las correspondientes estipulaciones de garantías contra el riesgo de evicción de algún bien adjudicado.

Se confirma, por tanto, nuestra argumentación en favor de la aplicación del principio general de la responsabilidad por evicción entre los coherederos. Con el decreto justineano, especialmente tras la constitución «Quoties» del 529 (32), el heredero «ex re certa» será considerado como legatario sólo en el caso de que, en base al mismo testamento, haya otros herederos instituidos regularmente: «Heredes ex re legatariorum loco haberi certum est.» Pero en el supuesto al que

---

(29) Cuando se reconoció el fideicomiso fue posible dar plena actuación a la voluntad del disponente. Ya que a través de él se podía obrar de modo que el heredero tuviese sólo aquello que el disponente quería atribuirle D. 31, 69 pro. (Pap. 19 quaest.) y D. 36, 1, 30 (39) (Marcian. 4 inst. = Iust. Inst. 2, 17, 3).

Por su parte, un precedente de la actuación de la voluntad distributiva del testador se halló en el testamento militar. Ya que se podía instituir válidamente «ex certa res» con una «praeceptio» que suponía la adquisición directa de las cosas atribuidas. Aunque ambas cuestiones tengan su explicación en el Derecho singular, al cual pertenece el testamento militar, sin embargo, los juristas, para explicar el fenómeno de la adquisición hereditaria de cosas determinadas sobre la base de una irregular institución («ex re certa»), recurrieron al concepto de la «praeceptio».

(30) Fuentes: D. 28, 5, 7 (78) (Pap. 6 resp.), y D. 28, 5, 35 proemio, in fine (Ulp. 4 disput.).

(31) La expresión «vice praeceptiones» viene expresamente recogida en las fuentes: fr. 35 (1) «fundos enim vice praeceptiones accipiendos».

(32) C. L. 13, Tit. 24, Libro 6. Aunque cabe hallar un precedente de un «rescripto» de Gordiano del 243, reproducido por el Codex Gregorianus (8, 1, 1) a través de la Lex Romana visigothorum.

nosotros prestamos especial atención, por significar una relación interna entre herederos, es decir, el plural llamamiento del «heredes ex certa re», la situación no cambió. Los así instituidos heredaban por partes iguales como si hubiesen sido llamados «sine parte», pero se les atribuía la cosa asignada por el testador. Lo más que pudo acontecer es que, respetando la adquisición a título de heredero, se evolucionase desde la antigua «praeceptio» al legado por «praeceptionem». Las consecuencias jurídicas para nuestro objeto de estudio fueron las mismas: la responsabilidad por evicción entre los «heredes ex certa res». En suma, debemos sostener que esta responsabilidad por evicción entre los coherederos que se dio en las anteriores formas de ordenación de la división por el padre o por el testador, particularmente D. 31, 37, 8, fue aplicable a los herederos «ex rebus certis».

Para concluir este punto tenemos que hacer referencia, tal como hemos manifestado con anterioridad, a los hechos significativos para nuestro objeto de estudio que se produjeron en el desenvolvimiento del Derecho romano. El fundamento de esta referencia no persigue, puesto que de estos hechos no dependió, la solución de las cuestiones capitales que pretendemos resolver. Sino, más bien, la necesaria documentación para valorar mejor los planteamientos y procesos evolutivos que se dieron en nuestro Derecho histórico. Con este propósito tenemos que destacar, en primer lugar, el paso desde la adquisición de las cosas concretas a través de la división «postmortem» (la «adiudicatio» en el ejercicio de la a.f.er.) a la adquisición de las cosas concretas por la división testamentaria. En este sentido, la posterior división que realizaba el árbitro de la división, al estar previamente ordenada por el testador de forma imperativa, se presentaba como una repetición superflua (33). Con lo que la consecuencia jurídica es que se da eficacia directa, como título de adquisición, a la división realizada por el testador. Aunque esta evolución en la división realizada por el testador, o por el padre, carece de una taxativa confirmación en las fuentes, Biondi la sitúa en torno al Derecho justineano y, especialmente, en base a la «divisio inter liberos» hecha por el ascendiente al margen del testamento (nov. 187; 107). En nuestra opinión, aceptando la validez del criterio de Biondi, lo que no se puede poner en tela de juicio es el carácter progresivo, y no repentino, de ese tránsito o evolución. De todos modos, el fenómeno de la adquisición directa de los herederos respecto de las cosas asignadas no modificó, en absoluto, su recíproca responsabilidad por la evicción de algún bien asignado. No obstante, en lo que debemos reparar es que si bien este proceso no alteró la responsabilidad aquí tratada, merced al conocimiento de los juristas acerca de la verdadera naturaleza y efectos de la división en Roma, en la medida que la a.f.er., como

---

(33) Recordemos el precedente, aunque en el Derecho singular, de la «praeceptio» en el testamento militar.

sistema de principios y reglas, pierda en nuestro Derecho histórico la vigencia que como acción específica le correspondió en el Derecho romano; el principio general de la responsabilidad por evicción entre los coherederos dejará de contar con uno de sus más fieles valedores: el «*officium iudicis*» puesto al servicio del principio de igualdad entre los coherederos como soporte de la «*adiudicatio*» en la división judicial. En segundo lugar debemos también hacer referencia, aunque con un interés no directo, a todo un proceso de evolución que en sede de «*legata*» condujo al conocido principio «*heredi a sametipso legari no potest*». Este principio, que no influyó para nada en el desarrollo histórico que hemos ofrecido de la «*praeceptio*» y del legado «*per praeceptionem*», ya que es este último, como prelegado originario, conservó todos los caracteres de la primera y se hizo eficaz a través de la «*adiudicatio*» como título independiente de la adquisición del heredero; empezará a afectar al legado «*per praeceptionem*» solamente cuando el testador se haya servido de los otros tipos de legado y cuanto este tipo de legado pierde su típica función para pasar a ser absorbido por el legado por «*vindicationem*» (interpretación «*proculyana*»). En esta fase se diferenciará el régimen de la «*praeceptio*» con el del prelegado. Presentando, este último, medios de ejercicio independientes a la acción divisoria. De ahí que con la consiguiente confrontación entre el título de heredero y el nuevo régimen, «*extra partem hereditatis*», la consecuencia jurídica será la nulidad del legado en los límites de la cuota hereditaria. Pues bien, todo este proceso (que ya hemos dicho que no afecta a nuestras anteriores afirmaciones) lo deberemos tener presente para comprender mejor la interpretación «*forzada*» que tuvieron que realizar los comentaristas del «*ius commune*» respecto del término «*praelegatas*», contemplado en D. 31, 77, 8, para poder mantener sus construcciones dogmáticas.

## V. LA ELABORACION DOGMATICA DE LOS CONTRATOS INNOMINADOS: LA TESIS DE LA «*PERMUTATIO*»

En el punto anterior hemos indicado la necesidad de profundizar en la elaboración que llevaron a cabo glosadores y comentaristas en el campo de los contratos innominados, como vía de investigación ajustada de cara a la argumentación que dio como resultado la excepción del deber de responder por evicción, contenida en el último párrafo de la Ley 9 de Partidas. Aunque esta interesante corriente de elaboración, o evolución, del pensamiento jurídico abarque, como es lógico, el desenvolvimiento de la institución de los pactos como otro factor necesario para la progresiva formación histórica del concepto moderno de contrato será, en el primer factor indicado, donde los maestros del Derecho común en base a la instrumentalización de la llamada «*recepción culta*», construyan ilustrativos desarrollos con-



ceptuales para la comprensión de nuestro objeto de estudio. Ello nos lleva, inevitablemente, al estudio y delimitación de los hechos o procesos significativos involucrados en la formulación de la disposición aquí tratada.

Sabido es que en el Derecho romano no se concedió validez para el «*ius civile*» al convenio de división realizado por los mismos coherederos, o por los copropietarios, por su mera consideración de pacto (34). En este sentido, dicho convenio generaba el efecto común de todo pacto, la «*exceptio*», o los efectos personales si se añadían las oportunas estipulaciones. Pero resultaba inoperante a los efectos de proporcionar una «*actio*» para exigir el cumplimiento de lo convenido («*ex nudo pacto actio non nascitur*»).

Sin embargo, los coherederos pudieron suplir esta falta de eficacia civil a través de dos procedimientos: o bien hacían seguir a dicho convenio las correspondientes «*mancipationes*», «*in iure cessiones*» o «*traditiones*», acompañadas de la cesión de acciones crediticias y de las estipulaciones de garantía, con lo que alcanzaban una eficacia directa para el «*ius civile*». O, simplemente, procedían a las efectivas transmisiones de los bienes hereditarios para la obtención de los efectos reales amparados por la «*iusta causa usucapionis*» que se derivaba del convenio. Ambos procedimientos, especialmente el segundo, contrastaban con la eficacia y seguridad jurídica que en el campo del «*ius civile*» derivaba del ejercicio de la acción genuina para la división de la herencia: la «*actio familiae erciscundae*». La sentencia del árbitro, o Juez de la división, permitía, en primer lugar, la adquisición singular de los coherederos a través de su «*adiudicatio*» como título independiente de la adquisición (aunque con eficacia constitutiva). Su «*condemnatio*» imponía el pago de las sumas de dinero en correspondencia a las varias obligaciones que podían surgir entre los coherederos. Finalmente, como una potestad más que venía implícitamente en su «*officium iudicis*», debía proceder al establecimiento de las oportunas «*stipulationes*» de garantía respecto de los bienes adjudicados.

No obstante, el convenio de división no fue dejado al mero arbitrio de las partes, sino que mereció la protección debida contra aquellos actos que repudiaban los valores esenciales de la sociedad romana. En este sentido, el pretor concedió su sanción contra aquellos comportamientos que injustificadamente llevaban al incumplimiento de lo acordado, frente al cumplimiento de lo demás, o se negaban a responder de la evicción sufrida por algún coheredero. El primitivo remedio concedido fue una «*actio in factum*» que ya permitía el logro del «*id quod interest*» del demandante.

Anteriormente hemos hecho dos precisiones al respecto que cree-

---

(34) A diferencia del Derecho helenístico, que sí dio eficacia a los «*placita divisionis*».

mos que interesa recordar aquí. En primer lugar, que la concesión de este remedio honorario obedeció a razones de justicia ante la ausencia de «stipulationes» de garantía contra el peligro de evicción. En segundo lugar, aunque de forma hipotética, si bien parece cierto que en algunos casos aislados, como el de la «permutatio» o el de la «datio in aestimatum», el Derecho clásico concedió una «actio in factum» para reclamar, no ya el valor de lo dado, sino de lo esperado (35), con lo que se produjo un primer reconocimiento de la fuerza expansiva del contrato de compraventa como posible solución para simplificar contratos complejos o figuras contractuales discrepantes; creemos que, en este estadio de evolución analizado, la «actio in factum» sancionadora del convenio de división respondió, más que a este aspecto contractual, a la recriminación de los comportamientos dolosos apreciados. En este sentido, es fácilmente constatable el comportamiento doloso del coheredero que, sin motivo alguno, se niega a entregar los bienes hereditarios que posee ante el incumplimiento de lo acordado por los restantes coherederos o, también, incumple deliberadamente su deber de responder por la evicción sufrida por otro coheredero.

Llegados a esta fase de nuestro comentario, es menester analizar la concepción de los contratos innominados que se elabora en el Derecho romano postclásico. Como muy bien nos informa Alvaro D'Ors, la aptitud escolástica de los juristas bizantinos de esta época hizo posible que se llegase a formular la categoría general de los contratos innominados. Sobre la amplia fase de las «dationes ob rem» (36), es decir, de la realizada para conseguir algo lícito del accipiente, y con los antecedentes clásicos ya vistos, «permutatio» y «datio in aestimatum», la doctrina postclásica generalizó la expansión contractual citada como criterio simplificador de todos estos convenios de conseguir una cosa por otra (bien un «dare» o un «facere»). El resultado fue que si bien estos convenios no podían obligar recíprocamente, por no coincidir con los negocios contractuales tipificados por el Derecho clásico, sí que pasaron a obligar desde el momento en que una de las partes se adelantaba a cumplir lo convenido. En este sentido, la elaboración de estos contratos innominados respondió mejor al carácter de los contratos reales (necesidad del cumplimiento) que a los contratos consensuales. Esta nueva construcción admitió, también, la anterior solución habida en la «condictio» recuperatoria, que se extiende incluso a supuestos donde no hubo «datio», su modalidad como acción resolutoria unilateral, la «condictio ex poenitentia».

---

(35) Con lo que se superaba lo ofrecido por la respectiva «condictio».

(36) ALVARO D'ORS, en su manual: *Derecho romano privado*, nos ofrece, entre otros casos, los siguientes ejemplos de «dationes ob rem»: a) para que el accipiente renuncie a una acción; b) para cumplir una condición; c) para que el accipiente dé a su vez otra cosa («permutatio»), y d) para que el accipiente venda al precio que quiera y restituya una estimación o lo *no vendido* («datio in aestimatum»).

La acción que vino a sustituir a la «actio in factum» de la jurisprudencia clásica no fue otra que una acción genérica para «ius civile» denominada «actio praescriptis verbis». En armonía, por otra parte, con la base contractual que inspiró la elaboración de los contratos innominados (37).

Pese a ser una categoría abierta (dada, precisamente, para los contratos o negocios «sin nombre») figuraron en ella algunos negocios típicos, como la permuta, el contrato estimatorio, la transacción, el precario, la donación modal, la constitución de dote recepticia y *el convenio de división*.

Sin embargo, la inclusión del convenio de división entre los contratos innominados, requiere una suerte de precisiones necesarias para el posterior desenvolvimiento de nuestra argumentación. En primer lugar, dicha inclusión obedeció ya a una corriente de voluntarismo jurídico (basada en la «convencio») que paralelamente a la tendencia justineana, desde un punto de vista lógico-dogmático de simplificación de contratos complejos o figuras discrepantes a través de la fuerza expansiva de la compraventa, basó su inclusión en la licitud del «acuerdo» de los coherederos como modo esencial de obligarse entre sí. Ello significa, para nuestro objeto de estudio, que ni siquiera desde el punto de vista de este proceso evolutivo, que muestra una opción negocial de la división más firme que el mero pacto de división respecto del genuino procedimiento de la «actio familiae erciscundae», se puede sostener que la división en Roma tuvo un carácter traslativo, a modo de un transferencia o cesión recíproca entre los coherederos de participaciones indivisas de bienes hereditarios.

Parafraseando al célebre pero interpolado pasaje del Digesto 19, 15, 5, pr. (Paul. 5 quaest.): «...in hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspici potest. Qui in his competit speciebus: aut enim *do titi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias...*», los argumentos para ratificar nuestro postulado son varios (38).

---

(37) En el seno de la doctrina romanística se siguen discutiendo los posibles antecedentes clásicos de la «actio praescriptis verbis». Por su parte, *D. 19, 5 (2) (Cels. 8 dig.)*: «Pues cuando faltan los nombres corrientes y usuales de las acciones, ha de actuarse por la acción de palabras prescritas», y *D. h. t. (3)*: «A lo cual es necesario recurrir en cuanto se dan contratos que no tienen nombre en el Derecho civil.»

(38) Coincidimos con los calificativos que del fino quehacer del Profesor Jordano mereció el citado pasaje: «La formación de la categoría general del contrato innominado es, desde luego, postclásica; postclásico es el empleo de esa nueva acción general y absolutamente espúrea es, en todo caso, esa clasificación “do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias...”»

Quizá el único error constatable en su trabajo se localice en su parte histórica, al establecer como base para el desarrollo de los contratos innominados a las «dationes ob causam», cuando de éstas solamente surgieron casos de enriquecimiento injusto, siendo las «dationes ob rem», las que realmente contribuyeron a la formación de la categoría general de los contratos innominados.

JORDANO BAREA, J. B.: *Los contratos atípicos*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», año 51, Tomo 28, pp. 51 y ss., Madrid, 1953.

En primer lugar, como ya hemos expuesto, hay que tener en cuenta que la inclusión del convenio de división se produce a la luz del antecedente de la mencionada «*actio in factum*», y en atención a la fase convencional que lo sustenta y no, por tanto, por un pretendido carácter traslativo del mismo. En segundo lugar, si bien es cierto que alguno de estos negocios incluidos en los contratos innominados respondía al esquema del «*do ut des*», caso de la «*permutatio*», este supuesto no fue técnicamente extrapolable a la fisonomía propia del convenio de división. En este sentido, si nos fijamos, el deber de entrega de los bienes hereditarios derivado de lo acordado en el convenio de división no responde ni a una «*ratio dei*», ni a una propia «*traditio*», ya que el coheredero que viene obligado a la entrega de los bienes hereditarios que él retenía, ni opera el efecto adquisitivo de una «*datio*» ni los presupuestos de una adquisición derivada («*traditio del tradens*»), sino una mera entrega posesoria resultante de las obligaciones nacidas del convenio de la división. Recordemos cómo este convenio, cuando no se acompañaba de actos o negocios válidos para el «*ius civile*» («*mancipationes, in iure cessiones...*»), permitía una «*iusta causa usucapionis*» del coheredero asignado que procedía a la licitud del convenio como acuerdo de división y que presumía, necesariamente, una causa antecedente en la plural delación hereditaria. No había, de este modo, un propio «*do ut des*» de la «*permutatio*», sino un «*facio ut facias*», es decir, yo cumplo lo acordado poniendo a tu disposición los bienes hereditarios que del convenio a ti te han sido asignados, y que detentaba en nombre de todos, para que tú cumplas, también, lo acordado, y permitas mi apropiación posesoria a los efectos de la usucapión. En esta misma línea cabe hablar del deber de responder por la evicción cuando un coheredero se niega a cumplirlo conforme a su asignación. La trasgresión no reside en una pretendida frustración de un recíproco «*haber licere*» entre los coherederos, sino en incumplimiento de uno de los deberes surgidos del hecho de dividir que el convenio de división viene a reforzar, salvo que quede exceptuado.

En segundo lugar, la finalidad y circunstancias que llevaron a la aplicación de la «*actio praescriptis verbis*» como un remedio útil para la ejecución del convenio de división concuerdan, sustancialmente, con la argumentación que estamos defendiendo. Así, esta acción postclásica viene concedida con el mismo criterio de justicia que presidió la aplicación de la anterior «*actio in factum*»: sancionar aquellos comportamientos que sin razón justificada incumplían lo acordado lícitamente en el convenio o quebrantaban la proporcionalidad en la integridad económica de las cuotas hereditarias. No cabe aducir una finalidad o «*gratia*» distinta entre ambas acciones ya que, por ejemplo, en el supuesto de evicción ambas acciones, respondiendo a los principios de la comunidad hereditaria, resolvieron un supuesto común: incumplimiento del deber de responder por la evicción confor-

me a la porción asignada cuando en el convenio de división no se habían establecido las correspondientes estipulaciones de garantía. Su recurso subsidiario reafirmó la vigencia de los principios emanados de la comunidad. De este modo, la sustitución de esta acción «in factum» por la «actio praescriptis verbis» no altera lo anteriormente expuesto, sino que se integra en esa genérica construcción contractual de todos esos convenios que dieron pie a la formulación de la categoría general de los contratos innominados. En este sentido la «actio praescriptis verbis», con su base contractual, se presentó con mayor idoneidad que la primitiva «actio in factum» para accionar a los mencionados contratos innominados. Entre éstos, al convenio de división por la base convencional que ofrecía.

Debemos pensar, por otra parte, que este recurso a la eficacia expansiva del contrato compraventa como criterio de simplificación que impregnó a la tradición justineana desde un punto de vista lógico-dogmático, no desencadenó toda su influencia en la sola tarea de construcción de los contratos innominados, sino que tuvo, por el contrario, una notable mediación en todo el pensamiento postclásico y, posteriormente, en el Derecho común. Sirven de ejemplos dos supuestos totalmente distintos. Así, respecto de la «datio in solutum» e independientemente de su efecto liberatorio «ipso iure» (Sabinianos) y «ope exceptionis» (Proculeyanos), la doctrina tardía superó dichas posiciones al construir dicha modalidad de pago como una venta, con la subsiguiente responsabilidad por evicción. De esta forma, los maestros del «ius commune» asimilarán la naturaleza jurídica de la «datio in solutum voluntaria» a la de la compraventa: «datio in solutum obtinent vin venditionis». Su alcance llegará a tanto, en el campo de este nuevo Derecho, que los comentaristas legitimarán la acción del acreedor hereditario contra el heredero, no ya en base del teológico principio de subentrar el heredero en el lugar, situación, del finado, sino en que con la aceptación del heredero se realiza un «quasi-contrato» con los acreedores de la herencia. En suma, esta nueva orientación en la forma de explicar el contenido y eficacia de las distintas figuras jurídicas la deberemos tener muy en cuenta, como veremos más adelante, para comprender y valorar lo que fue un desarrollo unitario de la responsabilidad por evicción en el Derecho común que afectó, necesariamente, a la responsabilidad en la partición de la herencia. Por último, y para terminar nuestro comentario a la categoría general de los contratos innominados en esta fase, debemos señalar, una vez más, que nuestra anterior interpretación realizada en el análisis del Derecho romano acerca de Textos o pasajes capitales en el desenvolvimiento histórico de nuestro objeto de estudio tiene, aparte de su corrección que sostenemos, perfecto acomodo con lo aquí expuesto. Recordemos como textos comprometidos, entre otros: *D. 10, 2, 20 (3) (Ulp. 19 ed.)*, que recoge el parecer de Papiniano acerca de la división del padre con los términos polémicos «...quasi certa

lege permutationem fecerint...», o el del Código de Justiniano en su *Ley 1 del Tít. 38* («*communiam utriusque iudicii*») *Lib. 3*: «*Divisionem praedierum vices emptiois obtinere placuit.*» En este sentido, fuera de la incorrecta interpretación aislada de algunos de sus términos o de la desorbitada interpretación literal en su conjunto, las necesidades lógico-dogmáticas de este período (distintas a la precisión y concisión clásicas) condujo al comentario ejemplificador, o resumidor, de los asertos de la jurisprudencia clásica en base a estos recursos pedagógicos. Así, en el primer texto, se recurre al concepto de la «*permutatio*» para fortalecer el principio de que los hijos deben responder de las cargas de las deudas de la herencia en proporción a los bienes recibidos por la división del padre. En el segundo texto, se recurre al concepto de la compraventa para ejemplificar mejor la eficacia de la división ya que, como ocurre en el anterior contrato, ésta también hace posible la adquisición de la propiedad de los bienes adjudicados.

La conclusión a la que llegamos en el ámbito de la construcción postclásica de los contratos innominados, es la del respeto al principio general de la responsabilidad por evicción en la división de herencia, en todas y cada una de las formas con que ésta se llevó a cabo.

Ahora bien, si en esta primera construcción de los contratos innominados el convenio de división conservó una fisonomía propia, que dio como resultado el mantenimiento del principio general de responder por la evicción, ¿cuál fue el proceso que desencadenó o fundamentó la excepción contenida en el último párrafo de la *Ley 9 de Partidas*? La respuesta subyace en una consecuencia derivada de los ingeniosos desarrollos conceptuales que tanto los glosadores como los intérpretes, o comentaristas, realizaron acerca de esta categoría general de los contratos innominados.

Aunque se pueda afirmar, en líneas generales, que los maestros del «*ius commune*» no prescindieron desde una base teórica (obtenida de la autoridad instrumental del Derecho romano) de la máxima «*ex pacto nudo actio non oritur*», en la línea práctica de sus construcciones doctrinales, dicho principio resultó desvirtuado en su posible contenido. Hay que recordar cómo del quehacer de estos ilustres doctores del medievo surgieron amplias y numerosas excepciones que, sobre unos supuestos de características generales, llevaron a la derogación fáctica del principio «*nudum pactum non parit actionem*» y sentaron las bases para su derogación teórica por los canonistas y los comentaristas de las nuevas necesidades del tráfico mercantil.

Sobre este vasto campo de evolución jurídica que tenderá a identificar el concepto de «*pacta nuda*» con los contratos innominados, encontraremos argumentos suficientes para esclarecer los antecedentes que dieron origen a la norma objeto de estudio (39).

---

(39) En esta línea de aproximación del pacto nudo con los contratos innominados, los desarrollos y construcciones doctrinales, tanto de los glosadores como de los co-

En este propósito hay que señalar que si bien la tendencia lógico-dogmática de los juristas bizantinos respecto del contrato de compraventa, sentó las bases de generalización contractual de los convenios que dieron pie a la categoría de los contratos innominados, los docto-

---

mentaristas del «*ius commune*», fueron incesantes. Gran parte de su atención creativa se centró en la cuestión práctica de conseguir unas distintas vías la accionabilidad del pacto nulo.

El profesor EMILIO BUSSI, en su magnífica obra: *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, nos documenta acerca de estas ingeniosas, pero laboriosas, construcciones doctrinales. En este sentido, ya en el pensamiento de Azón, el «*pactum*» se presenta con la «*gratia*» o finalidad de un verdadero contrato obligatorio. Para alcanzar el respaldo de los efectos jurídicos, el insigne autor introduce una novedosa sistemática de los «*pacta*» en base a la consideración de los «*pacta vestita*». Este vestimiento del pacto consistía en una circunstancia extrínseca que unida al pacto le hacía alcanzar la eficacia jurídica. En la teoría de Azón los «*vestes*» son seis, de los que cuatro hacen referencia a la clasificación Gayana («*res, verba, litterae, consensus*») pasando a ser los contratos nominados; todos los demás, incluida la permuta, pasarán a ser los contratos innominados. Las otras dos «*vestes*» vendrán de la mano de la «*cohaerentia contractus*» y del «*pactum rei interventu*», esto es, del pacto acompañado de la prestación de una de las partes.

BÁRTOLO, pese a mantener en sede teórica la máxima romana, contribuye a alargar, más aún, la generalidad de las excepciones ofrecidas. Así, dará relevancia, en primer lugar, a la «*rei initium*» para proseguir admitiendo que cuando el criterio de las «*vestis*» sea insuficiente para la accionabilidad del pacto, la ley puede, en algunos casos, conceder un auxilio especial («*auxilium legis*»). Este auxilio viene atribuido en los siguientes casos: a) en las convenciones «*iuris gentium*» que vengan indicadas con un nombre particular, «*re et consensu*», o que permitan que se pueda hablar de un «*rei interventus*» o de una «*cohaerentia contractus*»; b) en las convenciones «*iuris civilis*» a las que la ley da «*forman et nomen*»; y la convención en la que se pueda reconocer un «*cohaerentia contractus*» o exista un «*operis initium*». Con ello, aparte de una encubierta llamada a la «*causa*» de los contratos como criterio legitimador de las convenciones, se abre una puerta para la general accionabilidad de los pactos, ya que difícilmente se encontraría un pacto que no recibiera un «*nomen*», bien por la consuetudo o por el estatuto y, a la vez, una particular forma.

Paralelamente a todo este intenso proceso evolutivo la «*stipulatio*», que había representado el instrumento jurídico más idóneo para garantizar contra el peligro de evicción, no será ajena a otros interesantes puntos de vista. Aunque en la doctrina de los glosadores la sustancia de la «*stipulatio*» resida, todavía, en la correspondencia exacta (congruencia) entre una pregunta y una respuesta acerca del cumplimiento futuro de una prestación, muy pronto su atención se alejó a la «*formalidad*» estipulatoria, como modo ordinario de obligarse las partes, para recalcar en otras cuestiones más acordes con sus desarrollos conceptuales. En el Derecho común este alejamiento o desviación del centro de atención se inicia en pro de la relevancia, no ya de la formalidad de la «*stipulatio*» sino de la prueba de la misma, es decir, a su «*exatta applicazione*». En este sentido, aunque en principio los medios de prueba no tuvieron en sede teórica limitación alguna, en la práctica, todo señaló al «*instrumentum*» como el medio preferente de su prueba. Ya que recogía el requisito fundamental de la «*stipulatio*»: la exacta correspondencia entre la pregunta y la respuesta.

Respecto a la necesaria utilización técnica de la palabra «*promittere*» (que sustituyó a la forma verbal romana más antigua: «*spondes-spondeo*») frente a la utilización usual de la palabra «*convenire*»; Bártole, en un juicio general acerca del instituto, observó que aquella era solamente necesaria cuando las fuentes expresamente decían que el puro consentimiento de las partes no era suficiente, con lo que, generalmente, se equiparaban ambos términos de cara a la «*exatta applicazione*» de la «*stipulatio*».

Pero, en realidad, ante la generalización y eficacia del pacto nudo, la pérdida de la importancia de la «*stipulatio*» como forma ordinaria de obligarse fue un hecho. De ahí, por una parte, que se la considerara fundamentalmente como un «*pactum nu-*

res del Derecho común aliviaron la influencia conceptual de dicho contrato en pro de la versatilidad de la «permutatio». Este distinto enfoque dogmático no estará exento de repercusiones prácticas. Así, por ejemplo, el paradigma de los contratos commutativos no será tanto la compraventa, sino la permuta. Anotemos, por otra parte, cómo se observa una identificación o confusión de ambos contratos en la legislación anterior a Partidas. En este sentido, ya el Fuero Juzgo se pronunciaba con los siguientes términos en su Ley 1, Tít. 4, del Lib. 5: «*El cambio que non es fecho por fuerza o miedo, vala así cueno compra.*» El Fuero Viejo de Castilla en su Ley 2, Tít. 1, del Lib. 4, expresaba al contrato de compraventa de esta forma general: «...E la vendida, que ansi fuer fecha, non puede toller suo derecho al pariente o a quien pertenesce la eredit por raçon del patrimonio, o del avolengo, *maquer que el cambio sea fecho.*» Será la mayor precisión que animó la legislación del Fuero Real quien comenzará a «desfazer el entuerto» dedicando, a tal efecto, la primera de sus leyes del Tít. 11 del Lib. 3: «Los cambios son tan allegados á las vendidas, que á duras se entiende en muchos de lugares si es vendida, o si es cambio...» (40).

Pero, de todos modos, la razón que sostuvo la excelencia de la «permutatio» como paradigma o ejemplo de los contratos conmutativos residió en que mientras la compraventa tenía una eficacia circunscrita a los contratos nominados, la «permutatio» contaba con la generalidad de ser el contrato innominado por autonomía. Su posible desarrollo conceptual superaba, en mucho, a la tipicidad de la compraventa. Ya Azón expresaba la maleabilidad de la «permutatio» con los siguientes términos: «*Est unius rei per alteram praestatio, et stat in generali nomine: quippe omnis contractus nominatus vel innominatus in larga appellatione potest dici permutatio ex quo invicem datur vel accipitur, ergo et venditio et locatio.*» Paolo di Castro nos ilustra de cómo la generalidad del nomen de la «permutatio» es la razón de su ejemplaridad como «contratio» innominado, a diferencia del nomen «speciale et discretivum» propio de los contratos nominados (41).

---

dum» revestido con la utilización de una determinada palabra, y por otra que su práctica venga indisolublemente unida a la función notarial en los límites de una cláusula añadida, generalmente, para la validez del «instrumentum».

De este modo, por la genérica eficacia alcanzada por los contratos innominados a través de la «*actio praescriptis verbis*» se comprende mucho mejor la afirmación de GARCÍA GOYENA, en su comentario al artículo 917 del Proyecto, acerca de que en la práctica de nuestro Derecho histórico «no fue admitida la obligación de fianzón (estipular) sobre la evicción en la partición de la herencia».

(40) La diferenciación contemplada por esta Ley 1 del Tít. 11, «mas do quier que se de cosa cualquier por dineros, es vendida», será desarrollada por la Ley 1, Tít. 6, de la quinta Partida.

(41) La categoría general de los contratos innominados es desconocida en la clasificación Goyena. En Gai. 3, 90 no se enumeraba como contrato real más que el mu-



Precisamente, esta generalidad conceptual de la «permutatio» conveniente a cualquier negocio jurídico, tendrá especial repercusión práctica en el desenvolvimiento del convenio de división. En este sentido, si reparamos en que la genuina función del acto de división había quedado en el recuerdo histórico de la «*actio familiae erciscundae*», dando paso a la primacía de una división convencional en donde los sujetos legitimados, como agentes de la voluntad del finado, fueron los propios herederos; nos percataremos de cómo los maestros del Derecho común no tuvieron ningún pudor técnico en identificar o asimilar el modesto convenio de división a la estructura y finalidad del contrato innominado por excelencia: la «permutatio». Con ello, la tipicidad social del convenio de división (su verdadera finalidad y contenido), respetada por la elaboración postclásica de los contratos innominados, venía a menos.

De esta forma una metodología escolástica, puesta al servicio de una visión unitaria de los diferentes institutos sacrificaba la finalidad y contenido económico-social del convenio de división en base a una engañosa construcción analógica que identificaba, o asimilaba, su «figura» jurídica con la estructura de la «permutatio». El convenio de división entraba, así, desde la «teoría de todo lo que se da por una causa», del célebre pasaje del Digesto 19, 5, 5, en el grupo específico de los «*do ut des*». Contaban para ello con oportunos resortes obtenidos de la generalidad de los antecedentes de Derecho romano. Por una parte, la cuota, como concepto ideal de la lógica jurídica, se presentaba como el vehículo idóneo para la escenificación del «necesario» transferimiento conmutativo y oneroso entre los coherederos. Por la otra, las aspiraciones pedagógicas (aclaratorias o ejemplificadoras) de los juristas del último período clásico y del postclásico, fueron aprovechadas en pro de un comentario parcial y acorde con los nuevos desarrollos conceptuales. Así, entre otros, los textos capitales de *D. 10, 2, 20 (3)* o la *Ley 1, Tit. 38, Lib 3 del Códex* fueron reinterpretados, como argumentos de autoridad, en el sentido de la identificación técnica con la permuta («*quasi certa lege permutatiorem fecerit*»), o, en un sentido más amplio, con la compraventa («*di-*

---

tuo, pero en la «*res cottidianae*», *D. 44, 7, 1*, Gayo enumera ya aparte del mutuo, el comodato, el depósito y la prenda. Justiniano, en *Inst. 3, 14*, combina las dos redacciones recogiendo una clasificación general que sigue sin contemplar a los contratos innominados.

Sin embargo, esta categoría general centrará la atención de los doctores del medioevo (a diferencia de la escasa importancia de otras, como, por ejemplo, los contratos de buena fe y de Derecho estricto) que la desarrollarán con una fisonomía e importancia distintas a las elaboradas por los juristas bizantinos. En clasificación Gayana encontrarán, sobre todo, una herramienta de trabajo para sus nuevas construcciones doctrinales. Por otra parte, la relevancia de la «permutatio» como contrato innominado por excelencia no puede ponerse en tela de juicio. En este sentido ya adelantábamos, como en la sistemática de Azón, la permuta ocupa un lugar de referencia respecto de los «*contratus innominati*».

visionem praediorum vicem emptionis obtinere placuit»). Sin lugar a dudas, es en esta fase del pensamiento jurídico donde debe situarse la construcción de la famosa tesis de la «permutatio» como elaboración dogmática de la «figura» del convenio de división. Esta constatación reportará, como veremos más adelante, serias objeciones a la exposición recibida acerca de los antecedentes históricos en la partición de la herencia.

Aunque, en principio, dicha asimilación o identificación no alteró la eficacia procesal del convenio de división, sino que, por el contrario, reforzó su condición de contrato innominado. En este sentido, el «*ius commune*» siguió concediendo a los contratos innominados comenzados por «do», esto es, «do ut des» y «do ut facias» la correspondiente «*actio praescriptis verbis*», bien para la propia ejecución del contrato (ante el incumplimiento de una de las partes), o para el exacto cumplimiento ante un cumplimiento defectuoso. Sí que quebrantó la eficacia procesal del principio general de la responsabilidad por evicción en la partición de la herencia que, hasta este momento, no había conocido excepción alguna salvo la impuesta por la propia voluntad del testador. El proceso o «*iter*» de esta afirmación está íntimamente enlazado con los desarrollos conceptuales que aquí hemos analizado. Los maestros del Derecho común tampoco renunciaron a ofrecer una visión o concepción unitaria de un instituto tan relevante como la responsabilidad por evicción. Siguiendo la tendencia de los juristas bizantinos, desde el punto de vista lógico-dogmático de la fuerza expansiva del contrato de compraventa como criterio simplificador de contratos o negocios complejos, consideraron la responsabilidad por evicción como una consecuencia natural y exclusiva de los contratos onerosos y conmutativos. El convenio de división, desnaturalizado en pro de una «figura» asimilada a la estructura de la permuta, no presentó ningún problema. Sin embargo, el supuesto de división por el padre, o por el testador, no pudo ser encuadrado en la estructura y contenido de dicho contrato. En consecuencia, para salvaguardar la validez de la argumentación desarrollada hubo que excluir, necesariamente, la responsabilidad por evicción en el supuesto citado. Así fue cómo de esta forma, como tributo ofrecido a la deslumbrante, pero engañosa, generalización de la elaboración dogmática fue sacrificado, parcialmente, el plano funcional del principio de la responsabilidad por evicción en la partición de la herencia que, insistimos, no conoció salvedad alguna en los antecedentes de Derecho romano.

Nuestra línea de investigación, aparte de su correspondencia con el verdadero proceso desencadenante de la antinomia del párrafo último de la Ley 9 de Partidas, respecto de los anteriores antecedentes, nos permita conocer mejor el argumento utilizado para la exclusión del deber responder por evicción en el supuesto de partición por el padre o por el testador. En este sentido, dentro de las posibilidades

ofrecidas por el marco de la recepción culta, obtienen una explicación lógica tanto el recurso singular al pasaje 31, 77, 8 del Digesto, como la subexcepción recogida por Gregorio López al término de su glosa (2) a dicha Ley.

Una vez que los doctores del Derecho común llegaron a la necesidad de excluir el deber de responder por evicción en el supuesto indicado, por quedar fuera del alcance dogmático de su concepción unitaria de la responsabilidad por evicción, se vieron, a su vez, en la necesidad de concordar armónicamente su decisión con los antecedentes de Derecho romano. Esta cuestión no era baladí para su metodología científica que aceptaba como elemento imprescindible la instrumentación de dichos antecedentes y, con ella, el recurso de los textos romanos. De lo contrario, su novedoso desarrollo conceptual se presentaría como falto de rigor científico y espurio a la tradición jurídica. No obstante, las aspiraciones sistémicas de estos glosadores y comentaristas no iban a verse truncadas por este eslabón científico. Justificados en base a la validez de sus nuevas construcciones para el campo del Derecho, no dudaron, merced a su profundo conocimiento de las fuentes romanas, de acomodar, por la vía que fuese posible, lo prescripto en los antecedentes a los dictados de sus nuevos postulados. De esta forma, y ante lo absoluto en favor de la responsabilidad por evicción, entre otros textos, los ya estudiados *D. 10, 2, 10* (Gai, 7 ed. prov.); *D. 10, 2, 25 (21)* (Paul, 23 ed.); *D. 10, 2, 23* (Pap. 7 resp.); *D. 10, 3, 10* (Paul, 23 ed.); *D. 21, 2, 66 (3)* (Pap. 28 quaest.), y *C. Ley 14, Tít. 36, Lib 3*; se abordó el pasaje 31, 77, 8 del Digesto, que sin tener la relevancia de los anteriores ofrecía, en cambio, posibilidades para la reinterpretación deseada. De ahí que se pueda explicar la singularidad de su cita tanto en la glosa de Gregorio López como en la de los otros autores contemporáneos. Sencillamente, porque en su momento no fue posible encontrar otro texto en los antecedentes del Derecho romano que permitiera, con ciertos visos de credibilidad, la interpretación querida por los maestros del Derecho común. De la ingeniosa acomodación del pasaje ya hemos hecho mención con anterioridad. Simplemente recordar en líneas generales, como el texto de Papiniano contemplaba la responsabilidad por evicción de los herederos en un caso de «divisio parentis inter liberos» ordenada a través de la «praeceptio» (supuesto, por otra parte, muy próximo al de una plural «heredis institutio ex rebus certis»), con los siguientes términos: «...si tamen inter filios divisionem fecit, arbiter coniectura voluntatis non patietur eum *partes coheredibus praelegatas* restituere, nisi parati fuerint et ipsi patris iudicium fratri conservari». El término «praelegatas», interpretado correctamente en su contexto, participa del sentido genérico de «legare», es decir, como la «disposición» hecha a través de la asignación («praeceptio») de cosas concretas a los herederos regularmente instituidos (de ahí el «praelegare»). Esta asignación podía ser hecha «in partem» o «extra

partem hereditatis» y se hizo valer, muy pronto, a través de la «adiudicatio» como título independiente de la adquisición singular de los herederos. De ahí que el árbitro de la división, respetando el juicio divisorio del padre, vele por la integridad económica de las cuotas manteniendo la recíproca responsabilidad por evicción respecto de los bienes adjudicados.

Pues bien, ante este claro significado de la segunda parte del pasaje 31, 77, 8 del Digesto, la intervención estética de los ingeniosos glosadores consistió en lo siguiente. Contando con que la primera parte del pasaje venía a excluir, con toda lógica, la responsabilidad por evicción en un supuesto de fideicomiso en favor de un hijo, y que la evolución jurídica había llevado a la separación de la «praeceptio» (legado por «praeceptionem») del prelegado, como atribución de cualquier forma o tipo, a título particular, a favor del heredero «extra partem hereditatis» («heredi a semetipsò legari no potest») se alteró el sentido global del texto, que comprendía dos supuestos distintos (fideicomiso y una propia división) para darle un sentido unívoco al considerar que en el caso de la propia división los herederos establecían entre sí una simple relación de prelegatarios, con lo que se excluía de forma general en el texto la responsabilidad por evicción.

Evidentemente, aparte del sentido contrario del texto, el nuevo maquillaje llevaba al absurdo ya que los herederos eran simplemente prelegatarios, solamente, en función de la responsabilidad por evicción y no del resto de derechos y cargas que llevaba implícita la cualidad de herederos. No obstante, consiguieron forzar una interpretación favorable que les permitió aportar un texto de autoridad en el que justificar su excepción a la responsabilidad por evicción en la partición hecha por el padre o por el testador.

Nuestra investigación nos lleva, por otra parte, a valorar positivamente el quehacer de Gregorio López en esta materia. Aunque, sin lugar a dudas, como hombre de su tiempo obtuvo su formación principal en el estudio del «ius commune», su extraordinaria erudición no le hizo ajeno ni a los progresos del Derecho canónico ni al conocimiento de la opinión de los autores contemporáneos. En esta línea de su amplio campo de estudio, la limitación recogida al término de la glosa (2) a la Ley 9 de Partidas nos revela, también, su conocimiento acerca de los antecedentes del Derecho romano. En este sentido, pese al imperio de la concepción unitaria de la responsabilidad por evicción en pro de los contratos conmutativos y onerosos (y de los a ellos asimilados), Gregorio López, al recoger la opinión de Decio, dudó al menos de dos cuestiones.

La primera de ellas creemos que fue la perfecta constatación de esta concepción en el ámbito del Derecho romano. Tanto la interpretación forzada del pasaje 31, 77, 8 del Digesto, como el único recurso a su cita singular, le llevaría a relativizar lo absoluto de la disposición de la Ley 9. La segunda, y con mayor importancia, fue su conoci-

miento de que dicha concepción llevada a su último extremo (sin ningún tipo de limitación) suponía, «iuris et de iure», una voluntad «mortis causa» sin ningún tipo de indicio o circunstancia en que basarse. De ahí su solución de compromiso al filo de su glosa (2) en las palabras del adelantado Decio: «Nisi constaret de voluntate testatoris fuisse, quod aequalitas esset inter haeredes servanda.»

En suma, ésta fue la cara oculta de la disposición objeto de estudio ya que a resultas de dicha concepción vino impuesta la excepción aquí tratada, representando una auténtica presunción de la voluntad del testador no sustentada con ningún tipo de indicio o circunstancia válida (pues la mera división no suponía nada más que un criterio de adjudicación a seguir). El resultado fue la quiebra de la proporcional integridad económica de las cuotas en base única y exclusivamente a estas artificiosas construcciones doctrinales.

## VI. NUESTRO DERECHO HISTORICO: LA TRADICION DE DERECHO ROMANO «VULGAR» Y LA TRADICION CULTA O «BOLOÑESA»; LA LEY 9, TIT. 15, PARTIDA 6

Como hemos adelantado a lo largo de nuestra exposición, la localización del influjo de las anteriores elaboraciones y construcciones doctrinales de los glosadores y comentaristas del «ius commune» debe centrarse en nuestro texto de Partidas. Aunque esta afirmación es rigurosamente ajustada a nuestro objeto de estudio participa, con igual validez, de una subdivisión más amplia de cara a la evolución y progreso jurídico de la responsabilidad por evicción en nuestro Derecho histórico. En este sentido, y particularmente en la responsabilidad por evicción en la partición de la herencia, se puede precisar a nuestra Legislación Antigua en base a dos recepciones de la tradición jurídica romana de diferente alcance y características: la tradición de Derecho romano «vulgar» y la tradición de Derecho romano culta o «boloñesa».

El fundamento de esta subdivisión puede sustentarse en base al siguiente razonamiento: la tradición de Derecho romano «vulgar» responde a una recepción no académica y fragmentaria de los antecedentes de Derecho romano. En este sentido, el soporte de esta recepción nos viene dado tanto por la particularidad de nuestra legislación provincial, que se desarrolló a lo largo de la dominación romana, como por el renacimiento del estudio jurídico que sobre unos presupuestos de Derecho romano se dio en Occidente en la segunda mitad del siglo V, preferentemente en el apoyo de la legislación romana del primer monarca visigodo que realizó la escritura de sus leyes: «Código de Eurico» (42); así como, en el monumento más importante a la

(42) Actualmente se nos conserva, parcialmente, en un «palimpsesto» de París. En este sentido, D'ORS: *El Código de Eurico*, 1960, con una paligenesia de la parte per-

tradición romana de este período: la «Lex Romana» (Visigothorum) (43). Fruto de esta recepción, alejada de la formulación del estilo clásico, son las primeras referencias a la partición de la herencia que encontramos en el Libro de los Jueces, o Fuero Juzgo, en el Fuero Viejo de Castilla, y de modo más desarrollado, en el Fuero Real.

Excede a nuestros propósitos un seguimiento en profundidad de la tradición de Derecho romano contenida en estos Cuerpos legislativo. No obstante, en una línea ilustrativa podemos citar las siguientes leyes:

El Fuero Juzgo contempla a la partición de la herencia en su Libro 9, «De las particiones, e de los tiempos, e de los annos, e de las lindes», Tít. 1, «De las particiones, e de las tierras arrendadas». Del desarrollo de este título en 19 leyes podemos destacar las siguientes: la Ley 1: «Que el departamento que fuere fecho de las heredades una vez, valga por siempre.» En este apeo y deslinde concebido a perpetuidad se observa un claro antecedente de Derecho romano. Como sabemos, la «actio familiae erciscundae» tampoco pudo ejercitarse más de una vez, salvo que el Magistrado lo admitiese tras sumaria cognición, como, por ejemplo, en la «restitutio in integrum en favor del menor perjudicado» (D. 10, 2, 20, 4; Ulp. 19 ed.).

En idénticos términos de conservación de la partición realizada parece obrar el tenor de la Ley 2: «Que la partición que es fecha entre los hermanos, que non se desfaga, manquer que non ayan nengun escripto, si puede seer mostrado por testigos.» Esta Ley, seguida por la Ley 8, Tít. 4, Libro 3, del Fuero Real, amén de conservar la paz y el orden de las familias, obedece al reclamo de la tradición romana en pro de la conservación de la partición realizada; Ley 11, Tít. 36, Lib 3 del Código de Justiniano: «No porque a ella (la división) no le ha seguido escritura, como expones, se ha de considerar nula la división hecha entre tú y tu hermano, pues la certeza de lo hecho afirma suficientemente que es válida la división.» Por otra parte, la referencia de la Ley del Fuero Juzgo a la prueba testifical debe entenderse en ser la segunda prueba en importancia después de la documental. En la Ley 3, «Que la partición que ficieren los mayores e los mejores que la deven tener los menores» (seguida por la Ley 10, Tít. 5, Partida 3), también encontramos la sombra de los anteceden-

---

tida sobre la base de las probables leyes Euricianas que se recogen como «antiquae» en la «Ley Visigothorum» del 654 .

(43) La base principal de esta «Lex Romana», conocida como el Breviario de Alavier, proviene del Código Teodosiano (438). Valiéndose también del Gregoriano y del Hermogeniano, así como de las «Pauli Sententiae», del «Epitome bai», de un fragmento sacado del Corpus Papiniani, y de las novelas o leyes sueltas de los últimos emperadores.

Un sabrosísimo comentario histórico de ambos Códigos por parte de don Joaquín Francisco Pacheco y don Fermín de la Puente y Apezuechea, puede leerse en la obra: *Los Códigos españoles* (Concordados y Anotados), Madrid, 1872, segunda edición, Tomo 1.

tes de Derecho romano. Esta Ley contempla el supuesto de confrontación de intereses (pareceres) tanto en la oportunidad de la partición de alguna cosa hereditaria como en la forma de llevarse a cabo ésta. La solución, en todo caso, «lo que plugieren a los más y a los mejores, no parece estar muy alejada de lo que debió ocurrir en la toma de decisiones para los actos materiales en la cosa común ya que, según algunos autores, Justiniano estableció la decisión por mayoría de cuotas. De todos modos, la hipótesis se refuerza, fuera de estos actos materiales, en la decisión acerca de la división o no de la cosa en común. En esta línea, recordemos como en D. 10, 2, 5 (bai. 7 ed. prov.) respecto del depósito de los documentos hereditarios, el Juez debía atender al heredero de la «mayor parte», y si todos fueren herederos por partes iguales, no actuaba el criterio moralizante del heredero de mayor edad (Partidas), sino los criterios de la suerte (azar) o el de la elección por unanimidad o «mayoría». Con lo que, en definitiva, ambos criterios «plugieren a lo más» (mayoría) y «a los mejores» (con mayor participación en la herencia), vienen contemplados en los antecedentes romanos.

La Ley 5, por su parte, dispone: «Si algún omne crebanta la partición que es fecha, ó toma parte del otro, quanto toma de lo aieno otro tanto peche de lo suyo.» La solución concuerda con el criterio general que en materia de daños se ofrece en D. 10, 2, 17 (bai. 7 ed. prov.): «Cuando comete un daño un heredero, se debe decir que se ha de obtener la estimación del simple importe en la acción de partición de herencia.» En parecidos términos, La Ley 4 respecto de D. 10, 2, 39 pr. (Scaer. 1 resp.).

El Fuero Viejo de Castilla, con arreglo a la última recopilación de los fueros castellanos que realizó el rey don Pedro por el año 1356, también debe de ser incluido en esta recepción de Derecho romano «vulgar». Aunque, al igual que en el Fuero Juzgo, encontramos la participación e incluso un cierto renacimiento de la corriente germánica (fazañas), no obstante, el influjo de la tradición romana sustenta gran parte de su ordenación y, particularmente, las leyes que son objeto de nuestra especial atención. La partición de la herencia («eredat») se regula de modo disperso, conforme al sentir sistemático de estos antiguos fueros, en los Tít. 1 y 2 del Libro 4 y en Tít. 2 y 3 del Libro 5.

Del noticiado Tít. 1 del Libro 4, «De las vendidas, e de las compras», destacamos las siguientes leyes: en la Ley 1 llama la atención la terminología utilizada para indicar la propiedad sobre una porción de un señorío: «divisero». Ello fue aplicado, entre otros fines, para que ningún fidalgo que no fuese «divisero» de una viella pudiese poblar o comprar en dicha ciudad. En la Ley 2 se contempla el requisito de la publicidad con que debía venir asistida la compraventa, ya que se prohíbe «vender la eredat de noche ni de día a puertas cerradas». En su apartado final se destaca la generalidad de la per-

muta como sinónimo de cualquier contrato conmutativo: se hace referencia a la compraventa con el término de «cambio» («manquer que el cambio sea fecho»).

La Ley 8 nos introduce claramente en la influencia de los antecedentes de Derecho romano: «Esto es Fuero de Castilla: que ninguna eredit que eredan parientes, ninguno puede vender la sua suerte a ningún pariente, ni a otro ome fasta que la aya partida, sino ermano a ermano; e quando la vendier un ermano a otro, devel luego dar poder a que la pueda partir, ansi como el mesmo partiere con sus ermanos aquella suerte, que vendió en esta guisa. Vale lo que es vendido a ermano, antes que sea partido, mas non le puede vender a otros parientes a menos de ser partido, e si de otra guisa lo vendier la venta no vale por el fuero.» La primera parte de la ley nos trae a la memoria su proximidad con dos célebres textos romanos. El primero viene expuesto por Papiniano en D. 10, 2, 13: «Están prohibidas las enajenaciones después de aceptada la acción (a.f.er.), pero sólo las que son voluntarias, no las que tienen una causa anterior y se fundan en la necesidad de derecho.» El segundo texto viene de la mano de una constitución del emperador Antonio a Lucano por el 213; dice así en su párrafo último: «Observándose, a la verdad, esto, que después de la contestación de la demanda nadie puede enajenar ni aun su parte, no consintiéndolo los demás dueños de la misma cosa.»

La fidelidad de esta Ley del Fuero en la prohibición de enajenación de la porción del coheredero queda excepcionada en el caso de venta de un hermano a otro. Más aún, en este caso, la enajenación queda condicionada al reconocimiento del derecho del hermano-comprador a dividir: «Deve luego dar poder a que pueda partir», y al fraude en la restricción de la excepción: «Vale lo que es vendido a ermano, antes que sea partido, mas no le puede vender a otros parientes a menos de ser partido.»

La Ley 9 presenta interesantes peculiaridades. Por una parte, se desvía la tradición romana al establecer: «Quando algun Fijodalgo vende a otro eredit, deve dar fiadores de saneamiento.» La obligatoriedad de la fianza, como tal norma singular, puede tener su explicación en las razones históricas del momento. Pensemos, alejados de la civilización romana, cómo gran parte de este Fuero tiene el loable propósito de regular «pacíficamente» gran parte de las exageradas y exorbitantes presiones que, sobre un cauce de violencia, llevaba a cabo la nobleza castellana. Consideremos en que evitar al máximo las posibles disputas sería el logro más deseado del presente Fuero. De ahí que no sea de extrañar la obligatoriedad de la fianza para evitar la justicia privada. La misma razón vale para orientar la justificación del saneamiento de la «eredit», siendo, como era, uno de los principales y más frecuentes objetos de venta. Por otra parte, la obligatoriedad de esta fianza de fijodalgo nos lleva a la interesante



cuestión de averiguar si su aplicación fue objeto de una norma común, aplicable a cualquier «ome», o si, por el contrario, fue objeto de una norma singular a la clase nobiliaria. Del tenor de las restantes leyes, tanto del Libro 4 como del 5, bien parece esto último, aunque con la lógica posibilidad de aplicarse voluntariamente a los solariegos. Por último, se distingue entre la responsabilidad de los fiadores dados de «año e día» y de los fiadores que «enfiaron» en «todo tiempo ellos, e sus erederos». En esta línea, el párrafo último de esta ley nos da buena muestra del servilismo que normalmente acompañaría a estos fiadores respecto de sus señores: «E todo fiador para ser de derecho deve avuer vasallos solariegos en el logar do son diviseros anos ados (el señor que vende), o en otros logares, por quel pueda preñar a aquel quel rescivió por fiador, para aver derecho dél.» Con lo que se dio, en suma, una responsabilidad de carácter real sobre su persona y sus labriegos, en el caso de que el fiador no pudiese pagar. Aunque, de este modo, se evitaba el enfrentamiento, de posibles consecuencias más cruentas, entre los fijosdalgos.

La Ley 10, por su parte, recoge otra clara influencia de Derecho romano: «Ningún ome non aya poder de vender, ni enagenar nin de empeñar, nin dar erencia de padre, nin de madre, nin de otro pariente alguno fasta que lo erede, e el que lo comprare, nol-vala.» *Del Tít. 2 del Libro 4*: «De los otores que fueren en Castiella», destacar, simplemente, el seguimiento que sus leyes hacen de la tradición romana acerca de algunos de los requisitos de la obligación de garantizar contra la evicción. En este sentido, la Ley 1 contempla el requisito de la notificación de la demanda del vendedor o fiador. La Ley 2, con la terminología tan propia de Castilla, recoge la obligación del vendedor de defender en juicio de venta realizada: «Todo ome que demanda a otro cumprimiento de saneamiento, deve *redrar* (defender y responder en juicio) fasta año e día de todo ome que demandare, e de año e día adelante no deve sanear»; salvo de «parientes cercanos, o de algunos, que no fueron en la tierra».

Con ello pasamos al Libro 5, en donde se continúa esta dispersa ordenación de nuestro objeto de estudio. De su *Tít. 2*: «De las erencias, e de como los erederos deben pagar las debdas», destacar solamente la notable Ley 3. El primer párrafo de ella establece el límite mínimo de la legítima de los hijos de este Fuero: «Que ereden lo suo de cinco sueldos en arriba.» A continuación reconoce la responsabilidad solidaria, y del tenor del texto ilimitada, de los hijos respecto de la deudas de la herencia: «E deve el muerto debda manifestada a otro ome, aquel a quien deve la debda, puede preñar qualquier de los fijos, e cojer la debda si fallare en que.» Pero si uno de los hijos pagó la deuda del padre, o de la madre, rige con claridad meridiana una de las aplicaciones básicas del principio de igualdad en la comunidad hereditaria: «E aquel fijo que pagare la debda, puede mandar a los otros herederos, que le ayuden a pechar aquella debda,

quel pagó por suo padre, *pues eredaron suos bienes también como él.*» El último supuesto de la ley viene a remediar la anterior responsabilidad «*ultra vires hereditatis*». El expediente, a modo de un «*beneficium abstinendi*», tiene el siguiente tenor: «Mas quando morier el padre, o la madre, si el fijo o los fijos, que fueren, vieren que al algo del suo padre es tan poco, que notan más las debdas, que deve, deven llamar testigos vecinos de aquella parrocha, onde eran vecinos el padre, e la madre, e en conceio pregonado deve decir así: nuestro padre, e nuestra madre son finados, e nos tenemos, que lo que nos él deja que non es tanto, que nos podiesemos pagar las debda, e hacemos ende a vos testigos.»

Pero donde más propiamente se regula la partición de la herencia es en el *Tít. 3* de este Libro 5: «De las particiones; e de que anchura deven ser las carreras.» Tiene todo este título la generalidad de un Derecho común. En ninguna ley se haya contemplado el estatuto singular de los «*fijosdalgos*» o «*ricos-omes*». Con ello, la observancia de la tradición de Derecho romana «*vulgar*» es completa en nuestro objeto de estudio.

La Ley 1 contempla el derecho de todo hombre a pedir la partición de los bienes: «Todo ome que demandare particion a padre, o a madre, o a ermano, que finea tenedor de los bienes del padre, o de la madre, de mueble, o de eredat, si dijier el padre, o la madre o aquel ermano, que tiene los bienes, que a llevado partición de todo, o parte dello del mueble, que pruebe con dos testigos derechos, e si fuer de eredat, develo probar con cinco testigos de la perrocha dó eran el padre, e la madre vecinos, si dijier, que an dado precio del mueble, o de la eredat, o de todo, que lo prueba con vecinos de la perrocha como dicho es.»

La Ley 5 contempla la responsabilidad proporcional en las cargas de la herencia como un requisito necesario, previo a la partición: «...cualquier que sea caveçalero del finado, deve decir: pues partir queredes, dad recabdo, que ansi como queredes particion de los bienes, que pague cada uno sua parte de las debdas, e en la manera, que fico, ansi como es fuero; e si pagar non pudiere luego, los canceleros devenle dejar partir, a echar suertes, e echadas las suertes, deven prender la suerte de aquel, que non quisier pagar, fasta que pague el la sua suerte, o que dé fiador, que la pague, ansi como es fuero.» La Ley 11, al hilo de la tradición de Derecho romano, establece una excepción a la generalidad del hecho de partir, por razón de la integridad económica del objeto: «Logar, molino, nin forno no se deven partir», pero sí se puede repartir: «Las rentas de cada año, como an la eredat.» Lo mismo es aplicada a la imposibilidad material de dividir: «Arbol que ayan los omes demancomun no se deve partir, mas deven partir el fruto del arbol.» Por último, la Ley 14, reconoce el derecho a partir el término común de «dos Viellas que

son faceras», a través de la «piertega medida» (unidad de medida llamada «decempada» o «pértica» por los romanos).

Con el estudio del Fuero Real concluimos nuestra exposición ilustrativa acerca de esta primera fase de la recepción de la tradición de Derecho romano.

Aunque este Fuero represente, también, un último reducto de conservación y defensa de las instituciones germánicas, no por ello debemos dejar de pensar, tal y como venimos defendiendo, que en gran parte de su ordenación, y especialmente en nuestra materia de estudio, se abandonó la tradición de Derecho romano que fue observada en anteriores Códigos. Ya que en gran medida fue, precisamente, esta tradición la que sirvió de instrumento válido para paliar «los muchos males y daños que ocasionaba el juzgarse por fazañas, é por adverdrios de partidos de los homes, é por usos desaguizados sin derecho».

Entrando en el meollo de nuestra investigación dos notas o características generales podemos adelantar acerca de la aportación de este Fuero a nuestro objeto de estudio. La primera de ellas es un abundamiento, a nuestro criterio sistemático, dado que, pese a la fecha de su promulgación (1252-1255) la reflexión jurídica (siempre respecto de nuestro objeto de estudio) que subyace en su legislación respondió al movimiento no académico que los rodamientos de esta tradición vulgar de Derecho romano impuso. La segunda de ellas nos lleva a distinguir su notable aportación. En este sentido, no obstante, la veracidad de nuestra primera nota o característica general, la aportación de este Fuero es muy notable como complemento del fragmentario derecho recogido por anteriores Códigos en su conocimiento respecto de la tradición de Derecho romano. Principalmente constatable en su Tít. 4 del Libro 3: «De las labores, e particiones.» Al margen de este factor, portador de una casuística más amplia del Derecho, también se observa de forma relevante una mayor perfección en el estilo y exposición de las leyes. Lo que lleva en numerosos casos a un despierto adelanto en la concreción técnica del Derecho, sirva de ejemplo la regulación a la que será objeto la responsabilidad por evicción en su título 10 del mismo Libro: «De las vendidas y compras.» Sin embargo, todos estos logros no deben confundir nuestros esquemas, dado que, a decir verdad, está falto de la sistemática y eclosión dogmática que aportará la recepción culta de la tradición de Derecho romano en Códigos posteriores.

El anterior título citado, que abre en este Fuero la regulación de la partición nos recuerda, desde sus términos, la ordenación rural que el Tít. 1 del Libro 10 del Fuero Juzgo establecía al respecto: «De las particiones, e de las tierras arrendadas.» De ahí que gran parte de su desarrollo sea susceptible de ser documentado con interesantes referencias a los anteriores Códigos estudiados.

Así, su Ley 2 —«En qué manera deben partir los herederos la heredad que heredasen»— guarda su precedente en la Ley 11 del Tít. 3

del Libro 5 del Fuero Viejo, y parcialmente en la medida que el desacuerdo de los herederos es un obstáculo a la partición, en la Ley 3 del Tít. 1 del Libro 10 del Fuero Juzgo. Su disposición es la siguiente: «Si algunos herederos, o compaleros, hobieren alguna cosa de consumo que no se pueda partir entre ellos sin daño, así como sierto, ó bestia, ó forno, ó molino, ó lugar, no puedan constreñir los unos á los otros que partan: más avenganse de verderlo á alguno de sí, ó á otro, ó sortearla entre sí con apreciamiento de otras cosas si las hobiere, ó de dinero: é si en esta guia no se pudiere a venir, arriendenla, é partalan entre sí.»

El precepto contempla, con una ejemplificación más completa que la de la Ley del Fuero Viejo, los supuestos de imposibilidad material de partición de un objeto o de grave perjuicio para su integridad económica. A diferencia de la Ley del Fuero Viejo que imponía el deber de no partir, la presente ley admite nuevos procedimientos que presuponen un resultado de partición. Todos ellos conllevan la inspiración de los antecedentes del Derecho romano y representan buenas ofertas para hacer viable la partición de todos los bienes de la herencia. Ante el fracaso de éstos, el párrafo último de la ley conserva la calma y mejora la única salida posible: «repartir las rentas o productos», aconsejando su no explotación por los «pocos avenidos herederos o compañeros» a través del arrendamiento (44).

La Ley 8 —«Como la división fecha entre los herederos vale, aunque no haya Escritura, é no se puede desfacer»— tiene su precedente más claro en la Ley 2 de Tít. 1 del Libro 10 del Fuero Juzgo, con los mismos antecedentes de Derecho romano que en aquel lugar expusimos. Su disposición atiende al siguiente tenor: «La partición que facieren los hermanos, ó los parientes de aquellos que heredan, no sea desfecha por ninguna manera: maquer no haya y escripto, é puediere ser probado por testimonias: y esto debe de ser de los que son de edad cumplida: ca si por ventura alguno de aquellos que parten, ó resciben parte, no fuere de edad, maquer sea fecha la partición, quando fuere de edad, si algún engaño falláre en la partición, bien la puede desfacer si quisiere.»

La solución que presenta la primera parte de esta ley continúa la tradición manifestada en los Cuerpos legales anteriores en pro de la conservación y validez de la partición realizada. La concepción recibida del influjo romano acerca de la transitoriedad e incomodidad del estado de indivisión produce sus frutos exceptuando a la partición de los requisitos formales de todo contrato. Las «testimonias» continúan siendo la mejor prueba de la veracidad de la partición realizada. Recordemos en este punto la matización de la Ley 1 del Tít. 3 del

---

(44) Concuerta con esta ley, la Ley 10, Tít. 15, Partida 6, aunque otorgando más facultades al arbitrio judicial.

Libro 5 del Fuero Viejo respecto al número de testigos, «dos testigos de derecho» o «cinco testigos de la perrocha» según se tratase de la partición de la madre de mueble o de toda la heredad, respectivamente. La segunda parte de la ley constituye toda una auténtica aportación de este Fuero que completa la causística de nuestro Derecho histórico producto, sin duda, de un mejor conocimiento de la tradición romana. «La *restitutio in integrum*» concedida al coheredero que «no fuera de edad» constituye toda una excepción al criterio general contemplado en la primera parte de la ley (45). En esta misma línea de aportaciones de este Fuero debemos destacar, como se incluye en su Ley 5 del Tít. 10 del Libro 3, la rescisión de la venta por lesión de más de la mitad del justo precio: «Ningún home no pueda desfacer vendida que faga, por decir que vendió mas su casa, maquer que sea verdad, fuera ende si la cosa valia quando la vendió *más de dos tantos* de por quanto la dió: ca por razon bien debe desfacer toda la vendida si el comprador no quisiere cumplir el precido derecho» (46).

La Ley 12 —«Como debe valer la partición que ficieren los mejores herederos, aunque los menores contradigan»—, tiene su precedente y, a su vez, los antecedentes de Derecho romano en la antigua Ley 3 del Fuero Juzgo: «Que la partición que ficieren los mayores e los meiores que la deven tener los menores.» Su disposición clarifica técnicamente el tenor de esta última. Su finalidad no va dirigida en principio, tal y como admitíamos también para la Ley del Fuero Juzgo, a cuestionar el propio derecho a partir ni tan siquiera a evocar la imposibilidad material o económica de división de los bienes hereditarios, reconocida en otras leyes particularmente, su objeto gira en torno a la conveniencia de división, y la forma de ésta, cuando sobre algunos bienes o cosas de la herencia, divisibles en sí, concurren una pluralidad de herederos: «Si muchos herederos fueren an algunas cosas que se pudiesen partir, é los unos quisieren partir, é los otros no, lo que los mejores ficieren partiendo vala.» La disposición de la ley en favor de los «mejores» puede ser entendida, en nuestra opinión, con la amplitud que establecía la antigua Ley 3: «Lo que ploquiere á lo más, é á los meyores.» El recurso que compete a los «menores», es decir, a los menos y con menor participación en las cosas a partir, es la «razón derecha» en la demostración de los perjui-

---

(45) Es, a su vez, la primera causa de rescisión por lesión que se contempla de forma autónoma en nuestro Derecho histórico: «Si algún engaño fallare.» (Como antecedente del artículo 1.073 y siguientes del Código civil). Por otra parte, de este estadio alcanzado se iniciará toda una rica evolución tendente a garantizar las formalidades a observar cuando en la partición esté interesado un menor (artículo 1.060 del Código civil). En este sentido, el puente de unión de la tradición romana con nuestros antecedentes históricos parece ser la «*restitutio in integrum*».

(46) La Ley 7 del Título 4 del Libro 5 del Fuero Juzgo; «De las cambias é de las vendiciones», no preveía la rescisión de la venta: «si alguno dize que vende una cosa por menos precio que non valie».

cios para la integridad económica de las cosas que se derivarían de su partición (47).

La última ley que nos interesa del presente título, la Ley 13 —«Como después de la fecha la partición entre los herederos, si alguno la quebrantare, que pene meresce»— guarda también una estrecha correspondencia con el Fuero Juzgo en su Ley 5: «Si algun omne crebanta la partición que es fecha, ó toma la parte del otro.» La solución, en ambas leyes, para el que quebranta la partición hecha es idéntica: «Si alguno dellos la quebrantare, é la parte el otro entráre (ó toma de lo aieno alguna partida), tanto pierda de lo suyo quanto tomáre de lo ajeno.»

Sin embargo, la importancia de estas leyes para nosotros no está en su coincidencia o proximidad, sino que en base a la expresividad de estos términos la ordenación superior de un Código posterior, las Partidas, hará posible la primera referencia técnica a la obligación de los coherederos a garantizarse recíprocamente contra la evicción: *Ley 9, Tít. 15, Partida 6*, «como deuen dar recabdo los unos a los otros, de fazer sanas las cosas que cupieren en parte a cada uno». Del papel central de esta Ley de Partidas en otro campo de nuestra investigación nos ocuparemos muy pronto. Baste, en este momento, destacar como la concepción de la evicción materializada en estos expresivos términos: «*Como quebrantamiento de la partición, o como entrar y tomar parte de lo ajeno o del otro*», responden, magistralmente, a la valoración latina con que los juristas romanos expresaron las consecuencias producidas por la evicción de algún bien adjudicado.

Del Tít. 6 del Libro 3 del Fuero Real, «De las herencias» (48), referirnos, solamente, a la disposición de dos de sus leyes. La Ley 8 reconoce el derecho a partir del hijo que, muerto el padre o la madre, «no fuere en la tierra». En este caso, el hijo que alejado de la tierra de sus padres regrese a los bienes de éstos no podrá ser echado por el hermano que «fuere y tomare los bienes» de la herencia. Aunque ésta habrá de tener un solo tenedor hasta que se efectúe la partición. Por su parte, la Ley 10 de este título, dispone cómo se deben partir los bienes cuando uno muere sin manda: «Partan igualmente los hermanos, así en la heredad del padre, como de la madre, como de los parientes que son en igual grado. E otrosí mandanos, que el que muriese sin manda, é no dexáre fijos ni nietos, e dexáre abuelos de padre, é de la madre, el abuelo de parte de padre, herede lo que fue del padre, y el abuelo de la madre herede lo que fue de la madre: é si él había hecho alguna ganancia, ambos abuelos hereden de consumo igualmente.»

Por último, para concluir nuestro comentario a las leyes del Fuero Real, dejar constancia de otra valiosa aportación del mismo: una ma-

(47) Concuerda con esta ley la Ley 10, Tít. 16, Partida 6.

(48) Corresponde en la Nueva Recopilación a su Título 20 del Libro 10.

yor precisión técnica en la exposición del derecho. En nuestro objeto de estudio esta aportación la podemos ver reflejada, aunque bajo la referencia del Tit. 10, del mismo Libro: «De las vendidas y compras», en un mejor tratamiento de la obligación de defensa del vendedor. Así, en su Ley 7, se dispone: «Todo home que alguna cosa vendiere á otro, sea tenuto de la defender con ella á derecho, quando quier que viere que alguno gela demandáre, si el comprador gelo dixere: é si el comprador por sí respondiere en el Juicio no lo haciendo saber al vendedor, ó no quisiere venir á oír la sentencia, si fuere vencido no se pueda tornar á aquel que la vendió.» Este amplio margen del plazo concedido por la notificación de la denuncia, referencia genérica «al juicio o al fallo judicial», hará posible, a su vez, una mayor precisión del momento procesal válido para la notificación en la Ley 32, del mismo título, de la Partida 5: «Fasta que los testigos sean abiertos.»

Como hemos podido observar, el influjo de esta tradición de Derecho romano, que por el modo de su concepción hemos denominado de «vulgar», se hizo patente en el Derecho histórico analizado. Con ello no pretendemos negar la lógica influencia de las instituciones germánicas en el tratamiento de numerosas cuestiones, así como al peso específico del catolicismo como germen en la aspiración de un Derecho nacional. Sin embargo, amén de que dentro de un contexto general la preminencia de la tradición romana en el campo del Derecho sucesorio se produce, en gran medida, merced a la no siempre bien estimada relevancia del Derecho canónico, es en el campo de esta tradición de Derecho romano donde se hace posible una primera ordenación del instituto de la partición, así como de las reglas fundamentales que la desarrollaron.

Nada mejor para concluir esta recepción que recordar los versos de Virgilio en una referencia de Donato recogida por Jainsi Vicentii Gravinae en su *Originium Juris Civilis*: «Distulerant citae Metium in diversa quadrigae.» El verso relata la espantosa descuartización del joven Metium al partir, en direcciones opuestas, las veloces cuádrigas. No obstante, llevado el texto al terreno jurídico, hace referencia a la loable aspiración de la propiedad personal como la más plena pertenencia de las cosas, a través del reparto «noble» de los bienes hereditarios.

### *La tradición de Derecho romano culta o «boloñesa»*

La recepción en el siglo XII de la tradición que aquí tratamos supuso para Occidente el punto de encuentro con el renacimiento clasicista del Derecho romano que con anterioridad Justiniano había asegurado en su «Corpus Iuris» (siglo VI). Su repercusión en el ámbito del Derecho nos llevaría cuando menos a reconocerle toda la vitalidad

necesaria que hizo posible una nueva configuración y alcance del mismo. Con extremada brevedad podemos señalar, en líneas generales, cómo al amparo de esta tradición se consolida la instrumentalización científica de la técnica romanística como factor imprescindible a la práctica del Derecho. También, por otra parte, la autoridad de esta tradición sustentará una nueva forma de estudio y conocimiento del Derecho a través de las Universidades. En ambos hechos hay que destacar la colaboración inestimable de la Iglesia de cara a la romanización del Derecho. Pero, sobre todo, el logro más deslumbrante merced a esta tradición llegará de la mano de los glosadores boloñeses en su interpretación y elaboración dogmática que principiará una nueva concepción del Derecho sin fronteras: el «*ius commune*».

En estas líneas introductorias resulta difícil reflejar, siquiera, los síntomas generalizados que acompañarán a nuestra Legislación Antigua tras el bebedizo cultural de esta académica recepción. No obstante, nuestra aportación a la mejor comprensión de nuestro objeto de estudio nos mueve a aventurar una suerte de características que estimamos oportunas para una mayor inteligencia de posteriores desarrollos.

Sobre la base de que el Cuerpo legal que más propiamente reflejó, como heraldo fiel, esta insigne recepción fue nuestro Código de Partidas, podemos señalar los siguientes hechos relevantes:

a) Producto de un mejor y más amplio conocimiento de las fuentes romanas será una superior ordenación del Derecho al servicio de una más rica causística con la que formular nuestro Derecho histórico. Con independencia de los ya estudiados progresos y avances del Fuero Real, la sistematización de Partidas se presenta, en nuestro objeto de estudio, con una superioridad notoria. Especialmente si tenemos en cuenta que es en este Código cuando se contempla por vez primera la regulación de la forma y requisitos tanto del testamento como de la división «*parentis inter liberos*», Ley 7, Tít. 1, de la Partida 6 (49).

---

(49) Efectivamente, si reparamos en el tenor de la Legislación Antigua ya analizada nos daremos cuenta que las personas legitimadas para solicitar y llevar a cabo partición son, principalmente, «los hermanos», Ley 2, Tít. 1, Libro 10 del Fuero Juzgo; «*Todo home, que demandare partición a padre, o a madre, o a ermano*», Ley 1, Tít. 3, Libro 5 del Fuero Viejo, y los «*propios herederos*», Ley 13, Tít. 4, Libro 3 del Fuero Real.

En realidad, si nos alejamos de las posibilidades que ofreció la técnica jurídica de Roma: sin el cauce procesal de la *a.f.er.*, sin la valiosa intervención del Juez con su «*officium iudicis*», y sin una «*adiudicatio*» como título independiente de la adquisición singular del heredero; veremos lógico que el órgano natural de la voluntad del «*cuius*», o de la ley, sea el mismo heredero, a cuya conciencia y custodia se confía dicha ejecución o partición. No obstante, como bien decimos, este ámbito de legitimación para la realización de la distribución de los bienes hereditarios se ampliará por la Ley 8 de Partidas, merced al conocimiento de aquellas posibilidades por esta nueva recepción. En este sentido, esta ley es la sucesora directa de textos tan notables como los anteriormente citados en el estudio del Derecho romano, entre otros: la Constitu-



b) Consecuencia de lo anterior será, también, una notable ventaja en la exposición y concreción técnica del Derecho. Sin perjuicio de volver a ello más adelante, todo el Tít. 15 de la 6.<sup>a</sup> Partida está impregnado de estas notas. Así, resulta fácilmente constatable la mayor precisión lograda tanto en la utilización de los términos como en la descripción de los distintos supuestos y soluciones. La definición de la Ley 1, la claridad en la exposición de los diferentes casos de las Leyes 2 y 3 o la expresividad jurídica «fazer sanas» de la Ley 9 son, entre otras, buenas muestras de lo afirmado.

c) Pero, sobre todo, habrá que admitir, sin perjuicio de las matizaciones que sean necesarias, que en nuestro objeto de estudio el texto de Partidas se hará cómplice de la actividad creadora de los glosadores al asumir planteamientos y decisiones derivados de la elaboración dogmática de éstos en su construcción del «*ius commune*». Esta característica, ausente en la normativa de la legislación anterior, nos aporta una valiosa pista para poder descifrar el enigma que nosotros hemos localizado en la antinomia existente entre D. 31, 77, 8 (o los antecedentes de Derecho romano estudiados) y el párrafo último de la Ley 9 del Tít. 15 de la Partida 6.

El texto de Partidas es el mejor exponente de la denominada recepción culta o «boloñesa».

Sin embargo, esta afirmación que a nosotros nos parece acertada, en los términos de nuestro objeto de estudio, podría merecer los calificativos de exagerada, o claramente desafortunada, si olvidándose nuestras concretas pretensiones la relacionasen con la valoración que merece el protagonismo histórico de este texto en pro de la consolidación de un Derecho nacional. Especialmente, si tenemos en cuenta la prodigiosa síntesis histórica de don Federico de Castro que conceptúa dicho protagonismo al servicio de un derecho real, reflejo de un «*ius propium*», emancipado del llamado Derecho común: «En este respecto no puede hablarse de una recepción del Derecho romano ni de la glosa italiana; *hay sólo una españolización de disposición y doctrinas y un reconocimiento —en parte excesivo— de la superioridad de la técnica romanística... Así, España crea su versión independiente del “ius commune”*» (50).

Ante tan tamaña dificultad que nos presenta este contexto doctrinal, nosotros, conscientes de nuestra modesta argumentación, no renunciamos a defender la sistemática seguida en la certeza de su validez para la mejor comprensión de nuestro objeto de estudio. Queda claro que no está en nuestro ánimo el planteamiento de una visión unitaria del texto de Partidas, ni el desvelo en el esclarecimiento de

---

ción de Diocleciano y Maximinod en G. Ley 3, Tít. 36, Libro 3; la de Gordiano en la Ley 10, del mismo título y libro del Código, o las Novelas 18 y 57, capítulos 4 y 3, respectivamente, de Justiniano.

(50) En *Derecho civil de España*, Madrid, 1984, pp. 144 y ss.

los intereses superiores a los que sirvió. Entre la aseveración del gran maestro y la consideración de este Código como una copia del Derecho romano, o de la glosa italiana, media un gran abismo que nosotros pretendemos salvar, para nuestro objeto de estudio, con un estudio pormenorizado de sus leyes.

El resultado de nuestra investigación tendrá validamento no ya para inquietudes acordes con el momento histórico de este Código, sino, por el contrario, para los intereses de una correcta interpretación de los artículos del Código civil, ya que el papel que jugó dentro de los antecedentes patrios lo sitúa como uno de los más cualificados (51).

Por último, antes de acometer el examen de las leyes de Partidas, anotar que trabajamos gustosamente en la versión dada por el comentarista más ilustre y autorizado de este Código, Gregorio López. Aparte de su consustancial labor de corrección, la erudición vertida en sus glosas («glossa magna») resulta del todo imprescindible para obtener una ajustada interpretación de los antecedentes y motivos de sus leyes.

Nuestro objeto de estudio se haya principalmente regulado en el Tít. 15 de la 6.<sup>a</sup> Partida. Aunque no podamos, tal y como sería nuestro deseo, atender a un estudio particularizado de cada una de las leyes que componen este título, el comentario que realizaremos de sus leyes más interesantes será suficientemente orientativo de la influencia de la recepción culta. Así, de la simple exposición de sus leyes, seremos testigos de un notable progreso en el mejor orden y claridad del Derecho. De la ilustración de las glosas tomaremos conciencia acerca del profundo estudio de las fuentes romanas (Digesto y Código de Justiniano, sobre todo), que sirvió de base tanto para la ampliación de la causística como para su formulación técnica. Aunque desde un legítimo punto de vista histórico estos antecedentes de Derecho aprovechen para documentar mejor las peculiaridades, o soluciones propias y diferenciadas, de algunas leyes de este título, para

---

(51) Sobre todo en atención al seguimiento, en líneas generales, que GARCÍA GOMENA hizo de este Código a la hora de fundamentar y concordar numerosos preceptos del Proyecto de 1851. Particularmente, la disposición de la Ley 9 del Título 15 de la Partida 6 indicará plenamente en preceptos tan notables como los siguientes: *Artículo 917 del Proyecto*: «Hecha la partición, quedan obligados los coherederos entre sí a la evicción y saneamiento de las cosas que respectivamente les fueren adjudicadas o les cupiere en suerte» (precedente de nuestro actual artículo 1.069 del Código civil). *Artículo 918 del Proyecto*: «La obligación señalada en el artículo anterior cesa cuando el mismo difunto hizo la partición, a no ser que aparezca o racionalmente se presuma haber querido lo contrario» (precedente del número 1 del actual artículo 1.070 del Código civil). *Artículo 23 del Proyecto*: «La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, salvo las excepciones de los artículos 899 y 918» (precedente de nuestro actual artículo 1.075 del Código civil). *Artículo 899 del Proyecto*: «Cuando el difunto hizo por acto entre vivos o por última voluntad la partición de sus bienes, se pasará por ella en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos» (precedente del párrafo 1.º del actual artículo 1.056 del Código civil).

nuestra investigación tendrán especial repercusión, aparte de todo lo dicho, por demostrar la ruptura o el abandono de estos antecedentes en la disposición contenida en una de las leyes de mayor importancia para nuestro estudio, párrafo último de la Ley 9.

*El Tít. 15 de la 6.ª Partida* reza del siguiente modo: «De como deue ser partida la herencia entre los herederos, después que fueren entregados della. E otrosi, de como deuen anojonar las heredades, quando contienda acaesciese entre ellos en esta razón.» El proemio dedicado a este título tiene el siguiente tenor: «Entregados seyendo los herederos de la heredad, e de los bienes del finado, acaesce muchas vegadas *desacuerdo* (1) entre ellas, por razón de las cosas que son apoderados todos comunalmente, porque por fuerza *han de venir a partición* (2). Onde pues que en los títulos ante deste fablamos de como deuen ser apoderados los herederos en los bienes de aquellos a quienes heredan, queremos aqui dezir, como los deuen partir entre si. E mostrar, que cosa en esta Partición. E que proviene de ella. E quien son aquellos que la pueden demandar. E quien. E quales cosas pueden partir. E quales non. E en que manera deue ser fecha la partición. E de si diremos, e mostraremos, que poder ha el Juez, ante quien viene a pleyto los herederos en razon desta partición.»

Como podemos constatar, la simple exposición de las cuestiones a tratar denota ya una clara superioridad respecto de los planteamientos de anteriores Cuerpos Legales. Asimismo, Gregorio López remite todo este Título 15, de forma general, al más genuino de los procedimientos de división que podríamos encontrar en los antecedentes de Derecho romano: «*Familiae erciscundae, in summa.*»

Ambos datos no son, como ya hemos advertido, producto de un azar caprichoso, sino que, por el contrario, obedecen, en gran medida, a los influjos de la recepción. En este contexto, la glosa (1) destinada a la mejor comprensión del frecuente «desacuerdo» que surge entre los herederos por razón de las cosas comunes, responde a los siguientes antecedentes. En primer lugar, Gregorio López asume la concepción molesta y transitoria que la situación de comunidad mereció para el Derecho clásico, en los siguientes términos: «*Communio solet excitare discordiam.*» A continuación, sustenta la validez de su afirmación en base a la autoridad de estos textos: *L. in communi, ff. de servit. urban. praedior;* *L. cum pater, dulcissimis, ff. de legat. 2;* y *L. si non sortem, si centum, ff. de conduct. indebiti.* La primera cita corresponde a *D. 8, 2, 26* (Paul 15 Sab.), y cobra un perfecto sentido en la cita de Gregorio López en los siguientes términos: «*In re communi nomo dominorum iure servitutis neque facere quicquam invito altero potest neque prohibere, quo ninus alter faciat: nultienim res sua servit. Itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit...*» (Trad.: En una cosa común ninguno de los copropietarios puede, sin consentimiento del otro, hacer algo en razón de servidumbre sobre cosa propia. Así, por las contiendas sin

que se originan, suele llegarse a la división de la cosa común. Reparemos en la similitud que se da entre esta última parte del fragmento y el propio texto de Partidas.

La segunda cita corresponde a D. 31, 77, 20 (Pap. 8 resp.), especialmente a su último párrafo: «Cum discordis propinquorum sedandis prospexerit, quas materia communionis solet excitare» (Trad.: El fragmento, una vez cantadas las buenas disposiciones del testamento, dice: «Ya que el testador deseaba evitar las discordias entre parientes que suele excitar el pábulo de la copropiedad»). Fijémonos aquí en la coincidencia de esta última frase del fragmento con la máxima anterior de Gregorio López.

La última cita corresponde a D. 12, 8, 26 (4) (Ulp. 26 ed.), y tiene el siguiente tenor: «Si centum debens, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum solvi, competere repetitionem Marcelo libro vicensimo digestorum scribit et centum manere stipulationem: licet enim placuit rem pro pecunia solutam parere liberationem, tamen si ex falsa debiti quantitate maioris pretii res soluta est, enim invitus compellitur ad communionem) sed et condictio integrae rei manet et obligatio incorrupta: ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur» [Trad.: Si debiendo 100.000 sestercios pensando que debía 200.000, pague con un fundo que vale 200.000, escribe Marcelo, 20 D., que compete la repetición, y que perdura la estipulación de 100.000. Aunque se estimó procedente que el pago de una cosa en lugar de una cantidad produjera la liberación del deudor, sin embargo, si se paga, por error en la cuantía de la deuda, una cosa que vale más, no se produce una confusión de parte de la cosa con la cantidad debida (porque nadie puede ser forzado a la copropiedad), sino que perdura la condición por la cosa integra y la obligación entera, pero el terreno se retendrá hasta que se pague la cantidad debida].

La glosa (2) comenta la situación última a la que lleva la comunidad en los términos, casi proféticos, «de venir a partición». Aparte de lo ya referido en las fuentes aportadas por la glosa (1), especialmente D. 8, 2, 26 (Paul. 15 Sab.), Gregorio López alude a la L. fin. ff. Famil. ercis. El texto se identifica con D. 10, 2, 57 (Pap. 2 resp.): «Arbitro quoque accepto frates communem hereditatem consensu dividentes pietatis officio funguntur, quam revocari non oportet, licet arbiter sententiam iurgio perempto non dixerit, si non intercedat aetatis auxilium (aún habiendo aceptado el árbitro, hacen los hermanos un acto de afecto fraterno dividiendo por su consentimiento la herencia común, la cual división no puede revocarse, aunque el árbitro no hubiere pronunciado la sentencia por haberse anulado la controversia, a no ser que mediara el beneficio de menor edad). Este pasaje puede ser citado en virtud de múltiples facetas, por ejemplo, el contemplar uno de los casos (dentro de la causística de las fuentes) en donde, de forma excepcional, se admitió la rescisión de la división realizada: la «restitutio in integrum» en favor del menor perjudicado

por la división convencional (privada) o por la judicial. No obstante, el valimento para Gregorio López reside en la propia conveniencia (excelencia) de la división realizada por los hermanos que evita la división judicial: «Divisio quae procedit de fratrum concordia, laudatur.» De todos modos, la validez de este razonamiento no es susceptible, a la luz de los antecedentes analizados, de extrapolarse al Derecho romano donde, como ya vimos, la división arbitral («actio familiae erciscundae») tuvo distinto alcance y contenido que la regulada por Partidas, Ley 10 de este título.

La Ley 1 contempla: «Que cosa es partición, e que pro viene della» en los siguientes términos: «Partición es departamento que fazen los omes entre si, de las cosas que han *comunalmente* (1), por herencia, o por otra razón. E viene ende *grand pro* (2), quando es fecha derechamente. Ca se tiran por ella *desacuerdos* (3) muy grandes, que nascen entre los omes a las vegadas, por razon de las cosas que han de so uno; e tiense cada uno por pagado con su parte, quando la ha, e aliñala mejor, e aprovechasse mejor, e mas della.»

Aunque recordemos el sabio consejo de Javolengo acerca del pasar efímero de toda definición en el campo del Derecho civil (D. 50, 17, 202), no podemos por menos de asombrarnos de la ejemplaridad de esta definición respecto de los balbucesos de nuestra anterior legislación Antigua. En efecto, el nuevo estilo (percibido ya en el proemio de este Tít. 15) se desarrollará puntualmente en las sucesivas leyes en pro del mejor orden y claridad del derecho que permita, a su vez, concretar y precisar todas las cuestiones que interesaron en este período histórico.

Las glosas de esta ley continúan la instrumentalización de la tradición culta del Derecho romano. Así, en relación con el término «comunalmente», que aparece ya en el proemio, sobre la base de: «Nam ubi non est communio, non habet locum divisio», se recoge como antecedente a la Ley «sed si forte, ff. de rebus eorum». El texto corresponde a D. 27, 9, 6 (Ulp. 2 de omn. trib.): «Sed si forte alius proprietatem fundi habeat, alius usum fructum, magis est, ut cesset haec pars orationis, quae de divisione loquitur: nulla enim communio est» (Trad.: Si uno tiene la nuda propiedad de un fundo y otro el usufructo, es más cierto que debe aplicarse esta parte del discurso imperial que trata de la división, pues no hay copropiedad). La cita, en este caso incompleta, cobra sentido si la relacionamos con el último párrafo del pasaje anterior a éste; D. 27, 9, 5 (16): «Communia praedia accipere debemus, si pro indiviso communia sint: ceterum si pro diviso communia sint, cessante oratione decreto locus erit» (Trad.: Debemos entender por predios «comunes» *los que son proindiviso*, pues si hay división, cesa la aplicación del discurso imperial y tiene lugar el decreto de «autorización de venta») (52). La glosa (2) dedica-

(52) Como antecedente del artículo 392 del Código civil.

da a los términos «Grand pro» contiene una gran profusión de citas: L. in hoc iudicium, si convenient, in fin. ff. commun. divid; L. si ancillam, si pater, ff. pro suo; L. cum putarem, ff. famil. ercis, y L.I.C. communia utriusq. iudicii. La primera cita corresponde a D. 10, 3, 14 (2) (Paul. 3 Plaut.): «*Si conveniat, ne omnino divisio fiat, huiusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est: sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet*» (Trad.: *Si se conviene que en manera alguna se haga la división, es evidentísimo que semejante pacto no tiene fuerza ninguna; pero si es dentro de un determinado tiempo, lo cual aprovecha también a la calidad de la cosa misma, el pacto es válido. El pasaje, utilizado por nosotros para documentar los antecedentes acerca de la irrenunciabilidad del derecho de partir, contiene en el contexto de las citas expuestas de Gregorio López, un sentido reforzativo del aserto ya enunciado «de venir a partición». En este sentido, cualquier pacto que hiciera ilusoria la posible concurrencia de los comuneros, a la partición sería ilícito. La segunda cita corresponde a D. 41, 10, 4 (1) (Pomp. 32 Sab.): «*Si pater cum filiis bona quae habebat partitus sit ex ea causa post mortem patris ea teneant, quod inter eos conveniret, ut ea divisio rata esset: usucapio his procedet pro suo in his rebus, quae alienae in bonis patris inveniuntur*» (Trad.: Si un padre que ha repartido con sus hijos los bienes que él tenía y, después de morir el padre, ellos lo retienen en razón de que habían convenido entre sí mantener aquella división, procede a su favor la usucapición «como propio» en aquellos bienes que, siendo ajenos, se hallaban entre los del patrimonio paterno).*

El pasaje se hace acreedor de una modesta aclaración para la correcta interpretación de su alcance. Pensemos que el supuesto de hecho refiere el caso en el que el padre, a través de actos inter-vivos divide su herencia entre sus hijos. La eficacia de ésta se despliega desde el momento de su muerte. Los hijos, por otra parte, no refuerzan en el campo del «ius civile» dicha división, por ejemplo, con el apoyo de una «actio familiae erciscundae» que la ratificase, por «haber convenido» mantener entre ellos la división del padre. No obstante, su «usucapio pro herede» se mantiene (incluso sobre los bienes que no pertenecían al patrimonio paterno) en base a la concurrencia de la fuerza del «supremi iudicii divisio» del pater y a la legitimación de sus títulos de herederos. Los términos «como propio», que aparecen en el texto, califican a la posesión que sirve de base a la usucapición de los herederos como de una «possessio» civil, es decir, como la posesión que le es propia a los propietarios. De ahí que estos términos, dado el tenor de este Tít. 10 del Libro 41, del Digesto: «Pro suo», sirva para distinguir este tipo de posesión de la causa que la justicia, en este caso, la delación hereditaria («pro herede»). Pues bien, si atendemos a esta breve aclaración nos percataremos del sentido y oportunidad de esta cita en la glosa de Gregorio López. Ya

que con ella se nos hace saber que la división, en definitiva, permite un «provecho» para los herederos como es la usucapión «como propio» de los bienes hereditarios.

La tercera cita corresponde a D. 10, 2, 36 (Paul, 2 quaest.) y la cuarta a la Ley 1 del Tít. 38 del Libro 3, del Código de Justiniano. Ambos textos pueden ser comentados conjuntamente en atención al sentido de sus citas para la mejor comprensión de los consabidos términos «grand pro» de la Ley de Partidas. El primero de ellos responde a un abundante desarrollo; no obstante, su exposición puede hacerse de forma sucinta en las siguientes palabras. Paulo se plantea el supuesto en el que una persona, creyendo que otra es su coheredero, le demanda con la acción de partición de herencia. Ante dicho error, el Juez de la división realiza las correspondientes adjudicaciones y condenas, respectivamente, necesarias para llevar a buen término dicha división. La pregunta es: conocida la verdad del asunto, ¿competirá recíprocamente la condición o la reivindicatoria?, ¿o acaso hay que decir una cosa respecto al heredero y otra distinta al que no lo es? Paulo, elegantemente, responde: «Si el heredero universal había aceptado la acción de partición de herencia y, hechas las condenas, hubiere pagado la cantidad, como pago a causa de cosa juzgada, no puede repetirlo como indebido.» Ante la confusión que despierta esta aseveración en el pensamiento de su interlocutor (dado que no hay juicio de partición de herencia si las partes no son herederos) añade: «Con todo, aunque no haya juicio, basta para impedir la repetición “como indebido”, que alguien se crea judicialmente condenado. Y ello, incluso para el caso de que ninguno de los dos fuese heredero y hubiesen aceptado la acción de partición de herencia como si lo fuesen.» Sin embargo, y aquí es donde toma sentido el texto en la genérica cita de Gregorio López, «si se hubiesen dividido los bienes sin intervención del Juez, puede decirse que compete también la condición de aquellos bienes que se cedieron a quien el que era heredero creyó que era coheredero, *porque no se entiende que hubo “transacción”* entre ellos por haber creído que era coheredero» («*non enim transactum inter eos intellegitu, cum ille coheredem esse putaverit*»). De esta forma, en la referencia a la división como susceptible de producir una especie de transacción entre los coherederos, hallamos un provecho o beneficio de aquélla, pues evita, al igual que la mencionada «transactio», un posible juicio.

El tema de la cuarta cita, Ley 1, Tít. 38, del Libro 3 del Código, es hartamente conocido por nosotros: «*Divisionem praediorum vicem emptionis obtinere placuit.*» (Trad.: Se determinó que la división de los predios haga las veces de compra.) El texto lo hemos utilizado tanto para documentar las diversas opiniones doctrinales acerca de la naturaleza de la partición, como para sostener nuestra argumentación sobre dicha naturaleza en el Derecho romano. Sin perjuicio de volverlo a traer a colación para futuras cuestiones podemos sostener

que, dentro de la orientación que le hemos dado a la cita anterior de Gregorio López, tendría aquí el sentido de reforzar esos efectos provechosos de la partición de cara a la adquisición de la propiedad de los herederos respecto de los bienes adjudicados, «como si de una compra se tratase». Con lo que no sólo evita el juicio, sino que también posibilita la adquisición de la propiedad. Sin embargo, aunque éste sea el sentido de estos dos textos en relación con los términos de la Ley 1, tenemos que reparar ya, en este momento de nuestro comentario, de cómo estos dos textos y otros que veremos más adelante, denuncian una nueva y diferente concepción del convenio de división que servirá a una propia elaboración dogmática de los contratos innominados. Sin que esto suponga adelantar nuestro comentario al párrafo último de la Ley 9, esencial para nuestra argumentación, podemos constatar la similitud existente en la evolución jurídica del convenio de división y de la «transactio». Este fue un «convenio» de renuncia a la acción a cambio de entregas efectivas o promesas formales, que pudieron ser recíprocas. A su vez, para el Derecho clásico, la transacción no fue más que un pacto que el Derecho postclásico (al igual que el convenio de división) incluyó en la categoría general de contratos innominados, sancionados con una «*actio praescriptis verbis*». A partir de aquí, la construcción dogmática de los glosadores y comentaristas del Derecho común será esencial para entender las consecuencias derivadas (especialmente, las proyectadas sobre la responsabilidad por evicción en la partición de la herencia) de una propia y peculiar elaboración de los contratos innominados. Por su parte, la Ley 1 del Código será reinterpretada en pro de una concepción conmutativa y traslativa del convenio de división a semejanza, sobre todo, con la permuta.

Pero al margen de todo este importante proceso evolutivo, hay que detenerse en el estudio de la precisión alcanzada por esta ley. La disposición refiere las excelencias de la partición «quando es fecha derechamente». La principal consecuencia de este obrar derechamente viene reflejado en el último párrafo de la ley: «E tinese cada uno por pagado con su parte.» Este «expresivo» efecto solutorio de la partición «buena» puede ponerse en relación con cuestiones y antecedentes ya estudiados. En este sentido, la posible evicción de un bien adjudicado en la partición quiebra la eficacia solutoria de ésta. Legítima a quien sufre la evicción para sentirse «no pagado» y, en definitiva, significa la abrogación de todo lo dicho acerca del principio de igualdad entre coherederos. Por otra parte, este obrar derechamente en la partición es una llamada, también, en pro de la solución de las posibles consecuencias negativas que se derivan del mismo hecho de partir, es decir, de las precauciones y garantías necesarias para llevar a buen término el estado de división. Como dirían los elegantes juristas romanos, sin el peso de una influencia moralizante cristiana, la partición de herencia debe hacerse de forma «conveniente» o «ajus-



tada», lo que significa que de igual forma los herederos deben responder reciprocamente de estos riesgos para evitar los posibles daños o perjuicios (53).

Para concluir con el comentario a esta ley, la glosa (3) dedica sus esfuerzos, una vez más, a destacar los «desacuerdos» que surgen en el estado de indivisión. El aserto de Ambros, en Lib. de Abraham, capítulo 3, lo dice todo: «Divide, tu potius maneat amicitia; indivisa domus duos non sustinet.»

La Ley 2 va destinada a resolver: «Quienes son aquellos que pueden demandar partición, e a quien; e quales cosas pueden partir, e quales non, e en que manera.» Su disposición es la siguiente: «Cada uno de los *herederos* (1) que ha derecho a heredar los bienes del finado, puede demandar a los otros que lo parten entre si. E pueden *ser partidos* (2) estos bienes, según manda el testador en su testamento, quando lo fizo; o si murio sin manda, deuen partir la herencia del, segun dizen las leyes que fallan en esta razón, en *los títulos* (3) son puestos de suso. Pero si en los bienes del testador fueren falladas algunas *cosas malas* (4), assi como *ponçoñas* (5), o malas yeruas, o dañosas *malezinas* (6), o libros o escrituras de *encantaciones malas* (7), o otras cosas de aquellas que son defendidas que non usen los omes dellas, no las deuen partir entre si; ante dezimos, que las deuen quemar, e *destruyr* (8). Otrosi, si fallaren en los bienes de la heredad algunas cosas que fuessen mal ganadas, assi como si aquel que las gano, fue ome que recibio, o tuvo su poder algunas rentas del Rey, e *furto algo dellas* (9), o si furto, o robo, o forço a otro ome alguna cosa, o lo gano de *usura* (10), non lo deuen partir entre si los herederos; ante dezimos, que *deuen tornar* (11), e dar estas cosas atales a aquellos cuyas fueren, o a los que lo suyo ouieren de heredar. E si non supieren ciertamente, cuyas fueron estas cosas que fuessen assi ganadas, entonces se deuen *dar por Dios* (12); porque el anima de aquel que assi las gano, *no sea penada por ellas* (13).»

La disposición de esta ley comienza por reconocer, en armonía con los beneficios y proyectos que derivan de la partición, el derecho irrenunciable a partir. Ello no solamente concuerda con los antecedentes del Derecho romano, sino también con el tenor de otros Cuerpos legales anteriores a Partidas: en este sentido las leyes, ya estudiadas, 1 y 2 del Tít. 1 del Libro 10 del Fuero Juzgo; las leyes 1, 2 y 5 del Tít. 3, del Libro 5 del Fuero Viejo de Castilla, y las Leyes 2 y 8 de los Tít. 4 y 10 del Tít. 5 del Libro 3 del Fuero Real. No obstante, la superioridad técnica del texto de Partidas, producto

---

(53) Simplemente queremos hacer referencia a la interrelación que se da entre el término utilizado por Partidas «derechamente» y la palabra de inspiración cristiana «directum», reflejo de una concepción moralizante, «la conducta que sigue el camino recto». En contraposición al significado culto del término «ius», como lo justo, es decir, conforme al orden judicial socialmente admitido.

de esa recepción culta, se manifiesta desde el mismo comienzo de esta Ley. Así, en la glosa (1) respecto del término «herederos», se traen a colación los siguientes antecedentes. En relación al derecho de partir con el heredero declarado pródigo se recuerda, aunque como texto «singulare», la L. ex castrensi, in princ. ff. de castrensi, pecul. (D. 49, 17, 18); Maec. 1 fideic. Dicha referencia cobra un perfecto sentido en el fragmento (2), trad.: «Así pues, negaremos que el padre pueda enajenar su propiedad en una acción divisoria, si el hijo está vivo, como ocurre con la enajenación de un predio de la dote por el marido, en tanto vive su mujer; pero ni siquiera vale el acto cuando el copropietario le demanda con la divisoria de propia iniciativa, *lo mismo que si se hubiera demandado al que ha sido privado de la administración de sus bienes a causa de su prodigalidad.*»

En relación al menor de 25 años y su derecho a partir se cuenta con el apoyo de los siguientes textos: a) L. Lucius, ff. famil. ercis. El texto corresponde a D. 10, 2, 38, pr. (Paul, 3 resp.). Trad.: «Lucio y Ticia, hermanos emancipados por su padre, siendo menores, tenían unos curadores, los cuales suministraban a cada uno las cantidades comunes percibidas como rentas “de unos predios de ambos”. *Posteriormente dividieron todo el patrimonio.*» b) La L. inter pupillos, ff. de auctor. Tutor. El texto corresponde a D. 26, 9, 20 (Scaev, 10 dig.). Trad.: «Entre unos pupilos se hizo la división de la herencia paterna, en presencia de su tutor, pero sin firmar éste la escritura de división: se preguntó si deberían atenerse a ella. Respondió: *si el tutor hubiese interpuesto su autoridad, no hay que dejar de atenerse a la división por el hecho de que no la hubiese firmado.*»

Aunque también hay que tener en cuenta la L. I ff., de rebus eorum. El texto corresponde a D. 27, 9, 1 (Ulp. 35 ed.) y cobra sentido en el fragmento (2) «in fine». Trad.: «En virtud de un discurso en el senado del emperador (Septinio) Severo, se prohíbe que los tutores y curadores vendan los predios rústicos o suburbanos... (no obstante) *si la cosa es común y el socio “del pupilo” pidiera la división, o si un acreedor de su padre que recibió el predio en prenda exigiera realizar su derecho, dispongo que en nada se altere el derecho anterior.*»

Por último, en relación con este respecto al derecho de partir se hace referencia, también, a la L. si convenerit, ff. pro socio. El texto corresponde a D. 17, 2, 14 (Ulp. 30 Sab.) pero completa su sentido en los pasajes 15 (Pomp. 13 Sab.) y 16 (del mismo Ulp.). El punto de partida es la siguiente afirmación: «Si se hubiese convenido entre los socios que no se divida la cosa común durante un cierto tiempo, no parece haberse convenido no abandonar la sociedad.» Pero qué ocurriría si se convino que no se disolviese: ¿valdrá acaso? La respuesta de Pomponio no puede ser otra: «*Este convenio sería nulo, pues aunque no se conviniese, si se renuncia intempestivamente a la sociedad se da la acción de socio, y si se convino no abandonar la*

*sociedad en cierto tiempo, y se renuncia antes, puede haber una razón para la renuncia.»* En esta elegante respuesta podemos observar cómo se legitima la renuncia a la sociedad incluso ante la existencia de un convenio de no división por un cierto tiempo. La validez de la causa (hecho anterior que justifica otro posterior) de dicha renuncia impedirá la posible indemnización derivada de una renuncia injustificada. Fuera del caso meridiano del cumplimiento de la condición bajo la cual contrató el socio, nos encontraríamos con los supuestos siguientes: a) caso del socio molesto y perjudicial que no sea fácil de tolerar; b) la ilicitud del objeto de la sociedad en consideración al objeto con que se emprendió el negocio (pasaje 15), y c) la obligación, contra su voluntad, del socio que debe ausentarse largo tiempo por causa de una gestión pública (pasaje 16, principio).

Siguiendo con el comentario de esta Ley, la glosa (2) al hecho de poder partir. La referencia a los antecedentes corresponde a D. 10, 2, 2, en su proemio (Ulp. 19 ed.); trad.: «Por la acción de partición de herencia se divide una herencia, ya sea deferida la herencia en virtud del testamento, ya abintestado, ya en virtud de la Ley de las Doce Tablas, ya de otra ley o senadoconsulto, o también de una constitución.» Consecuentemente con esto la glosa (3) se refiere tanto al título testamentario como al abintestato. No obstante, como ya habíamos dicho, el presente pasaje de esta ley de Partidas contempla la ampliación de los legitimados para hacer la partición (respecto de los Cuerpos legales anteriores) al admitir, particularmente, el «testamento parentis inter liberos»: «E pueden ser partidos estos bienes, segun manda el testador en su testamento.» Con anterioridad, la Ley 7, Tít. 1 de la sexta Partida, había regulado conjuntamente tanto el testamento como la «divisio parentis inter liberos». Por su parte, la importante Ley 9, del presente título, en su párrafo último, regulará la eficacia de ambas divisiones de cara a los supuestos de evicción y de lesión.

La segunda parte de esta ley se ocupa de precisar qué cosas no deben ser partidas. En primer lugar estarían las que denomina «cosas malas» (glosa 4). Su antecedente se localiza en la L. 2 de *Familiae erciscundae*. Concretamente en D. 10, 2, 4 (1) (Ulp. 19 ed.). La enumeración de estas «cosas malas» coincide básicamente con las del pasaje del Digesto: «malos fármacos y venenos, y libros de reprobada lectura, como los de magia y otros semejantes». La Ley 17 del Tít. 5 de la quinta Partida, nos aclara que «las ponçoñas, o yeruas, o venino o otra cosa mala son aquellas con que pudiesse ome matar a otro comiéndola, o beuniendola» y, consecuentemente, las excluye también como posibles objetos de compra y venta. Salvando de esta exclusión las especias, que aun teniendo esta naturaleza, las usan los hombres en sus medicinas, haciéndolas buenas al mezclarlas con otras cosas. Entre los libros de reprobada lectura («De encantaciones malas») la glosa (7) ejemplifica los de «artis magicae» y «sortilegiorum».

La solución ofrecida por el texto de Partidas, aunque más ejemplar, «las deuen quemar, a destruir» concuerda con el consejo del pasaje del Digesto: «Ya que todas estas cosas deben de ser destruidas.» No obstante, cabe apreciar ciertas diferencias entre ambos textos de cara, precisamente, a la firmeza de esta solución. Así, mientras que, como es lógico, la Ley de Partidas se dirige en estos términos imperativos a los herederos que son los ejecutores de la partición, el pasaje del Digesto se dirige tanto al Juez de la división (el que la lleva a cabo) como a los herederos (destinatarios de la división). En este sentido, la disposición del Digesto no resulta tan imperativa como la de Partidas. Así, en Digesto, se empieza por admitir que los malos fármacos y venenos se incluyen en la acción de partición, pero se precisa que «el Juez de la partición no debe en manera alguna intervenir en estas cosas, ya que debe desempeñar el ministerio de hombre recto e inocente». Con lo que el Juez cumple con su obligación dividiendo las cosas lícitas del resto, basta con que las desconozca, o conociéndolas, no las incluya en la división. De ahí que la solución del Digesto se dirija, principalmente, al ámbito personal de los herederos como advertencia o consejo acertado. Por contra, lo absoluto de la afirmación de Partidas no admite ninguna excepción, ni aun en el ámbito personal y reservado de los herederos.

En segundo lugar, la Ley de Partidas excluye de la partición las «cosas que fuesen mal ganadas». Su antecedente es el fragmento (2) del anterior texto de Ulpiano: «Pero si se hubiese adquirido alguna cosa por medio de malversación de fondos públicos, despojo sacrilego, robo, atraco o asalto, tampoco esto se dividirá.» En la correspondencia entre el citado antecedente y el texto de Partidas precisar, solamente, dos cuestiones. La primera de ellas se refiere a la inclusión entre las cosas «mal ganadas» del dinero proveniente de la usura (glosa 10), la consecuencia de ello es que este «logro o aumento» no lo pueden partir entre sí los herederos. Este resultado, facilitado progresivamente por nuestra legislación antigua, muestra una clara diferencia o peculiaridad de nuestro Derecho respecto de los antecedentes de Derecho romano. La disposición se justifica, más que en cualquier otro argumento, en una exigencia de la moral cristiana que nuestra legislación asume (54). No obstante, el comentario de esta glosa gira

---

(54) La moral cristiana impregnará, de forma progresiva, su reprobación a la usura en nuestra Legislación Antigua. De esta forma, frente a la permisividad de la usura en las leyes 8 y 9 del Tít. 5 del Libro 5 del Fuero Juzgo, «de la usura del dinero» y de la «del pan, vino, aceite u otra cosa de tal manera», respectivamente; el Fuero Real reaccionará de forma enérgica, a propósito del estamento judío, en las leyes 5 y 6, del Tít. 1 del Libro 4: «Judío ninguna fagal empréstito a usura, ni en otra manera sobre cuerpo de Christiano ninguno, y el que lo ficiere, pierda quanto diere sobre él...»; «Ningún judío que diere á usura, no sea osado de dar más caro de tres maravedis por quatro por todo el año: é si mas caro lo diere, no vale: é si mas tomare, tornelo todo doblado... y si esto también en Moros, como en Judios, como en Chris-

en torno de la licitud de la partición como cauce de transferencia de la propiedad del dinero proveniente de la usura. Independientemente de la repetición de este dinero por la actio «per conditionem indebiti» o por la «per conditionem ex canone, de usuris» se cuestiona el alcance mismo del antecedente más directo: L. bona quaecunque, C. famil. ercis. El texto corresponde a la Ley 8 del Tít. 36 del Libro 3 del Código de Justiniano: Idem A. Telesphoro. «Bona, quaecunque tibi sunt communia cum fratre tuo ex hereditaria successione patris vel matris, cum eodem familiae erciscundae iudicio experiens, ut dividantur, impetrabis (243).» (Trad.: «Ejercitando contra el mismo la acción de partición de herencia, logrará que se dividan *cualesquiera bienes que, procedentes de la sucesión hereditaria de tu padre o madre, te son comunes con tu hermano*».)

La interpretación restrictiva de estos «cualesquiera bienes» lleva al texto de Partidas a excluir de la partición el dinero proveniente de la usura con la recriminación moral propia de la época como si fuesen «cosas mal ganadas». Frente al tenor permisivo, aunque ciertamente descriptivo de D. 10, 2, 4 (2), que no lo contempla entre las cosas adquiridas que no pueden ser objeto de división. Nuestra legislación posterior abundará en mayores términos al respecto, como la Ley 1 del Tít. 22 del Libro 12 de la Nov. Rec., que calificará a la usura como «pecado muy grande, prohibido por la ley natural y divina, como cosa que pesa mucho a Dios, y porque vienen daños y tribulaciones a las tierras».

La segunda cuestión, como desarrollo de la anterior, impone a los herederos el deber de devolver estas «cosas mal ganadas» a sus legítimos propietarios y, en su caso, a los herederos de éstos. Ello contrasta, a simple vista, con la lacónica disposición del anterior pasaje del Digesto que, referida al «officium iudicis», prohíbe incluir estas cosas en la división. La glosa (11) apoya este deber genérico de «tomar» todas estas cosas así ganadas, con la L. quod enim, ff. pro socio. El texto corresponde a D. 17, 2, 54 (Pomp. 13 Sab.); trad.: «Lo que un socio hubiese aportado procedente de delito no debe recuperarlo más si hubiese sido condenado.» Observemos cómo tampoco en el presente pasaje se da una condena explícita a la usura. Del tenor del último párrafo de esta Ley 2, las glosas (12) y (13): «Se

---

tianos, como en todos aquellos que dieren á usuras.» Esta legislación restrictiva alcanzará prohibiciones tan absoletas y ejemplares como la de la Ley 1 del Tít. 23 del Ordenamiento de Alcalá: «La cobdicia es rais de todos losmales, en tal manera que ciega los coraçones de los cobdiciosos... que cualquier Christiano, ó Christiana de cualquier estado, o condición que sea, que diere a usura, *que pierda todo lo que diere, o prestare*, é sea de aquel, que lo rescivió prestado, *e que peche otro tanto como fuere la quantia que diere a logro* la tercera parte para el acusador, é las dos partes para la nuestra Camara.» Como podemos observar, se sanciona de la forma más grave (pérdida de capital) tanto la usura como el logro. La Novísima Recopilación seguirá esta misma línea.

deuen dar por Dios; porque el anima de aquel que assi las gano, no sea penada por ellas», sobra cualquier comentario en esta sede, habida cuenta de su finalidad redentora.

La Ley 7 de este título dedica su regulación a «Quales de los herederos deuen tener los preuillejos, e las cartas de la herencia, quando el testador non lo ouisse mandado». El tenor de su disposición es el siguiente: «Preuillejos, o cartas seyendo falladas en los bienes del finado, si los herederos fueren muchos, aquel las deue tomar en fieldad, que *mayor parte* (1) ouiere en la herencia. E otrosi deue dar traslado dellas a los otros herederos, e mostrarles el original dellas, quando menester les fuere. E si los herederos eguales en las partes de la herencia, aquel las deue tomar en fieldad, que *fuere mas honrrado* (2), e *mas anciano* (3), e de mayor fama. Pero si muger fuere entre ellos, maguer sea mas honrrada, o de mas alto lugar que los varones, por esso no las deue tomar, mas alguno de los varones. E si fueren eguales en las partes de la heredad, e en honrra, e en las otras cosas, entonces deuen echar suertes, qual dellos las terná; e aquel a quien cayere la suerte, las tenga, e de traslados dellas a los otros. E si acaesciese, que non acuerden en fazer esto, entonces dezimos, que las deue meter en fieldad en Sacristia de alguna Iglesia, que las guarden fasta que sean auenidos.»

Esta disposición de Partidas resulta interesante por diferentes motivos. En primer lugar, dentro de la mayor claridad y precisión que atribuye esta recepción culta, el texto de Partidas regula una cuestión novedosa respecto de la legislación anterior. No obstante, la expresión «mayor parte» presenta un interés adicional ya que no fue desconocido por esta legislación anterior. En segundo lugar, el texto, aunque mantiene la tradición de Derecho romano, aporta una serie de particulares propios de nuestra legislación. Por último, y en la medida razonable de su relación, este texto se sitúa como precedente de nuestro actual artículo 1.066 del Código civil. En relación a la primera cuestión, la glosa (1) localiza el antecedente de este avance jurídico en la L. si quae sunt. cautiones, ff. famil. ercisc. El texto corresponde a D. 10, 2, 5 (Gai. 7 ed. prov.); trad.: «Si hay documentos hereditarios, el Juez debe procurar que queden en poder del que sea heredero de la mayor parte, y que de los demás se saque una copia cotejada, interponiéndose caución de que serán exhibidas cuando el caso lo exigiere. Si todos fueran herederos por partes iguales y no se convinieran entre ellos en poder de quien deban quedar preferentemente, tienen que echarlo a suertes, o se ha de elegir, por unanimidad o mayoría, un amigo en cuyo poder se depositen, o deben de ser depositadas en el archivo público.» Del presente pasaje se deduce que dos son los criterios prioritarios. El primero, y preferente, la mayor participación en la herencia; el segundo, si todos tuvieren igual participación, la negociación. Los criterios subsidiarios de este último son, con carácter alternativo: el sorteo o la elección de un

amigo (bien por unanimidad o por mayoría). El último criterio, necesario si fracasan los alternativos, es el del depósito de dichos documentos hereditarios en el archivo público.

Los antecedentes patrios acerca de los términos «mayor parte», nos muestran cómo esta expresión viene a sustituir, dada su identidad de significados, a la anteriormente utilizada, tanto por el Fuero Juzgo como por el Fuero Real, que hacía referencia a los herederos «meiores» o «mejores». La diferencia entre estos textos y el de Partidas radica en los distintos supuestos regulados. Mientras que en éste se utiliza como criterio para solucionar la tenencia de los documentos hereditarios, en los anteriores —Leyes 3 y 12, respectivamente— se le requiere como criterio de solución frente a los distintos pareceres que acontecen cuando concurren muchos herederos en algunos bienes que se pueden partir (ambas leyes han sido analizadas en la exposición de estos Cuerpos legales).

La glosa (1) completa su cita de antecedentes con la L. Pomponius, ff. eod. El texto corresponde a D. 10, 2, 8, pr. (Ulp. 19 ed.); trad.: «Escribe Pomponio que si a uno sólo de los herederos se le hubiesen prelegado las cuentas de la herencia *no se le han de entregar antes de que los coherederos hayan sacado copia.*» El cual apoya la autoridad de la presente Ley de Partidas en ordenar el «traslado de los documentos originales» a los otros herederos para su información y documentación, cuantas veces necesario fuera.

Nuestra segunda cuestión, en las facetas o puntos interesantes de esta ley, hacía referencia a las particularidades que respecto a estos antecedentes podíamos observar. En este sentido, si bien es cierto que en principio se mantiene el criterio preferencial de la mayor participación del heredero, muy pronto, supuesto de una igual participación, se altera y se corrige la ordenación establecida por el pasaje del Digesto. La reforma sacrificará la racionalidad del criterio de la negociación, la oportunidad del criterio del sorteo o el talante comicial de la elección, por una suerte de criterios cumulativos más acordes con la moral cristiana del momento. Así, aparecen los criterios de la «honradez» (glosa 12, de «dignori praeferendo»), de la «ancianidad» o el de la «mejor fama». Pero quizá donde con mayor claridad se muestra el profundo cambio en la valoración de las circunstancias y condiciones de la persona sea en la peyorativa situación de la mujer. En este aspecto se le niega la posible tenencia de los documentos aunque «sea más honrada o de más alto lugar que los varones».

El criterio de la suerte aparece en el Texto de Partidas como subsidiario de los anteriores criterios cumulativos. A su vez, el criterio del depósito en el archivo público recibe su correspondiente homologación con el depósito en la sacristía de alguna iglesia.

El texto, por último, es interesante como precedente de nuestro artículo 1.066 del Código civil.

García Goyena, en el artículo 912 del proyecto de 1.851, siguió

el criterio romano respecto de los instrumentos de las fincas o finca adjudicadas o divididas entre diversos herederos: «Cuando en un mismo título estén correspondidas fincas adjudicadas a diversos coherederos, o una sola, pero dividida entre dos o más, el título hereditario quedará en poder *del mayor interesado* o en la finca o fincas, y se facilitarán a los otros copias fehacientes a costa del caudal hereditario. Si el título fuere original deberá también aquel en cuyo poder quede exhibirlo a los demás interesados cuando lo pidieren.» En su comentario señala cómo nuestro artículo precisa mucho mejor la obligación del poseedor de los títulos (facilitar copias fehacientes) respecto del tenor del párrafo 2 del artículo 842 del Codex francés: «Que el poseedor de los títulos *ayude* a los otros interesados cuando sea requerido.» Posteriormente, indica los antecedentes de Derecho romano haciendo la salvedad de que éstos preveían, también, los criterios a seguir en los instrumentos comunes a toda la herencia (expone los criterios ya vistos del pasaje del Digesto), siendo su criterio, en armonía con el pasaje, partidario del acuerdo de los coherederos, y a falta de éste, de su depósito en una escribanía a expensas de todos ellos. Sin embargo, se equivoca paladinamente al afirmar que «la Ley 7 de Partidas copió a las leyes romanas». Tal es así que, pese a que el anteproyecto del Código civil (1882-1888) reproduce, prácticamente, el artículo 912 del proyecto en su artículo 1.083 (elimina, solamente, la referencia «hereditaria» que acompañaba al término, título), el definitivo artículo 1.066 del Código civil presenta una inequívoca redacción emparentada con la susodicha Ley de Partidas: «Si el interés fuere igual, el título *se entregará al varón*, y habiendo más de uno, *al de mayor edad*.» De ahí, su más que dudosa constitucionalidad.

La Ley 10 se plantea «que poderio ha el Juez, ante quien vienen a pleyto los herederos en razón de la partición». El fragmento que nos interesa tiene el siguiente tenor: «Poderio ha el Juez ante quien pidieren la partición los herederos, de la manda fazer en la manera que el entendiere que *sea mas guisada* (1) e mas a pro dellos. E porrende, quando el viese que alguna cosa, *o viña* (2) que deuia ser partida entre ellos, se *menoscabaria mucho* (3) por fazer muchas partes della, bien puede mandar que la aya todo el uno, *o los dos* (4). E puede fazer obligar, a aquel, o aquellos que la ouieren, que den por su parte a cada uno de los otros tantos marauedis, quanto el asmare (5) que podrian valer las suas partes, que auian en aquella casa, o en aquella viña, si partida fuesse. Esso mismo deue fazer en las cosas que son atales, que se non pueden partir segun natura guisadamente, assi como cauallo o otra bestia; ca deuelo apreciar, quanto vale, e darlo al uno, e mandarle, que segund aquel apreciamiento, que de su parte a cada uno de los otros en dineros; e los herederos son tenudos de fazer lo que les el Juez mandare en esta razón.» Independientemente de la naturaleza de la partición judicial, que analizaremos con mejores elementos de juicio en la opinión de los comenta-



ristas, el texto responde a un notable avance jurídico que armoniza, en gran medida, los postulados de nuestra legislación. Fijémonos, al respecto, cómo la partición judicial no vino contemplada en la legislación anterior. En este sentido el buen término de la partición quedaba confiado a la esfera legítima de los coherederos que, no obstante, contaron con una serie de criterios a seguir. Así, la Ley 3, Tít. 1 del Libro 10 del Fuero Juzgo establecía, como ya hemos dicho, el criterio conjunto «de lo que ploquiere á los más (a la mayoría), é á los mayores (a la mayor partición en la herencia)». El Fuero Real, en su Ley 12, Tít. 4 del Libro 3, aclaraba y perfeccionaba el desarrollo de la Ley del Fuero Juzgo, con los siguientes términos: «Si muchos herederos fueren en algunas cosas que se pudieren partir, lo que los mejores ficieren partiendo vala.» Se eliminaba el requisito de la mayoría y se salvaguardaba el derecho a los «menores» (menor partición hereditaria) si estos «mostraban razón derecha porque no deba valer».

Fuera de estos criterios acerca de la oportunidad de partir o de la forma de llevarla a cabo, los supuestos de grave quebranto de la integridad económica del bien o de su imposibilidad fáctica de división, encontraron una pronta y aceptable regulación en la Ley 11 del Tít. 3, del Libro 5 del Fuero Viejo de Castilla: «Logar, molino, nin forno no se deven partir...» El desparpajo del Fuero Real mejorará, una vez más, el tenor de ésta en su Ley 2, del mismo título y libro: «Si algunos herederos, ó compañeros, hobieren alguna cosa de consumo que no se pueda partir entre ellos sin daño, así como siervo, ó bestia, ó formo, ó Molino, ó Lugar, no puedan constreñir los unos á los otros que partan...» En estos supuestos no se admitía el criterio de la mayor participación, sino los de la venta, sorteo o arriendo. Pues bien, ante este estadio de nuestra legislación el Texto de Partidas, hermanado en cuanto mayor precisión se refiere con los antecedentes romanos, contempla el recurso a la partición judicial como solución más ajustada a los pareceres encontrados de los coherederos, fuera ya del despotismo interesado que establecía el criterio de los «mejores».

La glosa (1), dedicada al buen hacer del Juez (en la manera que él entendiere que será más guisada) nos introduce en los antecedentes tenidos en cuenta para la autoridad del texto. El primero de ellos es la L. item Labeo, I ff. famil. ercisc. El texto corresponde a D. 10, 2, 22 (1) y (3), principalmente (Ulp. 19 ed.); trad.: «El Juez de la partición puede adjudicar a muchos una misma cosa... pero también puede, mediante subasta, adjudicar la cosa a uno sólo. También cuando adjudica los fundos podrá imponer alguna servidumbre...» El segundo antecedente es la L. antepenult. ff. famil. ercisc. El texto corresponde a D. 10, 2, 55 (Ulp. 2 ed.); trad.: «...y si la división fuera tan difícil que parezca casi imposible, puede el Juez imponer toda la condena sobre la persona de uno sólo, y adjudicarle todos los bienes.» El último antecedente viene en la cita de la L. si quis putans,

officio, ff. commun. dividun. El texto corresponde a D. 10, 3, 6 (10) (Ulp. 19 ed.); trad.: «Por ministerio del Juez puede hacerse la adjudicación de manera que a uno adjudique el fundo y al otro el usufructo.»

En suma, los antecedentes invocados por Gregorio López nos muestran una de las potestades que llevaba implícita el cargo del «*officium iudicis*» en la división: «Llevar a buen término tanto el pago como el cobro de las porciones hereditarias» (D. 10, 2, 3). Resultado que, por otra parte, debía de ser «justo y equitativo» respecto de las porciones, así como útil y provechoso para los coherederos. Lo que, indudablemente, representaba tener en cuenta los pareceres y preferencias de éstos (D. 10, 3, 21). Por su parte, el texto de Partidas se refiere tanto a la manera que el Juez entendiere más guisada como a la manera más provechosa para los coherederos (e mas a pro dellos). No obstante, como veremos con más detalle posteriormente, si esta facultad del ministerio del Juez resulta claramente asumida de los antecedentes romanos, lo que no resultará de esta guisa será, precisamente, la potestad central del «*officium iudicis*»: la «*adiudicatio*» judicial como título constitutivo e independiente de la adquisición singular del heredero.

El resto de la disposición del texto de Partidas contempla la observancia por el Juez de los consabidos supuestos de grave quebranto de la integridad económica de la cosa, o de la imposibilidad fáctica de partir. Así, ya al final de la glosa (1), «Mas guisada», se reprueba la actitud de aquellos malévolos y pésimos herederos que, sin motivo justificado, se empecinan en dividir por «sulcos o particas» corrompiendo el patrimonio hereditario. La glosa (42), «Casa o viña», en esta misma línea, observa la imposibilidad de partir caballo o buey, y respecto a la nave recoge un aserto que nos recuerda, poderosamente, la fuente literaria de Macrobio, Saturn. 2, 6, 2, que ilustra elegantemente los términos «*sine damno*» de D. 30, 26, 2 (Pomp. 5 Sab.) con las siguientes palabras: «Naven si dividis, nec tu nec socius habebis.» La glosa (4), «o los dos», y la (5), «quanto el asmare», refieren sus antecedentes al Código de Justiniano. Así, la L. Ad. Afficium arbitri (Ley 3 del «*Communi dividundo*») establece: «Que quando algún campo, o cada uno de ellos no puede ser dividido en regiones entre los condueños, se adjudiquen, *hecha la justa estimación*, haciéndose recíprocamente la compensación del precio, y siendo condenado a favor de los demás aquel al que le toca la cosa de mayor precio, *admitiéndose a veces a la licitación también un comprador extraño*, principalmente si uno de los condueños confesara que para llegar al justo precio no puede vencer con su dinero al que en la licitación ofrece menos.» La L. 2 de «*communi dividundo*» insiste en que: «El mismo presidente de la provincia conocerá de la división de las viças entre tú y el acreedor de tu hermano, y mandará que él te restituya, habiendo recibido el dinero de *cuanto hubiere determinado que vale la parte de tu hermano*, aquella parte que recibió de

tu hermano, o, *estimada tu parte*, transferirla al acreedor de tu hermano, habiéndose dado el dinero de aquello en que la hubiere estimado». La glosa (5) confía esta «aestimatio» al arbitrio del Juez o a los peritos elegidos por él.

Para concluir nuestro comentario a esta interesante Ley de Partidas queremos observar su importancia como precedente, principalmente, de los *artículos 1.059 y 1.062 del Código civil*. En relación con el artículo 1.059 del Código civil hay que tener en cuenta que García Goyena se apartará de la tradición de Partidas (posibilidad de recurrir a la partición judicial cuando los herederos no se entendieren en el modo de hacerla) con el criterio novedoso del artículo 902 del Proyecto que, no obstante, recordará a lo establecido en la legislación anterior de Partidas, Fuero Juzgo y Fuero Real. El tenor de dicho artículo es el siguiente: «Cuando el difunto no hizo la partición ni cometió esta facultad a otro, si todos los coherederos se encuentran en el caso del artículo 893 (libre administración y disposición de los bienes) y están presentes, podrán de *común acuerdo o mayoría absoluta*, partir la herencia en el modo y forma en que convenga judicial o extrajudicialmente.» El artículo 903 del Proyecto remitía esta mayoría a lo preceptuado en el artículo 1.153, es decir, la mayoría de los herederos concurrentes que representen las tres quintas partes del total hereditario. Esta solución, ante el difícil logro del consumo entre los herederos, primaba el criterio de la prepotencia de la mayor participación. De forma parecida a lo «que ploquiere a los más, é a los mayores» del Fuero Juzgo, o simplemente a los «mejores herederos» del Fuero Real (aunque García Goyena no se percate de estos antecedentes).

El resultado, a la luz del propio artículo 903 del Proyecto, era que solamente quedaba abierta la vía del recurso a los tribunales cuando algún heredero se creyese agraviado por la forma con que esta «mayoría» llevaba a cabo la partición, sin perjuicio de que ésta siguiera adelante hasta que judicialmente se dispusiera otra cosa. En suma, se desconocía lo absoluto del derecho a partir de cada coheredero que no conoce de mayorías de participación o de concurrencia, sino que, por el contrario, sienta su base en el «convenio» como única vía posible de excluir la facultad de recurrir a la partición judicial.

Afortunadamente, aunque de forma casual respecto de nuestros antecedentes patrios, el artículo 1.076 del Anteproyecto del Código civil (1882-1888) en su concordancia con el artículo 952 del Anteproyecto belga (Laurent) restablecía la paridad perdida con el Proyecto de 1851, al disponer: «Cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, se hará judicialmente, conforme a las reglas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.» El texto definitivo de nuestro artículo 1.059 simplemente precisa que: «Quedaré a salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.» Con lo que si

no se logra el convenio (ausencia de una partición practicada por los coherederos) y el testador no se ha hecho la partición, no hay contador-partidor, se podrá recurrir al procedimiento de la Ley adjetiva.

En relación con el artículo 1.062 del Código civil, la observancia de nuestros antecedentes patrios resulta menos tortuosa que la vista en el artículo anterior. En este sentido, García Goyena contempló lo sustantivo del vigente artículo en el artículo 909 del Proyecto: «Cuando por ser una cosa indivisible, o porque desmerecerá mucho en la división, no pueda guardarse la igualdad en los lotes o adjudicación según el artículo anterior, podrá adjudicarse a uno con calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Pero bastará que uno sólo de los coherederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga.»

En su comentario a este artículo cita correctamente algunos antecedentes del Derecho romano, no así respecto de la legislación anterior a Partidas, que omite. Precisamente creemos que, en parte por esto, interpreta desafortunadamente la Ley 10 de Partidas. Para él esta ley viene a recoger los anteriores antecedentes romanos «salvo que no dispone que se proceda a la venta, sino que deja al propio arbitrio del Juez la adjudicación de la firma por entero a uno de los coherederos y que dé por su parte a cada uno de los otros lo que el Juez asmare que podían valer dichas partes». Evidentemente esta interpretación no es correcta con el sentido de la Ley de Partidas interpretado según las glosas (4), «o los dos», y (5), «queanto el asmare», que como hemos visto mantienen la vigencia de los antecedentes romanos, principalmente Leyes 2 y 3 del G. commun. divid., con lo que aparte del testimonio expresivo de la Ley 2 del Fuero Real «mas avenganse de venderlo», la Ley de Partidas admite la licitación como un medio más para llevar a buen término la finalidad de la partición. De ahí la interpretación en sentido amplio que merece la frase: «E los herederos son tenudos de facer lo que les *el juez mandare* en esta razón.» Razón que no es otra que hacer posible de la manera que él entendiere más guisada (con los medios a su alcance) la partición de estos bienes que tan tamañas incomodidades presentan para su división. El resultado es que no era necesario, tal como hace el ilustre autor, recurrir al artículo 827 del «Codez» francés para justificar la licitación en el articulado del Proyecto. Por otro lado, el tenor del vigente artículo 1.062, corrige la desorbitada referencia del artículo 909 del Proyecto al objeto de que «no pueda guardarse la igualdad en los lotes o adjudicación». Su omisión resulta justificada pues, más que un problema, el mantenimiento de la igualdad en las adjudicaciones es una cuestión técnica que afecta al modo o forma de la partición. De todos modos, el artículo 1.061 del Código civil (artículo 908 del Proyecto), responsable de esta referencia, es acreedor de un comentario particular que más adelante haremos acerca de su procedencia

y de su correcta interpretación de cara a sus excesivas pretensiones.

Tras el comentario de esta ley, abordamos el estudio de la *Ley 9* que constituye, sin lugar a dudas, un punto central en la evolución histórica de nuestro objeto de estudio. Al igual que hemos podido comprobar en las leyes anteriores, la influencia de la recepción culta se dejará sentir en la técnica y estilo de esta importante ley. No obstante, al hilo de esta recepción, la elaboración dogmática de los contratos innominados, realizada por glosadores y comentaristas del «ius commune», será la responsable de la excepción a la responsabilidad por evicción contenida en el último párrafo de esta ley.

La Ley 9 viene precedida del siguiente título: «Quando la partición es fecha delante del Juez, o por su mandato, como deuen dar recabdo los unos a los otros, de fazer sanas las cosas que cupieren en parte a cada uno.» Su disposición es susceptible de una exposición separada en dos importantes fragmentos o párrafos. El primero de ellos, más general, tiene el siguiente tenor: «Por fazer partición de los bienes que han en uno los herederos viniendo delante del Judgador, deueles de su oficio mandar, después que la partición es fecha, *que den recabdo* (1) los unos a los otros, que si alguno otros estraño demandase después alguna cosa de las que cayessen en parte a alguna dellos, mostrando que ha derecho de la auer, toda, o parte della, que si la venciere por juyzio, los otros herederos *sean tenudos de fazerle enmienda* de aquello que assi perdia.»

En primer lugar, observamos cómo del tenor de esta disposición queda formulada, técnicamente, la obligación de garantizar contra la evicción. Este adelanto es claramente constatable respecto de la legislación anterior. Así, en este sentido, el presente texto es el legítimo sucesor de la Ley 5, Tít. 1 del Libro 10 del Fuero Juzgo: «Si algun ome *crebanta* la partición que es fecha, ó toma la parte del otro» y de la Ley 12, Tít. 4 del Libro 3 del Fuero Real: «Como después de fecha la partición entre los herederos, si alguno *la quebrantase*, que pena meresce.» Ya hemos hecho referencia de cómo aunque en estas dos leyes no se plantea el supuesto de evicción, ya que refieren el hecho de «entrar en la parte del otro», no obstante, la terminología de ambas es perfectamente aplicable a las consecuencias que se derivan de la evicción de algún bien adjudicado. De este modo, la evicción supone un verdadero quebranto o quiebra de la finalidad de la partición. No se puede concluir, siguiendo a la Ley 1 de Partidas, que el «departimento» realizado lleve a un resultado «derecho». Ya que uno o varios herederos se tienen «por no pagados» al producirse la evicción, y los otros resultan «mejor pagados» de lo que merecen. Así, de esta forma, en el desequilibrio de estos «pagos» cobran sentido los efectos de la evicción como sinónimo de «tomar la parte del otro».

El Texto de Partidas, en esta línea evolutiva, introduce el supuesto de evicción como un riesgo propio de la partición y ofrece, en

el seno del «*officium iudicis*»; la solución idónea: el «recabdo» recíproco de los herederos, es decir, la caución, seguridad o fianza contra el peligro de evicción. A su vez, emplea un término que se hará común en nuestra legislación sobre la evicción: el saneamiento. Recordemos al respecto cómo este término es susceptible de abarcar los dos significados relevantes en la responsabilidad por evicción. El primero, como acción de sanear («*fazer sanas*») responde a la obligación de defender en juicio (el Fuero Viejo de Castilla empleaba el término de «redrar»). El segundo, como efecto de sanear («*fazerle emienda*»), responde a la responsabilidad de indemnizar al coheredero que sufre la evicción. La glosa (1) nos introduce en el terreno de los antecedentes de Derecho romano. De este modo, la realización de este «recabdo» recíproco concuerda con la *L. haeredes, item curare, ff. famil. ercisc.* El texto corresponde a *D. 10, 2, 25 (21) (Paul. 23 ed.)*: «*Item curare debet, ut de evictione caveatur his quibus adiudicat.*» (Trad.: También debe procurar que se dé caución de evicción a aquellos a quienes hace las adjudicaciones.) El pasaje, como otros que ya hemos visto, refleja genuinamente una de las potestades que dimanaba del cargo del Juez de la división y que, al mismo tiempo, se configuraba como un deber derivado del buen ejercicio de dicho cargo, es decir, del «*officium iudicis*». En este sentido el Juez, o árbitro de la división, podía y debía proceder a la celebración de las cauciones como garantía contra el peligro de la evicción. La cita, técnicamente perfecta por la claridad del texto, no obstante, no reporta todo su añejo sentido a la disposición de Partidas por la diferente concepción de la función judicial de ambas. Mientras que el pasaje del Digesto contempla el «*officium iudicis*» como cauce ajustado para el «*ius civile*» de la adquisición singular e independiente del heredero a través de la «*adiudicatio judicial*», el Texto de Partidas manifiesta una función declarativa del Juez que, ante su requerimiento por los herederos, ordena y dirige un procedimiento de partición en donde los legítimos ejecutores de la misma son ya los propios herederos.

El otro importante antecedente citado en la glosa (1) es la *L. si familiae, G. eod.* El texto corresponde a la Ley 14 del Tít. 36, *famil. ercisc.*, del Libro 3 del Código de Justiniano. Su traducción responde al siguiente tenor: «Si en el juicio de partición de herencia, en que con igual derecho se dividieron entre tú y tu hermano los bienes paternos, *no se convino nada entre vosotros sobre la evicción de los bienes especialmente adjudicados* a cada uno, esto es, que cada cual aceptó el riesgo de la cosa, con razón competará el presidente de la provincia por la acción de lo expresado en las palabras a tu hermano y coheredero a soportar conforme a su parte el detrimento de la posesión de que se hizo evicción.» La presente ley del Código es un importante antecedente para nuestra investigación que la ha tenido en cuenta por distintos motivos. Así, hemos necesitado de su auxilio para documentar nuestra afirmación acerca de la diferente valoración y evolución

de la obligación de responder por evicción como elemento natural del contrato de compraventa y de la división, respectivamente. Mientras que en el primero adquiere tal relevancia por un proceso de ensanchamiento de las obligaciones nacidas del contrato parejo al desenvolvimiento histórico de la «*stipulatio habere licere*» que conduce, progresivamente, a la eficacia directa del «*a actio empti*» para la reclamación de esta responsabilidad; en la división de la herencia, su justificación adquiere carta de naturaleza, inicialmente, en el respeto a la integridad económica de las cuotas hereditarias como condición necesaria y equitativa de una plural delación. También se la debe tener presente para valorar y delimitar los distintos casos en los que la responsabilidad por evicción en la división de la herencia atendía al precio de adjudicación del bien o a su valor al tiempo de la evicción. En suma, también, porque presenta un curioso caso en el recurso a la «*actio praescriptis verbis*» como solución última ante las deficiencias de un juicio de división donde nada se previene acerca del peligro de evicción. Sin embargo, en la cita de Gregorio López tiene, pese a lo expuesto, un alcance distinto. En primer lugar, la cita tiene la finalidad de completar lo ya asertado por el anterior pasaje del Digesto. En este sentido, aún no dándose el susodicho «*recabdo*», los coherederos vendrían igualmente obligados a «*fazerle enmienda*». El respaldo de esta decisión por el parecer del gran Azón aparece en la glosa como toda una señal de crédito. En segundo lugar, adelantamos que la comunión de estos pareceres en una consecuencia (la responsabilidad por evicción) coincidente con lo establecido por el texto romano, no obedece a las razones apuntadas por el Derecho romano, sino a otras muy distintas que derivarán de la elaboración dogmática de los contratos innominados llevada a cabo por los glosadores. Por otro lado, para concluir el comentario a esta primera parte o párrafo de la Ley 9, creemos oportuno documentar mejor aquí una interesante afirmación que García Goyena formula al hilo de su comentario al artículo 917 del Proyecto: «*La Ley 9, Tít. 16, Partida 6, copió a las romanas, pero en la práctica no fue admitida la obligación de afianzar.*» Dejando aparte la inexactitud de la primera afirmación del citado autor, pues además de lo apuntado, la Ley 9, como veremos más adelante, asumió una concepción de la división distinta y opuesta a la de los antecedentes romanos, lo que sí parece admisible fue el infrecuente ejercicio de este deber de afianzar en la práctica del Derecho. No obstante, se pueden apreciar poderosas razones en la justificación de este resultado. Así, en primer lugar, hemos observado cómo los antecedentes del Derecho romano obtienen un importante valor instrumental para la formulación de nuestro Derecho; no es menos cierto que su eficacia sancionadora le vino dada, en estos momentos, por su configuración como Derecho real. En este sentido, anotada su pertenencia a lo que estrictamente sería el campo del «*ius commune*», la práctica judicial no dudó de quitarle eficacia

sancionadora cuando la transgresión, o mera inobservancia, obedecía al respeto de las leyes reales o al seguimiento de la «consuetudo». En nuestro caso la mera inobservancia responde, tal y como hemos visto en la legislación anterior a Partidas, a la costumbre de no afianzarse recíprocamente por las cosas adjudicadas. En suma, el deber perceptuado por la Ley de Partidas se presenta como novedoso y no sancionado ni por la legislación anterior ni por la costumbre. De ahí que se deje a la voluntad de las partes. En segundo lugar, tenemos que tener en cuenta que al incluirse el convenio de división entre los contratos innominados éste quedaba protegido, entre otros recursos, por la «*actio praescriptis verbis*» común a ellos. Con lo que, en cierta forma, se contaba con un medio de defensa.

La segunda parte, o último párrafo, de la Ley 9 contiene la ablación más notable de la tradición de Derecho romano que podemos constatar a lo largo del presente título de Partidas, al disponer: «Pero si el padre, o el testador, *partiese él mismo* (2) la heredad en su vida entre los herederos a su finamiento, si despues que el finasse, venciesen alguno dello en juyzio alguna de las cosas que le vinieron en su parte, *entonces los otros herederos no serían tenudos de fazerle enmienda ninguna.*» También representa, como ya hemos adelantado en anteriores ocasiones, un punto capital para el posterior desarrollo de nuestra argumentación. El laborioso estudio que hemos realizado acerca de la división de la herencia en Roma conduce, sin ningún género de dudas, a la constatación de la responsabilidad recíproca de los coherederos por la evicción de algún bien adjudicado en consecuencia de una de las obligaciones que nacen de la necesidad de dividir: garantizar contra el riesgo o el peligro de evicción. Asimismo, la «*gratia*» o finalidad de esta responsabilidad, consustancial a los principios rectores de la comunidad, la configuran como una responsabilidad general incólume respecto de las particulares formas de división o de los agentes de la misma. Ya que solamente de la voluntad del testador, como ley suprema de la sucesión, podía venir a menor dicha responsabilidad siempre y cuando no se vulnerase la legislación imperativa acerca de la sucesión forzosa de material (cuota de los legitimarios). Pues bien, ante el peso de estos antecedentes y ante el tenor, incluso, de las leyes anteriores de este título de Partidas (recordemos la Ley 1, «e tiense cada uno *pagado con su parte*», o la definición de la partición como «departimento *derecho* que fazen los omes de las cosas que *han comunalmente*») el último párrafo de la Ley 9, complementando lo dispuesto en la Ley 7, Tít. 1 de la sexta Partida, exceptúa la responsabilidad por evicción en el caso de que la partición haya sido efectuada por el padre o por el testador, «partiesse el mismo». Sin embargo, lo que resulta paradójico o contradictorio es que en la glosa de Gregorio López, como en la opinión de otros autores contemporáneos, se instrumentalice como elemento de autoridad un pasaje de los antecedentes de Derecho romano. La



paradoja, resulta en nuestra investigación, obtiene su lógica explicación en la instrumentalización parcial y arbitraria del texto de autoridad L. cum pater, evictis, ff. de Legat. 2 (D. 31, 77, 8; Pap. 8 resp.). De ahí, la incontestable antinomia entre el correcto sentido de este texto y lo dispuesto en el último párrafo de esta Ley de Partidas. La relevancia de esta antinomia la podemos plantear, en este momento de la investigación de cara a las siguientes consideraciones. En primer lugar, dicha antinomia se presenta como una cuestión «ex nova» en el estudio de los antecedentes hasta ahora analizados. En este sentido la problemática pasó totalmente inadvertida en el quehacer de García Goyena. De este modo, en su comentario al artículo 918 del Proyecto: «La obligación señalada en el artículo anterior cesa cuando el mismo difunto hizo la partición, a no ser que aparezca o racionalmente se presuma haber querido lo contrario», podemos apreciar los siguientes términos concluyentes: «*Conforme con la Ley 77, párrafo 8, Libro 31 del Digesto, y con la Ley 0, Tit. 15, Partida 6, que es absoluta, pues no admite la excepción de nuestro artículo.*»

Aparte de que la Ley de Partidas no fue tan absoluta en la interpretación de su más ilustre glosador Gregorio López, lo que se evidencia es el desconocimiento por parte de nuestro García Goyena tanto de la correcta interpretación del pasaje del Digesto como de los antecedentes de Derecho romano acerca de esta materia. A su vez, y en base a la autoridad del Proyecto, la polémica aquí planteada quedará más oculta, si cabe, en el seguimiento que el artículo 1.087 del Anteproyecto (1882-1888) hace del anterior artículo 918 del Proyecto (55). Pero, al margen del aspecto novedoso que nuestra cuestión plantea de cara al estudio de los antecedentes históricos asumidos, lo que realmente nos interesa destacar es que precisamente por la novedad de la cuestión y por el respeto de nuestro Código civil en esta materia a los antecedentes citados (léase, antecedentes de Derecho romano, singularmente, Ley 77; y la Ley 9 de Partidas) el análisis y valoración de esta antinomia conservan, a pesar del silencio del tiempo transcurrido, plena vigencia.

---

(55) La única diferencia a señalar entre los artículos 918 del Proyecto de 1851 y 1.087 del Anteproyecto (1882-1888) es que mientras el primero se refiere a «*cuando el mismo difunto hizo la partición*», el segundo se refiere a «*cuando el mismo propietario o dueño de la finca hubiere hecho en vida la partición*». Nuestro artículo 1.070, número 1, del Código civil siguió la redacción del Proyecto sustituyendo el término «*difunto*» por el de «*testador*».

Esta sustitución restrictiva, no ya sólo respecto al tenor del Proyecto, sino también de nuestro antecedente de Partidas (recordemos que la Ley 7 del Tit. 1 de la sexta Partida se refería tanto al testamento «no fecho acabadamente» como al supuesto de partición por el *padre o el abuelo* realizado por «palabra tan solamente entre sus «*hijos*») es contrastable en la redacción del Anteproyecto (1882-1888). Así, frente al tenor del artículo 899 del Proyecto: «*Cuando el difunto hizo por actos entre vivos...*», el artículo 1.073 del Anteproyecto lo sustituye por : «*Cuando el testador hiciere por actos entre vivos...*»

En segundo lugar, tenemos que dejar constancia, en estos momentos de la investigación, de que el alcance de la cuestión que pretendemos resolver desborda el estricto campo de la responsabilidad por la evicción en la partición de la herencia. En este sentido de la disposición de la Ley de Partidas: «Entonces los otros herederos no serían tenudos *de fazerle enmienda ninguna*», referida al hecho de la evicción, la doctrina interpretó, uniformemente, que exceptuaba también el derecho del coheredero a rescindir la partición por causa de lesión. Con lo que la única salvedad permitida por esta ley, según el tenor de su glosa, obedecía a la integridad de la legítima (L. scimus, in princ. G. de inoffic. testam.) De ahí, el tenor generalizado del artículo 1.056 del Código civil: «Cuando el testador hiciere, por actos entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, *se pasará por ella*, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos». Y la exceptuación explícita del artículo 1.075 del Código civil: «La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión...» De este modo, aunque el tratamiento de la excepción de la rescisión por lesión en la partición realizada por el testador debe de ser objeto en nuestro Derecho positivo de un comentario diferenciado respecto de la excepción de la responsabilidad por evicción, no obstante, en la medida en que su uniformidad se consigue de la generalidad de los términos de la Ley de Partidas, su tradicional fundamentación histórica puede ponerse en tela de juicio. Con ello no pretendemos adelantar un juicio de valor negativo acerca de la validez de nuestro artículo 1.075 del Código civil que, en nuestra modesta opinión, puede ser sustentado en base a otros razonamientos. Sólomente destacamos que su tradicional fundamentación histórica (último párrafo de la Ley 9) no debe de ser un obstáculo insalvable de cara a la reflexión y estudio del precepto.

Corresponde ahora, para su posterior estudio, el esclarecimiento de la causa que dio origen al distanciamiento de lo preceptuado por Partidas respecto de lo establecido por los antecedentes de Derecho romano (no solamente de la singular cita del pasaje de Digesto). Por el método de exclusión podemos precisar dicha causa descartando algunas hipótesis que, en principio, nos hemos tenido que plantear. Así, en primer lugar, cabría preguntarse si el origen de esta antinomia responde a un lamentable error de interpretación en el que incurrieron nuestros notables doctores. La respuesta afirmativa, aparte de su apariencia al recurso fácil, se enfrentaría con dos importantes objeciones. Por un lado, sería excesivamente casual un error de interpretación común a la «*opinio iuris*» de nuestros doctores. Por el otro, este error de interpretación en el caso de Gregorio López desentonaría, poderosamente, respecto del academicismo y pulcritud con que trae a colación las demás citas de los textos romanos en las otras glosas. En segundo lugar, nos podemos plantear si esta antinomia obedece a una peculiaridad de nuestro Derecho histórico («*ius pro-*

pium») que derogaría el valor instrumental y no vinculante de los antecedentes de Derecho romano. Este interrogante, aunque presentando más visos de credibilidad que el anterior, no tiene base en la formación y evolución de nuestro Derecho histórico. En primer lugar, porque los antecedentes que informaron tanto la recepción vulgar como la culta no dan pie para ello (recordemos al respecto nuestro comentario acerca de la responsabilidad por evicción en los supuestos de la «heredis institutio ex re certa»). En segundo lugar, porque la responsabilidad por evicción en la partición de la herencia se regula por vez primera en el Texto de Partidas resultando omitida en la legislación anterior. Con lo que difícilmente podría el Texto de Partidas hacersé cargo de una tradición propia de nuestro Derecho de la que carecemos de toda información. Resulta, por otra parte, muy ilustrativo como respecto de peculiaridades asumidas por Partidas en temas como la «usura» (glosas 9, 10, 11, 12 y 13 de la Ley 2) o en criterios como el de la «honradez», el de la «ancianidad» o el de «mejor fama» (glosas 2 y 3 de la Ley 7) se dediquen unos comentarios amplios en base a la autoridad de textos y asertos no exclusivamente romanos (decretales y cánones) y, por el contrario, la disposición del párrafo último de la Ley 9 sólo merezca la cita singular de un páse, precisamente, del Digesto.

Excluidas estas dos hipótesis acerca del origen y significado de la antinomia observada, todos los indicios apuntan hacia la influencia recibida de ese nuevo Derecho sin fronteras que fue el «ius commune». En este sentido, tal y como hemos defendido, la razón de dicha antinomia obedeció de los contratos innominados y, particularmente, a la identificación del convenio de división con la permuta. De esta forma, encuentra explicación suficiente el por qué de la cita singular de la L. cum pater, evictis, ff. de legat. 2, como argumento suficiente de autoridad (frente a los numerosos textos romanos citados en las otras glosas) no sólo por parte del ilustre glosador, sino también por destacados comentaristas. La razón no es otra que la necesidad de estos glosadores y comentaristas de contar en sus elaboraciones doctrinales con el apoyo, como elemento de autoridad, de algún texto romano. De ahí que pese al sentido contrario a sus postulados que recoge este texto, se sirvan de una interpretación parcial basada, única y exclusivamente, en un término de dicho texto: «praelegatas» como puente de unión de una pretendida correspondencia o concordancia con los antecedentes de Derecho romano que realmente no se dio.

También valoramos, como mal menor, el acierto de Gregorio López al seguir al final de su glosa la opinión de Decio: «Nisi constaret de voluntate testoris fuisse, quod aequalitas esset inter haeredes servanda.» (Trad.: a no ser que constara la intención del testador de que fuera observada la igualdad entre los herederos.) Ello nos da idea de cómo Gregorio López, pese a ser un hombre con la formación propia de su época, predominio del «ius commune», tuvo, entre

otras, la virtud de conocer bien el Derecho romano y de ahí que tratara de remediar, de alguna forma, la derogación del mismo en esta materia, dejando una puerta abierta a la interpretación de la voluntad del testador. Con ello se consiguió, al menos, que el carácter de esta presunción de la voluntad del testador que tiende a la discriminación y desigualdad entre los herederos no tuviera un alcance absoluto o de «iuris et de iure» (56).

## VII. LA DOCTRINA DE NUESTROS COMENTARISTAS

Aunque la ciencia jurídica española en los siglos XVI y XVII presente un importante paso para la afirmación del Derecho nacional (siglo XVIII), su metodología en nuestro objeto de estudio, apegada aún a la instrumentalización del Derecho romano, nos permite valorar hasta qué punto los anteriores desarrollos conceptuales de los glosadores tuvieron una respuesta adecuada en la opinión de nuestros doctores.

Desde una reflexión jurídica amplia y variada, Antonio Gómez, uno de los comentaristas de nuestros textos castellanos más representativo, es fiel ejemplo del desarrollo armónico con que fue seguida tanto la partición del convenio de división en la elaboración dogmática de los contratos innominados de los glosadores, como de la asimilación de su figura jurídica a la estructura de la permuta. En la edición castellana de su obra «Varias Resoluciones» se pronuncia de la siguiente forma: «La evicción que se debe en el contrato de venta tiene también lugar, ya que se evinca toda la cosa, ya solamente una parte indivisa o separada, en todos los contratos onerosos como la permutación, “dacio in solutum”, división de alguna cosa particular común a muchos por contrato o última voluntad, y, asimismo, en la división de la herencia; pues si a un heredero se le despojase de alguna de las cosas que le fueron adjudicadas por sentencia de Juez o por unánime voluntad de los herederos, podrá intentar contra éstos la acción de evicción para que salgan al saneamiento, mediante a que la división de la herencia *se conceptúa cierta permutación, y tiene fuerza de compra y venta*; porque si la división se hizo con arreglo a lo dispuesto por el difunto que dividió entre ellos sus bienes, no se debe la evicción pidiendo por derecho de acción, aunque sí reteniendo por derecho excepción, y defendiendo hasta conseguir la in-

---

(56) Sin embargo, este buen hacer de Gregorio López no fue valorado convenientemente por algunos doctores que bien no recogieron la limitación propuesta, casos de Antonio Gómez y de Ayerve de Ayora, o bien la interpretaron tan restrictivamente que la dejaron, prácticamente, sin utilidad alguna, caso de Sanz de Morquecho, que la interpretó en el sentido de que el testador debía añadir una declaración expresa acerca de su voluntad respecto de que se guardase íntegramente la igualdad o proporcionalidad en las adjudicaciones de sus herederos.

demnidad de su parte; pero esta excepción se limita en cuanto a la legítima...» Consultada su edición latina (Samaticae anni 1579), su opinión no se aparta de la argumentación técnica apuntada por nosotros. Así, en su cuestión 33 (De emptione et venditione, Cap. II) justifica la responsabilidad por evicción en la partición de herencia en base a la siguiente ratio: «Quia divisio haereditatis cenfetur quaedam permutatio.» Su apoyo de citas recuerda, inequívocamente, la utilización parcial de que fueron objeto ciertos textos romanos en aras de la obtención de fuentes de autoridad que respaldasen las nuevas construcciones jurídicas de los doctores del medievo. De este modo, su primer texto citado, *L. cum pater, haereditatem, ff. de legat. 2*, que responde al pasaje (ya estudiado por nosotros en su sentido para el Derecho romano) *D. 31, 77, 18* (Pap. 8 resp.). El texto comenzaba exponiendo cómo los fiduciarios, que deben restituir una herencia a su muerte, no responden del riesgo de los créditos que se les adjudicaron al hacer la partición entre los coherederos mediante la cesión de aquéllos. No obstante, para completar esta inicial responsabilidad, la segunda parte del texto añadía que los fiduciarios tampoco responden de la posible evicción de los predios cuando interviene el cambio de cosas entre los coherederos para poner fin a la copropiedad hereditaria «*cum permutatio rerum discernens communionem intervenit*». Aparte del análisis que hemos realizado acerca de los distintos significados del término «permutatio» en las fuentes romanas, el verdadero sentido del texto refiere la utilización de este término para indicar, precisamente, la ejecución del convenio de división, es decir, la entrega de los bienes hereditarios según el acuerdo de división. Esta entrega, consecuencia de la adjudicación dimanada del convenio, no significaba ninguna «permutatio» en sentido técnico, ni siquiera algo parecido, ya que solamente exteriorizaba que alcanzado el acuerdo de división, los bienes, poseídos por todos indistintamente o detentados particularmente por algunos coherederos, debían pasar a los herederos asignados para su correspondiente usucapión. De ahí que, sin excesivas pretensiones técnicas, se hable de un «cambio de cosas» entre los coherederos pero, insistimos, como consecuencia de la ejecución del convenio. Sin embargo, en la cita de Antonio Gómez, el texto viene reinterpretado en función de la asimilación de la figura del convenio de división con la estructura de la «permutatio». Consecuentemente con esta finalidad, las restantes citas de Antonio Gómez corren idéntica suerte. Así, respecto de los tan recurridos *L.S. filia, si plures, famil. hercis* (*D. 10, 2, 20, 3; Ulp. 19 ed.*) (57) «quasi certa

---

(57) Examinado atentamente todo el Tit. 2 del Libro 10 del Digesto («Familia eriscundae»), la perturbadora referencia de Gómez al fragmento «*si plures*» es desconocida en dicho título. De ahí que ante la validez de la cita de la Ley, «*Si filia*», y ante la cita correcta del fragmento por otros autores, «*si parter*», no quepa duda acerca de la cita correcta del texto: «*L. Si filia, si parter famil. ercis.* y del pequeño error en la obra de GÓMEZ.

lege permutationem fecerit...» y *L.I.C. comm. utriusque jud.* «Divisionem praediorum vicem emptionis obtinere placuit.»

Por otra parte, en relación a la exclusión del deber de responder por la evicción cuando la partición la realiza el padre o el testador (párrafo último de la Ley 9 de Partidas), Gómez, en su cuestión número 34, confirma nuestra línea de investigación al recoger, singularmente, el ya referido texto de la *L. cum pater, evictis ff. de legat 2* (D. 31, 77, 8).

No obstante, si queremos profundizar más en este seguimiento que la doctrina española de estos siglos realizó, en nuestro objeto de estudio, respecto de las generalidades y elaboraciones de los doctores del «ius commune», debemos acudir necesariamente a una de las monografías más internacionales de esta época: «El tractatus de evictionibus» de Alfonso de Guzmán. La obra de Guzmán, con una documentación admirable tanto de los argumentos de autoridad de los maestros del «ius commune» como de los doctores contemporáneos, comenta la responsabilidad por evicción en la partición de la herencia en su cuestión número 33. De la gran variedad de supuestos analizados (41 en total) nos interesan principalmente los apartados 5, 6, 7, 16 y 22, que desarrollan conceptualmente la partición entre coherederos y la del Juez, por una parte, y la del padre o testador, por la otra. Respecto a la partición realizada por los coherederos o hermanos, el apartado (supuesto) 6 establece claramente su fuerza de permutación: «Quia divisio, quae a partibus fit, vim obtinet permutationis». La única novedad respecto a la cita de texto de autoridad es la de la *L. communi dividundo*. El texto corresponde a *D. 10, 3, 7 (13)* (Ulp. 20 ed.) y contempla un supuesto que no incide técnicamente en la naturaleza de la partición: «Un deudor dio en prenda parte de un predio común y su acreedor, al ser demandado por el propietario de la otra parte o por el acreedor pignoraticio del otro propietario, pujó más alto en la subasta, y el deudor de aquel a quien fue adjudicada la cosa quisiera recuperar su parte del predio, mediante el pago de lo que él sólo debía, dicele elegantemente que no ha de ser oído, a menos que esté dispuesto a rescatar también aquella parte que el acreedor compró por la adjudicación. Porque también si hubieses vendido parte de una cosa y, antes de entregarla al comprador, hubieras sido demandado por la acción de división de cosa común y se te hubiera adjudicado la otra parte, se dice consecuentemente que el comprador no puede reclamar con la acción de compra, si no tuviera dispuesto a comprar la cosa entera, porque esta parte acreció el vendedor por beneficio de la obra (“quia haec pars beneficio alterius venditori accessit”); es más, también puede ser demandado por la acción de venta el comprador para que compre la totalidad; sóloamente se habrá de considerar si acaso intervino algún fraude del vendedor. Pero si el vendedor de una parte hubiese cedido la parte vendida al ser vencido en la subasta (“Sed et si distracta parte cesserit

victus licitatione venditor”); quedará igualmente obligado por la acción de compra a restituir el precio. Esto mismo se observa en el mandato y en las demás acciones de este género.» Pues bien, aunque el texto refiere sólo las consecuencias derivadas de la demanda de cosa común respecto de la constitución de una prenda que recae sobre parte del predio común, o respecto de la venta de parte de una cosa común, la reinterpretación de los doctores consiste en la utilización parcial de los términos señalados, «pars beneficio», «parte cesserit» para escenificar una permutación en la división de la cosa común. Lógicamente, el sentido correcto del texto no permite este experimento o construcción artificiosa, ya que en ambos casos el recurso a la licitación se incardina dentro de la consecución de una adjudicación que no encierra ninguna permutación en sentido técnico.

Por otra parte, Guzmán, en su apartado 16 y sobre el mismo texto de autoridad, recoge la asimilación tanto de la división convencional como de la judicial con la permuta: «divisio autem sive conventionalis, sive judicialis, habet vim permutationis». En el apartado (o supuesto) 22, se desarrolla esta concepción en base a la autoridad de la opinión de Francisco Beccio, de esta forma la división es similar a la permuta y ésta, a su vez, a la compra: «Quia divisio similis permutationi, et permutatio est similis emptioni».

Así, una vez asimilada la «figura» del convenio de división con la permuta, se podía pasar a analizar la responsabilidad por evicción de aquélla bajo los dictados unitarios armónicos que la susodicha tendencia lógico-dogmática (iniciada por los juristas bizantinos) hacía depender del tratamiento de la responsabilidad por evicción en la compraventa (58). El nuevo supuesto práctico que sustentará todo este desarrollo conceptual será, como sabemos, el cambio o la cesión recíproca de la porción asignada a cada coheredero por la que antes le correspondía pro indiviso con los demás: «nam divisio est recessus a communione, et portio, quae pro divisio uni assignatura, succedit loco portionis, quam prius pro indiviso possidebat cum socio» (Peregrin. dict. art. 52, n. 18 et n. 53). Consecuentemente con este ingenioso, pero artificial planteamiento, la responsabilidad por evicción en la partición convencional o judicial será desarrollada con la misma «naturalidad» (finalidad y eficacia) que la acontecida en la compraventa, donde «in emptione est quid naturale evictio, quae licet non exprimatur», pues «quae enim conveniunt ex natura contractus non est necesse exprimi» (quaest. XXIII De evictionibus). Más adelante (quaest. XXIX), Guzmán recogerá de la «opinio iuris» de los doctores, otra de las características derivadas de la generalidad del «no-

(58) Esta generalización del significado y contenido de la responsabilidad por evicción de la compraventa hacia otros diversos institutos, en pro de la obtención de un estudio unitario de la misma, es una constante en el quehacer recopilador de GUZMÁN. En este sentido, resultan ilustrativas su quaestio XXVIII, An in datione in solutione in solutum evictio debeatur?, y la XXXI, An in transactione debeatur evictio?

men» de la «permutatio», su consideración como sinónimo, en el sentido más amplio, del término alienación: «venit etiam permutatio sub vocabulo alienationis». Característica que, junto con la de ser contrato conmutativo e innominado por excelencia, dan fe de la maleabilidad del concepto de permuta para asimilar a otras figuras complejas o discrepantes, en nuestro caso al convenio de división (59).

Pero, aparte de lo expuesto, el trabajo de Guzmán nos permite profundizar mejor en la importante consecuencia derivada de estas elaboraciones doctrinales: la exceptuación del deber de responder por evicción contenida en el último párrafo de la Ley 9 de Partidas.

En anteriores ocasiones hemos hecho referencia a cómo la interpretación parcial del pasaje 31, 77, 8 del Digesto (partes «coheredibus praelegatus restituere») presuponía una relación de prelegatarios entre los coherederos a efecto de la responsabilidad por evicción. El desarrollo de esta relación, espuria al verdadero sentido y alcance de dicho pasaje, necesitó a su vez de la instrumentalización de otros textos de autoridad que determinasen su eficacia querida. En este sentido, Guzmán (quaest. XXXIII) al socaire de la «communis opinio» representada por Caballino y el padre Molina, recoge el aserto (supuesto 5.º) de la exceptuación del deber de responder por la evicción en la división del testador: «habet enim vim *specialis legati*». Es decir, en la división hecha por el testador no hay responsabilidad por evicción puesto que ésta tiene fuerza de especial legado. Las citas de los textos de autoridad no escapan a la utilización interesada de los doctores del medioevo en pro de la validez argumental de sus anteriores construcciones doctrinales. Así, en primer lugar, se cita a la L. quid ergo, 2 ff. de legatis I. El texto corresponde a *D. 30, 90 (1)* (Pap. 17 quaest.). El supuesto de hecho que sirve para la ulterior responsa del jurista tiene el siguiente tenor: «Claro que si (el padre) habiendo instituido a varios hijos, hubiese dividido entre ellos los bienes en forma de legados («...inter eos *verbis legatorum bona diviserit...*»), se denegará, por razón de la voluntad del testador, la acción de lo legado a quien se hubiese abstenido de la herencia.» El sentido del texto relacionado armónicamente con los pasajes anteriores (87, 88 y 89 del mismo Libro del Digesto) no ofrece dudas acerca de su correcta interpretación. El padre instituye regularmente a sus hijos co-

---

(59) En el apartado 3.º de la quaest. XXIX dedicada a la evicción en la permuta, Baldo se planteará inteligentemente si aquel que no puede enajenar puede permutar. Su respuesta, valorados los argumentos en contrario, será partidaria de que prohibida la enajenación queda sin lugar la permutación. Por otra parte, superada una inicial dependencia de la responsabilidad por evicción en la compraventa (en el sentido de seguir el ejemplo de la «actio ex empto» en la sola reclamación del interés) la argumentación recogida por GUZMÁN mantiene la opción del ejercicio de la «condictio ob causam», admitida por el «ius commune» para los contratos innominados. Salvo que el permutante, en el instrumento, de seguridad expresamente sobre la evicción por el interés. (Apartados 6 a 10 de dicha «quaest».)



mo herederos, pero realiza una anómala división o distribución de los bienes en base a la fórmula de disposición (asignación) del legado (do, lego, etc.). La posible contradicción entre la institución y la asignación es salvada, lógicamente, en favor de la primera. Ya que la voluntad del testador no fue otra que asignar o distribuir sus bienes entre los herederos regularmente instituidos. De ahí que no entre en juego, contrariamente a los supuestos de hecho de los anteriores pasajes, la posible incompatibilidad del prelegado en los límites de la cuota hereditaria («heredi a semetipso legari non potest»). No hay, por tanto, un derecho de opción entre la cualidad de heres o de legatario ya que el testador, a través de la «*verbis legatorum*» realizó realmente una división de sus bienes («*praeceptio*»), con lo que en ningún caso se da una distribución de legados. Por eso, el heredero que no acepta la herencia no puede aceptar el supuesto legado («...*voluntatis ratione legatorum actio denegabitur ei, qui non agnoverit hereditatem*»).

Pues bien, ante la imposibilidad de servirse del correcto sentido del texto, los doctores del «*ius commune*» reinterpretaron su alcance en el sentido de que cualquier división del testador, no ya sólo la realizada bajo la fórmula del legado, conducía a una mera distribución de legados. Llegados a este punto, los obstáculos (necesidad de nuevas reinterpretaciones) de cara a la utilización de otros textos de autoridad, fueron menores. Así, en segundo lugar, Guzmán recoge la cita de la L. a substituto, I, ff. de legatis I. El texto corresponde a *D. 10, 45 (2)* (Pomp. 6 Sab.): «*Si vero certus homo legatus est, talis dari debet, qualis est.*» (Trad.: Mas si se lega un esclavo determinado, hay que darlo como tal como esté.) Lo que llevado a la ciencia de los cuatro axiomas expuestos por Bártolo acerca de la responsabilidad por evicción en los legados significa, que así como el heredero no responde de la evicción sufrida por el legatario de cosa determinada («...quando legatur certa species...»), tampoco los coherederos responden recíprocamente entre sí, por la evicción sufrida por alguno de ellos, cuando el testador divide o asigna sus bienes determinados; ya que según la elaboración de dichos doctores, esta división tiene la fuerza, o eficacia, de «*specialis legati*» (quaestio XXVII del trabajo de Guzmán, axioma 2.º, supuesto 12.º).

Observemos cómo, curiosamente, esta peculiar elaboración doctrinal que arranca desde la parcial interpretación de los textos analizados podría situarse, a primera vista y sin mayores pretensiones, como el primer antecedente histórico de nuestro artículo 981 del Código civil.

Volviendo a nuestro objeto de estudio, una vez que la relación entre los coherederos asignados ha sido asimilada a la de los prelegatarios («*quia talis divisio vim habet praelegatorum*», supuesto 16.º, quaest. XXXIII) la alteración del célebre pasaje 31, 77, 8 del Digesto sirvió para reputar la elaboración dogmática de los glosadores y comentaristas del Derecho común, en aras de una concepción unitaria

de la responsabilidad por evicción en pro de los contratos onerosos y conmutativos.

De todos modos, y como un elemento más en nuestra argumentación, se puede afirmar que la posible generalidad de esta artificiosa construcción doctrinal encontrará en el mismo quehacer de los doctores del «*ius commune*» importantes excepciones. En este sentido, al menos en dos supuestos, la regla de la exceptuación del deber de responder por la evicción en la partición realizada por el testador aparecerá como una norma con eficacia próxima al derecho singular. El primer caso lo localizamos en la quaest. XXVII de la obra de Guzmán dedicada a la responsabilidad por evicción en los legados. Así, en su apartado 25, después de haber desarrollado el cuarto axioma de Bártolo sobre este tipo de responsabilidad: «quando legatur res aliena ignoranter...», Guzmán recoge la siguiente cuestión: si acaso la cosa asignada para mejora del hijo fue eviccionada, ¿puede actuarse sobre la evicción? Salvo una primera solución negativa de Cifuentes (in. L. 18 Tau, núm. 7) en base a la expresividad del pasaje 31, 77, 8 del Digesto, la mayor parte de la doctrina opina que dicho texto se refiere sólo al prelegado de cosa cierta («*praelegato rei certae*»). De ahí que cuando el prelegado constituya una cuota o porción de los bienes y la cosa cierta sea asignada para una más cómoda o mejor ejecución, no pueda aplicarse la decisión de aquel texto y sea debida la evicción. De lo que se infiere que la mejora ha de ser buscada entre los restantes bienes del testador. Pues no mediando ninguna razón de sangre y de cualidad que haya de ser guardada entre los hijos, éstos deben cumplir, según sus porciones, la voluntad del difunto. Todo lo cual se reputa, especialmente, de la sustancia del legado de cosa ajena, sabiéndolo el testador, y del legado de cosa ajena, ignorándolo el testador, pero hecho en favor de una persona amiga o familiar.

El segundo caso lo constituye la limitación propuesta por Decio en el alcance de dicho pasaje que Guzmán recoge en el apartado 20 de su quaest. XXXIII: «*Nisi tamen constaret de voluntate patris, quod inter filios aequalitas servaretur.*» Limitación que, aparte de la relevancia dada por nosotros en el análisis de la glosa (2) de Gregorio López a la Ley 9 de Partidas, debió merecer una especial atención para los doctores del «*ius commune*»: «*nam lex laborat quantum potest, ut servetur aequalitas inter filios*» (apartado 26 de la quaest. XXVII).

De todos modos, pese a estas y otras posibles excepciones, o limitaciones, que trataron de paliar lo absoluto del aserto derivado de la elaboración dogmática, lo cierto fue que la vigencia de estos planteamientos doctrinales acompañó el desenvolvimiento del Derecho histórico hasta, prácticamente, los albores del movimiento codificador europeo. No es de extrañar, en el caso español, cómo en obras de marcado carácter de ilustración, caso de don Joaquín Escriche en su

«Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia» (1874) se mantengan los mismos argumentos de autoridad que utilizaron glosadores y comentaristas del «*ius commune*»: «...en las particiones de herencias, pues si un heredero se viere despojado, en virtud de causa anterior, a la partición de alguna de las cosas que se le adjudicaron por sentencia del Juez o por unánime voluntad de los coherederos, podrá intentar contra éstos la acción de evicción para que salgan al saneamiento, *porque la división de herencia se considera cierta especie de permuta*; pero si el mismo testador hubiese dividido sus bienes entre sus herederos, no tendría acción ninguno de ellos contra los otros para exigirles el saneamiento en caso de evicción de alguna de las cosas pertenecientes a su padre: *Ley 9, Tít. 15, Partida 6...*».

Hasta aquí hemos tratado de documentar uno de los hechos que, aunque desconocido en la interpretación de nuestros antecedentes históricos, encerró toda una construcción doctrinal de la responsabilidad por evicción en la partición de la herencia totalmente opuesta a la aportada por los antecedentes de Derecho romano: la antinomia del último párrafo de la Ley 9 de Partidas, respecto del antecedente citado, D. 31, 77, 8. Este dato, como punta de un iceberg, nos ha ayudado a confirmar nuestros puntos de vista acerca del correcto significado de las fuentes romanas y desvelar las construcciones y elaboraciones doctrinales que motivaron, sutilmente, el contenido de la disposición de Partidas.

## VIII. LA VALIDEZ DE LA TESIS DE LA «PERMUTATIO» EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

Como hemos podido comprobar, solamente a través de la investigación de nuestros antecedentes históricos ha sido posible la ordenación y esclarecimiento de los distintos procesos evolutivos que, de un modo significativo, influyeron en nuestro objeto de estudio. De esta forma nos hemos reencontrado con los auténticos principios y reglas que sustentaron a la partición hereditaria en Roma. También hemos podido seguir el alcance de esta tradición de Derecho romano a lo largo de nuestra Legislación Antigua. Pero lo que realmente ha marcado el centro de nuestra investigación ha sido, sin lugar a dudas, la constatación de la falsa ejemplaridad de la tesis de la «*permutatio*» como concepción genuina del Derecho romano. Destruído su valor de mito jurídico, ha sido posible tanto la localización de sus verdaderos artífices, glosadores y comentaristas del «*ius commune*», como la puesta al descubierto de su sutil y arbitraria instrumentalización de los textos de autoridad. Nuestro Derecho histórico, en la antinomia existente entre el pasaje del Digesto 31, 77, 8 y el último apartado de la Ley 9 de Partidas, nos ofrece un testimonio de capital importancia de cara a la bondad de la línea de investigación seguida.

En este punto nos planteamos el otro gran interrogante que se presenta después del análisis del proceso histórico: ¿si los intereses doctrinales o las aspiraciones lógico-dogmáticas que llevaron a la elaboración de los contratos innominados y, particularmente, la identificación de la «figura» jurídica del convenio de división con la permuta tienen cabida en el Derecho moderno? La validez del interrogante propuesto queda justificada, entre otras razones ya expuestas, si recordamos que la valoración de estas elaboraciones doctrinales siguen conservando, pese al silencio del tiempo transcurrido, una inequívoca actualidad o vigencia. Pensemos que la propuesta normativa del Texto de Partidas fue asumida, sin ningún tipo de comentario doctrinal, por el artículo 918 del Proyecto de 1851 y, consecuentemente, por el artículo 923 (supuesto de rescisión) del citado Proyecto. Su paso airoso por el Anteproyecto del Código civil (1882-1888), artículos 1.073: «Cuando el testador hiciere, por actos entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, *se pasará por ella...*», y 1.087: «La obligación a que se refiere el artículo anterior sólo cesará, número 1, cuando el mismo propietario o dueño de la finca hubiere hecho en vida la partición...», dio como resultado global el contenido de nuestros artículos 1.056, párrafo 1.º, y 1.070, número 1, del Código civil. No cabe, por tanto, dudar de la vigencia y actualidad de las cuestiones que aquí tratamos, pues éstas, sin lugar a dudas, siguen siendo las únicas posibles que sustentan el alcance de los citados artículos del Código civil. Máxime si tenemos en cuenta, también, que nuestra línea de investigación ha confirmado que la excepción del deber de responder por la evicción en la partición realizada por el testador no obedeció, tal y como hemos señalado con anterioridad, a una de las peculiaridades de lo que podríamos denominar Derecho real (como expresión del «*ius propium*») ni a las exigencias prácticas derivadas de la evolución de dicho instituto, sino que, por el contrario, respondió a las necesidades dogmáticas que impusieron las novedosas y artificiosas construcciones doctrinales del «*ius commune*». En este sentido, si bien es cierto que ya en la legislación de Partidas puede observarse una diferente concepción del Derecho frente a los ideales del «*ius commune*» que propiciará, entre otras diferencias, la consolidación progresiva del Derecho real y que, en definitiva, dará paso a lo que magistralmente ha definido el maestro don Federico de Castro como «una españolización de disposiciones y doctrina». También resulta igualmente cierto que el especial ensamblaje entre la materia jurídica española y la utilización de la técnica romana, según la instrumentalización de los doctores del «*ius commune*», dio paso en algunas ocasiones, como en nuestro objeto de estudio, más que a una propia españolización de disposiciones y doctrinas, a una asunción normativa de estas últimas.

Si esta concepción del convenio de división que asimilaba su «figura» jurídica a la estructura de la permuta (tesis de la «*permutatio*»)

para su inclusión en el grupo «do ut des» de los contratos innominados y, a su vez, servía para el desarrollo de una concepción unitaria de la responsabilidad por evicción en pro de los contratos onerosos y conmutativos, tuvo predicamento durante la expansión y desenvolvimiento del Derecho común. También es cierto que progresivamente la metodología de los doctores del medievo, sustentada en base a generalizaciones simplistas y forzadas asimilaciones estructurales en aras de una artificiosa analogía (extraña a las verdaderas diferencias de los institutos en el plano funcional) que dotara de unidad dogmática a sus numerosas construcciones, fue perdiendo su valor instrumental por los nuevos logros e ideales sistemáticos del Derecho moderno (racionalismo iusnaturalista). Quizá el ejemplo de la artificiosa construcción de los contratos innominados sobre la base de un interpolado D. 19, 5, 5 («do ut des; do ut facias...») y, especialmente, el caso de la asimilación estructural del convenio de división a la permuta, sea uno de los ejemplos más claros acerca de la pérdida del valimento tanto de la clasificación del «ius commune» como de la concepción de los institutos implicados.

Así, frente a una fidelidad postrimera del pavor de Valencia, Juan de Sala (1820), acerca de la susodicha clasificación: «Nominados son los que tienen nombre propio, como venta, compañía; e innominados los que no lo tienen, y son de cuatro especies: doy para que des, doy para que hagas, hago para que des y hago para que hagas, L. 5, Tít. 6, Partida 5», ya nuestro Benito Gutiérrez (1871), pese a su admiración a la «inventiva de aquellos legisladores» tiene que reconocer «que el Código francés no conserva esta división y son muchos los que la rechazan, fundados en que no existe ya la íntima relación entre la acción y el procedimiento que la hizo necesaria en Roma». Felipe Sánchez Román, más acorde con los dictados del Derecho moderno, afirma «que la clasificación de los contratos, atendida la circunstancia del nombre (nomem), tuvo en Derecho romano un significado y una importancia que no son los mismos en las legislaciones modernas, ni en el Derecho de Castilla anterior al Código civil». En este último aspecto destaca: «que la legislación de Partidas conservó esta distinción de los contratos nominados e innominados (D. 19, 5, 5 en la Ley 5, Tít. 6, Partida 5), pero no con el sentido y trascendencia de la legislación romana, porque no la relaciona, como ésta, con el sistema de acciones, y se limitó a aceptar la distinción en su valor literal y externo». Concluyendo: «que no cabe desconocer que en Derecho moderno ha perdido mucho de su valor la antigua distinción romana de contratos nominados e innominados» (60).

---

(60) SALA, J.: *Ilustración del Derecho real de España*, 2.<sup>a</sup> ed., Tomo 1, pp. 235 y ss., Madrid, 1820.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *El Derecho civil español*, 2.<sup>a</sup> ed., Tomo 4, pp. 18 y ss., Madrid, 1871.

Si, ciertamente, la fundamentación moderna de la distinción entre los contratos típicos y atípicos no reside ya en la ausencia de su «nomen» propio, o en su inclusión en alguna de las cuatro especies o grupos de la citada clasificación postclásica, sino en la regla o principio general de la libertad contractual, como valor necesario para la adaptación del contrato a los fines empíricos de los contratantes, en atención a que exista o no exista una previa normativa o disciplina jurídica objetiva y general para ellos. No cabe duda alguna acerca de la tipicidad de la partición de herencia como acto o negocio jurídico normativizado y de la imposible asimilación de su concepto a la estructura y finalidad del contrato de permuta (61). Con lo que hay que concluir que las elaboraciones doctrinales de los doctores del «*ius commune*» que sustentaron, y sustentan, el particular alcance que tienen los vigentes artículos 1.056, párrafo 1.º, y 700, número 1, del Código civil, dentro de la normativa de la partición de la herencia carecen de justificación en la sistemática de nuestro Código. Cualquiera otra solución intermedia infringiría el rigor histórico en el que debemos apoyarnos para la interpretación de nuestras normas jurídicas. Por otra parte, el simple transcurso del tiempo no puede legitimar la inderogabilidad de unos antecedentes doctrinales que, espurios a la verdadera tradición de Derecho romano, contradicen los principios y reglas que presiden la regulación de nuestro objeto de estudio en el Código civil. El resultado de esta relevante omisión en la valoración de nuestros antecedentes históricos ha representado una injustificada presunción «*iuris tantum*» de la voluntad del testador que menoscaba la proporcionalidad en la integridad económica de las cuotas y que vulnera, paradójicamente, la auténtica presunción recibida de los antecedentes históricos en pro de la igualdad entre los coherederos.

## IX. CONSIDERACIONES GENERALES

En esta fase de conclusión del trabajo, la bondad del método seguido, la interpretación histórica, nos brindan una suerte de consideraciones pertinentes, en igual medida, tanto a la compleja esfera de la naturaleza y efectos de la partición como al concepto y funcionamiento de la evicción. Y es que, verdaderamente, solamente en el valioso marco de los antecedentes históricos hemos podido localizar la ejemplaridad de esas auténticas líneas maestras que, pese al transcurso del tiempo, conservan una innegable vigencia para la ordena-

---

SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil*, 2.ª ed., Tomo 4, pp. 347 y ss., Madrid, 1910.

(61) Sobre los contratos atípicos, DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 2.ª ed., Vol. 1, pp. 251 y ss., Madrid, 1983, También el ya citado artículo del profesor JORDANO BAREA, J.

ción y comprensión de nuestro Derecho. Sucede, en este sentido, un caso particularmente relevante en el ámbito del quehacer científico: la necesidad al recurso de la interpretación histórica (un tanto olvidada en nuestros días) en aquellas cuestiones, como la nuestra, que empero de contar con la solera de una importante tradición jurídica quedan, ante el moderno Derecho, huérfanas de sus señas de identidad. La razón, al margen de los propios problemas conceptuales y de sistematización, reside en la ausencia de una labor esclarecedora del significado y el alcance de los distintos estratos históricos que, subsumidos en los antecedentes de nuestro Código, dotaron de contenido al desenvolvimiento del instituto. De ahí que, dentro de este contexto de la investigación histórica, las enseñanzas obtenidas sean tan abundantes como provechosas.

Así, en el plano general de la responsabilidad derivada por el hecho de la evicción, el curso de la investigación nos reconduce a la vía del casuismo jurídico en todos aquellos institutos en los que su naturaleza y eficacia no permiten su encuadre sistemático en la esfera expansiva del contrato de compraventa como criterio simplificador de actos o negocios complejos. Sin que ello suponga negar el primordial papel que jugó la evicción en el seno de la compraventa, no sólo como cauce natural de su responsabilidad, sino también como cauce de progreso técnico del instituto (respecto a sus presupuestos y requisitos), lo cierto fue que la evicción como hecho jurídico operó de un modo especial en cada uno de los actos y negocios en los que aconteció, sin que pueda llegar a afirmarse que para el Derecho romano hubo una regla general sobre la obligación de garantizar contra el peligro de evicción. En este sentido, el instituto de la evicción presentó, y presenta, una loable flexibilidad a la hora de adaptar el contenido de su responsabilidad derivada a la naturaleza y eficacia del acto o al negocio en cuestión. Por ello, en líneas generales, la regulación de nuestro Código no admite claramente la operatividad del binomio onerosidad-gratuita (62) de cara a una genérica reglamentación sobre la responsabilidad por evicción. Al margen de la problemática que representa el desarrollo de estos conceptos en nuestro sistema, tanto el criterio expansivo del contrato de compraventa, como módulo de aplicación de la responsabilidad por evicción en otros actos o negocios de transmisión del dominio a título oneroso (iniciado ya por la lógica dogmática de los juristas bizantinos), como su correlativa excepción en los negocios a título gratuito (desarrollada por los doctores y comentaristas del «*ius commune*»), conservan el mismo inconveniente de las elaboraciones doctrinales que los postularon: el incurrir en una desorbitada simplificación de la problemática y

---

(62) En esta línea de marcada abstracción, la hipótesis que estableciera la responsabilidad por evicción en toda transferencia de derechos resultaría, igualmente, abocada a la relatividad, dadas las numerosas excepciones que se le podrían oponer.

peculiaridades que presenta la responsabilidad por evicción en nuestros institutos. De ahí que su recurso retórico deba ceder en pro de ese casuismo jurídico de la realidad de la evicción que centra sus principales bases de reflexión en la naturaleza y efectos del instituto en el que acontece. En un somero razonamiento, la aplicación de este binomio en la casuística de nuestro Código no encontraría respaldo suficiente por dos motivos. En primer lugar, no es posible aplicar una idéntica, o siquiera analógica, responsabilidad por evicción en todas las transferencias de derechos a título oneroso. Así, frente a la pretendida generalización de la responsabilidad por evicción en la compraventa, esta responsabilidad resulta exigible en modo distinto en otros negocios onerosos. Por ejemplo, en la permuta, donde el permutante puede optar por la tradicional «condictio» recuperatoria o reclamar la indemnización de daños y perjuicios (artículo 1.540 del Código civil). En la dación en pago, donde la responsabilidad por evicción resulta por lo menos problemática en relación a que si la llamada prestación en lugar del cumplimiento consistente en una entrega o traspaso posesorio, conduce, necesariamente, a la general responsabilidad del artículo 1.478 del Código civil, o permite el cumplimiento del primitivo derecho de crédito. En la sociedad, en donde a pesar de su compleja definición, se aprecia un campo diferenciado de la responsabilidad por evicción en las cosas ciertas y determinadas que haya aportado el socio (artículo 1.681 del Código civil) y otro, bien distinto, en la evicción acontecida en la partición entre socios, rigiéndose por las «reglas de las herencias» (artículo 1.708 del Código civil). También la responsabilidad por evicción opera de modo distinto en ciertos supuestos que aluden a la compra o a la dación en pago. Entre éstos, el retracto legal del artículo 1.521 del Código civil, donde la garantía por evicción del beneficiario no depende directamente de la onerosidad del negocio jurídico, sino de las «condiciones estipuladas en el contrato»; especialmente si se ha celebrado el «pactum de non praestanda evictione» (del confuso artículo 1.477 del Código civil). O en el supuesto del artículo 1.849 del Código civil, donde pese a obligarse el fiador a pagar o cumplir por un tercero si el acreedor acepta un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de deuda, se ve liberado de su posible responsabilidad por evicción. Por último, dentro de este contexto variado de la responsabilidad por evicción, también ésta opera de un modo especial en el supuesto de cesión de un crédito, artículo 1.529 del Código civil. Donde el cedente de buena fe, que cede un crédito cierto, lejos de responder de un contenido de responsabilidad próximo al dispuesto por el artículo 1.478 (como, por ejemplo, el cedente o vendedor de mala fe que responde de «todos los gastos y de los daños y perjuicios», artículo 1.529 «in fine») garantiza, solamente, la denominada «veritas nominis», es decir, la existencia y legitimidad del crédito cedido. Por otra parte, la responsabilidad por evicción en la cesión de un crédito admite otros



particulares e interesantes puntos de vista en los supuestos de cesión de un crédito dudoso, de cesión de mala fe, cuando en ambos casos la causa de la cesión no responde a una atribución onerosa. También la quiebra del principio debatido se reproduce en algunos supuestos en los que pese a apreciarse la onerosidad del negocio, no obstante, la responsabilidad por evicción viene excluida. Así, entre otros, el caso de la venta de la herencia sin enumeración de las cosas de las que se compone, artículo 1.531 del Código civil; donde el vendedor solamente responde de su cualidad de heredero. O el caso de la «emptio spei», donde la posible responsabilidad por evicción queda fuera de lugar dada la sustantividad del «alea» (artículo 1.790 del Código civil).

En segundo lugar, en el otro plano del binomio citado, la gratuidad tampoco encuentra una regla general de segura aplicación. En este sentido, el régimen de la causa de atribución por excelencia, la donación, no responde suficientemente ni a la variada casuística de la responsabilidad por evicción en los actos o negocios de atribución patrimonial lucrativa, ni a los interrogantes y modalidades que la evolución histórica ha planteado. En este orden de cosas, la responsabilidad por evicción que aplica nuestro Código a la donación como modo de adquisición del dominio es la que responde, especialmente, a la tipicidad de la donación real, es decir, a la traditoria o traslativa. Este particular régimen jurídico que conduce a la exclusión de la responsabilidad por evicción (artículo 638 del Código civil) no es extensible, sin embargo, a todos los negocios o actos jurídicos que dentro del amplio marco de la liberalidad permiten una atribución de carácter lucrativo. Así, del mismo modo que el concepto de gratuidad es más amplio que el concepto de donación, la responsabilidad por evicción en los actos o negocios de atribución patrimonial lucrativa excede a la posible generalidad del particular régimen de la responsabilidad por evicción en la donación. Por ejemplo, en un instituto tan próximo a la donación como es el legado, calificado por algunos autores como «donatio testamento relicta», el régimen de la responsabilidad por evicción atiende a criterios propios. Así, el artículo 860 del Código civil preceptúa tal responsabilidad cuando «la cosa legada fuese indeterminada y se señalasen sólo por género o especie». También, en las donaciones por razón de matrimonio, puede constatarse la existencia de un régimen propio tanto en la responsabilidad por evicción como en la de vicios ocultos: «el donante de mala fe» del artículo 1.340 del Código civil. Pero, al margen de esta variada normativa de nuestro Código, la misma evolución histórica del instituto de la «donatio» nos ilustra en torno a la peculiaridad de su régimen jurídico. En líneas generales, siguiendo al profesor Biondo Biondi, la cuestión de la responsabilidad por evicción en la donación no se planteó en el Derecho romano en atención a consideraciones abstractas, sino que derivó del régimen de los actos o negocios a través de los cuales se ejecutaba la donación. En este sentido, podemos deducir que en

una primera fase (hasta Constantino), en la que la «donatio» no era un negocio típico, sino causa de un elevado número de actos jurídicos, la ausencia de la responsabilidad por evicción respondió, simplemente, a que la «mancipatio» se celebrase «nummo uno», ya que, en tal caso, la responsabilidad por «auctoritas» del «mancipio dans» resultaba irrisoria. En una segunda fase (desde Constantino), en la que la donación real parece perfilarse como negocio típico, la ausencia de dicha responsabilidad obedeció, técnicamente, a que la «traditio» no fuera acompañada de las oportunas «stipulatio» de garantía contra el peligro de evicción. Así, al margen de una serie de valoraciones acerca de las consecuencias que razonablemente se deben postular de todo acto de liberalidad, la única regla o principio que parece desprenderse del peculiar régimen de la «donatio» fue la imposibilidad del donatario de obligar legalmente a que el donante prestase la garantía contra el peligro de evicción (63). No obstante, el desenvolvimiento histórico del instituto arrojará nuevos e interesantes puntos de vista. En este sentido, los doctores del «ius commune», alejados del concepto clásico de la «donatio perfecta», distinguieron a propósito de la donación una doble «perfectio». Dichos doctores aludieron a un «perfectio primitiva», lograda a través del consenso (promesa de donación), y a una «secunda perfectio» obtenida a través de la «traditio» como fin lógico de toda donación. En la «perfectio primitiva», consecuencia del desarrollo de la elaboración doctrinal del pacto nudo (asimilando el «donare» al «promittere») se llegó a exigir la responsabilidad por evicción del donante que principiaba la donación a través de la promesa. Por el contrario, en la donación traditoria, el donante no incurría en dicha responsabilidad ya que antes de contratar, lo que hacía era resolver, obligándose a transmitir solamente el derecho que tenía sobre la cosa (64). Nuestro Código, fiel, en parte, a estos antecedentes históricos, excluye la responsabilidad por evicción en la donación traslativa (artículo 638, pr.). Sin embargo, la complejidad de la cuestión retorna tanto si nos planteamos la posible responsabilidad por evicción en la donación obligacional, como la justificación y alcance de dicha responsabilidad en aquellos supuestos que oscilan entre la «donatio» y el «negotium»: la «donatio sub modo», la donación remuneratoria y el negocio mixto. Como podemos observar, la misma complejidad del desenvolvimiento histórico del instituto de la «donatio» como la peculiar variedad del marco de los actos o negocios de atribución lucrativa desaconsejan, a priori,

---

(63) No obstante, esta regla no resultó operativa en todas aquellas situaciones que, ocasionadas en un marco de liberalidad, es decir, de generosidad o desinterés, daban entrada a la responsabilidad por evicción.

(64) «Quia qui tradidit, magis distrahit quám contrahit, ille veró, qui promittit contrahit, et sic obligatur, ut donatario habere liceat, quia donatio dicitur doni datio, et dare est dominium transfere.» *Alphonso de Guzman*, quaest. XXV: An in donatione debeat evictio?

el establecimiento de una regla general acerca de la responsabilidad por evicción.

No obstante, uno de los ejemplos más notables que podemos encontrar en la casuística de nuestro Código en el que la evicción muestra su loable flexibilidad a la hora de adaptar la responsabilidad derivada, es decir, el instituto de la partición de la herencia.

Tal y como hemos podido observar a lo largo de nuestros antecedentes históricos, tanto el fundamento como el contenido de dicha responsabilidad adquieren una fisonomía propia de cara a la naturaleza y efectos de la partición hereditaria. En esta línea, la llamada recíproca garantía de los coherederos por la evicción de algún bien adjudicado, con mayor propiedad de «obligación» de responder por dicha evicción, cobra trascendencia jurídica en un contexto de comunidad hereditaria: como una de las obligaciones que nacen del hecho de partir. Del mismo modo, el fundamento de esta obligación y, consecuentemente, de la posterior responsabilidad, descansa sobre unas bases propias. Así, a través del principio general en el que la partición no puede perjudicar a los interesados, en la medida que los sujetos que dividen no pueden tener menos derechos que los que tendría un legitimado (65), el fundamento de dicha obligación responde al mantenimiento de uno de los principios rectores de la comunidad: «el reparto proporcional de los daños y perjuicios». La partición, por tanto, no aboga la supervivencia de los principios rectores de la comunidad en aquellas situaciones, como el peligro o riesgo de evicción, que pese a tener una realización posterior al hecho de partir traen, no obstante, su causa de legitimación en su estado anterior de comunidad.

Por otra parte, este significado propio de la evicción en la partición de la herencia se manifiesta de forma inequívoca en el contenido de la responsabilidad derivada. Efectivamente, una vez superada la espuria tesis de la «permutatio», hay que acordar que la dinámica de la partición hereditaria no conduce a la típica responsabilidad por evicción de la «actio ex empto», «el praestare haber licere» (artículos 1.461 y 1.475 y siguientes del Código civil), sino a un contenido indemnizatorio «pro-portione» armónico con el anterior principio de la comunidad: el reparto proporcional de los daños y perjuicios. Por ello, y pese a que la técnica legislativa de nuestro artículo 1.071 del Código civil obedezca al desarrollo del principio declarativo de la partición, según la concepción de Pothier (66), no hay inconveniente al-

---

(65) BEKKER, E. I. (1979): *System des heutigen Pandektenrechts*, Vol. 1, Wimar (1886), Neudruck, Scientia Verlag Aalen.

(66) El artículo 885 del Código civil francés reproduce, casi textualmente, el pensamiento del insigne jurista acerca del principio de igualdad que debe presidir toda partición: «Chacun des cohéritiers est personnellement obligé, en proportion de sa part héréditaire, d'indemniser son cohéritier de la part que lui a causée l'éviction.»

guno en concordarlo con los verdaderos antecedentes examinados. Es decir, con la «actio ex stipulatio pro-portione» como acción adecuada a los efectos de la evicción en la naturaleza y características de la partición hereditaria. Por último, el marco de este peculiar contenido de la responsabilidad por evicción se puede ensanchar a propósito del momento de valoración de la «res evicta». Al margen del posible criterio sistemático del artículo 1.074 del Código civil, «atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas», los principios y reglas de la «actio familiae erciscundae» llevaban a parecido resultado en la división judicial (67). Por el contrario, tanto el alcance de la espuria tesis de la «permutatio» como el afán lógico-dogmático de los doctores y comentaristas del «ius commune», condujo al valor de la cosa al tiempo de la evicción; aplicación generalizada del «id quod interest» de la «stipulatio habere licere» asumido, posteriormente, por la «actio ex empto». En nuestra modesta opinión, y en el marco de estas consideraciones generales, la problemática al respecto no debe centrarse ni en un planteamiento dialéctico entre el precio de su adjudicación (o de su estimación) en la división y el valor de la cosa al tiempo de la evicción, ni tampoco en razones de oportunidad (tal y como parece que se presentó la cuestión para los redactores del Code francés) (68), o en argumentos tendentes a una pretendida equidad (69). La cuestión, en la línea de investigación que hemos seguido, queda planteada en el marco de esa propia y específica responsabilidad por evicción que atañe a la naturaleza y efectos de la partición hereditaria. De esta forma, nos encontramos ante su mejor fundamento jurídico. Por eso, las enseñanzas tanto de la «actio familiae erciscundae» como de la «stipulatio duplae» y, con posterioridad, de

---

(67) Anteriormente ya hemos analizado el alcance correcto tanto de la «actio in factum» como de la «actio praescriptis verbis» en nuestro objeto de estudio. De ahí que el recurso, ante la ausencia de la a. f. ercis., a dichas acciones (dolosa y contractual, respectivamente), no empañe la tipicidad de la división judicial en el Derecho romano.

(68) Así parece desprenderse de los comentarios de DEMOLOMBE en su *Traité des successions*, Tome cinquième. Donde aparte del valor de la cosa al tiempo de la partición (seguido por POTHIER) y del valor de la cosa al tiempo de la evicción (seguido por el propio DEMOLOMBE), se recoge una doctrina o sistema mixto. En éste, si el valor de los lotes no ha variado desde la partición, entonces se atiende al primer criterio; si por el contrario el valor de los respectivos lotes ha cambiado, entonces la indemnización será calculada según valoraciones actuales. Este tercer criterio tiene, no obstante, su bondad, el inconveniente tanto práctico como jurídico de reproducir una segunda partición en el caso de variación de valor de los respectivos lotes.

(69) Esta postura la podemos constatar en GARCÍA GOYENA en sus: *Concordancias, motivos...*, en pro del criterio de valoración del bien al tiempo de la evicción. Especialmente en su artículo 917 (artículo 1.069 del Código civil) en donde se remite, en general, a las reglas del saneamiento en la compraventa, y, paradójicamente, en su artículo 1.400 (artículo 1.477 del Código civil) donde pese a contemplar el «pactum de non praestanda evicione» se aparta del criterio clásico (D. 19, 1, 11 (18). Ulp. 32. ed., entre otros), es decir, de la restitución del precio, para defender la «sencillez y equidad» del criterio de valor de la cosa al tiempo de la evicción.

la «*stipulatio pro-portione*», conducen a delimitar el contenido de la responsabilidad por la evicción en pro del criterio de su precio de adjudicación (o estimación) en la división. Y ello porque dicho criterio, a diferencia del valor de la res al tiempo de la evicción (consecuencia del «*id quod interest*»), responde mejor tanto al desenvolvimiento histórico del instituto como a la naturaleza y características del mismo (70).

Respecto a nuestro objeto de estudio, la excepción de la responsabilidad por evicción en la partición realizada por el testador, poco más podemos decir. Resaltar, si cabe, cómo a pesar de la vigencia normativa del número 1 del artículo 1.070 del Código civil, lo cierto es que la racionalidad del precepto es contraria a nuestros correctos antecedentes históricos y sienta su fundamento sobre unas concepciones artificiosas que tuvieron su resplandor en períodos ya superados del pensamiento jurídico. En consecuencia, el curso de la investigación no puede conducir a otro resultado que no sea el de propugnar, de «*lege ferenda*», la supresión del citado precepto. Supresión que vendría justificada a través de dos vías, ciertamente complementarias. La primera, bajo el mandato científico del artículo 8 (Base 1.<sup>a</sup>) de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, lleva a la constatación de la no correspondencia entre el desarrollo de las instituciones civiles de nuestro «Derecho histórico» y la excepción aquí tratada. En este sentido, tal y como hemos podido observar a lo largo del trabajo, la Ley 9, Título 15 de la 6.<sup>a</sup> Partida, modificó el principio de igualdad entre los coherederos, recibido de los antecedentes de Derecho romano, al seguir los dictados de la espuria concepción traslativa de la partición y de la artificiosa construcción de los contratos innominados. Modificación que no vino respaldada por unos criterios propios de evolución de nuestros institutos, sino por el auge y dogmatismo de las anteriores doctrinas que tuvieron su eclosión, dentro del marco de la recepción culta, en el «*ius commune*». Desdibujada, así, la ejemplaridad del principio de igualdad entre coherederos, García Goyena no tuvo inconveniente en seguir a la disposición de Partidas que creyó conforme con los antecedentes de Derecho romano. En el tránsito del Proyecto de 1851 hasta el Código civil, tanto la racionalidad del precepto como su legitimidad histórica no fueron objeto de discusión alguna. Por otra parte, el Derecho moderno, dentro ya de la segunda vía propuesta, muestra en la concepción y el alcance sistemático de nuestros institutos la imposibilidad de sustentar, por más tiempo, el fundamento último de la excepción aquí tratada: la

---

(70) Así lo entendió el genial BARTOLO, para quien la evicción de un bien hereditario obligaba a los restantes coherederos a la estimación de dicho bien atendiendo al tiempo de la división. La razón de ello reside en que mientras la división es un acto necesario («*quia divisio est actus necessarius*»), la compraventa es un acto voluntario.

construcción dogmática de los contratos innominados. Del mismo modo, y pese a la problemática derivada del principio declarativo de la partición o del eclecticismo del Proyecto de 1851 (respecto de los antecedentes históricos y legislativos utilizados) el alcance negativo de la concepción traslativa de la partición se hace patente tanto en la definición y efectos de éste como en el logro de su específica responsabilidad por evicción.



# INFORMACION LEGISLATIVA (\*)

A cargo de  
PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH

## I. DERECHO CIVIL

### 1. *Parte General*

1. ELABORACION DE LAS LEYES. Regulación de la iniciativa legislativa popular en Andalucía.

Ley del Parlamento de Andalucía 5/1988, de 17 de octubre («B.O.E.» del 4 de noviembre.)

Los ciudadanos que ostenten la condición política de andaluces pueden, según su Estatuto de Autonomía, ejercer la iniciativa legislativa, con sujeción a los requisitos y procedimientos que esta ley establece.

Se regula, en primer lugar, la iniciativa legislativa popular, que se materializará en la presentación de proposiciones de ley ante el Parlamento andaluz. Las proposiciones deberán estar suscritas por 75.000 electores andaluces, al menos, cuyas firmas estén autenticadas en la forma prevista por la ley.

También se contempla la iniciativa legislativa de los ayuntamientos de Andalucía, siendo preciso, en este caso, el acuerdo favorable de los plenos de treinta y cinco corporaciones o de sólo diez si representan a 75.000 electores.

2. NACIMIENTO DE LA PERSONA. Regulación de las técnicas de reproducción asistida.

Ley 35/1988, de 22 de noviembre («B.O.E.» del 24).

La presente ley regula las diversas formas de reproducción asistida, como son la inseminación artificial, fecundación «in vitro» con transferencia de embriones y la transferencia intratubárica de gametos, con el fin de permitir la procreación o prevenir enfermedades genéticas o hereditarias. La mayor parte del texto legal se dedica a las técnicas utilizables, detallando las actividades permitidas y las prohibidas, así como el régimen administrativo aplicable a los centros sanitarios. Otra parte, sin embargo, es materia del Derecho Civil, pues, como explica la exposición de motivos: «La colaboración de donantes de material reproductor

---

(\*) Se refiere a las disposiciones publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» durante el último trimestre de 1988. Las reseñas correspondientes al primer trimestre de 1989 se incluirán, junto a las del segundo trimestre, en el próximo número, con el fin de facilitar su manejo.



en la realización de estas técnicas supone la incorporación de personas ajenas a los receptores y a los varones a ellas vinculados en la creación de los futuros hijos, que llevarán su aportación genética, con lo que se ponen en entredicho cuestiones del máximo interés relacionadas con el Derecho de Familia, la maternidad, la paternidad, la filiación y la sucesión; es necesario, por tanto, establecer los requisitos del donante y de la donación, así como las obligaciones, responsabilidades o derechos, si los hubiere, respecto a los donantes con los hijos así nacidos.»

La regulación sustantiva civil de la ley puede estructurarse en los siguientes apartados.

1.º Prohibiciones generales: Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana. También se prohíbe, declarándose nulo, el contrato por el que se convenga la gestión a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.

2.º Donaciones de gametos y preembriones: la cesión de estos elementos será siempre un contrato gratuito, formal y secreto celebrado entre el donante y el centro sanitario autorizado.

El donante habrá de ser plenamente capaz y conocer el alcance de su decisión. La donación será gratuita, nunca lucrativa y anónima, de modo que la identidad de los donantes no será revelada, salvo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias.

3.º Requisitos necesarios para la utilización de estas técnicas: La mujer destinataria deberá ser plenamente capaz y manifestar su consentimiento de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Si está casada será preciso el consentimiento del marido, a menos que se encuentren separados.

4.º Régimen de la filiación: Con carácter general se aplicarán las reglas vigentes, con las especialidades que la ley detalla, que son:

— Surgirá un vínculo de filiación matrimonial respecto del marido y la mujer que hayan prestado, previa y expresamente, su consentimiento para el uso de estas técnicas, y no podrán impugnarlo.

— Se considerará escrito indubitado, a efectos de la prueba de la filiación extramatrimonial, el documento suscrito por varón no casado en el que preste su consentimiento a la utilización de las técnicas. A su vez, la revelación de la identidad del donante en los casos excepcionales que proceda, no produce los efectos de determinación legal de la filiación.

— En caso de gestación por sustitución, la filiación será determinada por el parto.

— Si ha fallecido el varón de quien procedan los gametos a utilizar, no surgirá respecto de él vínculo de filiación, a no ser que haya prestado su consentimiento en testamento o escritura pública y las técnicas se realicen en el plazo de seis meses desde su fallecimiento. En este caso, la filiación será matrimonial o permitirá iniciar el expediente de declaración de la extramatrimonial.

3. APLICACION DE DERECHO EXTRANJERO. Régimen especial para la colección Thyssen-Bornemisza.

Real Decreto 1.525/1988, de 16 de diciembre («B.O.E.» del 21).

La exhibición en España de una parte de la Colección Thyssen-Bornemisza, de obras de arte, da lugar a la formalización de una serie de contratos entre

el Reino de España, la Fundación creada al efecto y la entidad Favorita Trustees Limited. En ellos se realiza el sometimiento de su ejecución e interpretación al Derecho inglés y se prevé la resolución de las divergencias que puedan surgir mediante arbitraje internacional. El presente Decreto autoriza, con arreglo a la Ley General Presupuestaria, las condiciones pactadas.

4. EMBRIONES. Se regula la donación y utilización de embriones y fetos humanos, de sus células, tejidos u órganos.

Ley 42/1988, de 28 de diciembre («B.O.E.» del 31).

La ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, regula la utilización de órganos de personas vivas o muertas con fines terapéuticos, pero no contempla la posible extracción de células u órganos de fetos o de embriones para su empleo con los fines señalados. Por otra parte, la ley reguladora de las técnicas de reproducción asistida (35/1988, de 22 de noviembre) sólo contempla la utilización de gametos, óvulos o embriones con fines reproductores, de forma que el vacío normativo en que se encuentra la consecución de fines terapéuticos o de investigación viene a ser cubierto en la presente ley. Esta ley regula, pues, la donación y utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación o experimentación.

Requisito básico para la disposición de embriones, fetos o sus células, tejidos u órganos es la donación de los progenitores: que deben prestar su consentimiento de forma expresa, consciente y por escrito. En ningún caso, la cesión podrá tener carácter lucrativo y será preciso que los embriones o fetos sean no viables o estén muertos. En caso de fallecimiento de los progenitores sólo se requiere que no conste su oposición expresa, con lo que se facilita la utilización de sus embriones o fetos.

La ley se refiere separadamente a las distintas utilidades posibles:

— Para el trasplante de células, tejidos u órganos será preciso el consentimiento del receptor.

— Las actuaciones sobre embriones o fetos vivos sólo podrán realizarse con fines diagnósticos o terapéuticos.

— Las investigaciones y, en especial, la tecnología genética sólo podrán desarrollarse sobre proyectos autorizados por los órganos competentes.

En general estas actividades sólo podrán realizarse por equipos médicos y en centros autorizados que quedan sometidos a un régimen administrativo especial.

Como puede observarse, las nuevas técnicas y conocimientos biológicos, reflejados en esta ley, alteran el significado de algunos conceptos tradicionales del Derecho de la Persona. Así ocurre con el concepto de viabilidad o la calificación de un feto como vivo o muerto, expresiones repetidas en el texto con un sentido más amplio que el empleado por los civilistas. Probablemente los avances técnicos deben conducir a la definición de un estado singular de «personalidad» cuyo contenido jurídico ha de extraerse de estas modernas leyes, superando su caracterización básicamente administrativa.

## 2. Derecho de obligaciones

5. **RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.** Se regula el resarcimiento de daños causados por el terrorismo.

Real Decreto 1.311/1988 de 28 de octubre («B.O.E.» del 4 de noviembre).

Los Reales Decretos 484/1982, de 5 de marzo, y 336/1986, de 24 de enero, ya regularon el procedimiento por el cual el Estado resarciría algunos de los daños causados en atentados terroristas. Esto suponía, en primer término, la asunción por el Estado de una responsabilidad ajena y, después, la necesidad de precisar los daños resarcibles.

Las regulaciones contenidas en las normas citadas adolecían de varios defectos. Tal vez el más llamativo consistía en permitir la reclamación de resarcimiento de los daños sufridos por los autores de los delitos, cuya denegación, evidente, debía ser razonada con argumentos generales.

El nuevo Decreto lleva a cabo una completa revisión de esta materia, aunque manteniendo sus criterios básicos, como son:

1. Son indemnizables sólo los daños corporales sufridos por personas ajenas al delito.

2. Los daños deben derivarse de actividades delictivas de bandas o elementos terroristas.

3. Tendrán derecho a indemnización los propios lesionados o sus causahabientes, con la prelación que se detalla.

4. El montante de la indemnización depende de las lesiones, fijándose por referencia al salario mínimo.

5. El plazo de prescripción es de un año.

6. **PRELACION DE CREDITOS.** Exacciones en favor de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

Ley 33/1988, de 11 de noviembre («B.O.E.» del 15).

Se atribuye a los créditos fiscales de las Comunidades Europeas derivados de las exacciones CECA sobre la producción de carbón y de acero la misma preferencia de que gozan los créditos fiscales del Estado.

7. **ARBITRAJE.** Regulación general.

Ley 36/1988, de 5 de diciembre («B.O.E.» del 7).

### A) *Exposición:*

1. **Concepto:** El arbitraje se define como institución por la cual las personas, naturales o jurídicas, someten, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a Derecho.

2. **Alcance de la ley:** El objeto sometido a arbitraje debe ser una materia libremente disponible por las personas, excluyéndose las cuestiones resueltas judicialmente, las que requieran la intervención del Ministerio Fiscal y los temas laborales.

En principio, la ley es formalista, en cuanto exige, para la validez del arbitra-

je, el cumplimiento de los requisitos que detalla; sin embargo, admite la eficacia del simple contrato de sumisión a la intervención dirimente de terceros.

La aplicación del nuevo régimen tiene vocación general, rigiéndose por él los arbitrajes concertados con anterioridad y los previstos en leyes sectoriales (se citan: la ley de defensa de los consumidores y usuarios, la del seguro privado, la de ordenación de los transportes terrestres y la de propiedad intelectual).

3. Clases de arbitraje: Se mantiene la tradicional distinción entre el arbitraje de derecho y el de equidad; el primero requiere, sin embargo, determinación expresa de las partes.

4. El convenio arbitral: La Ley lo define como un contrato o cláusula contractual en que las partes someten la solución de todas o alguna de las cuestiones litigiosas que puedan surgir entre ellas en relaciones jurídicas determinadas a la decisión de árbitros, expresando la obligación de cumplir tal decisión. Deberá formalizarse por escrito, aunque no es imprescindible la unidad del documento, pues será válido si resulta de otros medios de comunicación que reflejen la voluntad concorde de las partes. También se admite, limitadamente, el arbitraje impuesto unilateralmente, por el testador, sobre sus herederos no forzosos o legatarios.

En el convenio arbitral las partes podrán designar los árbitros, encomendar la designación a un tercero o encomendar el arbitraje a una corporación, asociación o entidad sin ánimo de lucro.

Podrán ser árbitros las personas naturales con capacidad plena, pero para realizar arbitraje de Derecho será necesario que sean abogados en ejercicio. Su número será impar y la Ley señala las incompatibilidades para ejercitar el cargo (tener relación con el asunto o las partes, ser Juez, Magistrado o Fiscal, ejercer funciones públicas retribuidas por arancel).

La designación como árbitro deberá ser aceptada, obligándose los árbitros desde entonces a cumplir fielmente su encargo.

El convenio arbitral obliga a las partes y cierra el camino judicial a las cuestiones litigiosas objeto del mismo, pudiéndose utilizar, para hacerlo valer, las excepciones oportunas (especialmente, como excepción dilatoria del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

5. Régimen procedimental: La ley es flexible al regular el procedimiento arbitral, dejando a las partes y a los árbitros la posibilidad de fijar plazos o trámites, con respeto de los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes. Sólo se impone un plazo, el de seis meses, para que los árbitros dicten el laudo; pero incluso éste puede ser prorrogado o sustituido por las partes.

El laudo deberá dictarse por escrito, siendo firmado por los árbitros. Se adoptará por mayoría y contendrá un pronunciamiento sobre las costas.

El laudo firme produce los efectos de cosa juzgada, siendo susceptible sólo de recurso de revisión.

6. Intervención jurisdiccional: La ley contempla la intervención de órganos jurisdiccionales en relación con el arbitraje en los siguientes casos:

a) Para la formalización judicial del arbitraje, cuando las partes no se pongan de acuerdo en la designación de los árbitros. El procedimiento se ventilará ante el Juez de Primera Instancia del lugar donde deba dictarse el laudo.

b) Para la anulación del laudo si concurren los motivos que señala la ley, que vician el convenio arbitral o la actuación de los árbitros. El conocimiento del proceso corresponderá a la Audiencia Provincial.

c) Para la ejecución forzosa del laudo por el Juez de Primera Instancia.

d) Para la ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros. Corresponde conocer del asunto a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

7. Normas de Derecho Internacional Privado: Se concede libertad a las partes para designar la ley aplicable al convenio arbitral y la aplicable a la controversia en el arbitraje de Derecho, siempre que tenga conexión con la cuestión litigiosa.

Subsidiariamente se remite a la ley de la relación controvertida, a la del lugar o a «la más apropiada a las circunstancias», imprecisión ésta que puede ser nueva fuente de discusiones. La ley personal regirá siempre la capacidad de las partes.

#### B) *Observaciones:*

Esta nueva ley tiene la pretensión de corregir las rigideces de la anterior ley de arbitraje de 1953 y, sobre todo, permitir la expansión de esta institución por el campo de las relaciones mercantiles y el tráfico internacional. Este propósito resulta loable, pero su logro dependerá de que el arbitraje funcione efectivamente y constituya un medio rápido de resolver justamente los conflictos, no un nuevo instrumento para acentuar la desigualdad de las partes en dicho tráfico. En cuanto a la ley de 1953, queda derogada y sustituida por la presente, que también deja sin contenido los preceptos del Código Civil (art. 1.820 y 1.821) y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.774 a 1.780) sobre los compromisos. La nueva regulación da nuevas posibilidades al arbitraje, pero no ha podido alcanzar la perfección técnica y sistemática de la anterior.

### 3. *Derechos Reales*

8. PROPIEDAD AGRARIA. Régimen de ayudas para la retirada de tierras de la producción.

Real Decreto 1.435/88, de 25 de noviembre («B.O.E.» de 3 de diciembre).

La CEE aprobó, con fecha 25 de abril de 1988, el Reglamento número 1.094, regulando la retirada de tierras de la producción con el fin de reestablecer el equilibrio entre los volúmenes de producción agraria y la capacidad del mercado. Para ello se establecieron ayudas financiadas por el FEOGA cuya distribución y control corresponde a la Administración de los países miembros.

El presente Decreto, desarrollado por la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de 5 de diciembre («B.O.E.» del 12), establece los requisitos y procedimientos de concesión de las ayudas en España. Se determinan las tierras que pueden ser retiradas de la producción, los beneficiarios de las ayudas, la cuantía de éstas y las condiciones en que deben quedar los terrenos.

Estas medidas de fomento pueden resultar, en ocasiones, contrarias a las tendencias a incrementar la inversión agraria y el uso agrícola de las fincas, como son las incluidas en diversas leyes de reforma agraria promulgadas por las Comunidades Autónomas. El enfrentamiento habrá de resolverse en favor de la aplicación de la normativa comunitaria y su desarrollo por el Estado, calificado expresamente como normativa básica para la ordenación del sector agrario.

9. TRAFICO INMOBILIARIO. Liberalización de las profesiones relativas a estas operaciones.

Real Decreto 1.464/1988, de 2 de diciembre («B.O.E.» del 8).

Para recoger en España el régimen de libertad de establecimiento respecto de las profesiones libres que operan en el tráfico de inmuebles, se establece la equiparación a estos efectos, de los nacionales de otros Estados de la CEE con los españoles. Esta norma afecta especialmente a los agentes de la propiedad inmobiliaria y administradores de fincas, exigiéndose la incorporación de los interesados al Colegio correspondiente.

## II. DERECHO REGISTRAL

10. REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD. Reforma del Reglamento Hipotecario en cuanto afecta al régimen disciplinario.

Real Decxreto 1.526/1988, de 16 de diciembre («B.O.E.» del 23).

Se da nueva redacción a los artículos 563 a 584 del Reglamento Hipotecario, integrantes de su título XII, con el fin de acomodarlos a los principios básicos del régimen administrativo sancionador establecidos por la Constitución. La nueva regulación, además de tipificar las faltas y clasificarlas, establece las sanciones aplicables y detalla el procedimiento para su aplicación. Se ha omitido toda referencia a las responsabilidades civiles y penales en que puedan incurrir los registradores, por corresponder su regulación a las normas legales generales.

## III. DERECHO MERCANTIL

11. ACTIVIDAD COMERCIAL. Ordenación del comercio interior de Galicia.

Ley del Parlamento de Galicia 10/1988, de 20 de julio («B.O.E.» del 4 de octubre).

Esta ley regula la acción de la Administración autonómica sobre las actividades comerciales, determinando los requisitos exigibles para el desarrollo del comercio y para el funcionamiento de los establecimientos. El ámbito de aplicación es de gran amplitud, pues comprende todas las actividades consistentes en colocar u ofrecer en el mercado productos naturales o elaborados por cuenta propia o ajena, así como aquellos servicios que de ella se deriven, incluyendo tanto el comercio mayorista como el minorista.

Se dedica especial atención a las llamadas «modalidades especiales de venta», de las que la Ley define y regula separadamente las siguientes: venta en rebajas de saldos, en liquidación, de promoción, ambulante, a domicilio, a pérdida y a distancia.

Como medidas para la protección de los derechos del consumidor, la Ley se refiere al régimen de precios, a la publicidad comercial y a la competencia desleal. La inclusión aquí de esta última no parece justificada, a no ser que entrañe un cambio en la finalidad de la institución.

La ley concluye con un detallado régimen sancionador de las infracciones a sus preceptos.

12. ENTIDADES BANCARIAS. Régimen de su creación y de la instalación en España de entidades extranjeras.

Real Decreto 1.144/1988, de 30 de septiembre («B.OE.» del 7 de octubre).

La presente disposición refunde las normas aplicables para la creación de entidades bancarias incorporando una serie de novedades, consecuencia de la evolución experimentadas en los últimos tiempos por el sistema financiero español. Se trata, con ellas, de asegurar la solvencia de las nuevas entidades, sometiéndolas a un régimen especial de control, pero facilitándolas la realización de todas las operaciones accesibles ahora a los bancos.

El Decreto regula separadamente dos temas:

a) Creación de nuevos bancos: Corresponde al ministro de Economía y Hacienda autorizar la creación de bancos, previamente a la constitución de la sociedad. Se determinan con detalle los documentos que deben acompañar a la solicitud y los motivos de la posible denegación ministerial. Parecido régimen es aplicable a la modificación de estatutos de entidades bancarias, salvo cuando afecte sólo a aspectos de escasa relevancia.

Los bancos deberán constituirse como sociedades anónimas dotadas de un capital de 1.500 millones de pesetas, dedicarse exclusivamente al desarrollo de las actividades bancarias y con un consejo de administración de cinco miembros, al menos, dotados en su mayoría de conocimientos y experiencia en la materia. Una vez constituidas las entidades, deberán inscribirse en el Registro Especial del Banco de España.

Durante los primeros cinco años de existencia, los bancos están sujetos a una serie de limitaciones que afectan a la apertura de sucursales, reparto de dividendos, operaciones con personas o entidades vinculadas y transmisión de sus acciones.

b) Actuación de entidades de crédito extranjeras: Se sujeta al régimen de autorización tanto la creación de bancos participados mayoritariamente por entidades extranjeras como la apertura en España de sucursales de entidades de crédito extranjeras o la instalación de oficinas de representación. En cada caso, los requisitos generales exigidos a los bancos son objeto de la debida adaptación.

Dado el alcance de las novedades que introduce este Decreto, se prevé que los bancos existentes se adapten a los requisitos exigidos en un plazo que concluye el 31 de diciembre de 1992.

13. PLANES Y FONDOS DE PENSIONES. Aprobación de su Reglamento. Real Decreto 1.307/1988, de 30 de septiembre («B.O.E.» de 2 de noviembre).

La ley 8/1987, de 8 de junio (reseñada en este Anuario, XL-III, disposición número 19 de la Información Legislativa) constituyó un hito en el desarrollo del sistema financiero español, al configurar los fondos de pensiones, institución de capital importancia tanto en su aspecto previsor de contingencias, como considerando el montante de inversiones que canaliza. Se procede ahora a desarrollar reglamentariamente el texto legal con una norma prolija y cuya elaboración ha sido dificultosa. El texto del Reglamento, muy detallado, perfila, en primer lugar, los principios básicos de los Planes de Pensiones y su régimen financiero. A continuación se regulan los Fondos de Pensiones, como conjunto patrimonial destinado a dar cumplimiento a los Planes, cuya constitución, funcionamiento y régi-

men financiero habrán de ajustarse a los requisitos que se establecen, con sujeción a un régimen especial de control.

Finalmente se contempla la situación fiscal de los Planes y Fondos de Pensiones, así como de las aportaciones o percepciones de los partícipes y beneficiarios.

El régimen administrativo de la inscripción registral de estas instituciones por el Ministerio de Economía y Hacienda ha sido desarrollado posteriormente en la Orden de 7 de noviembre («B.O.E.» del día 10).

#### 14. SIGNOS DISTINTIVOS DE LAS EMPRESAS. Regulación de las marcas. Ley 32/1988, de 10 de noviembre («B.O.E.» del 12).

Reguladas las marcas en nuestro Derecho dentro del Estatuto de la Propiedad Industrial de 1929 la promulgación de la nueva Ley de Patentes en 1986 puso en evidencia su necesaria actualización, que se realiza ahora por la presente ley, teniendo en cuenta los trabajos de la CEE y acometiendo también la regulación de los nombres comerciales y rótulos.

La ley contiene 88 artículos distribuidos en nueve títulos que regulan las siguientes materias:

*Título I.* Disposiciones generales. Se define la marca como «todo signo o medio que distinga o sirva para distinguir en el mercado productos o servicios de una persona, de productos o servicios idénticos o similares de otra persona».

La adquisición del derecho sobre la marca se producirá por su registro, pero en caso de que tal registro se haya producido fraudulenta o ilegalmente, el perjudicado podrá reivindicar su marca. También podrá instar la anulación de la marca el usuario de una marca anterior y notoria.

El registro de la marca se concede por diez años, siendo obligatorio su uso efectivo y real, pudiendo renovarse al concluir dicho plazo.

*Título II.* Prohibiciones de Registro: La ley detalla las prohibiciones absolutas, es decir, las palabras o signos que, por su carácter genérico, carecen de virtud individualizadora y las relativas, no utilizables por inducir a confusión con marca o nombres comerciales existentes.

*Título III.* Procedimiento de Registro: El registro de marcas que se lleve en el Registro de la Propiedad Industrial recogerá tanto las solicitudes como la concesión de las marcas. La solicitud originará el derecho de prioridad y dará lugar a la tramitación que la ley detalla, con la debida publicidad.

*Título IV.* Contenido del derecho de marca: El registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarla en el tráfico económico, pudiendo ejercer, para su defensa, las correspondientes acciones. El titular de la marca podrá exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados que comprenderá las pérdidas sufridas y las ganancias dejadas de obtener, como la ley precisa.

Por otra parte, el titular podrá transmitir su marca, así como la solicitud de registro y conceder licencias que permitan su utilización. Las cesiones o licencias deberán ser inscritas en el registro para surtir efectos contra tercero.

*Título V.* Nulidad y caducidad: Los registros de marcas serán cancelados cuando se declare su nulidad o sean anuladas por los Tribunales. Caducarán, por otra parte, los registros cuando expire la vida legal de las marcas, y el mismo régimen se aplicará en caso de renuncia del titular. Será preciso la declaración de caducidad por los Tribunales cuando cese su uso y pierda su función identificadora.



*Título VI. Marcas colectivas y de garantía:* La ley considera marcas colectivas las solicitadas por asociaciones o grupos de personas para identificar sus productos. Marcas de garantía son, por el contrario, las de titular individual, aunque sean utilizadas por personas autorizadas y ajustándose a los requisitos o características comunes establecidos.

*Título VII. Marcas internacionales:* Contempla la ley tanto la solicitud de protección en España de registros internacionales como el registro internacional de marcas españolas.

*Título VIII. Nombre comercial y rótulo del establecimiento:* Se considera nombre comercial «el signo o denominación que sirven para identificar a una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad empresarial y que distinguen su actividad de las actividades idénticas o similares».

El registro del nombre comercial será potestativo.

Por otra parte se define el rótulo como el «signo o denominación que sirve para dar a conocer al público un establecimiento y para distinguirlo de otros destinados a actividades idénticas o similares». Como es tradicional, el ámbito de protección del registro del rótulo se limitará a los términos municipales en que radiquen el establecimiento y sus sucursales.

*Título IX. Competencia desleal:* La ley permite, finalmente, ejercitar las acciones que regula contra los actos que contravengan las normas de corrección y buenos usos mercantiles, detallándose algunos supuestos.

Es importante señalar, para concluir, que la presente ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

## 15. PUBLICIDAD. Regulación general de la materia.

Ley 34/1988, de 11 de noviembre («B.O.E.» del 15).

### A) *Exposición:*

1. *Concepto:* Se entiende por publicidad toda forma de comunicación realizada por una persona en el ejercicio de una actividad profesional con el fin de promover la contratación de bienes, servicios, derechos y obligaciones.

2. *Prohibiciones:* La ley declara ilícita la publicidad que atente contra la dignidad de la persona a los valores constitucionales, la publicidad engañosa, desleal y subliminal, definiendo el alcance de cada concepto. Además se prohíbe o limita la publicidad de determinados productos, como los sanitarios, estupefacientes, tabacos y bebidas.

3. *Contratos publicitarios:* Este tipo especial de contratos se regularán por lo dispuesto en esta ley y, subsidiariamente, por las normas del «Derecho Común». De las disposiciones generales aplicables, cabe destacar la posición que se reconoce a las agencias de publicidad, como personas dedicadas profesionalmente a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta del anunciante. La ley prohíbe las cláusulas generales de exoneración de responsabilidad y también la consideración de estos contratos como de resultado, al tener por no puestas las cláusulas que garanticen los rendimientos.

Se tipifican los siguientes contratos:

a) De publicidad; entre anunciante y agencia, para la realización de la publicidad.

b) De difusión publicitaria, que tiene por objeto la utilización de unidades de espacio o tiempo con fines publicitarios.

c) De creación publicitaria, para la creación y elaboración de un proyecto de campaña o de otro elemento.

d) De patrocinio, en el que el patrocinado se obliga a colaborar en la publicidad del patrocinador.

4. *Normas procesales*: Las acciones encaminadas al cese o a la rectificación de la publicidad ilícita se ejercerán ante los órganos de la jurisdicción ordinaria, atribuyéndose una amplia legitimación. En el desarrollo del proceso, el Juez podría apotar medidas que agilicen la tramitación y aseguren sus resultados.

#### B) *Observaciones*:

La presente ley sustituye al Estatuto de la Publicidad, de 1964, cuyo contenido había quedado desfasado, e incorpora los criterios principales del Derecho Europeo y los Tratados internacionales sobre la materia.

Del régimen de Derecho privado es interesante la directa referencia al «Derecho Común» como fuente subsidiaria en materia contractual, que conduce a prescindir de las normas mercantiles. No obstante, la indudable pertenencia de las actividades publicitarias al tráfico mercantil y su directa relación con el desenvolvimiento de las empresas debe hacer concluir que la referencia al «Derecho Común» ha de entenderse ampliamente, comprensivo de las normas generales civiles y mercantiles.

16. PROPIEDAD INDUSTRIAL. Régimen de protección de la topografía de los productos semiconductores.

Real Decreto 1.465/1988, de 2 de diciembre («B.O.E.» del 8).

El presente Decreto desarrolla algunos extremos de la Ley 11/1988, de 3 de mayo, reguladora de esta materia (fue reseñada en este Anuario, XLI-III, disposición número 5 de la Información Legislativa).

El texto regula detalladamente el procedimiento a tramitar para obtener la protección registral de estos productos, determinándose los requisitos de la solicitud, el contenido de la resolución y los datos a incluir en el Registro de la Propiedad Industrial.

17. CONTRATOS BANCARIOS. Regulación de las obligaciones de información a la clientela de las entidades de depósito.

Circular del Banco de España 15/1988, de 5 de diciembre («B.O.E.» del 16).

Se desarrolla por el Banco de España la Orden de 16 de junio de 1988 (reseñada en este anuario, XLI-III, disposición número 9 de la Información Legislativa), sobre publicación por las entidades de crédito de los tipos de interés y comisiones que aplican en sus operaciones, así como la documentación a entregar a sus clientes. Estas disposiciones son aplicables a las operaciones realizadas a partir del día 1 de marzo de 1989.

18. COMERCIO AMBULANTE. Regulación en Andalucía.

Ley del Parlamento de Andalucía 9/1988, de 25 de noviembre («B.O.E.» del 19 de diciembre).

La Comunidad Autónoma andaluza, en ejercicio de sus competencias en materia de comercio interior, realiza una regulación del comercio ambulante que no afecta al régimen sustantivo de las operaciones en que se materializa, sino a su organización administrativa.

Así, el aspecto principal de la ley es la creación de un Registro General de Comerciantes Ambulante de Andalucía y la expedición de un carnet profesional, superando el nivel de competencias puramente local en que esta materia estaba colocado.

Interesa destacar también el concepto que se utiliza de comercio ambulante, como el realizado fuera del establecimiento comercial permanente y con empleo de instalaciones desmontables, transportables o móviles. Se aplica la ley expresamente al comercio en mercadillos, callejero o itinerante, pero quedan al margen de ella los mercados ocasionales, los de objetos usados, la venta artesanal y la de flores, plantas o animales.

#### 19. INVERSIONES EN EL EXTERIOR. Liberalización de su régimen.

Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 19 de diciembre de 1988 («B.O.E.» del 22).

El Tratado de Adhesión de España a la CEE y el Real Decreto 2.374/1986, de 7 de noviembre, sobre inversiones en el exterior (reseñado en este Anuario, XL-I, disposición número 15 de la Información Legislativa) previeron la completa liberalización de su régimen, que ahora se dispone con cierto adelanto al momento señalado.

La presente orden viene a ser un texto refundido de la regulación definitiva de las inversiones exteriores, limitándose sus novedades a tres aspectos básicos:

a) Las inversiones de cartera se autorizan con carácter general, sin limitaciones cuantitativas.

b) Las inversiones en inmuebles también se autorizan, pero quedando sujetas a verificación previa.

c) Se autorizan también y sin necesidad de verificación las inversiones en activos del mercado monetario futuros y opciones, afecten a mercancías o instrumentos financieros, y en certificados representativos de metales preciosos.

Igualmente es innovadora la referencia a las Sociedades y Agencias de Valores como depositarias de las inversiones exteriores, consecuencia de su admisión en la categoría de entidades delegadas en materia de control de cambios, por la Ley del Mercado de Valores.

#### 20. CONTRATO DE SEGURO. Regulación de las operaciones de coaseguro comunitario.

Real Decreto 1.545/1988, de 23 de diciembre («B.O.E.» del 27).

La presente disposición regula las operaciones de aseguramiento de grandes riesgos realizadas conjuntamente, en un mismo instrumento, por varias empresas de seguros radicadas en países de la CEE, de las cuales una actúa como abridora, y cuyos riesgos cubiertos estén situados en el territorio de la CEE. Para ello se introducen, principalmente, en el ordenamiento español las normas contenidas en la Directiva 78/473 de la CEE.

Para la realización de estas operaciones, los aseguradores establecidos en Es-

pañía habrán de comunicar sus características a la Dirección General de Seguros, procediendo a cubrir las oportunas provisiones técnicas.

Por su parte, los coaseguradores comunitarios de riesgos situados en España habrán de dirigirse a las autoridades españolas informándolas acerca de sus actividades y solvencia.

#### IV. DERECHO PROCESAL

21. ORGANIZACION JUDICIAL. Se regula la demarcación y la planta judicial.

Ley 38/1988, de 28 de diciembre («B.O.E.» del 30).

Cumpliendo las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial se establecen los criterios básicos de la organización judicial, en cuanto afecta a la circunscripción territorial y sede de los órganos, plaza de los Tribunales y Juzgados y provisión de las plazas de cada uno.

En conexión con las normas anteriores se establecen algunas de índole procesal con el fin de permitir el funcionamiento de los Tribunales Superiores de Justicia (con una remisión al régimen de los recursos de casación y revisión).

#### V. OTRAS DISPOSICIONES

22. PRESUPUESTO DEL ESTADO. Se aprueban los Presupuestos Generales del Estado para 1989.

Como ya es habitual, la ley aprobatoria de los Presupuestos Generales del Estado no sólo aprueba el plan de gastos e ingresos estatales, sino que modifica ampliamente la legislación vigente incluso en aspectos no financieros. La misma repetición, año tras año, de idénticos preceptos y la prórroga de disposiciones de leyes presupuestarias anteriores evidencia que una parte importante de la Ley de Presupuestos incide en una corruptela del procedimiento legislativo.

De las disposiciones de la ley cabe destacar, en primer lugar, las de índole fiscal, que afectan a los siguientes impuestos:

- Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, regulándose los tipos de gravamen, deducciones, coeficientes de corrección de variaciones patrimoniales y límite de la obligación de declarar.

- Impuesto sobre Sociedades, con normas sobre tipos de gravamen y deducciones.

- Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, retocándose la cuantía de las reducciones de la base y de las tarifas.

- Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, generalizando para las operaciones societarias la aplicación del tipo de gravamen del 1 por 100.

- Impuesto sobre el Valor Añadido, que incluye entre las exenciones, la relativa a los servicios procesales de Abogados y Procuradores.

Otras disposiciones afectan al ordenamiento general o a la organización administrativa. Así, el interés legal del dinero queda fijado para 1989 en el 9 por 100, mientras que el interés de demora a efectos tributarios se fija en el 11 por 100.

Es destacable, por último, la revisión de la naturaleza y régimen jurídico del Instituto Nacional de Industria que se lleva a cabo en el artículo 123 de la ley. El INI se transforma en una entidad de Derecho Público sometida al Derecho Privado, abandonando, pues, el campo de los organismos autónomos y el régimen público de actuación.

Atención especial se dedica a la regulación de las actividades financieras de la entidad, previéndose para las operaciones más importantes la autorización del Gobierno. Las operaciones societarias de entidades participadas por el Instituto gozarán en general de un régimen arancelario unificado. También se prevé expresamente la continuidad de las situaciones jurídicas existentes, a pesar de la transformación del Instituto.

### 23. CORPORACIONES LOCALES. Régimen de sus Haciendas.

Ley 39/1988, de 28 de diciembre («B.O.E.» del 30).

El régimen financiero de los municipios y provincias se ha venido regulando en las sucesivas leyes de régimen local, cuyos principios se desarrollaban por normas de rango reglamentario. Ahora se entiende que la importancia y complejidad de la materia requiere su regulación separada, llegándose a un mayor detalle y con el debido rango legal.

La presente ley regula de forma completa la vida económica de las corporaciones locales; es decir, sus ingresos, en las diferentes formas que revisten, y sus gastos, comprendiendo el régimen presupuestario y contable. En el apartado de ingresos municipales cabe destacar el tratamiento de los precios públicos y el de los impuestos:

— La categoría de precios públicos se construye reduciendo la amplitud de las tradicionales tasas locales y engloba los cánones por uso del dominio público y las contraprestaciones de servicios locales no obligatorios.

— Los impuestos municipales cambian de denominación, aunque mantienen sus características fundamentales, pasando a ser: sobre bienes inmuebles, sobre actividades económicas, sobre vehículos de tracción mecánica, sobre construcciones, instalaciones y obras y sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana.

# BIBLIOGRAFIA

## Libros

**AJANI, Gianmaria:** «La proprietà delle organizzazioni sociali nel diritto dei paesi socialisti». Vol. 32 degli *Studi di Diritto Comparato* diretti da Mauro Cappellotti. Milano, Giuffrè, 1988, 234 págs.

Considero ya superadas las épocas, no demasiado lejanas, en que los juristas occidentales ignoraban explícitamente cualquiera de las manifestaciones jurídicas de los países del Este. También otras más recientes en que los juristas de tales países venían a ser los «convidados de piedra» de cualquier congreso o reunión internacional. En el actual momento comparativo el derecho de los países socialistas es uno más de los sujetos a estudio, en un plano de igualdad con el resto de los sistemas jurídicos mundiales. Llegar a esta «normalización» sólo ha sido posible por la confluencia de factores muy diversos. Diversos mecanismos han facilitado el acceso a las fuentes bibliográficas y legales directas, obviándose así el grave obstáculo representado por las dificultades idiomáticas; de una parte, organismos especializados del interior se han esmerado en la traducción de textos legales y doctrinales a lenguas occidentales de uso generalizado; tampoco ha sido desdeñable la aportación realizada por juristas exiliados a Occidente que han vertido a estos idiomas obras básicas sobre el Derecho de los países del Este. Por último, han comenzado a aparecer estudios de juristas occidentales que se han convertido en expertos «soviétólogos». En esta línea se sitúa la presente obra integrada en la valiosa colección de los *Studi di Diritto Comparato*, en la que ya ha aparecido otro estudio del propio Ajani sobre *Le fonti non scrite nel diritto dei paesi socialisti* (1985).

Es sabido que la propiedad social de los medios de producción —contrapuesta a la privada de los mismos, y a la personal de los bienes de consumo— puede pertenecer, en los países socialistas, a dos titulares bastante diferenciados por su estructura y funcionamiento: el Estado y las organizaciones sociales. En la presente obra el autor utiliza fuentes bibliográficas y normativas de primera mano, tanto de la Unión Soviética como del resto de países socialistas europeos, y hace un estudio pormenorizado del fenómeno asociativo y de la relación jurídica de las organizaciones sociales con los bienes, así como el objeto, contenido y protección jurídica dispensada por el ordenamiento de estos países. El resultado es una obra de extraordinario interés, iluminadora de una realidad mal conocida hasta ahora, básica en el futuro para tratar del tema, y que constituye una aportación modélica en el campo comparativo.

**COCA PAYERAS, Miguel: «Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica». Volumen LIII de los *Studia Albornotiana*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, 367 págs.**

Bajo un enunciado un tanto críptico y, quizá, excesivamente largo, el profesor Coca Payeras realiza, a mi juicio, tres importantes aportaciones doctrinales: 1.<sup>a</sup>) Una reconstrucción dogmática del zarandeado, en los últimos tiempos, derecho de propiedad bajo la perspectiva de su función social; 2.<sup>a</sup>) Una sugestiva revisión histórica de los tanteos y retractos legales vigentes en España desde las postrimerías del *Ancien Régime* hasta la Codificación, y 3.<sup>a</sup>) Una concepción personal de los derechos reales de adquisición preferente, no total, sino en aspectos parciales.

Como es sabido, hay consenso en nuestra doctrina sobre la necesidad de superar el concepto que de la propiedad ofrece el artículo 348 del Código Civil; no hay, en cambio, asideros sólidos indiscutibles para reconstruir dicho concepto básico sobre conceptos jurídicos indeterminados tales como «función social», «utilidad pública», «interés general», etc., que nuestra Carta Magna ha prodigado, como ya lo hicieran las Leyes Fundamentales del Régimen anterior (observación de pasada: muy oportuno el recuerdo de la discusión en las Cortes Constituyentes de la Segunda República, del artículo 42 del proyecto de Constitución). Opina el autor que el «rol» del artículo 33.2 de la Constitución de 1978 no ha sido debilitar el derecho reconocido en el artículo 348 del Código Civil y, en tal sentido, la función social cumple una función técnica, la de delimitar el contenido del derecho subjetivo, mediante una reserva de ley que permitirá al legislador ordinario concretar tanto la formulación positiva como negativa de la misma. Se adhiere, en esta dirección, a la doctrina sentada en la sentencia de la Sala 4.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1981, según la cual «la propiedad del particular sigue siendo algo más que una simple función pública o social, puesto que conserva su núcleo primario de derecho subjetivo, uno de los principales que integran la constelación de los derechos de la personalidad amparados en la cobertura legal que proporcionan el Código Civil y la propia Constitución española». De aquí la conclusión del autor de que el artículo 33.2 de la Constitución Española no ha venido a variar la naturaleza del derecho de propiedad, que continúa siendo un derecho subjetivo.

Considero sumamente esclarecedora y, en no pocos aspectos capital, la aportación de Coca Payeras a la historia decimonónica de los tanteos y retractos legales, confirmando, una vez más, la opinión, a veces olvidada, de ser el siglo XIX la clave para resolver no pocos enigmas de nuestro ordenamiento jurídico. Con datos de primera mano sigue paso a paso las vicisitudes de proyectos legislativos y textos legales poco conocidos, así como decisiones jurisprudenciales prácticamente ignoradas por permanecer sepultadas en repertorios jurisprudenciales que nadie consulta. De esta suerte se ilumina la supervivencia de viejas figuras, hasta ahora inexplicada, y cuya función va, lenta pero inexorablemente, mutándose hasta desembocar en la eclosión postcodicial que, con la mediación de factores de signo diverso, ha llegado hasta nuestros días.

Precisamente aquí confluyen los dos planos, hasta ahora expuestos, de esta investigación, ya que para el autor los tanteos y retractos legales pueden constituir una de las formas de concreción de la función social de la propiedad cuando se atribuyen a la mano pública. (Incidentalmente el recensor experimenta cierta

desilusión al comprobar que el autor no ha tenido en cuenta las ideas expuestas en un antiguo trabajo sobre *El retracto de colindantes y la legislación de concentración parcelaria*, RGLJ, 1965, p. 371 y ss.)

Por último, y aunque se advierte expresamente que no se desea agotar la problemática de los derechos reales de adquisición, hay que señalar como acertadas las explicaciones sobre la diversidad de régimen entre el tanteo y el retracto legal, así como la necesidad de incluir el tanteo siempre que se nombre el retracto en los textos normativos. Personalmente me produce reservas su concepción de ser presupuesto del tanteo una enajenación perfecta, si bien las formulaciones legales resultan ser muy variadas y hasta contradictorias.

Todavía debe subrayarse la atención que Coca Payeras presta a la legislación civil emanada de las Comunidades Autónomas, de no fácil acomodo en los programas habituales de nuestra asignatura, pero que cada día con más urgencia precisa de seguimiento.

Excelente monografía, rica en aportaciones, sugerente y sugeridora.

G. GARCÍA CANTERO

**GALGANO, Francesco: «Il negozio giuridico». Volumen I, tomo 3.º, Trattato di Diritto civile e commerciale, già diretto de Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni. Milano, Giuffrè 1988, 581 págs.**

El contenido de este volumen es buen reflejo de la crisis experimentada, dentro y fuera de nuestras fronteras, por la doctrina del negocio jurídico, pues ya de entrada confiesa paladinamente el autor que, con su lectura se «se satisfarán por defecto las expectativas de quienes, de un libro así titulado, esperan una teoría general del negocio jurídico, basada en la reducción a la unidad del contrato y del acto unilateral, del acto *inter vivos* y *mortis causa*, del acto patrimonial y no patrimonial» (p. V del Prefacio). Conviene dejar bien claro *ab initio* que lo que aquí se expone es la doctrina general del contrato, *plus* el matrimonio, *plus* el testamento, como materias separadas e independientes entre sí.

Como es sabido, el término *negozio giuridico* fue importado en Italia por la doctrina pandectística, logrando amplia difusión y aceptación por los autores, pero sin lograr pasar al lenguaje del *Codice civile* de 1942. Las conocidas obras de Stolfi, Cariotta Ferrara, Betti, Scognamiglio, etc., dan buena prueba de la fecundidad doctrinal del mismo. Pero constata Galgano que, de un tiempo a esta parte, está retrocediendo el uso de esa terminología, de modo que los repertorios de jurisprudencia carecen de la voz *negozio giuridico*, lo que refleja el uso limitado que los jueces italianos hacen de la misma, mientras que los programas de las oposiciones a Jueces se formulan en términos contractuales y no negociales, mientras que se reciben en Italia un número creciente de figuras contractuales atípicas procedentes de países que no conocen la referida categoría.

Para el autor el concepto de negocio jurídico ha finalizado por disolverse en el momento en que sus defensores han propugnado la aplicación analógica y no directa de las normas sobre los contratos a los negocios jurídicos unilaterales, así como a los actos bilaterales no patrimoniales y a los unilaterales *mortis causa*, no obstante lo cual, estima que se seguirá hablando de dicho término,



aunque cada vez menos «con la conciencia de que se trata de una expresión perteneciente a un dialecto jurídico usado en algunas subáreas del actual mundo del derecho» (p. VII).

Quienes hemos asistido al nacimiento del *Trattato* Cicu-Messineo no podemos menos de congratularnos de que, con mayor lentitud de la prevista y deseable, se vayan llenando los huecos en el plan general de una obra prestigiosa dentro y fuera de Italia. Séame permitido, con todo, avanzar alguna perplejidad sobre lo acertado del camino escogido encomendando la redacción del volumen dedicado al negocio jurídico a un ilustre jurista que no cree en él. Es inevitable, por otro lado, que con el transcurso del tiempo y el cambio en la dirección general de la obra, experimente éstas modificaciones de importancia, incluso en su concepción. Pero la solución adoptada no deja de ofrecer solapamientos con otras obras ya publicadas, tales como *II contratto in genere* de Messineo (por cierto, incorrectamente citada como *Contrato in genere* y *Contratti in generale*, respectivamente, en p. 40 nota y p. 48 nota 40), o *II contratto* de Carresi.

Por lo demás, la obra trata del contrato y de la autonomía contractual, de los requisitos del contrato, el término y la condición (no del modo), consensualidad y realidad, la causa asociativa, actos unilaterales *inter vivos* de contenido patrimonial, el voto y la deliberación, validez e invalidez del contrato, simulación y apariencia, representación (excluyendo a la legal), interpretación y calificación del contrato, la fiducia, el deber de buena fe y el abuso del derecho, el cambio contractual. Se cierra la obra con dos capítulos dedicados a exponer algunos aspectos del matrimonio y del testamento.

Hechas las salvedades indicadas, el lector encontrará muy sugestivas las páginas dedicadas a analizar la causa asociativa, los actos unilaterales *inter vivos* de contenido patrimonial y el acto colegial.

G. GARCÍA CANTERO

**GIL RODRIGUEZ, Jacinto: «Garantía por insolvencia pública en la delegación y en la cesión», Tecnos, Madrid, 1988, 132 págs.**

El autor, catedrático de Derecho civil de la Universidad del País Vasco, aborda un tema muy concreto: cuándo y con qué alcance el acreedor cedente habrá de asumir la garantía o responsabilidad del deudor cedido (art. 1529 Cc.).

El trabajo parte de una introducción en la que se subraya la dificultad que siempre ha encontrado nuestra doctrina para interpretar el art. 1529 Cc., especialmente en lo que toca a su párrafo 1.º «in fine», pues para los autores únicamente el conocimiento de la insolvencia del deudor por el cedente (conocimiento que para algunos ha de ser efectivo y para otros basta que sea probable o incluso presunto) puede ser fundamento de su responsabilidad excepcional. Estas posiciones doctrinales, difícilmente se compaginan con la buena fe del vendedor que se menciona al principio del artículo, en oposición con el vendedor de mala fe, al que se refiere el tercer párrafo del mismo precepto.

Después la obra se divide en dos capítulos básicos. En el primero de ellos se examinan con detalle las posiciones doctrinales fundamentales en torno al tema

estudiado, señalando tanto sus posibles aciertos como sus fallos o contrasentidos. Realmente esta primera parte es una muy documentada exposición del estado de la cuestión.

La segunda parte del trabajo va también precedida de una introducción. En ella se nos anuncia que se va a tratar de encontrar una interpretación más satisfactoria que las expuestas en el primer capítulo, y se adelantan los datos que se van a utilizar para ello. De una parte el art. 1206 del Cc., pues parece que, del estudio de los antecedentes históricos del Código civil (especialmente el Proyecto de 1851) se sigue que la excepción a la falta de responsabilidad del deudor (en el caso del art. 1529 Cc. del cedente del crédito) procede del caso de la delegación. Por tanto es claro que este art. 1206 va a resultar muy útil para la interpretación del precepto referente a la cesión de créditos. Por otra parte, el empleo de la compraventa como institución auxiliar para resolver los problemas que plantea la cesión de créditos. Esa utilización que puede parecer de entrada sorprendente, está justificada por el autor porque, sin entrar en la discusión (inoperante a los efectos del estudio realizado) de si ello es o no correcto, es evidente que nuestro Código civil regula la cesión de créditos como un apéndice de la compraventa; con lo que resulta perfectamente lógico pensar que el legislador redactó aquella parte teniendo muy en cuenta todo lo dispuesto para ésta.

Por último propone Gil Rodríguez tomar en cuenta para esa interpretación las normas sobre incumplimiento de obligaciones en general. La razón de ese empleo de tales normas es la relación que pueda existir entre el vendedor de buena fe y el deudor que incumple de buena fe. También el autor se plantea la duda de si cabe responsabilizar al cedente de buena fe en un sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa o si tal cosa sólo será posible en uno de carácter objetivo.

Finalmente delimita en esta introducción al segundo capítulo la hipótesis del trabajo, dejando aparte otras cuestiones: el cesionario cuyo deudor no ha cumplido por ser insolvente (insolvencia pública y anterior) y se dirige contra su cedente.

El segundo capítulo desarrolla las líneas que acabo de señalar, finalizando con lo que el autor titula «A modo de conclusiones». El título nos da idea de lo que son. No afirmaciones tajantes, sino sencillamente afirmaciones acordes con la investigación realizada tratando de encontrar la interpretación más armónica para el precepto estudiado.

Entre esas conclusiones se puede mencionar la de que no parece verosímil, dada la regulación legal de los negocios aleatorios, el entender la garantía por insolvencia pública en el sentido de ver configurada en los párrafos 1.º y 2.º del art. 1529 del Cc. una cesión aleatoria, basada en el conocimiento por ambas partes de la insolvencia del deudor cedido.

Tampoco puede satisfacer del todo al intérprete presuponer el conocimiento de la insolvencia sólo por el cedente, pues además de no encajar con la expresión «pública», que utiliza el art. 1529, se contradice con la situación de buena fe también implícita en el párrafo 1.º.

No resultan convincentes —continúa el autor— las interpretaciones que entienden que el precepto parte de una presunción «iuris tantum» del conocimiento del cedente de la insolvencia del deudor, ni tampoco las que parten de una presunción «iuris et de iure» del mismo conocimiento.

Para Gil Rodríguez la única forma de lograr la interpretación armoniosa es partiendo de la triple perspectiva antes mencionada: Las normas de compraventa, las de responsabilidad contractual y las de delegación, que, por diferentes razones, aportan apoyos convergentes. Con el empleo de tal sistema se llega a concluir lo siguiente: con mala fe, el cedente responde de la insolvencia anterior y conocida (ya fuera pública o no); con buena fe, de la anterior y pública (cuyo conocimiento no se le prueba). En realidad no hay razones de peso para negar al art. 1529 Cc. la simetría a la que tienen los inicios de sus párrafos 1.º y 3.º El elemento aglutinante de los supuestos a sancionar deberá ser la actitud subjetiva del cedente. Si es de buena fe responde en todos los casos contemplados en el párrafo 1.º, y con el alcance del 2.º párrafo; si es de mala fe, *siempre*, en la medida que previene el párrafo 3.º, sin que se excluya, la garantía por insolvencia anterior, pública o no.

Con una completa bibliografía se concluye esta obra, por la que no cabe sino felicitar a su autor.

SILVIA DÍAZ ALABART

**HERRERO GARCIA, María José: «La multipropiedad». Ed. La Ley. Madrid, 1988, 197 págs.**

La importante monografía de la Profesora Herrero García, que constituyó el trabajo de investigación con el que brillantemente accedió a la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Salamanca, versa sobre el actual y novedoso problema de la llamada multipropiedad. Precisamente en la Nota Preliminar de su obra razona su atención sobre la figura por motivos de interés para España —en cuanto país de marcada actividad turística—, y de novedad —por lo que se refiere a la búsqueda de un cauce jurídico para su tratamiento.

El trabajo aparece dividido en dos grandes partes: la primera referida a *las premisas para el estudio de la multipropiedad en el sistema español*; y la segunda, ya centrado el tema, sobre *la multipropiedad en el sistema español*. A ello, y a modo de apéndice, acompaña dos modelos de Estatutos, dos escrituras de constitución del régimen, y las normas de Derecho Positivo más importantes que sobre la materia existen en Europa: D.L. 355/81 (modificado por el D.L. 368/83) de Portugal, y la Ley 86-18 de Francia.

El método empleado para enfocar la cuestión debe ser considerado novedoso en relación a las anteriores aportaciones doctrinales sobre la multipropiedad: la Profesora Herrero García huye de apriorismos que llevan a intentar incluir la figura en alguna de las categorías jurídicas típicas, sin más; y prefiere intentar iniciar la investigación con la búsqueda de los intereses que confluyen en la figura y que son merecedores de tutela jurídica para, posteriormente, presentar su particular visión de la configuración jurídica más idónea para la figura.

Tras esas breves consideraciones generales, vamos a iniciar el estudio del concreto contenido de la obra, que va a ser realizado siguiendo el mismo *iter* marcado por la autora.

La primera parte está formada por dos capítulos; el primero de ellos dedicado a *la descripción del fenómeno y precisiones metodológicas*.

En él, inicia la exposición con una sucinta referencia al sustrato socioeconómico de la figura, llegando a la conclusión de que éste es el que determina la constante referencia a la «propiedad» en las propuestas comerciales. Además ese breve estudio socioeconómico le permite constatar la existencia de diversas situaciones fácticas que aparecen unidas por la denominación «multipropiedad». Para establecer tal distinción, se vale de diferentes criterios: 1. Carácter personal o real del derecho atribuido al adquirente (multipropiedad societaria o inmobiliaria). 2. Fungibilidad material o no del objeto del derecho de goce (multipropiedad abierta o cerrada). 3. Criterio de la inserción (multipropiedad sobre una vivienda aislada o sobre un complejo de grandes dimensiones). 4. Los servicios que ofrece la promotora (multipropiedad simple o estructurada). Todos esos criterios no son incompatibles entre sí, sino que un mismo complejo puede ser estudiado desde varios de ellos.

A continuación, fija su postura en relación a la debatida cuestión terminológica: Considera que es factible acoger el término «multipropiedad» al ser aceptado convencionalmente para designar la realidad que subyace; pero sin que ello suponga una toma de postura previa en relación a la calificación jurídica.

Como corolario a este primer capítulo, y con vistas a concretar los presupuestos metodológicos de los que va a partir en su investigación, hace una referencia crítica a las posturas que la doctrina ha adoptado en este campo: 1. Postura que denomina tradicional que, a partir de la observación de un fenómeno que viene definido por el fraccionamiento del goce, pretende —sin más— determinar la naturaleza jurídica más adecuada para el mismo. 2. Aquella corriente que, aun teniendo como fin último la adaptación de la figura a los esquemas normativos existentes, parte de una premisa diferente: el dato social. Pero la incidencia de la realidad social es considerada limitada, en cuanto no se realiza una valoración crítica de la misma. 3. Perspectiva de Umberto Morello que, a partir de la realidad social y de una valoración crítica de la misma, establece la existencia de diferentes hipótesis de multipropiedad, con diferentes intereses en juego, con lo que no se puede llegar a un modelo único omnicompreensivo. La autora se muestra proclive a esta postura, pero critica el hecho que, finalmente, el autor italiano acoja el método tradicional «en la medida que un cambio profundo de perspectiva comportará riesgos y costes demasiado elevados». El colofón a este análisis de las perspectivas metodológicas adoptadas es, naturalmente, la fijación de su técnica de trabajo: «partiendo de una adecuada valoración de los hechos sociales, analizar la finalidad que las partes pretenden alcanzar, para así determinar si sus intereses son merecedores de tutela jurídica, al armonizar con el fin del Derecho: la realización de la Justicia». Para ello rechaza como métodos exclusivos tanto el lógico-deductivo como el inductivo, decantándose por «un estudio coordinado y adecuado de las normas, los hechos sociales y los valores».

El capítulo II versa sobre *Las propuestas de la práctica comercial: la escasa respuesta del Derecho Positivo*. La primera parte del mismo está dedicada a realizar un acercamiento a la calificación jurídica que del fenómeno se da en las ofertas comerciales, observando una constante referencia a la idea de propiedad —incluso en las operaciones que, como las francesas, tienen un marcado carácter societario. En este sentido, considera del mayor interés la reciente normativa francesa que prohíbe la utilización de términos o expresiones dominicales en las promociones publicitarias de tales operaciones.

La segunda parte de este capítulo va dedicada a un somero análisis (casi una simple noticia —diría yo—) de los tres sistemas europeos de regulación de la figura que han obtenido su plasmación en Derecho Positivo: El Derecho real de habitación periódica (Portugal), el multiarriendo temporal (Grecia) y la Sociedad de atribución del disfrute a tiempo partido (Francia). El escaso tratamiento del Derecho comparado es razonado por la autora en base al propio presupuesto metodológico del trabajo y a la ausencia de normativa en España. (A este respecto, debe recordarse que ya ha aparecido publicado un «Anteproyecto de Ley sobre multipropiedad» en *Actualidad Civil*, 1988, n.º 39, semana del 24 al 30 de octubre, págs. 2434-2441. Anteproyecto que parece está siendo sometido a una nueva revisión en el seno de la Comisión que estudia la redacción de un nuevo texto de la Ley de Propiedad Horizontal en el que se incluiría una sección específica para la figura.) Esta sucinta referencia se ve perfectamente complementada con una abundante y completa relación bibliográfica sobre los textos legislativos y el estado de la cuestión en esos países —de gran interés para los interesados en el tratamiento jurídico de la figura fuera de España—, y con la incorporación en Apéndice de los textos traducidos de las normas portuguesa y francesa. (Como complemento, es interesante señalar la existencia de dos proyectos de regulación en Italia. El Proyecto de la Comisión Irti —citado en la obra— y el Proyecto Fontana. Sobre ambos existen ya algunos juicios críticos, como los de Giovanni Caselli: «Multiproprietà e disegni di legge», en *Giustizia Civile*, 1988, 4, II, páginas. 143-153, y de Guido Alpa: «Multiproprietà: Problemi attuali e prospettive di normazione», en *II dir.Imm.* 1988, I, págs. 1 y ss.)

El capítulo III (primero de la segunda parte) va referido a los *intereses subyacentes en la multipropiedad*. *Criterios de determinación de su tutela jurídica*: En un primer momento intenta individualizar cuáles pueden ser los intereses subyacentes en la figura, llegando a la conclusión que son el interés empresarial y el interés de los adquirentes —en cuanto pretenden disfrutar de una segunda vivienda en la que satisfacer el derecho, constitucionalmente reconocido, a las vacaciones laborales o, simplemente, gozar del derecho al tiempo libre—. Concluye, por ello, que se trata de una técnica que hace posible el disfrute de un inmueble por un número mayor de personas y se debe considerar un fenómeno digno de tutela jurídica «al satisfacer exigencias legítimas de una pluralidad de personas».

A partir de esta constatación, se debe buscar el cauce jurídico más adecuado. A este respecto, no se considera que la opción real sea necesariamente cierta, sino que debe estar sujeta —como cualquier otra— a la valoración de las ventajas e inconvenientes que puede conllevar. Para poder llevar a cabo la actitud valorativa de la situación existente, establece como premisa fáctica el hecho que la multipropiedad «actualmente es el resultado de una operación comercial propuesta por grandes empresas promotoras, que canalizan sus diversas ofertas a través de contratos *standard* o contratos tipo, en los que se ofrece al adquirente en multipropiedad convertirse en títulos de un derecho real para el disfrute periódico de un bien inmueble». Considera que nos hallamos ante una situación compleja que puede conllevar un conflicto de intereses entre los promotores (que, a falta de normativa legal y en base al principio de autonomía de la voluntad articulan la configuración jurídica de la operación) y los consumidores (que pueden verse confundidos e incluso engañados por la continua alusión publicitaria a la idea de propiedad). Y entiende que ese conflicto puede surgir porque si bien

la configuración real puede ahondar en la idea de la función social de la propiedad, ello puede ir en detrimento de los consumidores y en favor de los promotores que consiguen con ello una mayor rapidez en la colocación del «producto multipropietario». Es por todo ello que entiende necesario articular medios de defensa de los adquirentes a través de la protección frente a la publicidad (art. 8 L.G.C.U., art. 1300 Cc., y la reciente Ley General de Publicidad) y frente a las condiciones generales abusivas (a través del art. 10 de la L.G.C.U.). Todo ello porque no siempre que en la promoción publicitaria o en el clausulado del contrato de venta se hable de la concesión de un derecho de carácter real, se tiene que concluir —en realidad— tal carácter.

A continuación, pone de relieve el decantamiento casi absoluto de la doctrina —especialmente la española e italiana— por la configuración real. Los motivos aducidos para ello derivan del disfavor con que es vista la solución societaria; posibles conflictos de intereses entre socio y sociedad; la poca seguridad que otorga un derecho personal y mobiliario.

A pesar de que la autora se muestra conforme con tales críticas, ello no le hace concluir de forma absoluta el carácter real de cualquier multipropiedad, puesto que uno de los principales pilares de su construcción es la existencia de diferentes tipos, cada uno de los cuales debe ser estudiado de forma separada y así poder concluir cuál sea el régimen jurídico adecuado a cada tipo. Al objeto de realizar esta aproximación, distingue dos tipos fundamentales: las grandes multipropiedades y las pequeñas multipropiedades.

Las grandes son aquellas «que se constituyen sobre inmuebles o complejos inmobiliarios de grandes dimensiones... y que se complementan con el posible acceso a una serie de servicios que se consideran necesarios, debido a la infradotación de la zona o simplemente para hacer más apetecible la adquisición». Respecto de éstas, la Profesora Herrero García se muestra extremadamente crítica en cuanto a su configuración real, y ello en base a dos argumentos: 1. El importante número de multipropietarios: si en la multipropiedad societaria se critica la existencia de un órgano de gestión cercano a la sociedad titular y de difícil control por los socios, en estas grandes multipropiedades también es necesaria la existencia de tales entes de gestión, extraños a los multipropietarios, que —si bien es cierto que pueden ser controlados por la asamblea de multipropietarios— actúan con gran libertad por la especial característica de los multipropietarios: no tan obsesionados por obtener una rentabilidad a su inversión, como de disfrutar de unos días de tranquilidad y solaz. Ante ese previsible absentismo de los multipropietarios no tiene, para la autora, excesiva relevancia que se constituya el derecho atribuido como personal o real. 2. La incidencia de los servicios: Sobre este punto, y tras analizar con agudeza las aportaciones de Granelli, Quadri y Confortini, llega a la conclusión de que en una multipropiedad en que ocupe un papel fundamental la existencia y gestión de unos servicios complementarios y extraordinarios (no los esencialmente necesarios a la figura), o bien en aquella «abierto» (que permite la permuta del período adquirido por otro sobre el mismo apartamento o, incluso, el disfrute del período en otro apartamento del mismo complejo o de otro) no tiene excesivo sentido hacer una defensa a ultranza del carácter real del derecho adquirido, ya que en ellas el interés que prima en el adquirente no es el de ser propietario, sino el de disfrutar de unos servicios com-

plementarios, o bien poder disfrutar de las vacaciones en distintos lugares sin necesidad de realizar grandes desembolsos ni actividades de reserva, etc.

Por su parte, las pequeñas multipropiedades (aquellas en que prima de forma absoluta la utilización por turnos de una unidad habitacional por varias personas, repartiéndose los gastos de mantenimiento de la misma) son estudiadas en los capítulos IV: *La multipropiedad real* y V: *La multipropiedad real (continuación). La multipropiedad como un tipo de propiedad*.

Respecto de ellas, sí defiende la configuración real, en cuanto el adquirente «desea ser titular de un derecho que le permita disfrutar directamente de un local habitable, de manera exclusiva y tendencialmente perpetua; pero cuyo contenido, cuyo ejercicio, se corresponda a su real utilización: es decir, tal derecho debe permitirle la utilización individual e indefinida de ese local, pero sólo durante un período de tiempo de cada año. La configuración real le permitirá la eventual transmisión de su derecho y la posibilidad de su constancia registral, en garantía de su oponibilidad... Esta configuración trae consigo la existencia de un peculiar estatuto del bien inmueble, coordinando las dimensiones espacio-temporales, para dar adecuada satisfacción a los intereses de cada adquirente».

Ante este cúmulo de requisitos que parecen ser necesarios, ¿cuál es el estatuto real más adecuado para darles cumplida satisfacción? La profesora Herrero García plantea dos posibles alternativas: la comunidad y un tipo específico de propiedad.

El capítulo IV lo dedica a la primera de las hipótesis, haciendo un análisis crítico de la misma: Si bien entiende posible la configuración teórica de la multipropiedad como una comunidad, considera que ello presenta dos grandes dificultades: 1. La estabilidad: Todos los autores que se han mostrado partidarios de esta solución consideran que debe construirse de forma tal que se elimine la acción de división prevista en el art. 400 del Cc.. Para ello, en ocasiones hacen jugar el art. 401 Cc., o el art. 4 L.P.H., o la consideración de que el art. 400 Cc. sólo va referido a las comunidades forzosas, etc. La autora no parece estar convencida de estas soluciones, sobre todo en base a la rígida interpretación jurisprudencial del precepto. También pone de manifiesto, sin adherirse a ella, la solución propuesta por el Profesor Badosa Còll, que salva el problema de la estabilidad considerando que la multipropiedad es un nuevo régimen jurídico inmobiliario. De esta forma evita la aplicación del art. 400, en tanto que la división de la cosa común supone la extinción del régimen multipropietario y la adopción de otro. Se trata de un acto de disposición que *ex arts. 397 y 1695 Cc.* exige acuerdo unánime, sin que quepa la legitimación individual para cada comunero. 2. La tutela ofrecida: Al respecto, entiende que si bien es un hecho incontestable que en la multipropiedad debe existir una utilización exclusiva alterna del bien, articulando un sistema de turnos, ello no deriva necesariamente en la existencia de una cotitularidad, «ya que no es posible discernir si los adquirentes constituyen de intento esa comunidad... o se ven abocados a ella para articular el goce por turnos...».

Una vez que entiende agotada la vía de la comunidad, dedica el V y último capítulo de la monografía a la consideración de la multipropiedad como un nuevo tipo de propiedad.

Como premisa básica sitúa el hecho de que el perfil objetivo (ordenación del apartamento de forma tal que pueda dar satisfacción a una pluralidad de personas) puede ser estudiado desde el punto de vista subjetivo sin considerar conjun-

tamente todas las situaciones jurídicas, sino observando por separado la situación jurídica de cada adquirente «referida al interés de disfrutar de la utilización del apartamento de acuerdo a la modalidad de uso típica de la titularidad exclusiva».

En el *íter* lógico para llegar a la conclusión de que la multipropiedad no es más que un tipo de propiedad, debe explicar dos aspectos fundamentales:

1. La individualización del objeto del derecho de multipropiedad de cada adquirente:

Para ello parte de la conocida distinción conceptual entre cosa y bien: En la multipropiedad, como es obvio, «cosa» sería el apartamento, la entidad material objetiva que tiene relevancia jurídica y es independiente del sujeto. «Bien» será la utilidad o ventaja predicable en términos absolutos de la cosa que va referida al interés de cada sujeto multipropietario. Esa distinción es la que permite que sobre una misma cosa puedan coexistir diferentes bienes jurídicos, y para ello es necesario delimitar objetivamente o individualizar los diferentes bienes jurídicos.

La autora estudia con atención el problema de la individualización, llegando a la conclusión de que ésta permite «determinar en el campo de la realidad objetiva material la autonomía, en virtud de la cual una parte de esta realidad, distinguiéndose del todo, asume la configuración de unidad objetiva, por lo cual, deviniendo centro de intereses humanos, en virtud de la tutela jurídica de los mismos, da lugar a un bien jurídico».

El interrogante fundamental es saber si tal operación es predicable de un apartamento: La Profesora Herrero García sostiene que sí, en cuanto que «el fraccionamiento de la utilización del uso de inmuebles en módulos temporales, se corresponde a la medida del interés de cada adquirente hacia una forma de goce exclusivo, predeterminado temporalmente, dirigida a satisfacer las necesidades de tipo habitacional». Vemos, por tanto, que la individualización la basa en la consideración de módulos temporales.

A la luz de esta conclusión, inmediatamente surge una pregunta: ¿cuál es la incidencia del tiempo en la individualización del objeto del derecho de propiedad? La contestación la propone adhiriéndose a la tesis sostenida por Confortini y Sangiorgi, que entienden que «el tiempo es la medida del objeto del derecho». Por ello, la autora concluye que «el tiempo, en el caso de la multipropiedad inmobiliaria, es uno de los elementos esenciales para la individualización del objeto del derecho de propiedad, de ahí que la cosa sobre la que incide el derecho de goce del multipropietario deberá ser definida no sólo en sus características espaciales, sino también en las temporales».

Como argumentos a favor de la tesis que sostiene, alega: a) La incidencia del tiempo en los hechos y relaciones jurídicas (vgr. en la relaciones obligatorias duraderas, en la economía de las relaciones obligatorias, en la valoración de los bienes, en la valoración de las mejoras realizadas sobre los bienes). b) El objeto del derecho del multipropietario puede ser individualizado —como derecho de propiedad— con referencia a un momento temporal (tesis de Sangiorgi, que comparte). c) Para mostrar de forma completa «el estado de la cuestión» alude a la crítica —presunta— que realiza a esta tesis Petrone. Agudamente señala que no se trata realmente de una crítica, sino que deriva de un enfoque diferente, pero sin suponer conclusiones distintas. Ello queda patente en el propio tenor de las palabras de la autora italiana en la página 78 de su monografía: «la defini-



ción del objeto jurídico en términos de utilidad permite entender cómo pueden subsistir varios bienes sobre una misma entidad real capaz de una utilidad susceptible de disfrute continuado en el tiempo, en cuanto esta utilidad puede ser fraccionada cuantitativamente en medidas temporales convenientes en sucesión cronológicamente recurrente...».

## 2. La sucesión en el goce:

La conclusión a la que llega en tema de individualización («existencia de la posibilidad de una individualización del apartamento en base a criterios espacio-temporales que se traduzca en una pluralidad de dominios») implica la existencia de una pluralidad de sujetos, titulares de un derecho de propiedad, que va a ejercitar sus facultades de goce sobre el mismo apartamento. ¿Cómo explicar la sucesión en el goce de todos ellos?

Para dar solución al interrogante, lo primero que hace es analizar críticamente las posturas doctrinales que han querido salvar el problema a través de la temporalidad del derecho de propiedad: propiedad temporal (Lezza-Selvarolo) y sus derivaciones; propiedad periódica (Caparelli-Silvestro); propiedad por turnos (De Cupis); propiedad cíclica (Calo-Corda). Frente a todas ellas, y de forma general, al no variar su esencia, la crítica es que «hablar de propietario temporal o de propietario futuro, o hablar de una propiedad de titularidad efectiva y de una propiedad quiescente, sigue dejando en la sombra el mecanismo por el cual el multipropietario puede adquirir la propiedad temporal sucesiva a la primera...».

Considera que la solución debe hallarse en la tesis de Confortini, que entiende que en la multipropiedad se produce una individualización de la cosa a través de coordenadas espacio-temporales, lo cual permite hablar de derechos tendencialmente perpetuos, en cuanto «el tiempo no corre hacia adelante, sino que es algo que vuelve sobre sí mismo». El derecho que adquiere un sujeto sobre la semana del 1 al 8 de agosto, no queda limitado a dicha semana del año en que realiza la adquisición, sino que va referido a tal semana durante un número tendencialmente perpetuo de años. Esta es la explicación de que la relación entre los multipropietarios nos sea de sucesión en el goce, sino de coexistencia: Los derechos de los diferentes propietarios coexisten sobre la misma cosa, pero no se sucede al ser, por definición, derechos sobre bienes distintos.

Esta solución fue muy criticada por Leyva de Leyva, y frente a tales críticas, que rebate, acaba concluyendo que «cada derecho de propiedad pertenece siempre al adquirente, no se extingue y reaparece cada año, sino que simplemente queda delimitado, por razón del objeto, el intervalo en el que puede obtener del apartamento la utilidad correspondiente a su título de propiedad».

Ya explicada la teoría que sigue (Estatuto real de propiedad), dedica el último epígrafe de este V y último capítulo de su monografía a una serie de consideraciones que derivan de su postura: a) En relación al contenido del derecho de cada multipropietario: Considera que se trata de un derecho de propiedad pleno, sin que quepa decir que no es tal en base al goce intermitente, puesto que ello es consecuencia directa de la configuración del bien en unas coordenadas espacio-temporales. Esta misma configuración es la que dota de especialidades al poder de disposición de cada multipropietario: siendo posible *inter vivos* o *mortis causa*, únicamente va referido al concreto espacio de tiempo sobre el que se define su derecho dominical, e igualmente, únicamente podrá constituir aquellos derechos reales limitados que se puedan predicar de un espacio de tiempo deter-

minado (siguiendo en todo ello a Petrone). También considera carente de sentido negar el carácter dominical del derecho en base a la obligación de no variar el destino del bien: Considera que la individualización supone definir un apartamento en unas coordenadas espacio-temporales y quedando sujeto a un destino eminentemente turístico y residencial. Si se elimina el destino, obviamente, se estará hablando de un derecho sobre un bien diferente. b) El problema de la coexistencia de los derechos: Si la tesis sostenida es que «si el propietario tiene delimitado el bien jurídico objeto de su derecho, en base a criterios espacio-temporales, forzosamente han de existir uno o más derechos que, referidos a un mismo apartamento, individualizan su objeto en relación a otros periodos de tiempo...», la cuestión parece evidente: ¿Qué criterio de ordenación hay que adoptar para regular ese cúmulo de situaciones jurídicas que inciden sobre el mismo apartamento?

Para la autora, la solución parece ser que viene determinada, en gran medida, por la calificación jurídica a la que uno se adhiera. Como su postura es la de entender que se trata de un derecho de propiedad, es evidente que la coordinación de los intereses de los distintos titulares de diferentes derechos de propiedad, no puede encauzarse a través de un conflicto de intereses sobre un mismo objeto: Por definición, son derechos que recaen sobre bienes distintos.

Prefiere la solución que puede venir determinada por la delimitación de aquellos aspectos que están ínsitos en la propia definición del bien (limitación del goce, inamovilidad del destino), de aquellos otros que se incorporan como obligaciones en cabeza de todos los multipropietarios para armonizar los intereses de todos aquellos que ostentan un distinto derecho de propiedad sobre una misma entidad material. Con este fin, realiza un análisis crítico de algunas cláusulas estatutarias que incorporan unas «obligaciones» en cabeza de los multipropietarios que, difícilmente, son conciliables con la estructura real de multipropiedad. Al hilo de ese análisis surge de nuevo la distinción de diversas hipótesis de multipropiedad y diferentes soluciones para el problema de la coexistencia de los derechos.

En las grandes multipropiedades, la solución será una y no siempre de carácter real. En las pequeñas, por contra, por definición con *veste* real, es partidaria de articular la coexistencia a través del surgimiento de unas obligaciones en cabeza de todos los titulares (vgr. no acomodar un número de personas mayor al número de camas disponibles), para así tutelar los intereses de todos. Pero, ¿cómo encauzar estas obligaciones?

Se muestra contraria a la idea de Sangiorgi: Aplicación analógica de las normas de propiedad horizontal; en base a que el reglamento de una propiedad horizontal intenta resolver los conflictos que surgen con el habitar simultáneo, mientras que en la multipropiedad los conflictos surgen por el habitar sucesivo.

Lo articula a través de «la comunidad de intereses», y sólo mediante este expediente considera aplicables analógicamente los principios informantes de la propiedad horizontal, pues en ambas situaciones «las propiedades... se delimitan por razón de un objeto concreto y determinado... y de interés que es común, pero no colectivo...» Hace incapié —siguiendo a Alonso Pérez— en que ambas instituciones son «paradigmas de propiedad solidaria o en inevitable función de los demás». De ahí que concluya su brillante estudio diciendo que «el derecho del multipropietario se expresa en una propiedad cuyo contenido fructivo o dispositivo sobre un bien concreto y determinado está necesariamente acomodado a

la actitud y acción de otros convecinos y obliga a participar en las consecuencias inherentes... a un habitar sucesivo en el mismo apartamento».

Como colorario a estas notas, cabe decir que nos hallamos ante una monografía de calidad, que incorpora una abundante información legislativa, práctica y bibliográfica sobre la multipropiedad. Se trata, además de la primera aportación de la doctrina española sobre el tema que se decanta por la configuración de la multipropiedad como un nuevo tipo de propiedad «solitaria», llegando a tal conclusión tras un exhaustivo análisis de la doctrina italiana que sigue tal línea de pensamiento y de un estudio completo y crítico de las otras posibles soluciones. Estamos ante una obra que está llamada a convertirse en un clásico en la materia, al aportar soluciones novedosas en temas tales como la coexistencia de los derechos de propiedad de los multipropietarios.

Quizá lo único lamentable, y ello no es en modo alguno imputable a la Profesora Herrero García, es que esta magnífica monografía no haya podido alcanzar en el tiempo a los proyectos de textos legislativos españoles. Sin duda, hubiera dado lugar a una mayor concreción de soluciones y a un fructífero comentario sobre tales intentos de regulación.

PEDRO A. MUNAR BERNAT  
*Profesor Ayudante de Derecho civil*  
*Universidad de las Islas Baleares*

**LACRUZ BERDEJO, José Luis: «Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón», Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1988, 884 págs.**

Es una realidad fácilmente apreciable, el gran interés que, en los últimos años, se está despertando por nuestro Derecho Foral. Cada día son más los libros, artículos, conferencias e incluso Congresos sobre la materia, y esto es un hecho que nos debe llenar de satisfacción a todos los estudiosos del Derecho civil, pues va a servir para completar, en algunos casos, nuestra escasa formación recibida en la Universidad, así como para fomentar nuevos campos de investigación hasta ahora olvidados.

España perdió una gran parte de su cultura jurídica cuando Felipe V, tras el levantamiento de los territorios de la Corona de Aragón, suprimió, en castigo, aquello de lo que estaban más orgullosos y que servía de garantía frente al poder del monarca absoluto: su propio Derecho. Y en su lugar implantó en 1707, por lo que respecta al Reino de Aragón, las leyes, usos, prácticas y forma de gobierno de Castilla. El motivo para elegir el Derecho castellano era muy simple: tal Derecho era muy favorable a los intereses del monarca, ya que le permitía gobernar con gran facilidad el territorio aragonés, al tener el mismo valor sus Pragmáticas que las leyes de Cortes. En cambio, el Derecho propio de Aragón era un Derecho paccionado, que no podía ser derogado, alterado o vulnerado unilateralmente por el monarca.

No obstante, Felipe V, a los pocos años, en el Decreto de Nueva Planta de 1711, permitió que Aragón conservase su Derecho civil (sólo necesitaba, para mejor gobernar, modificar el Derecho público, careciendo de interés para su política el Derecho privado).

Por consiguiente, el Derecho civil de Aragón subsistió. Pero estaba condenado al estancamiento al no poder ser actualizado, ya que las Cortes de Aragón habían sido suprimidas, con lo que perdió la fuerza y vigor de los siglos anteriores.

Hoy día, el Derecho civil aragonés se encuentra contenido en la *Compilación de 1967*, y el nuevo marco constitucional va a permitir, en parte, recordar viejos tiempos, gracias a la competencia atribuida sobre la materia a la Comunidad Autónoma en el artículo 35.1.4.º del Estatuto, en relación con el artículo 149.1.8 de la Constitución.

La presente obra constituye un excelente trabajo sobre los treinta y cinco primeros artículos de la *Compilación*, fruto de un importante grupo de juristas, la mayoría procedente de la docencia universitaria. Por su extensión, profundidad, rigor y calidad técnica, se puede considerar una de las mejores obras sobre el Derecho Foral, de lectura obligada para todos los interesados en la materia.

Comienza el libro con una *Introducción histórica* a cargo del catedrático Lluís Abadía, cuya lectura constituye un gran placer para todo amante de nuestra Historia del Derecho. Se analizará desde el Fuero de Jaca, tan privilegiado y difundido, hasta la recepción del Derecho castellano. Por sus páginas desfilarán nombres tan ilustres como Vidal de Canellas, obispo de Huesca, antiguo estudiante de Bolonia, y autor de los Fueros de Aragón de 1247; o Jacobo de Hospital y sus Observancias; o Martín Díez de Aux, Justicia Mayor, y autor de la última colección de Observancias...

El Catedrático Delgado Echeverría analizará el artículo 1.º de la *Compilación*, relativo a las Fuentes Jurídicas. Comenzará su estudio con los Decretos de Nueva Planta, para continuar con el Apéndice de 1925 y la *Compilación de 1967*, finalizando con la actual realidad jurídica surgida tras la promulgación de la Constitución de 1978 y el Estatuto de Autonomía de Aragón.

El artículo 2 de la *Compilación* trata de la costumbre, y es comentado por el catedrático Sancho Rebullida. Es de destacar en este apartado la importancia histórica que tuvo en el Derecho aragonés la costumbre contra ley, cuya eficacia fue aceptada de forma unánime por la doctrina, aunque no existiese texto foral explícito al respecto.

Al catedrático Lacruz Berdejo, director de la obra, se debe el comentario al artículo 3 de la *Compilación*, relativo al principio *standum est chartae*, según el cual se estará en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a norma imperativa aplicable en Aragón.

Sancho Rebullida y De Pablo Contreras analizan los artículos 4, 5 y 6, examinando la mayoría de edad, el mayor de catorce años y la aprobación de cuentas de la Administración.

La ausencia, artículos 7 y 8, es estudiada por Batalla Casilla, Registrador de la Propiedad, con una importante visión histórica de la materia.

Los artículos 9 a 14 son comentados por Delgado Echeverría; se analizan las relaciones personales entre ascendientes y descendientes, los bienes de los menores, y la representación legal de los menores de catorce años.

El catedrático García Cantero comentará los artículos 15 a 19, relativos a la tutela y al Consejo de Familia (institución suprimida en 1985, cuyo vacío en el articulado ha sido aprovechado por la Comunidad Autónoma en 1988 para incluir la equiparación de los hijos adoptivos y los hijos por naturaleza).

La Junta de Parientes (artículos 20 a 22) es estudiada por el Notario Sapena Tomás.

Y, por último, el régimen económico conyugal, artículos 23 a 35, es comentado por Lacruz Berdejo, Rams Albesa, Sapena Tomás y Moreu Ballonga,

Por otra parte, son de destacar los comentarios que realiza a diversos artículos, desde el punto de vista del Derecho Tributario, Solchaga Lostegui, Abogado del Estado.

En definitiva, se trata de una obra de extraordinario valor, que permitirá conocer con profundidad y seriedad científica el Derecho civil propio de Aragón.

JUAN A. POZO VILCHES

**SACCO, Rodolfo: «Il possesso». Volume VII del Trattato di Diritto Civile e Commerciale, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, e continuato da L. Mengoni. A Giuffrè, Milano, 1988, XXX + 430 págs.**

El autor es un especialista de la posesión, pues en 1960 se ocupó del volumen correspondiente en el Trattato Grosso-Santoro Passarelli (*Il possesso. La denuncia di nuova opera e di danno temuto*), y en 1985 ha aparecido la voz correspondiente en la *Enciclopedia del Diritto*. Quizá la novedad del presente volumen radique en una mayor profundización de la dimensión comparativa del tema, para lo cual Sacco se encuentra especialmente preparado dado que en la actualidad es Catedrático de Derecho Privado Comparado en la Universidad de Torino, figura a la cabeza de los comparatistas italianos y, además de aportaciones específicas [es muy conocida su excelente Ponencia general en el X Congreso Internacional de Derecho Comparado de Budapest (1978) sobre *Le transfert de la propriété des choses mobilières* (también publicada en RDC, 1979, I, p. 442 s.s.)], prologa buena parte de los últimos volúmenes de la interesante colección de *Studi di Diritto Comparato*, que dirige Cappelletti.

Ya se comprende que, sobre la base de la normativa posesoria contenida en el *Codice civile* de 1942, trate el autor de generalizar la problemática con un amplio apoyo documental y legislativo extranjero, que comprende sobre todo el derecho francés y alemán, con amplias referencias al *Common Law*, sin olvidar a otros ordenamientos, incluso de los países del Este. Toma como punto de partida las situaciones de hecho en las relaciones del hombre con las cosas, y analiza el poder de hecho, sea como antagonista, sea como aliado de la propiedad, confluendo en la gran variedad de tipos de protección posesoria que ofrece la experiencia jurídica. Posesión y detentación van a ser los supuestos de hecho que el autor estudie en profundidad, en sus elementos integrantes y en las ulteriores vicisitudes. Las formas de lesión y los remedios posesorios se exponen a continuación, y bajo el título un tanto desorientador de «Efectos extraposesorios de la posesión» trata de la liquidación de las situaciones posesorias y de la usucapción. Aunque, en definitiva, se ofrece al lector un contenido clásico del tema posesorio, no dejan de ofrecer novedad cuestiones tales como la posesión

en las relaciones de vecindad y en el interior de la empresa, así como los aspectos subjetivos de la posesión en el interior de las personas jurídicas y de los grupos carentes de personalidad.

El jurista hispano que haya leído las obras clásicas —actuales y pretéritas— sobre posesión, se mantenga al día sobre la literatura monográfica (¡ese art. 464, tema tentador lo mismo para el investigador primerizo que para el experimentado!) y trate de seguir la jurisprudencia, puede abrigar la presunción de saberlo todo sobre la posesión. Yo le aconsejaría que leyera con sosiego el presente volumen, con la seguridad de que obtendrá fruto de su lectura; en efecto, el método comparativo inteligentemente aplicado permite reconstruir instituciones con nuevos y hasta sorprendentes perfiles, encontrando soluciones legales y jurisprudenciales inéditas, que incitarán a replantearse lo que, hasta entonces, se tenían como datos seguros y conclusiones definitivas.

El lector español necesariamente ha de denunciar una sensible laguna bibliográfica: se desconoce totalmente el Derecho iberoamericano y ni una sola cita se encuentra de autores españoles o portugueses.

G. GARCÍA CANTERO



# ESTUDIO JURISPRUDENCIAL

## La indemnización por causa de lesiones o de muerte

*A don Juan Vallet de Goytisolo:  
que mi admiración y su amistad sirvan  
para disculpar mi retraso*

Por FERNANDO PANTALEON

Catedrático de Derecho civil. Santander

### I

Se hace preciso comenzar exponiendo algunas características muy generales del sistema normativo español de responsabilidad civil, cuyo conocimiento resulta indispensable para una cabal comprensión de las páginas que seguirán. De cualquier forma, se procurará ya ilustrar esta exposición introductoria con ejemplos relativos a la indemnización por causa de muerte o de lesiones.

1. En el Derecho español son tres las jurisdicciones que pueden conocer de cuestiones de responsabilidad extracontractual: la civil; la penal, cuando el hecho dañoso es a la vez constitutivo de delito o falta y el perjudicado no se reserva la pretensión indemnizatoria, y la contencioso-administrativa, cuando se trata de responsabilidad de las Administraciones públicas, o de sus concesionarios o contratistas, por daños derivados del «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» (entendida esta expresión en el amplio sentido de todo el hacer o actuar de la Administración, tanto jurídico como material, como ente de gestión pública; todo el «giro o tráfico» del instituto administrativo en cuanto tal). Hay, pues, varias Salas del Tribunal Supremo que establecen jurisprudencia sobre las materias que nos ocupan: la Sala Primera o de lo Civil, la Sala Segunda o de lo Penal, y las, hasta ahora, Salas de lo Contencioso-Administrativo, especialmente la Cuarta. Y no se contempla en el ordenamiento español la posibilidad de reuniones conjuntas de distintas Salas para unificar criterios discrepantes. Todo lo cual conduce, en algunas ocasiones, a la existencia y permanencia de líneas jurisprudenciales frontalmente contradictorias.



Un ejemplo paradigmático nos lo ofrece el grupo de casos siguiente. A consecuencia de un accidente de circulación resulta lesionado un funcionario público, de ordinario un miembro de la Policía de Tráfico, al que la Administración sigue abonando íntegramente su salario durante el período de tiempo que está de baja. ¿Podrá la Administración reclamar indemnización al responsable del accidente por las sumas que ha tenido que abonar al funcionario transitoriamente incapaz sin contraprestación de trabajo por parte del mismo? Como se trata de un grupo de casos muy estudiado por la doctrina europea, convendrá desbrozar previamente el campo, señalando que los Tribunales españoles no han sostenido nunca que la lesión de un derecho subjetivo absoluto sea requisito necesario de la tutela aquiliana. Entre nosotros el problema ha sido de existencia o no de daño de la Administración en tales casos; no, por utilizar la terminología de los juristas italianos, un problema de *ingiustizia del danno*.

Pues bien, la respuesta de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha sido la de rechazar las pretensiones indemnizatorias de la Administración. En su sentencia de *25 junio 1983*, cuya doctrina ha vuelto a ser reiterada por la sentencia de *29 septiembre 1986*, puede leerse:

«Como también sancionó la jurisprudencia de esta Sala en sus sentencias de 14 de febrero de 1980 y 14 de abril de 1981 en supuestos totalmente idénticos al que aquí nos ocupa, la existencia real de los perjuicios sufridos por el Estado que satisface a un funcionario lesionado, por culpa imputable a la actuación de un tercero, el importe íntegro de sus emolumentos, no se revela por el simple hecho de que dicho funcionario haya dejado de prestar servicios por causa de su lesión, sino por la acreditación de que el Estado quedó efectivamente perjudicado en la función por aquél desempeñada, con proyección económica por tal motivo, o sea que, para continuar prestándola, precisó realizar prestaciones complementarias que le significaren real perjuicio económico y concretamente el pretendido (...).

»(...) el Estado no ha acreditado que haya realizado desembolsos para suplir la actividad que desarrollaba el agente lesionado y menos su cuantía, quedando, por ende, indemostrada la realidad del daño (...), al ser evidente que el daño emergente en estos casos no lo determina, en cuanto a su realidad y cuantía, lo que constituye el montante de los emolumentos que el funcionario ha de percibir del Estado, sino el de los desembolsos que éste haya de realizar como imprescindibles para suplir la falta de actividad de dicho funcionario en el desarrollo de la función que le venía atribuida.»

Exactamente la contraria, es la doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en cuya sentencia de *13 diciembre 1983*, de nuevo confirmada por la reciente sentencia de *22 marzo 1988*, puede leerse:

«(...) La Sala tiene declarado: que la indemnización comprende todos los gastos materiales que se hayan ocasionado, entre los cuales se encuentran los de la obligación de satisfacer servicios, no realizados por los funcionarios del Estado, durante el tiempo que estén incapacitados para pres-

tarlos, a consecuencia de los resultados lesivos ocasionados por el delito, en cuanto que se trata del cumplimiento de una prestación de carácter bilateral, sin contraprestación por parte del obligado a dar el servicio, debido a la comisión de la actividad delictiva, sin que por esta Sala se haya seguido el criterio que sostiene la sentencia recurrida de que, para la concesión de la indemnización al Estado, es preciso la demostración concreta y efectiva del perjuicio en la función, como se pone de relieve en sentencias de la misma de 28 de noviembre de 1974, 13 de mayo de 1975 y, últimamente, en la de 20 de septiembre de 1982, con lo que no se acepta la doctrina eminentemente civilista que la misma sentencia cita, pues el perjuicio surge desde el momento que se satisfacen los servicios sin ser prestados, ya que aunque la posible cobertura prevista por el Estado supla el daño, el sostenimiento de la misma es acreedor a la indemnización.»

Conviene precisar, que, con toda seguridad, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo rechazaría también en estos casos una pretensión indemnizatoria del propio funcionario lesionado por pérdida de salarios durante el período de incapacidad laboral transitoria. Lo haría, quizá, incluso aunque tuviera a bien aceptar el enfoque más favorable de la cuestión, dando por buena la muy discutible premisa de que lo que la Administración abonó al funcionario durante el tiempo de baja no fueron verdaderos salarios, sino prestaciones de carácter «asistencial». Porque, si bien es doctrina reiterada de dicha Sala, como más adelante señalaremos, la de la más perfecta compatibilidad de las indemnizaciones por responsabilidad extracontractual con las pensiones y capitales que el perjudicado haya recibido de la Seguridad Social, en su sentencia de *31 mayo 1985* nos ha hecho notar que:

«(...) tal doctrina se contrae exclusivamente a manifestaciones afectantes a perjuicios genéricos, que no tienen un módulo cuantitativo prefijado, como son los daños morales, valoración derivada de pérdida de la vida o incapacidad (...), pero no tiene adecuada aplicación al supuesto, ahora producido, de perjuicios específicos, como es la falta de percepción de salario, pues que el mismo queda reparado por el hecho de percepción, cualquiera que sea su origen, de la cantidad correspondiente por ese específico perjuicio, toda vez que (...) no puede entenderse perjudicado el que ha percibido lo que le correspondía percibir en la actividad laboral durante el período de tiempo que no ha podido desempeñarla, y el hacerlo significaría un enriquecimiento injusto por parte del receptor, que vería indebidamente incrementado su patrimonio por duplicidad en su causa rectora.»

Así las cosas, y mientras no se acepte la idea de que, con carácter general, no deben ser resarcidos los daños causados a la Administración por los particulares, por ser ésa una excelente vía de «pulverización» o «socialización» de la carga dañosa, creo que la jurisprudencia de la Sala de lo Penal es, sin duda, la acertada. No porque carezca de sentido no castigar al responsable del accidente —castigar no es la función de las normas de responsabilidad civil—, sino por los argumentos siguientes. En los casos que nos ocupan, la Administración, por culpa del responsable, ha sido privada de los servicios del funcio-

nario; dichos servicios son, sin duda alguna, bienes patrimoniales: se compran y venden por dinero en el mercado de trabajo; y la privación de un bien patrimonial es, como regla, un daño patrimonial. Exigir además —como hace la Sala de lo Civil— que la Administración haya realizado gastos de sustitución o que haya sufrido por tal motivo algún otro perjuicio económico, es tanto como decir que si *A* destruye la lata de caviar que *B* había adquirido para degustarla el día de su cumpleaños, *A* no habrá causado daño patrimonial a *B*, sino a lo más un discutible daño moral, si, por cualquier razón (por ejemplo, no tenía más dinero), *B* no compra otra lata. Lo que, claro está, no es de recibo. Naturalmente, *A* no tendría que indemnizar a *B*, si éste hubiere decidido antes tirar la lata de caviar a la basura; pero eso es algo que *A* deberá probar. Por la misma razón —carencia de interés subjetivo-histórico en el bien patrimonial de que se trata— el causante de la lesión no tendría que indemnizar a la Administración si la plantilla de funcionarios de tráfico fuera tan excesiva, que aquélla estuviera en verdad *regalando* el sueldo a algunos de éstos. Pero, igualmente, eso es algo que el responsable debe probar y que nadie, y menos el Tribunal Supremo, puede presumir. En fin, aludir —como lo hizo la sentencia de la Audiencia Territorial de Valladolid de 10 abril 1978— a que «las plantillas de funcionarios no son tan rígidas que no puedan cubrir el servicio general con sus componentes, tal vez con sacrificio y perjuicio de los restantes, pero no del Estado, mientras no acredite un mayor desembolso por la lesión de uno de sus funcionarios», es totalmente improcedente. Por un lado, porque si la Administración mantiene una plantilla flexible de policías de tráfico es, en parte, porque le obliga a hacerlo el riesgo de que accidentes de los terceros son responsables incapaciten transitoriamente a algunos de aquellos funcionarios. Y, por otro lado, porque si los compañeros del lesionado son tan amables como para trabajar más para cubrir su baja sin cobrar horas extraordinarias, sería absurdo que ello sirviera para exonerar al dañante: nadie sostiene, por ejemplo, que si *A* rompe un cristal de *B*, éste no sufre daño y *A* no tiene que indemnizarle, si *C*, cristalero amigo de *B* le regala y coloca otro cristal idéntico. Conviene, sin embargo, retomar el hilo de la exposición.

2. He dicho antes que los Tribunales penales son competentes para conocer de la pretensión indemnizatoria, si la conducta dañosa es a la vez constitutiva de delito o falta, a no ser que el perjudicado se haya reservado aquella pretensión para ejercitarla ante los Tribunales civiles o, en su caso, contencioso-administrativos. Ello es así por una sorprendente peculiaridad del Derecho español, resabio de la influencia en nuestros codificadores penales del XIX de las ideas de la *Scuola Positiva*: si no tiene lugar aquella reserva por parte del perjudicado, *el Ministerio Fiscal ha de ejercitar de oficio las pretensiones indemnizatorias de los daños producidos por el delito o falta*.

No es éste el momento de discutir sobre lo conveniente o no de tal peculiaridad, descabellada en términos de lógica jurídica, pero sin duda beneficiosa para las víctimas del delito. Pero sí de hacer referencia a uno de su más perniciosos efectos indirectos.

Hasta la década de los setenta de modo continuo, y todavía esporádicamente hasta nuestros días, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha endosado la práctica de las Audiencias Provinciales de conceder, en los casos de muerte, una indemnización global a los *herederos*, en general, de la víctima. En vez de conceder indemnizaciones separadas a cada una de las personas, herederos o no, personalmente perjudicadas por el fallecimiento; línea jurisprudencial ésta, dominante en la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y generalmente aceptada por los Tribunales de este orden.

Se suscitó entre nuestros mejores juristas la consabida polémica: que si un muerto no puede adquirir ni, por ende, transmitir *mortis causa* derecho alguno; que si el daño consistente en la pérdida del bien «vida» se produce antes, siquiera un «segundo jurídico», de la extinción de la personalidad jurídica; que si la pérdida del bien «vida» no es en realidad un daño en el sentido de las normas de responsabilidad extracontractual; que si carecería de lógica que tales normas no protegieran la vida de aquellos de quienes nadie depende económica o afectivamente y sí, en cambio, su integridad física, primando así al dañante que «pegara más fuerte»; que si sería absurdo que, por la muerte de un sujeto sin familiares herederos, pudiera reclamar indemnización el Estado como último heredero abintestato, o que, por repartirse la indemnización global según las cuotas hereditarias, el cónyuge del fallecido sin testamento recibiese una parte mucho menor que la de los hijos ya independizados de ambos, o que la de los padres del difunto, con los que a lo peor no tenía éste relación alguna, etc.

Nadie ha parecido reparar, sin embargo, en la que yo creo verdadera causa de aquella postura de los Tribunales penales. Aceptar la tesis de la legitimación *iure hereditatis* en los casos de indemnización por causa de muerte supone para los Fiscales y Audiencias un trabajo muchísimo menor que el que conlleva la aceptación de la tesis de la legitimación *iure proprio*: no hay que investigar quiénes son, y en qué medida cada uno, los verdaderos perjudicados por la muerte de la víctima.

Afortunadamente, en esta materia la jurisprudencia dominante de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se reconcilió hace ya tiempo con la de la Sala de lo Civil. En la reciente sentencia de aquélla de 15 abril 1988 puede leerse:

«Este Tribunal, en sentencias de 12 de noviembre de 1957; 2 de julio de 1966; 6 de marzo de 1967; 5, 9 y 16 de junio de 1972; 1 de febrero de 1974, y 12 de noviembre de 1981, entre otras muchas, en perfecta armo-

nía con lo enseñado por la doctrina científica, ha venido declarando que es aplicable, a estos casos, el artículo 104 del Código Penal —“familia”— y no el 105 del mismo —“herederos”—, porque al fallecer una persona como consecuencia o resultado de un delito, surge la obligación de indemnizar, pero no por virtud del fenómeno sucesorio, puesto que el difunto nada llegó, en vida, a adquirir que, integrado en su patrimonio, fuera luego objeto de transmisión *mortis causa*, sino, sencillamente, porque dándose los factores antes enumerados, gastos funerarios, desamparo económico, daño moral, en todo o en parte, en los próximos parientes, a ellos, como consecuencia del fallecimiento de la víctima de la infracción penal, corresponde *ex novo* y por derecho propio, y no por virtud de sucesión, el derecho de indemnización. Dicho de otra forma, que el extinto no puede adquirir la titularidad de la acción dirigida a exigir la responsabilidad civil y, al no poderla adquirir, no puede transmitirla a sus herederos; para que la acción de restitución, reparación e indemnización se pudiera transmitir a los herederos, según el artículo 105 del Código Penal —segundo párrafo— sería indispensable que el causante hubiera, previamente a su fallecimiento, adquirido la titularidad de la mentada acción, lo que resulta absolutamente imposible, porque la misma ha nacido precisamente en virtud de su muerte.

»Esta doctrina, jurisprudencial y científica, es, además, la más práctica y la que no conduce a soluciones absurdas, tales como la de que, con el juego de la sucesión testamentaria, pueda ser beneficiario, como heredero, un pariente muy lejano o un extraño, o, con la sucesión *ab intestato*, sea el Estado el agraciado. Y ello sin contar con los problemas que, con tan confusa delación, se crean respecto al número de los llamados y a la distribución entre ellos, igualitaria o desigual según los casos, de la cantidad fijada, atendiendo a la coexistencia, v. gr., de la sucesión legitimaria con la testamentaria o la intestada, a la naturaleza de las legítimas —usufructo o propiedad— a la concurrencia de diversos legitimarios de distinto plano, y a otros factores civiles de índole sucesoria que dificultan, cuando no imposibilitan, la ejecución de la sentencia penal y que siempre la dilatan y gravan con la habitual exigencia, por Tribunales celosos, de la declaración de herederos, testamento, partición, pago del impuesto sucesorio y otros requisitos que terminan por cercenar notablemente una indemnización que, con el transcurso temporal del proceso y la endémica pérdida de valor adquisitivo de la moneda, ya era, de sí, parva e insuficiente. Por ello, los Tribunales de Instancia, desechando toda inclinación a la comodidad, deben declarar en sus sentencias, *nominatim* y en cuanto sea posible, las personas a las que debe pagarse o satisfacerse la indemnización, así como la cuantía de la misma y la suma, cantidad o cuota que corresponde a cada uno de los beneficiarios.

»En este caso, la Audiencia de origen, desconociendo o no acatando esta constante doctrina jurisprudencial, con singular apatía y siguiendo la ley del mínimo esfuerzo y no deseando asumir la “ingrata e ímproba tarea” de indagar quiénes eran los parientes más próximos a la interfecta, fijó, prudencial y certeramente, la condigna indemnización, pero disponiendo el pago de la misma en favor de los herederos de la mentada difunta, pese a que muy poco esfuerzo le hubiera costado concretar la identidad de los mismos y la cuota que corresponde a cada uno de ellos (...).»

Tiene interés comparar esta doctrina con la que la misma Sala de lo Penal sentaba, todavía, en la sentencia de 24 febrero 1968:

«La cuestión relativa a si, en cualquier caso, quien dolosa o culposamente causa la privación de la vida de una persona viene obligado a indemnizar, y sus aspectos previos referentes a si aquella privación supone un daño respecto de la misma persona, si el daño es evaluable y, finalmente, de aceptarse las soluciones afirmativas, quien o quienes tienen derecho al percibo de la indemnización, son temas tratados y resueltos por la doctrina en forma a veces discrepante, pero acerca de los cuales puede afirmarse que el criterio reiteradamente expuesto por esta Sala no es otro que el de responder con carácter de generalidad en sentido afirmativo las cuestiones enunciadas, y en cuanto a la última de ellas, concretamente en orden al sujeto receptor de estas indemnizaciones, problema planteado en el segundo de los motivos del recurso, es doctrina constante que corresponden a los herederos de la víctima, a quienes se transmite la acción de acuerdo con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 105 del Código Penal —sentencias de 30 de noviembre de 1930, 4 de marzo de 1944, 27 de noviembre de 1954 y 23 de junio de 1956— por su simple condición de tales y sin necesidad de otra prueba alguna (...).»

Es verdad que esta sentencia se diferencia de las otras en ella citadas en que continúa diciendo: «Aunque sin perjuicio de que esos mismos u otras personas puedan ser titulares de una pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por la muerte de la víctima y al margen de la concurrente o no calidad de herederos, pero sometido entonces a la necesaria prueba.» Pero la tesis de la posible coexistencia de las pretensiones *iure hereditatis* (por la pérdida del bien «vida») y las pretensiones *iure proprio*, que ha sido defendida por un autorizado sector de la doctrina española, no fue nunca adoptada en la práctica por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que se ha movido desde la tesis de las pretensiones *iure hereditatis* exclusivamente —no defendida en España por ningún jurista relevante— a la de las pretensiones *iure proprio* exclusivamente: tesis defendida entre nosotros por otro importante sector doctrinal, que, por supuesto, no excluye, en los casos de muerte no instantánea, la existencia de pretensiones *iure hereditatis* de indemnización de los daños sufridos por la víctima (excluida la pérdida del bien «vida») entre el momento de la lesión que se probó mortal y el de la muerte.

Pero mayor interés aún tiene el comprobar que, pese a la reiteración por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, durante los últimos 20 años, de la doctrina contenida en la transcrita sentencia de 1988, en ocasiones con análogas reprimendas a las Audiencias de turno, algunos Fiscales y Audiencias Provinciales continúan —comprensiblemente, mientras se continúen teniendo que ejercitar de oficio las pretensiones resarcitorias— con la vieja práctica de conceder como indemnización, en los casos de muerte, una suma global a los herederos en general de la víctima. Una práctica —procede añadir ahora— que en bastantes ocasiones el Tribunal Supremo se ha considerado en la necesidad de condonar, ante la indeseable alternativa de tener que estimar el recurso interpuesto por el responsable civil y absolverle, con eficacia de cosa juzgada, por falta de datos y pruebas precisas sobre quién o quiénes resultaron efectivamente perjudicados por la muerte de la víctima y en qué medida (por ejemplo, sentencias de 16 enero y 2 octubre 1975, 23 enero y 12 mayo 1980).

Aunque otras veces ha optado por seguir la línea iniciada por la sentencia de 22 octubre 1975, de acoger en parte el recurso:

«(...) pues realmente la sentencia de instancia debió discriminar si el interesado interfecto dejó o no parientes, grado de dicho parentesco y, por ende, el perjuicio de todo orden sufrido por ellos, sin que, no obstante, deba acogerse totalmente el recurso y denegar la indemnización decretada por el Tribunal *a quo*, con el riesgo evidente de dejar en desamparo a las víctimas del delito en cuyo nombre ejerció el Ministerio Fiscal la acción reparatoria; tanto más que el vacío fáctico de la sentencia —que pudo y debió ser colmado por el recurrente utilizando otra vía casacional— puede ser suplido en trámite de ejecución de sentencia, una vez que se acoge el recurso de casación en el limitado sentido expuesto, de que los “herederos” del extinto deben acreditar en dicho trámite su relación parental con aquél y a la vista de su respectiva vinculación se determine la cuota de indemnización atribuible a cada uno.»

Aunque sería lícito preguntarse, claro está, cómo sabe el Tribunal Supremo que la suma indemnizatoria global fijada por la Audiencia es realmente la adecuada. ¿O habrá que entenderla sólo como cuantía máxima a repartir entre los personalmente perjudicados? Así se afirmó en la sentencia de 7 junio 1983, en un caso (tragedia del cámping de «Los Alfaques») en que la Audiencia había condenado a los procesados a satisfacer solidariamente: «A los perjudicados que acrediten tal condición por la muerte de Jackye A., 2.000.000 de pesetas», y «a las personas que acrediten su calidad de perjudicados por los fallecimientos de las dos personas sin identificar, 3.000.0000 de pesetas por cada una de las muertes». Naturalmente, la fijación de tales sumas por la Audiencia, absolutamente arbitrarias, carece del más mínimo sentido; pero lo mismo que carece del más mínimo sentido obligar al Ministerio Fiscal a ejercitar de oficio las pretensiones indemnizatorias por la muerte de una persona sin identificar, o de una persona identificada, pero cuyas circunstancias personales y familiares sea extraordinariamente difícil determinar.

Se impone, pues, probablemente, una reforma legislativa al respecto. Tanto más cuanto no cabe excluir la aparición de sentencias en que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo parece de pronto haber viajado en el tunel del tiempo. Se lee, por ejemplo, en su reciente sentencia de 21 diciembre 1987:

«Se alza el cuarto motivo del recurso de la acusación particular contra el fallo recurrido que cifra en dos millones de pesetas la indemnización, citando el artículo 15 de la Constitución Española y el artículo 105 del Código Penal para pretender una mayor suma reparatoria, alegando no haberse tenido en cuenta el daño causado a la propia víctima —el acortamiento de su vida, el dolor psicofísico de la muerte—, que forma parte de su activo hereditario y es transmisible a los herederos; no advierte el recurrente que al ser concedida la indemnización a “los herederos” ha de presumirse que dicho concepto indemnizatorio fue el que tuvo en cuan-

ta la Sala de Instancia; ciertamente, el fundamento cuarto de la sentencia alude al perjuicio o detrimento causado a la familia por el hecho del fallecimiento violento del ofendido, pero estos perjuicios materiales y morales corresponden *iure proprio* y no *iure hereditario*, los cuales hubieran necesitado de una fundamentación fáctica que falta en la sentencia (circunstancias personales y familiares de la víctima, y las relaciones de parentesco, convivencia y asistencia con los familiares o terceros), a fin de tomar conciencia del perjuicio material y moral o aflictivo derivado del óbito.»

Interesante sería conocer qué respondería el Magistrado-Ponente de esta sentencia, si el recurrente le preguntase: ¿Podremos, entonces, ejercitar ahora en vía civil las pretensiones indemnizatorias *iure proprio*, aportando la necesaria fundamentación fáctica? Pero hay que retomar de nuevo el hilo de la exposición.

3. Al igual que ocurre, por ejemplo, en el Derecho francés, y a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en los Derechos alemán o italiano, no existe en el Derecho español ningún obstáculo normativo a la más amplia admisión de la resarcibilidad de los daños no patrimoniales o morales. Que es la línea en la que, hace ya muchos años, se situaron las Salas de lo Civil, lo Penal y, más tarde, lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; llegando a extremos, en ocasiones, que muchos no dudáramos en considerar excesivos, si fuera por lo reducido de las cuantías indemnizatorias. En la sentencia de la Sala de lo Civil de 25 junio 1984, por ejemplo, para rechazar uno de los motivos del recurso, en el que el condenado impugnaba la concesión a dos de los demandantes de 80.000 cada uno, en concepto de indemnización del daño moral derivado de la destrucción de la vivienda en que moraban, se nos dice:

«Las argumentaciones ofrecidas en este motivo a la apreciación del Tribunal no pueden triunfar, al no ser aceptable la construcción que del daño moral y de su indemnización hace el recurrente, dado que: I) Aunque dicha figura no se encuentre específicamente nominada en el Código Civil, tiene su adecuado encaje en la exégesis de ese amplísimo “reparar el daño causado” que emplea en su artículo 1.902, como tiene declarado esta Sala a partir de la sentencia de 6 de diciembre de 1912; II) La construcción del referido daño como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad, peca hoy de anticuada y ha sido superada tanto por la doctrina de los autores como de esta Sala; III) Así, actualmente, predomina la idea del daño moral representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc.); IV) De ahí que, ante, frente o junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, traducida en el resarcimiento económico o dinerario del *lucro cessans* y/o del *damnum emergens*, la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro Derecho a la reparación del daño



o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado —sentencia de 31 de mayo de 1983 y las en la misma citadas.

»La proyección de la doctrina anteriormente indicada sobre las realidades de la vida práctica, tiene su reflejo en la declaración de indemnizables a título de *pecunia doloris* provocado por los sufrimientos experimentados por la muerte de un familiar —sentencias de 20 de diciembre de 1930, 8 de abril de 1936, 17 de febrero de 1956, 7 de diciembre de 1968, 25 de noviembre de 1969, etc.—, e incluso por la convivencia y dependencia económica de aquél a quien se reputaba marido, muerto en accidente de automóvil —sentencia de 25 de noviembre de 1969—; o del sufrimiento experimentado por defectos funcionales y pérdida de órganos, de carácter residual, derivados de un accidente —sentencias de 29 de mayo de 1952, 10 de marzo de 1967, 24 de noviembre de 1970, etc.—; así como también, del que pudiera haberse provocado por la dispersión de los restos mortales de los antepasados del actor, bien que ello no se estimase al no estar probado el hecho alegado —sentencia de 7 de diciembre de 1979—; e incluso, de los originados por los perjuicios que a los actores se produjeron al perder los locales y viviendas que ocupaban en el local parcialmente derribado —sentencia de 23 de octubre de 1978.»

Con una tan amplia admisión de la resarcibilidad de los daños no patrimoniales, claro resulta el por qué nuestra doctrina y jurisprudencia no han sentido la necesidad de construir, fuera de la órbita del estricto daño moral, una categoría como la del «daño biológico» o «daño a la salud» de la doctrina y jurisprudencia italianas: forzadas por un ordenamiento que sólo en los casos de delito admite la resarcibilidad del daño moral.

Un par de ejemplos jurisprudenciales demostrarán adecuadamente lo que queremos decir. En el caso finalmente decidido por la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 7 mayo 1987, quedó como secuela a la víctima la pérdida de la rótula derecha, con inmovilidad de la rodilla. Además de los 6.000.000 de pesetas de indemnización de daños patrimoniales, consecuencia de haber quedado incapacitado para su trabajo habitual, se le conceden otros 3.000.000 de pesetas como indemnización del daño moral:

«(...) porque de los hechos se desprende, con carácter natural e inherente —afirma la sentencia de 4 de julio de 1985— el daño moral, resultando evidente que la pérdida funcional de una pierna no sólo ha reportado a la víctima una disminución importante de su potencialidad para el trabajo y, consiguientemente, de su rendimiento económico —prudencialmente compensada en el apartado anterior—, sino que le ha privado durante el resto de su vida de la posibilidad de disfrutar plenamente de sus propias energías y de la expansión genérica de su personalidad en el medio social, la pérdida del optimismo necesario para afrontar los avatares de la existencia y, sin llegar a la depresión, una situación de parcial devalimiento con el dolor moral inherente que acompañará al sujeto durante su existencia.»

En el caso finalmente decidido por la sentencia de la Sala Cuarta de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 24 noviembre 1987, resultó con serias quemaduras una mujer joven, participante en un festejo con fuegos de artificio, organizado por el Ayuntamiento de Barcelona. En el quinto considerando de la sentencia apelada, aceptado por el Tribunal Supremo, se lee:

«Procede, por último, concretar la cuantía de la indemnización a cuyo pago ha de ser condenado el Ayuntamiento de Barcelona; según el dictamen del Médico Forense que en su día reconoció a la actora en el marco del proceso penal, las lesiones por ella padecidas tardaron en curar unos cuatrocientos noventa y seis días, por lo que la compensación del *pretium doloris* reclamada, que supone el pago de 2.000 pesetas diarias por todo el período dicho, ha de ser aceptada como ajustada a los baremos habituales utilizados por la Audiencia y los Juzgados de este territorio; en cuanto a las secuelas que sufre la perjudicada, éstas consisten, según el informe del Perito médico nombrado al efecto en fase probatoria, en cicatrices en la región lateral derecha del cuello, cara anterior del tórax, incluidas las mamas, brazo derecho hasta el codo, región lateral derecha torácica y fosa ilíaca derecha, todas ellas consiguientes a quemaduras de segundo grado profundas y superficiales que afectaron al veinticinco por ciento de la superficie corporal, así como en cicatrices secundarias a injertos en cara anterior y lateral externa de ambos muslos en su totalidad y en cresta ilíaca derecha hasta la región inguinal, constitutivas en su conjunto de un grave defecto estético, más aun si se tiene en cuenta que en la fecha de autos la demandante era una mujer joven, de veintitres años de edad, y de estado soltera, lo que agrava las consecuencias que especialmente en el plano psíquico ocasionan las secuelas ya enumeradas; es por ello que la suma reclamada por la recurrente como indemnización por tal concepto, 5.000.000 millones de pesetas, ha de ser tenida como adecuada y procede también en este punto acoger la pretensión de la actora.»

Un jurista de lengua francesa reconocería enseguida en estas dos sentencias sus tres grandes partidas del daño moral resarcible: *préjudice d'agrément*, *souffrances* y *préjudice esthétique*.

4. La referencia a «los baremos habituales utilizados por la Audiencia y los Juzgados de este territorio» en la última de las sentencias citadas, nos conduce a un último grupo de informaciones previas.

No se ha publicado en España hasta la fecha baremo alguno de valoración de los daños personales, que pueda orientar en esta tarea a los operadores jurídicos. Al parecer, existe un «baremo de indemnizaciones a víctimas de siniestros de automóviles», confeccionado por una Asociación de empresas de seguros; pero la reproducción de los datos del mismo está reservada, requiriendo su utilización la autorización de la entidad que lo ha elaborado. Probablemente, las compañías aseguradoras temen que la publicación de baremos basados en la práctica judicial, provoque un incremento de las indemnizaciones a pagar, al contagiarse los Tribunales más pacatos o moderados al respecto, de la práctica de los más generosos con las víctimas.

Los baremos a que se refiere la sentencia mencionada son, probablemente, los criterios orientativos que se contienen en las Instrucciones que las Fiscalías de las Audiencias Provinciales envían a los Fiscales de la provincia, en relación a las cantidades que éstos deben solicitar como indemnizaciones, cuando ejercitan de oficio las pretensiones resarcitorias. Por ejemplo, según informa Alarcón en su comunicación al simposio sobre valoración del daño corporal celebrado en Granada en febrero de 1988, la Fiscalía de la Audiencia Provincia de Tarragona fijó, en febrero de 1987, los criterios siguientes: por día de baja, 5.000 pesetas; por fallecimiento de persona mayor de 15 años, 5.000.000, más otros 5.000.000 por cada hijo, con independencia de su edad; por fallecimiento de persona menor de 15 años, 2.000.000; por secuelas graves, 1.000.000; por secuelas menos graves, 200.000 pesetas; por inutilidad de 75 por ciento de miembro no principal, 1.250.000 pesetas; por inutilidad del 75 por ciento de miembro principal, 3.750.000; por inutilidad para el trabajo habitual, 7.500.000 pesetas; 15.000.000 por incapacidad absoluta para todo trabajo, y 25.000.000 de pesetas por gran invalidez.

Justificables por la preocupación de lograr un tratamiento mínimamente igual para los iguales, evitando discrepancias significativas en las cuantías indemnizatorias que, en cuanto sólo debidas a la peculiar idiosincrasia del Juez de turno, resultarían escandalosas en ámbitos territoriales reducidos, unos baremos tan poco detallados y precisos tienen el serio inconveniente de que incitan a los Fiscales y Tribunales a seguirlos sin más, ahorrándose el trabajo de investigar si, en el caso concreto de que se trata, concurren o no circunstancias especiales que aconsejan separarse de los criterios propuestos; con lo que se acaba tratando igual a los desiguales. Por dejar aparte críticas más concretas como la de que la edad del hijo de la víctima fallecida es, típicamente, un dato diferenciador decisivo, en cuanto índice de la dependencia o independencia económica del hijo respecto del progenitor muerto. El baremo, eso sí, para bien o para mal, no es «machista» en absoluto y su empleo permite ahorrarse a nuestros Tribunales la difícil polémica que se ha planteado en otros países sobre la indemnización que proceda en los casos de lesiones sufridas por mujer exclusivamente dedicada a las tareas domésticas. La doctrina, sin embargo, debería comenzar a preguntarse qué es lo que en tales hipótesis se indemniza a tanto el día de «baja»; pues parece que no es sólo el daño moral, ya que no se prevé un tanto por día mayor para el caso de que el lesionado estuviera vendiendo en el mercado su fuerza de trabajo.

## II

1. Si se trata ahora de analizar concretamente la indemnización por causa de lesiones en el Derecho español, difícilmente puede alcan-

zarse mayor precisión que la que supone transcribir los siguientes párrafos de las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 20 febrero 1981 y 7 octubre 1985. Se lee en la primera de ellas:

«En las hipótesis de lesiones corporales, la cifra indemnizatoria se obtiene, de ordinario, conjugando diversos factores y conceptos que, generalmente, son los siguientes: duración de las lesiones hasta el alta de sanidad; gastos hospitalarios, médico-farmacéuticos y otros similares; pérdida de haberes, salarios, sueldos, emolumentos o ganancias, consecutiva a la imposibilidad en que se ha encontrado el lesionado de trabajar o de dedicarse a sus ocupaciones habituales durante el lapso de tiempo que media desde el día de autos al de su total curación; secuelas residuales, esto es, deformidades, pérdida de miembros o de órganos, o incapacidad para su trabajo habitual o para cualquier clase de tarea o de ocupación, total o parcial, general o especial, permanente o transitoria, y, finalmente, *pecunia doloris* o daño moral, al que se refiere el artículo 104 del Código Penal y que significa el padecimiento o sufrimiento, los sinsabores y contrariedades sufridos durante el período curativo, así como la repercusión psíquica que las secuelas resultantes hayan podido tener sobre el ánimo del ofendido, el que se siente desdichado ante su minusvalidez o disminución de su capacidad física y laboral con incidencia en sus relaciones familiares y sociales.

»Ante estos diversos factores determinantes de la indemnización procedente, los Tribunales de Instancia suelen operar de diverso modo: unos, en menor número, pero más meticulosos, fijando detalladamente tantos sumandos como sean los conceptos que, en cada caso, se han de tomar en consideración, adicionándolos después, expresa o tácitamente, hasta obtener la cifra total indemnizatoria, y otros, los más, limitándose a señalar una sola cantidad o tanto alzado, dentro de la cual se albergan, de modo un tanto incógnito, los distintos factores concurrentes, pero reservándose *in mente* el Tribunal, tanto la índole y relevancia de dichos factores, como la suma parcial que destina a la reparación o indemnización de cada uno de ellos.

»En el caso de autos, el Ministerio Fiscal solicitó, sin pormenores ni sumas parciales, la cantidad de 500.000 pesetas en concepto de indemnización, mientras que la acusación particular, con la misma generalidad e inconcreción, elevó la cifra indemnizatoria a 3.000.000 de pesetas; y la Audiencia *a quo*, dando adecuada respuesta a lo solicitado y sintiéndose, con razón, árbitro soberano del *quantum* de la indemnización, si bien, en la narración histórica de su sentencia, estableció de modo detallado el soporte fáctico de dicha indemnización, consignando la duración de las lesiones —doscientos cincuenta y siete días—, la índole de las mismas —cortes en los dedos de la mano derecha—, las secuelas resultantes —cicatrices retráctiles en la zona palmaria y en los dedos índice, medio, anular y meñique de dicha mano, así como transtornos vasomotores y afectación de movilidad de las interfalángicas de los referidos dedos, lo cual constituye, por la rigidez de la mano, una incapacidad si no total, grave para el trabajo y para desenvolverse en las actividades usuales de la vida—, y la edad, estado civil y profesión del ofendido —cincuenta años, casado y capataz de una empresa—, en el cuarto Considerando y en el fallo de la misma, se limitó a señalar, como indemnización, la cifra total de 700.000 pesetas, sin referirse ni detallar los diferentes conceptos que tuvo en consideración a la hora de fijar tal suma.

»Siendo así y habiendo globalizado y aglutinado el Tribunal *a quo* la indemnización que, a su juicio, corresponde y era adecuada y justa para enjugar los daños y perjuicios habidos, nada permite suponer que, dentro de dicha suma, no se tuviera en cuenta los perjuicios morales, cuyo desglose e indemnización separada, que ahora pretende el recurrente, sean de obligado acogimiento, toda vez que dicha parte, en su calificación definitiva, se limitó a solicitar una cantidad alzada que resumía su pretensión indemnizatoria, sin que, por tanto, la Audiencia de origen, fiel al principio *nemo iudex ultra petita partium*, al no singularizar la cifra correspondiente, en su caso, a los perjuicios morales, incidiera en incongruencia omisiva ni en el error *in iudicando* denunciado.»

Y en la sentencia 7 octubre 1985, se lee:

«Es doctrina sentada, de modo constante e invariable, por esta Sala, aquella según la cual el *quantum* de la indemnización es cuestión exclusivamente confiada al discrecional criterio de las Audiencias, siendo, por consiguiente, inaccesible a la casación, donde no es posible intentar y menos conseguir la revisión de la citada cuantificación, mientras que los conceptos determinantes de la referida indemnización, o las bases fijadas por el Tribunal inferior a dicho efecto, pueden motivar una legítima pretensión casacional y ser objeto de revisión en la citada vía, particularmente cuando los conceptos operantes o las bases tenidas en cuenta para la consecutiva fijación exacta de daños y perjuicios, no corresponden con los datos insertos en el *factum* de la sentencia recurrida o no se consignan y reseñan en el mismo.

»Tratándose de delito o delitos de lesiones, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios a que se refieren los artículos 101 y siguientes del Código Penal, suele abarcar los siguientes conceptos: gastos médico-farmacéuticos hasta la total curación; ingreso y permanencia en centros hospitalarios; intervenciones quirúrgicas; ambulancias u otros gastos de transporte devengados como consecuencia de la necesidad de traslado con el fin de recibir asistencia médica permanente o de carácter ambulatorio; secuelas resultantes; pérdida de miembros principales o secundarios; prótesis; deformaciones; incapacidad para el trabajo habitual durante el periodo de curación; invalidez, permanente o transitoria, residual, total o parcial, y, finalmente, *pecunia doloris*, o daños o perjuicios morales, de los cuales se ha ocupado este Tribunal, v. g., en las sentencias de 20 de febrero de 1981 y 4 de julio de 1985, y que, en casos como el de autos, consisten en la pesadumbre, en la aflicción y en los padecimientos o sufrimientos experimentados por la víctima desde que se la lesiona hasta su sanidad. Pudiéndose agregar que, para la fijación exacta de los referidos daños y perjuicios, puede ser práctica recomendable la de descomponer la indemnización en tantas partidas como sean los conceptos reparables o indemnizables, señalando una cantidad para cada una de ellas, de tal modo que, sólo sumándolas o adicionándolas, se obtenga la suma total; pero esto no obstante, nada impide que las Audiencias aglutinen dos o más conceptos mencionándolos expresamente, señalando prudencialmente una cantidad alzada y única que comprenda la reparación o indemnización correspondiente a cada uno de los conceptos operantes en el referido orden de la responsabilidad *ex delicto*.

»En el caso controvertido, el Tribunal de Instancia, en el cuarto Considerando de su sentencia, ya anunció que refundiría, a efectos de la fijación

numérica de la indemnización, lo correspondiente a los días que estuvieron los ofendidos imposibilitados para su trabajo habitual, con los daños morales, señalando al efecto en la parte dispositiva o *decretum*, para cada uno de los perjudicados, una cantidad comprensiva de ambos conceptos indemnizatorios, práctica que, como se ha dicho, no la prohíbe la ley ni tiene nada de recusable, no constituyendo corruptela o *usus fori* vicioso o rechazable. Por lo demás, las bases tenidas en cuenta para la determinación cuantitativa, o constan nitidamente en el *factum*, como el período transcurrido desde el día de autos hasta la total curación de los lesionados, o se transparenta, fluye y aflora del mentado relato histórico, donde se describen minuciosamente la índole de las lesiones sufridas por los ofendidos y se comprenden y entienden los padecimientos y sinsabores que hubieron de pasar hasta que se les dio de alta.»

Salvo alguna rara excepción sin relación alguna con nuestro tema (*cfr.* sentencia de 11 abril 1987), la distinción entre «bases», controlables en casación, y *quantum*, competencia exclusiva del Tribunal de Instancia, no aparece en la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que ha reiterado en más de un centenar de sentencias que «la apreciación del daño, de su existencia y alcance, es cuestión de hecho reservada al libre arbitrio del Tribunal de Instancia, cuya decisión al respecto sólo puede impugnarse en casación cuando concurre error material o jurídico en la valoración de la prueba»: véase la sentencia de 27 mayo 1987, por citar sólo un ejemplo relevante y relativo a indemnización por causa de lesiones.

Es éste un punto en el que, a mi juicio, resulta obligado que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo siga las pautas de la Sala de lo Penal. La posibilidad de revisar en casación las bases del cálculo de la cuantía indemnizatoria no servirá nunca, obvio es, para producir una jurisprudencia plenamente unificadora de los criterios de valoración del daño a la persona. Pero es, con seguridad, lo más a que puede llegarse en esa dirección y, sin duda, una vía de gran potencial unificador, al permitir al Tribunal Supremo incrementar prudente, pero progresivamente, su rigor en la exigencia a los Tribunales de Instancia de una expresión cada vez más detallada y precisa de las bases de cálculo de las indemnizaciones.

No debe ocultarse, sin embargo, que la práctica de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo durante los más de veinte años que viene manteniendo aquella doctrina, no es demasiado halagüeña, por cuanto todo menos rigurosa con las Audiencias Provinciales. Completamente excepcional es una sentencia como la de 27 octubre 1978:

«Partiendo del principio, consagrado por este Tribunal, según el cual el *quantum* de la indemnización es materia encomendada exclusivamente al prudente arbitrio o a la libérrima discrecionalidad de los Tribunales de Instancia, no cabe duda de que, en casos de notoria simplicidad fáctica, podrán dichos organismos jurisdiccionales —aunque ello no sea siempre aconsejable— señalar una cantidad alzada que, globalmente, responda al imperativo general de resarcimiento (...) sin necesidad, por tanto, de entrar

en distingos o pormenorizaciones siempre implícitos y fácilmente perceptibles en las narraciones históricas de sus sentencias, por sobrias y escuetas que sean aquéllas; pero cuando, como en el caso presente, se trata de un suceso de compleja resultancia, con diversos factores que es preciso conjugar para el hallazgo de una cifra que satisfactoriamente enjuge el daño causado y afronte la indemnización de los perjuicios ocasionados, no es lícito ni permisible que el Tribunal de Instancia se encierre en insólito hermetismo ni que se reserve *in pectore* las bases y los datos objetivos que ha tenido en cuenta para fijar, prudencialmente, el monto económico del resarcimiento, sino que, antes bien, es indispensable que, desde el punto de vista fáctico, en la preceptiva declaración de hechos probados y de modo claro, expreso y terminante, cite todos aquellos pormenores que han de constituir las bases o exponentes que, adicionados o combinados entre sí, han de contribuir armónicamente al cálculo y fijación de la suma concreta que se ha de satisfacer al ofendido, dando con ello respuesta adecuada a la problemática relacionada con la responsabilidad civil dimanante de delito, lo que, por lo demás, requiere la naturaleza de la casación española, donde no se puede revisar, como ya se ha dicho, el *quantum* del resarcimiento, pero donde quedan sometidos a la censura casacional los factores y bases objetivos tenidos en cuenta por el Tribunal *a quo* para llegar a la determinación concreta y específica de las sumas que los obligados a resarcir han de abonar, en tal concepto, a la víctima o víctimas.

»En el caso de autos, doña Francisca H., a consecuencia del atropello del que fue sujeto pasivo, sufrió lesiones —fractura abierta de tibia y peroné de ambas piernas y contusión en la cadera derecha— de las que curó a los mil noventa y cinco días, durante los cuales necesitó asistencia facultativa y no pudo dedicarse a sus ocupaciones habituales, restándole, como secuelas, pie equino paralítico, osteitis crónica, acortamiento en dos centímetros de la pierna izquierda y cicatriz que ocupa toda la cara interna “de la parte izquierda”, y ante lesiones de tal magnitud y dilatada curación, la Audiencia recurrida fija como indemnización por todos los conceptos la suma de 500.000 pesetas, sin distinguir ni ocuparse, ni en los Resultados, ni en los Considerandos, ni en el fallo, de los distintos factores a considerar —gastos médico-farmacéuticos u hospitalarios y otros adyacentes, intervenciones quirúrgicas, en su caso, incapacidad para el trabajo hasta la curación, daño moral o *pecunia doloris*, secuelas irreversibles, deformidad e incapacidad para dedicarse a sus ocupaciones habituales— y que pudieron contribuir, siquiera no sea de forma vinculante, mediante las oportunas ponderación y adición, al señalamiento de la referida cantidad dedicada *in genere* al total resarcimiento; notándose además que, concretamente, en la narración histórica de la sentencia y como *abstractum* fáctico de la problemática indemnizatoria, faltan los siguientes datos: a) edad de doña Francisca H.; b) profesión de la misma; c) gastos acreditados de carácter hospitalario, médico-farmacéutico, de prótesis, locomoción u otros análogos, y d) incapacidad consecutiva y resultante para sus ocupaciones habituales, posterior al parte de sanidad, con indicación de si es reversible o irreversible, permanente o temporal y total o parcial; todos cuyos datos, de influencia notoria para la fijación de factores como para la determinación del *quantum*, están, con otros también trascendentes, en la causa —v. g., los recibos presentados metódicamente por la acusación particular, acreditan, salvo error u omisión, 435.352,30 pesetas, invertidas en gastos médico-farmacéuticos o similares—, desde la que el Tribunal *a quo*, debió, incluso sin excitación de parte, trasladarlos al

*factum* de su sentencia y no lo hizo, concurriendo así en el error *in procedendo* que la acusación particular denuncia.»

Aunque quizá sería mucho más frecuente, si fuese del dominio público que la sentencia del Tribunal Constitucional 78/1986, de 13 de junio, estimó un recurso de amparo, por violación del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, contra una sentencia de un Juzgado de Instrucción (en juicio de faltas), que había concedido al perjudicado una indemnización global de 1.130.000 pesetas, mientras se había reclamado 6.391.818 pesetas por lesiones, 48.556.154 por secuelas, 343.976 por gastos de curación y 30.000 por daños materiales. Argumentando que «el Juzgado de Instrucción no ha determinado en forma pormenorizada los daños causados, ni ha expuesto los fundamentos legales que le permiten establecerlos, así como tampoco ha razonado los criterios por los que ha calculado el *quantum* indemnizatorio correspondiente a las lesiones derivadas del hecho punible».

Es muy difícil encontrar alguna sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que nos ilustre con bastante detalle sobre los criterios que dicha Sala considera adecuados a la hora de valorar los daños derivados de lesiones. Pero cuando aparece alguna —normalmente, porque se ha estimado el recurso de casación contra la sentencia absoluta de la Audiencia Territorial y el Supremo actúa como Tribunal de Instancia—, nos demuestra que, al menos por lo que a las partidas de daño resarcible se refiere, no existe discrepancia con la jurisprudencia de la Sala de lo Penal. Se lee, por ejemplo, en la (segunda) sentencia de 16 mayo 1983:

«Tendente la reparación al logro del justo resarcimiento del perjudicado, que no deberá obtener más que el equivalente del daño sufrido sin ventaja alguna —sentencia de 15 de diciembre de 1981—, es de advertir que de la relación de partidas que se expresan en el hecho tercero de la demanda tienen que ser descartadas las que conciernen a las hipotéticas ganancias dejadas de obtener en sus pretendidas exhibiciones de modelos de prendas femeninas, por la carencia en autos de una prueba sobre el particular merecedora de crédito (comunicaciones obrantes a los folios 204 a 217), así como la indemnización pecuniaria por la imposibilidad de desempeñar las actividades como Agente de Seguros, condición que no podía ostentar (certificación del Colegio correspondiente al folio 216), aunque sí es adecuado señalar la cantidad de 1.000 pesetas por cada uno de los setecientos veintiséis días que la lesionada invirtió en su curación (folio 261), suma a la que han de añadirse las correspondientes a los conceptos de las operaciones de cirugía plástica y estética para eliminar las ostensibles y extensas cicatrices (750.000 pesetas, según aseveración del especialista a los folios 8 y 9), honorarios médicos de asistencia (13.000 pesetas), deterioros de ropa y calzado (6.040 pesetas) y gastos de desplazamientos (56.000 pesetas), con más la cifra de 1.000.000 de pesetas, que se estima prudente como *pretium doloris*, de la duración prolongada del tratamiento y la alteración sensible en el aspecto de las extremidades de una mujer de veintiún



años y la secuela de limitación a ochenta grados de los movimientos de abducción y rotación externa del hombro derecho.»

Mayor abundancia de datos, aunque no demasiado precisos, pueden encontrarse en las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que bien funcionan como única instancia, bien suelen aceptar e incorporar considerandos de las sentencias apeladas. Un sucinto repertorio habría de incluir sentencias como la de *31 mayo 1985*:

«La evaluación de la indemnización de los daños que sufren los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (...) incluye no sólo los daños materiales, sino también los morales —sentencia de 30 de marzo de 1982—, debiendo ser esta indemnización adecuada a la realidad de los daños sufridos, aunque la determinación de la misma ha de hacerse en función de lo pedido, en rigurosa observancia del principio de congruencia; ello conduce, en el presente caso, a estimar la indemnización postulada por don Andrés Avelino S. B. S., ya que acreditado en autos la realidad de los gastos médico-farmacéuticos ocasionados con motivo de las lesiones sufridas por el mismo, a consecuencia del impacto de una pelota de goma disparada por la Policía Armada, en 144.170 pesetas, y acreditada, asimismo, la módica cantidad de 11.572 pesetas por gastos de estancia y viaje de la madre del lesionado en Barcelona, en cuya ciudad fue atendido el señor S. B. S. en un Centro Oftalmológico, no parece excesivo valorar en 1.000.000 de pesetas los daños materiales y morales que se produjeron a un joven de dieciséis años, estudiante de Ingeniería Técnica Industrial, por la pérdida de un ojo.»

La sentencia de *29 enero 1986*, relativa a herida de bala producida por la Guardia Civil a un estudiante de Maestría Industrial en el antebrazo izquierdo, «que luego de diversas operaciones quirúrgicas le originaron un acortamiento de 1,5 centímetros, déficit de extensión de los dedos trifalángicos, limitación grave de la prono-supinación, que representará un arco de movimiento de 20 grados y una disminución global de la fuerza muscular de antebrazo y mano izquierdos en un 70 por ciento, lo que según el informe médico le va a originar una incapacidad parcial permanente para su trabajo». En la que puede leerse:

«Respecto del *quantum* de la postulada, ni se ha acreditado gasto ninguno, ni disminución de ingresos, ni siquiera obligaciones familiares que hayan podido resultar afectadas, siendo, por tanto, los únicos elementos a contemplar la disminución física con las secuelas descritas —y con la salvedad, ya apuntada, de que la presumible incapacidad pueda dañar gravemente su futuro profesional, porque este hecho, se repite, no está acreditado de manera suficiente y no deja de ser simplemente una opinión y no una prueba efectiva— y los daños morales derivados de las sucesivas operaciones y del resultado conseguido no exactamente el deseado de una recuperación plena, elementos ambos que llevan a la Sala a cuantificar en una suma global de 1.000.000 de pesetas, inferior a la solicitada, pero que, aun con las dificultades de traducir al orden económico circunstancias

complejas y muy subjetivas, se estima la adecuada, supuesto, además, que no se han proporcionado otros datos que permitieran concretar los reales perjuicios sufridos.»

La sentencia de 25 abril 1986, en la que se lee:

«Una vez sentado el pronunciamiento principal, el de la responsabilidad de la Administración, sólo queda determinar el *quantum* de la misma, lo que habrá de ser fijado sopesando la gravedad del daño, por un lado, y las circunstancias personales del lesionado, por otro; pues bien, por lo que se refiere a lo primero, habrá que destacar los órganos vitales afectados por los disparos y la secuela de ello (incapacidad laboral permanente); y, por lo que respecta a lo segundo, es de importancia resaltar la edad del lesionado en el momento de producirse la agresión (treinte y dos años), su estado civil (casado) y la pensión que le ha quedado al serle reconocida por la Seguridad Social con carácter vitalicio, con efectos de 2 de marzo de 1982 (377.974 pesetas anuales).

»Todo ello abona la solución de reconocer al actor, señor V. R., un derecho a ser indemnizado en una cantidad superior a los 3.000.000 de pesetas propuestos por el Instructor del expediente, pero inferior a la por él pretendida (8.000.000 de pesetas), esto es, en la cantidad intermedia de 5.000.000 de pesetas, que prudencialmente se calcula es la más ajustada y la más proporcionada a los daños sufridos y a las consecuencias derivadas de los mismos.»

La sentencia de 21 mayo 1987, relativa a las lesiones sufridas por una mujer a consecuencia de un disparo de un policía, «consistentes en fractura abierta a nivel de tobillo izquierdo, que tardaron en curar cuatrocientos cuarenta días durante los que precisó asistencia facultativa, quedándole como secuela una anquilosis en las articulaciones del tobillo, de forma que ha perdido toda la movilidad del mismo, por lo que el médico forense que la atendió consideró que quedaba incapacitada de forma permanente y absoluta para su trabajo habitual». En la que puede leerse:

«Como ha declarado este Tribunal en la sentencia de 2 de abril de 1985, el tema de la cuantía de la indemnización, por su propia naturaleza, presupone un juicio estimativo de los Tribunales, fundado en la apreciación conjunta, racional y prudente de todos los datos y elementos aportados al proceso, que se realiza con la finalidad de señalar una cantidad de dinero que suponga una reparación adecuada a la entidad de los daños y perjuicios sufridos, lo cual necesariamente se desenvuelve en un margen de relatividad, especialmente si intervienen daños físicos y morales de imposible cuantificación rigurosamente matemática; lo que explica que en la sentencia de 19 de noviembre, hayamos aludido para la cuantificación de los daños, a la posibilidad de utilizar criterios de equidad y economía procesal. Siendo doctrina constante que deben ponderarse la entidad e importancia de los daños, edad y situación personal y familiar de la víctima.

»En el caso que ahora se enjuicia debe estimarse probado en lo que respecta a la situación de quien sufrió el daño, además de lo que se reseña en el fundamento primero sobre el origen e importancia de las lesiones,

que la señora E., en el momento de los hechos, tenía una edad de cincuenta y siete años (folio 5 vuelto del expediente) y era de condición económica modesta, vistas las circunstancias en que se desarrollaba su vida familiar, puesto que consta que fue herida cuando se dirigía a buscar agua a una fuente pública, y que en su familia compuesta de cuatro miembros (con marido y dos hijos), éstos se hallaban en paro, siendo ella la única que aportaba ingresos procedentes de trabajo como limpiadora de diversos hogares.

»En dicho contexto, la cantidad de 1.608.810 pesetas fijada por la Administración, en aplicación analógica de los criterios establecidos por la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969 y Decreto de 23 de diciembre de 1966 y Decreto 100/1983, de 19 de enero, sobre salario mínimo interprofesional, ha de estimarse insuficiente, pues aparte ser errónea la utilización de una normativa ya derogada en el momento de la valoración (...) debe tenerse en cuenta que no se matizaron adecuadamente los factores concurrentes en la situación personal de la lesionada, según se deduce de los términos abstractos y genéricos en que aparece realizado el cálculo de la Oficina Mayor de la Dirección General de Policía (folio 33 del expediente). De ahí que estimemos que la indemnización adecuada a las circunstancias del caso, debe ser la de 2.000.000 de pesetas, pues también parece excesiva la de 5.000.000 que solicita la recurrente, dado que subsiste la posibilidad de que los otros tres elementos componentes de su familia, en situación de paro, según afirmación de la actora que no es objeto de contradicción, puedan salir de esa situación y contribuir en el futuro con sus salarios a la mejora de la vida familiar.»

En fin, la sentencia de 23 febrero 1988, en la que se lee:

«(...) haciendo notar que devienen inaplicables, en el supuesto enjuiciado, los criterios establecidos en la normativa de Seguridad Ciudadana, que incorpora, como ha declarado este Tribunal Supremo —sentencia de 8 de mayo de 1986—, medidas asistenciales de carácter extraordinario y alcance más limitado, es de observar cómo en ponderación de la edad del lesionado y la gravedad del daño, afectante a órganos vitales y determinante del abandono de los estudios y de una incapacidad permanente, parece ciertamente ajustada y proporcionada la indemnización pretendida, ascendente a 2.521.000 pesetas, pues no puede en forma alguna olvidarse que la agudeza visual del ojo derecho ha quedado reducida a un décimo de visión, en tanto que la del izquierdo alcanza sólo a la percepción de bultos.

»La cuantificación efectuada respecto de los graves e irreversibles efectos que han producido al demandante las lesiones sufridas, no alcanza a cubrir o compensar el denominado *pretium doloris*, en cuanto este concepto, que reviste categoría independiente y sustantividad propia y distinta de la indemnización cifrada con anterioridad en razón de la incapacidad sobrevenida, ha de ser el equivalente que debe reconocerse por los daños morales y sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por las seis sucesivas intervenciones quirúrgicas sufridas a lo largo de poco más de un año e incluso por las dudas que le podía suscitar la consecución o no de la plenitud física, los cuales, repetimos, tienen carácter autónomo e independiente de la incapacidad para continuar los estudios y realizar trabajos y resultan también indemnizables. Ahora bien, en trance de valorar el mentado *pretium doloris*, reconociendo desde luego las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas, no cabe olvidar que

el recurrente ha venido cifrando en 4.000.000 de pesetas, a título desde luego convencional en un principio, aunque después matizó los conceptos, la indemnización que pretendía, siquiera la señalada como mínima, y, sobre todo, que en el escrito interpositorio del presente recurso se anunciaba la impugnación contra la denegación presunta de la solicitud de 4.000.000 de pesetas como indemnización, fijándose en esta cifra la cuantía del recurso, aunque en la demanda suplicara mayor cantidad, y con tales antecedentes y con el designio de respetar el principio de congruencia, hemos de fijar, por el concepto que venimos analizando, la suma de 634.825 pesetas, cuya cantidad, de otra parte y no obstante las dificultades de que hablábamos más arriba, parece que compensará adecuadamente al demandante.»

Cuando afirmábamos antes, en la Parte I de este trabajo, que no se han publicado en España baremos de valoración de los daños a las personas, no teníamos en mente, claro está, los contenidos en las normas reglamentarias relativas a las prestaciones de la Seguridad Social, seguro obligatorio de viajeros, seguro obligatorio de accidentes de circulación, indemnización de víctimas del terrorismo, etc. Es verdad que, en los años sesenta y setenta, las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo utilizaron baremos de este tipo para el cálculo de las indemnizaciones, pero parece que ya no es así, aunque quizá no pueda decirse lo mismo de las autoridades administrativas que tramitan los expedientes previos. Ello nos confirma la idea de que, aunque por completo independiente de la idea de culpa, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es verdadera responsabilidad, que da lugar a verdaderas indemnizaciones y no a una suerte de «ayudas sociales y personales y familiares»; por más que frases de algunas sentencias —como la citada de *21 mayo 1987*, en la parte final de los fundamentos de Derecho transcritos— induzcan a pensar lo contrario.

Pues bien, partiendo de dicha premisa, habrá que lamentar muy profundamente que las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo no hayan hecho un esfuerzo mucho mayor de precisión y detalle, mencionando separadamente las distintas partidas o conceptos indemnizatorios y desagregando la indemnización global entre cada una de ellas. Hubiera sido ésta una inmejorable vía de establecimiento de criterios unitarios de valoración de los daños a las personas, utilizables por todas las jurisdicciones. Es una pena que no se haya seguido y profundizado el espléndido precedente constituido por la, desgraciadamente muy farragosa, sentencia de *2 febrero 1980*. En la que podía leerse que la oposición del Abogado de Estado era «contraria a las exigencias del principio capital de indemnidad o de reparación integral, que supone la cobertura de todos los daños y perjuicios sufridos», perspectiva desde la cual:

«(...) no es dudoso que corresponda a la Administración soportar todos los gastos necesarios generados por el tratamiento preciso para la recuperación de la normalidad psicofísica de la víctima y, hasta donde llegue la

técnica médica, la rehabilitación, pero también tendrá que comprenderse en el concepto indemnizatorio con propósitos equilibradores la valoración de la minoración psicofísica en su proyección económico-profesional, acudiendo a razonables previsiones a la luz de los hechos conocidos, y, por último, no pueden marginarse daños que, si bien escapan al concepto preciso de daños patrimoniales, como son los derivados del dolor físico, de la disminución de facultades y de las perturbaciones anímicas, con origen directo en el hecho generador de responsabilidad, y no son fácilmente traducibles en valoración económica y, desde luego, ajenos a precisas estimaciones pecuniarias, son indemnizables, por cuanto la reparación ha de tender a objetivos totalizadores o integrales.

»Respecto a la minoración de la integridad física, en una valoración proyectada al ámbito económico profesional, a los efectos de obtener, en la medida limitada en que es posible, un concepto que sirva al objetivo de cobertura dineraria del daño causado, por fuerza tenemos que acudir, en una estimación razonable, a previsiones fundadas en los aspectos temporales y de intensidad de aquella minoración en la actividad profesional actual y futura de lo que constituye el área de la ocupación laboral o profesional que desempeñaba el recurrente, y, en estos puntos, es sumamente ilustrativo el dato legal de haber pasado aquél, por fuerza de su incapacidad generada por el hecho dañoso desencadenante de la responsabilidad patrimonial, a la situación funcional que, en el Estatuto por el que se rige el Instituto Social de la Marina, se llama de «excedencia especial por invalidez» (artículo 41) y, junto a este dato, no es aventurado, antes al contrario, comprendido dentro del campo de previsiones normales, pronosticar que la situación siguiente será la de jubilación por invalidez, por cuando, de un lado, la llamada excedencia especial por invalidez tiene un límite temporal (cuatro años) y lleva, de no producirse la rehabilitación fisiológica con plenitud para el servicio activo, a la jubilación, y de otro, los pronósticos médicos, con sustancial unanimidad, trazan un cuadro de desgraciado y triste futuro en orden a potenciales rehabilitaciones, por cuanto la limitación, en lo físico y su reflejo profesional, se presenta con las notas de lo permanente, irreversible, progresivo y en grado intenso; y si esto es así, tendrá que incluirse en el equivalente dinerario valorativo de la minoración que hemos dicho el que sirve para conseguir los niveles de renta que, de no haberse producido el hecho dañoso, hubiera normalmente percibido el recurrente, con lo que estamos refiriéndonos a las diferencias entre los haberes en activo (artículos 66 y siguientes) y haberes en situación de invalidez (artículo 41), durante el tiempo limitado de esta situación y también a la diferencia que en su proyección económica significa la jubilación por invalidez (artículo 65); factores que ni son conocidos todos (así, los haberes pasivos) ni permiten estimaciones precisas, por cuanto, en muy distintos órdenes, el complejo de datos está sometido a mutaciones que escapan a toda medición actual, mas, marginando estos imponderables, por obligadas exigencias de simplicidad y por imposiciones de la misma realidad, acudiendo al dato de diferencias de haberes que nos ha sido proporcionado, hay una base que, si bien precaria y aproximativa, nos permite concluir que se ha producido una disminución de renta de trabajo cifrable en unas 50.000 pesetas mensuales, cifra que al no habérsenos dado otros datos respecto de los haberes en la situación de jubilado, es la única válida como reveladora de la proyección de la invalidez en la reducción de ingresos, debiendo soportar, en su caso, la parte eventualmente perjudi-

cada por una estimación en más o menos, si es que la hubiere, la falta de probanza y aun de alegación, de tal dato.

»Si todo el detrimento no tuviera otra medida y cobertura que la encajada en la valoración de la minoración de la integridad física, desde un ángulo económico profesional, y cuestiones como las que nos ocupa pudieran enjuiciarse con el solo manejo de criterios definidores de la invalidez y con el de complementarias prestaciones periódicas, podríamos dar una respuesta no especialmente difícil fijando, frente a la incapacidad que presumimos permanente, irreversible y total, generadora de una vaticinable situación de jubilación por invalidez, una prestación periódica en la cuantía que hemos dicho, ajustada mediante la aplicación de soluciones valoristas, correctoras del nominalismo, con el designio de que se cumpla el principio de indemnidad; pero esto no es así, porque, por un lado, el complejo dañoso y perjudicial no se llena con el solo efecto de la incapacidad física en el área de la actividad profesional, pues otros daños de carácter directo y naturaleza indemnizable, aunque no de fácil medición, se anudan al hecho dañoso, y, desde otro ángulo, la solución de prestación periódica, como mecanismo indemnizatorio, además de carecer de precedentes encajables en los preceptos reguladores de la responsabilidad patrimonial, no es la que ha sido demandada, por lo que, en este punto, el objetivo es señalar un capital o cantidad alzada y no una prestación periódica de devengo, capital que asegure una renta temporal, según previsible duración de la vida humana, dentro de la regla de jubilación, sin soluciones correctoras futuras de las alteraciones devaluatorias de la moneda mediante vías de imposible previsibilidad, por cuanto si bien la cuantía indemnizatoria que aquí establezcamos debe responder al principio de indemnidad, rechazándose por ello soluciones quebrantadoras de este principio, tampoco pueden hacerse previsiones medianamente seguras que encaucen la cuestión por vías valoristas, correctoras de rigurosas fórmulas nominalistas y, por otra parte, al recibirse un capital, se deja a la elección inversionista del recurrente lo contingente de toda inversión.

»Junto a la proyección económico-profesional que hemos estudiado y a la reparación de los gastos de asistencia sanitaria, satisfechos por lo que se nos dice, se incluyen en los indemnizables los que *sin tener un carácter propiamente patrimonial*, deben, sin embargo, tomarse en consideración, cuales son el daño constituido por el dolor psicofísico que la lesión comporta, con transcendencia en distintas áreas, daños cuya naturaleza escapa a toda objetivación medible, por lo que, en este punto, el *quantum* ha de moverse dentro de una ponderación razonable, incrementando el capital o suma alzada sustitutivo del complemento de prestación periódica y temporal, capital o suma alzada que respondiendo a objetivos de asegurar una renta temporal, supuesta una rentabilidad fácil de obtener en el mercado de dinero, y, teniendo en cuenta que el abono de un capital con potencialidad productora de 600.000 pesetas anuales, es una indemnización que supera con criterios nominalistas la reducción de ingresos cifrada en esa misma cantidad, se estima adecuada, en una estimativa que no puede tener otras bases objetivas que las que hemos dicho, una indemnización de 7.450.000 pesetas (siete millones cuatrocientas cincuenta mil pesetas); de las que 750.000 pesetas corresponden a las diferencias de haberes desde el primero de mayo del año anterior hasta el momento de la decisión judicial y 6.700.000 pesetas al capital o cantidad alzada con potencialidad productora de la renta que hemos dicho, y en la anticipada entrega de este capital con entrada plena en el patrimonio del actor, la indemnización co-

respondiente a los otros elementos no directamente patrimoniales, pero mercedores de una estimación indemnizatoria.»

Hasta aquí, considerandos de la sentencia apelada, de la Audiencia Nacional, aceptados por el Tribunal Supremo. Conviene añadir ahora algunas afirmaciones propias de éste, de gran interés en comparación con otras que hemos podido leer en las sentencias antes citadas: «(...) la alteración de la cifra que se pide como indemnización en la demanda en relación con la inicialmente solicitada en vía administrativa, no supone alteración esencial del *petitum*, como contenido de la pretensión, ya que ésta viene referida a instar la reparación de los daños y perjuicios sufridos, cuya entidad o expresión numérica vendrá referida al total importe de los sufridos, no siendo necesario que conste su determinación numérica *ab initio*, ni incluso en el momento de dictar sentencia, ya que legalmente cabe diferirlas al momento de la ejecución del fallo; por eso mal puede hablarse de cuestión nueva o de simple petición que amplíe, desnaturalizando, la pretensión en marcha, porque, al contrario, aun habiéndose pedido, como se pidió, una cifra de indemnización inferior a la que luego se concreta en el suplico de la demanda, existían razones o datos objetivos que amparaban tal proceder (como era el transcurso de un plazo superior a dos años a partir del hecho determinante, la calificación más precisa del estado del lesionado, que conducía a una situación más pesimista sobre su recuperación y que generó una situación de excedencia por incapacidad que no pudo preverse con anterioridad, la depreciación de la moneda, etc.) y que no cabe calificar de ampliación modificatoria, sino de simple adecuación a la realidad, actualización, en razón de los reales daños producidos y el mantenimiento de su real virtualidad; tesis (...) que basada en los principios de equidad y economía procesal, reconoce la posibilidad de conceder una indemnización justa referida al momento de dictar el fallo en vía jurisdiccional.»

No es que la sentencia que acabamos de transcribir en parte nos parezca irreprochable. Hubiera sido preferible que determinara, por un lado, la indemnización de los daños patrimoniales futuros —el capital necesario para constituir en favor del lesionado una renta vitalicia de 600.000 pesetas *reales* (no nominales) al año— y, por otro lado, la indemnización de los daños morales —que hay que suponer igual al resultado de restar la cantidad anterior de 6.700.000 pesetas—, que hubiese servido de pauta para la valoración de este tipo de daños en casos ulteriores análogos; en vez de conceder esa indemnización global de 6.700.000 pesetas, que hay que suponer el capital que, invertido razonablemente, podía producir 600.000 pesetas *reales* al año, conservando el lesionado el capital. Pero fue, sin duda, un magnífico ejemplo de la dirección en que la jurisprudencia contencioso-administrativa hubiera debido moverse, dando ejemplo a los Tribunales de Instancia civiles y penales. No ha ocurrido así, y creo que no sólo porque, en los casos de las otras sentencias posteriores antes mencionadas, el cálculo matemático fuera mucho más difícil: incluso cuando el lesionado fue un joven aún estudiante, pudo tomarse como base el salario medio en España o, más precisamente, el salario medio de las personas con los mismos estudios ya finalizados. Se ha

tratado también, en mi opinión, de soslayar un método de cálculo que conducía a indemnizaciones mucho más elevadas de lo que se consideraba «adecuado»: compárense los 7.450.000 pesetas de la sentencia de 1980, con los 3.156.325 pesetas que la sentencia de 23 febrero 1988 concedió al estudiante al que las Fuerzas de Seguridad dejaron prácticamente ciego.

2. En los casos de lesiones, además del lesionado directamente perjudicado, ¿podrá reclamar indemnización al responsable una tercera persona que haya resultado mediatamente perjudicada por el evento lesivo? Dejemos aparte el caso, anteriormente analizado, de la Administración Pública que sigue abonando sus emolumentos al funcionario lesionado durante el período de baja: las mismas soluciones habrán de aplicarse, si se trata de un empresario privado que continúa pagando el salario a su trabajador transitoriamente incapaz, por preverse así en el correspondiente convenio o contrato de trabajo. Y si se sigue la muy discutible línea de la citada sentencia de la Sala de lo Civil de 31 mayo 1985, habría quizá que defender, para el grupo de casos al que la misma se refiere (cobertura por la Seguridad Social de las incapacidades laborales transitorias), la existencia de una pretensión de reembolso en favor de la entidad gestora de la Seguridad Social.

En esta misma sentencia se lee que lo indemnizable «es lo que el perjudicado haya dejado realmente de percibir, cual certeramente ha sido apreciado por la Sala sentenciadora de instancia, y, por tanto, con exclusión de lo que por tal concepto le hubiere sido abonado por la Seguridad Social, a causa de las obligaciones que le venian impuestas, ya que con ello se revela que lo excluido al respecto en la sentencia recurrida ha sido debido a la existencia de carencia de perjuicio, ya que mal puede éste entenderse producido cuando ya se ha percibido lo que pretende ser su base de reclamación, que si da posibilidad de reintegro no es al perceptor, el aludido perjudicado don Manuel F. C., sino a quien lo hizo efectivo, que ha sido la precitada Seguridad Social».

Conviene recordar, empero, dos cosas: Primera, que el artículo 97.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social *no hace distinción alguno* a la hora de establecer la compatibilidad entre las prestaciones de la Seguridad Social y las pretensiones indemnizatorias del trabajador o sus causahabientes, y que, en tema de reintegro a las entidades gestoras por el responsable, prevé *sólo* el del *coste de las prestaciones sanitarias*. Segunda, que es práctica muy extendida entre los Tribunales de Instancia el otorgar al lesionado como indemnización una cantidad fija por cada día de baja, con independencia de que haya o no seguido cobrando su salario.

Dejemos también de lado el caso de quien haya prestado al lesionado la asistencia médico-sanitaria, cuya legitimación para reclamar directamente al responsable el coste de la misma es indudable en nuestro Derecho: artículo 97.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (respecto de las entidades gestoras de la Segu-



ridad Social); sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de *2 mayo 1978*, *29 diciembre 1979* y *1 julio 1981*; sentencias de la Sala de lo Penal de *28 enero*, *31 mayo* y *19 diciembre 1967*, *14 junio 1971*, *3 marzo* y *28 septiembre 1973*, *4 junio 1976*, *29 enero 1979*, *20 noviembre 1982* y *6 abril 1984*; Circular FTS de *26 junio 1967*.

Pues bien, aun dejando de lado ambos grupos de supuestos, la respuesta ha de ser afirmativa, cuando menos en hipótesis como las que ilustran la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de *9 febrero 1988* y la ya citada de la Sala Quinta, de lo Contencioso-Administrativo, de *23 febrero 1988*. En la primera de ellas se reconoce la legitimación como demandante de la mujer del lesionado:

«(...) basada en el interés manifiesto que resulta de un perjuicio directo consecuente a la nueva situación del lesionado, cuya parálisis tiende a empeorar y que, actualmente, no puede prácticamente valerse por sí mismo y carece de apetencia de las relaciones sexuales, según el dictamen pericial ya citado, lo que se traduce en una situación de su mujer convivente especialmente penosa y sacrificada en orden a los gravosos deberes de atención al enfermo y pérdida de un importante elemento de las relaciones afectivas. No padece, por estas circunstancias, un daño estrictamente físico, pero sí unos sufrimientos en el orden de los sentimientos afectivos más elementales que justifican la calificación de las consecuencias del hecho, para ella, como daño moral, tal como viene reconocido por la doctrina de esta Sala —sentencias de 31 de mayo de 1983, 25 de abril de 1984, 10 de diciembre de 1985 y 19 de diciembre de 1986, entre otras.»

Y en la segunda, se lee:

«En otro orden de ideas, acreditados por los padres suficientemente los perjuicios que han sufrido en su percibo por mor de las lesiones causadas a su hijo, cifrados en 178.500 pesetas, por gastos de desplazamiento a Centros Hospitalarios, y en 843.675 pesetas, por las ganancias que dejaron de percibir como consecuencia de la necesaria asistencia personal que exigía el grave estado de aquél, se está en caso de reconocer tales cantidades a los padres, como integrantes de la indemnización debida, en cuanto los daños computados resultaban también generados por la actividad administrativa determinante de la responsabilidad.»

Pero conviene advertir que en la también citada sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de *25 abril 1986* puede leerse:

«Si el instituto de la responsabilidad civil de la Administración ha sido concebido tan generosamente y ha asegurado tan firmemente a los administrados los daños que puedan revertir al azar sobre ellos, lo que implica un enorme progreso, en comparación con la situación anterior, sin embargo, esto no puede implicar llevar tal responsabilidad a extremos tales, que sería imprevisible conocer su alcance y límites; decimos esto para descartar el hipotético derecho esgrimido por el otro recurrente, señor L. A., empresario patrón del señor V., cuyos posibles perjuicios por las lesiones de este último sólo de una forma indirecta pueden ser relacionados con el

nexo causal de lo único que debe quedar comprendido dentro del ámbito verdaderamente sometido en este caso a la responsabilidad civil demanda por el sujeto lesionado.»

Habrá que esperar a que un caso así se plantee ante las Salas de lo Civil o de lo Penal del Tribunal Supremo.

3. Conviene mencionar, en fin, que la existencia de una previa sentencia firme relativa a la indemnización de los daños causados por el hecho lesivo, cualquiera que sea la jurisdicción de que provenga, no impide el ejercicio de una nueva pretensión resarcitoria de los nuevos daños derivados de un agravamiento o reactivación de las lesiones, imprevisible en el momento en que aquella sentencia se dictó: por ejemplo, sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 febrero 1983 y 2 febrero 1988.

### III

1. En la muy importante sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 17 febrero 1956 se lee:

«(...) si bien es cierto que el artículo 105 del Código Penal vigente, como el 106 del de 1932 y el 125 del de 1870, establecen que la acción para repetir la restitución, reparación o indemnización se transmite a los herederos del perjudicado y en aplicación de tales preceptos las sentencias de la Sala Segunda de este Tribunal de 30 de noviembre de 1932 y 4 de marzo de 1944, que se citan en el recurso, afirman explícitamente que la indemnización por muerte se transmite a los herederos del interfecto, en cambio, en la de esta Sala de 20 de diciembre de 1930 se declaró que, sobrevinida instantáneamente la muerte de la víctima de un accidente, no llegó ésta a poseer ni un momento el derecho a ser indemnizada, de suerte que por este hecho nació una nueva acción a favor de quienes no tienen necesidad de justificar su carácter de heredero, sino el de hijos y cónyuge del difunto, y, posteriormente, en la de 8 de abril de 1936, hubo de proclamar que nuestro ordenamiento jurídico no ampara la tesis según la cual el derecho de exigir indemnización de perjuicios en caso de muerte es de índole patrimonial ingresado en el caudal hereditario de la víctima y transmisible a los herederos.

»Por ello, resulta conveniente para la mejor inteligencia del tema propuesto, fijar, aunque sea elementalmente, casos y conceptos, distinguiendo, al efecto, con relación al difunto, por una parte, unos perjuicios de carácter patrimonial, como los gastos de entierro y funeral, que constituyen cargas hereditarias (artículos 840, 902 y 903 del expresado Código civil), y, cuando no se trate de muerte instantánea, los de clínica y farmacia, impedimento para el trabajo, etc., que dan nacimiento a una acción de indemnización, de la de aquéllos a favor de los herederos, desde luego, y la de éstos a favor del causante, pero transmisible a los herederos; y, por otra, el daño moral, constituido por el dolor psicofísico que la lesión mortal hace sufrir a la víctima, que, aunque compensable también crematísticamente —*pecunia doloris*— en la forma prudencial en que puede ser-

lo, respecto al cual sigue constituyendo aún en la doctrina de la jurisprudencia un problema el de la transmisibilidad de la acción competente a los herederos que sobre todo en el supuesto de muerte instantánea de la víctima, no todos admiten. Pero al lado de estos principios y con absoluta independencia de los mismos, surgen, además, no sólo los daños de carácter moral que experimentan también los parientes más allegados de la víctima, lesionados en sus afecciones más íntimas y legítimas e indemnizables igualmente en dinero, según expresamente ha sido reconocido por este mismo Tribunal en sentencia de esta Sala de 10 de julio de 1928, precisamente a favor de los padres de una niña de nueve años víctima de un accidente de automóvil, si bien tomando en cuenta para otorgar la indemnización, como en la sentencia de 6 de diciembre de 1912, origen de la nueva orientación de nuestra jurisprudencia, una repercusión más o menos cierta en el patrimonio individual, sino, además, evidentemente, un daño material directo y de orden económico que a los más próximos parientes del difunto se les causa igualmente, como el que se origina a la mujer y a los hijos cuando se ven privados de los recursos que con su trabajo e industria les proporcionaba para su subsistencia el cabeza de familia fallecido o a los padres en caso de muerte del hijo que les ayudaba de igual forma, para cuya indemnización es indudable que ni unos ni otros necesitan invocar, ni mucho menos justificar, la calidad de herederos de la víctima inicial.»

Posteriores sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo han reafirmado la tesis de que, por causa de muerte, surgen sólo pretensiones indemnizatorias *iure proprio* en favor de las personas, herederos o no, personalmente perjudicados por la muerte de la víctima, y no pretensiones indemnizatorias *iure hereditatis* por el hecho en sí de la pérdida del bien «vida» por el difunto: sentencias de 25 febrero 1963, 7 diciembre 1968, 9 junio 1969, 24 noviembre 1970, 29 noviembre 1976, 1 julio 1981 (que, a lo más, afirma la coexistencia de ambas clases de pretensiones, citando la sentencia de 19 noviembre 1966) y 4 mayo 1983. Conviene mencionar con todo que la Sala que nos ocupa no ha rechazado nunca pretensiones indemnizatorias por causa de muerte por el sólo hecho de que la indemnización se solicitase en general para los herederos del fallecido, en vez de particularmente para cada uno de los personalmente perjudicados por su muerte: lo ha considerado un puro error formal intrascendente.

Desde que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo adoptó las tesis tradicionalmente sostenidas por la Sala de lo Civil, aparece con cierta frecuencia en las sentencias de aquélla un fundamento de Derecho como el que, tomado de la ya citada sentencia de 15 abril 1988, transcribimos a continuación:

«Cuando, como resultado de un delito, sea éste doloso o culposo, muere o fallece una persona, la indemnización de perjuicios que, por regla general, origina toda infracción criminal, obedece, fundamentalmente, a tres conceptos, a saber: 1.º) gastos funerarios, es decir, los que usualmente genera el óbito, violento o no, de una persona, tales como sepelio, inhumación, funeral, exequias, sufragios, testamentaría y otros análogos y acostumbrados; 2.º) desamparo en el que quedan ciertos parientes —generalmente

cónyuge e hijos, y, más rara vez, padres u otros ascendientes— que dependían económicamente del difunto, el cual subvenía a sus necesidades con el producto de su trabajo, y 3.º) daño moral, o *pecunia doloris*, que es el pesar o desconsuelo producido por el fallecimiento del ser querido, por la ruptura de la íntima convivencia y de los lazos de afecto, esto es, por el «doloroso vacío», como lo califica, con frase feliz, la sentencia de este Tribunal de 5 de junio de 1972. Siendo evidente que, a la hora de fijar el titular o titulares de la indemnización y el *quantum* de la misma, se ha de ponderar, en los presuntos beneficiarios, la concurrencia, o no, de los tres factores enunciados o de alguno o algunos de ellos, así como el grado de intensidad con que se dan, de tal modo que cuanto mayores son, especialmente el desamparo y la aflicción, más alta será la cifra indemnizatoria, reduciéndose ésta cuando no concurren o se hallen muy disminuidas tales circunstancias, pudiéndose, incluso, llegar a desestimarse toda indemnización, cuando no se han sufragado los gastos funerarios, ni nadie ha quedado desamparado, ni se ha sufrido daño moral, porque la muerte del pariente o del extraño ha producido indiferencia y no pesar, dolor o aflicción.»

En fin, en la sentencia de la Sala Cuarta de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 julio 1985, se lee:

«En primer lugar, no cabe duda alguna que, con el fallecimiento del señor T., se produjo una alteración desfavorable de las circunstancias de su familia como consecuencia de afectar de un modo directo, no sólo al derecho a la vida e integridad personal del fallecido, sino también a la asistencia afectiva y económica de la hoy reclamante (...).

»Mayor problema suscita el cuantificar la indemnización que, conforme a los principios generales del Ordenamiento Jurídico, debe tender a una reparación integral del detrimento que el daño ha supuesto, tanto del emergente como del lucro cesante, como admite la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la demanda aduce; así la sentencia de 16 de noviembre de 1974 sienta el principio de que “las circunstancias familiares de los perjudicados exigen la conservación del nivel de ingreso que aportaba el fallecido”; ahora bien, no se puede desconocer que la situación personal, profesional y económica del señor T. fallecido, director de la empresa E. E., relacionada con la exportación de productos franceses de alta tecnología, con un elevado nivel de ingresos económicos y sin la cobertura de la Seguridad Social, dado su carácter de alto directivo de la Empresa citada, como se justifica con la documentación obrante en el proceso; por todo ello, ponderando todas las referidas circunstancias, esta Sala que enjuicia no duda en fijar dicho *quantum* indemnizatorio en la cantidad de 10.000.000 de pesetas.»

En la sentencia de la misma Sala de 20 septiembre 1985, sobre reclamación de indemnización por la muerte de otro de los fallecidos en el mismo accidente (caída de helicóptero militar en vuelo) que en la sentencia anterior, se lee:

«Demostrada en las actuaciones no sólo la relación matrimonial del difunto con la hoy recurrente, sino además la existencia de cuatro hijos de corta edad como producto de aquélla, así como la dependencia no sólo

económica, sino también espiritual y asistencial naturalmente derivada de dichas relaciones jurídico-matrimonial y jurídico-paternofamiliar, forzoso es concluir con la declaración de que todas aquellas personas —esposa e hijos del difunto— son acreedores del derecho a la indemnización económica compensatoria de dicha pérdida.

»Al momento de tener que cuantificar el valor de la referida indemnización económica, ha de tenerse en cuenta que no es el de la vida, privada por el accidente, sino el de los daños y perjuicios que las personas que del difunto dependían, tanto en su esfera meramente material, como asistencial en el amplio sentido que el Derecho reconoce a las obligaciones del esposo y padre; pues bien, teniendo en cuenta las circunstancias personales de la víctima en razón a su potencial de ingresos económicos en la familia, y las de los familiares que quedan en el desamparo aludido, ha de concluirse con la fijación de 12.000.000 de pesetas, como cuantía de dicha indemnización, a percibir no sólo por doña Mercedes de la T. S., sino también por los demás hijos del referido difunto, habidos en el matrimonio mencionado.»

Y en la sentencia de la misma Sala de 15 abril 1988, se lee:

«(...) debiéndose afirmar, en consecuencia, que los perjuicios ocasionados a la recurrente y a sus hijos menores de edad por la muerte de su esposo y padre traen causa en una negligencia de la Administración al no tener en buen estado unos cables de conducción eléctrica y la atribuible al difunto y, por ende, estando probada la realidad de aquéllos y su posible evaluación económica e individualizados en la persona de la recurrente y en sus hijos menores de edad, que han perdido la persona que les garantizaba el sustento, esos perjuicios y el daño moral dimanante de esa muerte, y la relación de causa a efecto entre ese anormal funcionamiento del servicio público municipal y la conducta imprudente de la víctima mortal de forma directa con el hecho luctuoso, procede dar lugar, en parte a la reclamación interpuesta (...) estimando con un criterio racional de equidad y ponderando las circunstancias concurrentes en base a los datos aportados al proceso sobre los ingresos que obtenía de su trabajo el esposo de la recurrente de 65.440 pesetas, sin que puedan deducirse de la indemnización las cantidades a percibir por la viudedad-orfandad ya que éstas se corresponden a una contraprestación por las cuotas satisfechas a la Seguridad Social, sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1985, y apreciándose como insuficiente la determinada por el Ayuntamiento demandado en su escrito de contestación a la demanda de 559.770 pesetas (...) la cantidad adecuada para indemnizar el daño moral ocasionado a la demandante y a sus hijos por la muerte de su marido y padre, respectivamente, a efectos de otorgarles una compensación económica que por la naturaleza de aquél no existe posibilidad de determinarla en una cuantía que extinga o palie el sufrimiento ocasionado, y el perjuicio económico que comporta la pérdida del cabeza de familia que con su trabajo aportaba los ingresos necesarios para su sustento, se estima en 5.000.000 de pesetas, atendida la conducta negligente del fallecido que atempera la responsabilidad de la Administración (...) debiéndose reducir por ello a la indicada cantidad la indemnización, que se corresponde al 50 por 100 de la reclamada en este proceso.»

Resulta muy criticable la no infrecuente práctica, y no sólo de los Tribunales de lo contencioso-administrativo, de conceder, por causa

de muerte, *una indemnización global* para todos los personalmente perjudicados por el fallecimiento, en vez de fijar cantidades particularizadas para cada uno de aquellos, proporcionadas a sus respectivos perjuicios: provocando el eventual planteamiento de un litigio sobre la correcta distribución de aquella suma indemnizatoria global. Peor son las cosas cuando, aun ya sin aceptar la tesis de las pretensiones indemnizatorias *iure hereditatis*, se sigue concediendo aquella indemnización global a los «herederos» de la víctima, bien porque en esos términos se redactó la demanda por el «practicón» de turno, bien por cómoda costumbre, bien —como vimos ocurrir— con algunas sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo— por falta de datos precisos para otorgar indemnización de otra forma. Porque se genera entonces la duda sobre si el correcto criterio de reparto no será el de las respectivas cuotas en la herencia del difunto.

Lamentable es también que, por un lado, no se determinen separadamente la cuantía indemnizatoria que al perjudicado, o a cada perjudicado, corresponde por el daño patrimonial y la que le corresponde por el daño moral. Y, por otro lado, que no se precisen los criterios utilizados para, partiendo de los ingresos anuales de la víctima, llegar a las sumas otorgadas como indemnización de los daños patrimoniales (¿se descuenta la cantidad que la víctima hubiera gastado en sí misma?, ¿y la que hubiese ahorrado?, ¿hasta qué momento se entiende que un padre mantendrá a sus hijos?, etc.). Seguramente, porque no existe otro criterio que el del «ojo de buen cubero» del juzgador.

2. A la hora de establecer el círculo de los activamente legitimados para reclamar *iure proprio* indemnización por causa de muerte, los Tribunales españoles, con las Salas de los Civil y Penal del Tribunal Supremo a la cabeza, han sido bastantes generosos:

a) Indudable ha sido la legitimación activa del *cónyuge* del difunto y de los *hijos* de éste, aunque ya no convivieran ni dependieran económicamente de él (sentencia de la Sala de lo Penal de 26 junio 1986); a no ser que se hubiesen roto previamente todos los vínculos económicos y afectivos; aunque sea por la culpa o crueldad del fallecido exclusivamente (sentencias de la Sala de lo Penal de 19 mayo 1969, 12 noviembre 1981 y 25 junio 1983). Se ha afirmado también la legitimación activa del hijo póstumo (sentencia de la Sala de lo Penal de 31 enero 1976).

b) Indudable ha sido también la legitimación activa de los *padres* del fallecido, cuando no concurren con familiares más próximos. La jurisprudencia mayoritaria la ha afirmado también, empero, cuando concurren con el *cónyuge viudo* (sentencias de la Sala de lo Penal de 1 febrero 1974 y 20 abril 1982).

c) Se ha admitido la legitimación activa de los *nietos*, que no concurrían con otros familiares más próximos (sentencia de la Sala de lo Penal de 15 abril 1988).

d) No se ha puesto en duda la legitimación activa de los *hermanos* del fallecido, incluso si ya no convivían con él, ni dependían de él económicamente, cuando aquéllos no concurrían con otros familiares más próximos (sentencia de la Sala de lo Civil de *14 noviembre 1970*; sentencias de la Sala de lo Penal de *29 enero 1977* y *9 y 26 febrero 1981*). Pero también la de los hermanos que convivían con el difunto, en concurrencia con la madre de éste (sentencia de la Sala de lo Penal de *10 marzo 1983*).

Mención aparte merecen en este momento tres sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. La primera, sin duda excepción a la regla, es la sentencia de *2 julio 1979*:

«El único motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, en el que se denuncia infracción por la Sala de Instancia de los artículos 19, 101 y 104 del Código Penal, al no haberse acordado por la misma la concesión de una indemnización de 250.000 pesetas a cada uno de los padres de la víctima, no puede ser atendido, toda vez que, como consta acreditado, éstos vivían independientemente del hijo accidentado, quien lo hacía con su mujer, sin que aparezca demostrado que éste les estuviera ayudando económicamente en el tiempo anterior a su fallecimiento, ya que el hecho de su muerte por sí solo no es suficiente para suponer la existencia de perjuicios materiales para los padres, que han de probar la existencia de los mismos, y si bien esta Sala ha tenido en cuenta en determinados casos el daño moral ocasionado a los padres afectados sentimental e irreparablemente por el fallecimiento de un hijo, ello ha tenido lugar por carencia de otros perjudicados más directos, pues obrar de otro modo sería abrir un peligroso portillo en el ámbito de la responsabilidad civil, extendiendo la indemnización no sólo a los familiares más próximos, sino incluso a todas aquellas personas que se hallasen ligadas por vínculos afectivos o parentales con el muerto, aunque fuesen lejanos, aumentando desmesuradamente el montante de la indemnización concedida.»

El argumento empleado por la sentencia es de peso, pero sin apoyo normativo. No hay razón, además, para valorar igual todos los daños morales, ni para valorar en sumas significativas el daño moral de los parientes lejanos. En fin, el «peligroso portillo» de que se nos habla, lo ha abierto ampliamente, como hemos visto y veremos, el propio Tribunal Supremo y, en concreto, su Sala de lo Penal.

En la sentencia de *23 diciembre 1985*, se lee:

«Estanpándose en la sentencia combatida como hecho probado que el 24 de marzo de 1982 fue atropellada Dolores A. T. por el camión que conducía Francisco M. S., cuando se hallaba al servicio de la entidad "Suministros Valls, S. L.", ocasionándole heridas gravísimas que motivaron su fallecimiento al día siguiente, es indudable que semejante declaración entraña de por sí la existencia de un perjuicio irreparable para todas aquellas personas que mantenían con la víctima relaciones de convivencia o de particular afección que debe ser satisfecho previa la correspondiente valoración económica en lo que cabe y subsiguiente indemnización, pero bien entendido que tal satisfacción, que debe englobar los daños materiales

y los derivados del daño moral, debe hacerse —por no poder abarcar a todos los que, asimismo, se sientan damnificados— siguiendo un orden lógico de afinidad con el causante, de modo que sean los más inmediatos a él los que la reciban, con exclusión de los demás, pues de seguirse un criterio distinto tendría que distribuirse el montante total de la indemnización entre todos aquellos que de alguna manera hubiesen sufrido, cualquiera que fuese su grado, el “doloroso vacío”, con quiebra evidente del principio general que rige en materia de indemnización por concepto de perjuicios materiales y morales, que prima, como es natural, a quien haya sufrido de forma más palmaria el detrimento producido por la desaparición de la persona que constituyera su centro económico, o afectivo, por depender de ella o por causa de estrecha vinculación o vida común, por lo que, en este caso concreto, sobreviviéndola su viudo, y tratándose de sobrinos carnales los que piden ser indemnizados por la muerte de su tía en razón al daño moral que invocan, es claro que es aquél al que la citada indemnización corresponde, como sentenció aunque sin decirlo la resolución recurrida, y no a éstos, pues, aunque es cierto su carácter de herederos testamentarios de la difunta, no debe olvidarse que la indemnización por muerte ocurrida con motivo de accidente de circulación es debida a los perjudicados y no a los herederos, ya que éstos lo que tienen es el derecho a los bienes poseídos en vida por el causante, mas no a los que se generan por el acto de su fallecimiento, por cuanto mal se puede transmitir lo que no tuvo ingreso en el patrimonio hereditario disponible por nacer de la propia muerte del causante, lo que obliga a desestimar el único motivo del presente recurso, aunque no sin antes apostillar que el artículo 105 del Código Penal, que se cita como infringido, lo que otorga es acción para situaciones creadas antes del fallecimiento del causante, pero de ninguna manera para las que se originen de su óbito, por escapar las mismas de la facultad de disposición *mortis causa* sobre los bienes, que sólo se tiene, como adocrinaron entre otras las sentencias de esta Sala de 13 de junio y 20 de octubre de 1981, respecto de los que se detentan en vida.»

No es que discrepemos del resultado a que llega la sentencia; pero hubiera sido preferible una argumentación en el sentido de que el daño moral de los sobrinos que heredan a su tía es tan ténue que no merece una indemnización significativa, en vez de la empleada en aquélla, que parece concebir la indemnización por causa de muerte, sin base alguna en la ley, como una indemnización tasada, que no puede superar un implícito límite máximo, a distribuir entre todos los activamente legitimados (no hay razón para pensar que la única indemnización posible era la proveniente del seguro obligatorio del vehículo).

Mucho más indicativa del general actuar de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo es, en fin, su sentencia de *20 octubre 1986*, en la que la viuda reclamaba en su nombre y en el de su hijo menor indemnizaciones por la muerte de su marido e hijo y padre y hermano, respectivamente:

«Durante un largo período de tiempo y a base de una interpretación literal y aislada del artículo 105 del Código Penal, se confundió los términos perjudicado y herederos, entendiéndose que sólo éstos eran perjudicados. Pero una interpretación más racional y sistemática del mismo precepto en



relación con el 104, llevó a esta Sala a declarar, hace casi treinta años, que las personas a quienes corresponde la indemnización por muerte ocurrida con motivo de accidente de circulación son los perjudicados y no los herederos, conforme a la normativa vigente en la esfera civil, ya que según la misma sólo los vivos son capaces de adquirir derechos, y únicamente pueden transmitirlos por vía hereditaria aquellos que al tiempo del fallecimiento del causante se hallasen integrando su patrimonio, condición que no concurre en la indemnización por causa de muerte producida como consecuencia de un accidente de tráfico, pues al ser la muerte la que genera el derecho a la indemnización, aparece evidente que este derecho lo adquieren los perjudicados originariamente y no por vía derivativa, ya que mal podía haber ingresado en el patrimonio del fallecido un derecho que nace después de su muerte y precisamente como consecuencia de ella. Doctrina que pacíficamente ha llegado hasta nuestros días como lo acreditan las sentencias bien recientes de 13 de junio, 20 de octubre y 20 de noviembre de 1981, y 20 de abril y 20 de diciembre de 1982, y que ha permitido compatibilizar las indemnizaciones a la esposa viuda y a los padres del fallecido cuando no existan hijos del matrimonio —sentencias de 1 de febrero de 1974, 12 de noviembre de 1981 y 20 de abril de 1982— y que los hermanos también pueden ser perjudicados, siempre que a la relación de parentesco se añadan otros daños esenciales como la pérdida de la convivencia, la dependencia económica u otros supuestos de parecida entidad, que pierden su fuerza y eficacia en los casos de abandonos prolongados, desentendimiento de obligaciones familiares, rotura de estos vínculos, ignorancia de paradero u otras causas parecidas que suponen la rotura material y moral de aquéllos de manera voluntaria y consciente —sentencia de 25 de junio de 1983— situaciones negativas que no pueden darse en el caso enjuiciado, pues el hermano sobreviviente es un niño de corta edad.

»(...) Entienden los recurrentes que no puede indemnizarse a la esposa viuda y al hijo de ésta y del muerto, pues el heredero es el hijo y no la viuda, a la que sólo corresponderá un tercio en usufructo; y si a ésta se le concede indemnización por el hijo muerto, no debe recibirla el otro hijo sobreviviente, pues en el orden de prelación hereditaria los padres eliminan a los hermanos del muerto, argumentaciones que no pueden ser acogidas por los razonamientos que se hacen en el anterior fundamento jurídico.»

Quizá sea éste un buen lugar para decir de paso que el argumento reiteradamente empleado por el Tribunal Supremo para negar la existencia de pretensiones indemnizatorias *iure hereditatis* derivadas de la pérdida del bien «vida», me parece puramente conceptual y muy artificioso. Imaginemos que *A* administra a *B* un veneno mortal para el que no se conoce antídoto; pero que, antes de que el veneno haga efecto, *C*, también enemigo de *B* y que no sabía nada del envenenamiento, se acerca a *B* por la espalda y lo mata instantáneamente de un tiro en la nuca. Si estamos de acuerdo en que será *A*, y no *C*, quien habrá de indemnizar por la muerte de *B*, ya que cuando *C* disparó la vida de *B* ya no valía nada (otra cosa es que *C* responda penalmente de asesinato consumado y *A* sólo de asesinato frustrado), habremos de estar de acuerdo en que, a los efectos de la responsabilidad civil, la privación del bien «vida» se puede producir antes de

la extinción de la personalidad de la víctima. No quiero decir con ello que *el resultado* al que llega nuestro Tribunal Supremo sea equivocado, sino que habría de emplearse al efecto, bien el argumento de que la privación del bien «vida» *no es un daño* en el sentido propio de las normas de responsabilidad civil, bien el de que no puede tratarse sino de un daño moral y que, dada la específica función del resarcimiento de dicha clase de daño, no resulta sensato que la pretensión para exigirlo sea transmisible *mortis causa*, dado su carácter personalísimo. Pero conviene retomar ya el hilo de la exposición.

e) La sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de *12 marzo 1975* concedió una indemnización por daño moral a la prometida del fallecido, en concurrencia con los padres de éste. La de la Sala de lo Civil de *26 enero 1972* afirmó la legitimación activa de la persona con la que el fallecido convivía como un hijo, pero sin haber sido adoptado regularmente. La de la Sala de lo Penal de *19 mayo 1969*, la de la concubina adulterina del difunto, así como la de sus dos hijas adulterinas. La de la misma Sala de *10 febrero 1972*, la de una señorita que convivía con la anciana fallecida y cuidaba de ella. Y la de la misma Sala de *2 febrero 1973*, la de los hijastros de la víctima, que convivían con ella y su marido, padre de aquéllos en primeras nupcias.

f) Mención aparte merece la sentencia de la Sala de lo Civil de *25 noviembre 1969*, que concede indemnización por causa de la muerte de un sujeto a una mujer que había celebrado matrimonio canónico y convivía con aquél, sin haberse disuelto previamente un anterior matrimonio civil de la mencionada mujer (con mejor criterio, a mi juicio, el Juez de Primera Instancia había desestimado la pretensión de ésta, acordando solicitar la instrucción de sumario por posibles delitos de bigamia y falsedad). Y la sentencia de la Sala de lo Penal de *31 mayo 1972*, que en un delirio de la razón jurídica, concedió indemnización por la muerte de un anciano al asilo en que vivía acogido.

g) En la única ocasión que el tema se ha planteado, en fin, se ha negado a una Congregación religiosa indemnización por la muerte de uno de sus miembros: sentencia de la Sala de lo Penal de *12 junio 1970*. Aunque la sentencia de la misma Sala de *30 junio 1965* apuntó que la Iglesia podía estar activamente legitimada en caso de muerte de un Obispo y un Canónigo.

#### IV

1. Todas las Salas del Tribunal Supremo cuya jurisprudencia está siendo objeto de este trabajo, tienen en cuenta la concurrencia de culpa de la víctima como factor de disminución de la cuantía indemnizatoria. Se incluyen hoy también las Salas de lo Contencioso-

Administrativo, jurisdicción ésta que durante mucho tiempo fue reacia a admitirlo, desde la doctrina de que la responsabilidad de la Administración requería la existencia de «un nexo causal, directo o inmediato, entre el actuar imputable a la Administración y la lesión causada, nexo que ha de ser exclusivo, es decir, sin inmisiones o interferencias extrañas a las que pudieran cooperar terceros o el propio perjudicado». Véase la importante sentencia de 12 mayo 1982.

Aunque extraño desde un punto de vista puramente dogmático, ha resultado indudable a nuestra jurisprudencia que la culpa concurrente de la víctima sirve también para reducir la cuantía de las indemnizaciones concedidas a los personalmente perjudicados por la muerte de aquélla, pese a carecer éstos mismos de culpa alguna en la producción del accidente. Quizá porque la solución dogmáticamente «satisfactoria» —indemnización plena a los personalmente perjudicados por la muerte, con posibilidad de ulterior regreso del responsable contra los herederos de la víctima, en proporción a la culpa concurrente— conducirá lógicamente al absurdo de tener que sostener que, en caso de suicidio, los personalmente perjudicados por la muerte del suicida podrían reclamar indemnización a los herederos del mismo.

Dos puntos siguen, en fin, sin quedar claros. Uno, si cabe o no apreciar concurrencia de culpa cuando la víctima es un niño de corta edad: véanse las sentencias de la Sala de lo Civil de 5 abril 1963, 26 junio 1968, 15 noviembre 1982, 27 junio 1983, 10 diciembre 1985 y 10 octubre 1988. Dos, si se trata o no en verdad de una cuestión de hecho libremente apreciable por el Tribunal de Instancia y no revisable en casación: véanse las sentencias de la Sala de lo Civil de 20 febrero y 7 diciembre 1987 y 30 junio, 7, 20 y 28 octubre 1988.

2. Si dejamos de lado la ya citada sentencia de la Sala de lo Civil de 31 mayo 1985 (que, por lo demás, trató el problema como uno de falta de daño y no como uno de compensación de daños y lucros), cabe afirmar que la jurisprudencia de las Salas de lo Civil y lo Penal del Tribunal Supremo, en los casos de daños a las personas, no han aceptado supuesto alguno de *compensatio lucri cum damno*, al efecto de reducir la cuantía indemnizatoria del lesionado o de los personalmente perjudicados por la muerte de la víctima.

Es cierto que, salvo error u omisión por mi parte, nunca se ha planteado ante nuestro Tribunal Supremo la cuestión de si los perjudicados por la muerte de la víctima han de dejarse restar lo que recibieron de ella por vía de herencia o, al menos, los rendimientos del capital hereditario durante el período de tiempo en que la conducta del responsable ha adelantado dicha recepción; aunque es ya significativo que los abogados de los demandados no lo hayan intentado siquiera. Sí se ha planteado el problema de si, bien los personalmente perjudicados por la muerte de la víctima, bien los lesionados, deben dejarse restar las sumas procedentes de seguros privados de vida o accidentes: con clara respuesta negativa de nuestros Tribunales civiles

y penales. Que han reiterado también su doctrina de la más perfecta compatibilidad que las pretensiones indemnizatorias contra el responsable de la lesión o muerte con los capitales o pensiones pagadas por la Seguridad Social al perjudicado o perjudicados. Véanse las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de *15 noviembre 1963, 20 mayo 1966, 19 enero y 24 noviembre 1967, 21 marzo 1969, 23 enero 1970, 22 febrero y 30 octubre 1971, 13 abril y 10 noviembre 1977, 23 mayo 1978, 29 diciembre 1979, 29 abril 1980, 5 enero y 4 octubre 1982, 9 marzo y 5 julio 1983, 12 abril y 8 octubre 1984, 6 mayo y 30 noviembre 1985 y 16 marzo 1987*. Y las de la Sala Segunda de *3 diciembre 1952, 23 febrero 1961, 15 enero 1965, 28 enero 1966, 7 marzo 1967, 26 enero 1968, 16 octubre 1969, 6 julio 1972 y 8 junio 1982*.

Donde menos claras han estado las cosas al respecto es en la jurisprudencia contencioso-administrativa: véanse, por ejemplo, las sentencias de *28 enero 1972, 16 noviembre 1974, 3 diciembre 1982 y 25 abril 1986*. Es cierto que en la importante sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de *2 abril 1985*, relativa a las lesiones sufridas por una asistente social del Gran Hospital del Estado de Madrid, al caerse uno de los ascensores del mismo, se lee:

«Frente a la sentencia que declara la responsabilidad patrimonial del Estado por importe de 1.000.000 de pesetas, la Administración apelante fundamenta su impugnación en dos motivos consistentes en la falta de prueba concreta y clara de la cuantía económica de los daños y perjuicios y en la procedencia de descontar de su importe la indemnización laboral reconocida a la demandante en el ámbito de la Seguridad Social.

»Partiendo del hecho indiscutible de que las lesiones sufridas por la accidentada y secuelas derivadas de las mismas comportan unos daños y perjuicios de innegable repercusión económica, los dos mencionados motivos inciden ambos en el tema de la cuantía de la indemnización y deben por ello resolverse al mismo tiempo en el sentido de que dicho tema, por su propia naturaleza, presupone un juicio estimativo de los Tribunales, fundado en la apreciación conjunta, racional y prudente de todos los datos y elementos aportados al proceso que se realiza con la finalidad de señalar una cantidad de dinero que suponga una reparación adecuada a la entidad de los daños y perjuicios sufridos, la cual necesariamente se desenvuelve en un margen de relatividad, especialmente si intervienen daños físicos y morales que comportan dolor y sufrimiento de imposible cuantificación rigurosamente matemática y, en dicho contexto, es indudable que la cantidad de 1.000.000 de pesetas para compensar lesiones consistentes en fractura de metatarsianos y clavícula izquierda y luxación del astrágalo calcáneo que tardaron en curar 496 días y dejaron secuelas de algias en columna lumbar, rodilla izquierda y pie derecho, constitutivas de incapacidad laboral permanente parcial, no sólo es calificable de prudente y adecuada, sino que incluso pudiera ser considerada excesivamente parca y moderada para reparar los daños físicos y morales y perjuicios económicos que comportan tan importantes lesiones y sus consecuencias posteriores, sin que en dicha cantidad sea procedente hacer minoración alguna por haberse reconocido

a la lesionada una indemnización laboral, ya que ésta constituye contra-prestación de cuotas que venía cotizando y se produce en un campo ajeno al de la responsabilidad patrimonial.»

Cierto es también, como ya vimos, que dicha doctrina ha sido reiterada en caso de responsabilidad por muerte por la reciente sentencia de la misma Sala de *15 abril 1988*. Pero igualmente lo es que en la sentencia de la misma Sala de *26 enero 1988* se lee:

«En principio, el fallo del Tribunal de Instancia es correcto, al acoger la pretensión de la actora de que se le indemnice por el Ayuntamiento de Sevilla, en la cantidad de 1.000.000 de pesetas, por los daños sufridos por el mal funcionamiento del servicio de ascensor en la maternidad donde trabajaba como limpiadora, al abrirse su puerta de acceso al mismo indebidamente, provocando su caída al foso en la planta sótano, lo que le produjo importantes lesiones. Decimos esto porque los hechos en sí, antes de pasar a examinar la situación laboral de la accionante, son el prototipo de los supuestos previstos en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, artículo 40 de la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y, como remate, artículo 106.2 de nuestra Constitución.

»La singularidad del caso en debate radica precisamente en el hecho de que el luctuoso hecho se produjera como una incidencia en la jornada laboral de la recurrente, lo que motivó el que el mismo Ayuntamiento la atendiera en todo momento, pasando después a percibir las prestaciones correspondientes de la Seguridad Social, en la que la Corporación sevillana participa como empresario.

»Se trata, ni más ni menos, de un accidente laboral en el que ha participado como causa principal el mal funcionamiento de un servicio —el de ascensor o montacargas—, dentro del complejo de servicios del Centro sanitario donde los hechos se han producido. Pero un supuesto que, al estar previsto en el régimen general laboral de la Seguridad Social, tiene que ser éste contemplado desde la perspectiva que ofrece su propio Ordenamiento, ya que la normativa a que nos hemos referido al principio, instauradora de la responsabilidad civil de la Administración trata de cubrir responsabilidad de ésta no garantizada por los ordenamientos sectoriales.

»Lo expuesto queda evidenciado con sólo contemplar lo dispuesto en el artículo 93 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974, en el que, lo que pudiera conseguirse a través de la puesta en práctica de la responsabilidad de la Administración, queda ya garantizado, al disponer que todas las prestaciones económicas que tengan su causa en un accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones..., que es precisamente lo ocurrido en el caso que nos ocupa.

»El Ayuntamiento demandado tiene que hacer frente a ese plus —del 30 al 50 por 100—, pero no por la vía de los preceptos citados de la Ley de Expropiación Forzosa y la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, sino por la establecida en el mencionado artículo 93 del Texto Refundido de la Seguridad Social, en el que se dice —en el número 2 del mismo— “que la responsabilidad del pago del recargo establecido en el número anterior —parcialmente transcrito antes— recaerá directa-

mente sobre el empresario infractor...”, que es en este caso el Ayuntamiento de Sevilla.

»Precisamente, esta Sala ha dictado recientemente una sentencia —el 9 de febrero de 1987— en la que, análogamente a lo que aquí se razona, declara la incompatibilidad entre el percibo de las prestaciones que correspondan a un militar en acto de servicio, con otra más pretendida por la viuda en aquel proceso, invocando los mismos preceptos legales que la recurrente esgrime en el que aquí ocupa nuestra atención.»

No hará falta insistir en la enorme transcendencia que, de consolidarse, tendrá la doctrina sentada en la sentencia que acabo de transcribir. Me parece claro, sin embargo, que, aun muy digna de atención de *lege ferenda* en el marco de una reconsideración general del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es totalmente equivocada con el Derecho vigente en la mano: que apoya con nitidez la doctrina completamente opuesta de la sentencia de 2 abril 1985. No es sólo que los incrementos de las prestaciones de la Seguridad Social de un 30 a un 50 por 100 previstos en el artículo 93 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, tengan como presupuesto la culpa o negligencia del empresario, mientras que la responsabilidad civil de la Administración es exquisitamente objetiva. Es, sobre todo, que precisamente el artículo 97.3 del mismo texto legal dispone lo siguiente: «Cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, *incluido el empresario*, la prestación será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones, por la Entidad Gestora o Mútua Patronal, en su caso, *sin perjuicio de aquellas responsabilidades*. En estos casos, el trabajador o sus derechohabientes *podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente.*»

3. Sólo unas palabras, en fin, a modo de conclusión. Tras la lectura de muchísimas sentencias, tengo la convicción de que, en el marco de un acuerdo bastante general sobre cuáles sean las partidas o conceptos indemnizables, el cálculo de las indemnizaciones por los daños a las personas se ha basado y se sigue basando, como regla, en el «olfato» o el «ojo de buen cubero» del Juez o Magistrado de turno; que opta en no pocas ocasiones por conceder precisamente la cuantía solicitada en la demanda, si no la estima desorbitada, salvo reducción proporcional en caso de culpa de la víctima. Claro me parece también que ello ha provocado un resarcimiento proporcionalmente muy bajo de los daños más graves, frente a uno, quizá excesivo, de los daños más leves. Indudable resulta, por lo demás, que las cuantías indemnizatorias han crecido en los últimos años en mucha mayor medida que el coste de la vida; aunque no parece haya llegado aún el momento de poner en cuestión el principio general de la íntegra indemnización de los daños a las personas, por riesgo de que nuestro sistema económico no soporte la carga.



# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## I. Sentencias comentadas

### **LAS PRESUNCIONES HOMINIS Y/O FACTI DEL ART. 135 Y LA PATERNIDAD «ATRIBUIDA» EN LA SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1988**

El recurso de casación objeto de nuestro comentario y de la litis en cuestión se plantea denunciando la infracción del artículo 127 del Código Civil, en relación con el artículo 39-2 de la Constitución —investigación de la paternidad—.

A mi modo de ver, por lo que después tendremos ocasión de analizar no es congruente el fallo del Supremo que casa la sentencia; pues como bien se argumenta en los votos particulares (señores Serena Velloso y Burgos Pérez de Andrade) el artículo 127 no ha sido infringido por cuanto su contenido normativo no es otro que el de posibilitar la investigación de la paternidad y de la maternidad, poniendo fin a las limitaciones del ordenamiento antecedente, accediéndose en cuanto a los órganos jurisdiccionales competía, a toda suerte de pruebas, incluidas las biológicas —a cuya práctica se opuso el demandado recurrido— siendo por la actitud de éste y no por *infracción legal* atribuible a dichos órganos que no se practicaran las de esa clase.

El planteamiento del recurso argumentándolo en base a la infracción del artículo 127 Código Civil que enumera los medios de prueba admisible en los juicios sobre investigación de la paternidad, no son aptos para amparar un recurso de casación, al no referirse a un medio de prueba concreto ni regular su eficacia (sentencias 7-2 y 6-6-1981; 5-4-1982; 16 y 26-12-1983 y 3-12-1984). Estamos de acuerdo en dichas apreciaciones, y también en el juicio de los elementos fácticos del proceso, en los cuales me parece que (como después explicaremos) el recurrente apoya su pretensión de constituir aquellas auténticas pruebas *indirectas* de la generación en poco menos que un revelador e inconcuso reconocimiento de la paternidad, cuando como después iremos analizando, aquellas pruebas indiciarias en las que el recurrente intenta viabilizar su recurso (amparándose en una anómala y absurda aportación cuando menos intemperante del artículo 127 en relación con el artículo 135 Código Civil fiel exponente de las presunciones hominis. En el mentado precepto se detallan una suerte de hechos indiciarios con una fórmula final de auténtico *desideratum*, ya que en el mismo tienen cabida cualquier indicio, de los cuales pudiera inferirse la filiación de un modo análogo...) no se prueba ninguna «de forma vehemente», es decir, ni la pretendida posesión de estado, ni tan siquiera sólo *quasi possessio*..., ni tampoco la convivencia del padre con la madre en la época de la concepción, ni un reconocimiento expreso (entendido por tal no el



solemne del artículo 120-1.º —pues este ya determinaría legalmente la filiación—; sino un reconocimiento expreso con voluntad indubitada de reconocer, pero que no está explicitado formalmente) ni tampoco tácito, ya que de la sentencia, en ningún momento, se revela ningún hecho concluyente y/o inequívoca...

Por tanto, aunque adelantemos parte de nuestro razonamiento crítico a la sentencia, *hic, et nunc*, diremos que es la no constatación de estas pruebas indirectas (ex art. 135 C.c.) lo que fundamenta nuestra repulsa a la casación de la sentencia, y no tanto la negativa a someterse a las pruebas biológicas (que a *fortiori* como sabemos, tampoco revela ineluctablemente una *ficta confessio*) por parte del demandado recurrido, como *infra* examinaremos.

Nuestra conclusión que por ende va a ser nuestra constante en el breve estudio en torno a esta sentencia que vamos a realizar, es que no hay unos hechos —*facta concludentia*— probados, de las cuales puede deducirse el establecimiento de una filiación, es decir de la conjunción de los hechos indiciarios, no se llega a una conclusión proclive a declarar la filiación paterna extramatrimonial, y sabido es que la convicción del juzgador debe fundamentarse no tanto en la evidencia del hecho indiciario, como del conjunto de las pruebas, y no sólo decantar su valoración discrecional de la negativa a someterse el encausado a las pruebas biológicas.

Pasamos sin otros prolegómenos (aunque en nuestro caso están plenamente fundamentados) a las manifestaciones fácticas que se tienen por ciertas.

1. Que el demandado MBP conoció a la demandante AVC por los años 1968 a 1969, como acredita el reportaje fotográfico acompañado con el escrito de demanda iniciador del juicio de que se trata, así como que dicha demandante tuvo un hijo que según certificado privado de un hospital nominado de C.G. de EE.UU. nació el 28 de setiembre de 1969, dándole el nombre y apellidos de MBV con certificado de bautismo en la iglesia de St. D., EE.UU., en el 9 de noviembre de 1969 con aquellos nombres y apellidos, que igualmente fueron consignados en pasaporte expedido en EE. UU. con asignación como fecha de nacimiento la antes indicada de 28 de setiembre de 1969.

2. Que en fotografías aparentemente figuran el citado menor inscrito con el nombre y apellidos de MBV con el precitado demandado MBP.

3. Que las relaciones sexuales habidas entre los mencionados AVC y MBP no se ha acreditado fuesen con habitualidad.

4. Que el referido demandado MBP se negó a someterse a las denominadas pruebas biológicas que en orden a la determinación de paternidad cuestionada fueron acordadas practicar judicialmente con la *advertencia* de las consecuencias jurídicas que pudieran derivarse de la negativa de someterse a ella.

Comenzamos la síntesis de nuestra aplicación, precisamente por el punto referido a la negativa del encausado a someterse a los peritajes biológicos.

En primer lugar, hay que decir que desde una perspectiva teórica, como hemos referido con anterioridad, el juez debe valorar las pruebas presentadas en conjunto sin conceder primacía a las conclusiones derivadas de los peritajes biológicos, y mucho menos (como parece deducirse del supuesto), inferir *per se* la paternidad, por la negativa «injustificada...» del demandado, valorando la actitud de éste, dentro de la llamada *ficta confessio*...

Debemos decir que aquella negativa no debe ser enjuiciada, más que como un simple hecho indiciario o *quaestio facti*, pero valorable en congruencia con las demás pruebas-indicios y/o presunciones del artículo 135 del Código Civil.

Consecuentemente como tal hecho indiciario debe completarse con las restantes pruebas aportadas al proceso. Así lo interpreta el poiente en casación, ya que *por una parte* nos recuerda *ab initio* el principio del *nemo ad factum cogi potest* (nadie puede ser obligado a un hecho contra su voluntad) y concretiza, que quien cuando se trate de análisis de sangre puede amparar su negativa a someterse a ella en los derechos a la protección de la intimidad y a la integridad física, que le conceden los artículos 15 y 18 de la Constitución, y que el derecho a investigar la paternidad no puede llevar a la consecuencia de que quien se niegue sin causa justificada a someterse a pruebas hematológicas incurra en *facta confessio*, SINO QUE TAL RESISTENCIA NO PASA DE CONSTITUIR UN INDICIO QUE LOGICAMENTE HA DE SER APRECIADO POR LA SALA SENTENCIADORA DE INSTANCIA, pero por otra parte, concluye relacionando el asentado hecho indiciario con las presunciones hominis del artículo 135 (que en el caso las *questio facti* existentes las otorga el juzgador en casación una relevancia probatoria indudable), llegando en su sana crítica a una apreciación de certidumbre de la paternidad reclamada, lo que a nuestro parecer es erróneo por lo que vemos *infra*.

Recuérdese que se dice: «sin embargo esa negativa, unida a la oportunidad de acceso carnal con la demandante en las fechas críticas en que se cifra la concepción del niño, para lo que no se necesita de una situación de convivencia continuada, y a las manifestaciones públicas atributivas de la paternidad en cuestión, reflejada en publicaciones y reportajes, no contradichos al tiempo de llevarse a cabo, *revela como pone de manifiesto la propia jurisprudencia* (cita algunas sentencias *ad exemplum*) al reconocimiento de una presunción '*seu iudicis*'...»

A mi modo de ver, en el caso que es objeto de nuestro análisis, el juzgador en casación, ante la negativa del demandado (la que juzga por otra parte de postura obstruccionista...) a someterse a las pruebas biológicas, recurre en concreto dentro del elenco de hechos indiciarios del artículo 135, a la fórmula final del mentado precepto, puesto que los hechos indiciarios que explicita no se cumplen con rigor en el caso, es decir no hay posesión de estado, ya que no puede decirse que sea tal situación fáctica las «meras manifestaciones públicas atributivas de paternidad reflejadas en publicaciones y reportajes no contradichos al tiempo de llevarse a cabo» pues como de todos es sabido y es doctrina legal reiteradísima la *posesión de estado* exige un conjunto o serie de actos notorios y reiterados que por la naturaleza de sus circunstancias determinan una situación de hecho de *carácter permanente acreditativa de la voluntad* del padre o de la familia de tener como hijo al que pretenda el reconocimiento, sin que quepa confundir y así lo ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo los actos que en mayor o en menor grado podían revelar un convencimiento de una persona respecto a su paternidad y admitir al hijo en su familia. Asimismo, tampoco consta (de los datos con que contamos para enjuiciar el caso —que no son todos lo autos— no podemos llegar a la conclusión del *animus recognoscendi*) ni que hubiera un reconocimiento expreso ni tampoco tácito, ya que las apreciaciones fácticas no revelan en modo alguno un conocimiento cierto de la paternidad, ni mucho menos un deliberado propósito encaminado a reconocerlo como hijo. En tal sentido no sirve catalogar de reconocimiento y *ad maiore* de posesión de estado, hechos (que, sí son cotractorios, como se pone de relieve en la sentencia) tales como

las actas de nacimiento, bautismo, pasaporte, publicaciones periodísticas y reportajes, con expresión pública de filiación con relación al demandado —recurrido—.

Finalmente, tampoco queda acreditado el hecho indiciario de la convivencia *more uxorio* en la época de concepción. Interesa a este respecto traer a colación lo reconocido en los Considerandos 4.º y 5.º de la sentencia que dictó la sala segunda de lo civil de la Audiencia Territorial (como explica el magistrado señor Burgos en su voto particular) ya que en ellos queda establecido que la demandante no permaneció al lado del demandado, ni en territorio español, durante el período de gestación, pues según tiene reconocido se marchó a EE. UU. en el mes de abril de 1969 y regresó en el mes de febrero de 1970. A mayor abundamiento, se dice que respecto a la prueba indirecta de la convivencia, que este tipo de relaciones han de estar dotadas de cierta continuidad, y ser coincidentes con el período de la concepción, no alcanzando el rango de hecho análogo a la convivencia, el acceso sexual aislado, que por carecer del carácter de estado continuado, no ofrece unas garantías de paternidad tan grandes como aquélla (sentencias 27-6 y 17-7-1987).

Dígase lo mismo, en cuanto a la incertidumbre de la fecha del nacimiento del niño, y la falta de la convivencia en la época de la concepción, pues la madre, está demostrado que se ausentó de España «durante el período de diez meses, coincidentes en la época de la gestación...».

En fin, el juzgador en casación pone en conexión el indicio de la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas con los restantes elementos probatorios para llegar a inferir la filiación, acudiendo a los hechos base o indicios del artículo 135, y como ocurre en nuestro caso —al no acreditarse las pruebas indirectas referidas con anterioridad— aun así puede establecerse la filiación de otros hechos, de los que se infiere la filiación de modo análogo... En cuyo supuesto de hecho, puede incluirse cualquier prueba apreciada por el juez como relevante lo que unido a los hechos que se presentan en el supuesto, no tanto el hecho probado de la convivencia —que no la hubo, por lo menos con las notas de habitualidad y continuidad o permanencia y tampoco de la posesión de estado— por falta de los elementos integrantes básicamente el *tractatus* y también la *reputatio* (pues no nos sirve esas simples manifestaciones de publicidad periodística); sin embargo de las circunstancias fácticas puede revelarse un comportamiento que implique un implícito reconocimiento. Así lo ha entendido el juzgador en casación pues llega a inferir la paternidad del demandado, «como consecuencia y fruto de las relaciones sexuales mantenidas cons. AVC, pues de no ser cierto fácil le sería al referido demandado destruir esa atribución sometiéndose a las pruebas biológicas...».

En conclusión, el juez ha declarado la filiación en base a meras presunciones indiciarias, es decir en función de la conexión de la negativa del tercero a someterse a las pruebas biológicas, junto a la «evidencia» de los restantes elementos probatorios del proceso, razonando de modo discrecional todas las circunstancias concurrentes para llegar al convencimiento de la declaración de la paternidad del encausado, entendiendo la negativa del tercero como un indicio que presume la paternidad...

Como explicaba el magistrado Serena Velloso en la formulación de su voto particular, «el que pertenece a la esencia de la prueba de presunciones el que desde el hecho base se puedan alcanzar diversos hechos consecuencia y no solo un hecho. Cuando el hecho-consecuencia o tenido por tal es el único inferible

del hecho-base, en rigor se está ante un único acto concluyente y la cuestión movida es la interpretación y contenido de éste». Lo propio del presente trámite, pues es mantener la apreciación del juzgador de la instancia, quien próximo a los hechos, *ya tomó en prudencial consideración*, sin estimarla determinante, la resistencia del demandado a las pruebas biológicas junto con los demás indicios, de un sentido u otro.

Efectivamente, tenemos que compartir el razonamiento del magistrado Serena, porque el conjunto de los indicios en modo alguno revelan un inequívoco comportamiento para inferir el convencimiento de la paternidad que se imputa, máxime cuando del examen de los hechos base indiciarios se destaca claramente la falta de un *animus recognoscendi*. No hay una voluntad paterna que se manifieste en un preclaro comportamiento paterno filial por parte del encausado, puesto que aquél en ningún momento ha desencadenado y mucho menos ha exteriorizado públicamente la atribuida paternidad.

Recuérdese en este sentido, que se tiene por demostrado en el proceso *ad casum* la ausencia de prueba de la alegada convivencia «*more uxorio*»; *item mas*, durante el período de gestación; que asimismo existe confusión respecto a la fecha del nacimiento del menor y *no consta* la certeza de esas promesas de matrimonio o muestras de alegría atribuidas al demandado, con motivo de la noticia del embarazo de la actora...

Téngase presente, desde nuestro punto de vista justificado con el soporte de la doctrina jurisprudencial más señera que sin ir propiamente al rigor de la tesis voluntarista que exigía ese ánimo reconocedor; la jurisprudencia como decimos vino a excluir —por no explicitar ese propósito de reconocer— aquellas manifestaciones que se limitaran a revelar afecto, una protección al supuesto hijo (hechos que en nuestro caso no acontecen) o las que solamente indicaban un conocimiento del estado de gestación de la madre..., porque no revelaban una declaración de voluntad de reconocer por suyo al hijo deliberadamente expresada con este fin. Dicho en otras palabras, de las *quaestio facti* de nuestro supuesto litigioso no se infiere el convencimiento del demandado con relación a la paternidad que se le atribuye, no hay ningún acto directo, inequívoco por parte de aquél de aceptar esa relación paternofilial, y en ningún momento existió el ánimo de cumplir los deberes de la paternidad. Refuerza nuestra reflexión, la propia sentencia, cuando expresa que resulta obligado también enumerar aquí como probado «... 2.º. *La ausencia de prueba respecto a la posesión de estado de hijo* o de cualquier clase de reconocimiento efectuado por parte del demandado...» el reportaje fotográfico que acredita la existencia de una relación de conocimiento o amistad entre la demandante y el demandado hacia los años 1968 y 1969, así como la aportación de una fotografía en la que *aparentemente* figura el menor junto al *demandado* insuficiente (como bien argumenta en su voto particular el señor Burgos) para acreditar el concepto de la posesión de estado en favor del hijo.

A lo cual completaríamos la argumentación por nuestra parte diciendo que esos «reportajes» no evidencian inequívocamente la voluntad del demandado —progenitor presunto— de tener como hijo a quien se le reputa públicamente en los citados reportajes fotográficos como suyo, de suerte que no se ha desencadenado ningún *nexo paterno-filial* por lo que al no existir, ni quedar probado la perseverancia (más bien todo lo contrario...) y la constancia en el ánimo, no puede existir posesión de estado, pues ni hay duración, ni permanencia, ni persistencia.

En este sentido repárese que en el *interin* transcurrido desde el nacimiento del hijo hasta el planteamiento de la demanda, no se ha logrado demostrar la existencia de actos que reflejaran una aceptación de la condición de «padre» y las pruebas indiciarias que nos presentan son *insuficientes* para acreditarle, por lo que no puede inferirse un claro propósito de reconocer, más bien todo lo contrario, una absoluta inhibición de atribuirse la paternidad, por lo que las aludidas pruebas indirectas o hechos base inductivos del artículo 135 no consolidan ningún nexo paterno-filial en nuestra *res litigiosa*.

En conclusión, esos *hechos base inductivos* del artículo 135 son meras presunciones *facti* (no vinculan *ab initio* al juez). Son meras presunciones *hominis*, que no obligan al juez en el sentido de que tenga que dar por probado el hecho amparado por la presunción —como ocurre en las presunciones legales— hasta que no se aporte prueba en contrario, y a diferencia de las presunciones legales (art. 1.250 y 1.251) no constituyen aquéllas —presunciones *hominis*— una dispensa o relevación de prueba de los hechos presuntos o una inversión del *onus probandi*.

Otra de las cuestiones que han actuado de modo relevante en contra del demandado ha sido la negativa del tercero a someterse a las pruebas biológicas. Conviene a este respecto que hagamos algunas puntualizaciones.

Establece el artículo 127 del Código Civil: «En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad, mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.»

Este precepto establece la libertad de prueba en la investigación de la paternidad, ahora bien tiene que relacionarse con el artículo 135 donde se establece ese elenco de hechos indiciarios...

Como bien argumentaba el magistrado Sr. Serena Velloso en su voto particular, la finalidad del artículo 127 (que no ha sido por ende infringido) es la de posibilitar la investigación de la paternidad y de la maternidad poniendo fin a las limitaciones del ordenamiento antecedente; mandato de apertura que ha sido acatado en la instancia, accediéndose en cuanto a los órganos jurisdiccionales competía, a toda suerte de pruebas, incluidas las biológicas, a cuya práctica se opuso el demandado recurrido, siendo *por la actitud de éste y no por infracción legal atribuible a dichos órganos, que no se practicaran las de esa clase*.

Téngase en presente *a fortiori* sobre este punto que el juez en modo alguno se siente compelido a otorgar un valor absoluto a las pruebas biológicas, ya que éstas quedan a su discrecional apreciación. En la nueva regulación sobre la filiación se ha llegado a un sistema probatorio no tasado, sino libre, lo cual posibilita una mayor discrecionalidad judicial, máxime cuando no debe sentirse vinculado a los resultados de cualquier peritaje biológico, y *ad maiore* decantar de la negativa del encausado a someterse a las pruebas una *ficta confessio* que suponga una presunción de paternidad en su contra. Y como ha afirmado la mejor doctrina (Fairen Guillén, Rivero Hernández, etc.) la vinculación o no del juez al dictamen pericial es una cuestión importante, ha de tenerse en cuenta que la doctrina construye hoy la figura jurídica del perito como auxiliar del juez; considérese además que en un gran porcentaje de casos suministrará aquél un dictamen razonando científicamente la exclusión absoluta de la paternidad...

En relación a la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas, si bien *recta vía* no sirve inequívocamente para apoyar una *ficta confessio*, estamos de acuerdo que la negativa al sometimiento a lo peritajes biológicos es un *iudicio*

a valorar en concordancia siempre con las demás pruebas aportadas al proceso y/o hechos indiciarios que como hemos referido con anterioridad, *en nuestro caso no son realmente efectivos ni concluyentes, por lo que no nos puede llevar a apreciar inequívocamente la certeza de una paternidad que no se infiere de las pesunciones hominis.*

Es notorio y reconocido de todos y por ello no le dedicamos más que unas breves notas porque lo hemos referido con anterioridad, que de *iure condito* el tercero —progenitor presunto— puede negarse a someterse al ejercicio de los peritajes biológicos en función del principio del *nemo ad factum cogi potest*. Lo que ocurre, y es lo que ha acontecido en nuestro caso puede ser valorada esta negativa como un *iudicio* muy valioso para decantar una paternidad, y ello aunque los restantes hechos indiciarios no revelen con evidencia inequívoca la citada paternidad, por que es suficiente simplemente actos de los cuales se pueda inferir aquélla —peligroso arbitrio...— aunque no revelen claramente el convencimiento de la paternidad (que insistimos es lo que ha ocurrido en el pleito objeto de nuestro análisis) máxime cuando a mi juicio no se ha llegado a acreditar con evidencia notoria la voluntad firme, espontánea y resuelta por parte del demandado de tener por hijo al que pretende ser reconocido, y cuando además en modo alguno se ha logrado demostrar la continuidad de la posesión de estado ni el *animus* de cumplir por parte de aquél los deberes paterno-filiales.

Finalmente, sólo indicar que como ha manifestado en otras ocasiones al analizar el grado de certidumbre de las pruebas biológicas, la finalidad de éstas no es llegar a afirmar positivamente la paternidad (si excluimos lógicamente el tema de la reproducción humana asistida, en concreto la denominada fecundación homóloga...), sino por el contrario llegar a establecer la exclusión con un alto grado de verosimilitud «confinante en la certeza...» del supuesto progenitor con relación al hijo de quien se le atribuye su paternidad. En el pleito que analizamos al no haberse procedido a los peritajes en cuestión omitimos cualquier reflexión sobre el tema.

No obstante, para ilustrar el convencimiento sobre la viabilidad de las pruebas biológicas (aunque este extremo resulta innecesario en el pleito que comentamos, ya que como hemos visto no hubo peritajes biológicos) conviene precisar aspectos como los siguientes: si se trata de la eficacia de la prueba morfológica o caracterológica, el juez debe estar asesorado sobre el momento más oportuno para aportarla al proceso, asimismo sobre cuantos sujetos habrán de ser examinados para que la exclusión de la paternidad resulte más fiable, o cuando es el momento más idóneo para que se complemente con la prueba de los sistemas genéticos. Finalmente un aspecto que el juez deberá valorar con sumo cuidado es el concerniente a la fórmula que tiene que emplearse para solicitar los dictámenes biológicos; es decir, ¿tendrá que diferenciarse si lo que se busca es precisamente la exclusión de la paternidad, o por el contrario, el porcentaje de probabilidades de aquélla en el presunto padre real? En este sentido convendría recordar que la jurisprudencia helvética concluye que, cuando una prueba hematológica concluye un alto grado de probabilidad, 99,8 por 100, otros peritajes (especialmente los antropológicos) resultan intemperantes y/o excesivos.

Para acabar el presente comentario sólo indicar que no estamos de acuerdo con la casación de la sentencia y me sumo a la discrepancia formulada en los aludidos votos particulares a la sentencia que comentamos. Da la sensación que

en la fórmula abierta del inciso final del artículo 135 del Código Civil: «otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo»; se permite acudir a cualquier indicio (no ya los explicitados en el mismo precepto) que sirva como prueba, aunque no fuere cabal e inconsusamente demostrada para terminar demostrando la *quaestio facti* que fundamente la presunción de paternidad. Me da la sensación que es lo que ha ocurrido en nuestro caso, es decir, que el juzgador ha apreciado la paternidad del encausado por haber mantenido el demandado recurrido «relaciones sexuales —que no se demuestra que fueran con continuidad y con convivencia en la época de la concepción— con la demandante (madre) durante la época de la concepción, lo que unido a la negativa a someterse a las pruebas biológicas, lo que comporta en el ánimo del juzgador es una presunción que le llega a vincular en su discrecional convencimiento, desoyéndose la prueba en contrario, es decir, el hecho demostrado que no se ha acreditado la existencia de los hechos indiciarios como reconocimiento aformal, posesión de estado, convivencia *more uxorio* durante la época de la concepción, y aun así ha declarado la paternidad del encausado.

No me parece convincente y creo que es desafortunado y exagerado entender que la negativa del demandado a las pruebas biológicas haya de entenderse con base en el número del artículo 6 del Código Civil (como se arguye en la sentencia) «de un comportamiento en fraude de ley encaminada a impedir la debida aplicación de las normas de la filiación que trata de eludir, y considerarla con el alcance prohibido por el número 2 del artículo 7 del Código Civil de ejercicio antisocial de su derecho...». En mi opinión, creo que no tiene nada que ver en nuestro caso la aplicación del abuso del derecho, porque según esta peculiar interpretación, y simplificando todo lo que está mal, es abusivo todo incumplimiento generaría un abuso de derecho, todo lo que no es legal es abusivo...

En fin, al no haberse acreditado a nuestro juicio la pruebas indirectas o hechos indiciarios del artículo 135, es decir ni la existencia del reconocimiento expreso, ni tácito del hijo por parte del demandado, ni la posesión de estado constante, y mucho *menos* un *tractatus* perseverante e inequívoco de cumplir con los deberes de la paternidad..., ni tampoco existir convivencia *more uxorio* durante toda la época de la concepción, me parece incongruente dar por apreciada una paternidad, valorando de forma desmesurada como presunción tácita de paternidad la negativa a someterse a las pruebas biológicas, convirtiéndose en un indicio *per se* vinculante para el juzgador en contra del demandado.

FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE

