

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

D. José Poveda Murcia.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. Pedro Cabello de la Sota.
D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Narciso de Fuentes Sanchiz.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Cariñanos.

La Revista no se identifica con las opiniones
sostenidas por sus colaboradores.

I. S. B. N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968 - 1958

Imprenta SAN JOSE.—Leganitos, 24.—Madrid-13

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

- «Algunas cuestiones actuales del Derecho de Familia», por JOSÉ M.
CASTÁN VÁZQUEZ 525
- «Consideraciones sobre el nuevo Título Preliminar (Normas de Dere-
cho Privado)», por JOSÉ TOMÁS BERNAL-QUIRÓS CASCIARO 555
- «Inscripción de adquisiciones onerosas realizadas por los cónyuges
bajo el régimen de gananciales tras la reforma del Código civil de
2 de mayo de 1975», por SERGIO SAAVEDRA QUEIMADELOS 591

NOTAS:

- «Tratamiento fiscal del préstamo en el Impuesto de Transmisiones»,
por JOSÉ MENÉNDEZ 605

DICTAMENES Y CUESTIONES ACTUALES:

- «Servidumbre negativa y obligación de no hacer», por RICARDO DE
ANGEL YAGÜEZ 621

JURISPRUDENCIA:

— Jurisprudencia comentada:

- «Revisión de renta vitalicia en conmutación de usufructo vital»,
por LUIS ARRECHEDERRA ARANZADI 651

— Resoluciones y Sentencias:

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ, JOSÉ QUESADA SEGURA, FRANCISCO QUIROGA RAMIRO y FRANCISCO CASTRO LUCINI ... 665
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ ... 712

LIBROS:

- «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo», de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, por JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ ... 719
- «Los planes de urbanismo», de J. GONZÁLEZ PÉREZ, por JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ ... 723
- «La revocación de los actos administrativos en el Derecho español», de J. M. SALA ARQUER, por JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ ... 730

REVISTAS:

- I. Revistas comentadas, por FERNANDO MALO ... 737
- II. Noticia de Revistas ... 743

ESTUDIOS

Algunas cuestiones actuales del Derecho de familia

SUMARIO: I. *La evolución del Derecho de familia en los últimos años.*—II. *Tres cuestiones planteadas:* 1. ¿Procede la promulgación de «Códigos de Familia»? A. Razones en pro y en contra. B. Países que han promulgado Códigos de Familia. C. Países que mantienen el Derecho de familia en los Códigos civiles. D. Orientación de la actual reforma española del Derecho de familia.—2. ¿Procede la creación de «Tribunales de Familia»? A. La posición favorable a los Tribunales de Familia en la doctrina extranjera. B. La posición favorable a los Tribunales de Familia en la doctrina española. C. Ensayos realizados en algunos países. D. Posibles orientaciones futuras del Derecho español.—3. ¿Cabe la categoría de los «negocios jurídicos del Derecho de familia»? A. Su admisión en la doctrina extranjera. B. Su admisión en la doctrina española.—III. *Conclusión (*)*.

I. LA EVOLUCION DEL DERECHO DE FAMILIA EN LOS ULTIMOS AÑOS

El Derecho de familia es hoy acaso una de las ramas del Derecho civil más sujeta a cambios considerables en sus concretas instituciones e incluso en sus planteamientos generales. Ello no puede, en modo alguno, sorprender: si el Derecho—como afirma el maestro LEGAZ—«es forma de la vida social», y si existe «una correspondencia o correlación entre las formas jurídicas y la estructura social que las sustenta y para la que son dadas» (1), es natural que al variar aquella estructura a impulso de los cambios sociales, la evolución se traduzca, dentro de todo el Derecho, en modificaciones de las formas jurídicas. Pero en el marco concreto del Derecho de familia la proyección de la realidad se acusa de modo más

(*) El presente estudio se ha redactado como aportación al Homenaje a don RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE.

(1) L. LEGAZ LACAMBRA: *Socialización, Administración, Desarrollo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, pág. 113.

intenso. Esta rama está, en efecto, tan ligada a las costumbres y a las concepciones sociales, religiosas e incluso políticas, que por fuerza ha de tener especial sensibilidad para toda evolución que en estas concepciones o en aquellas costumbres se produzca.

De hecho, es fácil observar en el mundo de hoy el fenómeno de la realización de reformas extensas y profundas en las legislaciones positivas sobre Derecho de familia. Dichas reformas se llevan a cabo, en ocasiones, aprovechando la oportunidad de la promulgación de Códigos civiles nuevos; otras veces—las más—por el cauce de leyes que introducen modificaciones sobre la materia en los Códigos vigentes, remozándolos así en esta área, y a veces también—en número, como veremos, creciente—a través de la elaboración de «Códigos de familia», separados ya de los Códigos civiles generales y consagrados a la autónoma regulación de esta rama.

En todo caso, parece poder afirmarse que la reforma del Derecho de familia está en marcha en todo el mundo, mostrándose los legisladores muy activos y las legislaciones muy fluidas. No sin razón hablaba SAVATIER recientemente del «ímpetu renovador» que se manifiesta en el Derecho de familia (2).

Si en el plano legislativo la transformación es visible, en el doctrinal se han producido también cambios considerables y acelerados. De entrada se echa de ver un crecimiento sorprendente en poco tiempo de la bibliografía mundial sobre Derecho de familia. Todavía en 1954 se lamentaba PIÑAR con razón de la relativa penuria de la doctrina sobre esta materia: «Los estudiosos de Derecho privado—escribía—, seducidos por los problemas de tráfico jurídico y por la intensa actividad mercantil de nuestro tiempo, han descuidado un poco el estudio del Derecho de familia, hasta tal punto que la producción bibliográfica sobre esta disciplina puede considerarse de muy escaso volumen en comparación con la dedicada a investigar y exponer las otras ramas e instituciones del Derecho privado» (3). En los cuatro lustros transcurridos desde esta afirmación, el panorama ha cambiado de modo notable.

En la actualidad, en efecto, la bibliografía sobre Derecho de familia ha llegado, dentro y fuera de España, a cotas muy altas por la cantidad y la calidad de los títulos. El profesor GARCÍA CANTERO observaba no ha

(2) «El ímpetu reformador—señalaba—nace de tres fuerzas conjugadas: la transformación de la economía familiar, la dinámica liberadora del individuo, el acercamiento científico a la biología humana. Y todo esto se agiganta hoy en día con una ola de contestación sistemática de las instituciones existentes» (R. SAVATIER: *La evolución actual del Derecho de familia*, traducción de RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ, Universidad de Deusto, 1970, pág. 4).

(3) B. PIÑAR LÓPEZ: *La adopción y sus problemas jurídicos*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1954, pág. 3.

mucho que «nunca, probablemente, como en los momentos actuales, alcanzó el Derecho de familia, en el ámbito de la ciencia jurídica europea, un nivel científico tan elevado» (4). Y el profesor GITRAMA, muy recientemente ha podido señalar «el fulgurante renacimiento actual de los estudios del Derecho de familia», observando que «si el más señero de los precursores de aquel acontecer, el venerado maestro ANTONIO CICU, hubiese vivido hasta nuestros días exultaría en gozo ante el espectacular desarrollo que, especialmente en Europa, han adquirido los estudios jurídicos familiaristas» (5).

Cabría acaso añadir que también fuera de la Europa occidental se manifiesta aquel renacimiento, ya que el mismo es visible, por un lado, en la Europa del Este, a impulsos de las actuales reformas legislativas, traducidas ya en varios «Códigos de familia» socialistas, y, de otro, es perceptible también en Iberoamérica, a impulsos de un extenso movimiento doctrinal sustentado por un número considerable de especialistas, entre los que figuran no sólo los del Derecho de familia clásico, sino los de la naciente disciplina conocida por «Derecho del menor», que adquiere auge creciente en los países iberoamericanos.

La nueva y brillante doctrina mundial de Derecho de familia se va traduciendo en estudios, que unas veces preceden a las reformas legislativas y otras las siguen. En el primer caso, la doctrina crea el clima propicio para las reformas y las impulsa al darles la necesaria base; en el segundo, la doctrina aclara y complementa las reformas al darles interpretación. De una u otra forma, es hoy realmente amplia la bibliografía sobre cada una de las instituciones del Derecho de familia, y especialmente sobre aquellas que resultan más conflictivas por sus problemas prácticos o por la incidencia en ellas de tensiones ideológicas.

El presente estudio no aspira a contemplar ninguna institución determinada ni a señalar—como con su autoridad lo ha hecho recientemente SAVATIER en una obra que ya he mencionado—los factores de la evolución del Derecho de familia en nuestro tiempo. Tampoco pretende presentar un panorama—como lo han hecho algunos autores españoles en artículos también recientes—de las reformas posibles de nuestro ordenamiento (6). El propósito de este trabajo no es otro que el de tocar brevemente tres cuestiones que en el mundo actual se le plantean, entre otras, al Derecho de familia. La primera surge en el plano de la legislación y consiste en decidir si conviene promulgar «Códigos de familia» para la regulación independiente de aquella rama. La segunda aparece

(4) G. GARCÍA CANTERO: *El Derecho de familia y el proceso*, Santiago de Compostela, 1971, pág. 5.

(5) M. GITRAMA GONZÁLEZ: Prólogo al libro de VIDAL MARTÍNEZ, *El hijo legítimo*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1974, pág. 17.

en el plano de la jurisdicción y estriba en determinar si procede la creación de «Tribunales de familia». La tercera ha nacido en el plano doctrinal y se centra en saber si cabe aceptar la categoría de los «negocios jurídicos del Derecho de familia».

Distintas entre sí, las tres cuestiones tienen el común denominador de su pertenencia al Derecho de familia y de su actualidad en la hora presente. Por ello me he atrevido a integrarlas en este estudio, que constituye mi modesta aportación al merecido homenaje que los juristas españoles tributan a un privatista tan eminente como don RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE.

II. TRES CUESTIONES PLANTEADAS

1. ¿PROCEDE LA PROMULGACIÓN DE «CÓDIGOS DE FAMILIA»?

A) *Razones en pro y en contra.*—Desde hace algunos años, como ya recordé, la reforma del Derecho de familia se ha encauzado en varios países por la promulgación de Códigos independientes para esta rama del Derecho, que coexisten ahora con los respectivos Códigos civiles generales, de los que, por tanto, ha quedado desglosada la materia familiar, que antes venía en ellos incluida.

Varias son las razones teóricas y prácticas que pueden esgrimirse a favor de la existencia de Códigos de familia. En primer lugar, y para quienes aceptan la autonomía del Derecho de familia, resulta una consecuencia natural la existencia de Códigos independientes (7). La doctrina de CICU—que tan conocida ha sido en Europa (8), aunque haya

(6) Así, E. FOSAR BENLLOCH: «La norma jurídica y el Derecho de familia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto 1974, págs. 787 a 859; y B. CAMY: «Ideas para un nuevo Derecho de familia en España», en *Revista de Derecho Privado*, octubre 1974, págs. 799 a 808.

(7) Acoge esta justificación el reciente Código de Familia de Costa Rica, al que luego me referiré, al informar el legislador de que la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea consideró «la circunstancia de que el Derecho de Familia ha cobrado fisonomía propia en los últimos decenios, pasando a formar una disciplina autónoma dentro del Derecho Civil, y con amplios y minuciosos estudios los juristas dedicados a su cultivo, entre los que se cuentan muchos de los más destacados sabios del Derecho, han brindado las bases para reunir en un cuerpo orgánico todo lo referente a la materia de su estudio, separándolo del conjunto tradicional del Derecho civil» (Asamblea Legislativa: *Dictamen de Mayoría Afirmativo sobre el Código de Familia*, en *Alcance* núm. 119, a *La Gaceta*, número 168, San José, Costa Rica, 7 septiembre 1973, pág. 4322).

(8) Sobre la repercusión de la teoría de CICU en la doctrina europea en general y en la italiana en particular, *vid.* J. BELTRÁN DE HEREDIA: «La doctrina de Cicu sobre la posición sistemática del Derecho de familia», en *Revista de Derecho Privado*, octubre 1965, págs. 820 y ss.

sufrido críticas fundadas (9)—ha podido contribuir al fenómeno de la aparición de los Códigos de familia. Sin embargo, es de observar que donde ese fenómeno se acusa con mayor extensión, como veremos, no es en los países occidentales, cuyos juristas han estudiado ampliamente a CICU, sino en los países socialistas, cuyos juristas han estado probablemente más ajenos al magisterio del profesor de Bolonia (10).

En la misma línea teórica cabe defender que la conveniencia de desglosar el Derecho de familia de los Códigos civiles es consecuencia de la tendencia doctrinal a la distinción entre los derechos patrimoniales y los extrapatrimoniales (11). Pero es de notar que en los Códigos de familia quedan también normalmente reguladas las relaciones patrimoniales de la familia, como son las referentes al régimen económico del matrimonio o al contenido patrimonial de la patria potestad o de la tutela.

Desde un punto de vista pragmático, y que es acaso el que prevalece en los ordenamientos socialistas, la justificación de los Códigos de familia puede radicar en el deseo de disponer de una fuente formal que, por la naturaleza misma de sus disposiciones, organice de modo directo las instituciones tocantes a los intereses de tipo familiar (12). Tiene, ciertamente, obvias ventajas prácticas desglosar de un Código civil general las instituciones del Derecho de familia en él dispersas e integrarlas en un Código de familia independiente, al que asimismo se lleven, al propio tiempo, otras normas que se refieren a la misma rama y que en

(9) Vid. las de A. HERNÁNDEZ GIL: «El concepto del Derecho civil», Editorial *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1943, págs. 160 a 172; J. JORDANO BAREA: «Derecho civil, Derecho privado y Derecho público», en *Revista de Derecho Privado*, 1963, pág. 875; E. FOSAR BENLLOCH, *op. cit.*, pág. 846; y muy recientemente, J. LÓPEZ MEDEL: *Ciencia Social, Derecho y Sindicalismo*, Madrid, 1975, pág. 92, nota 39.

(10) El profesor GARCÍA CANTERO apunta a este respecto que «la influencia de CICU acaso pudiera rastrearse en países e ideologías en que, a buen seguro, nunca pudo pensar el maestro italiano», y que «sería curioso comprobar en qué medida, y acaso sin ser plenamente conscientes de ello, los legisladores socialistas han llevado a la práctica algunas de las ideas del maestro italiano sobre la esencia y la sistematización del Derecho de familia» (*El Derecho de familia y el proceso*, cit., págs. 6 y 7).

(11) El profesor LUIS MOISSET DE ESPANÉS, después de observar que «casi toda la labor legislativa de este siglo se encuentra marcada por el sello de la distinción fundamental entre derechos reales y personales», añade: «es cierto que esta división sólo sería válida para los derechos patrimoniales, y por ello en algunos sistemas se ha avanzado más por este camino, desmembrando del Derecho civil el Derecho de familia, que se regula en instrumentos legales separados, o en Códigos de la Familia» (*Notas sobre la metodología del Anteproyecto de Código civil para el Paraguay, y la del Código civil Argentino*, Córdoba [Argentina], 1968, pág. 4).

(12) Cf. W. CZACHORSKI: *Observations préliminaires concernant le droit de la famille*, en el vol. *Introduction aux droits socialistes*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1971, pág. 519.

todos los ordenamientos suelen existir diluidas en leyes especiales y al margen de los Códigos civiles.

Sin embargo, esta política legislativa no deja de ofrecer, a cambio de sus posibles ventajas, riesgos considerables. La ruptura de la unidad del Derecho civil comporta sus inconvenientes (13). Un Código civil general es, por naturaleza, el primer cuerpo legal civil de su país y puede resultar beneficioso para una materia su inclusión en él. Por otra parte, el peligro de envejecimiento de las normas se produce lo mismo si viven dentro de un Código civil que si forman parte de un independiente Código de familia; la prueba es que varios de los Códigos de este tipo promulgados en los últimos años en la Europa del Este han tenido que sufrir ya extensas reformas.

En definitiva, pues, no parece que quepa aceptar hoy por hoy como un axioma la necesidad de elaborar Códigos de familia. A través de los epígrafes siguientes trataré de agrupar algunas de las legislaciones que se han decidido por la promulgación de tales Códigos, frente a las que conservan el Derecho de familia incluido en el Código civil y encauzan la reforma de aquél por el sistema de modificaciones parciales al articulado de éste.

B) *Países que han promulgado Códigos de familia.*—El fenómeno de la promulgación de Códigos independientes para el Derecho de familia se viene dando especialmente desde hace años, como ya apunté, en los países socialistas de la Europa oriental.

En cada uno de aquéllos—según expone CZACHORSKI—, las fuentes formales del Derecho de familia abarcan: en primer lugar, los textos constitucionales del país; en segundo lugar, el Código de la familia o las leyes que hacen su vez, y, por último, las disposiciones complementarias del Código de la familia—como pueden ser, por ejemplo, las referentes al Registro civil—o las procesales relativas a la materia familiar (14). El examen de conjunto de estos ordenamientos ha permitido ya extraer de ellos algunos rasgos comunes (15), que constituyen su concepción general del Derecho de familia y en los que no voy a entrar ahora. Sí quisiera, empero, señalar que el hecho de la promulgación de Códigos de la familia no supone necesariamente la ruptura del Derecho civil a los ojos de los mismos juristas del área socialista, entre los cuales se

(13) Vid. en nuestra doctrina, entre otros, A. HERNÁNDEZ GIL: *El concepto del Derecho civil*, cit., págs. 85 y ss., y J. M. PASCUAL QUINTANA: *En torno al concepto del Derecho civil*, Universidad de Salamanca, 1959, págs. 105 a 108.

(14) W. CZACHORSKI, *op. cit.*, págs. 518 a 522.

(15) Vid. W. CZACHORSKI, *op. cit.*, págs. 528 a 535.

sigue postulando, como entre la mayoría de los civilistas occidentales, la unidad del Derecho civil (16).

El cuadro de las legislaciones de la Europa del Este que cuentan con Códigos de familia o leyes equivalentes podría resumirse así:

- La URSS, pionera y modelo de ese bloque, promulgó leyes especiales, como es bien sabido, en 1918 y 1926, modificándolas, sobre todo, en 1944; actualmente cuenta con la Ley de Principios Generales de la Legislación de la URSS y de las Repúblicas Federadas sobre el Matrimonio y la Familia de 27 de junio de 1968 y con los Códigos sobre el Matrimonio y la Familia de las Repúblicas Federadas, cuyo ejemplo representativo es el de la República Federada Rusa, *scilicet kodeks o brakie i semie RSFSR*, de 30 de julio de 1969 (17).
- Yugoslavia dispone de los siguientes textos: la Ley Fundamental Concerniente al Matrimonio de 3 de abril de 1946 (modificada en 1948, 1951, 1955 y 1959); la Ley Fundamental sobre Tutela de 1 de abril de 1947 (modificada en 1959); la Ley sobre Adopción de 1 de abril de 1947 (modificada en 1952), y la Ley Fundamental sobre Relaciones entre Padres e Hijos de 1 de diciembre de 1947 (modificada en 1951, 1956 y 1957).
- Hungría tiene su Ley número IV sobre el Matrimonio, la Familia y la Tutela de la República Popular Húngara de 6 de junio de 1952 (modificada en 1957 y 1960).
- Rumania promulgó su Código de la Familia de la República Popular Rumana de 21 de diciembre de 1953 (18).
- Checoslovaquia promulgó su Código de la Familia por Ley de 4 de diciembre de 1963.
- Polonia tiene su Código de la Familia y de la Tutela de la República Popular Polaca de 25 de febrero de 1964 (19).

(16) Es significativo que WITOLD CZACHORSKI, profesor de la Universidad de Varsovia y autor del estudio sobre el Derecho de familia en los países socialistas que vengo recogiendo, después de plantear el problema de las consecuencias de la separación de las fuentes formales y la posible ruptura del Derecho de familia, se pronuncia a favor de los partidarios de la unidad, frente a los de la separación y declara que estima justo el tratar las materias de las relaciones familiares como parte del Derecho civil en el sentido amplio del término (*op. cit.*, pág. 525).

(17) Edición soviética: *Touriditcheskaia Literatura*, Moscou, 1969.

(18) *Vid.* T. R. POPESCU: *Dreptul Familiei Tratat*, Editura de Stat Didactica si Pedagogica, Bucaresti, 1960, vol. I, págs. 11 y ss.

(19) Un estudio de este Código puede verse en G. GARCÍA CANTERO: «El nuevo Código Polaco de la Familia y de la Tutela de 1964», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, junio 1967, y edición separada, Reus, Madrid, 1967.

(20) Se estudia este Código en el artículo sin firma: «El nuevo Código de la Familia de la República Democrática Alemana», en el *Boletín de la Comisión Internacional de Juristas* (Ginebra), diciembre 1967, págs. 14 a 28.

- Alemania del Este promulgó su Código de la Familia de la República Democrática Alemana en 20 de diciembre de 1965 (20); el muy reciente Código Civil de la República Democrática Alemana, aprobado por la Cámara del Pueblo el 19 de junio de 1975 (21), ha venido a afectar parcialmente al Código de la Familia (22).

Recientemente, el número de Códigos de familia pertenecientes a legislaciones socialistas se ha incrementado con otro de un país que, aunque también socialista, no pertenece al área de la Europa oriental: Cuba. El Código de Familia cubano de 1975 ofrece un notable interés porque dentro de su articulado coexisten normas de inspiración doctrinal marxista (que responden a los principios socialistas expresa y solemnemente afirmados en la Exposición de Motivos) con preceptos procedentes del Código civil español (que durante casi un siglo han estado en vigor en aquella isla). Sin entrar ahora en su contenido, señalaré solamente que el nuevo Código de Familia ha sido promulgado por la Ley número 1.289, de 14 de febrero de 1975, firmada por el Presidente, Osvaldo Porticos Torrado, y refrendada por el Primer Ministro, Fidel Castro Ruz, y el Ministro de Justicia, Armando Torres Santrayll (23). Precede al Código un preámbulo, no muy extenso, en el que se resume «el concepto socialista sobre la familia» (24), se hace historia de la elaboración del propio Código (25) y se indica por qué debe éste constituir un texto separa-

(21) Publicado en el folleto: *Volkskammer der Deutschen Demokratischen Republik. Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik*. Berlín den 30. mai 1975. Sobre el transcurso y los resultados de la discusión sobre el nuevo Código civil, la Cámara del Pueblo de la D. D. R. ha publicado también el folleto *Bericht über den Verlauf und die Ergebnisse der Diskussion des Entwurfs des Zivilgesetzbuches der Deutschen Demokratischen Republik*, Berlín. 30. mai 1975.

(22) Vid. el folleto, asimismo editado por la Cámara del Pueblo, *Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik vom Sindermann Vorsitzender des Ministerrates der Deutschen Demokratischen Republik*, Berlín, mai 1975, pág. 6.

(23) Publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, 15 de febrero de 1975, págs. 71 a 86.

(24) «El concepto socialista sobre la familia—expone—parte de la consideración fundamental de que constituya una entidad en que están presentes e íntimamente entrelazados el interés social y el interés personal, puesto que, en tanto célula elemental de la sociedad, contribuye a su desarrollo y cumple importantes funciones en la formación de las nuevas generaciones y, en cuanto centro de relaciones de la vida en común de mujer y hombre, entre éstos y sus hijos y de todos con sus parientes, satisface hondos intereses humanos, afectivos y sociales de la persona» (Gaceta cit., pág. 71).

(25) El Proyecto del mismo fue elaborado por las «Comisiones de Estudios Jurídicos y su Secretariado» y sometido al examen de autoridades oficiales, funcionarios y organismos como la Central de Trabajadores de Cuba, la Federación de Mujeres Cubanas, la Asociación Nacional de Agricultores Pequeños, la

do (26). El articulado se integra con 166 artículos, distribuidos, como los diversos libros del Código civil español, en títulos, capítulos y secciones. Se abre el articulado con un Título Preliminar destinado a tratar «de los objetivos de este Código» y compuesto de un solo artículo, el 1.º, que señala las materias reguladas y los propósitos de la regulación (27). Se cierra el Código con una disposición transitoria y tres disposiciones finales.

Tras esta visión panorámica de los Códigos de familia del mundo marxista cabe recordar asimismo algunos textos legales del mismo tipo, ya que no de los mismos principios, elaborados en el mundo occidental. En Europa no ha dejado de sentirse la tendencia hacia la agrupación del Derecho de familia en Códigos separados o leyes especiales equivalentes (28), y en Iberoamérica se van haciendo ensayos en esa línea.

Así, en Bolivia quedó ya en 1965 elaborado un «Anteproyecto del Código Boliviano de Familia» (29), dividido en libros, títulos, capítulos

Federación Estudiantil Universitaria de Cuba, la Federación de Estudiantes de la Enseñanza Media, y otros (*loc. cit.*).

(26) Se dice, en efecto, que la importancia que la sociedad socialista confiere a la familia aconseja «que las normas jurídicas relativas a ésta se consignen en texto separado de otras legislaciones y constituyan el Código de Familia» (*loc. cit.*). En un artículo de revista anterior al Código y dedicado al estudio del Proyecto que lo precedió, PERAL COLLADO dice que la familia que existía en Cuba «era una familia monogámica y patriarcal», y después de recordar que «el Manifiesto Comunista proclama que la familia burguesa se funda en el capital y en el lucro privado», afirma: «Iniciado en nuestro país el proceso de construcción de la sociedad socialista, se desarrolla paralelamente la familia socialista sobre la base de la propiedad social de los medios de producción, en la exclusión de la explotación del hombre por el hombre, de las relaciones de imperio y opresión del hombre en la vida familiar y de la desigualdad social entre los cónyuges y entre los hijos» (D. A. PERAL COLLADO: «El Proyecto del Código de Familia», en *Revista Cubana de Derecho*, núm. 8, junio-diciembre 1974, págs. 32 y 33).

(27) «Este Código regula jurídicamente las instituciones de familia: matrimonio, divorcio, relaciones paterno-filiales, obligación de dar alimentos, adopción y tutela, con los objetivos principales de contribuir: al fortalecimiento de la familia y de los vínculos de cariño, ayuda y respeto recíprocos entre sus integrantes; al fortalecimiento del matrimonio legalmente formalizado o judicialmente reconocido, fundado en la absoluta igualdad de derechos de hombre y mujer; al más eficaz cumplimiento por los padres de sus obligaciones con respecto a la protección, formación moral y educación de los hijos para que se desarrollen plenamente en todos los aspectos y como dignos ciudadanos de la sociedad socialista; a la plena realización del principio de la igualdad de todos los hijos» (art. 1.º).

(28) Vid. así, respecto de los países nórdicos, L. BLAS ZULETA: «El Código sueco de la Familia», en *Boletín de Información* del Ministerio de Justicia, número 879 (25 de mayo de 1971), págs. 3 a 6.

(29) Publicado en el vol. *Anteproyecto de Código Boliviano de Familia, elaborado por el Comisionado Especial Doctor Hugo Sandoval Saavedra*, Sucre-Bolivia, 1965.

y secciones. Se abre con un Título Preliminar regulador: «Del régimen jurídico de la familia, del parentesco y de la afinidad, de la obligación de alimentos y del patrimonio familiar», siguiendo cuatro libros, referentes, respectivamente, al matrimonio, la filiación, la autoridad parental y tutela y la jurisdicción y los procedimientos familiares. Comprende en total 485 artículos.

En Costa Rica se ha terminado en 1973 el Código de Familia, al que ya he tenido alguna ocasión de referirme (30). Posee un Título Preliminar de «disposiciones generales» y seis títulos, cuyas materias son: matrimonio, paternidad y filiación, autoridad parental o patria potestad, alimentos, tutela y curatela. Abarca en total 228 artículos. Es de notar que al desglosar del Código civil aquellas materias para integrarlas en el nuevo Código de Familia, se han incorporado, en cambio, al Código civil, llenando el hueco otras materias nuevas que se estimaba necesario legislar o reformar.

C) *Países que mantienen el Derecho de familia en los Códigos civiles.*—Si, como acabamos de ver, en varias legislaciones se han promulgado Códigos de familia, en otras muchas la reforma del Derecho de familia—que es algo que hoy está en marcha por doquier—transcurre por cauces distintos. Mencionaré, sin propósitos exhaustivos, algunas.

Hay, en primer lugar, países en los que aquella reforma ha sido llevada a término con ocasión de la promulgación de un nuevo y completo Código civil, dentro del cual vienen reguladas e integradas, como es tradicional, las instituciones del Derecho de familia. Este es el caso de Etiopía y Portugal. En efecto, el Código civil etíope—que fue redactado, como es bien sabido, por el eminente comparatista francés RENÉ DAVID y promulgado el 5 de mayo de 1960—regula el Derecho de familia, con el sucesorio, en el libro II (31). Por su parte, el nuevo Código civil portugués—debido, en buena parte, a los ilustres profesores lusos ANTUNES VARELA y PIRES DE LIMA y aprobado por Decreto-ley de 25 de noviembre de 1966—dedica un libro, el IV, al Derecho de familia (32).

Países hay también en los que al hacerse una amplia reforma del Código civil se ha aprovechado la oportunidad para modificar algunas

(30) Su texto se publicó en el *Alcance*, núm. 119 a *La Gaceta*, núm. 168, *Diario Oficial*, de 7 de septiembre de 1973, págs. 4324 a 4330.

(31) Dicho libro contiene dos títulos, el primero de los cuales es el regulador del Derecho de familia, incluyendo las *liaisons irrégulières*. Abarca el título los artículos 550 a 825.

(32) Sobre el Derecho de familia en este Código, *vid.* P. MARÍN PÉREZ: «El nuevo Código civil portugués», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, octubre 1967, y ed. sep., Reus, Madrid, 1967, págs. 30 a 33.

de las normas del Derecho de familia. Ejemplo destacado en este sentido es Argentina: entre las extensas reformas introducidas al Código civil de Vélez Sarsfield por la Ley 17.711—publicada el 26 de abril de 1968 y debida, en buena parte, al conocido civilista argentino, a la sazón Ministro del Interior de su país, GUILLERMO A. BORDA (33)—hay varias que afectan a instituciones familiares (34).

En diversos países, por último, la reforma del Derecho de familia se viene haciendo por leyes especiales directamente encaminadas a ella y modificadoras parcialmente del Código civil en esa zona. Este es en Europa el caso, por ejemplo, de Francia e Italia.

Por lo que toca a Francia, la reforma del Derecho de familia se viene llevando a cabo por instituciones. Varias e importantes han sido las modificadas a lo largo de los diez últimos años. Así, se han hecho profundas reformas en materias de tutela (35), régimen económico matrimonial (36), adopción (37), patria potestad (38) y filiación (39). En cada uno de estos casos la ley respectiva vino a modificar los artículos del Código civil, variando profundamente su contenido y su sentido. Bien conocidas son, por lo demás, estas reformas, que van dejando sumamente transformado al viejo Código Napoleón.

Por lo que a Italia se refiere, la reforma del Derecho de familia se ha preparado con esmero a través de un elevado número de trabajos —promovidos muchos de ellos por el propio Poder legislativo (40)—y se

(33) Publicada en el opúsculo *Reformas al Código civil* (Ley núm. 17.711), Víctor P. de Zavalia, editor, Buenos, Aires, 1968.

(34) Vid. el folleto del Poder Ejecutivo Nacional: *Significado y alcance de las reformas introducidas al Código civil* (Discurso pronunciado por el señor Ministro del Interior Dr. Guillermo A. Borda el 23 de abril de 1968), Buenos Aires, 1968, págs. 8 a 13. Según el profesor BORDA, cuyo Discurso constituye seguramente una pieza con valor de interpretación auténtica de la Ley, «muy importantes son también las reformas introducidas en el régimen jurídico de la familia» (pág. 8); afectan aquéllas especialmente al matrimonio y, más concretamente, a los temas de prohibiciones, oposición de los padres, separación y nulidad.

(35) Ley de 14 de diciembre de 1964. Vid., por todos, H., L. y J. MAZEUD: *Leçons de droit civil*, t. I, 5.ª ed., por MICHEL DE JUGLART, Editions Montchrestien, París, 1972, págs. 633 y ss.

(36) Ley de 13 de julio de 1965. Vid. los MAZEUD, *op. cit.*, págs. 475 y ss.

(37) Ley de 11 de julio de 1966. Vid., por todos, la obra de C. LAUNAY, M. SOULE y S. VEIL: *L'adoption*, Editions Sociales Françaises, París, 3.ª ed., 1968.

(38) Ley de 4 de junio de 1970. Puede verse mi crónica «La reforma de la patria potestad en el Derecho francés», en *Anuario de Derecho Civil*, 1971, páginas 971 a 992.

(39) Ley de 3 de enero de 1972. Vid. los MAZEUD, *op. cit.*, págs. 290 y ss.

(40) Vid. la obra *Ricerca sul diritto di famiglia*, Quaderni di Studi e Legislazione, Camera dei Deputati, Roma, 2.ª ed., 2 ts., 1969.

ha consumado con la promulgación de la reciente e importante Ley número 151, de 19 de mayo de 1975 (41), que modifica buen número de artículos del Código civil (42), deroga no pocos (43) e introduce algunos nuevos (44), cambiando también los epígrafes de algunas secciones (45). Algunos de los preceptos reformados son de Derecho sucesorio y su modificación es consecuencia natural de la sufrida por ciertas instituciones familiares. No todas las normas afectadas lo han sido, por supuesto, en igual grado: mientras algunas sólo han sufrido leves retoques, otras han experimentado un cambio profundo. Pero, en conjunto, esta reforma italiana de 1975 es muy importante; por el número de normas a que afecta, por la importancia de los temas que toca y por los cambios de sentido que introduce es acaso una de las reformas del Derecho de familia más interesantes entre las varias que se han realizado o están a punto de realizarse en la legislación comparada. Si su preparación fue precedida, como he observado, de detenidos estudios, no es aventurado predecir que su exégesis será también larga y brillante, prolongándose probablemente a lo largo de los próximos años mediante un alto número de monografías de los civilistas italianos, cuya producción viene siendo tan extensa.

En Iberoamérica, finalmente, no faltan también reformas del Derecho de familia realizadas a través de modificaciones parciales del Código civil. Una reciente, por ejemplo, es la llevada a cabo en México, con ocasión del Año Internacional de la Mujer y justo en su víspera, por el Decreto publicado el 31 de diciembre de 1974, que afecta a varios cuerpos legales de ese país, entre ellos al Código civil federal, en cuyo articu-

(41) Publicada en el folleto *Riforma del diritto di famiglia (Legge 19 maggio 1975, n. 151)*, Casa Editrice Stamperia Nazionale, Roma, 1975.

(42) Concretamente, los artículos 45, 51, 81, 84, 87, 89, 90, 100, 107, 111, 117, 119, 120, 122, 123, 128, 129, 139, 140, 143 a 151, 154 a 160, 162 a 165, 167 a 171, 177 a 197, 210, 211, 215, 217 a 219, 232 a 235, 238, 244 a 248, 250 a 254, 256, 258, 261, 262, 264, 269, 270, 273, 274, 277 a 281, 283 a 285, 287 a 290, 293, 297, 301, 303, 310, 315, 317, 318, 320 a 328, 330, 332 a 334, 336, 337, 347, 405, 406, 409, 411, 433, 436, 467, 536 a 538, 540, 542, 544, 548, 565, 566, 571, 580 a 585, 692, 696, 737, 738, 740, 741, 2.647, 2.685 y 2.817.

(43) Concretamente, los artículos 118, 121, 152, 153, 189 a 209, 212 a 214, 216, 220 a 230, 259, 260, 271, 272, 275, 319, 331, 338 a 341, 352-3.º, 359, 435, 539, 541, 543, 545 a 547, 574 a 576, 593, 595, 693-3.º, 716, 780, 2.140, 2.832, 2.833 y 2.849.

(44) Así los artículos 129 bis, 143 bis, 143-3.º, 156 bis, 166 bis, 230 bis y 317 bis.

(45) *Vid* el folleto *Riforma del diritto di famiglia*, cit., págs. 18, 20, 27, 28, 29, 33, 34, 43, 50, 55 y 60.

lado introduce importantes reformas (46), modificando algunas normas (47) y derogando otras (48).

D) *Orientación de la actual reforma española del Derecho de familia.*—No es España de los países que han optado por desglosar del Código civil el Derecho de familia para integrar sus instituciones en un Código independiente. Nuestros juristas se han inclinado siempre, en su mayoría, a mantener unidas en el mismo cuerpo legal las normas correspondientes a las cuatro clásicas ramas del Derecho civil. Y cuando se plantea la posibilidad de alguna escisión, no suele ser referida al Derecho de familia (pese a los diversos estudios doctrinales producidos en torno a su supuesta autonomía), sino más bien a alguna otra parcela, como el Derecho de obligaciones. Así, el maestro GARRIGUES ha formulado la propuesta de que el futuro Derecho privado español se codifique en tres cuerpos legales: un Código civil, un Código de las obligaciones y un Código de Comercio; el Código civil, en este esquema, «comprendería la reglamentación y las instituciones relativas a la persona, la familia, las sucesiones, la propiedad y demás derechos reales»; la opinión de don JOAQUÍN GARRIGUES la comparte hoy el profesor BROSETA (49).

No se ven, ciertamente, razones suficientes para suscitar en nuestro país el tema de la promulgación de un Código de familia. La elaboración de los cuerpos legales de ese tipo ofrece, como ya me esforcé en señalar, inconvenientes reales a cambio de sus posibles ventajas. Integrado el Derecho de familia español en el Código civil desde la misma promulgación de éste—como antes lo estuvo en todos los proyectos oficiales o privados que le precedieron—, esta tradicional adscripción no deja de serle beneficiosa. El Código civil es, después de todo, el primer cuerpo legal y el de más abolengo; BALLARÍN, con expresiva metáfora, lo ha calificado como «la Cámara Alta del Derecho» (50). El solo Título Preliminar del Código civil tiene por sí cierto valor constitucional, que

(46) Un interesante análisis crítico de este Decreto puede verse en el estudio de R. SÁNCHEZ MEDAL: *La reforma de 1975 al Derecho de familia con ocasión del Año Internacional de la Mujer*, México, 1975. Observa el profesor SÁNCHEZ MEDAL que «con el Decreto en cuestión se modifica y adiciona el Código civil en materia de familia de manera tan importante que en realidad constituye un verdadero cambio sustancial del Derecho de familia» (*op. cit.*, pág. 10), y formula serios reparos de índole moral o jurídica a varias de las reformas realizadas.

(47) Así los artículos 162, 164, 165, 168, 169, 174, 175, 259, 260, 267, 273, 282, 284, 287, 288, 322, 323, 372, 418, 423, 490, 569, 581, 582 y 1.368.

(48) Así los artículos 166, 167, 170, 171, 214, 373 y 2.275.

(49) M. BROSETA PONT: *La empresa, la unificación del Derecho y el Derecho mercantil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1965, pág. 250.

(50) A. BALLARÍN MARCIAL: *Derecho agrario*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, pág. 343.

la doctrina ha puesto recientemente de relieve (51). Acaso pudiera suscribirse en España la afirmación que en Argentina ha hecho el profesor BORDA, al decir desde el Gobierno, y en ocasión legislativa solemne, que «el Código civil es más importante que la propia Constitución Nacional» (52). Dejemos, pues, al Derecho de familia dentro de nuestro Código civil. Tanto más cuanto que sin salir de él se le puede poner al día y está ya siendo, de hecho, transformado.

Es, en efecto, notorio que en España está desde hace años en curso la actualización del Código civil por el sistema de reformas parciales. Entre las ya efectuadas, varias han sido de la esfera del Derecho de familia, ya fuera abarcando varias instituciones (recuérdese la Ley de 24 de abril de 1958), ya fuera centrándose en una institución concreta (recuérdese la Ley de 4 de julio de 1970 sobre adopción). La reforma del Derecho de familia está, pues, en nuestro país, como en tantos otros, en marcha. Pero, además, a partir de 1970 se han dado importantes pasos para asegurarla y acelerarla. Así, el 5 de octubre de 1970, el entonces Ministro de Justicia, don Antonio María de Oriol y Urquijo, señaló a la Comisión General de Codificación, como tema de trabajo, entre otros, el estudio de las incidencias que los cambios sociales pueden haber producido en el Derecho de familia y la formulación de la correspondiente propuesta. Y el 22 de diciembre de 1972, el mismo Ministro comunicó al Presidente de la Comisión General de Codificación que para imprimir celeridad al estudio, y haciendo uso de la autorización prevista en las normas reglamentarias de aquel organismo, constituía con carácter temporal en el mismo una Sección Especial para la Reforma del Derecho de Familia (53). Dicha Sección comenzó inmediatamente

(51) *Vid.* M. HERRERO DE MIÑÓN: «Aspectos constitucionales del Título Preliminar del Código civil», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 198 (noviembre-diciembre 1974), págs. 89 y ss.

(52) «Sé que esta afirmación—añade BORDA—parecerá herética a quienes no ignoran que la Constitución es el cimiento de nuestro edificio jurídico, sirve de sustento a nuestras instituciones y, por consiguiente, todas las leyes deben adecuarse a ella y le están subordinadas. Pero ésta, precisamente por ser el vértice del ordenamiento jurídico, está más alejada de la vida cotidiana del hombre. En cambio, el Código civil lo rodea constantemente, es el clima en el que el hombre se mueve y tiene una influencia decisiva en la orientación y conformación de una sociedad» (*Significado y alcance de las reformas*, cit., pág. 5).

(53) Se designaba Presidente de la Sección al de la Comisión General, don ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, y Secretario, al de la misma Comisión, don MARCELINO CABANAS. Como Vocales se nombraban a los de Subsección de Derecho civil de la Sección 1.ª (a la sazón, don FRANCISCO BONET, don JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA, don Pío CABANILLAS, don LUIS Díez-PICAZO, don FRANCISCO ESCRIVÁ DE ROMANÍ, don AMADEO FUENMAYOR, don PABLO JORDÁN DE URRÍES, don SANTIAGO PELAYO, don ANTONIO REVERTE y el autor de estas notas), más cuatro mujeres juristas (doña BELÉN LANDABURU, doña CARMEN SALINAS, doña CONCEPCIÓN SERRA y doña MARÍA TELO), que han sido, por cierto, las primeras llamadas a la Comisión de Codificación en la historia centenaria de este organismo. Posterior-

sus trabajos, que se orientaron inicialmente en una triple dirección: la capacidad jurídica de la mujer casada, la filiación y el posible «trasvase» de instituciones familiares forales al Derecho común. Habiéndose pronto advertido que de estas vertientes de trabajo ofrecía especial urgencia la primera, se concentraron en ella las tareas de la Sección, actuando de ponente el profesor Díez-PICAZO, y fruto de estos esfuerzos fue un Anteproyecto de ley, que una vez remitido por el Gobierno como Proyecto a las Cortes y discutido y aprobado en éstas, se convirtió en la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges. Ley que, como es notorio, ha constituido un paso importante en el camino hacia la actualización del Derecho de familia español.

Otros pasos serán dados seguramente en un futuro próximo. La filiación, la patria potestad, la tutela..., son, de modo más acusado, materias que exigen hoy regulaciones distintas, al menos en parte, a las que el Código civil les dio en el siglo pasado. No faltan bases ni orientaciones para afrontar el trabajo: las proporcionan los muchos trabajos doctrinales últimamente publicados, las varias e importantes sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de los Registros sobre aquellas materias, los avances realizados en la legislación social y en la del Registro civil, las pautas del Derecho comparado y el estímulo de alguna convención europea. Y aunque las materias reformables son realmente delicadas, cabe esperar que sus respectivas reformas, preparadas con serenidad, pongan al Derecho de familia español, sin salir del Código civil, en la línea de las legislaciones más perfectas de la hora presente.

La citada Ley 14/1975 contiene en su Exposición de Motivos, redactada por los profesores HERNÁNDEZ GIL y Díez-PICAZO, algunas palabras que resumen bien la razón de ser y el plan de la reforma del Derecho de familia español: «Las profundas transformaciones que ha experimentado la sociedad hacen aconsejable y conveniente una revisión del Derecho de familia. Tal propósito, sin embargo, sólo debe acometerse de manera prudente, tras un atento y detenido estudio de las posibles soluciones, un análisis de la realidad y de las necesidades verdaderamente sentidas, con la guía también de los elementos que puede aportar el Derecho comparado y sin desconocer en ningún caso las exigencias éticas que de modo muy particular inciden sobre este sector del Derecho.»

mente se incorporó a la Sección, participando intensamente en la preparación de la Ley de 2 de mayo de 1975, el nuevo Secretario General de la Comisión, don PEDRO GONZÁLEZ BOTELLA.

2. ¿PROCEDE LA CREACIÓN DE «TRIBUNALES DE FAMILIA»?

Cuestión que ha atraído en los últimos años la atención de los especialistas en Derecho de familia y suscitado alguna bibliografía en Europa e Hispanoamérica (54), es la referente a la posibilidad de atribuir a una jurisdicción especial o especializada el conocimiento de los diversos asuntos que perteneciendo al ámbito del Derecho de familia hayan de llegar hasta los Tribunales.

En el plano doctrinal, no faltan autores favorables a la organización de «Tribunales de Familia», ya sea fundidos con los Tribunales o Jueces de Menores, hoy existentes en casi todas las naciones, ya sea coexistiendo con éstos, y ejercitando ambos sus respectivas y diferenciadas competencias.

Resumiré seguidamente algunas opiniones de juristas españoles y extranjeros a este respecto:

A) *La posición favorable a los «Tribunales de Familia» en la doctrina extranjera.*—El procesalista uruguayo ADOLFO GELSI, que dedicó hace años un ensayo al tema, se inclinaba por razones prácticas a «la especialización en materia familiar», afirmando: «No se puede negar, en tal sentido, que los asuntos de familia y de menores forman en todos los países una masa muy importante, tanto por su complejidad como por su cantidad; es difícil que el resto de los asuntos judiciales les superen en número, al menos en forma considerable. La base constante para una pluralidad de Tribunales radica, ante todo, en la existencia de tantos asuntos a resolver, que imponen la existencia de muchos Jueces para atenderlos. En consecuencia, si los juicios de una misma materia son tantos como para absorber totalmente el tiempo de algunos Magistrados, no se ve inconveniente en canalizar la actuación de una parte de los Tribunales que se creen en ese sentido especializado» (55).

No dejaba el profesor GELSI, sin embargo, de señalar algunos problemas que ofrecería la integración de los Tribunales de Familia y de Menores: uno sería el de escoger, a la hora de organizarlos, entre el sistema de Juez único y el de órgano colegiado (56); otro, el de decidir

(54) Vid. A. GELSI BIDART: *Enfoque procesal de la familia*, Montevideo, 1958; G. GARCÍA CANTERO: *El Derecho de familia y el proceso*, Santiago de Compostela, 1971; y G. FEDOU: «La experiencia francesa de la Cámara de la Familia», en el vol. *Cursos de especialización de Jueces Menores*, Instituto Interamericano del Niño - U. N. I. C. E. F., Montevideo, 1973, págs. 93 a 112.

(55) A. GELSI BIDART, *op. cit.*, pág. 22.

(56) Frente a este problema, GELSI pone de relieve las ventajas que, sobre todo en asuntos relacionados con menores, ofrece el tribunal unipersonal, al

si dichos Tribunales habrían de integrarse total o parcialmente con miembros no juristas (57).

En cuanto a la concreta competencia de los posibles Tribunales de Familia, GELSI hacía una enunciación analítica de asuntos pertenecientes al orden familiar, donde incluía: los relativos al estado civil de los miembros (acciones de reclamación o contestación de filiación legítima); los referentes al matrimonio y a la situación de los cónyuges (separación, nulidad, divorcio); los que versan sobre el cumplimiento de los deberes familiares (alimentos, suspensión o pérdida de patria potestad, negativa arbitraria de licencia para el matrimonio, etc.); los nacidos en casos de sustitución de la acción familiar natural (tenencia de menores, derecho de visita, tutela); los referentes a la integración artificial de la familia (adopción, legitimación adoptiva); los complementarios de la capacidad para realizar ciertos actos (enajenación de bienes, procesos de incapacidad, etc.), y los de investigación de paternidad y demás referentes a la filiación ilegítima (58).

En la misma línea favorable a los Tribunales de Familia se ha situado asimismo, más recientemente, el también jurista uruguayo JOSÉ PEDRO ACHARD, quien abiertamente afirma inclinarse «a la nueva solución de hacer una Magistratura especializada para el Derecho de familia» (59).

B) *La posición favorable a los «Tribunales de Familia» en la doctrina española.*—Entre nosotros ha dedicado un ensayo al tema el profesor GARCÍA CANTERO, quien aboga también por la creación de Tribunales especializados. Parte GARCÍA CANTERO de que «la metodología que han de utilizar el intérprete en general, y el Juez en particular, en los procesos del Derecho de familia es muy diversa de la que utilizan en los procesos patrimoniales». «El intérprete—añade—se enfrenta con la norma con una óptica necesariamente diferente de los demás procesos civiles: está o puede estar en juego el estado civil, la capacidad de obrar de la persona en su plena integridad, y no meramente su patrimonio. Ni

serle más fácil a un Juez conocer la personalidad del menor y adoptar medidas inspiradas en criterios de «buen padre de familia» (*op. cit.*, pág. 25).

(57) Ante esta cuestión, GELSI defiende el papel fundamental del Juez-jurista: «Quien garantiza el derecho de la persona que es el menor, como de toda persona, es el Juez-hombre de derecho. El maestro podrá enseñar; el psicólogo comprender mejor el modo de ser del joven; el médico señalar las enfermedades que lo aquejan. El Juez es quien lo coloca en su posición de sujeto de derecho, de persona humana en el conjunto social. Lo que hace falta no es sustituir al Juez por dichos técnicos (en materia no jurisdiccional), sino aprovecharlos justamente en la zona de su aptitud como peritos» (pág. 25).

(58) A. GELSI BIDART, *op. cit.*, págs. 14-16.

(59) J. P. ACHARD: «La adopción», en el vol. *Cursos de especialización de Jueces Menores*, cit., pág. 134.

siquiera cuando se discuten aspectos patrimoniales familiares, la relación jurídica deja de estar adornada de los caracteres que ostenta el Derecho de familia» (60). Aquellas afirmaciones le conducen a otra: «la necesaria especialización del órgano jurisdiccional». No se trata—advierte—de crear una jurisdicción especial, sino de racionalizar la distribución del trabajo, manteniendo el principio de la unidad de jurisdicciones. La existencia de un Juez o Tribunal para todas las cuestiones relacionadas con el Derecho de familia permitiría, a juicio de GARCÍA CANTERO, realizar objetivos como los de ofrecer un criterio sistemático de clasificación a la Ley de Enjuiciamiento Civil y al Código civil; plantear la posibilidad de un proceso especial por razón de la materia; unificar, simplificar y perfeccionar la jurisdicción voluntaria en este campo, y permitir la implantación de la tutela de autoridad, que podría atribuirse al Juez de Familia. Aceptadas estas premisas, GARCÍA CANTERO se pregunta qué órgano de los que actualmente ejercen funciones jurisdiccionales en España convendría especializar en materia familiar. En su opinión, «tanto podrían ser los órganos de la Justicia Municipal como los Jueces de Primera Instancia», y una «problemática tercera vía sería transformar a los actuales Tribunales Tutelares de Menores en Tribunales de Familia, pero ello exigiría alterar sustancialmente la concepción que les ha hecho nacer». «En cualquier caso—concluye—, la especialización del órgano debe ser lograda no sólo a través de un estudio en profundidad de los aspectos civiles, penales, canónicos, procesales, internacionales, etc., sino mediante amplios conocimientos auxiliares de Sociología y Medicina, que hoy resultan imprescindibles en esta rama del Derecho civil» (61).

En una línea similar se ha situado con posterioridad FOSAR BENLLOCH, quien afirma que «la organización del Cuerpo de Jueces Especiales de la Familia sería un engranaje más en la compleja máquina que el Derecho administrativo familiar debería crear para promover el bienestar de la familia», aunque no deja de reconocer las dificultades que la reforma ofrece por los medios materiales que exigiría (62).

C) *Ensayos realizados en algunos países.*—Las razones que se aducen, como hemos visto, en pro de la creación de Tribunales de Familia han pesado ya en algunos ordenamientos positivos y—aunque la mayoría siga atribuyendo el conocimiento de los litigios de la esfera del Derecho de familia a la jurisdicción ordinaria—no faltan los que han agrupado, con mayor o menor amplitud, materias de dicha esfera confiriéndolas

(60) G. GARCÍA CANTERO: *El Derecho de familia y el proceso*, cit., pág. 20.

(61) G. GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, págs. 22-24.

(62) E. FOSAR BENLLOCH: *Notas para una introducción al Derecho de familia*, cit., págs. 1151-1152.

a una jurisdicción especializada, sea ésta o no la de los Tribunales de Menores. No faltan tampoco países en los que el tema está, al menos, en estudio. Aludiré, sin propósitos exhaustivos, a varios de los unos y de los otros.

En Francia, según recientemente ha escrito el doctor GASTON FEDOU, Presidente del Tribunal de Niños y de la Cámara de la Familia de París, «los Tribunales de Familia no han sido establecidos aún por ningún texto legal o reglamentario»; pero «ante la necesidad y ante la presión de un conjunto de factores, se han creado Cámaras de la Familia en el seno de varios Tribunales: la primera nació en Burdeos en 1963, la segunda en Lille en 1965 y la tercera en París en 1969» (63). La competencia de dichas Cámaras, al no estar delimitada por la ley, «varía —dice FEDOU—según la importancia de los Tribunales y los conceptos de los magistrados», pero es relativamente amplia, abarcando en materia civil y penal los asuntos de la esfera familiar relacionados con los niños (64). A la vista de la experiencia de estos órganos, FEDOU concluye que «la delimitación del dominio de la Cámara de la Familia debe estar caracterizada por la elección de las especies, en las cuales la suerte y la orientación del niño exigen una atención especial y un trato particular favorecido por la relación del Juez y del justiciable» (65).

En Italia, donde la figura del Juez tutelar ofrece desde hace años algún relieve (66), la muy reciente e importante reforma del Derecho de familia por la Ley de 19 de mayo de 1975 (a la que ya antes he aludido) conserva en los artículos 337 y 406 del Código civil, que han sido retocados, las facultades que a dicho Juez venían ya atribuidas en materias de patria potestad y *affiliazione*. Uno de los preceptos interesantes incorporados al Código en esta reforma es el nuevo artículo 145, que contempla una hipótesis de intervención del Juez en la familia, disponiendo que, en caso de desacuerdo entre los cónyuges, cada uno de ellos puede pedir sin formalidades la intervención del Juez, quien, oídas las opiniones expresadas por los cónyuges y, si procede, por los hijos que hayan cumplido el decimosexto año, tratará de alcanzar una solución concordada; cuando ésta no sea posible y el desacuerdo concierna a la fijación de la residencia o a otros asuntos esenciales, el Juez, siempre que sea requerido expresa y conjuntamente por los cónyuges, adoptará, en acuerdo no impugnabile, la medida que considere más adecuada a las exigencias de la unidad y de la vida de la familia. La norma

(63) G. FEDOU: *La experiencia francesa de la Cámara de Familia*, cit., pág. 94.

(64) G. FEDOU, *op. cit.*, pág. 102.

(65) G. FEDOU, *op. cit.*, pág. 104.

(66) Sobre el origen del cargo y sus funciones, vid. J. M. LETE DEL RÍO: *La responsabilidad de los órganos tutelares*, Valladolid, 1965, pág. 118.

acepta, pues, la intervención del Juez, pero suavizándola al privarla de formalidades y encauzándola hacia una solución aceptable para las dos partes o, de no ser ello posible, hacia una solución de arbitrio judicial en función del interés familiar.

En otros países europeos se estudia la posibilidad de la creación de una jurisdicción especializada de familia (67).

Es acaso, empero, en los países iberoamericanos donde más se ha avanzado por este camino. Los doctores SAJÓN, ACHARD y CALVENTO, especialistas del Derecho del menor y dirigentes del Instituto Interamericano del Niño, después de presentar el actual cuadro de la jurisdicción especializada de menores en Iberoamérica, afirman: «En cuanto a la competencia de los Tribunales de Menores, existen en la legislación de los países americanos dos sistemas. Uno está integrado por aquellos países que le asignan una competencia restringida, referida solamente a los casos de conducta antisocial, abandono material y moral y situaciones de peligro (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, México). El otro sistema, de competencia amplia, atribuye a los Tribunales de Menores, además de las materias mencionadas, aquellas cuestiones que tradicionalmente pertenecen al ámbito del Derecho de familia, como adopción, tenencia, guarda, tutela, patria potestad, investigación de la paternidad, etcétera (Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Perú, Uruguay y Venezuela). En aquellos países en que además de Tribunales de Menores existen Tribunales de Familia, como en Guatemala, la delimitación de competencia se efectúa atendiendo a los dos sistemas expuestos» (68). Por lo demás, en la mayoría de los países iberoamericanos se han integrado estos Tribunales en el Poder judicial (69).

El reciente Código de Familia de Costa Rica de 1973, al que ya he tenido ocasión de aludir, proclama en su Exposición de Motivos la necesidad de una Magistratura especial como complemento de toda promulgación de un Código de familia y para lograr la perfecta aplicación del mismo (70).

(67) Vid. G. FEDOU, *op. cit.*, pág. 93.

(68) R. SAJÓN, J. P. ACHARD y U. CALVENTO: *Menores en situación irregular (Aspectos socio-legales de su protección)*, Montevideo, 1973, pág. 30.

(69) «La mayoría de los países—informan los Drs. SAJÓN, ACHARD y CALVENTO—, atendiendo al principio de separación de poderes y a la función netamente jurisdiccional de estos tribunales, los han emplazado integrando el Poder Judicial (Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela). Otros países, siguiendo precedentes europeos, han organizado una especie de *justicia administrativa*, ubicándolos en el organismo ejecutivo de asistencia y protección de menores (Bolivia) o dependiendo del Poder central (México), situaciones que pueden suscitar problemas de constitucionalidad» (*loc. cit.*).

(70) Así, la Exposición de Motivos, después de poner de relieve la conveniencia de los «Códigos de Familia», recoge las opiniones que afirman que «al

D) *Posibles orientaciones futuras del Derecho español.*—¿Puede nuestro país llegar a constituir una jurisdicción especializada para el conocimiento de asuntos relativos al Derecho de familia? La tendencia favorable a esa posibilidad no parece estar de momento muy extendida, pero recluta partidarios de manera creciente. Antes he resumido los argumentos aducidos en esa línea por algunos de los todavía escasos, pero autorizados, autores españoles que se han planteado la cuestión. Al margen ya de la pura doctrina civilista, y como detalle muy reciente y sintomático, puedo ahora añadir la conclusión esbozada en este punto por el III Congreso Nacional de la Familia Española. Dicho Congreso, celebrado en Madrid durante el mes de junio de 1975, acordó, en efecto, a propuesta del profesor GARCÍA CANTERO, solicitar «la creación de Jueces o Tribunales de Familia que, salvando la unidad jurisdiccional, tengan competencia para el conocimiento de todos los pleitos civiles de naturaleza familiar».

Cabe acaso observar, sin embargo, que la solicitada creación de Jueces o Tribunales de Familia implicaría una reforma tan trascendental como compleja del Derecho español, que habría de traducirse en buen número de normas orgánicas, sustantivas y procesales. Actualmente, el conocimiento de los asuntos que pueden ser considerados como de Derecho de familia corresponde, según los casos, a la jurisdicción eclesiástica, a la jurisdicción ordinaria (ya a través de la Justicia Municipal, ya de los Juzgados de Primera Instancia) y a la jurisdicción de menores. Reconducir todos o parte de aquellos asuntos a un solo órgano jurisdiccional supone obvios problemas.

Por otra parte, cabe plantearse la duda de si aquel órgano nuevo estaría siempre en mejores condiciones para actuar con acierto: la especialización entraña también sus peligros y en los «procesos familiares» no dejan a veces de incidir cuestiones puramente patrimoniales, del mismo modo que con las instituciones del Derecho de familia se enlazan frecuentemente otras pertenecientes a distintas parcelas del Derecho civil. La atribución de competencia puede ser, pues, delicada.

El tema, con todo, está ya planteado, como hemos visto, en la actualidad jurídica española y cabe suponer que seguirá siendo objeto de ulterior estudio en un futuro próximo, tanto a nivel doctrinal como a nivel ya de posibles trabajos prelegislativos.

promulgarse un Código de Familia debe hacerse con la parte procesal debidamente estructurada, ya que en esta materia debe privar un procedimiento distinto para los otros aspectos del Derecho civil y comercial, y crearse Tribunales especiales de Familia o Jueces de lo familiar, como los hay en otros regímenes». Esta creación, por los problemas que entraña, «es de momento imposible» en Costa Rica, según el propio legislador, y, para no demorar la promulgación del Código de Familia, se ha lanzado éste sin reforma judicial simultánea.

Para una eventual creación de Tribunales de Familia parece preferible concebirlos como jurisdicción especializada que como jurisdicción especial (71). También podría considerarse la posibilidad de transformar y potenciar los actuales Tribunales Tutelares de Menores, convirtiéndolos en esos órganos judiciales de Derecho de familia cuya existencia se ha pedido. Ciertamente es que dichos Tribunales de Menores nacieron con una filosofía diferente y respondiendo a objetivos concretos más limitados, especialmente ligados a la corrección y reforma del menor (72), pero a lo largo del tiempo su intervención en la patria potestad por el ejercicio de la facultad protectora (reconocida en el art. 9.º de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 y traducida en los acuerdos por los que se suspende a los padres en sus derechos de guarda o educación de los hijos en diversos casos previstos en los Códigos civil y penal) ha ido dando algún relieve a estos Tribunales en materia civil y en unos temas concretos de evidente importancia familiar. Se podrá observar que esa competencia, aun limitada, no ha dejado de producir conflictos con la de la jurisdicción ordinaria (73); pero éstos están encauzados y la intervención de los Tribunales Tutelares parece tender a extenderse: a través de los últimos años se han formulado en la doctrina, e incluso se han traducido en trabajos prelegislativos, propuestas para extender la competencia de dichos Tribunales a diversos asuntos en materia de

(71) Cfr. los artículos 31 y 32 de la Ley Orgánica del Estado, que reducen las jurisdicciones especiales a la militar y la eclesiástica. Sobre la unidad jurisdiccional en base a tales normas, *vid.* P. MARÍN PÉREZ: «La Administración de Justicia en la Ley Orgánica del Estado», en *Revista de Estudios Políticos*, número 152 (marzo-abril 1967), págs. 215 y ss.

(72) *Vid.* el libro, ya clásico, de E. CUELLO CALÓN: *Tribunales para niños*, Madrid, 1917, y los estudios posteriores, entre otros, de A. BERISTÁIN: *Juristas y psicólogos ante la delincuencia juvenil*, Madrid, 1965; A. SABATER: *Juventud inadaptada y delincuente*, Barcelona, 1965; F. SALINAS QUIJADA: «La delincuencia de menores», en *Nuestro Tiempo*, núm. 161 (noviembre 1967); J. M. NIN DE CARDONA: *En torno al problema de la delincuencia juvenil*, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1968; G. DE YBARRA: *Temas del Centro de Estudios del Reformatorio de Amurrio*, Madrid, 1969; J. R. PALACIOS: *Edad. Derecho penal y Derecho tutelar*, Madrid, 1969; F. VIVES VILLAMAZARES: «El proceso especial de los Tribunales Tutelares de Menores», en *Revista de la Obra de Protección de Menores*, junio 1971, págs. 5 y ss.; J. A. MAGAZ SANGRO: «Aumento de la delincuencia juvenil», en el vol. *Día Universal del Niño*, Madrid, 1972, págs. 65 y ss.; J. LÓPEZ ORUEZÁBAL: «Función rehabilitadora de los Tribunales de Menores», en el mismo volumen, págs. 69 y ss., y el reciente libro de L. MENDIZÁBAL OSES: *Introducción al Derecho correccional de Menores*, Instituto de la Juventud, Madrid, 1974.

(73) *Vid.* el estudio de los profesores E. MADRUGA e I. SERRANO SERRANO: *Competencia de los Tribunales Tutelares de Menores y jurisdicción ordinaria, respecto a medidas previas y provisionales, en casos de separación y nulidad de matrimonio*, Valladolid, 1963.

patria potestad (74), adopción (75), tutela y otras del Derecho de familia (76). Por otra parte, la integración de los Tribunales Tutelares en la jurisdicción ordinaria está prevista en las Bases de la Ley Orgánica de la Justicia contenidas en la Ley 42/1974 (77).

En todo caso, la corriente favorable a la creación de órganos judiciales especializados en Derecho de familia responde a la importancia que hoy se reconoce a esta rama del Derecho civil y a la institución familiar misma, ya que es frecuente que el desarrollo de una rama jurídica se traduzca en el nacimiento de una jurisdicción especializada para ella: recuérdese, por ejemplo, la creación de la Magistratura de Trabajo en España, acorde con el desarrollo del Derecho laboral.

En ese sentido puede ser favorable para la familia disponer de Jueces o Tribunales especializados; pero en consideración también al interés familiar (78) y habida cuenta de que los conflictos que surgen en el interior de la familia son en extremo delicados, parece conveniente que la actuación de esos órganos, si llegan a existir, se reduzca a los casos de intervención imprescindible (79), procurando que en los restantes el

(74) Puede verse mi trabajo «La patria potestad de la madre en el Derecho español», en *Revista de Derecho Privado*, mayo 1957, pág. 532.

(75) Al prepararse la reforma de la adopción llevada a término en 1970, el Proyecto de Ley elaborado por la Comisión General de Codificación y remitido por el Gobierno a las Cortes Españolas había atribuido a los Tribunales Tutelares de Menores la competencia para la declaración del abandono previa a la adopción en ciertos casos; esta atribución fue desechada en la Comisión de Justicia de las Cortes.

(76) Sobre los Tribunales de Menores en general, su naturaleza y posibilidades, *vid.* F. FERNÁNDEZ BLANCO: «Análisis sobre un Derecho especial Tutelar de Menores», en *Revista de la Obra de Protección de Menores*, núms. 138, 151 y 155 (1971-72), y F. VIVES VILLAMAZARES: «La jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores en el ordenamiento procesal español», en el vol. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro*, Valencia, 1974, págs. 575 a 591.

(77) Sobre aquella integración, *vid.* L. MENDIZÁBAL OSES: «La transformación de las estructuras instrumentales de protección a los menores en función de las innovaciones legislativas», en *Boletín de Información* (Ministerio de Justicia), número 1.024 (25 mayo 1975), págs. 1 a 12.

(78) Sobre la importancia que hoy se atribuye al «interés familiar», *vid.* J. A. DORAL: «El fraude y la defensa del interés familiar en el Código civil», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1974, págs. 555 a 581, especialmente páginas 559 a 562.

(79) La doctrina pontificia a partir de LEÓN XIII da las bases de la lícita intervención del Estado y los límites a la misma, tanto en general como en particular, dentro de la familia. Según observa JOSÉ LUIS GUTIÉRREZ GARCÍA, «el enunciador primero del principio de la intervención del Estado es LEÓN XIII. Nada añaden, en lo sustancial, a este enunciado los papas posteriores. Ni tampoco el Concilio Vaticano II»; la actitud de reserva ante posibles extralimitaciones en el ejercicio de la intervención se advierte en varios pasajes de LEÓN XIII: uno de ellos, relativo a la familia, afirma que «querer que la autoridad penetre a su arbitrio hasta la intimidad de los hogares es un error grave y pernicioso» (*Rerum novarum*, 9, 10). *Vid.* J. L. GUTIÉRREZ GARCÍA: *La concepción cristiana del orden*

conflicto se solucione en la misma esfera interna de la familia y sin rupturas irreversibles. Porque, como recientemente ha escrito MANUEL DE LA CÁMARA, «la familia para sobrevivir necesita mucho más de la medicina preventiva que de la medicina curativa» (80). Y la intervención de un órgano estatal—por excelente que sea—en la familia tiene el peligro de asemejarse no ya a la medicina curativa, sino incluso a la cirugía.

3. ¿CABE LA CATEGORÍA DE LOS «NEGOCIOS JURÍDICOS DEL DERECHO DE FAMILIA»?

En los últimos tiempos, la doctrina civilista ha dedicado alguna atención a la posible integración de diversos actos de la esfera del Derecho de familia en una eventual categoría, que pudiera denominarse «acto jurídico familiar» o «negocio jurídico del Derecho de familia». Veamos brevemente cómo avanza la admisión de esta figura a través de algunos de los autores que la han estudiado.

A) *Su admisión en la doctrina extranjera.*—Ya VON TUHR había observado que «no sólo existen negocios de Derecho patrimonial y hereditario, sino también de Derecho de familia, en la medida en que en esta materia se admite la autonomía del individuo», señalando concretamente que «son negocios jurídicos los esponsales y su disolución, el matrimonio, la impugnación de la legitimidad y del reconocimiento, la instancia por declaración de legitimidad, la adopción...» (81). Y BETTI, por su parte, había tomado en cuenta los negocios de Derecho familiar dentro de su doctrina general sobre el negocio jurídico (82).

Ha sido, empero, en la doctrina argentina donde, a lo largo de los últimos lustros, se han hecho sucesivas e interesantes aportaciones a la configuración del «acto jurídico familiar». Esta posibilidad teórica—que se hallaba esbozada en trabajos de los profesores HÉCTOR LAFAILLE, AL-

social, B. A. C., Madrid, págs. 173 a 179, donde se realiza un iluminador estudio sobre la intervención del Estado según el magisterio moderno de la Iglesia.

(80) «Si la vida familiar evoluciona hacia situaciones gravemente patológicas—añade el ilustre notario y académico—, la enfermedad no tiene, casi nunca, remedio. Los estudiosos del Derecho hemos de conformarnos con buscar soluciones justas para supuestos no queridos, pero irreversibles. En presencia de esos supuestos es lícito afirmar, aunque la frase suene a paradoja, que el Derecho de familia empieza cuando la familia se acaba» (*Reflexiones sobre la filiación ilegítima en Derecho español*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1975, página 259).

(81) *Derecho civil* (trad. de Ravá), Buenos Aires, 1946-48, tomo II, pág. 165.

(82) *Teoría general del negocio jurídico* (trad. de Martín Pérez), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 212.

BERTO MOLINARIO y HUGO SPOTA—ha sido especialmente desarrollada por el profesor ENRIQUE DÍAZ DE GUIJARRO (83). A juicio de este autor, el acto jurídico familiar es figura con individualidad, aunque haya carecido de formulaciones legales en su enunciado y hubiera estado ausente de las clasificaciones de los actos jurídicos (84). De modo general, «son actos jurídicos familiares—dice—aquellos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato el emplazamiento en el estado de familia o la regulación de las facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares» (85). ¿Qué actos concretos del Derecho de familia serían incluíbles en este concepto? El profesor DÍAZ DE GUIJARRO estudia los siguientes (señalando los pros y los contras de la inclusión de cada uno de ellos): los esponsales, el matrimonio, el reconocimiento de hijo legítimo y el de hijo natural, la legitimación, el convenio sobre el cuidado de los hijos, la adopción, la legitimación adoptiva, la emancipación, el convenio sobre el beneficio de la mayor edad, la impugnación del matrimonio, la separación entre cónyuges, la reconciliación, la impugnación de la legitimidad, la impugnación del reconocimiento, la instancia por declaración de legitimidad, el convenio sobre alimentos, la constitución de un peculio profecticio, el nombramiento de tutor, la ordenación de la tutela, las convenciones matrimoniales, las donaciones nupciales, la constitución de la dote y los llamados actos jurídicos familiares innominados (86). En definitiva, a juicio del mismo civilista, se observa todavía en este tema una anarquía de conceptos y una falta de sistematización que hacen «indispensable formular una teoría general del acto jurídico familiar para poder disponer de los principios comunes que rigen su naturaleza, sus categorías, sus características y sus efectos» (87).

Conviene notar, sin embargo, que no toda la doctrina argentina actual acepta la existencia del acto jurídico familiar como una categoría: BORDA, por ejemplo, parece rechazarla tácitamente (88), y MAZZINGUI se opone a ella de modo expreso al afirmar que «el acto jurídico familiar no

(83) En sus ensayos *El acto jurídico familiar y otros estudios*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1960; «Concepto y naturaleza del acto jurídico familiar», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, mayo 1966, y «Nuevos aportes a la introducción al estudio del acto jurídico familiar», en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, tomo VI, págs. 189 y ss.

(84) E. DÍAZ DE GUIJARRO: *El acto jurídico familiar*, cit., pág. 11.

(85) E. DÍAZ DE GUIJARRO: *Concepto y naturaleza del acto jurídico familiar*, citado, págs. 679 y ss.

(86) E. DÍAZ DE GUIJARRO: *Nuevos aportes*, cit., págs. 212 a 227.

(87) E. DÍAZ DE GUIJARRO: *Nuevos aportes*, cit., pág. 226.

(88) Se abstiene el profesor BORDA, en efecto, de mencionar el acto jurídico familiar e incluso niega ese carácter, concretamente, al reconocimiento de hijo extramatrimonial (*Tratado de Derecho civil argentino. Familia*, vol. II, 3.ª edición, páginas 55-56).

constituye un género diferente, sino que se encuadra en el concepto general de acto jurídico» (89).

En la doctrina italiana reciente, PIETROBON se ha planteado la cuestión de si existen «negocios del Derecho familiar», recogiendo algunas objeciones posibles contra la admisión de los mismos y observando que «es frecuente de la naturaleza negocial del reconocimiento del hijo natural o de la adopción, sobre todo teniendo en cuenta que los efectos de tales actos quedan sustraídos a la disponibilidad de las partes» (90). En definitiva, sin embargo, PIETROBON parece inclinarse a la admisibilidad de aquellos negocios: «Cierto—afirma—que el negocio se define como acto de autonomía privada y como regulación, pero sólo en cuanto pone fin, de modo jurídicamente relevante, a un conflicto de intereses. No es necesario, por tanto, que se dirija al futuro: baste pensar que de otro modo no serían negocios los contratos consensuales con eficacia real, en los que el efecto traslativo tiene lugar en el mismo momento en que se fija la regulación de intereses. Para que un acto sea negocio es suficiente que la nueva situación jurídica dependa de un acto libre de autonomía y tenga en él su origen» (91).

B) *Su admisión en la doctrina española.*—En nuestro país, ya en 1959 el profesor GARCÍA CANTERO apuntó la posibilidad de los negocios jurídicos familiares, al afirmar que el matrimonio civil es «un negocio jurídico de Derecho de familia, idéntico a los esponsales, la reconciliación de los cónyuges separados, la adopción del mayor de edad, la emancipación por concesión del padre o de la madre, etc.» (92).

Especial atención ha dedicado al tema posteriormente el profesor Díez-PICAZO, quien a través de un sugestivo estudio (93) ha defendido la posibilidad de construir con carácter general la figura del negocio jurídico familiar. Dicho negocio puede definirse, a su juicio, como «aquel acto de autonomía de las personas que tiene por objeto la constitución, modificación, extinción o reglamentación de una relación jurídica familiar» (94). Dos clasificaciones pueden hacerse de estos negocios: atendiendo a la naturaleza de las relaciones sobre las que el negocio incide, cabe distinguir entre negocios matrimoniales, negocios de filiación y negocios tutelares; atendiendo al contenido del negocio, aparecen claramente

(89) J. MAZZINGUI: *Derecho de familia*, Buenos Aires, 1971, tomo I, pág. 49.

(90) V. PIETROBON: *El error en la doctrina del negocio jurídico*, trad. y notas de Mariano Alonso Pérez, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, pág. 679.

(91) V. PIETROBON, *op. cit.*, pág. 681.

(92) G. GARCÍA CANTERO: *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, pág. 31.

(93) L. Díez-PICAZO: «El negocio jurídico del Derecho de familia», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, junio 1962 y ed. separada.

(94) L. Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 12 de la ed. separada.

deslindados los negocios que versan sobre el estado civil y condición de las personas, los negocios que versan sobre la vida en común de los miembros de la familia y los negocios de contenido económico (95). En base al Derecho español, los actos jurídicos a los que, según Díez-PICAZO, cabe concretamente conferir la calificación de negocios jurídicos familiares son: la promesa de matrimonio o esponsales de futuro; el matrimonio; el acuerdo de los padres para proveer al cuidado de los hijos, al amparo del artículo 71 del Código civil; el reconocimiento de hijo natural; el convenio que entre el deudor y el acreedor de una obligación de alimentos se celebre respecto a su cuantía, reducción, aumento o forma de prestarlo; el acto de constitución de un peculio profecticio; la adopción; la disposición del padre o de la madre por la que se nombran tutor y protutor a los hijos menores o incapacitados y se establece, dentro de los límites legales, la ordenación de la tutela; los acuerdos y disposiciones del Consejo de Familia proveyendo a la misma ordenación; la emancipación por concesión del padre o de la madre; la concesión del beneficio de la mayor edad por el Consejo de Familia; el contrato de bienes con ocasión del matrimonio; las donaciones nupciales y el acto de constitución de la dote (96).

¿Hasta qué punto va penetrando la figura del negocio jurídico del Derecho de familia en la doctrina civil española? A nivel de las obras generales no parece haber todavía unanimidad en la admisión de dicha figura, aunque se tienda, siquiera sea incidentalmente, a darla por existente. Así, BONET RAMÓN (97) y CASTÁN TOBEÑAS (98) mencionan los *negocios familiares* como contrapuestos a los *patrimoniales*, y PUIG PEÑA (99) y ESPÍN (100) exponen la distinción entre *negocios personales* y *patrimoniales* (en el primer concepto cabe incluir, y así lo hace ESPÍN expresamente, las relaciones familiares). Por su parte, PUIG BRUTAU recoge las ideas de Díez-PICAZO sobre los caracteres de los negocios jurídicos de familia y acepta con él que éstos tienen su contenido limitado y a veces rígidamente tipificado, concluyendo: «En cuanto a la causa del negocio, no puede existir otra que la admitida y configurada en cada caso por la ley. Cabe afirmar que existe un sistema de número limitado

(95) L. Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 13. Sobre la estructura del negocio jurídico familiar, *vid. ibidem*, págs. 14 a 24.

(96) L. Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 4 a 8.

(97) F. BONET RAMÓN: *Compendio de Derecho civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, tomo I, pág. 616.

(98) J. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*. Ed. Reus, Madrid, tomo I, vol. 2.º, 11.ª ed., 1975, pág. 632.

(99) F. PUIG PEÑA: *Compendio de Derecho civil español*, Ed. Nauta, Barcelona, 1966, tomo I, pág. 601.

(100) D. ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, vol. I, 4.ª ed., 1974, pág. 410.

de causas que no permite la existencia de negocios atípicos en el Derecho de familia. No cabe, pues, adaptar un negocio de Derecho de familia a un fin particular y toda divergencia entre la causa verdaderamente querida y la admitida por la ley significará que se incurre en un acto de simulación absoluta» (101).

En las monografías sobre el negocio jurídico, por otro lado, parece ir consolidándose la noción del familiar. Así, el profesor ALBALADEJO presenta, entre otras clasificaciones del negocio jurídico, una que contrapone los negocios *familiares* a los *patrimoniales*: «Son negocios familiares o de Derecho familiar—expone—los que persiguen el fin de constituir, modificar o extinguir relaciones familiares (o ampliando el concepto, cuasifamiliares), como el matrimonio, la adopción y el nombramiento de tutor»; junto a estas dos especies de negocios, ALBALADEJO admite una tercera, constituida por los negocios *patrimoniales familiares*, «entendiendo por tales los que regulan el régimen patrimonial basado en relaciones familiares: por ejemplo, las capitulaciones matrimoniales» (102). El profesor DE CASTRO, por su parte, después de señalar que «se admite, en general, la existencia de negocios jurídicos dentro del ámbito del Derecho de familia», advierte que «lo íntimo de las relaciones familiares hace que esa su peculiar naturaleza haga presumir que conductas de las que normalmente se induciría la existencia de un negocio jurídico sean consideradas extrañas al ámbito de lo negocial» (103); por lo demás, y a lo largo de su monografía, DE CASTRO se refiere varias veces a los «negocios de Derecho de familia» para poner de relieve algunas peculiaridades de los mismos (104).

En artículos sobre puntos concretos de la problemática del negocio jurídico, se acepta de alguna suerte la sustantividad de los negocios familiares, cuyas diferencias con los de otras zonas del Derecho civil se ponen de relieve. Así, CALVO SORIANO critica la teoría unitaria del negocio jurídico, que «dibujaba éste sobre la figura fundamental del contrato, de ámbito eminentemente patrimonial, sin percibir o sin destacar la circunstancia de que el juego de la voluntad, aun entendido en el sentido soberano clásico, es fundamentalmente distinto en el negocio unilateral y en el bilateral, así como en el Derecho de obligaciones, en el de

(101) J. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, Ed. Bosch, Barcelona, tomo IV, vol. I, 1967, pág. 15.

(102) M. ALBALADEJO: *El negocio jurídico*, Lib. Bosch, Barcelona, 1958, página 70.

(103) F. DE CASTRO: *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, pág. 37.

(104) Así, lo peculiar de su causa (pág. 275) o su «resistencia para que se les aplique el sistema de anulabilidad» (pág. 502).

familia y en el sucesorio» (105). Y DE LA ESPERANZA, al estudiar la trascendencia de la autonomía de la voluntad en los distintos negocios jurídicos, distingue, por lo que se refiere al Derecho de familia, entre el Derecho de familia puro en el que «queda externamente limitado el juego de la voluntad y la función creadora de la autonomía privada», y el de Derecho de familia aplicado o patrimonial, «en el que la autonomía de voluntad tiene un campo de acción externamente limitado» (106).

Recientemente varios autores españoles han discutido, por otra parte, en torno al carácter negocial de algunos actos concretos pertenecientes a la esfera del Derecho de familia. De modo especial, en el tema tan actualizado de la adopción se han hecho nuevas aportaciones a la debatida cuestión de la naturaleza jurídica de este instituto (107), estudiándolo en base a la reforma operada por la Ley de 4 de julio de 1970, después de la cual afirma ARCE que la adopción es una «institución con base contractual» (108), y ALONSO PÉREZ que es «un negocio jurídico del Derecho de familia que tiene carácter bilateral» (109).

En resumen, parece que si se espiga por el Derecho de familia español, como por el de otros países, cabe encontrar ciertamente numerosos actos que encajan en el concepto de negocio jurídico, y la posibilidad de integrarlos en una figura—la del negocio familiar o del Derecho de familia—gana terreno por la base doctrinal y legal de los ensayos hechos en esa línea, aunque esta nueva categoría de los negocios jurídicos no esté todavía enteramente construida ni unánimemente aceptada.

III. CONCLUSION

A lo largo de las páginas precedentes he tratado de exponer brevemente algunas cuestiones de las que en la encrucijada actual se le presentan al Derecho de familia. Distintos entre sí, los tres temas que he tocado están vivos y son, por supuesto, opinables, no teniendo estas

(105) A. CALVO SORIANO: «Límites del negocio jurídico patrimonial», en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Pamplona, 1969, tomo V, pág. 167.

(106) A. DE LA ESPERANZA-RADIO: «La función de la voluntad en los negocios jurídicos», en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, citado, tomo V, pág. 503.

(107) Vid. DE LA VALLINA: «Naturaleza jurídica y acto constitutivo en la adopción», en *Revista de Derecho Privado*, junio 1969, págs. 437 y ss.

(108) J. ARCE FLÓREZ-VALDÉS: «En torno al consentimiento para la adopción a tenor de la Ley de 4 de julio de 1970», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, noviembre 1970, pág. 616.

(109) M. ALONSO PÉREZ: notas a la obra de PIETROBON *El error en la doctrina del negocio jurídico*, cit., pág. 704.

notas ni siquiera la pretensión de predecir con seguridad los rumbos que a cada uno de ellos va a señalar el futuro.

Si de este breve examen hubiera de extraerse alguna conclusión de conjunto cabría acaso resumirla en una afirmación: la de la notable vitalidad del Derecho de familia en la hora presente. Porque esta rama del Derecho civil, si en el plano de la legislación renueva y actualiza sus fuentes, en el plano de la jurisdicción se esfuerza por asegurarse una aplicación más perfecta y en el plano doctrinal construye categorías propias dentro de los esquemas del Derecho civil. Con todo lo cual, el panorama actual del Derecho de familia es en verdad sugestivo, y la que fue hasta fechas recientes un poco cenicienta entre las ramas del Derecho civil pasa a ocupar un puesto de primera fila entre todas las disciplinas jurídicas.

José M.^a CASTÁN VÁZQUEZ

Letrado del Ministerio de Justicia.
De la Carrera Fiscal

Consideraciones sobre el nuevo título preliminar (Normas de Derecho privado)

MOTIVOS DE LA REFORMA

A una doble y fundamental razón respondió para el legislador la reforma del Título Preliminar (en adelante T. P.) de nuestro primer Cuerpo legal:

De un lado, haber dado fin a la primera de las etapas previstas en el Congreso de Derecho Civil de Zaragoza de 1946, con la culminación de las Compilaciones (1), en aras del logro, todavía no fácil, de un Código general para el territorio nacional. Lo que reclamaba del Código civil una adecuada y completa regulación de los posibles conflictos interregionales.

De otro, la necesidad de perfeccionar las normas del T. P. de manera que se acomodasen a las orientaciones de la doctrina y jurisprudencia más autorizada, así como a los criterios vigentes en materia de Derecho internacional privado.

La inaplicabilidad o ineficacia de preceptos, como el antiguo artículo 13, relativo al régimen peculiar de los territorios de Aragón y Baleares, que tras la publicación de sus Compilaciones no tenía razón de ser (2),

(1) Vizcaya y Alava, Compilación de 30 de julio de 1959; Cataluña, Compilación de 21 de julio de 1960; Baleares, Compilación de 19 de abril de 1961; Galicia, Compilación de 2 de diciembre de 1963; Aragón, Compilación de 8 de abril de 1967, y Navarra, Compilación de 1 de marzo de 1973.

(2) En efecto, aquel precepto establecía la coexistencia del Código civil con los derechos especiales de Aragón y Baleares, a diferencia del régimen del artículo 12 que reconocían al Código civil sólo una función supletoria de último grado. Pero tras las publicaciones de las Compilaciones Balear y Aragonesa la función

o del párrafo 3.º del artículo 10, de arcaica referencia tras la publicación de la Compilación de Vizcaya (3); la unilateralidad en algunos enfoques del anterior texto, tales como el artículo 9 y primer párrafo del 11 (4); la ausencia normativa respecto a principios jurídicos de evidente trascendencia, como el abuso del Derecho; la conveniencia de una declaración directa y completa de las fuentes de nuestro Ordenamiento jurídico, y el desfase e insuficiencia de los criterios de Derecho internacional privado, constituyen, en términos más concretos, otros tantos motivos determinantes de la reforma del T. P.

PROCEDIMIENTO SEGUIDO

El procedimiento seguido para llevar a cabo la reforma es de todos conocido: Al amparo de lo previsto en el artículo 10, apartado I), de la Ley de 17 de julio de 1942, constitutiva de las Cortes, y por Ley de la Jefatura del Estado de 17 de marzo de 1973, se sancionaban con rango de Ley las bases para modificación del T. P., comprensiva de cinco artículos, el primero de ellos referente a la autorización que se concedía al Gobierno, en los términos del artículo 51 de la Ley Orgánica del Estado, para llevar adelante la reforma (5); el segundo, comprensivo de las bases, expuestas en siete puntos (6), a las que debía ajustarse aquella autorización; el tercero, relativo a la sistemática y desarrollo del articulado, con manifiesto respeto a su número anterior, y el cuarto y quinto, indicadores del plazo concedido para la publicación del texto articulado del nuevo T. P. y para la presentación a las Cortes del proyecto de ley de reforma de los artículos del Código civil afectados directamente por el nuevo T. P.

En el primer supuesto, el plazo tuvo que ser brevemente prorrogado, hasta que el Decreto de 31 de mayo de 1974, a propuesta del Ministro de Justicia, de conformidad en lo sustancial con el dictamen del Consejo

atribuida al Código civil respecto a las mismas es también supletoria (disposición final segunda y art. 1.º, 2, respectivamente).

(3) Por la Ley 15, título XX, del Fuero de Vizcaya quedaban los bienes sitos en la tierra llana sometidos, en las transmisiones, al principio de troncalidad.

(4) Que obligaban a presumir, respectivamente, que los principios en ellos establecidos se extenderían a los extranjeros y a los actos privados.

(5) De verdadera delegación en sentido técnico califica a esta autorización el preámbulo de la Ley de Bases citada, pues el Gobierno, al amparo de la Ley Orgánica del Estado, quedaba así facultado para someter el texto articulado del T. P. a la sanción del Jefe del Estado con fuerza de Ley.

(6) Fuentes del Derecho; Interpretación y aplicación de las Normas; Eficacia Jurídica; Derecho Internacional Privado; referente a las personas; a las cosas y actos jurídicos; criterios de Derecho Internacional, y ámbito o eficacia del Código civil y de los derechos forales.

de Estado, y previa deliberación del Consejo de Ministros, sancionaba con fuerza de ley el texto articulado del T. P. del Código civil, que aparecería en el *Boletín Oficial del Estado* de 9 de julio siguiente, entrando en vigor el 29 de dicho mes.

Resalta del procedimiento indicado que aun estando enmarcado en unas líneas de legitimidad, no responde en sus modos a las previsiones revisorias de las disposiciones adicionales del Código civil, las cuales quedan una vez más sin aplicación efectiva.

EL TITULO PRELIMINAR. CONSIDERACIONES

Aunque el objeto de estas líneas es en realidad apuntar ciertas reflexiones y consideraciones sobre el contenido y aspecto sustantivo del nuevo texto articulado del T. P., no podemos pasar por alto, y aunque sólo sea a grandes rasgos, una breve consideración sobre su aspecto formal y técnico. Puntualizando que por razones de extensión, y como ya encabeza la ponencia, nos ceñiremos al examen de las normas de Derecho civil o privado, con exclusión, por tanto, de los artículos 8 a 12 y 16.

I. ASPECTO FORMAL Y TÉCNICO

La primera impresión que produce la simple lectura del nuevo T. P. es la desorbitada dimensión de su articulado, especialmente los artículos 9 y 10 (a título comparativo digamos que frente a las 983 palabras del anterior texto, el nuevo T. P. cuenta con 2.998, es decir, triplica con generosidad sus términos). De este defecto es consciente el propio legislador, quien para obviar, en la medida de lo posible, el inconveniente y no pudiendo de otro modo desbordar el número de los artículos afectados por la reforma opta por dividirlos en apartados, anteponiéndole una indicación numérica que facilite su cita y localización.

La insuficiencia de la anterior regulación en algunas instituciones, el exceso de celo en la previsión, el casuismo y los intentos definitorios o de conceptualización, funciones estas últimas no muy propias del legislador, han sido la causa de la desmesurada dimensión de los nuevos artículos. En compensación, aquel celo de previsión evitará en adelante la duda o fatigosa discusión en numerosos supuestos, lo que no quiere decir que el legislador de 1974 no tenga también, como humano, posibles fallos o lagunas, como ha ocurrido, por ejemplo, en materia de la costumbre, según tendremos ocasión de ver más adelante.

Enfrente, la división del T. P. por capítulos según la materia, aunque

en cierto modo impuesta por la gran extensión del texto, constituye, a nuestro juicio, un acierto de sistemática, aumentado por el racional orden en que resulten colocados los artículos, así como dentro de éstos cada uno de sus apartados, con alguna excepción aislada, como la del apartado 2 del artículo 6.º, que debió haber sido pospuesto, como hacía la Ley de Bases, al apartado 3.

Asimismo destacuemos que el respeto al primitivo texto—gramatical y lingüísticamente hablando—, salvo en lo que antes eran artículos 2, 3 y 8, ha sido mantenido en el mínimo, pese a que en algunos casos, como en los artículos 4 y 16, podían haber permanecido las primitivas palabras con muy ligeros retoques, lográndose así el mantenimiento de una sencillez tradicional de nuestro Código, pues los nuevos términos usados resultan demasiado técnicos y en ocasiones de un hermetismo tal, que los hacen poco flexibles ante circunstancias cambiantes, estando más cerca del especialista en leyes que del pueblo.

Si bien hay que tener en cuenta que este tecnicismo obedece tanto a la especialización del legislador como al propio tecnicismo de la Ley de Bases, de la que no sólo su espíritu, sino también su letra, han sido ejemplarmente respetados, siendo diversas las ocasiones en que el texto íntegro de la Ley de Bases ha sido trasplantado al T. P. (7), lo que es debido a que en unos casos el mandato de la Ley de Bases se traducía en verdaderos preceptos configurados ya como tales, mientras que en otros se limitaba a recoger y valorar instituciones o situaciones indicando la línea a seguir, pero sin descender a detalles por dejarse su desenvolvimiento al texto articulado.

II. CONTENIDO

Capítulo primero. Fuentes del Derecho

Art. 1.º 1. Las fuentes del Ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos

(7) Así, apartado 5 del artículo 1.º, apartados 1 y 2 del artículo 4.º, apartado 2 del artículo 6.º, apartados 1, 2, 3 y 4 del artículo 12, apartados 1 y 2 del artículo 13, etc.

de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre.

4. Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del Ordenamiento jurídico.

5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del Ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el *Boletín Oficial del Estado*.

6. La jurisprudencia completará el Ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

Art. 2.º 1. Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, si en ellas no se dispone otra cosa.

2. Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiese derogado.

3. Las leyes no tendrán carácter retroactivo, si no dispusieren lo contrario.

Base 1.ª de la Ley de 17 de marzo de 1973. 1. Se enumerarán de modo directo, sistemático y jerarquizado las fuentes del Ordenamiento jurídico, manteniendo las ya recogidas en el Código, así como la primacía de la ley sobre las demás fuentes. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

La costumbre regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no vaya contra la moral o el orden público, valorándose la eficacia creadora de los usos sociales con trascendencia jurídica.

Los principios generales del Derecho, sin perjuicio de su carácter informador de las demás fuentes, se aplicarán en defecto de normas legales y consuetudinarias.

2. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte de la legislación interna española.

3. Se recogerán en el sentido hoy vigente, el deber de los Tribunales de fallar en todo caso y con arreglo a la prelación de fuentes antes establecidas.

4. La jurisprudencia complementará el Ordenamiento jurídico con la doctrina que establezca el Tribunal Supremo sobre aplicación de las fuentes.

Sustancialmente, si bien con las necesarias matizaciones, se mantendrá la actual regulación sobre la vigencia y derogación de las leyes.

Artículos sustituidos del anterior T. P.: 1, 3, 5 y 6.

Comienza el nuevo T. P., por razones de base, sancionando en su artículo 1.º, de una manera directa y jerárquica, las fuentes de nuestro Ordenamiento, al decir, a diferencia de la alusión indirecta del anterior artículo 6.º, que «las fuentes del Ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho».

La declaración del precepto entendemos que es terminante y excluyente: sólo éstas, ley, costumbre y principios generales, y no otras, constituyen las fuentes de nuestro Ordenamiento jurídico, y consecuente con ello, aclara el apartado 3 que los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de la voluntad declarada, o sea, cuando tengan valor normativo, tendrán la consideración de costumbre, con lo que se evita la posible autonomía de aquéllos; añadiendo el apartado 6 que la misión encomendada a la jurisprudencia es la de complementar el Ordenamiento jurídico con la «doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho», es decir, las auténticas fuentes del Derecho, entre las cuales no queda incluida la jurisprudencia.

Carece, pues, ya de sentido la antigua discusión doctrinal acerca de si la enumeración y jerarquía de las fuentes estaba recogida con más o menos propiedad en uno u otro artículo del anterior T. P. (8). Pues en la actualidad resulta evidente el propósito del artículo 1.º de establecer tanto la enumeración como la jerarquía, en un primer momento a través del apartado 1 y después con los tres apartados siguientes íntimamente ligados entre sí.

Y en este sentido se manifiesta el preámbulo del Decreto sancionador del nuevo T. P., al decir que con el carácter de fuentes se enuncia de manera jerárquica la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

La primacía de la ley resulta tanto de su proclamado valor de fuente

(8) DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, I, pág. 377; CASTÁN: «Aplicación y elaboración del derecho», *R. G. L. J.*, 1945, pág. 525.

de primer grado, como de la declarada falta de validez de las disposiciones que contradigan otra de rango superior, que recoge el apartado 2.

La costumbre, ampliada en los términos que veremos más adelante, sólo regirá en defecto de ley aplicable (apartado 3), siendo así fuente de segundo grado.

Y los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre (apartado 4), sin perjuicio de su carácter informador, constituyendo una fuente subsidiaria de las dos anteriores.

En general, el término *ley* es empleado en el T. P., así artículos 1, 2, 8, etc., en el sentido amplio de toda norma derivada del poder estatal, sea o no de primer grado, lo que es debido a su finalidad propia de establecer reglas generales sobre las normas jurídicas.

De los requisitos o caracteres de la ley recoge el nuevo texto el relativo a su publicación. La doctrina suele distinguir entre sanción (aprobación de la ley por el poder estatal correspondiente), promulgación (acto solemne de atestiguar su existencia ordenando a los Tribunales su cumplimiento) y publicación (o notificación solemne de la ley a los súbditos). El término sanción es empleado correctamente por nuestras leyes constitucionales y de régimen administrativo (9), en tanto que los términos promulgación y publicación, como recordaremos, venían siendo confundidos en el anterior artículo 1.º del Código civil.

Pero esta incorrección terminológica ha desaparecido en el T. P., al disponer en su artículo 2.º, apartado 1, que «las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, si en ellas no se dispone otra cosa». Refiriéndose sólo al requisito externo de la publicación de la ley y a la forma de materializar (*Boletín Oficial del Estado*) la misma.

Por lo demás, se mantiene en este precepto, sin perjuicio de la disposición en contrario, el mismo período de *vacatio legis* del anterior texto de veinte días, pues, como reconoce la Exposición de Motivos, si, por un lado, han aumentado los medios de comunicación o difusión, por otro, también se han incrementado el número y complejidad de las leyes, de manera que se aconseja el mantenimiento del plazo indicado.

Advirtiendo que este plazo se contará, según el precepto, desde la completa publicación de la ley. Y aunque no se diga expresamente en el supuesto de errores materiales trascendentales desde la fecha de su rectificación en el *Boletín Oficial del Estado*, puesto que hasta entonces no se puede entender realizada la publicación.

(9) Así el artículo 1.º de la Ley Constitutiva de las Cortes, al decir «es misión principal de las Cortes la elaboración y aprobación de las leyes, sin perjuicio de la sanción que corresponde al Jefe del Estado» (antes de la Ley Orgánica del Estado se decía «preparación y elaboración»).

Además, estimamos que sigue teniendo aplicación el criterio jurisprudencial sentado con relación al antiguo precepto, por virtud del cual el plazo establecido se refiere sólo a las leyes obligatorias, pues las permisivas o facultativas de derechos pueden ser aplicadas el mismo día (sentencias de 18 de mayo de 1904, 22 de mayo de 1925, etc.), y las leyes aclaratorias se entienden publicadas en el mismo día que las aclaradas (sentencia de 1 de mayo de 1881). Debiendo tenerse en cuenta, por aplicación del artículo 5.º actual, que el plazo de veinte días se contará desde el siguiente al de la completa publicación, sin que se excluyan los días inhábiles.

A la *costumbre*, como fuente del Derecho, se refieren los apartados 1 y 3 del artículo 1.º, de los cuales, en relación con el texto anterior y con la propia Exposición de Motivos del Decreto aprobatorio del nuevo T. P., podemos entresacar las siguientes conclusiones:

1. En orden a las clases de costumbres:

Por su ámbito territorial de aplicación debe distinguirse entre *costumbre general* y la *costumbre del lugar*, según sea de aplicación en todo el territorio nacional o sólo en cierta parte o localidad del mismo, ya que el criterio del Código civil ha sido modificado en la nueva redacción, como lo demuestra el tenor literal del apartado 3, que habla sólo de *costumbre* sin más especificaciones, y el comentario del propio preámbulo sobre la forma de pronunciarse el nuevo texto, que, a su juicio, comporta una ampliación de la *costumbre* al no quedar circunscrita a la del lugar, que tampoco ha sido excluida.

Resulta extraño, sin embargo, que el legislador no haya justificado esta innovación dada su importancia; pero es que, en general, la regulación de esta institución en el nuevo T. P. se resiente de cierta falta de consistencia, pues aparte de no estar fundamentada la introducción de esta modalidad de *costumbre*, se echa de menos una declaración que resuelva los casos de colisión entre la *costumbre general* y la del lugar.

Decía DE CASTRO, con referencia al anterior artículo 6.º del Código civil (10), que conforme a la doctrina romana, recogida por *Las Partidas*, quedaba excluida la *costumbre general*, y que se hacía así para impedir que (la *costumbre*) alcanzase una fuerza organizadora general en contra del poder del Estado. Y no creemos que la intención del legislador en la reforma haya sido atribuir a la *costumbre* aquella virtualidad organizadora, pues los tiempos actuales no se caracterizan precisamente por un ceder en la preponderancia del monopolio legislativo estatal. Resultaría también débil el argumento de considerar que se ha pretendido

(10) *Op. cit.*, pág. 427.

plasmar en la ley la opinión de aquellos autores, como DE BUEN (11), que estimaban que la costumbre general podía alegarse como particular en todos y cada uno de los lugares del territorio, pues ello significaría, injustamente, imponer por la fuerza la costumbre a una localidad que la desconoce, por el hecho de ser reputada como tal en el resto del territorio nacional. A nuestro juicio, la justificación podría estar en el intento de acercar el régimen de nuestro Derecho común al de aquellos territorios forales que, como el de Navarra, explícitamente admiten la costumbre general (12). Pero resulta extraño entonces que siendo anterior a esta reforma la Compilación de Navarra, no se haya copiado una declaración similar a la que hace su Ley 3.^a de declarar la preferente aplicación de la costumbre local sobre la general para los casos de colisión. Por lo que en la práctica habrá que llenar esta insuficiencia del Código civil por aplicación del Derecho comparado con aquella declaración foral.

Por otro lado, se observa que con esta innovación quedan en el Derecho común establecidos regímenes distintos entre el Código civil y el Código de Comercio, pues este último, en su artículo 2.º, sólo reconoce como fuente de las obligaciones mercantiles los usos de comercio observados generalmente en cada plaza.

Por su relación con la ley, y al igual que ya ocurriera con el anterior T. P., se admite la costumbre *extra legem*, al decir el apartado 3 examinado que «la costumbre sólo regirá en defecto de ley», y se rechaza, en cambio, la costumbre *contra legem*, al expresar el artículo 2.º, en su apartado 2, que «las leyes sólo se derogan por otras posteriores», con lo que se excluye, aunque no se diga expresamente, como antes, el desuso o práctica en contrario. En cuanto a la costumbre *secundum legem* o interpretativa, pese a que no se pronuncie expresamente el nuevo T. P., como tampoco lo hacía el anterior, implícitamente podría estimarse su rechazo del hecho de no incluirla en el actual artículo 3.º, al tratar de la interpretación de las normas jurídicas.

Precisamente basándose en el anterior silencio del Código civil, DE DIEGO (13) sostuvo su admisibilidad, así como PUIG PEÑA (14), por entender que era una certera ayuda para la interpretación de la norma. En tanto que DE CASTRO (15) la rechazaba, por estimarla contraria al sentido de la organización jurídica española, en la que los jueces dependen directamente de la ley, excluyéndose la posibilidad de que surja un

(11) DE BUEN: *Introducción*, pág. 326.

(12) Ley 3 de la Compilación Navarra 1-3-73.

(13) DE DIEGO, I, pág. 95.

(14) PUIG PEÑA: *Compendio de Derecho Civil Español*, I, pág. 98, ed. 1972.

(15) DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 422.

organismo intermedio con poder legislativo de hecho, y de esta misma opinión era el profesor CASTÁN (16).

En este punto no se puede decir, pues, que la regulación del Código civil corra paralela con la de las Compilaciones forales, según tendremos ocasión de ver más adelante.

Y por razón de su eficacia, siguiendo la terminología de DE CASTRO (17), podría distinguirse entre costumbre de nacimiento independiente, que es la que constituye verdadero objeto del T. P., como fuente del Derecho; costumbre foral mantenida por el actual artículo 13, al recoger el criterio del anterior artículo 12 (y ordenar pleno respeto a los Derechos especiales o forales), y la costumbre a que especialmente se remite la ley aludida por el apartado 3 del artículo 1.º Vamos a examinarlas por separado.

2. La costumbre de nacimiento independiente o supletoria de la ley, regulada por los apartados 1 y 3 del artículo 1.º, es la que constituye propia fuente del Derecho, naciendo libre y autónomamente, sin otras limitaciones que la de no ser contraria a la ley, la moral u orden público y resultar probada.

De aquí que se la pueda predicar como caracteres: 1, es fuente jurídica autónoma, no dependiendo en su eficacia, a diferencia de lo que ocurre con la costumbre a que especialmente se remite la ley, de ninguna declaración legal especial, pues le basta con la indicación genérica del artículo 1.º; 2, tiene valor secundario o supletorio respecto de la ley: «sólo regirá en defecto de ley aplicable», dice textualmente el apartado 3, si bien hay que tener en cuenta que la supresión en la nueva redacción del término «exactamente» hace presumir una preferente aplicación de la analogía sobre la costumbre, con la consiguiente disminución de los supuestos de aplicación de ésta, frente a criterios distintos de la doctrina con relación al anterior Derecho (18), y 3, puede darse tanto como costumbre local, como en la variante indicada de costumbre general.

Por otro lado, esa costumbre supletoria de la ley deberá reunir los requisitos de: 1. Ser conducta frecuente, uniforme y continuada por los moradores del lugar, región o territorio del país. 2. Que esa conducta sea de hecho exigida y cumplida por tener fuerza vinculante, sin que al aparecer sea necesario que se crea además que aquello es Derecho, requisito de la *opinio iures seu necessitatis* que tampoco exige el nuevo texto y que DE CASTRO rechazó como error histórico procedente de la doctrina canonista sobre la prescripción. 3. Que no sea contraria a la moral ni al

(16) CASTÁN: *Derecho Civil Español*, I, 1, pág. 137, ed. 1951.

(17) DE CASTRO, *op. cit.*, págs. 426 y 428.

(18) DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 427.

orden público (concordancia con los principios generales). 4. Que resulte probada, sin que el apartado 3 exima de esa exigencia los casos que la doctrina considera como de costumbre notoria, a diferencia de lo que ocurre en Aragón y Navarra, artículos 2 y 3 de sus respectivas Compilaciones (19).

3. En cuanto a la costumbre foral, es una costumbre que, en principio, queda fuera del régimen establecido en el artículo 1.º del Código civil, dado el pleno respeto que a los Derechos forales impone el artículo 13, a cuyas respectivas normas habrá que estar siempre, y en primer lugar, para fijar el alcance, valor, clases y función de la costumbre, y sólo en defecto de ellas se acudirá al Código civil, por su condición de Derecho supletorio, lo que se hará frecuentemente dada la escasez de normas sobre el particular en la mayoría de los territorios forales.

En efecto, las Compilaciones vizcaína, catalana, balear y gallega no establecen un régimen jurídico propio de la costumbre, por lo que habrá de estarse al del actual artículo 1.º del T. P., con la particularidad, no obstante, de una valoración de la costumbre interpretativa anterior a las Compilaciones (al decir, los arts. 1 de la Compilación catalana y 2 de las Compilaciones balear y gallega, que para interpretar las normas de sus respectivas Compilaciones se tomará en consideración la tradición jurídica respectiva, encarnada, entre otros elementos, en las antiguas costumbres de que aquéllas se derivan); en cambio, las Compilaciones de Aragón y Navarra sí establecen un régimen especial para la costumbre.

Así, los artículos 1 y 2 de la Compilación de 8 de abril de 1967, al fijar el régimen jurídico civil aragonés, dicen que estará constituido, además de por lo dispuesto en la Compilación y Principios Jurídicos Tradicionales, por la costumbre que integre sus disposiciones, la cual tiene como requisitos los de no ser contraria al Derecho natural o a las normas imperativas o prohibitivas aplicables en Aragón con lo que se está admitiendo la costumbre contra ley dispositiva.

Y las Leyes 2 y 3 de la Compilación navarra del 1 de marzo de 1973, además de colocar a la costumbre en el primer grado de prelación de fuentes, admite expresamente la costumbre contra ley, dispositiva o imperativa, siempre que no se oponga a la moral y orden público (sí bien es cierto que en Navarra las leyes se suelen presumir dispositivas), admitiendo además, como dijimos, la doble modalidad de la costumbre local y general, con preferencia de aquélla sobre ésta para los casos de colisión.

Por otra parte, estos dos territorios últimamente citados recogen la

(19) «Los Tribunales apreciarán la existencia de la costumbre a virtud de su propio conocimiento y de las pruebas aportadas por los litigantes» (art. 2 de la Compilación Aragonesa). «La costumbre que no sea notoria deberá ser alegada y probada ante los Tribunales» (ley 3 de la Compilación Navarra).

figura de la costumbre notoria, implícitamente el artículo 2.º, párrafo 2, de la Compilación aragonesa, al disponer que los Tribunales apreciarán la existencia de la costumbre, además de por las pruebas aportadas por los litigantes, a virtud de su propio conocimiento, y más explícitamente, la Ley 3 de la Compilación Navarra, de la que además se desprende que la costumbre notoria no necesita ser alegada ni probada.

La virtualidad de estas normas, establecedoras de un régimen peculiar de la costumbre en los territorios citados, es un hecho incontrovertible, que resulta tanto de los referidos preceptos forales como de la declaración del actual artículo 13, según veremos.

4. Finalmente, la costumbre a que especialmente se remite la ley es aludida por el apartado 3 del artículo 1.º, cuando dispone, en su párrafo 2.º, que «los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre».

Los usos sociales, la conducta normal y el uso de los negocios se engloban a veces bajo el concepto genérico de usos jurídicos, cuya diferencia con la costumbre propiamente dicha o independiente estriba en estar condicionados en su aplicación a la específica remisión legal, ya que carecen de valor propio o independiente, recibiendo de la ley que a ellos se remita, a la cual habrá de estarse siempre y en primer lugar para fijar su valor y carácter (así puede que la ley remisor atribuya al uso a que se remita valor preferente a sí misma, por ejemplo, artículo 1.496 del Código civil, en cuanto al plazo para ejercitar la acción redhibitoria en la compra de animales).

Pues bien, de estos usos jurídicos aquellos que no cumplan una función meramente interpretativa, caso, por ejemplo, de los artículos 1.258, 1.496, 1.599 del Código civil, etc., cuya misión es reguladora o normativa, quiere el legislador que tengan la consideración de costumbre independiente. Asimilación que, sin embargo, no puede ser absoluta porque aun cumpliendo función reguladora estricta precisarán siempre de la remisión legal, a diferencia de la costumbre independiente; de ahí que en la hipótesis de usos normativos, aun dándose en ellos los requisitos de la costumbre y pese a la asimilación, no adoptarán necesariamente sus mismos caracteres (y así, aparte de precisar la remisión legal, podrán, por ejemplo, ser de aplicación preferente a la misma ley).

Al hablar este párrafo 2.º de usos que no sean meramente interpretativos, no estimamos que haya pretendido excluir los supuestos, por ejemplo, del inciso 2.º del artículo 1.287 del Código civil, de usos interpretativos-integrativos, pues no tiene razón de ser intentar asimilarlos a la costumbre no cumpliendo función reguladora propiamente dicha. En general, el propósito del legislador al utilizar el procedimiento de

asimilación pudiera haber sido tratar de evitar el riesgo de mantener una posible autonomía de los usos normativos como fuente del Derecho, en contra del criterio restrictivo de la reforma de admitir sólo la ley, la costumbre y los principios generales. La consecuencia o efecto subsiguiente de este mecanismo, expresamente reconocido por el preámbulo, ha sido la ampliación del contenido de la costumbre.

Los principios generales del Derecho, como base y sostén moral de todo ordenamiento jurídico, orientadores de la labor interpretativa y fuente del Derecho, aparecen recogidos en los apartados 1 y 4 del artículo 1.º, al enumerar las fuentes de nuestro Derecho y señalar que sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico se aplicarán en defecto de ley o costumbre, así como en el apartado 2 del artículo 3.º, al ponderar la equidad en la aplicación de las normas jurídicas.

No puede, pues, dudarse de la función fundamentadora de los principios en nuestro ordenamiento y, por tanto, también de la ley y de la costumbre, lo que determinará que al aplicarse éstas, se apliquen asimismo de un modo indirecto los principios generales que las informen; pero de un modo directo, esto es, como fuente autónoma del Derecho, según el texto vigente, sólo se aplicarán en defecto de ley y de costumbre, dada su condición de fuente subsidiaria de ellas.

El estudio de la equidad lo haremos siguiendo el esquema del nuevo T. P., dentro del capítulo dedicado a la interpretación jurídica.

En cuanto a la jurisprudencia, el actual T. P. recoge el criterio inspirador del Código civil en 1889, por virtud del cual, y siguiendo a la doctrina tradicional frente a tendencias como la de la Escuela Histórica del Derecho, se negaba a la jurisprudencia el valor de fuente del Derecho: ni específica o propia, porque no se la mencionaba en la enumeración taxativa del artículo 6.º; ni embebida en otras, porque no se la podía considerar como un tipo de costumbre, por no reunir los requisitos propios de ésta; ni tampoco como un modo de manifestarse los principios generales del Derecho, pues ello llevaría a la confusión entre creación y aplicación del Derecho, siendo así que el principio general es aplicado por el Tribunal porque ya existía con anterioridad (20).

Y así, el actual artículo 1.º del T. P., en su apartado 1, omite la jurisprudencia entre las fuentes que de un modo directo, jerárquico y taxativo enumera, y reconoce, en su apartado 6, como misión propia de ella, la de interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho (que son las auténticas y únicas fuentes).

Y ello es así porque la misión específica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo es ser guía y modelo en la interpretación y aplicación

(20) DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 566.

de la ley, costumbre y principios generales, formando jurisprudencia, como dice el artículo 1.782 de la L. E. C., sin que puedan los Jueces o Tribunales dictar reglas o disposiciones de carácter general acerca de la aplicación o de la interpretación de las leyes (art. 4.º de la L. O. P. J. de 1870), criterio que corrobora la Ley de Bases de 28 de noviembre de 1974, orgánica de la justicia, al decir, en sus declaraciones generales, que «el cometido que la justicia está llamada a realizar institucionalmente no es otro que el ejercicio de la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado», sin que puedan ejercer más función que la expresada.

E insisten en esta idea los siguientes textos de la Exposición de Motivos del nuevo T. P. Así, se dice: «... con el carácter de fuente se enuncian de manera jerárquica la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho... Cambia, pues, el modo de formulación, aunque no el criterio inspirador...» (se entiende del anterior T. P. y que es el que antes apuntábamos como tradicional, el cual se mantiene), y en otro apartado se puede leer que «a la jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico...». Alta y trascendental misión ésta, llevada a cabo por la jurisprudencia, pero que en modo alguno puede confundirse con la de fuente del Derecho, dada la virtualidad normativa creadora que ésta tiene y de la que aquélla carece y que el legislador, consciente de las virtudes de las sentencias de nuestro más alto Tribunal, ha querido consagrar legislativamente diciendo, en el apartado 6 del artículo 1.º, que «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho» (pues de carácter complementador del ordenamiento jurídico es la labor de interpretar y aplicar las normas); doctrina, pues, que, en general, se impondrá, en su caso, no «por razón de su imperio, sino por imperio de su razón». Si bien no es afortunada la fórmula empleada por el legislador al pretender fundamentar esta misión en la Exposición de Motivos, pues al decir que «... la tarea de interpretar y aplicar las normas... dan lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa», viene—decimos—a crear un tercer género entre lo que es y lo que no es norma de Derecho poco técnico e impreciso.

Termina este artículo 1.º con los dos siguientes apartados, complementarios de cuanto llevamos expuesto: El 5, relativo a los tratados internacionales, fiel trasunto de lo dispuesto en la Base 1.ª, de 17 de

marzo de 1973, disponiendo que «las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno», lo que tendrá lugar «mediante su publicación íntegra en el *Boletín Oficial del Estado*». Y el 7, que recogiendo el mandato a los Tribunales del primitivo artículo 6.º, y sentadas en los apartados anteriores las bases de lo que ha de reconocerse con entidad de Derecho en nuestro sistema, estatuye que «los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido», el cual deben conocer y aplicar (21) y en el que siempre encontrarán criterio adecuado, pues aun en el posible caso de lagunas de la ley, el Juez podrá y deberá acudir para resolver el supuesto a los principios generales del Derecho.

Se ha omitido razonablemente la sanción expresa de «responsabilidad» del anterior texto, de acentuada rigidez y porque en cierto modo tal sanción va implícita en los términos del mandato legal.

La cuestión relativa a la *derogación de la ley* viene recogida en el artículo 2.º, apartado 2, sobre la base de mantener el principio de que la ley sólo se deroga por otra ley posterior, sin que se admita, por tanto, aunque la referencia no sea expresa, el desuso o práctica en contrario; pero, además, por aplicación del apartado 2 del artículo 1.º, la derogación deberá proceder mediante una ley (en sentido amplio) de igual o superior rango a la derogada.

El alcance de la derogación, si bien vendrá determinado, en primer lugar, por la nueva ley, al menos se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Lo que supone un reconocimiento de la doble modalidad de derogación expresa o tácita y una fijación por anticipado del alcance (derogatorio de esta última), sobre la base de que jueguen los presupuestos de identidad de materia y de incompatibilidad o contradicción, sin que, por el contrario, se recoja el de identidad de los destinatarios.

De los diversos interrogantes que en torno a la derogación podrían plantearse, el legislador sólo ha previsto que «por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado», si bien de los términos empleados se deduce el reconocimiento de excepciones, bien porque directamente lo declare la nueva ley, bien porque se presuma de su objeto o finalidad o de otras circunstancias determinantes.

El apartado 3 de este artículo, relativo a la *retroactividad*, constituye uno de los escasos preceptos que no han sido retocados en la reforma ni

(21) Se sobreentiende sin necesidad de alegación las normas jurídicas primarias: Ley y principios generales; y mediante la oportuna alegación y prueba las normas jurídicas secundarias: la costumbre.

tan siquiera en su letra (los otros podrían reducirse al apartado 1, párrafo 1.º, del art. 6.º, y apartado 1 del art. 8.º) y, en consecuencia, nos sugiere las mismas consideraciones que con relación al anterior texto se venían predicando, en el sentido de que:

Es un principio o guía para el Juez y el intérprete, a quien va especialmente dirigido, y no un compromiso para el legislador a no dar fuerza retroactiva a ninguna ley, ya que el propio precepto admite tal posibilidad.

Su ámbito de aplicación debe ser general respecto de toda ley, en el sentido amplio de toda norma que tenga su origen en el poder del Estado.

Su función debe ser subsidiaria o complementaria, pues, en primer lugar, habrá que estar a lo que resulte, expresa o tácitamente, de la nueva y antigua ley a propósito de la retroactividad o irretroactividad.

Y su sentido será imponer un principio en favor de la irretroactividad de toda ley nueva, de manera que en los casos de silencio y aun en el de duda habrá de decidirse por la irretroactividad, y en aquellos supuestos en que se disponga la retroactividad habrá de aplicarse con sentido restrictivo o, al menos, estricto; todo ello sin perjuicio de lo que aconseje la interpretación más adecuada al caso concreto, pues en cualquier caso el mandato legal deja un amplio campo a la labor interpretativa.

Capítulo segundo. Aplicación de las normas jurídicas

Art. 3.º 1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.

2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.

Art. 4.º 1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.

2. Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

3. Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes.

Art. 5.º 1. Siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente, y si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes.

2. En el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles.

Base 2.ª 1. Se establecerán como criterios básicos para la interpretación de las normas aquellos que partiendo del sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto y los antecedentes históricos y legislativos, atiendan fundamentalmente a su espíritu y finalidad, así como a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados.

2. Dentro del obligado respeto a la seguridad jurídica, la equidad presidirá la aplicación de las normas, pero en ella sólo podrán fundamentar sus resoluciones los Tribunales cuando la ley expresamente lo permita.

3. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen, en cambio, otros semejantes en los que se aprecie identidad de razón.

Las leyes penales y las de ámbito temporal o excepcional no se aplicarán en momentos ni a supuestos distintos de los previstos expresamente en ellas.

En las materias regidas por otras leyes, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones del Código civil.

4. Se regulará el cómputo civil de los plazos, procurando, en lo posible, su unificación.

Artículos sustituidos del anterior T. P.: 7 y 16.

Como de nueva planta califica la Exposición de Motivos a gran parte del contenido de este capítulo, el cual resuelve afirmativamente la disyuntiva de plasmar o no en la ley los criterios interpretativos, pondera la importancia de la equidad en la aplicación de las normas, regula expresamente la analogía como remedio frente a las lagunas de la ley, mantiene el carácter supletorio respecto a las demás leyes del Código civil y establece principios adecuados sobre el cómputo civil de los plazos.

La misión complementadora del ordenamiento jurídico, llevada a cabo por la *labor interpretativa*, reclamaba en nuestro Derecho una consagración explícita, lo que se ha efectuado mediante el establecimien-

to de criterios a ponderar en la interpretación, a los que deberá ajustarse el intérprete en aras de una uniformidad en el modo de proceder que se estima beneficiosa.

Sujeción que no es nueva ni absoluta si se tiene en cuenta:

Primero, que aun antes de la reforma comentada, por muy amplio margen de libertad que se quisiera dar al intérprete, la aplicación de la norma debía estar vinculada al Derecho (ley, costumbre y principios generales), pues la hecha arbitrariamente, fuera o no contra el Derecho, no sería interpretación ni aplicación, sino acto ilícito y abuso del poder (22); así, recientemente el punto 4 de la base 1.^a de la L. O. de la Justicia de 1974, para sustitución de la de 1870, antes citada, precisa que los Juzgados y Tribunales, en el ejercicio de su función jurisdiccional, estarán sometidos al ordenamiento jurídico, respetando en todo caso la jerarquía de las normas.

Segundo, que el nuevo T. P. al establecer los criterios interpretativos no ha hecho más que recoger los tradicionalmente admitidos por la doctrina como de uso más generalizado, cuales son el lógico, el sistemático, el gramatical y el histórico, a los que ha añadido el sociológico para atender en alguna medida a las circunstancias cambiantes o realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas. Y así dispone el actual artículo 3.º, en su primer apartado, que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras (elemento gramatical), en relación con el contexto (sistemático), los antecedentes históricos y legislativos (históricos) y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (sociológico), atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas (teleológico)».

Y tercero, que lo que se pretende no es negar una libertad, sino modalizarla, en el sentido de que la libertad del intérprete deberá desenvolverse dentro de los criterios o elementos interpretativos que se enuncian, los cuales, sin embargo, no es preciso que se utilicen separadamente ni por el orden en que resultan expuestos en el precepto.

Dichos criterios o elementos interpretativos se enuncian sin más especificaciones por temor a que en una definición pierdan su carácter esencial y flexible. Pero nos parece claro el propósito de establecer—a salvo la equidad—un *numerus clausus*, de manera que no puedan utilizarse otros que los enunciados, dados los términos imperativos del precepto y el propósito del legislador de lograr una uniformidad interpretativa.

En cuanto al valor de las normas que lo recogen resueltamente deben tener valor sustantivo y ser de obligado cumplimiento; en consecuencia, su infracción por el Juez dará lugar a casación por infracción de ley.

(22) DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 526.

Pero es que además deberá tenerse en cuenta la posibilidad de que junto a aquellos criterios o elementos interpretativos juegue *la equidad*, la cual, tras la reciente reforma y por primera vez en nuestro ordenamiento general, ha encontrado consagración expresa, al disponerse, en el apartado 2 del artículo 3.º, que «la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita».

La equidad es un principio jurídico presidido por la idea de justicia o, como dice DE CASTRO, siguiendo el concepto aristotélico-tomista, recogido generalmente por nuestra doctrina, la equidad es sencillamente la justicia del caso concreto, que permite corregir una norma cuando por su formulación demasiado general resulte inadecuada para un caso concreto. Es por ello la equidad—sigue diciendo aquel autor—una manifestación o consecuencia individualizada del respeto debido a los principios generales del Derecho, pues la inadecuación de la norma general al caso concreto la declaran precisamente los principios generales del Derecho, cuyo respeto y cumplimiento hacen que se aplique la equidad (23).

Así considerada, la equidad no debe ser una fuente especial o autónoma. Pero el nuevo T. P. parece atribuirle un doble valor o función, si bien uno de carácter excepcional y otro general o normal.

Generalmente, como expresa la Exposición de Motivos del nuevo T. P., «la equidad no aparece invocada como fuente del Derecho; le incumbe el cometido más modesto de intervenir como criterio interpretativo en concurrencia con otros—los anteriormente expuestos—. Por ello—sigue diciendo—, «una solución de equidad no es susceptible de imponerse o superponerse al resultante de la aplicación conjunta de los diversos elementos interpretativos, los cuales, sin embargo, podrán recibir la beneficiosa influencia de la equidad».

Excepcionalmente desempeñará el cometido de fuente del Derecho en «la hipótesis—según la Exposición de Motivos—de que la Ley permita expresamente fundar las resoluciones sólo en la equidad, mas para ello se requiere la existencia de una norma concretamente atributiva de tal valor a la equidad, bien distinto del que, en términos generales, le viene reconocido con alcance únicamente interpretativo y cooperador». Valor de fuente que, como decíamos, no puede ser autónoma o propia, por cuanto la equidad consiste simplemente en un principio general, porque el espíritu del nuevo T. P. es claramente restrictivo en materia de fuentes y porque, en definitiva, tal valor derivaría de la misma ley que en el caso concreto se lo atribuya.

(23) DE CASTRO: *Compendio de Derecho Civil*, ed. 4.ª, 1968, págs. 116 y 117.

Nuestro Código civil venía ya reconociendo implícitamente la existencia de *lagunas de la ley* al establecer, en el antiguo artículo 6.º, una fuente de carácter muy amplio—los principios generales del Derecho—para resolver aquellas cuestiones que no apareciesen reguladas en la ley ni en la costumbre y al prever una aplicación de la analogía en su disposición transitoria 13, y hoy tal reconocimiento resulta explícito por medio del actual artículo 4.º, al regular un procedimiento correctivo de las lagunas de la ley, como lo es la analogía.

Por otro lado, del nuevo T. P. se desprende que nuestro Ordenamiento jurídico en su totalidad es completo (exclusión de las llamadas lagunas del Derecho), en base a que se hace una formulación directa del sistema de fuentes jurídicas, a la vez que se impone a los Jueces y Tribunales el deber inexcusable de resolver siempre los asuntos de que conozcan con arreglo a aquel sistema.

Se dice que donde existe la misma razón debe ser igual la regla aplicable y se considera la *investigación analógica* como el medio más idóneo de dar viabilidad a aquella declaración. Por ello, el legislador de 1974 la ha hecho objeto de especial examen, puntualizando en los motivos de la reforma que no precisa la institución necesariamente para entrar en juego la falta absoluta de una norma, sino que basta con la no previsión por la misma de un supuesto determinado, porque—cabe pensar—con mayor frecuencia en este último caso se dará la identidad de razón. En cambio, quedará excluida la analogía y, por tanto, no procederá su aplicación respecto a las normas sometidas al sistema del *ius strictum*, como son las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal, las cuales no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. Por cuanto que las leyes penales están presididas por el principio de legalidad, porque lo que no está expresamente contemplado en la norma de carácter excepcional quedará comprendido en la norma de carácter general y porque las leyes temporales, además de su propia temporalidad, encierran en sí cierto cariz excepcional.

En cuanto al valor o significado de la analogía en el nuevo texto, ciertamente, no se está con ella en el campo estricto de la aplicación de la norma, sino, como dice DE CASTRO, en el de la búsqueda de la norma (24) o, como expresa la Exposición de Motivos, siguiendo a la moderna doctrina alemana, en el campo de la investigación integradora (25), lo que no significa atribuirle valor de fuente del Derecho, pues la analo-

(24) DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, I, pág. 536.

(25) Dice textualmente el preámbulo: «más allá de la actividad propiamente interpretativa, en la zona de la investigación integradora, figuran la analogía y el derecho supletorio».

gía no es un principio general, sino tan sólo un procedimiento encaminado a resolver las lagunas de la ley, amparado, ciertamente, pero sólo eso, en los principios generales del Derecho, por cuyo medio se induce de las normas jurídicas ciertos principios de valor vinculante; valor, pues, que irá ínsito al propio principio o derivará de la ley, pero en manera alguna será connatural al procedimiento analógico.

La labor de inducción del principio o principios parece que deberá hacerse de «las normas» del Ordenamiento en general y no de una concreta y aislada disposición, según se desprende de las palabras textuales del artículo comentado.

Por lo demás queremos destacar, como ya apuntamos a propósito de la costumbre, que la supresión en el nuevo texto del adverbio «exactamente» del artículo 6.º ha venido a determinar el preferente uso de la analogía, en defecto de ley aplicable, sobre la costumbre, con la consiguiente reducción de los supuestos de aplicación de ésta (26).

Y junto a la analogía, como otro procedimiento integrador, recoge el nuevo artículo 4.º, en su apartado 3, el *Derecho supletorio*. Función que queda atribuida, siguiendo al anterior artículo 16 del T. P., al Código civil, máximo exponente todavía de los principales rasgos caracterizadores del Derecho común, como lo prueba—dice el legislador—el contenido del propio T. P. Tendrá así el Código civil la consideración de Derecho general y normal, frente a los demás Derechos, que serán especiales y particulares.

Función supletoria que, respecto a los Derechos forales, confirma el actual artículo 13, según se verá más adelante, y que al mismo tiempo, como decía DE CASTRO con referencia al antiguo artículo 16 (27), debe ser delimitadora, en el sentido de que todo lo que no esté expresamente reflejado en una ley o por una ley caerá bajo el ámbito del Derecho común y, por consiguiente, será regulado por las disposiciones del Código civil.

Por último, se dictan en el artículo 5.º particulares normas interpretativas acerca del *cómputo de los plazos* bajo el signo, como en otras ocasiones, de respeto a la Ley de Bases, que aconsejaba en este caso la uniformidad.

Y así, la pretendida unificación se logra, en el supuesto de plazos contados por días, a partir de uno determinado mediante la conversión en regla general de lo acordado en el artículo 1.130, es decir, quedando excluido del cómputo el día inicial y empezando a contar en el siguiente, al igual que lo hacen la Ley de Enjuiciamiento Civil a propósito de los

(26) Véase cita 18, en donde en base al anterior texto se sustenta la opinión contraria.

(27) *Op. cit.*, págs. 309 y 310.

términos judiciales, la Ley de Procedimiento Administrativo y la Ley de Procedimiento Económico-Administrativo (28); la misma uniformidad se consigue (contando de fecha a fecha) en los plazos fijados por años o meses con las leyes administrativas y económicas antes dichas (29), no así con la Ley de Enjuiciamiento Civil (30).

Singularmente, frente al criterio de las citadas leyes, respondiendo a una tradición, y en aras de una mayor seguridad y sencillez, se mantiene el criterio de no excluir del cómputo civil los días inhábiles (31).

Capítulo tercero. Eficacia general de las normas jurídicas

Art. 6.º 1. La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.

El error de Derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen.

2. La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.

3. Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno Derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el Ordenamiento jurídico o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

Art. 7.º 1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

2. La ley no ampara el abuso del Derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para terceros, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Base 3.ª 1. Al regular la eficacia general de las normas

(28) Artículos 303 de la L. E. C., artículo 59 de la L. P. A. y artículo 71-1.º de la L. P. E. A.

(29) Artículos 60-2 de la L. P. A. y 71-3 de la L. P. E. A.

(30) Artículo 305 de la L. E. C.

(31) Criterio contrario sustentan los artículos 304 de la L. E. C., 60-1 de la L. P. A. y 71-2 de la L. P. E. A.

jurídicas se determinarán, con arreglo a los criterios ya contenidos en el Código y a las orientaciones de la doctrina y de la jurisprudencia, las consecuencias de la ignorancia de la ley, del error de Derecho y de los actos contrarios a normas imperativas. Con iguales criterios, se configurará la exigencia de la buena fe como requisito de los actos jurídicos y la sanción de los ejecutados en fraude de ley o que impliquen manifiesto abuso o ejercicio antisocial del Derecho.

2. La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los Derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden públicos ni perjudiquen a tercero.

Artículos sustituidos del anterior T. P.: 2.º y 4.º

El precepto del primer párrafo del apartado 1 del artículo 6.º, al disponer que «*la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento*», es fiel trasunto del anterior artículo 2.º, que permanece inalterable y por virtud del cual no se consideraba obligado el conocimiento del Derecho ni se condenaba, consiguientemente, su desconocimiento, sino que simplemente se disponía, como ahora, que desconocer o ignorar las leyes no sería obstáculo para hacerlas cumplir, toda vez que la eficacia de las normas no puede quedar pendiente del arbitrio o diligencia humanos.

No condenado de modo general el desconocimiento del Derecho quedaba—se dice—abierta la posibilidad de alegarlo como excusa o atenuación cuando *el error* era aducido como presupuesto positivo o negativo de aquellos hechos de los que la ley hace derivar consecuencias jurídicas, sin que en este sentido pueda distinguirse entre error de hecho y error de Derecho (32); así: para regular los efectos de la posesión de buena fe, artículos 433 y 451 del Código civil; para el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio putativo, artículo 69; para la liberación del deudor en el pago hecho al poseedor aparente del crédito, artículo 1.164; como causa de restitución en el cobro de lo indebido, artículo 1.895, o como vicio del contrato para pedir su anulación, artículo 1.265, etc.

Posibilidad de alegación del error de Derecho, que expresamente consagra el artículo y apartado citados en su párrafo segundo, sólo que sin fijar, naturalmente, *a priori* los efectos jurídicos de su apreciación, por ser competencia de las leyes que en cada caso concreto lo vayan admitiendo y a las cuales habrá que estar para fijar su alcance y extensión.

El principio sancionador de los *actos contrarios a la ley* aparece recogido en el apartado 3 del actual artículo 6.º, de cuya comparación con el

(32) PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 134.

anterior artículo 4.º destaca haber referido concretamente la sanción de nulidad a los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas, recogiendo el sentir más general de la jurisprudencia (33). Pero, además, del texto vigente en la materia se desprende:

1.º Que el mismo es aplicable a toda norma de Derecho, sea público o privado. El término que emplea el nuevo precepto de «norma», en vez del de ley, puede plantear la duda de si sólo se ha querido comprender dentro del supuesto la ley *strictu sensu* o también la costumbre y los principios generales, pues es forzoso reconocer que las disposiciones imperativas y prohibitivas no suelen recogerse en estas fuentes subsidiarias.

2.º No se aplicará, en cambio, según resulta del mismo, cuando la propia norma establezca un efecto distinto para el acto contraventor, bien sea declarando la validez del acto directamente, bien estableciendo otra clase de sanción (como anulabilidad, pena, etc.).

3.º Será aplicable respecto a toda clase de actos que puedan producir efectos jurídicos, cualquiera que sea su clase (declaraciones unilaterales, contratos, negocios, etc.), aunque no a los meros hechos, y tanto si tienen lugar por acción u omisión, por ejemplo, no dando cumplimiento a las formalidades impuestas imperativamente por la ley. Pero sólo se aplicará al acto intrínsecamente contradictorio a la ley y no a cualquier acto desajustado al patrón legal. Tampoco procederá respecto a los actos incompletos, puesto que—como dice DE CASTRO (34)—cabe completarlos o conformarlos; además, ciertos actos o negocios nulos como tales, pueden ser válidos como actos o negocios distintos a través de la conversión (por ejemplo, art. 715 del Código civil).

Finalmente, la nulidad a que se refiere el precepto comentado es la absoluta o radical, por lo que: *a)* el acto nulo no producirá ningún efecto jurídico, salvo los que pueda originar su propia nulidad o ilicitud (pena, indemnización, etc.) o sean consecuencia necesaria de los hechos o actos puestos en juego (por ejemplo, los honorarios de un Perito por la valoración de los bienes que se pretenden adquirir contra la prohibición de los arts. 1.458 ó 1.459); *b)* la nulidad será irremediable, por lo que no cabrá confirmación ni prescripción sanatoria en modo alguno, y *c)* la nulidad se producirá de pleno Derecho, sin necesidad, por tanto, de impugnación del acto ni declaración judicial, ya que éstas sólo serán necesarias o convenientes cuando el acto nulo esté envuelto en una apariencia de juridicidad para destruir esa apariencia. Y en cuanto a la acción de declaración de nulidad, no estará sujeta la misma a plazo alguno de

(33) Sentencias de 1-4-1931, de 12-1-1934, etc.

(34) DE CASTRO, *op. cit.*, págs. 599-600.

prescripción, según tiene declarado el Tribunal Supremo (así, sentencia de 21 de octubre de 1958), a diferencia de la específica para la restitución de las cosas que en su caso hubieren mediado en el contrato o negocio, que se sujetará al plazo propio de las acciones personales de quince años (35).

Relacionada con la cuestión de los actos contrarios a la ley está la del acto en *fraude de ley*, respecto del cual nuestro Derecho positivo no contenía un precepto general, sino declaraciones concretas en materias especiales (como en arrendamientos urbanos, art. 7.º de la Ley de 24 de diciembre de 1964), pero doctrina y jurisprudencia lo condenaban, al amparo del anterior artículo 4.º, párrafo 1, y de los principios generales del Derecho. En la actualidad este vacío ha sido llenado con el nuevo artículo 6.º, en su apartado 4, que tras perfilar la figura por medio de los elementos que la componen, dice que el fraude de ley no impedirá la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir.

En base a este apartado, que, como en otras ocasiones, tiene anhelos definitorios, podemos considerar el fraude de ley como aquel acto que siendo productor de un resultado prohibido por el Ordenamiento jurídico o contrario a él, se realiza al amparo del texto de una norma dictada en realidad con una diferente finalidad.

Del precepto comentado se desprende que el fraude de ley debe basarse en los siguientes presupuestos: 1) que exista una contravención o violación del Ordenamiento jurídico como un todo o de una norma concreta, ya que si bien prepondera en los redactores del nuevo T. P. la consideración, a estos efectos, del Ordenamiento jurídico como un todo, no se excluye que el resultado del acto sea sólo contrario a una norma específica, y 2) que la ley en que se pretenda amparar el acto no tenga en realidad la finalidad de protegerle, ya que de otra forma no estaríamos ante un fraude de ley, sino ante un caso de colisión de leyes, supuesto totalmente distinto. No exige el nuevo título el supuesto requisito subjetivo de la intención de eludir la ley, y ello nos hace pensar en su rechazo, toda vez que al dar, como se hace, una definición del fraude mediante la yuxtaposición de sus elementos componentes, la constatación de este dato hubiera resultado imprescindible para quedar debidamente perfilada la figura, aparte de que con la figura del fraude—como señala la doctrina (36)—no se pretende sancionar la intención maliciosa, sino defender la aplicación de la ley, y ésta se impone tanto respecto del mal intencionado como del simplemente ignorante.

Por lo que se refiere a los efectos de la apreciación del fraude, al

(35) Sobre este particular, véase DÍEZ PICAZO: *Fundamentos*, pág. 302, ed. 1972.

(36) DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 611.

decir el texto vigente textualmente que «no impedirá la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir», hace presumir que no será el de someter el acto contraventor exclusivamente a la sanción de nulidad, sino el más general de sometimiento a la ley defraudada y, consiguientemente, a la sanción que aquélla impusiese, que podrá ser nulidad o también la anulabilidad, indemnización, etc., postura que ya venía siendo mantenida en nuestra patria por la doctrina más autorizada (37).

Particularmente interesante es el contenido del apartado 2 de este artículo 6.º, de idéntico contenido a su correspondiente mandato de la Ley de Bases, según el cual «la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contradigan el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros», pues si bien en su segundo inciso viene a mantener un principio ya recogido en nuestro Ordenamiento, cual es el de la renuncia de los derechos, no ocurre lo mismo con su primer inciso, en el que se recoge una declaración un tanto confusa a primera vista y, desde luego, totalmente nueva, formalmente, en nuestro Derecho codificado, como es la de la exclusión de la ley aplicable.

En efecto, que los *derechos* concedidos por las leyes son *renunciabiles*, siempre que no se contrarie el interés o el orden público o se perjudique a terceros, venía ya consagrado en el anterior artículo 4.º, párrafo 2, al cual se hacía la precisión, que estimamos hoy debe mantenerse, de que dicha renuncia si era previa sólo podría referirse a los derechos concedidos por una ley dispositiva, pues los amparados en una ley imperativa no podían ser renunciados, ya que ello supondría admitir la renuncia generalizada a la misma ley; en cambio, los derechos ya adquiridos (lo sean por una ley imperativa o dispositiva) pueden ser renunciados sin otros límites que los indicados.

Y esta misma interpretación debe mantenerse con respecto al texto vigente, pues si en una lectura rápida o no sosegada del primer inciso de este apartado pudiera aparecer que se admite la renuncia o exclusión generalizada de la ley, ello no es así.

Ciertamente que la fórmula empleada por el nuevo T. P., que ya hemos dicho recoge textualmente la de la Ley de Bases, no es muy afortunada y podría llevar a aquella conclusión; pero ello no es así, decimos, de un lado, porque el principio que se pretende consagrar, aunque formalmente nuevo en nuestro Código, no lo es materialmente (piénsese en los arts. 1.091 y 1.255), y de otro, porque hay que poner en relación este apartado con el que le sigue en orden, referente a los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas.

(37) DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 612.

De donde resulta, a nuestro entender, que la indicada declaración no pretende sancionar la validez de la renuncia generalizada a la ley (unánimemente rechazada por doctrina y jurisprudencia) (38), sino tan sólo la validez de la *exclusión* o renuncia de la ley meramente *dispositiva*, de tal manera que la relación básica, en su caso, quede regulada por lo convenido y no por aquélla, siempre que no se vaya contra el interés, el orden público o en perjuicio de terceros. En este sentido, la declaración —decíamos— no resulta extraña al espíritu de nuestro Código a propósito de la autonomía de la voluntad, reflejado, entre otros, en los indicados artículos 1.091 y 1.255 (39), y quizá por ello no estimó el legislador necesario hacer aclaración alguna.

Pero además de la interpretación conjunta con el apartado 3, que declara la nulidad absoluta o radical de los actos contrarios a las leyes imperativas o prohibitivas, se deduce que no están incursos en aquella sanción y, por tanto, serán válidos los actos contrarios a las leyes dispositivas, entre los cuales está el de su exclusión, siempre que no se rebasen los otros límites del interés, orden público o perjuicio a terceros.

De aquí que en una buena sistemática este apartado debió haber ido precedido de lo que constituye el actual apartado 3, como hacía la base 3.^a de la Ley de 1973. Así entendido, el precepto del apartado 2 del artículo 6.º tendría su desenvolvimiento más propio, como indicábamos, en el campo de la autonomía de la voluntad negocial, con cuyos preceptos deberá ponerse en relación, y supone, aunque con fórmula poco acertada, un paso más en el acercamiento a los Derechos forales, pues tiene tal declaración sus analogías con el principio *standun est chartae* de Aragón y, aunque en menor medida, con el de *paramiento vienze fuero* de Navarra.

Pues según aquél, «se estará en juicio y fuera de él a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria al Derecho natural o a norma imperativa aplicable en Aragón» (art. 3.º), y según éste, «la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente del Derecho, salvo que sea contraria a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de terceros o se oponga a un precepto prohibitivo de esta Compilación con sanción de nulidad» (Ley 7.^a).

Termina este capítulo 3.º con la consagración formal de dos principios ausentes en tal sentido del anterior T. P., cuales son el de la buena fe y la condena del abuso del Derecho.

(38) DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 601; PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 140.

(39) Según ellos, los pactos o convenios tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deberá pasarse por su contenido cualquiera que sea, siempre que no sean contrarios a las leyes (imperativas o prohibitivas), a la moral ni al orden público.

Se reconoce la *buena fe* como una de las vías más fecundas de irrupción del contenido ético social en el Ordenamiento jurídico, y en tal sentido general, en opinión del legislador, se la enuncia en el nuevo T. P. como postulado básico del ejercicio de los derechos, sin pretender alterar el juego concreto de aquel principio en cada institución jurídica, pero al mismo tiempo sin quererla circunscribir a ser motivo justificador de las condenas del fraude a la ley y del abuso del Derecho, pues pese a las concomitancias que existen entre ellas, se admiten más amplias manifestaciones de la buena fe, y así, por ejemplo, en el Código civil: a propósito del matrimonio (arts. 69 y 70), de la accesión o de la posesión (artículos 361, 433 y 451), de la indemnización de daños y perjuicios (artículo 1.107), del vínculo obligatorio (art. 1.258), etc.

Al lado, el *abuso del Derecho*, unánimemente condenado por nuestra doctrina y jurisprudencia, especialmente a partir de la sentencia de 14 de febrero de 1949, reclamaba un precepto específico en el que poderse enmarcar con perfiles definidos, sin necesidad de acudir a procedimientos indirectos, como los principios generales o el artículo 1.902 del Código civil.

Y así, el apartado 2 del nuevo artículo 7.º, tras una condena explícita diciendo que la ley no ampara el abuso del Derecho o el ejercicio antisocial del mismo (que para el legislador ambas hipótesis, con sólo diferencias de matices, permiten un tratamiento conjunto), enmarca la figura del abuso del Derecho a través de los siguientes requisitos, recogidos de la doctrina más general: 1.º Que se trate de una acción u omisión. 2.º Que dicha acción u omisión sobrepasen manifiestamente los límites normales del Derecho. 3.º Que ocasione daño a un tercero. 4.º Que el hecho (activo u omisivo) provocador de tales consecuencias proceda bien del dato subjetivo representado por la intención del agente, que no ha de ser necesariamente doloso o culposo, o bien del dato objetivo representado por circunstancias concurrentes o por el propio objeto.

Las consecuencias de la apreciación por el Tribunal del abuso del Derecho serán no sólo la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, sino también, como resulta del precepto, la adopción de las medidas oportunas, judiciales o administrativas, que impidan la persistencia en el abuso, a modo de satisfacción en forma específica.

Capítulo quinto. Ambito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional

Art. 13. 1. Las disposiciones de este T. P. en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como de las del título IV del libro I, con excep-

ción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España.

2. En lo demás, y con pleno respeto a los Derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código civil como Derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas según sus normas especiales.

Art. 14. 1. La sujeción al Derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil.

2. Tienen vecindad civil en territorio de Derecho común o en uno de los de Derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad; sin embargo, si la vecindad civil así adquirida no fuese la del lugar del nacimiento, podrán optar por ésta ante el encargado del Registro civil dentro del año siguiente a la mayoría de edad o emancipación.

3. La vecindad civil se adquiere:

a) Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser ésa su voluntad.

b) Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo. Ambas declaraciones se harán constar en el Registro civil y no necesitan ser reiteradas.

4. La mujer casada seguirá la condición del marido, y los hijos no emancipados, la de su padre, y en defecto de éste, la de su madre.

5. En caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar del nacimiento.

Art. 15. 1. La adquisición de la nacionalidad española lleva aparejada la vecindad civil común, al menos que el extranjero residiere en un territorio de Derecho especial o foral durante el tiempo necesario para ganarla, según el artículo anterior, y en el expediente de nacionalidad hubiere optado por la vecindad foral o especial.

2. La recuperación de la nacionalidad española lleva consigo la de aquella vecindad civil que ostentara el interesado al tiempo de su pérdida.

3. La dependencia personal respecto a una comarca o localidad con especialidad civil o distinta, dentro de la legislación especial o foral del territorio correspondiente, se regirá por las disposiciones de este artículo y del anterior.

Art. 16. 1. Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio

nacional, se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV, con las siguientes particularidades:

- a) Será ley personal la determinada por la vecindad civil.
- b) No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12, sobre calificación, remisión y orden público.

2. El Derecho de viudedad, regulado en la Compilación aragonesa, corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión en este caso de la legítima que establezca la ley sucesoria.

El Derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal Derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente.

El usufructo viudal corresponde también al cónyuge superviviente cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte.

Base 7.^a 1. El T. P. del Código civil, en cuanto determina los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, así como el título IV del libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrá aplicación general y directa en toda España.

En lo demás, y con pleno respeto a los Derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código civil como Derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas según sus normas especiales.

2. La sujeción, tanto al Derecho civil común como a uno especial o foral, se determinará por la vecindad civil, especificando las normas reguladoras de la adquisición, conservación y pérdida de aquélla, en régimen de igualdad y sin introducir más alteraciones en la actual normativa que las que aconseje una mayor precisión técnica y sistemática.

3. Respetando el sistema vigente en materia de normas de conflicto, se aplicarán criterios análogos a los establecidos para el ámbito internacional, con las salvedades que su especial naturaleza imponen y sin perjuicio de las especificaciones que algunas instituciones requieran.

Artículos sustituidos del anterior T. P.: 12, 13, 14 y 15.

Se determinan en este capítulo la eficacia general del T. P., el ámbito reservado a los Derechos forales, la vecindad civil como punto de conexión al Derecho común o al foral y los criterios reguladores de los conflictos interregionales.

En cuanto a la *eficacia general del T. P.*, el texto vigente, transcribiendo íntegras las palabras de la Ley de Bases, con la sola supresión del término «estatutos», por no tener ya vigencia dados los nuevos criterios de Derecho internacional privado, dispone que «las disposiciones de este T. P., en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del título IV del libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación directa en toda España».

Sobre el significado que pueda atribuirse a las palabras «en cuanto», que sigue utilizando el actual texto, podría mantenerse la duda, apuntada con relación a su precedente artículo 12 (40), de si son condicionales (es decir, se aplicará el T. P. sólo cuando se trate de los efectos y reglas generales para la aplicación de las leyes) o explicativas (es decir, porque trata de los efectos y reglas generales); pero dada la sistemática del T. P. vigente, cuyos capítulos rezan, en general, sobre la eficacia y aplicación de las normas jurídicas, nos inclinamos actualmente por el significado más bien explicativo de dichos términos.

La excepción que se hace de las normas relativas al régimen económico matrimonial, situadas dentro del capítulo IV del libro I, responde tanto a una tradición de cierto sector doctrinal e incluso jurisprudencial (41), basada en una interpretación restrictiva de la Ley de Bases de 1888, como al resultado de la simple comparación de los textos del Código civil y los de las Compilaciones forales, de evidente divergencia, si bien tras la proyectada reforma del Código civil en materia de capacidad de la mujer casada se borrarán notablemente dichas diferencias.

Así, pues, según el mandato legal son, en principio, de aplicación general y directa en todo el territorio nacional los artículos del T. P. y el título IV del libro I del mismo Código, excepción hecha, en este último caso, de los relativos al régimen económico matrimonial (tales los artículos 59, 60, 61, 62, 63, 65 y 66).

Decimos, sin embargo, en principio, porque el verdadero alcance de la eficacia general del T. P. resulta tanto de la declaración del primer apartado del artículo 13, como del segundo apartado, al fijar el ámbito de los Derechos forales o especiales (pues especial es el régimen de Derecho foral).

(40) DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 281.

(41) Ron., 6 abril 1894.

Sobre este particular tampoco nos dice el nuevo texto cuáles son los territorios forales, limitándose a emplear la lacónica fórmula de aquellos «en que están vigentes». Pero la publicación de las Compilaciones de Cataluña, Baleares, Vizcaya y Alava, Galicia, Aragón y Navarra, no dejan dudas con relación a los respectivos territorios, y respecto al Fuero del Baylío diversa jurisprudencia (42) lo ha declarado vigente.

En cuanto al ámbito reservado al Derecho foral no puede ser más amplio: viene fijado por una fórmula general de pleno respeto al Derecho que lo constituye, a cuyas particulares disposiciones habrá que estar, pues, con preferencia al Código civil para determinar sus fuentes, jerarquía, carácter de sus normas, eficacia y aplicación. Criterio en el que, por si había alguna duda, el artículo 2.º del Decreto de 31 de mayo de 1974, sancionador del texto articulado del nuevo T. P., insiste diciendo que «el presente texto articulado del T. P. del Código civil no altera lo regulado en las Compilaciones de los Derechos especiales o forales»; precepto, sin embargo, innecesario, dados los términos del artículo 13 comentado, e inadecuado, porque si pretendía modificar o aclarar no se lo permitirá su distinto rango, obedeciendo, sin justificación legal alguna, sólo a razones de política foral muy discutibles. De aquí que en realidad la eficacia general del T. P. en los territorios forales se manifieste: en cuanto que las disposiciones de dicho título determinan el ámbito del régimen foral (arts. 13 a 15), las reglas de Derecho internacional privado e interregional (arts. 8 a 12 y 16)—preceptos todos ellos aplicables directamente en los territorios forales—, y en cuanto que determinan la eficacia general de las leyes o normas *no forales* (arts. 1 a 7). Pues en cuanto a la eficacia de las normas forales habrá que estar, repetimos, en primer lugar, a lo que resulte de cada Derecho foral en concreto, sin que su esfera se pueda ver afectada por las disposiciones 1.ª a 7.ª del Código civil, las cuales sólo entrarán en juego, en su caso, por la vía del Derecho supletorio.

En este mismo sentido era también interpretado por la doctrina más autorizada el anterior artículo 12 (43), cuyo espíritu permanece en la nueva redacción con sólo algunas variantes, como la supresión de la expresión «por ahora» y del diferente régimen foral de los artículos 12 y 13 antiguos, que no tienen ya razón de ser.

En lo demás, esto es, en el resto del articulado del Código civil, supuesto aquel respeto a los Derechos forales o especiales, «regirá el

(42) Sentencias de 30 de junio de 1869, 8 de febrero de 1892, Ron. 19 de agosto de 1914, 10 de noviembre de 1926 y 11 de agosto de 1939.

(43) DE CASTRO. *op. cit.*, pág. 284.

Código civil, como Derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada uno de aquéllos según sus normas especiales».

Función de *Derecho supletorio* que, como el anterior artículo 12, cuyos términos eran equivalentes, sigue atribuida al Código civil con carácter subsidiario, es decir, en defecto del que lo sea propio en cada uno de los territorios forales.

Esta aplicación no ha de hacerse, sin embargo, como tiene reconocido el Tribunal Supremo (así, sentencia de 7 de febrero de 1945), de un modo mecánico, aplicando sin más la regla correspondiente al caso, sino de un modo armónico y conjugado, de manera que se excluyan aquellas disposiciones que choquen o se opongan a alguna regla foral vigente.

Teniendo en cuenta la vigencia actual de todas las Compilaciones relativas a los territorios forales o especiales puede concluirse que la función supletoria del Código civil será, en concreto, la siguiente:

De primer grado en Cataluña, Baleares, Vizcaya y Alava y Galicia, ya que sus respectivas Compilaciones (disposiciones finales segundas) vienen a disponer que en lo no previsto en ellas y en lo que no se opongan a las mismas regirán los preceptos del Código civil y las fuentes jurídicas de aplicación general, sin otra particularidad que la que contienen las Compilaciones catalana, balear y gallega de que para la interpretación de sus preceptos se tendrá en consideración la tradición jurídica respectiva encarnada en sus antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquellos preceptos se derivan (arts. 1 y 2).

En tanto que en Aragón sólo regirá el Código civil y demás disposiciones constitutivas del Derecho general español, en defecto de las normas propias del Derecho especial de Aragón, que lo son: los preceptos de su Compilación, la costumbre que cumpla función integradora de aquellas disposiciones y los principios generales en los que tradicionalmente se ha inspirado el Ordenamiento jurídico aragonés (arts. 1 y 2).

Y en Navarra todavía resulta más relegada la función supletoria del Código civil, pues si bien su Ley 6.^a dispone que «... será Derecho supletorio de esta Compilación y de la tradición jurídica navarra el Código civil y demás leyes generales de España...», lo cierto es que dicha aplicación supletoria sufre una serie de condicionamientos. Así, y aparte el preponderante valor de la costumbre, primero habrá que estar a la tradición jurídica navarra, que es de rango preferente y no sólo tiene misión interpretativa de la Compilación, sino también integradora, según palabras textuales de la Ley 1.^a, y está constituida, a su vez: por las Leyes de Cortes posteriores a la Novísima Recopilación; la Novísima Recopilación; los Amejoramientos del Fuero; el Fuero General de Navarra; los demás textos legales, como los Fueros Locales y el Fuero Reducido, y el Derecho romano para las instituciones o preceptos que la costumbre

o la Compilación hayan recibido del mismo; segundo, antes de acudir al Derecho supletorio (Código civil en este caso), se utilizará la analogía con otras disposiciones de la propia Compilación navarra (Ley 5.^a), y tercero, por si todavía quedaba algún resquicio para la entrada del Código civil, dispone expresamente la antes dicha Ley 6.^a, en su inciso final, que sólo procederá la aplicación supletoria en los supuestos expresamente previstos en la Compilación, declaración ésta que constituye un verdadero desaire al Derecho común y supone un incumplimiento de los principios del Congreso Nacional de Zaragoza.

La vecindad civil, como vínculo determinante de la sujeción a uno u otro de los regímenes jurídicos coexistentes en nuestro suelo, viene regulada en los artículos 14 y 15 con destacada claridad y sistemática con respecto a su primitiva redacción, recogiendo además criterios procedentes de la nacionalidad con la que se tienen en cuenta posibles conexiones y poniendo en régimen de recíproca igualdad a los diversos regímenes jurídicos.

Vecindad civil, común o foral, que se adquirirá originariamente en base al criterio del *ius sanguinis*, con la particularidad, no obstante, de que si tal vecindad no fuese la misma del lugar del nacimiento, se concederá un derecho de opción en favor de ésta, siempre que se ejercite dentro del año siguiente a la mayoría de edad o emancipación por declaración ante el encargado del Registro civil. Y en los casos de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento, por ser más seguro atender a este hecho.

Pero la vecindad civil se puede adquirir también derivativamente: por la residencia continuada durante el plazo legal (dos o diez años, con manifestación expresa en el primer caso, o sin manifestación en contrario en el segundo) y sin necesidad—lo que constituye novedad—de que se reiteren en el futuro las manifestaciones (lo que es interesante, por ejemplo, para el residente que llevando el plazo de diez años manifieste su voluntad contraria a adquirir la vecindad, pero continúe después viviendo otros tantos años más) o por razón de la dependencia familiar, siguiendo la mujer casada la condición del marido (44) y los hijos no emancipados, la del padre, y en su defecto, la de su madre.

Como posibles *conexiones entre la nacionalidad y la vecindad civil*, se recogen las siguientes, de acertada previsión:

Que el extranjero que pretenda adquirir la nacionalidad española estando residiendo en un territorio foral por el tiempo necesario para ganar la vecindad, podrá optar en el expediente porque la vecindad que

(44) Tras la Ley 14/1975, de 2 de mayo, aparecida con posterioridad a la fecha de esta ponencia, estimamos que hay que tener en cuenta en este punto los nuevos principios sentados por el reformado artículo 21 del Código civil.

lleve aparejada la adquisición de la nacionalidad española sea la de aquella localidad foral a que se encuentra vinculado y no la del Derecho común, como sería la regla general. Como el elemento determinante de esta posibilidad de opción es la residencia, es claro que no podrá jugar cuando la misma falte.

De igual manera, la recuperación de la nacionalidad española llevará consigo la de aquella vecindad civil que se ostentara al tiempo de su pérdida.

Finalmente, los supuestos de dependencia personal respecto a una comarca o localidad con especialidad civil propia dentro de un 'mismo territorio (como, por ejemplo, puede ocurrir en Cataluña), se regirán por los mismos principios reguladores de la vecindad civil y de sus conexiones con la nacionalidad expuestos.

Y para terminar digamos brevemente, puesto que esta materia voluntariamente dijimos de excluirla por su íntima relación con las normas de Derecho internacional privado, que la regulación que se hace en el actual artículo 16 de los *conflictos interregionales* está basada, como en el sustituido artículo 14, en una aplicación extensiva o analógica de los principios que inspiran aquella parte del Ordenamiento jurídico internacional, con las particularidades o excepciones propias de la singularidad del Derecho interregional.

Así, la ley personal no estará determinada por la nacionalidad, sino por la vecindad civil y, en su caso, aunque no lo diga el texto, por la dependencia personal o local correspondiente.

Y no tendrán aplicación, lógicamente, aquellos principios de Derecho internacional privado que encuentren su razón de ser en las relaciones internacionales o a nivel de Estados, ausentes en los conflictos interregionales, como ocurre con los principios de calificación, remisión y orden público.

Por último, digamos que el Derecho de viudedad aragonés, frente a los cambios de vecindad civil, se somete a la idea de permanencia con ciertos condicionamientos sucesorios y, sobre todo, con respecto a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

JOSÉ TOMÁS BERNAL-QUIRÓS CASCIARO

Registrador de la Propiedad
Seminario de Derecho Hipotecario de Albacete
Curso 1974-75

Inscripción de adquisiciones onerosas realizadas por los cónyuges bajo el régimen de gananciales, tras la reforma del Código civil de 2 de mayo de 1975

SUMARIO: I. *Consideraciones previas.*—II. *Supuestos:* 1) Que en la escritura comparezcan marido y mujer, sin manifestar nada sobre el carácter de la adquisición ni sobre la procedencia del precio o contraprestación. 2) Que comparezcan marido y mujer y ambos manifiesten que el precio o contraprestación tienen carácter ganancial y que la compra se realiza para la sociedad de gananciales. 3) Que comparezcan marido y mujer, y uno de ellos asevere que el precio o contraprestación es privativo del otro. 4) Que comparezca sólo el marido y manifieste que el precio es ganancial y que adquiere para la sociedad de gananciales. 5) Que comparezca sólo el marido y no haga manifestación alguna sobre la procedencia del precio ni sobre el carácter de la adquisición. 6) Que comparezca sólo el marido y manifieste que el precio es privativo y que adquiere para él con carácter privativo. 7) Que comparezca sola la mujer y manifieste que el precio es parafernial y que adquiere con carácter parafernial. 8) Que comparezca la mujer sola y manifieste que el precio es ganancial y que adquiere para la sociedad de gananciales. 9) Que comparezca sola la mujer y no haga manifestación alguna sobre la procedencia del precio ni sobre el carácter de la adquisición.—III. *Conclusión.*

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La reforma del Código civil de 2 de mayo de 1975, que, según su propia Exposición de Motivos, va dirigida a mejorar la situación jurídica

de la mujer casada, eliminando las limitaciones que ésta sufría en su capacidad de obrar, que si en otros tiempos pudieron tener alguna explicación, en la actualidad la han perdido, ha venido a plantear algunos problemas en la práctica registral, problemas que, en su mayor parte, se derivan de la posibilidad que actualmente tiene la mujer casada de comparecer por sí sola ante el Notario para otorgar escrituras de adquisición de bienes inmuebles, sin necesidad de la licencia marital, que se exigía bajo el régimen de la legislación anterior.

Tal reforma debería haberse complementado con la paralela modificación de, al menos, algunos de los preceptos que el Código dedica a la regulación de la sociedad de gananciales, así como de las normas que la Ley Hipotecaria y su Reglamento contienen en relación con esta materia. Al no haberse hecho así, se producen ahora algunos vacíos legales para situaciones que antes eran imposibles y que en lo sucesivo se van a plantear o se están planteando ya en la práctica.

El artículo 95 del Reglamento Hipotecario, que regula la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes gananciales o presuntivamente gananciales, no agota ya todas las posibilidades, así como a todas luces resulta insuficiente. Y de no producirse una nueva reforma de nuestros textos legales, tales insuficiencias, tales vacíos legales, habrán de ser paliados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por las resoluciones de la Dirección General y por la doctrina.

Por ello, sin ánimo de «sentar cátedra», pero sí con el decidido propósito de romper el fuego en orden a las discusiones que sobre esta materia necesariamente tienen que producirse, y con la esperanza de que de la discusión surja la luz que todos deseamos, he tratado de hacer un pequeño estudio de las diversas situaciones que en la práctica se pueden presentar y de las soluciones que considero más apropiadas para cada caso en base a los textos legales vigentes, que por el momento constituyen el único medio de que disponemos.

Antes de entrar en el estudio de tales situaciones debo advertir que para mayor claridad he prescindido de utilizar los términos «cónyuge administrador» de la sociedad de gananciales y «cónyuge no administrador», sustituyéndolos por los más sencillos de «marido» y «mujer», habida cuenta de que, salvo aquellos casos excepcionales en que por pacto, por ministerio de la ley o por resolución judicial, la administración se haya transferido a la mujer, normalmente el administrador de la sociedad de gananciales es el marido (art. 59 reformado del Código civil). Así, pues, en lo sucesivo, cuando hable de «marido» me estaré refiriendo al «cónyuge administrador», y cuando hable de «mujer» me estaré refiriendo al «cónyuge no administrador».

Igualmente, y también en aras a la claridad, he preferido concretarme

sólo al supuesto de adquisición por compra, si bien las normas que aquí se exponen son aplicables no sólo al supuesto de la compraventa, sino también, en general, a todo tipo de adquisiciones a título oneroso.

Hechas estas consideraciones previas, pasamos ya al estudio de los diferentes supuestos.

II. SUPUESTOS

Los diversos supuestos que en la práctica se pueden plantear, algunos de los cuales no eran posibles bajo el régimen de la legislación anterior, son los siguientes:

1. *Que en la escritura comparezcan marido y mujer sin manifestar nada sobre el carácter de la adquisición ni sobre la procedencia del precio o contraprestación:*

Este supuesto está expresamente previsto en el artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario, que dice: «Cuando se adquieran por los dos cónyuges (o por uno de ellos) sin que se haga declaración alguna sobre la procedencia del precio o contraprestación, se inscribirán a nombre de ambos, conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal.»

El supuesto no plantea, pues, conflicto alguno, y en este caso el bien adquirido se inscribirá como ganancial.

2. *Que comparezcan marido y mujer y ambos manifiesten que el precio o contraprestación tiene carácter ganancial y que la compra se realiza para la sociedad de gananciales:*

En realidad, este supuesto no se da casi nunca en la práctica y quizá por ello no está expresamente previsto por el Reglamento Hipotecario, pero es obvio que no plantea tampoco ningún tipo de dudas. Caso de producirse sería igual que si compareciendo los dos cónyuges, no hiciesen manifestación alguna sobre el carácter privativo o ganancial de la adquisición ni sobre la procedencia del precio o contraprestación. Es decir, que la inscripción se practicaría, lo mismo que en el supuesto anterior, a nombre de ambos cónyuges, conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal.

3. *Que comparezcan marido y mujer y uno de ellos asevere que el precio o contraprestación es privativo del otro:*

En este caso, a su vez, es preciso distinguir según que se acredite o no tal aseveración:

A) SI SE ACREDITA el carácter privativo del precio o contraprestación estaremos ante el caso expresamente previsto por el artículo 95, 3.º, del Reglamento Hipotecario, que dice que «cuando se acredite que el precio o contraprestación es de la exclusiva propiedad del cónyuge adquirente, se practicará la inscripción a su nombre y se hará constar que son parafernales o dotales de la mujer o privativos del marido, según proceda». El único problema que en este caso se plantea es el de determinar cuál es el modo idóneo de acreditar dicho carácter privativo del precio o contraprestación, pues es criterio uniforme de la Dirección General y del Tribunal Supremo que tal demostración habrá de hacerse fehacientemente y de modo indubitado, lo cual resulta casi imposible en la práctica y sólo puede producirse en algunos supuestos muy concretos, como sería, por ejemplo, el caso de que en el mismo instrumento alguien haga donación a la mujer o al marido del dinero con el que realiza la adquisición o aquel otro en que la mujer o el marido vendiesen un bien parafernial o privativo y el mismo dinero recibido en pago de dicha venta se entregase como pago del precio de la adquisición. Pero, en definitiva, éste ya es un problema al margen de la cuestión que ahora nos ocupa.

B) SI NO SE ACREDITA el carácter privativo del precio o contraprestación estamos en el supuesto expresamente previsto en el artículo 95, 2.º, del Reglamento Hipotecario, que dice que «cuando en la adquisición por cualquiera de los cónyuges asevere el otro que el precio o contraprestación es de la exclusiva propiedad del adquirente sin acreditarlo, se practicará la inscripción a nombre de éste y se hará constar dicha circunstancia, sin que el asiento prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial de tales bienes». El fundamento de este precepto es claro. El hecho de que el marido asevere que el dinero con el que la mujer realiza su adquisición es privativo de ella constituye una auténtica confesión, que, de acuerdo con el artículo 1.232 del Código civil, hace prueba contra su autor. El Tribunal Supremo y la Dirección General han declarado reiteradamente que tal confesión no tiene fuerza suficiente para desvirtuar la presunción que establece el artículo 1.407 del Código civil, cuando dice que se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer. Si tuviese fuerza para desvirtuar tal presunción, los bienes

no se inscribirían como presuntivamente gananciales, sino a favor de la mujer y con carácter parafernial o dotal según los casos. Pero ello no significa tampoco que tal confesión carezca en absoluto de valor, pues se trata de una confesión extrajudicial que, conforme al artículo 1.239 del Código civil, constituye un hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales y, cuando menos, produce el efecto de que, caso de impugnación por el marido o sus herederos (impugnación que, por otra parte, como ha declarado la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1951, sólo podrá hacerse por causa de simulación o falsedad de la declaración), invierte la carga de la prueba. Es decir, que si el artículo 1.407 presume que los bienes son gananciales y quien pretenda lo contrario deberá probarlo, existiendo tal aseveración, si el marido o sus herederos pretenden impugnarla deberán demostrar que los bienes son gananciales. Esta es la razón por la que el artículo 95, 2.º, del Reglamento determina que la inscripción en este caso se practique reflejando dicha circunstancia para que en el Registro exista constancia de que existe, si bien, como la confesión no desvirtúa la presunción de ganancialidad, los bienes no se inscriben como privativos, sino como presuntivamente gananciales, es decir, sin prejuzgar su naturaleza privativa o ganancial.

De cualquier forma, y aunque la cuestión se aparte un poco del tema que aquí estamos desarrollando, creo que es interesante poner de relieve cómo este precepto está pidiendo a voces una reforma, pues, a mi juicio, en la mayoría de los casos produce el efecto contrario al realmente pretendido por el legislador. En efecto, no cabe duda de que no considerar suficiente la confesión del marido para atribuir a los bienes carácter parafernial obedece a que de hacerse así en muchos casos podría encubrir verdaderas donaciones entre cónyuges, pues bastaría con que al comprar un bien el marido aseverase que el precio era parafernial para que el mismo, que, en principio, debería ser ganancial, dada la presunción del artículo 1.407, pasase a considerarse como parafernial, con lo cual el marido habría donado a su mujer «la mitad» de dicho bien. Pero en todo caso (del mal el menos) se trataría de una donación deseada por los cónyuges. En cambio, aplicando este precepto, el bien se inscribe como presuntivamente ganancial, lo que en la práctica equivale a inscribirlo como ganancial dada la dificultad que, como hemos visto, existe para probar su carácter privativo; a la hora de enajenarlo, la mujer necesitará el consentimiento de su marido, según el artículo 96 del Reglamento Hipotecario, y en caso de fallecimiento de cualquiera de los cónyuges, en el inventario de su herencia habrá que incluirlo como ganancial, con lo cual, caso de que en la realidad el precio o contraprestación hubiese sido efectivamente parafernial, se habría producido

una verdadera donación entre cónyuges (precisamente lo que se trataba de evitar) en sentido inverso, es decir, la mujer le habría donado al marido «la mitad» de ese bien. Y lo peor del caso es que ahora se trata de una donación no deseada por los cónyuges, que se habrá producido por ministerio de la ley y en contra de su voluntad.

4. *Que comparezca solo el marido y manifieste que el precio es ganancial y que adquiere para la sociedad de gananciales:*

Este supuesto tampoco está expresamente previsto en el Reglamento, pero es obvio que no plantea problemas de ningún tipo, ya que, de acuerdo con el artículo 59 reformado del Código civil, el marido es el administrador de la sociedad de gananciales, salvo estipulación en contrario, y como tal puede obligar a dicha sociedad y comprar o adquirir para ella. No hay, pues, duda de que en este supuesto la inscripción habrá de practicarse a nombre de ambos cónyuges, conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal.

5. *Que comparezca solo el marido y no haga manifestación alguna sobre la procedencia del precio ni sobre el carácter de la adquisición:*

Este es el supuesto más frecuente en la práctica y tampoco ofrece dudas de ninguna clase, ya que, dada la presunción del artículo 1.407 del Código civil, habrá que considerar que el precio o contraprestación tiene carácter ganancial (pues ni siquiera el marido manifiesta lo contrario) y que la adquisición se realiza también para la sociedad de gananciales. Además, el artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario se refiere expresamente a este caso al decir que «cuando se adquiera por los dos cónyuges, o por uno de ellos, sin que se haga declaración alguna sobre la procedencia del precio o contraprestación, se inscribirá a nombre de ambos, conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal».

6. *Que comparezca solo el marido y manifieste que el precio es privativo y que adquiere para él con carácter privativo:*

Tampoco este supuesto está expresamente previsto por la ley, pero no cabe duda de que habrá que distinguir, y así se viene haciendo en la práctica, según que se acredite o no dicho carácter privativo del precio o contraprestación:

A) SI SE ACREDITA, dejando aparte el problema, ya tratado, de lo difícil que resulta en la práctica acreditar tal carácter privativo del precio o contraprestación y de cuál pueda ser el medio idóneo para hacerlo, lo cierto es que tal supuesto no plantea problemas de ningún tipo: una vez que se considere suficientemente acreditado que el precio era privativo del marido, la inscripción se practicará a favor del marido exclusivamente y haciendo constar el carácter privativo de la adquisición.

B) SI NO SE ACREDITA, la cuestión ya no resulta tan clara. Lo que no cabe duda es de que a este supuesto no puede aplicársele el artículo 95, 2.º, del Reglamento Hipotecario, pues dicho precepto se refiere exclusivamente al caso de que «el otro cónyuge» asevere tal carácter, y aquí no es el otro cónyuge quien hace tal aseveración, sino el mismo que adquiere y, por tanto, ya no puede considerarse como una confesión. Y aunque se pudiese considerar como tal, no olvidemos que la confesión hace prueba «contra» su autor, pero no «a su favor». Se trata de una simple manifestación hecha por el propio interesado en la adquisición, que no puede perjudicar a terceros (en este caso, al otro cónyuge o a sus herederos) y que en ningún modo puede por sí sola desvirtuar la presunción establecida en el artículo 1.407 del Código civil. Si, como antes hemos visto y reiteradamente tienen declarado el Tribunal Supremo y la Dirección General, la confesión del otro cónyuge no es suficiente para desvirtuar tal presunción, ¿cómo había de serlo la simple manifestación hecha por el propio adquirente? El artículo 1.407 del Código establece una presunción de ganancialidad de los bienes, que no deja de ser una presunción *iuris tantum* y que, por tanto, admite prueba en contrario. Pero ¿qué clase de prueba en contrario es una simple manifestación, aunque se trate de una manifestación hecha bajo pena de falsedad en documento público?

En mi opinión, a efectos registrales, tal manifestación debe desconocerse totalmente, es decir, tenerla por no puesta, y la inscripción, en este supuesto, debe practicarse a nombre de ambos cónyuges, conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 95, 1.º, del Reglamento. Todo lo más cabría reflejar dicha manifestación en el fondo del asiento; pero, desde luego, la adquisición ha de considerarse ganancial por exigencia del artículo 1.407 del Código civil, y como tal hay que prejuzgarla e inscribirla.

7. *Que comparezca sola la mujer y manifieste que el precio es parafernalia y que adquiere con carácter parafernalia:*

También en este caso hay que distinguir según que se acredite o no tal circunstancia:

A) SI SE ACREDITA el carácter parafernalia del precio o contraprestación (una vez más hay que insistir en las dificultades que ello presenta), el caso no ofrece ninguna duda: la inscripción se practicará a nombre de la mujer, exclusivamente, y haciendo constar en ella el carácter parafernalia de la adquisición. No es obstáculo para ello el hecho de que la mujer haya comparecido sola, pues tras la reforma de 2 de mayo de 1975, desaparecidas las limitaciones que antes se contenían en los artículos 60, 61 y 62 del Código civil, hoy la mujer tiene plena capacidad y no necesita ya la licencia del marido, por lo que la adquisición es perfectamente válida y, como tal, inscribible.

B) SI NO SE ACREDITA el carácter parafernalia del precio o contraprestación nos encontraremos ante un supuesto idéntico al que antes hemos examinado, al tratar de las adquisiciones hechas por el marido en las que se da la misma circunstancia, aunque, como veremos, el resultado es distinto.

Tampoco aquí puede aplicarse el artículo 95, 2.º, del Reglamento Hipotecario, porque dicho precepto exige que la aseveración se haga por «el otro cónyuge», y en este caso no se hace por el otro cónyuge, sino por el mismo que realiza la adquisición. Tampoco se trata, por tanto, de una confesión, sino de una simple manifestación, que en modo alguno puede por sí sola desvirtuar la presunción de ganancialidad establecida en el artículo 1.407 del Código civil. En definitiva, todo cuanto antes hemos dicho al tratar de la adquisición hecha por el marido en estas mismas circunstancias es aquí aplicable, salvo que la solución forzosamente tiene que ser distinta, pues si en aquel caso, al considerar que la manifestación del marido no desvirtuaba la presunción del artículo 1.407, concluíamos que había que considerar tal adquisición como ganancial, y como tal inscribirla, ello era posible porque, de acuerdo con el artículo 59 del Código civil, el marido es el administrador de la sociedad de gananciales y, por tanto, puede por sí solo, sin asistencia de la mujer, obligar a la sociedad de gananciales y adquirir para dicha sociedad. Esta circunstancia no se da, en cambio, en el supuesto que ahora contemplamos, pues la mujer no es la administradora de la sociedad de gananciales, sino que, por el contrario, de acuerdo con el artículo 1.416 del Código civil, «la mujer no podrá obligar los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido».

En consecuencia, si no es posible inscribir los bienes así adquiridos como parafernales porque ello equivaldría a burlar el artículo 1.407 del Código civil; si tampoco se pueden inscribir como presuntivamente gananciales por no ser aplicable el artículo 95, 2.º, del Reglamento Hipotecario, y si tampoco se pueden inscribir como gananciales porque lo impide el artículo 1.416 del Código civil, no nos queda más solución que la de denegar o suspender la inscripción.

Denegar parece una medida demasiado severa, ya que, en definitiva, no se trata de un acto nulo de pleno Derecho, sino meramente anulable, como se deduce del reformado artículo 65 del Código civil al decir que «cuando la ley requiera para actos determinados que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos».

Por ello pienso que quizá la fórmula más adecuada sea la de suspender la inscripción por falta de consentimiento del marido, dejando así la puerta abierta a una posible confirmación por parte de éste; confirmación que, caso de producirse, supondría una ratificación por el marido de la manifestación hecha por la mujer sobre el carácter parafernial del precio o contraprestación, lo que automáticamente nos colocaría en el supuesto previsto por el artículo 95, 2.º, del Reglamento Hipotecario y, en consecuencia, permitiría inscribir los bienes a nombre de la mujer, sin prejuzgar la naturaleza privativa o ganancial.

8. *Que comparezca la mujer sola y manifieste que el precio es ganancial y que adquiere para la sociedad de gananciales:*

Tampoco este supuesto parece demasiado dudoso. No cabe duda de que la inscripción no puede practicarse, porque sería contraria al artículo 1.416 del Código civil, antes citado, según el cual la mujer no puede obligar los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido. A mayor abundamiento, la inscripción iría también contra el artículo 63 reformado del Código civil, a cuyo tenor «ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiera sido conferida voluntariamente».

Ahora bien, tampoco creo que en este caso se deba denegar la inscripción, sino que, por las mismas razones apuntadas al desarrollar el apartado anterior, pienso que sería más adecuado «suspender» la inscripción, toda vez que, de acuerdo con el artículo 65 del Código civil, es posible una posterior confirmación por el marido, confirmación que, caso de producirse, permitiría que se pudiese aplicar el artículo 95, 1.º,

del Reglamento Hipotecario y, en consecuencia, proceder a la inscripción de los bienes a nombre de ambos cónyuges, conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal.

9. *Que comparezca sola la mujer y no haga manifestación alguna sobre la procedencia del precio ni sobre el carácter de la adquisición:*

Este es el supuesto que con mayor frecuencia se va a producir en la práctica de ahora en adelante, y quizá el que admita mayores posibilidades de discusión.

A primera vista pudiera parecer aplicable el artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario, ya que habla de adquisiciones realizadas por ambos cónyuges «o por uno solo de ellos». A mi modo de ver, esta expresión no significa, en modo alguno, que las adquisiciones puedan realizarse indistintamente por el marido o por la mujer, máxime si se tiene en cuenta que cuando este precepto se redactó (en la reforma de 1959), la mujer no podía comparecer por sí sola sin la licencia del marido. Sin duda, cuando el Reglamento habla de adquisiciones realizadas por uno solo de los cónyuges, se está refiriendo exclusivamente al marido, y si no lo dice así es porque tiene en cuenta que hay supuestos excepcionales en los que la mujer es la administradora de la sociedad de gananciales, y en tales supuestos las adquisiciones se realizarían por la mujer. En otras palabras, cuando el Reglamento dice «o por uno de ellos», se está refiriendo exclusivamente al cónyuge administrador de la sociedad de gananciales, que es el único que puede adquirir por sí solo para dicha sociedad.

Partiendo de esta base, no puede aplicarse el artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario. Y dado que, mientras no se demuestre lo contrario, el precio o contraprestación ha de considerarse ganancial, según el artículo 1.407 del Código, y que, según el artículo 1.416 del mismo Cuerpo legal, la mujer no puede obligar a la sociedad de gananciales sin el consentimiento del marido, la solución a seguir no puede ser otra que la misma que hemos apuntado para el caso desarrollado en el apartado anterior, es decir, suspender la inscripción, dejando abierto el camino a una posible confirmación por parte del marido, confirmación que de producirse permitiría inscribir los bienes a favor de ambos cónyuges, conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal.

III. CONCLUSION

Hasta aquí hemos venido examinando, creemos que de una manera exhaustiva, los diferentes supuestos que en la práctica se pueden plan-

tear y las soluciones que, a nuestro juicio, el Registrador debe adoptar en cada caso, en base a los preceptos legales que actualmente están vigentes, y que precisamente por ello el Registrador no puede desconocer. El resultado no es muy alentador, pues la conclusión es que la mujer casada sólo puede comparecer por sí sola, para la adquisición de bienes inmuebles, en el caso de que acredite fehacientemente y de modo indubitado el carácter parafernial del precio o contraprestación con que realiza la adquisición. En cualquier otro supuesto, la mujer ha de comparecer asistida de su marido, con lo cual la reforma de 2 de mayo de 1975, dirigida a mejorar la condición jurídica de la mujer casada, queda prácticamente ineficaz cuando choca con la regulación del régimen de gananciales.

Ello no significa que nosotros estemos conformes con dicha regulación. Somos los primeros en lamentarnos y creemos que para que la reforma tenga plena efectividad es necesario que se modifiquen también los preceptos que el Código civil dedica a la regulación de la sociedad de gananciales y, paralelamente, los del Reglamento Hipotecario, suprimiendo el artículo 94, que al haberse anulado la licencia marital ya no tiene razón de existir, y dando una nueva redacción al artículo 95. Y de corazón deseamos que dichas reformas no tarden en llegar. Pero mientras esto no ocurra, pienso que no es lícito buscar soluciones más liberales o, si se quiere, más conformes con el espíritu que inspiró la reforma, si para ello tenemos que saltarnos a la torera preceptos legales que están ahí, que continúan vigentes, que no han sido modificados y que, por tanto, hay que respetar.

De cualquier forma, pienso que tampoco hay motivo para rasgarse las vestiduras. Es cierto que la reforma, en orden a las adquisiciones onerosas por la mujer casada, se ha quedado corta. Pero sólo en orden a este punto. En otros aspectos ha sido plenamente eficaz y hoy la mujer casada no pierde su nacionalidad por el simple hecho de casarse con un extranjero, puede ser tutor o protutor, sin licencia del marido enajenar o gravar sus bienes, aceptar o repudiar herencias, pedir la partición, ser albacea testamentaria, etc. En definitiva, puede hoy realizar una serie de actos que antes le estaban vedados y su condición jurídica se ha visto considerablemente mejorada por la reforma, aunque todavía quede mucho camino por recorrer...

SERGIO SAAVEDRA QUEIMADELOS
Registrador de la Propiedad

NOTAS

Tratamiento fiscal del préstamo en el impuesto de transmisiones

Entre los contratos con fáciles implicaciones fiscales figura indudablemente el préstamo. No sólo porque está incluido en la parca nómina de actos sujetos del artículo 54 del Texto Refundido, sino porque el *sustratum* traslativo de riqueza, de circulación de bienes, aparece con toda transparencia desde el mismo concepto de este negocio jurídico.

En este trabajo vamos a analizar, sustantiva y tributariamente, las principales categorías jurídico-impositivas del mutuo (esos conceptos imán, básicos para el quehacer liquidador, que constituyen las nociones de los actos sujetos, de los actos exentos, de la base liquidable, de la persona obligada al pago...).

Es conveniente también estudiar los perfiles fiscales de las cuentas de crédito por su parentesco crediticio con el préstamo. Y matizar los aspectos más relevantes de los préstamos concertados verbalmente.

1.º ACTOS SUJETOS

Según el artículo 54 del Texto Refundido está sujeta:

a') La constitución de préstamos, cualquiera que sea su naturaleza y clase.

Es decir, que se grava ese desplazamiento de numerario que todo préstamo, en cuanto contrato real, implica. Y están afectos los de todas las especies, es decir, tanto los civiles, como los mercantiles, como los administrativos, y de otra parte, tanto los préstamos simples o personales, como los garantizados con fianza, prenda, hipoteca o anticresis.

b') La modificación, renovación, prórroga expresa de préstamos.

La modificación es un concepto muy amplio en el que pueden comprenderse todas las variaciones que afecten a cualquier elemento de la relación jurídica constituida, ya se refieran a los sujetos, ya al objeto, ya a las condiciones esenciales del contrato, y comprende, pues, cualquier variación cuantitativa o cualitativa.

Por eso parece un tanto reiterativa la mención, a continuación, de la renovación y de la prórroga expresa. En definitiva, estos dos conceptos abarcan supuestos de modificación del préstamo. La renovación no parece tener sustantividad propia. Si significa que el mismo prestamista concede al mismo prestatario un nuevo crédito por análogas cuantías que el primeramente otorgado, nos encontraríamos en presencia del concepto básico de constitución de un nuevo préstamo, pero la constitución ya está expresamente *contemplada* al principio del precepto. Y si por renovación se entiende una especie más o menos tácita de prórroga, tal figura podría perfectamente subsumirse dentro del concepto de modificación.

La prórroga expresa (parece que una prórroga tácita no estará sujeta al tributo) constituye una prolongación del período de vigencia del préstamo otorgado. Por tanto, carece de relieve propio y de sustantividad para constituir un acto gravable autónomo, ya que, en definitiva, viene a constituir una *modificación* del préstamo.

Por otra parte, parece que la prórroga conduce a una tributación injustificada. En el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, al menos teóricamente, se gravan las adquisiciones de bienes y los desplazamientos de riquezas. Pero si un sujeto pasivo ha satisfecho oportunamente el gravamen en el momento del otorgamiento del préstamo, precisamente es en ese instante cuando podrá decirse que *se* ha producido una adquisición de bienes, mas dicha adquisición no se produce nuevamente por el hecho de que se conceda al prestatario un mayor espacio de tiempo para la satisfacción de su deuda.

c') La transmisión de préstamos.

Como el precepto no aclara, parece que, en principio, pudiera pensarse en una posibilidad doble: de transferibilidad de la posición del prestamista y de la posición del prestatario. Sin embargo, se presentan algunas *dificultades*.

Debe tenerse en cuenta que el préstamo es un contrato real y unilateral. En virtud del mismo se produce el perfeccionamiento del acto por la entrega real de la cosa y sólo genera obligaciones para el prestatario, que debe restituir *lo recibido*. Si quien recibe, por ejemplo, una suma de dinero, se la entrega posteriormente a otra persona distinta, no está

transmitiendo su posición contractual en un vínculo jurídico que se consumó en el mismo momento de recibir el dinero. Esto sería posible si el préstamo fuese un contrato consensual que se perfeccionase por el simple acuerdo de voluntades. En este supuesto, el prestatario habría adquirido un crédito para exigir al prestamista la entrega de la cosa, y así las cosas dicho crédito sería perfectamente transmisible. Es lo que ocurre con el contrato *preparatorio* de préstamo o «*pactum de mutuo dando*». Pero con el préstamo *stricto sensu* no ocurre así, ya que no hay los dos momentos sucesivos de la perfección y del cumplimiento contractual, puesto que la prestación coincide con la perfección del contrato, que se consuma en el momento de la entrega del numerario.

Por ello si el primer prestatario, en virtud de un acto ulterior, transfiere la suma recibida a un posterior prestatario, lo que ocurrirá es que se estará constituyendo un nuevo préstamo, perfectamente independiente del primero, pero no se habrá producido la transmisión de un crédito que no llegó a nacer dado el carácter real del contrato.

El prestamista sí ostenta un derecho a que el prestatario le restituya la suma recibida, por cuya razón podemos decir que le está atribuido un crédito para exigir la devolución de lo prestado. Este crédito sí es transmisible. Pero no se necesitaba haberlo situado en el artículo 54, porque existe una norma más genérica que regula todo tipo de transmisiones de créditos. Es el artículo 88 del Texto Refundido, que se refiere a la transmisión de créditos o derechos mediante cuyo ejercicio hayan de obtenerse bienes determinados y de posible estimación.

d') La extinción de préstamos.

Como luego veremos, al analizar el artículo 67 del Texto Refundido, estará obligado al pago del Impuesto, a título de contribuyente en los préstamos, el prestatario. Pero tratándose de préstamos personales, la extinción no constituye un acto sujeto, ya que el apartado F del artículo 67 sólo incluye como supuestos de sujeción «la constitución, modificación, renovación y prórroga expresa de préstamos», con lo que excluye expresamente a la extinción, pese a que el artículo 54 pareció someter al tributo la extinción de cualquier clase de préstamos, incluidos, por tanto, los de tipo personal.

Resulta, pues, que el artículo 67 del Texto Refundido viene a limitar el alcance del artículo 54. Porque el artículo 67 grava los siguientes supuestos de extinción:

g) La extinción de préstamos garantizados con hipoteca, prenda o anticresis.

h) La extinción o amortización de préstamos representados por obligaciones, cédulas u otros títulos análogos.

También se refiere a los actos sujetos al artículo 58 del Texto Refundido, según el cual «la constitución y prórroga expresa de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis en garantía de un préstamo, así como la modificación, extinción y cancelación de tales derechos de hipoteca, prenda y anticresis, cuando estos actos se produzcan, como consecuencia de la modificación o extinción del préstamo en cuya garantía fueron constituidos, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo».

Esta norma del artículo 58 equivale a decir que los contratos de garantía accesorios de un préstamo no tributan con autonomía, sino que pasan a ser embebidos en la órbita fiscal del contrato principal. Sin embargo, esto no significa que los préstamos garantidos tengan identidad de trato tributario con los préstamos simples. Porque los préstamos personales tributan, según el número 11 de la tarifa, al tipo del 1,10 por 100, en tanto que los préstamos con garantía real tributan al tipo del 1,90 por 100. En la legislación anterior se decía, por ejemplo, que los préstamos hipotecarios tributarían sólo por el concepto de hipoteca, lo cual, habida cuenta de la tarifa aplicable, venía a ser más exacto, ya que el tipo del 1,90 es el que, según el número 5 de la tarifa, corresponde a la hipoteca. Teniendo en cuenta los datos porcentuales de la tarifa parece que en realidad lo que no tributa es el préstamo, cuyo tipo es del 1,10 por 100. Con lo que la situación es distinta de la que parece desprenderse del párrafo 1.º del artículo 58.

En la amalgama contractual «préstamo e hipoteca», en principio debieran tributar ambas figuras jurídicas. Si el legislador establece que sólo pague uno de los dos conceptos, en realidad es que está eximiendo de tributación al otro. Porque si el préstamo o la hipoteca no deben soportar gravamen, por razones que el legislador ha conceptado válidas, nos hallaremos en presencia de un acto exento, en cuanto participa de la misma naturaleza jurídico-tributaria de los actos sujetos. Por ello tal vez esta norma debería estar incluida con más propiedad en el artículo 65 del Texto Refundido, que es el que regula los actos exentos.

Las cuentas de crédito.—Según el párrafo 2.º del artículo 58 del Texto Refundido, «se liquidarán como préstamos personales las cuentas de crédito».

La expresión «se liquidarán como préstamos» significa que habrá que aplicar a las cuentas de crédito las nociones básicas del tipo de liquidación, determinación de la base liquidable y sujeto pasivo por referencia a las normas que regulan los préstamos. Ya veremos al analizar estas situaciones si la referencia es correcta.

2.º BASE IMPONIBLE

Se regula en el artículo 70 del Texto Refundido, números 14 a 16. Por su mayor interés, a efectos de contraste con los otros apartados, comenzaremos la exposición por el número 15.

Según dicho número, en los préstamos garantizados con prenda, hipoteca y anticresis, la base se estimará en el valor de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnización, pena por incumplimiento u otro concepto análogo, y si no constase expresamente el importe de la cantidad asegurada, se tomará por base el capital y tres años de intereses.

Al poner en relación esta norma con el artículo 67, referente a la persona obligada al pago, pueden surgir curiosas consideraciones. Porque, según el artículo 67, en la constitución de préstamos hipotecarios deberá pagar el Impuesto el prestatario. Conviene también tener presente la justificación teórica de esta obligación. Si el prestatario debe satisfacer el Impuesto es porque se considera que es el adquirente de algo, del dinero o de la especie en que consista el mutuo.

Aceptando, a efectos de argumentación, que sea el prestatario quien adquiere, ninguna duda se plantearía en cuanto al principal de la obligación. Pero no puede estimarse que el prestatario adquiere también los intereses, las comisiones, las indemnizaciones, la pena por incumplimiento u otros conceptos análogos. Quien adquiere el importe de los intereses y de las demás prestaciones anejas no es el prestatario, sino el prestamista. Por ello resulta demasiado artificial y simplista obligar al prestatario a pagar por algo que nunca adquirió. El mutuuario no adquiere, sino que sufre los intereses en cuanto que tiene que pagarlos al prestamista.

En realidad es que resulta muy artificial toda la dogmática de la persona obligada al pago del Impuesto en los préstamos. Tal vez lo más equitativo sería distinguir el tipo de préstamos. Indudablemente, los préstamos y anticipos que se otorgan a la industria o al comercio para el desarrollo de sus actividades básicas benefician fundamentalmente a los prestatarios y ellos son quienes deben hacer frente al tributo. Pero en los préstamos que se conceden a los contribuyentes modestos para la adquisición de viviendas o para la satisfacción de necesidades básicas, indudablemente la parte más poderosa de la relación contractual no es el prestatario, sino el Banco o Entidad concedente del préstamo, que es quien, por razones sociales, debería hacer frente al tributo.

Pero lo que sí es cierto es que no deberían formar parte de la base

imponible los intereses y demás sumas accesorias porque en ningún momento han acrecido el patrimonio del prestatario, sino que, por el contrario, lo disminuyen.

* * *

No es muy clara la terminología empleada en los números 14, 15 y 16 del artículo 70. El número 14, referente a los préstamos sin garantía o asegurados con fianza, considera como base imponible el capital de la obligación. El número 15, referente a los préstamos con garantía real, dispone que la base se estimará en el valor del capital garantizado. Indudablemente, la palabra capital no está utilizada con el mismo valor en los dos números del artículo 70. El número 14, al referirse al capital de la obligación, emplea el vocablo en un sentido aritmético comercial, que contrapone las palabras capital o intereses, haciendo coincidir la primera con la suma prestada y considerando a los segundos como los réditos del dinero. Por el contrario, el número 15 no se refiere al capital de la obligación, sino al capital garantizado. Aquí, la palabra capital está utilizada en un sentido más jurídico, sin preocupaciones de regla de interés. El capital garantizado no se opone a los intereses, sino que, por el contrario, los incluye, abarcando también las comisiones establecidas, las indemnizaciones, la pena por incumplimiento y cualquier otro concepto análogo. Porque se tiene en cuenta el alcance de la cobertura del bien hipotecado sobre la total deuda existente.

¿Es justa la diferencia establecida, en cuanto a la determinación de la base, entre los préstamos personales y los préstamos con garantía real? Creemos que no. En realidad si el número 15 obliga a tributar por el valor de la total obligación garantizada es porque lo que está gravando realmente es la hipoteca o la garantía especialmente constituida, como lo demuestra la referencia que el número 15 del artículo 70 hace al número 12 del mismo precepto, en el que se contiene la determinación de la base imponible de las hipotecas, de las prendas y de la anticresis.

Esto guarda poca congruencia con el artículo 58, antes examinado, en el que se dice que las fianzas y las hipotecas constituidas en garantía de un préstamo tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo. Y en el mismo sentido se produce el artículo 54, número 4.º, que parece sujetar con idéntico gravamen a todos los préstamos, independientemente de que sean meros préstamos personales o de que estén asegurados realmente.

Pero lo que establecen los artículos 54 y 58 no es verdad, sino todo lo contrario. Porque los préstamos hipotecarios no tributan como préstamos, sino que tributan como hipotecas. Si tributasen como préstamos

vendrían sujetos por el número 11 de la tarifa, que los sujeta al tipo del 1,10 por 100. Sin embargo, están recogidos en el número 12 de la tarifa, que afecta a los préstamos con garantía real por el tipo del 1,90 por 100, que es el que corresponde a los derechos reales de hipoteca mobiliaria e inmobiliaria, prenda y anticresis, según establece el número 5 de la tarifa.

No sólo con argumentos extraídos del tipo de liquidación aplicable puede atacarse la inclusión legal de los préstamos hipotecarios en el campo propio de los mutuos. También las reglas referentes a la base liquidable, según hemos visto nos ratifican en la misma idea. Si los préstamos hipotecarios tributasen sólo por el concepto de préstamo estarían incluidos en el número 14 del artículo 70, que considera como base imponible en los préstamos el capital de la obligación, con abstracción de los intereses y demás prestaciones accesorias. Pero esto no es así, sino que el número 15 del artículo 70 se remite al 12, en el cual se calcula legalmente la base tributable de las hipotecas y derechos reales similares.

Era más sincera la regulación contenida en el Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, aprobado por Decreto de 15 de enero de 1959. En el apartado 2 del artículo 27 de aquel texto legal se establecía que los préstamos que se garanticen con fianza, prenda o hipoteca satisfarán el Impuesto sólo por esos conceptos. Como hemos visto antes, en realidad es lo mismo que ocurre ahora, porque sólo ha cambiado la letra de la ley, pero no el contenido de la regulación. Por ello, la normativa actual es más hipócrita, porque dice una cosa y hace otra.

Si actualmente, mirando al fondo de las cosas, la regulación coincide con la establecida en 1959, ¿por qué el legislador de 6 de abril de 1967 nos dice que las hipotecas y otras garantías de los préstamos sólo tributan por el concepto de préstamo cuando no es así? La explicación nos la da el artículo 67 del Texto Refundido, referente al sujeto pasivo del gravamen. Según la letra F de dicho precepto, en los préstamos de cualquier naturaleza (incluidos, por tanto, los hipotecarios y análogos) está obligado al pago del Impuesto el prestatario.

Bajo el imperio de la legislación anterior, en las hipotecas el obligado al pago era el acreedor hipotecario, por cuanto adquiría un derecho real. En principio, la situación parece coincidir con la vigente, porque el apartado c) del artículo 67 establece la obligación de pagar el Impuesto en los actos referentes a derechos reales (como lo es el de hipoteca) a aquel a cuyo favor se realice la constitución del derecho o gravamen. Pero esta regla general no se aplica a la hipoteca porque está enervada por la más especial del apartado F del propio artículo 67, que obliga

a pagar al prestatario en todo tipo de préstamos, incluidos los especialmente garantizados.

Como vemos, la reforma indirecta del Texto Refundido constituye una modificación antisocial. Tal vez se apoyara su fundamentación en el hecho de que estadísticamente muchos prestamistas obligan a los prestatarios a asumir el pago del tributo, desentendiéndose de su obligación fiscal. Pero lo cierto es que antes debía satisfacer el tributo el acreedor hipotecario y ahora debe hacer frente a la obligación fiscal el deudor hipotecario, que en muchas ocasiones será la parte económicamente más débil de la relación contractual.

Cuentas de crédito.—Con respecto al contrato de apertura de crédito, ya sea simple o en la modalidad de cuenta corriente, la determinación de la base se contiene en el mismo número 14 del artículo 70. Según el último inciso de este número, la base imponible de las cuentas de crédito consistirá en el capital realmente utilizado por el prestatario. Aquí hay una diferencia muy equitativa entre la base de los préstamos y la de las cuentas corrientes. En los préstamos, la base está constituida por el capital total transferido, lo que es lógico, porque, como ya hemos dicho, los préstamos son contratos reales en los que de una forma inmediata el dinero se hace propiedad del prestatario en el mismo momento de la entrega. En cambio, las aperturas de crédito son contratos consensuales, que permiten al acreditado ir disponiendo sucesivamente de cantidades parciales a cuenta de una cifra máxima que la Entidad crediticia pone a su disposición. Como no se trata de un contrato real, no hay una inmediata transferencia de la propiedad de las sumas acreditadas a favor del prestatario, sino que con el otorgamiento de este contrato lo que adquiere el acreditado es el derecho de crédito para exigir en el futuro al acreditante la entrega del dinero puesto a su disposición hasta el tope establecido. Es decir, que no existe en el momento de suscribir el negocio ningún transferimiento inmediato de dinero. Esto significa que el acreditado podrá disponer bien de la totalidad del crédito concedido, bien de una parte de él o incluso no hacer uso de la disponibilidad concedida. Por ello no sería lógico que en las cuentas de crédito se preconizase una base análoga a la de los préstamos. El capital de la cuenta es el montante total de la suma de que se puede disponer. Si la similitud con el préstamo fuera total, la liquidación habría que girarla sobre la totalidad de ese capital. Pero esto no sería justo en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, que lo que grava son los desplazamientos reales y efectivos de riquezas entre diferentes personas. Y como puede ocurrir que el acreditado no haga uso de la cuenta, no sería

justo que se le obligara a pagar sin haberse producido ninguna transmisión patrimonial. De ahí la norma, verdaderamente justa, del número 14 del artículo 70.

* * *

El número 16 del artículo 70 es congruente con lo establecido en los dos anteriores. En este número se dice que en los préstamos constituidos mediante la emisión de obligaciones, cédulas u otros títulos análogos, constituirá la base imponible el capital garantizado si lo tuvieran con prenda o hipoteca, y el valor nominal si no tuvieran tal carácter.

El valor nominal es, por tanto, aplicable a las obligaciones y cédulas sin garantía real. En este caso, el valor nominal es coincidente con el capital de la obligación, a que alude el número 14, es decir, que la base está constituida por la suma prestada, que es la que figura en el nominal de los propios títulos.

3.º PRESTAMOS ENTRE SOCIEDADES

En principio, el hecho de que figure una Sociedad en la relación contractual, bien como prestamista o bien como prestatario, no tiene especial trascendencia, porque los preceptos que hemos analizado son perfectamente predicables, tanto de las personas físicas como de las personas jurídicas. Sin embargo, parece que el artículo 62 del Texto Refundido está pensado especialmente para las Sociedades y demás Entidades. Según este precepto no estarán sujetos los préstamos cuando constituyan actos habituales de Tráfico de las Empresas, salvo los contratos de préstamos con garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles y los contratos de prenda, que estarán sujetos en todo caso al Impuesto (es decir, aunque constituyan actos habituales del Tráfico de las Empresas).

Por tanto, los préstamos y otras modalidades de crédito que otorgan los Bancos, Cajas de Ahorros y demás Entidades crediticias no caen bajo la órbita de este Impuesto, sino que están sujetos al Impuesto sobre el Tráfico de las Empresas.

4.º ACTOS EXENTOS

En los números 49, 58, 59, 61 (que exime la extinción de los préstamos constituidos sin otra garantía que la personal del prestatario y de los garantizados con fianza, problema al que ya nos hemos referido anterior-

mente), 63, 64, 65, 66, 67 y apartado 2 del número 4 del artículo 65 del Texto Refundido se contiene una enumeración prolija de los préstamos exentos del Impuesto.

5.º ACTOS BONIFICADOS

Los números 1, B, *d*), y 1, C, *c*), del artículo 66 del Texto Refundido contienen la especificación de los préstamos que disfrutaban de bonificación en la base imponible.

6.º FORMA DE HACER LA DECLARACION EN LOS PRESTAMOS CONCERTADOS VERBALMENTE

El contrato de préstamo es un contrato real, que se perfecciona por la entrega de la cosa y desde ese momento produce el haz de obligaciones unilaterales características de este contrato.

Es decir, que no basta el mero consentimiento o verbalidad para que el contrato sea perfecto, sino que requiere el acto material añadido, que es la efectiva entrega de la posesión y propiedad de las cosas prestadas.

Con todo esto queremos destacar que el contrato de préstamo no es un contrato formal. Es decir, que no requiere la constatación en ningún documento para que las obligaciones que pueda engendrar sean válidas. Por tanto, no se exige ninguna forma *ad solemnitatem*.

Pero puede ser documentándolo como en muchas ocasiones se pueda demostrar la existencia de un préstamo verbal, que de otra forma resultaría difícil acreditar. De ahí la posibilidad de que los préstamos se hagan constar en documento, que tendrá el carácter de forma *ad probationem*.

Por esta conveniencia de dejar constatada suficientemente la suma prestada es por lo que normalmente se hacen los préstamos constar documentalmente.

Pero como la forma no es un requisito sustancial del préstamo podrá ocurrir que no se hayan hecho constar documentalmente. En este caso estaríamos en presencia de los préstamos verbales.

El artículo 65, número 79, del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales declara exentos los contratos verbales cuando su cuantía no exceda de 25.000 pesetas. Entre tales contratos verbales indudablemente pueden figurar los préstamos.

La regla que acabamos de indicar significa que los restantes préstamos

verbales, en los que la suma otorgada exceda de las 25.000 pesetas, deberán satisfacer el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.

¿Y cómo la Administración puede tener conocimiento de un contrato celebrado de palabra entre prestamista y prestatario?

En principio, la Administración no tendrá medio de llegar a conocimiento de la existencia de estos negocios jurídicos. Precisamente para salvar este posible efugio del Impuesto se estatuyó en el Texto Refundido el apartado 3 del artículo 113, según el cual «en los actos y contratos sujetos que no se hayan incorporado a un documento deberán presentar los interesados una declaración escriturada en la que consten todas las circunstancias de aquéllos».

Guarda relación con esta norma el artículo 133, situado dentro del capítulo referente a la prescripción de la deuda tributaria. En el que se dice que en los contratos no reflejados documentalmente se presumirá, a efectos de la prescripción, que su fecha es la del día en que los interesados den cumplimiento a la obligación de presentarlos.

7.º SUJETOS EN LAS DIVERSAS MODALIDADES DE PRESTAMO

En el mutuo normal hay dos sujetos: prestamista y prestatario. Este último es el obligado al pago del Impuesto, si bien la legislación establece la responsabilidad solidaria de los prestamistas si perciben total o parcialmente los intereses, el capital o la cosa prestada sin haber exigido al prestatario la justificación de haberlo satisfecho (art. 68 del Texto Refundido).

Características especiales presentan los préstamos representados por obligaciones, cédulas u otros títulos análogos. El prestamista es una sola persona, ya sea una persona física, ya sea una Sociedad. Y, sin embargo, los prestatarios son múltiples, tantos como hayan adquirido las obligaciones emitidas. Estos préstamos no presentan particularidades fiscales en cuanto a su constitución, pero sí contemplan un supuesto excepcional en el momento de la extinción. (Porque así como en los préstamos hipotecarios normales el obligado al pago en el momento de su cancelación es el prestatario, asimismo, y según establece el artículo 67 del Texto Refundido, en la extinción o amortización de préstamos representados por obligaciones estará obligada al pago la Entidad emisora, es decir, también el prestatario.) La diferencia real consiste en que en la extinción de los préstamos que no estén garantizados especialmente, no debe pagar ninguno de los sujetos de la relación jurídica, porque representan un supuesto de no sujeción fiscal.

8.º SITUACIONES DE FINANCIACION SOLEMNIZADAS MEDIANTE CUENTAS DE PASIVO

Pueden presentarse dos situaciones diferentes:

a) Que la Empresa beneficiada por el crédito reciba determinadas cantidades que le entrega otra Sociedad, las que irá restituyendo en la oportunidad convenida.

Si una Sociedad *recibe* dinero de otra, la situación hay que enjuiciarla como un auténtico préstamo. Porque en virtud del préstamo, el prestamista *entrega* dinero u otro bien fungible y, congruentemente, el prestatario *recibe* lo entregado por el prestamista. Esto es debido a que el préstamo representa un contrato real, que se perfecciona por la entrega de la cosa.

Y como no es un contrato formal, no requiere la existencia de ningún documento público ni privado, ya que sólo precisa la actitud física de dación de la cosa por parte del prestamista, ya sea una entrega real, ya esa entrega simbólica y ficticia que representa el asiento en la contabilidad recíproca de acreedor y deudor. Luego esas cuentas de pasivo no es que constituyan una solemnidad contractual, sino que representan una forma de acreditar o constatar que el desplazamiento del dinero se ha producido desde el patrimonio del mutuante hasta el patrimonio del mutuuario.

b) Supuesto de que las relaciones jurídicas entre Sociedades, reflejadas en las respectivas contabilidades, den lugar a diversas partidas de cargo y de abono por suministro, por ejecución de obras, por pagos en interés recíproco...

El énfasis de la distinción entre este supuesto y el anterior está en el hecho de que aquí la Sociedad financiada no *recibe* físicamente el numerario, sino que la concesión de crédito se patentiza por el hecho de que el concedente se obliga a poner a disposición del acreditado una cantidad determinada de dinero, quedando el último obligado a utilizar ese crédito en la forma convenida.

Esta apertura de crédito puede ser simple o en cuenta corriente. En el primer supuesto hay concesión de crédito por una sola vez, y si bien pueden ir retirándose cantidades parciales, queda extinguido al ser retirada la totalidad.

En el supuesto de la cuenta corriente, el beneficiado puede verificar reembolsos parciales o totales y disponer nuevamente de lo que ya ha reintegrado, siempre dentro de la cantidad máxima fijada.

Teniendo en cuenta los cargos y abonos recíprocos, la figura contrac-

tual que mejor refleja estas financiaciones es el contrato de cuenta corriente, definido por LANGLE como aquel contrato mercantil por el cual dos personas, en relación de negocios continuados, acuerdan concederse temporalmente crédito recíproco, en el sentido de quedar obligadas ambas partes a ir sentando en cuenta sus remesas mutuas, como partidas de cargo y de abono, sin exigirse el pago inmediato, sino el del saldo a favor de la una o de la otra resultante de una liquidación por diferencia, al ser aquélla cerrada en la fecha convenida.

Como el apartado 2 del artículo 58 del Texto Refundido somete a tributación a las cuentas de crédito de una forma general, indudablemente habrá que incluir dentro de este *genus* tanto a la apertura de crédito simple, como a la apertura de crédito en cuenta corriente, como al contrato de cuenta corriente, en la que la concesión de crédito es, como hemos visto, recíproca.

En este último supuesto deberán satisfacer el Impuesto los dos contratantes, como en las permutas.

JOSÉ MENÉNDEZ
Registrador de la Propiedad



DICTAMENES



Servidumbre negativa y obligación de no hacer

(Un caso real, muy representativo de las dificultades que entraña la diferenciación entre ambas categorías.)

No hace mucho tiempo tuvimos ocasión de enfrentarnos, en nuestro ejercicio profesional, con un caso cuya principal característica—que a la vez constituía el único problema jurídico debatido—era el de reflejar con meridiana claridad las graves dificultades que entraña la distinción entre servidumbre negativa y obligación de no hacer. El problema, que tenía además la virtud de presentarse «químicamente puro», con la simplicidad de un ejemplo didáctico de los que a menudo utilizamos para ilustrar cualquier cuestión doctrinal, fue afortunadamente resuelto por vía de transacción, gracias a la actitud conciliadora de las partes. Pero esta circunstancia no quita un ápice de interés a la controversia que allí se planteaba. Y es ese interés el que nos ha movido a describir el conflicto y a apuntar algunas sugerencias.

ANTECEDENTES

1. Don Venancio E. C. falleció en Madrid el 12 de febrero de 1943, en estado de casado con doña R. B. L., de cuyo matrimonio dejó cinco hijos, llamados doña I., doña A., doña R., doña M. T. y don V.

2. En su último testamento, don Venancio E. C. instituyó a su esposa heredera en el tercio de libre disposición, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria, y en el remanente de sus bienes a sus cinco hijos, por partes iguales.

En el mismo testamento designó albacea a su esposa, a su hermano don J. y a su hermana política, esposa de don J., doña A. B. L., con facultades normales solidarias. Y contadores partidores, también con facultades solidarias, a los ya citados don J. y a su esposa doña A. B. L.

3. Fallecido don J. antes que don Venancio, doña A. B. L., esposa del primero, llevó a cabo las operaciones particionales, que culminaron en el otorgamiento de la escritura de protocolización del cuaderno particional de 27 de mayo de 1943, autorizado por el Notario de Bilbao don C. M. A.

4. Con anterioridad al otorgamiento de la escritura particional, en concreto el día 19 de mayo de 1943, los herederos de don Venancio (su viuda y sus cinco hijos) suscribieron un documento privado del siguiente tenor literal:

«CONDICIONES PARTICULARES QUE CONVIENEN ENTRE SI
LOS HEREDEROS DE DON V. E. C. (Q. E. P. D.).

Los herederos de don V. E. C., doña R. B., su viuda, y sus hijos doña I., doña A., doña R., doña M. T. y don V., asistidas las cuatro primeras por sus maridos, que en señal de consentimiento firman la presente acta, convienen lo siguiente:

1.º Se adjudicarán a la viuda, doña R. B., en el valor en que figuren en el inventario de la testamentaria, los inmuebles de V.; la cuarta parte propiedad de don V. del terreno de la avenida de J. A. en B., y la casa número 10 de la avenida del T.; todos estos inmuebles, sin limitación de ninguna clase, quedarán de su absoluta e íntegra propiedad.

2.º A la casa número 4 de la avenida del T. se señalarán las siguientes rentas: sótano y piso bajo, 4.600 pesetas; primer piso, 3.600 pesetas; segundo piso, 3.600 pesetas.

Se conviene que esta casa tenga como limitación el no poder edificar en el terreno existente delante de su fachada actual, ni avanzar, por tanto, la línea de ésta sin autorización de los demás propietarios de las casas colindantes, comprometiéndose al aceptar su adjudicación esta condición. Se adjudica proindiviso en el valor en que figura en la testamentaria entre doña I. y doña M. T. de E.

3.º La casa número 2 bis de la avenida del T. se conviene que las rentas sean de 7.500 pesetas por cada mano. La mano izquierda pagará a los de la mano derecha 50 pesetas mensuales en concepto de renta del garaje que ocupan, correspondiente a la mano derecha, y como compensación de la diferencia de orientación de las dos manos.

Se adjudica proindiviso por el valor del inventario a doña A. y doña R. de E.

4.º En la casa número 2 de la avenida del T. se conviene que tanto el garaje situado en la propia casa como los dos garajes edificadas en sus terrenos pagarán cada uno de ellos una renta de 50 pesetas al mes. Pagará igual renta de 50 pesetas mensuales la vivienda del chófer de la planta baja. La vivienda de la parte alta, contigua a la del portero, pagará 25 pesetas. Se adjudica proindiviso por el valor de inventario a doña A. y doña R. de E.

Se acuerda que quien se ocupe de la administración de esta casa cobrará por su gestión el 6 por 100 de las rentas brutas.

Asimismo se acuerda que el sueldo de 450 pesetas del portero, J. U., chófer jubilado de doña R. B., se pague: 300 pesetas por doña R. en concepto de jubilación y 150 pesetas por los propietarios de la casa.

5.º Se acuerda que en las adjudicaciones de acciones se apliquen a doña R. todos los títulos cuyo número no sea superior a 200, formándose las hijuelas de los otros herederos con títulos del inventario en donde haya más de los citados 200.

L. A., 19 de mayo de 1943.»

Hemos subrayado, por tratarse de la estipulación sobre cuyo alcance discutieron luego las partes, el párrafo 2.º del apartado 2.º del convenio transcrito.

5. La casa entonces numerada con el 4 de la Avenida del T. es hoy la número 8, y la 2 bis es en la actualidad la 6.

6. En la escritura de partición de herencia de 27 de mayo de 1943 no se hizo alusión alguna a la limitación que sobre la casa número 4 (hoy 8) de la Avenida del T, se había pactado en el convenio de 19 de mayo anterior.

7. Con posterioridad a la escritura particional, las fincas 4 y 2 bis de la Avenida del T. han sido objeto de las siguientes transmisiones:

a) La número 4 (hoy 8):

- Adjudicada proindiviso y por mitades a doña I. y doña M. T., hijas de don Venancio.
- Doña M. T. falleció y su mitad fue adjudicada a su madre, viuda de don Venancio, doña R. B. L.
- Con posterioridad, doña I. adquirió de su madre doña R. B. L. dicha mitad indivisa, quedando por ello doña I. como propietaria única del inmueble.
- Al fallecer doña I., la finca pasó íntegramente y en pleno dominio a su hija doña I. B. E., que había de ser una de las dos partes contendientes en el conflicto que nos ocupa.

b) La casa número 2 bis (hoy 6):

- Adjudicada proindiviso y por mitades a doña A. y doña R., hijas de don Venancio.
- Con posterioridad, este inmueble fue objeto de división, adjudicándose a doña A. la parte hoy señalada con el número 4 de la Avenida del T. y a doña R. la que en la actualidad tiene el número 6, es decir, la que linda con la finca que pertenece a doña I. B. E. y que se halla afectada por la limitación discutida. De aquí que doña R. fuera la segunda de las partes de la contienda.

- En septiembre de 1965, doña R. donó a su hija doña D. E. la llamada planta segunda de la casa número 6 actual de la Avenida del T., contisutida por las plantas primera y segunda de la edificación.

8. Una de las casas colindantes con la número 4 de la Avenida del T. (la afectada por la «limitación» establecida en el convenio de 1943) era la número 2 bis, que como queda dicho formaba parte de la herencia de don Venancio y como tal fue adjudicada a dos de las herederas. La otra finca colindante era la casa entonces numerada con el 6 (luego pasó a ser número 10) de la misma Avenida del T. Esta última casa pertenecía a doña A. B. L., hermana política de don Venancio y contadora-partidora de su herencia. Esta señora, por tanto, no era heredera de don Venancio ni suscribió el convenio de 19 de mayo de 1943.

En 1970, doña A. B. L. vendió la referida casa número 6 antiguo a don V., hijo y heredero de don Venancio E. C. y sobrino de la vendedora.

Pues bien, el 28 de diciembre del mismo año 1970 doña A. B. L. otorgó acta notarial de manifestaciones en la que, después de referir ciertos hechos relacionados con la hereencia de don Venancio E. C.—intrascentes para nosotros—dicha señora decía:

h) Que a través de las referencias que ha obtenido la compareciente de ese su indicado sobrino (*se refería a don V.*), en la actualidad la representación de la herencia de doña I. E. B. (*recordemos que esta señora era una de las hijas y heredera de don V. E. C., y en concreto una de las adjudicatarias de la casa afectada por la «limitación» que nos ocupa*), entiendo que si bien está obligada a respetar la limitación consignada en el acuerdo privado de 19 de mayo de 1943 en lo que atañe a la finca que pertenece a doña R. de E. (*es decir, a la antigua casa número 2 bis*), no ocurre lo mismo con la que fue de la exponente y que ha enajenado a don V. de E. (*esto es, la casa número 6 antiguo*), ante la cual, y a instancia de este último, al objeto de que quede clara y fehaciente constancia de lo realmente querido y acordado por unos y otros al establecerse dicho acuerdo familiar de 19 de mayo de 1943, doña A. B. L., aquí compareciente, declara solemnemente por ante la fe del suscrito Notario, además de cuanto hasta ahora ha expuesto:

1.º Que todos los firmantes del acuerdo privado repetido de 19 de mayo de 1943 quisieron referirse en la expresada cláusula del mismo no sólo a la casa que se adjudicó a doña R. y doña A. de E. B., sino también a la casa contigua por el otro rumbo, que era propiedad de la exponente, pues de otro modo no tendría sentido la expresión del convenio que se refería a «las casas colindantes», debiéndose haber dicho que la limitación sólo operaría a favor de la casa colindante que se adjudicaba en la participación a doña R. y doña A. de E. B., y no a favor de la propia exponente.

2.º Que el motivo de que el beneficio derivado de dicha limitación llegara también a la casa que era entonces propiedad de la exponente no tuvo en absoluto carácter económico, sino puramente familiar, sin precio o compensación alguna en metálico, pues tratándose

de una propiedad de quien era hermana de la viuda de don Venancio de E. C., y viudo a su vez de otra hermana del mismo don Venancio de E. C., y tío de los herederos del mismo, el acuerdo se inspiró en un trato de conjunto de las propiedades a que se refiere, de modo que no pudieron resultar perjudicadas por la participación las dos propiedades colindantes con la casa adjudicada a doña R. y doña A. de E. B.; y que a mayor abundamiento todos los señores E. B., hijos de don Venancio, trataban a la exponente con singular afecto, siendo éste bastante para justificar que operase a su favor la expresada limitación, máxime cuando era lógico que en el futuro fuese a parar su dicha finca a los propios sobrinos indicados o algunos de ellos.

3.º Que la compareciente no fue extraña a la negociación y concierto del convenio privado de 19 de mayo de 1943; antes al contrario, trató con su hermana y sus sobrinos acerca de su contenido y alcance, mostrándoles entonces mismo su aceptación de cuanto en tal convenio privado se expresaba en lo relativo a su dicha finca.

4.º Que una vez logrado el convenio privado antedicho se pudo proceder seguidamente, como ya ha expuesto, a la formalización de la escritura de partición del caudal relicto al fallecimiento de don Venancio de E. C., ajustándose estrictamente a las bases consignadas en el acuerdo privado anterior, si bien las limitaciones antes citadas no se llevaron a escritura pública correspondiente por confiar y considerarse por todos que lo acordado en el seno de la familia en el documento privado sería siempre respetado por unos y otros, como si hubiera constado en escritura pública.

5.º Que, en conclusión, la compareciente estima en pleno vigor y efecto cuanto se acordó en tan repetido documento privado y que, en su consecuencia, la finca por ella enajenada últimamente a don V. de E. B. goza a su favor, como derecho anejo a ella, de la servidumbre que se estableció en 1943, sobre la que se adjudicó a doña R. y doña A. de E. B., pues la exponente, que aceptó en su día el beneficio de la estipulación fijando tal gravamen, no ha renunciado nunca al mismo ni de modo expreso ni de forma indirecta; y que si no había interesado la elevación del documento privado a público para la inscripción registral de la servidumbre fue por considerar que el acuerdo familiar de referencia sería fielmente respetado por todos, dentro, por tanto, de la confianza que en aquel momento concluyó reinando entre unos y otros.»

9. Mediante requerimiento notarial de 15 de abril de 1972, doña R. E. B. (propietaria de parte de la casa número 6—actual—de la Avenida del T.) pretendió que doña I. B. E. (propietaria de la casa número 8) reconociera la existencia de una servidumbre a su favor, siendo predio dominante el perteneciente a la requirente y sirviente el de la requerida doña I. B. E. rechazó tal pretensión.

POSICIÓN Y ARGUMENTOS DE LAS PARTES

De estos antecedentes pueden deducirse las posiciones que adoptaron las dos partes enfrentadas, y que mantuvieron en el período alegatorio de un arbitraje de equidad.

1. Doña R. E. B. sostenía la existencia de un derecho de servidumbre, convencionalmente constituido y de contenido asimilable al de la servidumbre legal de vistas. De la naturaleza real de esta limitación se llegaba a la conclusión de su duración indefinida. Y se solicitaba la elevación a escritura pública del convenio de 19 de mayo de 1943, con vistas a la inscripción de la servidumbre en el Registro de la Propiedad.

Los argumentos de doña R. E. B. eran, en síntesis, los siguientes:

a) Que el texto del convenio de 19 de mayo de 1943 refleja claramente el propósito de las partes de establecer una limitación *sobre un inmueble* (un gravamen real) y no una mera obligación entre los firmantes (u obligación personal), sin perjuicio de que, naturalmente, las ventajas derivadas de la limitación jugasen en favor de personas.

b) Que no obstaba a esta tesis el hecho de que no se hubiera pactado expresamente contraprestación económica, pues la servidumbre convencional puede constituirse gratuitamente. Además, la de este caso tuvo como justificación el deseo de equilibrar el valor de los lotes de la herencia de don Venancio.

c) Que tampoco era relevante el hecho de haberse constituido la servidumbre en documento privado, pues se trataba de un acto que no requiere forma *ad solemnitatem*.

d) Que abonaba esta interpretación la que del convenio de 19 de mayo de 1943 había hecho en acta notarial doña A. B. L., hermana política del testador, contadora-partidora de su herencia y persona, en fin, que había intervenido muy activa y directamente en todas las operaciones que condujeron a la partición de la herencia de don Venancio.

2. Doña I. B. E., por su parte, entendía que la limitación establecida en el repetido convenio de 1943 no podía merecer la calificación de derecho real de servidumbre, constituyendo, tan solo, una obligación personal asumida por las adjudicatarias de la casa afectada, en favor de sus hermanas y en consideración a los vínculos de parentesco que con ellas les unían. En consecuencia, se alegaba que el meritado convenio tenía alcance limitado en cuanto al tiempo y en cuanto a sus beneficiarios. Por lo que se solicitaba de los árbitros que fijasen en su laudo un límite de duración de la limitación pactada. A tal efecto se sugería el plazo de treinta años a contar desde el convenio, plazo ya expirado cuando la controversia se originó.

Basaba esta parte de sus peticiones en los siguientes argumentos: principio de libertad de la propiedad; regla según la cual para que se entienda constituida una servidumbre es preciso que quede claro el propósito de las partes de darle tal carácter; el hecho de que, según afirmaba esta parte, el convenio de 1943 hubiese sido redactado por un

acreditado Notario, circunstancia que excluía la presunta servidumbre, ya que si esto se hubiera querido sin duda lo habría manifestado claramente el redactor del documento; y se invocaba, en fin, la extraordinaria y desproporcionada onerosidad resultante de la limitación del caso, citándose, a tal efecto, el artículo 1.289 del Código civil.

ANÁLISIS DE LA CUESTION

1. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

El nudo del problema quedó, a nuestro juicio, bien planteado por las partes. Se trataba de determinar si el convenio de 19 de mayo de 1943, en su estipulación segunda, es constitutivo de un derecho real de servidumbre, o si, por el contrario, solamente engendró una obligación negativa de no edificar, a cargo de las adjudicatarias de la casa número 4 de la Avenida del T., y en favor de «los demás propietarios de las casas colindantes».

Una de las dos partes trajo a colación, en el período de alegaciones, los conceptos de *servidumbre personal* y de obligación *propter rem*. Sin embargo, la alusión no nos parece del todo correcta. O, más que correcta, sugerente. Porque, por lo que a la primera categoría se refiere (servidumbre personal), además de ser discutida y discutible su configuración dogmática y por tanto su eficacia, no parece la figura aplicable al supuesto debatido, dado que implica una forma de aprovechamiento de cosa ajena que ni conceptual ni históricamente corresponde a una «limitación» como la que nos ocupa.

Por lo que respecta a la eventual caracterización de dicha «limitación» como una obligación *propter rem*, cabe decir que esta figura, además de ser ajena a nuestra tradición jurídica y a nuestro Derecho positivo, no añadiría nada nuevo a los términos de la contienda aquí planteada ya que, en definitiva, el decir que estamos en presencia de una obligación *propter rem* sólo tendría consecuencias, en su caso, en relación con terceros ajenos al pacto de 1943; y aquí no hay tales terceros. Para las partes intervinientes en el conflicto, la eventual obligación *propter rem* no tiene otro significado que el de una obligación más, es decir, una obligación normal y corriente, si bien caracterizada por una correlación fáctica («el deudor es el dueño» - «el acreedor es el dueño») que en nuestro supuesto es de todo punto irrelevante.

2. SERVIDUMBRE NEGATIVA Y OBLIGACIÓN DE NO HACER

1. La distinción entre ambas categorías es una de las más complejas cuestiones que se plantean en técnica jurídica. Es, además, un claro exponente de las dificultades que en un plano superior entraña la diferenciación entre derechos reales y derechos de crédito. Algunas de las objeciones doctrinales que se han emitido contra este último y tradicional binomio encuentran perfecta aplicación en la dualidad que ahora nos ocupa. Hasta tal punto es así, que no pocos autores sostienen que las llamadas servidumbres negativas son siempre obligaciones. E incluso, aun aceptando en un terreno teórico que derecho real y derecho de crédito son cosas diferentes (al menos por razón de sus distintos efectos y de su también diversa reglamentación jurídica en puntos indudablemente importantes), la dualidad *servidumbre negativa-obligación de no hacer* tiene el mérito de mostrar con claridad ciertas incongruencias que resultan de la aplicación tajante de los rasgos que desde siempre se vienen considerando como diferenciales entre derecho real y derecho de crédito. Un ejemplo puede ser, a nuestro juicio, la distinta actitud que nos imponen ciertos principios técnicos ante el elemento *tiempo de duración* de la relación jurídica. Mientras que aceptamos como indiscutible la perpetuidad de un derecho real (la servidumbre negativa en este caso), nos resistimos a admitir una obligación negativa (la de no edificar de nuestro supuesto) de duración indefinida. De nada nos sirven las posibles semejanzas reales que puedan existir entre dos figuras jurídicas, o la identidad de los móviles que hubieran podido impulsar a las partes intervinientes en una y otra. Lo que nos lleva, un tanto apresuradamente, a afirmar que esta concreta obligación asumida por un sujeto no *debe* tener una duración indefinida es el hecho (en definitiva, una sutileza técnica) de haber concluido *con anterioridad* que dicha obligación *es fruto de una relación obligatoria y no de un derecho real*. Luego tendremos oportunidad de volver sobre este punto concreto.

En teoría, los criterios distintivos entre los derechos reales y los de crédito perfilan con cierta claridad la fisonomía de las figuras que estamos considerando. La primera, la servidumbre negativa, como derecho real que es, implica un deber de no actuar que está ligado a la condición de propietario del fondo sirviente; un deber que se transmite con la finca misma a los sucesivos dueños (en su caso, mediante los necesarios instrumentos de publicidad) y que es, por definición, perpetuo. La obligación negativa, por el contrario, deriva de un vínculo personal entre acreedor y deudor, no afecta a terceros (a no ser que juegue el mecanismo de transmisión convencional del crédito o de la deuda), y tiene una

duración limitada, que a falta de convenio establecerá discrecionalmente el juez.

2. No obstante, esta distinción trazada en teoría adolece a un apriorismo: el de suponer que sabemos de antemano cuándo un concreto derecho es de naturaleza real y cuándo de carácter obligacional o de crédito. Y tal conocimiento previo—nuestro caso es un ejemplo muy revelador—no siempre se da. Hay, en efecto, supuestos en que el razonamiento debe invertirse: no se trata de aplicar las consecuencias de este derecho real o de este derecho de crédito, sino que el problema consiste en determinar a cuál de las dos categorías corresponde un concreto poder jurídico que la realidad nos suministra.

No hay problema alguno, desde luego, cuando las partes han manifestado *expresamente* que lo que pretenden es la constitución de un derecho real o de uno de crédito. Pero a falta de esta explícita declaración, la calificación jurídica llevada a cabo por un tercero ajeno al pacto resulta tarea muy comprometida. Sobre todo, si se tiene en cuenta que en nuestro Derecho rigen los siguientes principios: 1) que las partes gozan de absoluta autonomía para dar a sus pactos contenido real u obligacional; 2) que se mueven también dentro de la más amplia libertad a la hora de configurar la relación jurídico-real de servidumbre, pues les basta sujetarse a los rasgos genéricos que a esta figura asigna el artículo 530 del Código civil; 3) que, en virtud del principio espiritualista que domina nuestro sistema contractual, los contratantes no se hallan sujetos a ningún requisito de carácter formal para la constitución de un derecho de servidumbre; y 4), que nuestro sistema publicitario en materia de inmuebles no exige, para la válida constitución de una servidumbre, condición alguna de oponibilidad a terceros, ya que puede nacer, existir y extinguirse con plena eficacia *inter partes* aunque no haya apariencia externa o instrumento de publicidad.

3. El deslinde entre servidumbre y obligación negativa ha sido frecuentemente tratado por la doctrina. Dentro de nuestra patria, y por ser una de las más modernas aportaciones, citaremos la de Díez-PICAZO (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1970, págs. 446-447). Y entre las extranjeras, una de las más clásicas: la de MESSINEO (*Le servitù*, Milano, 1949, págs. 53-54).

Hay opiniones radicales, como las de quienes niegan la distinción entre derechos reales y de crédito, o reducen sensiblemente el número de los primeros, hasta llegar, ciertos autores, a la conclusión de que no hay más derecho real que el de propiedad. Algún autor, aun admitiendo la distinción, niega que pueda aplicarse a los *deberes de no hacer*, que creen deben insertarse en todo caso en el terreno de las obligaciones. Pero

la doctrina mayoritaria entiende aceptable la diferenciación conceptual entre servidumbre y obligación negativas. Su argumento fundamental es el respeto a la voluntad de las partes, que también en el caso de los deberes negativos—se dice—es soberana y puede dar a los pactos, por tanto, bien un alcance personal y limitado, bien una eficacia real y absoluta. Los posibles problemas prácticos que pueda plantear el respeto al interés de terceros quedarán salvados mediante los sistemas de publicidad inmobiliaria que el ordenamiento jurídico adopte en cada caso.

En consecuencia, para determinar en un caso concreto ante cuál de las dos figuras jurídicas nos hallamos, es obligada la indagación de la voluntad de las partes descubriendo qué efectos quisieran dar al pacto correspondiente.

4. Ahora bien, la interpretación de todo convenio cuyo alcance sea discutible ha de basarse, según sostiene la doctrina, sobre la idea o principio de *libertad de la propiedad*; por tanto, se impone una interpretación restrictiva de los términos del acuerdo que puedan engendrar un gravamen real, y en concreto una servidumbre.

El principio de libertad de la propiedad, que en último término descansa sobre la enfática fórmula del párrafo primero del artículo 438 del Código civil, constituye uno de los pilares de la ordenación legal del dominio. Nuestro régimen patrimonial es manifiestamente enemigo de toda limitación de la propiedad e incluso incompatible con ciertas formas de vinculación perpetua; de esta mentalidad resulta una tendencia doctrinal y jurisprudencial que propugna la interpretación restrictiva que antes mencionábamos, abonada, por otra parte, por una regla hermenéutica de indudable arraigo (*odiosa sunt restringenda*), que bien puede proyectarse, aunque no sea ese su más adecuado campo de actuación, a la interpretación del contrato.

Citemos, entre las más recientes expresiones doctrinales, la de Díez-PICAZO. Este autor (*Fundamentos...*, cit., pág. 447), después de aludir a las dificultades que entraña la distinción entre servidumbre negativa y obligación de no hacer, dice que es a los interesados a quienes compete atribuir a su negocio uno u otro alcance. «Sin embargo—añade—a falta de una expresa declaración de voluntad sobre el particular, el negocio deberá ser interpretado como simple obligación, pues así lo impone el principio de libertad de la propiedad.» Este es el criterio que ya había manifestado el mismo autor en su comentario a la sentencia de 4 de noviembre de 1897 (*Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. II, Madrid, 1966, pág. 232).

5. DOCTRINAS JURISPRUDENCIAL Y REGISTRAL

El Tribunal Supremo se ha planteado en alguna ocasión el problema que nos ocupa y a veces lo ha hecho en su misma raíz, es decir, en la distinción entre derechos reales y de crédito. Así, la sentencia de 13 de noviembre de 1929 (*Jurisprudencia civil*, tomo 191, págs. 205 ss.) señala como «no exenta de vacilaciones y dudas en el Derecho científico, y aun en el positivo, la verdadera esencia y diferencia entre el derecho real, *in re*, y el personal o de obligaciones, lo cual hace difícil fijar la del servidumbre (sic), como derecho inherente a la cosa, sin consideración a la persona...»

En lo que toca a la distinción entre servidumbre y obligación, nuestro Tribunal Supremo se ha adherido a la tesis de la libertad de la propiedad y al criterio de interpretación restrictiva.

En sentencia de 4 de noviembre de 1897 dijo: «...en los contratos en que se constituye servidumbre o se establece gravamen que afecte a la libertad de las fincas ha de estar *bien expresa la voluntad de las partes* sobre estos extremos, *sin que sea lícito interpretarla extensivamente...*».

En la de 13 de noviembre de 1929, antes citada, manifestó que «es doctrina legal reiteradamente declarada que *toda propiedad se supone libre* mientras no se prueba la existencia o constitución legal de servidumbre u otro derecho limitativo del dominical que corresponde al propietario», por lo que «...al demandado que afirma la existencia de servidumbre como derecho real toca probar la certeza de su aseveración».

La sentencia de 4 de junio de 1964 recayó en un asunto en el que una de las dos partes sostenía que en determinado convenio se había establecido servidumbre personal sobre un edificio. El Tribunal Supremo sienta doctrina sobre los requisitos del negocio constitutivo de la servidumbre personal y exige, entre otras cosas: «... Que para la efectividad del gravamen limitativo del dominio se establezca, de manera clara e indiscutible, en armonía con lo que es y significa el derecho real, una acción *erga omnes*...» Este criterio merece, a nuestro juicio, alguna consideración, pues creemos que su formulación literal peca de exagerada. Parece deducirse de las palabras del Tribunal Supremo que para la existencia de un derecho real, como lo es el de servidumbre, se requiere que las partes que la convienen establezcan de manera expresa una «acción *erga omnes*», es decir, que explícitamente señalen que el derecho por ellas establecido puede ser ejercitado mediante una acción de tal carácter. Pero no nos parece posible aceptar esas palabras de modo

literal. Resulta, en efecto, desproporcionado pretender que las partes tengan que hacer uso de un tecnicismo—cual es la mención de la «acción *erga omnes*»—para considerar que sólo entonces han establecido de verdad una figura de carácter real. La acción *erga omnes* es uno de los efectos que resultan de ser un derecho real, y no de otra clase, pero entendemos que no es preciso que los constituyentes tengan que hacer referencia a esta circunstancia, puramente refleja o deducida para crear válidamente, si así lo quieren, un poder jurídico de eficacia real. Lo que sí parece más aceptable—y esto es lo que constituyó la *ratio decidendi* del fallo—es que la constitución de una servidumbre exija que las partes quieran gravar el predio sometido o sirviente—y así lo manifiesten—de manera perpetua y con independencia de la identidad de los sucesivos dueños de las fincas intervinientes (la afectada por el gravamen y la beneficiada por él).

La doctrina registral, por su parte, se identifica con estos criterios.

La Resolución de la Dirección General de los Registros de 11 de abril de 1930 manifiesta que «la doctrina condensada en la frase *numerus apertus* no autoriza la constitución de cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y los efectos de un derecho real».

Y la de 27 de octubre de 1947 dice: «... Ofrecería serios reparos reputar como válidamente constituido un derecho real de servidumbre que el mismo funcionario autorizante no se atreve más que a calificar genéricamente de 'derecho'...»

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL PROBLEMA

1. Cuando el jurista, ante un caso concreto, intenta llevar a cabo una función de análisis de cualquier figura o institución, examina primero los datos objetivos que tiene a su alcance. Luego reúne o coordina adecuadamente esos datos, hasta descubrir su «naturaleza jurídica». El siguiente paso del proceso consiste en dar a esa realidad que ante él se presenta un «nombre jurídico»; en verdad, lo que hace es encasillar el supuesto de hecho en alguno de los moldes (meros conceptos) que su propia formación técnica pone a su disposición; son conceptos prefabricados, de una fisonomía más o menos perfilada por obra de la ley, de la doctrina de los Tribunales o de la de los autores; así, ante uno u otro supuesto decide, por ejemplo, que esto es una permuta, o una donación por razón de matrimonio, o un derecho de uso, o un legado de residuo, o un caso de acrecimiento. El paso final viene cuando concluye que a este supuesto, dotado de tal naturaleza jurídica y de tal nombre, le es aplicable esta concreta reglamentación jurídica (regulación *en Derecho*).

Todo este proceso es teóricamente irreprochable. Pero encierra un grave peligro para el jurista: el de que éste, que quíeralo o no no puede desprenderse de su formación (con su algo de deformación) profesional, sienta excesiva atracción por los conceptos y dé a sus razonamientos un desmedido sentido técnico, sin reparar en que ni los conceptos ni la técnica jurídica dominan el discurrir normal de la vida, ni unos y otra pertenecen a la formación y a la cultura del común de los mortales.

En el caso que ahora contemplamos, por ejemplo, el juzgador desarrolla toda su actividad en función de un propósito bien definido: determinar si en la cláusula debatida se constituyó un derecho real de servidumbre negativa o una obligación de no hacer. Pero obsérvese que los dos términos de esta disyuntiva, al igual que los de aquella otra, más amplia, en que ambos tienen su asiento (derecho real-derecho de crédito), son conceptos técnicos que de ordinario no son conocidos—aunque acaso puedan intuirlos—por quienes otorgan convenios del estilo del que ahora nos ocupa.

El planteamiento del conflicto, muy parecido a tantos otros que encontramos en la vida real, no deja de ser curioso. En efecto, las partes, debidamente asesoradas por juristas—sus respectivos Letrados—, formulan al juez una pregunta en unos términos técnicos que casi con toda seguridad podemos afirmar que ignoraban cuando concertaron el convenio. Le preguntan si lo que *ellas mismas* constituyeron hace casi treinta años fue un derecho real o un derecho de crédito. Y no es que la cuestión les interese por razones de rigor jurídico, o a causa de una curiosidad de profano, sino que lo que les importa son *las consecuencias* que van a resultar según el juzgador se incline por una u otra calificación. Y aquí es donde se observa esa cierta incongruencia que antes apuntábamos, porque resulta que el juzgador, para llegar a la calificación *técnica* exacta (derecho real o derecho de crédito), ha de tener en cuenta, precisamente, *las consecuencias de que los propios contratantes quisieron revestir el pacto que concertaban* (si querían que surtiese efectos a perpetuidad o sólo por cierto tiempo, si pretendían vincularse ellos solos u obligar o beneficiar también, etc.). Por otra parte, como el jurista se ve constreñido por ciertas reglas o principios de carácter exclusivamente técnico-jurídico, bien puede suceder que al llevar a cabo su análisis desfigure, porque no tiene otro remedio, la verdadera voluntad de las partes. Imaginémonos, por seguir con nuestro ejemplo, que los signatarios del convenio de 1943 hubieran querido que la limitación acordada tuviese una duración indefinida, pero en tanto en cuanto la casa gravada, o la beneficiaria, o ambas a la vez, siguiesen perteneciendo a sus respectivas adjudicatarias o a sus herederos. Esta última circuns-

tancia impediría al juzgador considerar que lo que se convino fue un verdadero derecho real—al quedar descartada explícitamente la eficacia *erga omnes* del pacto en cuestión—, por lo que se vería irremisiblemente abocado a la tesis del derecho de crédito y de la correlativa obligación de no hacer. Pero he aquí que en el terreno de las obligaciones de este tipo (de no hacer) domina el principio doctrinal según el cual no cabe admitirlas por tiempo indefinido o ilimitado. En su virtud, el juzgador tenderá a hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 1.128 del Código civil para fijar el plazo de duración de la obligación, y señalará un concreto, más o menos largo pero siempre en disconformidad con lo que las partes, según nuestra hipótesis, quisieron y manifestaron querer.

2. Por lo que hace a nuestro caso, creemos que se impone una actitud de suma cautela cuando se trata de declarar la existencia de un derecho de servidumbre, dados los notables efectos que de este derecho real derivan.

No creemos necesario, desde luego, que los contratantes utilicen el apelativo técnico de la figura («servidumbre»), y tampoco que hagan uso de otras expresiones, también técnicas, que induzcan a pensar en ella y no en otra institución. Pueden ser expresiones como las siguientes: «efectos reales», «efectos o acción *erga omnes*», o simplemente «derecho real».

Pero sí estimamos obligado pedir que los contratantes describan con suficiente claridad—cualesquiera que sean los términos usados—los rasgos definitorios de esta clase de derecho. En concreto, cuando las partes no utilicen términos técnicos representativos del contenido de la servidumbre, entendemos que es inexcusable la concurrencia de dos requisitos: 1) la voluntad de permanencia o continuidad de la figura constituida; y 2), la pretensión de que el convenio concertado siga desplegando sus efectos aun en el caso de que los predios interesados pasen a manos diferentes de las de los dueños actuales. Y en cuanto a este segundo extremo, todavía cabe, a nuestro juicio, algún matiz, ya que no es razonable pedir que el individuo medio haga tan largas previsiones. Lo que a nuestro entender se precisa y basta para poder hablar de servidumbre es que exista el propósito de establecer una ventaja, no en favor de una persona actual, ni aun de sus herederos, sino en beneficio de una finca, como elemento que contribuye a su enriquecimiento o revaloración material o a su más fácil o cómoda utilización. Dicho de otro modo, entendemos que es necesario que conste de algún modo la voluntad de las partes de hacer del beneficio que se establece algo inherente al predio favorecido. No es preciso que dicha voluntad sea explícita; puede ser tácita,

manifestada a través de una conducta o deducida de hechos concluyentes; pero en todo caso ha de ser una voluntad clara y precisa. A nuestro modo de ver, sólo es posible aplicar los caracteres típicos de la servidumbre (sobre todo la perpetuidad y su eficacia contra y a favor de quienquiera que sea propietario de una y otra fincas) cuando consta de modo indubitado que los contratantes se representaron estos efectos y consintieron en ellos.

5. INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO DE 19 DE MAYO DE 1943

1. Volvemos al caso objeto de nuestro análisis. Se trata de descubrir en él, haciendo uso de todos los elementos interpretativos a nuestro alcance, cuál fue el propósito que movió a las partes cuando suscribieron el pacto de 1943. Y como observaciones previas a esta actividad interpretativa creemos oportuno formular las siguientes:

a) Como antes hemos dicho, no podemos orientar nuestra indagación en el sentido de intentar descubrir si los contratantes pretendieron constituir un derecho real, o si, por el contrario, lo que quisieron fue establecer una obligación (que implica su correlativo, un derecho de crédito). Creemos, mejor, que lo que se ha de preguntar es el alcance temporal que las partes quisieron dar a la «limitación» acordada (si había de mantenerse por poco tiempo, o por mucho, o para siempre); del mismo modo, será necesario saber si las partes tenían conciencia de que el pacto sólo les obligaba o beneficiaba a ellas mismas, o si, en otro caso, tenían la convicción de que la limitación había de ser soportada por quien fuera propietario en cada momento y en beneficio de los dueños de las fincas colindantes, quienesquiera que éstos fuesen.

b) En segundo lugar, y en aplicación de las palabras del artículo 1.281 del Código civil, hoy que notar que en este caso, a nuestro entender, los términos del contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes. En efecto, éstos expresan con gran precisión lo que quieren: que las adjudicatarias de la casa número 6 no construyan por delante de la línea de la fachada del edificio sin autorización de los dueños de las fincas contiguas. La «limitación de no edificar» está más que suficientemente representada. Pero sobre lo que sí hay oscuridad en los términos, y por tanto, dudas acerca de su interpretación, es sobre la *total* intención de las partes: no queda expresado suficientemente el alcance temporal y el radio de acción o eficacia que se pretende dar a dicha limitación.

Hacemos esta observación porque el artículo 1.282 del Código civil y la cardinal regla interpretativa que en él se contiene (primacía de la

intención sobre las palabras) parecen estar animados por la idea de una contradicción o incompatibilidad entre intención y palabras usadas («si las palabras parecen *contrarias...*»). Pero no se alude al supuesto de que las palabras reflejen la intención, *pero no toda ella*.

En nuestro caso se trata de buscar una intención en parte no expresada pero en ningún caso incompatible o contradictoria con la que sí se explicitó.

c) En último término, creemos obligado manifestar que después de haber utilizado los diversos medios interpretativos hemos llegado a la personal convicción que las partes, al suscribir el convenio de 1943, probablemente ni siquiera se plantearon—ni en su fuero interior ni externamente—las preguntas que ahora decimos que son fundamentales, visto el caso desde fuera y a muy largo plazo.

En efecto, como en tantas otras ocasiones el intérprete corre el riesgo de poner en la intención, si no en la boca, de los contratantes ideas, propósitos o designios ajenos a la representación de las cosas que aquéllos tuvieron *in mente* en el momento de contratar.

Supongamos, al menos como hipótesis aplicable a nuestro caso, que los firmantes no ya no se hubieran planteado *entre sí* (por tanto, de forma exteriorizada) la cuestión relativa a la duración y alcance personal de la limitación convenida, sino que incluso ni siquiera se hubieran planteado *a sí mismos* tales preguntas cuando suscribían el convenio.

Caben por tanto, y así debe pensarlo el intérprete, dos primeras posibilidades: 1) que los contratantes llegasen a un acuerdo unánime sobre los extremos que ahora nos preocupan, y que sin embargo no manifestasen expresamente tal acuerdo; en este caso, la función interpretativa lo es en un sentido puro y propio, pues lo que intenta es llegar a saber cuál fue aquel acuerdo; 2) la otra posibilidad es la de que los contratantes no se hubieran planteado o hecho cuestión de aquellos extremos, en cuyo caso ha de ser el juzgador quien integre aquella «laguna del contrato»; pero obsérvese que en esta segunda alternativa no podemos decir con rigor que la función del juzgador sea la de interpretar el contrato (considerado como concurrencia de consentimientos), ya que vana sería su pretensión de hallar una voluntad que por hipótesis no ha existido; más bien diríamos que en este caso el juzgador lleva a cabo una «integración objetiva» del contrato, entendido ahora éste como regla u ordenación de comportamientos para un futuro más o menos dilatado.

Y aún es posible una tercera hipótesis: la de que los contratantes se hubieran planteado internamente en el momento de contratar las preguntas o extremos que ahora se ofrecen ante nosotros (duración y extensión de la limitación), pero que se las hubieran resuelto a sí mismos (sin salir

por tanto de la esfera de su interioridad) de forma distinta. Por ejemplo, creyendo o dando por supuesto las adjudicatarias de la finca afectada por la limitación que ésta sólo les obligaría mientras viviesen las adjudicatarias en las casas colindantes, o mientras se mantuviera la configuración de estas últimas, o hasta que dejaran de surtir efectos otros acuerdos insertos en el convenio de 1943, etc. Y, por el contrario, dando por supuesto las beneficiarias de la limitación que ésta duraría por siempre, siendo un factor ventajoso de su propiedad y por tanto inherente a ella, indiferente a los posibles cambios de titularidad en el dominio de la finca gravada y, en consecuencia, susceptible de aprovechar también a cualquier futuro dueño de sus propias fincas.

En esta tercera hipótesis, y en base a una concepción voluntarista del contrato, habría que afirmar que la estipulación que estamos comentando fue nula, por no existir coincidencia entre las voluntades de ambas partes. Las dos quisieron contratar, pero persiguiendo cada una de ellas una cosa distinta en extremos de capital importancia—por lo que se refiere al punto concreto de la «limitación» impuesta sobre una de las fincas—: una quería que fuese perpetua ventaja para su propio inmueble, y la otra sólo pretendía quedar obligada para con los demás contratantes y en todo caso por tiempo limitado.

Dentro todavía de este tercer supuesto imaginario, y a pesar de nuestra primera afirmación, se hace difícil sostener la tesis de la nulidad de la cláusula debatida. En primer lugar, porque cualquiera que fuese la representación que a sí mismas se hicieran las partes sobre la duración y alcance de la «limitación» en el momento de convenirla, lo cierto y evidente es que quisieron implantarla, observación que nos remite a la facultad integradora que en favor del Juez establece el artículo 1.128 del Código civil. En segundo término, porque la nulidad de esta particular cláusula podría conducirnos fácilmente a la tesis de la nulidad de todo el convenio de 1943, con sólo entender que el pacto por el que se establecía la limitación sobre aquella finca era «objeto principal del contrato» o uno de sus objetos principales (en aplicación del párrafo 2 del artículo 1.289 del Código civil).

En relación con el mandato de este segundo párrafo del artículo 1.289 del Código, y dicho sea como inciso, permítasenos relatar brevemente otro caso en que tuvimos oportunidad de intervenir.

Se trataba de interpretar un contrato de los llamados de «arrendamiento de cantera», cuyo objeto era la concesión de permiso para extraer piedra ofita de una cantera propiedad del concedente. El precio se había pactado *a tanto por metro cúbico* de ofita extraída. Llegado el momento de proceder a la primera liquidación parcial (cuando el concesionario sólo había entregado al dueño de la cantera ciertas cantidades a cuenta), las partes discreparon sobre la interpretación de la expresión «metro cúbico». Una de ellas, la concesionaria, afirmaba que se trataba

de metro cúbico medido «en rama», es decir, puesto o visto en la veta misma de la cantera. Alegaba que ésta es la forma ortodoxa de medir o cubicar los materiales de cantera, y que ésta había sido su representación de las palabras «metro cúbico» cuando convino en el contrato. Por su parte, el dueño de la cantera sostenía que los metros cúbicos de piedra se entienden «de piedra triturada», que es como se comercializa este producto.

La discusión no era ningún bizantinismo, pues basta tener en cuenta que la proporción entre la densidad de la piedra ofita en rama y la triturada es de 2,7 a 1 para comprender que lo que se discutía era un precio por las extracciones que oscilaba, según las partes, entre una y otra magnitud (de 1 a 2,7). Diferencia muy sustanciosa.

En este caso, y prescindiendo ahora del desenlace que tuvo la disputa, parece evidente que si no se hubiera podido llegar a conocer la «intención o voluntad de los contratantes», el contrato habría de reputarse nulo por recaer la incógnita sobre el objeto principal del pacto o uno de sus elementos esenciales: el precio.

2. Descendiendo ya al detalle concreto del convenio de 19 de mayo de 1943, vamos a analizar los elementos interpretativos a nuestro juicio relevantes.

En primer lugar, llama la atención la fecha del documento, que puede ser muy significativa de los propósitos que sus firmantes albergaban al suscribirlo. Se convino el acuerdo el 19 de mayo de 1943, sólo ocho días antes de la formalización de las operaciones particionales de la herencia de don Venancio E. C. La proximidad de las fechas hace pensar que el cuaderno particional estaba ya redactado cuando se firmó el documento que nos ocupa, y su propio encabezamiento («Condiciones particulares que convienen entre sí...») induce a suponer que lo que los contratantes pretendieron con él fue ordenar de un modo satisfactorio para todos ciertos aspectos referentes a la utilización o explotación de los bienes constitutivos de la herencia de don Venancio. Pero se trata de aspectos o cuestiones de carácter más bien secundario, pues se ve que lo fundamental, las adjudicaciones de bienes, habían sido ya acordadas, o en su caso impuestas, con anterioridad. Son además cuestiones que podríamos llamar perezaderas o de corto alcance. Pensemos, por ejemplo, en el señalamiento de rentas o en el pacto sobre la forma de pagar al chófer jubilado y además presumiblemente corto. Parece, en suma, que se está considerando el estado *actual* de las cosas y un futuro muy próximo, nada más. Todo ello, por supuesto, referido al momento en el que el pacto se firmó.

3. Por otra parte, del tenor literal del convenio no se extraen conclusiones contundentes. La redacción del debatido párrafo segundo del apartado segundo, así como su sentido dentro del contexto de todo documento, autorizan a sustentar una y otra tesis.*

Existen en la redacción literal del convenio ingredientes de sentido *preponderantemente* obligacional («condiciones particulares que con-

vienen...», «sin autorización de los demás propietarios», «*comprometiéndose* al aceptar su adjudicación esta *condición*»). Tiene, en cambio, apariencia de figura jurídico-real la expresión «que esta *casa* tenga como *limitación*», que encabeza el párrafo discutido, si bien es cierto que esta última frase y su alusión a «la casa» pueden entenderse como referencia indirecta a los adjudicatarios de la misma, que resultan designados después de enunciarse la limitación, no antes.

4. También puede tener algún significado para el intérprete, ocupado en la difícil misión de hallar una *verdad* que posiblemente nunca sabrá con certeza si lo fue en realidad, el hecho de que la limitación discutida no se introdujo en las operaciones particionales de la herencia de don Venancio. Esta circunstancia no basta, desde luego, para negar eficacia real el pacto de que venimos tratando, pero sí puede ser, a falta de otras pruebas, un indicio revelador de lo que las partes quisieron al establecerlo no fue sino asegurarse de que el cambio de titularidad de la casa número 4 (cambio resultante de la misma partición hereditaria) no iba a afectar a la configuración del solar en que se halla sita; en otras palabras, de que sus adjudicatarias no iban a perturbar las luces y vistas de que ya entonces venía gozando la casa número 2 bis. Pero no creemos que del pacto en cuestión se hubiera querido hacer un instrumento de cambio de la condición jurídica del inmueble (de libre, convertirlo en gravado), ya que este propósito debió haber tenido entonces—aunque ciertamente en menor medida que hoy—unas consecuencias suficientemente gravosas para justificar su inclusión en el cuaderno particional de la herencia, llamado a ser inscrito en el Registro de la Propiedad. La alegación de que si no se formalizó notarialmente aquel pacto (y con ello la pretendida servidumbre) fue por razones de confianza familiar, no parece muy estimable cuando una de las partes la contradice; sobre todo, si se tiene en cuenta que en el cuaderno particional sí se recogieron otras limitaciones («un derecho de luces y vistas» y un derecho de paso de vehículos en la zona limítrofe entre las casas 2 y 2 bis), generadoras de dos derechos—sobre todo el segundo—de un contenido económico y de una onerosidad muy inferiores a los que hubiera deparado una servidumbre sobre la casa número 4 (aun teniendo en cuenta la mentalidad y el valor del suelo de aquel entonces).

5. Merece atención, también, la opinión que doña A. B. L., contadora-partidora de la herencia, expresó en el acta notarial de 28 de diciembre de 1970. Una de las partes contendientes, en concreto la que sostiene la tesis del gravamen real, pone el acento en el criterio manifestado por dicha señora. Pero su testimonio, con ser muy respetable, no parece suficiente para crear una cabal convicción de que, en efecto, los

contratantes quisieron atribuir a su convenio las consecuencias que resultan de un derecho real. Cuando dicha señora habla, en un único lugar, de servidumbre y de inscripción registral, se refiere a su apreciación personal acerca del alcance de la figura controvertida, pero no aporta dato objetivo alguno que permita llegar a la convicción de que su parecer fuera también el de los contratantes.

Recordemos que la referida doña A. B. L. no fue parte en el convenio de 19 de mayo de 1943; y, aunque no fuera extraña a él, e incluso aunque pudiera haber intervenido en su preparación, lo cierto es que de aquel acuerdo sólo surgió una estipulación en su favor, acordada por motivos de afecto familiar y sin contraprestación alguna por su parte. Y a pesar de que su ulterior aceptación le legitimó (artículo 1.257, párrafo 2, del Código civil) para exigir el cumplimiento del pacto, es obvio que su pretensión no puede exceder en ningún caso del exacto contenido de la limitación que se estableció sobre la casa número 4, que es precisamente lo que ahora se debate.

El mismo hecho de ser la declarante parte interesada en la cuestión discutida priva a sus palabras de la presunción de objetividad que hubieran merecido en otro caso.

Por otro lado, es muy significativa la circunstancia de que al convenir la limitación se dijese que los dueños de la casa afectada no podían avanzar la línea de su fachada «sin autorización de los demás propietarios de *las casas colindantes*». Las casas colindantes eran la 2 bis y la 6 (en numeración de entonces: hoy, la 6 y la 10); la 2 bis formaba parte de la herencia y fue adjudicada a dos herederas; la 6, en cambio, pertenecía a doña A. B. L., la referida señora contadora-partidora, que por tanto no era heredera. Llama la atención, por ello, que en el pacto se estableciese la limitación en favor de los dueños de las *dos casas colindantes*. Hubiera sido comprensible que las herederas, cuyos intereses se hallaban en juego en el convenio, hubieran acordado la limitación sólo en su provecho; es decir, que las herederas adjudicatarias de la casa número 4 aceptasen la limitación en favor de las adjudicatarias de la casa colindante número 2 bis, que eran también herederas y firmantes del pacto; no se comprende, en principio, que también se hiciese acreedora del beneficio a la dueña de la casa número 6, que en rigor era una extraña al convenio, aunque fuese una contadora-partidora de la herencia y cuñada del causante. Este detalle nos mueve a pensar que el discutido convenio ha de entenderse inserto en el marco de un mero acuerdo entre familiares, llamado a surtir efectos mientras esas mismas circunstancias familiares se mantuviesen, y, por tanto, carente de la perpetuidad y del carácter absoluto que califican a un derecho—y correlativo gravamen—real.

De no ser así, es decir, si estuviésemos en presencia de un verdadero derecho real, no encontraríamos sentido al hecho de que la dueña de la casa afectada tuviese que soportar el gravamen en favor de un hipotético propietario actual de la casa que entonces pertenecía a doña A. B. L., y que fuese absolutamente ajeno a la familia; por ejemplo, un tercero a quien A. B. L. hubiera vendido su inmueble. La hipótesis es todavía más chocante si se piensa que los dueños de la casa 2 bis podían haber renunciado, por su cuenta y con independencia de aquel imaginario propietario de la casa número 6, a la ventaja resultante de la existencia de la «limitación» debatida.

6. La parte que sostenía la tesis de la servidumbre invocó también la escritura de 21 de junio de 1947, por la que la entonces dueña de una mitad indivisa de la casa número 4 vendía su parte a la propietaria de la otra mitad, doña I. E. B. Recordemos que la casa en cuestión—la afectada por la «limitación»—fue adjudicada por mitades indivisas a dos de las hijas del causante, concretamente a doña M. T. E. B. y a doña I. E. B. Falleció pronto la primera, y su dominio pasó a manos de su madre y única heredera, doña R. B. L. Esta última, por medio de la referida escritura de 1947, vendió su participación en la propiedad de la casa a la otra condueña, su hija doña I. E. B.

Pues bien, en dicha escritura de venta la vendedora «hace constar que según convenio con los dueños de las fincas colindantes... la edificación que existe en la finca no se puede adelantar más hacia la Avenida del T., para no privar de luces y vistas a las otras dos fincas con las que, como se ha dicho, colinda por el este y el oeste la aquí descrita...».

Esta es la primera mención escrituraria de la «limitación» que nos ocupa, y una de las dos partes contendientes la alegaba en defensa de su teoría, es decir, de la de que dicha «limitación» constituía precisamente un derecho real de servidumbre.

Sin embargo, creemos que este hecho no aporta ningún argumento concluyente, ya que lo único que de él se desprende con certeza es que la vendedora de la mitad indivisa (esposa del causante, madre de la compradora y firmante como esta última del convenio de 1943) se consideraba vinculada por la «limitación» establecida en dicho convenio. Es probable que la misma vendedora juzgase que la compradora—su hija—también se hallaba sujeta por la «limitación»—cosa que no tiene nada de extraño si se piensa que dicha compradora se hallaba afectada por ella desde un primer momento, ya que en el repetido convenio se le adjudicó directamente una mitad de la casa en cuestión—, pero ni por un motivo ni por otro encontramos argumentos para sostener que la vendedora, o la compradora, o las dos a la vez, creyesen hallarse sujetas por un gravamen

de las características de un derecho real. Lo único que implícitamente reconocen es que existe una «limitación» en favor de los dueños de las casas colindantes (se vuelve a repetir el plural de «casas», no «casa»), pero esto no constituye ninguna novedad, supuesto que nadie niega la autenticidad del documento de 1943, y supuesto también que lo que se discute ahora es el alcance o significado jurídico de tal «limitación». Que las partes firmantes de la escritura se refiriesen a ella dándole el equívoco nombre que se le dio en el convenio de 1943 (el de «limitación», precisamente) no debe extrañarnos, si se tiene en cuenta que el referido convenio era todavía—entonces—muy reciente: la escritura que comentamos es de 1947.

A nuestro juicio, esta interpretación se ve refrendada por el hecho de que en la misma escritura (de 1947), y en el capítulo de «cargas» se dijese: «Sólo afecta a la finca la limitación que se ha expresado a seguido de su descripción» (es decir, la de no poder adelantar la fachada, etc...). Estimamos que no es ésta la mención característica de una servidumbre, máxime si se tiene en cuenta que aquí interviene ya un Notario autorizante y que en la práctica notarial existen fórmulas muy claramente representativas de lo que es y significa un gravamen de carácter real.

CONCLUSIONES

1. CARÁCTER PERSONAL, NO REAL, DE LA LIMITACIÓN ESTABLECIDA EN EL CONVENIO DE 1943

El enjuiciamiento global del caso que nos ocupa conduce, a nuestro entender, a la conclusión de que los datos de que disponemos no son, por desgracia, suficientes para llegar a una plena y cabal representación de lo que en realidad pretendieron las partes al suscribir la cláusula debatida.

Pero el parecer más sólido, también a nuestro juicio, es el de que los contratantes pretendieron conseguir la homogeneidad de los lotes adjudicados y evitar que la partición afectase al estado de cosas existente a la muerte de don V. E. C. La homogeneidad básica sería la resultante de las adjudicaciones mismas (estos bienes para estos herederos, estos otros para aquéllos, etc.), adjudicaciones que se mantuvieron fielmente en la escritura de protocolización del cuaderno particional. Los demás pactos del convenio de 1943 parecen perseguir, como decíamos, la finalidad de dejar las cosas tal y como estaban a la muerte del causante (así, las rentas de las casas, la obligación de pagar al chófer del finado, etc.).

Y éste *parece* ser también el sentido de la limitación discutida. Doña A. B. L., en el acta de manifestaciones otorgada el 28 de diciembre de 1970 dice que «el acuerdo se inspiró en un trato de conjunto de las propiedades a que se refiere, de modo que no pudieran resultar perjudicadas por la partición de las dos propiedades colindantes con la casa adjudicada a doña R. y doña A. E. B.» Criterio éste que se ve refrendado por el título o rúbrica que se dio al documento («*Condiciones particulares...*»). Creemos estar en presencia de un arreglo entre herederos parientes muy próximos entre sí, circunstancia que explica el que se hiciera beneficiaria de la limitación que nos ocupa a una persona (doña A. B. L.) que no tenía participación alguna en la herencia, pero que era hermana y tía de los herederos firmantes del pacto.

Hay un detalle que nos parece significativo. Se establece que las adjudicatarias de la casa número 4 no podrán avanzar la línea de la fachada de la casa (en una palabra, edificar delante de tal fachada), pero se dice que no podrán hacerlo «*sin autorización de los demás propietarios de las casas colindantes*». Esta alusión a la autorización de los colindantes nos parece que reafirma el carácter no real de la limitación convenida, pues es obvio que aun tratándose de un verdadero gravamen real puede quedar no obstante sin efecto vinculante si los beneficiarios lo permiten; sería un caso de renuncia a un derecho real. Por tanto, o esa referencia a la eventual autorización es obvia e innecesaria, o refleja la idea de que los firmantes del convenio se entienden vinculados ellos solos. Insistimos en que nos parece ilusorio tratar de hallar una voluntad contractual que en el ánimo de los firmantes descansase sobre la dualidad derecho real-derecho de crédito; porque esta precisión escaparía sin duda a los conocimientos técnicos de los intervinientes en el convenio. Lo que creemos debe buscarse es el «espíritu» que animó dicho convenio y en concreto la cláusula objeto de la controversia; para *luego* (y en función privativa del intérprete jurista) optar por una u otra calificación, como medio necesario para resolver sobre lo que realmente divide a las partes, que no es un tecnicismo más o menos académico sino cuestiones muy concretas y prácticas: duración de la limitación, alcance personal, etc.

Por otra parte, de las características de los bienes adjudicados en la herencia y de las valoraciones que de ellos se hicieron en la testamentaria no resulta dato alguno, a nuestro entender, que permita deducir que doña I. y doña M. T. E. B. (adjudicatarias de la casa afectada por la limitación) resultaran especialmente beneficiadas por la atribución de los bienes que les correspondieron. Y aunque parece claro que al aceptar la limitación sobre la casa que se les adjudicaba lo hicieron en la convicción de que así compensaban alguna ventaja sobre sus hermanas colin-

dantes, lo cierto es que se desconoce la entidad de esa eventual ventaja y se carece ahora de los datos objetivos que permitan deducirla. Todo ello, a los efectos de la aplicación del criterio de la «mayor equivalencia», que sienta el artículo 1.289 del Código civil.

Así las cosas, estimamos que las partes, si bien dejaron claro el propósito de la «limitación» del caso, no la describieron con esos caracteres de perpetuidad y eficacia contra y en favor de terceros que son naturales en un derecho real, y quizá más tratándose de una servidumbre. En resumen, nos vemos forzados a extraer una conclusión negativa, muy poco satisfactoria por cierto pero única a nuestro alcance: la de que la limitación acordada no tiene ni en su origen, ni en su formulación, ni en su contexto histórico, los rasgos típicos de un derecho real de servidumbre. La falta de una deseable claridad en el pacto de 1943, conciliada con postulados constantes en la doctrina y en la jurisprudencia, nos lleva a concluir que estamos ante *una obligación negativa*, con todas las consecuencias que de esta calificación se derivan.

2. ALCANCE PERSONAL DE LA LIMITACIÓN ESTABLECIDA

Se trata ahora de determinar si las partes enfrentadas en la contienda se hallan en la posición de deudora y de acreedora, respectivamente, en relación con la obligación negativa que a nuestro entender existe en el caso contemplado. Por supuesto, el planteamiento de esta cuestión se entiende sin perjuicio de lo que se estime procedente en lo relativo a la duración o extensión temporal de la obligación citada.

De conformidad con el principio de que las obligaciones derivadas del contrato vinculan o surten efecto en favor de los contratantes y de sus herederos (artículo 1.257 del Código civil), es claro que doña R. E. B. goza de la condición de acreedora de la obligación negativa, pues dicha señora fue firmante del convenio de 1943 y la obligación fue establecida precisamente en su favor, junto con otros beneficiarios.

Tampoco suscita dudas la condición de deudora por parte de la otra contendiente, doña I. B. E., dada su calidad de hija heredera de doña I. E. B.—que fue una de las personas que aceptaron la obligación en el convenio de 1943—y de propietaria de la finca sobre la que se estableció la limitación.

En esta última afirmación—la de que doña I. B. E. es todavía dueña de la casa afectada—nos sugiere la interesante pregunta de qué habría sucedido si antes que doña R. E. B. hubiera formulado su pretensión doña I. B. E. hubiese vendido el inmueble a un tercero. Suponiendo que este tercero no tuviera que soportar la obligación—cosa que ocurriría

siempre que dicho tercero no la asumiese a través del correspondiente mecanismo de asunción de deuda—, y suponiendo también que la obligación continuase vigente al efectuarse la transmisión—extremo que exige la previa contestación a la pregunta sobre la duración de la obligación del caso—, es claro que la deudora estaría sujeta a la obligación de resarcimiento (artículo 1.101 del Código civil) por su incumplimiento de la obligación negativa. Esta conclusión añade otro argumento a la tesis acerca de la debilidad de los criterios diferenciadores entre obligación y servidumbre, pues aun tratándose hipotéticamente de esta última figura—de una servidumbre—se llega a la misma consecuencia: el tercer adquirente de la finca no se halla afectado por el gravamen (pues no estaba inscrito en el Registro), y el derecho del beneficiario queda limitado a la indemnización de perjuicios por parte del antiguo dueño del predio sirviente.

3. LA DURACIÓN DE LA OBLIGACIÓN NEGATIVA

Es éste un problema que entraña mayores dificultades teóricas y prácticas.

Antes ya hemos manifestado algunas reservas en torno a la tradicional afirmación doctrinal de que las obligaciones negativas no pueden ser perpetuas o indefinidas, que es tanto como decir que tienen que tener un plazo limitado de duración. Se apoya esta tesis en la idea de que nuestro sistema patrimonial es reacio a cualquier forma de vinculación perpetua e incluso de prolongada duración. «Nadie—se dice—puede quedar sujeto a una obligación permanente.» Y se aplica esta fórmula, por ejemplo, para proscribir el arrendamiento de servicios de por vida, para desechar los arrendamientos de cosas de duración perpetua (según doctrina jurisprudencial), para limitar la extensión temporal de los pactos de exclusiva o para controlar la duración de los fideicomisos (y por extensión, de las cláusulas de reversión o afines).

Pero los argumentos no nos parecen convincentes *siempre*. Que deba limitarse la duración de una obligación de no hacer, por ejemplo, cuando las partes no han acordado nada al respecto, nos parece razonable. Y razonable la facultad integradora que al Juez confiere el artículo 1.128 del Código civil. Pero no vemos tan claro que ese mismo Juez pueda sobreponerse a la voluntad de las partes cuando éstas han acordado una duración indefinida para la obligación que establecen. Puede ser ejemplo revelador este de la obligación de no edificar. ¿Por qué no admitir su perpetuidad si aceptamos como cosa indiscutible la perpetuidad de la servidumbre homónima? La vinculación patrimonial se produce con la

misma intensidad en ambos casos, y si se nos apura con mayor intensidad todavía en el caso de la servidumbre, ya que cuando ésta goza de los oportunos instrumentos publicitarios afecta incluso a terceros desconocedores de su existencia. No nos convence el argumento tautológico de que esto es así porque en un caso se trata de un derecho de crédito y en otro de un derecho real. Si la proscripción de la vinculación perpetua tiene su raíz en argumentos socioeconómicos, no vemos por qué pueden quedar éstos desarticulados en base a una sutileza técnica («es que éste no es un derecho de crédito, sino un derecho real»).

Estimamos razonable limitar temporalmente todas aquellas vinculaciones que impliquen deterioro grave o desaparición de las facultades medulares o principales de un derecho subjetivo. Por ejemplo, aceptamos la limitación de las restricciones que comporta un fideicomiso indefinido o un arrendamiento perpetuo. E incluso la limitación temporal del pacto de exclusiva, en cuanto que éste menoscaba seriamente la libertad de un comerciante, o de un actor o de un torero, pudiendo afectar hasta a la misma trayectoria de su realización como personas.

No nos parece congruente, en cambio, limitar por definición y en todo caso la duración de una obligación negativa como la que nos suministra el caso que comentamos, ya que el deber de no edificar—puesto que de él estamos hablando—tiene el mismo contenido si es fruto de una obligación *stricto sensu* que si es producto de un gravamen de naturaleza real.

2. Tras este excursus teórico, atendamos a nuestro caso. Sentada—con todas las reservas—la opinión de que se trata de una «obligación personal» (la resultante de un derecho de crédito), nos parece obligado limitar su duración temporal, pero no por exigencias dogmáticas (por ser precisamente un derecho de crédito), sino porque al no establecer los firmantes del convenio de 1943 un plazo indefinido de duración, ni un tiempo limitado y concreto, hemos de suponer—con arreglo a los criterios que resultan de la observación del normal proceder humano—que las partes que suscribían el convenio lo hacían proyectándolo en función de sus propias vidas, es decir, pensando en ellas mismas y en las de los demás que participaban en el pacto.

Observamos que el artículo 1.128 del Código civil atribuye al Juez una función de verdadera «creación». Hay una obligación; una obligación que, además, presupone alguna duración temporal; pero las partes no la han reconocido; entonces es el Juez quien debe fijarla a su albedrío, atendiendo las circunstancias del caso, la naturaleza de la obligación, su repercusión en los intereses de las partes, etc. El Juez, en este caso, dirime un conflicto, sí, pero lo hace reglamentando u ordenando lo que

las partes no convienen ahora *pero tampoco convinieron en el momento de nacer la obligación.*

No es difícil imaginar las dificultades y el compromiso que debe suponer para el juzgador hacer uso de la función que le atribuye el artículo 1.128 del Código civil. Se plantean de forma ejemplar en el supuesto que nos viene ocupando, en el que, como en tantos otros, no se puede hablar de enjuiciamiento correcto, ni de exactitud técnica, sino de acierto humano. A nuestro juicio, y como antes decíamos, un buen criterio puede ser el de mantener la vigencia de la obligación mientras dure la vida de los firmantes del convenio, acreedores y deudores, según los casos, de las obligaciones que en él se establecieron. No por un pretendido carácter vitalicio de los derechos allí surgidos, sino en atención al pensamiento—válido a falta de otro mejor—de que los contratantes acordaron las diferentes estipulaciones en función de la identidad y circunstancias de cada uno de ellos. Esta reflexión hace que, al menos, no sea exagerada la decisión de mantener en pie aquellas cláusulas durante la existencia de todos los que las convinieron. Fallecidos todos ellos, o al menos los beneficiarios de cada una de las singulares estipulaciones y los obligados por ellas, pueden entenderse que los respectivos derechos y deudas han de quedar definitivamente extinguidos.

RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ
Profesor de Derecho Civil de la Universidad
de Deusto

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia comentada

Revisión de Renta vitalicia en conmutación de usufructo viudal

SUMARIO: I. *Introducción*: la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1963.—II. *Supuesto de hecho*.—III. *Fundamentación jurídica de la sentencia*.—IV. *Comentario*: a) Carácter del negocio de conmutación. b) Las razones de la decisión: la *ratio decidendi* y declaraciones *obiter dicta*. c) La no aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus*.—V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCION: *la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1963*

«Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo asignándole una renta vitalicia.» Así se expresa en su comienzo el artículo 839 del Código civil. La posibilidad de estructurar en forma obligacional el contenido de un derecho de índole sucesoria supone la confluencia de un mismo mecanismo legal de criterios estrictamente patrimoniales (contractuales) con otros marcadamente familiares-sucesorios. La posible fricción entre ambos sectores del Derecho civil puede tener beneficiosas consecuencias para un mejor y recíproco entendimiento de los mismos.

El criterio comparativo, tan útil a niveles más generales, muestra aquí también su virtualidad informativa. Y cuando el enlace comparativo no es meramente teórico—yuxtaposición académica de bloques normativos—, sino institucional—liquidación económica de derechos legítimos—, el método cobra mayor eficacia. En este trabajo pretendemos algo más. Queremos iniciar este estudio utilizando dicho método al calor de un conflicto judicialmente planteado. Con ello logramos un máximo de concreción y cierto grado de verismo. La conjunción de un modo académico de proceder y de la realidad vivida—contenciosamente planteada— puede ser un honesto arranque para un estudio que sea a la vez un esfuerzo de orientación general y una respuesta a un problema concreto, rasgos que deben acompañar a cualquier teorización jurídica.

Esta oportunidad nos ofrece la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1962. En ella encontramos muchas afirmaciones pro-

pías del Derecho de obligaciones. En este sentido ha sido ampliamente recibida por la doctrina (1). Por ello la recogemos con ánimo de analizarla críticamente. Pero se trata, además, de ver hasta qué punto su peculiar conexión con el Derecho sucesorio o familia (la legítima es un Derecho familiar que se incardina en el fenómeno sucesorio) ilumina una problemática en buen orden propia del Derecho contractual.

II. SUPUESTO DE HECHO

La sentencia se ocupa de una petición de revisión, modificativa de un contrato celebrado el 30 de junio de 1939, para satisfacer al actor la cuota vital usufructuaria de una tercera parte de la herencia.

En uso de la facultad concedida a los herederos por el artículo 839 del Código civil, se convino asignar a la viuda una renta vitalicia de 7.200 pesetas anuales, pagaderas por mensualidades anticipadas de 600 pesetas.

Con fecha 1 de septiembre de 1955, la viuda interpuso demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, pidiendo, entre otras cosas, la revisión del contrato en lo que se refiere a la cuantía de la renta.

El Juez de Primera Instancia de Posadas dictó sentencia con fecha de 30 de mayo de 1956, declarando no haber lugar a la revisión del convenio. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial de Sevilla *declaró haber lugar a la revisión*, fijando la cantidad en 30.000 pesetas anuales. Es decir, el recurso de casación se interpone contra una sentencia que estima la revisión y, por tanto, su argumentación es contraria a tal revisión. El contenido del recurso puede sintetizarse así:

1. Califica el acuerdo de 30 de junio de 1939 como un negocio jurídico de tipo contractual; en concreto, como renta vitalicia, según la describen y regulan los artículos 1.802 y 10 del Código civil.
2. Y, en consecuencia, entiende que la revisión:
 - Supone una infracción del principio *pacta sunt servanda* y del artículo 1.091.
 - Es impropio en base a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* de elaboración jurisprudencial, pues dicha elaboración excluye su aplicación de los contratos de carácter aleatorio; afirmando esto para la renta vitalicia por el propio artículo 1.802 del Código civil.

El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación. Cabe señalar como rasgos de la sentencia de nuestro más Alto Tribunal:

1. Coherente con su propia doctrina, rechaza en este caso la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.
2. No se pronuncia sobre el carácter del negocio de conmutación.
3. Apoya el mantenimiento y procedencia de la revisión de la renta vitalicia efectuada por la Audiencia de Sevilla en otros razonamientos.

(1) VALLET DE GOTTISOLO (J.): *Panorama de Derecho Civil*, Barcelona, 1963, pág. 211.
 PEÑA (J. M.): «Comentario a la S. de 23 de noviembre de 1963, en *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio 1963, pág. 562.

CASTRO (F.): *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, págs. 320-321.

ALBALADEJO (M.): *Derecho Civil*, II (Derecho de Obligaciones Parte General), Barcelona, 1970, página 335, recoge la sentencia en la nota 156.

DÍEZ PICAZO (L.): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1970, págs. 871 y 873. *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. I (2.ª ed.), Madrid, 1973.

SOTO NIETO: *Derecho vivo* (Jurisprudencia comentada), II, Madrid, 1971, págs. 433-436.

CASTÁN TORRES (J.): *Derecho civil español, común y foral*, III (11.ª ed. revisada y puesta al día por GABRIEL GARCÍA CANTERO), pág. 557.

III. FUNDAMENTACION JURIDICA DE LA SENTENCIA

Visto siendo ponente el Magistrado don Manuel Lojo Tato.

Considerando que la parte actora y recurrida, en el caso ahora sometido a este recurso de casación, solicitó en su demanda la revisión modificativa de un contrato celebrado el 30 de junio de 1939, en el que para satisfacer a la accionante la cuota viudal usufructuaria de una tercera parte de la herencia en usufructo de su difunto marido, que a la sazón le correspondía en concurrencia con la madre del causante, de acuerdo con el artículo 836 del Código civil, en uso de la facultad concedida a los herederos por el artículo 838 del mismo Código (antes que el articulado de la sección séptima del título III del libro III de este Cuerpo legal fuese modificado por la Ley de 24 de abril de 1958), se convino en asignar a la viuda una renta vitalicia de 7.200 pesetas anuales, pagaderas por mensualidades anticipadas de 600 pesetas, a partir del 1 de julio del citado año, y el Tribunal *a quo*, accediendo a la revisión solicitada, por entender aplicable al caso la cláusula *rebus sic stantibus*, dio lugar a la revisión, fijando la cantidad de renta única que estimó procedente y adecuada, contentiéndose en la sentencia recurrida las afirmaciones y apreciaciones fácticas siguientes:

Primero.—Que por renuncia que de la herencia del causante efectuó la madre del mismo, después del convenio expresado, al concurrir a la sucesión un hermano de aquél, la cuota usufructuaria quedaba ampliada a la mitad de la herencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 837 del meritado Código (antes de su reforma), no obstante lo cual subsistió el convenio de 30 de junio de 1939 sin alteración en la cuantía de la renta estipulada.

Segundo.—Que no existe otro convenio entre los litigantes que el celebrado en la mencionada fecha.

Tercero.—Que la renta había sido convenida en función de los frutos y previa estimación de las rentas efectivas del caudal relicto.

Cuarto.—Que la equivalencia de las prestaciones quedó rota con posterioridad, pues permaneciendo fija o inalterable la renta anual convenida, la cotización o valor en venta en el mercado de los frutos y productos de los bienes hereditarios aumentó, según prueba documental, en orden del 400 al 500 por 100 para los frutos y del 600 al 800 por 100 para las rentas en la fecha de la interposición de la demanda.

Quinto.—Que ese extraordinario aumento de la rentabilidad de las fincas y del valor de sus frutos «no se debió a la imponderable alza normal y presumible en toda contratación», sino, por el contrario, a las graves repercusiones que los notorios acontecimientos bélicos y posbélicos mundiales tuvieron en la economía patria, imposibles de prever por los contratantes en la fecha de la celebración del contrato.

Considerando que la doctrina jurisprudencial de esta Sala ha admitido la posibilidad de aplicación de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, cual ha reconocido en varias sentencias, y entre ellas, la de 6 de junio de 1959 (en la que se hace referencia a otras de este Tribunal que en la misma se mencionan) y las de 17 de mayo de 1957, 21 de octubre de 1958 y 31 de marzo de 1960, insistiendo en que esa cláusula debe ser acogida con gran cautela, atentos al designio de que, por falta de prudencia en su aplicación o por una excesiva y anormal generalización, cual subraya la sentencia de 5 de junio de 1945, pudiera padecer la seguridad jurídica, lo que no obsta a que pueda ser declarada en casos excepcionales, mitigando el excesivo rigor con que era aplicado el clásico principio tradicional *pacta sunt servanda*, y que, en todo caso, la revisión contractual, al amparo de esa cláusula sobrentendida, con fundamento subjetivo en la voluntad de

los contratantes, sólo debe tender a la modificación equitativa de los pactos del contrato, sin darle un alcance rescisorio o exoneratorio de las obligaciones (sentencia de 6 de junio de 1959), siendo únicamente aplicable a los contratos a largo plazo o de tracto sucesivo y de ejecución diferida; pero, no obstante, tal posibilidad doctrinal, celando esta Sala por aquel designio de prudente cautela, que enunciado queda, en el caso concreto ahora sometido a este recurso extraordinario, no juzga adecuada la aplicación de la cláusula, lo cual no quiere decir que el fallo no esté ajustado a Derecho, puesto que el recurso de casación se da contra la parte dispositiva de la sentencia.

Considerando que el motivo primero del recurso lo ampara el recurrente en el número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, por entender existe violación del artículo 1.091 del Código civil y del principio de Derecho *pacta sunt servanda*, reconocido en los artículos 1.091, 1.254, 1.258 y 1.257 del mismo Código, así como de la doctrina de esta Sala contenida, entre otras, en las sentencias de 10 de enero y 11 de marzo de 1929, aduciendo que el Tribunal de Instancia cuando declara haber lugar a la revisión del convenio de 30 de junio de 1939, en el que se constituyó una renta vitalicia a favor de la viuda accionante de 7.200 pesetas anuales, elevándola a 30.000, privó de su fuerza vinculante a un pacto u obligación nacido del contrato; pero la verdad es que el Tribunal *a quo* no desconoce ni prescinde del artículo 1.091 del Código, ni siquiera del principio *pacta sunt servanda*, y aunque admite la aplicación al caso de una cláusula sobrentendida, que por las antes dichas razones no se estima acogible, lo cierto es que, a tenor de los mismos hechos y elementos de juicio que el Tribunal de Instancia aprecia y pondera, es indudable que la base del negocio contenido en el contrato celebrado el 30 de junio de 1939, dadas las circunstancias que lo rodean y la finalidad perseguida en el mismo, sufrió una grave y excepcional alteración, en contra de lo que las partes podían presuponer, por la superveniencia de acontecimientos imprevisibles, que afectaron profundamente al elemento de justicia, objetivo implícito en la exigencia de causa en los contratos, y a la equivalencia de las prestaciones (sentencia de 13 de junio de 1944), a lo que hay que añadir que aun descartando la notoria irregularidad que supone que se hubiere conservado la misma renta, aun cuando la participación en la herencia de la viuda había aumentado, cuestión ésta que ya supone una injusticia consentida, debe tenerse muy presente que el convenio partía de una base legal, cual era el artículo 838—hoy 839—del Código civil, y lo que dicho precepto regula no es otra cosa que ciertas formas sustitutivas con las que los herederos podrán satisfacer, con su conformidad, al cónyuge viudo su parte en el usufructo, siendo ésa la finalidad perseguida en el contrato mencionado, y no debe olvidarse que el Tribunal *a quo* ha sostenido como afirmación fáctica incombustible que la renta había sido convenida en función del precio de los frutos y previa estimación de las rentas del caudal relicto, y que la alteración extraordinaria por circunstancias posteriores surge no en razón de la mayor o menor duración de la vida de la usufructuaria, contingencia aleatoria que pudo ser contemplada normalmente por los contratantes, sino porque el equilibrio de las prestaciones se ha roto por la anormal e imprevisible alteración, en alza desproporcionada, en el precio de los frutos y en el valor de las rentas de la tierra, afectando a la base del negocio, y puesto que el usufructo viudal atiende al fundamento principal de conservar al cónyuge, en cuanto sea posible, en la posición económica que en el matrimonio tuvo, cual se deduce de las sentencias de esta Sala de 20 de diciembre de 1911 y 14 de marzo de 1913, resulta en la actualidad irrisoria la renta en metálico que la accionante percibe, inferior a 20 pesetas diarias, cantidad que no alcanza para un vivir decoroso, conforme a su estado, y ni siquiera para su

subsistencia, cuando el valor de los frutos y rentas es tan notoria y desproporcionadamente superior.

Considerando que así alterada la base del negocio, el propio artículo 1.258 del Código civil, que se cita como infringido por la parte recurrente, viene en apoyo de la accionante en cuanto establece que los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, pues es justa consecuencia de buena fe, en sentido objetivo, el restablecimiento de la base contractual con la reciprocidad real y equitativa de las obligaciones para el mejor cumplimiento de una finalidad legal, conforme a la causa motivadora del contrato, cuando median las excepcionales circunstancias que en el caso presente concurren.

Considerando que por todas las razones expresadas, se estima procedente la desestimación del motivo primero y también debe ser desechado el motivo segundo, que no viene a ser más que una extensión argumentativa del primero, pues aun no admitiendo como aplicable al caso concreto la cláusula *rebus sic stantibus*, la revisión es procedente, conforme a la doctrina antes sustentada, y por idénticos razonamientos tampoco puede ser acogido el motivo tercero, en el que se alega la infracción por interpretación errónea del artículo 838, en relación con el 1.802, ambos del Código civil, puesto que la aleatoriedad no ha sido el motivo determinante del contrato, y para llegar a la conclusión revisoria no se contempla la mayor o menor duración de la vida de la usufructuaria, sino aquellas circunstancias imprevisibles que alteraron extraordinariamente la base del negocio jurídico, con resultado sumamente desfavorable para una de las partes contratantes, afectando a una obligación que si bien tiene su inmediato origen en su convenio entre partes, dimana de un precepto legal, que tal convenio permite, pero con una justa y prevista finalidad, siendo digno de notar que si bien la Ley Reformadora de 24 de abril de 1958 no puede regir, en razón de su vigencia legal, el caso que nos ocupa, cual se expresa en su Exposición de Motivos, amplió con carácter general la cuantía de los derechos del cónyuge supérstite, fortaleciendo así la posición económica de aquél, tratando de conseguir, además, una mayor aproximación del Código civil a los Derechos forales, más generosos en este aspecto que la legislación común, lo cual indica la moderna tendencia legislativa a una mayor participación en la sucesión hereditaria en favor del cónyuge viudo.

Considerando que en el motivo cuarto del recurso, acogido al número séptimo del artículo 1.692 de la misma ley procesal, resultante de documento auténtico, que demuestra—en tesis de la parte recurrente—la equivocación evidente del juzgador, y se citan, como documento, a tal fin, el contrato de 30 de junio de 1939, la copia de la escritura de aprobación y protocolización de las operaciones particionales de la herencia de don Rafael Calvo de León Torrado, de fecha 26 de marzo de 1940, y la copia de la escritura de pensión vitalicia e hipoteca, que se dice otorgada por don Juan Calvo de León Torrado en favor de la demandante en la misma fecha que la anterior, en cuanto tales documentos contradicen, a juicio del recurrente, la afirmación de la Sala de Instancia, al sostener que el convenio «no puede ser otro que el de 30 de junio de 1939», arguyendo que el demandado no asumió la deuda contraída por su madre ni se subrogó en sus obligaciones; pero la argumentación de este motivo, tendente a desvirtuar los lógicos razonamientos y apreciaciones que al respecto se contienen en el octavo considerando de la sentencia recurrida, no puede prevalecer, pues aun prescindiendo de que los documentos aludidos no obran incorporados al apuntamiento, desconociéndose su texto literal, el evidente error en que se dice haber incurrido el Tribunal *a quo* no aparece demostrado y, contrariamente, las afirmaciones de la Sala

tienen su plena corroboración en el hecho tercero de la dúplica, puesto en relación con el octavo de la contestación, en cuanto el propio demandado, hoy recurrente, reconoce que el convenio al que la partición se refiere es el que tuvo lugar el 30 de junio de 1939, convenio, sin duda alguna, asumido por don Juan Calvo de León Torrado, quien, en el momento procesal oportuno, no alegó falta de legitimación pasiva, oponiendo solamente como excepción dilatoria la sexta del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento, por defecto de forma en el proponer la demanda, excepción ésta que fue expresa y concretamente rechazada en la sentencia de Primera Instancia, siendo ese pronunciamiento consentido por el demandado, que ni apeló ni se adhirió a la apelación interpuesta por la accionante, razones todas que conducen a la desestimación de ese motivo.

Considerando que de igual modo debe ser rechazado el motivo quinto, articulado con base en el número séptimo del artículo 1.692, por error de Derecho en la apreciación de la prueba, pues tal como está razonado viene a ser como una reiteración del anterior, sin que se cite precepto legal alguno continente de una norma valorativa de la prueba que por el Tribunal *a quo* haya podido ser infringida, y si bien se menciona el artículo 1.253 del Código civil, con esa cita sólo trata de sostener el recurrente que al afirmar la Sala que «el contrato no puede ser otro» establece una presunción, sin que entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir haya el enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, que la ley exige; pero muy reiteradamente tiene declarado este Tribunal que el juicio lógico formulado por la Sala de Instancia y la precisión y enlace entre el hecho básico y el que se trata de demostrar solamente es impugnabile al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y si bien la existencia de los hechos en que la presunción se funde puede ser combatida por el cauce del número séptimo del mismo precepto procesal, el recurrente, cual se desprende de lo razonado al desechar el motivo cuarto, no ha logrado cumplir su finalidad.

Considerando que el sexto y último motivo, formulado al amparo del número primero del artículo 1.692, en el que se denuncia infracción por violación del artículo 1.257 del Código civil, tampoco puede prosperar, pues en una parte tiene relación con los motivos cuarto y quinto, ya desestimados, y en la otra supone el planteamiento extemporáneo de una cuestión nueva, no alegada ni excepcionada en el período expositivo del pleito, dada la forma en que el demandado recurrente aceptó la litis y quedó establecida la relación jurídica procesal.

Considerando que, como resultado de todos los razonamientos que preceden, es obligado declarar no haber lugar al recurso de casación, con todas sus consecuencias, sin que proceda acordar la pérdida del depósito, por no haberse constituido.

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por don Juan Calvo de León Torrado, contra la sentencia que en 8 de marzo de 1957 dictó la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla; se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas; y líbrese a la citada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que remitió.

IV. COMENTARIO DE LA SENTENCIA

De la confrontación del recurso de casación interpuesto y de la sentencia que lo resuelve surgen dos cuestiones como verdaderamente relevantes. Una por su omisión y otra por el desarrollo que alcanza en los considerandos de la sentencia. De ambos nos vamos a servir para ordenar

la glosa del fallo del Tribunal Supremo. Se trata, por un lado, del silencio que rodea el problema del carácter del negocio de conmutación del usufructo viudal y, por otro, del amplio bagaje de razones que esgrime el Tribunal Supremo para mantener la procedencia de la revisión de la cuantía de la renta vitalicia.

a) *Carácter del negocio de conmutación*

Por la temática que aborda la sentencia (equivalencia de las prestaciones, causa, buena fe, base del negocio, procedencia o improcedencia de la cláusula *rebus sic stantibus*), la calificación es aparentemente obvia. Se trata de un contrato. La renta vitalicia es un contrato típico (arts. 1.802 del Código civil y sigs.). Los problemas que se plantean se presentan como estrictamente contractuales. De ahí la general ubicación de esta sentencia en sede de obligaciones (2). En tono menor, también aparece mencionada en el tratado de sucesiones, como una nota más del tratamiento jurisprudencial del negocio de conmutación, cuando éste se concreta en el establecimiento de una renta vitalicia (3). Se recuerda con esta sentencia que el Tribunal Supremo admite la revisión de la misma. Pero la recepción doctrinal ha sido marcadamente orientada hacia la temática aparente de los considerandos de la sentencia.

Sin embargo, el criterio de la sentencia de 8 de marzo de 1957 de la Audiencia Territorial de Sevilla parece ser otro. Cabe deducir esto del motivo tercero del recurso de casación que contra dicha sentencia se interpone y que resuelve la que ahora comentamos de 23 de noviembre de 1962. Se alega en el motivo infracción por interpretación errónea de los artículos 838 y 1.802 del Código civil; «más concretamente... entiende que el convenio en cuya virtud paga el heredero del cónyuge viudo su cuota hereditaria mediante una renta vitalicia no es el contrato del artículo 1.802 del Código civil, sino un negocio distinto que no tiene carácter aleatorio» (4).

¿Es cuestionable el carácter contractual de la conmutación del usufructo viudal en una renta vitalicia? Veamos el parecer de algunos autores que se han ocupado del tema.

Para MEZQUITA DEL CACHO, la renta vitalicia del artículo 839 del Código civil no es referible a la regulación de los artículos 1.802-1.808 del Código civil: «Naturalmente, hemos de pensar—dice este autor—que dicha institución sólo se asemeja a la figura que estudiamos en la mecánica externa de su pago periódico y continuado, pero no tiene de común con ella más que el nombre. Nuestra figura no tiene nada de contractual, ya que es una modalidad solutoria de una opción unilateral de ciertos herederos que se impone al cónyuge. Aunque, de hecho, no se oponga ésta a ella, ello no transforma el hecho de su conmutación en contractual:

- Pues su consentimiento carece de relevancia sobre el fondo del asunto, teniendo sólo un primario y elementalísimo derecho a elevar a la consideración judicial la equidad de la valoración que se haga de su derecho viudal y la adecuada constitución de garantía.
- Además, no hay transmisión (como en la renta vitalicia contractual): el viudo no transmite nada; se transforma lo que recibe simplemente operándose en esta transformación el efecto jurídico de una subrogación real.
- Finalmente, hasta el matiz aleatorio desaparece: los herederos titulares no capitalizan el usufructo para establecer la renta, sino que

(2) *Vid* nota primera

(3) LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA. *Derecho de Sucesiones*, II, Barcelona, 1973, pág. 98, y en ella nota 14

(4) *Jurisprudencia Civil*, noviembre 1963, pág. 597.

fijan simplemente ésta sobre el directo módulo comparativo de los normales rendimientos netos del usufructo conmutado.

Estas diferencias—esenciales—nos conducen a la conclusión de que las normas citadas, comprendidas en los artículos 1.802 y siguientes del Código civil, son inaplicables a esta otra 'renta vitalicia' solutoria conmutativa del usufructo legal» (5).

La clave parece estar en el alcance de la expresión «mutuo acuerdo» del inciso final del párrafo primero del artículo 839. Para el recurrente, el sentido del precepto no ofrece dudas. «El precepto habla de 'mutuo acuerdo', lo que equivale a contrato tratándose, como se trata, de materia patrimonial» (6).

De distinta forma parece opinar VALLET DE GOYTISOLO: «Creemos que se refiere (el mutuo acuerdo) a las incidencias de la realización o ejecución de la forma dispuesta por el testador o elegida por los herederos (determinación de bienes, cuantías y garantías, etc.)» (7). En parecido sentido opina GULLÓN BALLESTEROS (8).

De una forma más rotunda, y con carácter general, se expresa el propio VALLET: «La conmutación o conversión no implica ningún negocio conmutativo (compraventa, renta vitalicia, permuta), ni tampoco novación ni transacción, pues no es sino el ejercicio de una *facultas solutionis* (DE DIEGO), que se realiza en un acto jurídico por el que se opera una subrogación real y una conversión material, previstas por la ley, aunque facultativamente dejadas a elección del heredero» (9).

De la falta de carácter contractual en la operación de conmutar cabe, finalmente, deducir el carácter *ex lege* de tal relación. Así, BELTRÁN DE HEREDIA, quien sostiene que «a pesar de la fórmula utilizada por el legislador español en los artículos 1.802 y siguientes, es evidente que el contrato en ellos contemplado no es la única causa generadora de la relación de renta vitalicia. Todas las posibles fuentes de la relación pueden reconducirse a dos grandes grupos, según que el origen sea la voluntad de los particulares o la ley, dando lugar, respectivamente, a las rentas vitalicias voluntarias y a las legales o *ex lege* (10). Como ejemplo de estas últimas menciona la renta vitalicia que resulta de la liquidación del usufructo viudal autorizada por el artículo 839 del Código Civil.

Recientemente, en la misma línea, CASASUS señala que se trata de un «negocio de concreción cuantitativa y cualitativa del derecho del viudo, que no altera para nada el título adquisitivo de éste, que será siempre sucesorio y lucrativo o gratuito» (11).

No hay, por tanto, contrato. Sí utilización para pago y liquidación, de un derecho sucesorio, de una fórmula, que excepcionalmente autoriza el legislador, que se estructura en forma de relación obligacional.

b) Las razones de la revisión

Para D'ORS y BONET CORREA el artículo 839 incurre en la grave contradicción de desnaturalizar el derecho de usufructo al llevar a cabo la sustitución o conversión de un *uti, frui*, por una suma de dinero. «Estos

(5) MEZQUITA DEL CACHO (J. L.): «Conmutación del usufructo viudal común» (análisis del art. 839 del Código civil), *Rev. Derecho Notarial*, 1957, pág. 213.

(6) *Jurisprudencia Civil*, noviembre 1963, pág. 598.

(7) VALLET DE GOYTISOLO: *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*, tomo I, Madrid, 1974, pág. 298.

(8) GULLÓN BALLESTEROS (A.): «La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo», *A. D. C.*, 1964, pág. 616.

(9) VALLET DE GOYTISOLO *Limitaciones...*, pág. 298.

(10) BELTRÁN DE HEREDIA (J.): *La renta vitalicia*, Madrid, 1963, pág. 27.

(11) CASASUS HOMET (E.): «La conmutación del usufructo viudal y la reserva ordinaria», *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre 1974, pág. 318.

medios de llegar a la división del cusufructo responden a un criterio marcadamente anticomunitario e individualista de nuestro Código Civil. Si a ello unimos la función meramente económica o patrimonial que se atribuye al usufructo, es lógico que se desemboque en estas soluciones exclusivas y excluyentes. El reducir a metálico las cuotas de participación del usufructo era, para la mentalidad del legislador de 1889, el medio más apto para lograr la distribución perfecta». Con anterioridad señalan que «con la entrega de una renta vitalicia o un capital en efectivo no podrá conseguirse, a través de una época de bruscos cambios económicos y monetarios, que el cónyuge mantenga una posición social o subsista con arreglo a su estado anterior» (12).

En el mismo sentido la Sentencia de 20 de diciembre de 1911: «habida cuenta de que el fundamento principal del derecho concedido al cónyuge viudo sobre los bienes del esposo fallecido es el de conservar aquél la posición económica que el matrimonio tuvo, y esto no puede obtenerse adjudicándole bienes en usufructo, que, aunque representen un gran valor en venta no lo tengan proporcionalmente en venta...» (13).

El problema no es nuevo. Tanto doctrinal como jurisprudencialmente se advierte el peligro que encierran estas fórmulas liquidatorias del usufructo viudal. Peligro que no es el común de cualquier concreción de un derecho en una suma fija de dinero, sino institucionalmente contradictorio, puesto que si se da entrada como legitimario al cónyuge viudo, en el fenómeno sucesorio, es para permitirle mantener el mismo tenor de vida que llevó constante matrimonio. Convertirle en un pensionista es un ataque frontal al principio inspirador de sus derechos.

El análisis del razonamiento del Tribunal Supremo debe ir precedido de las dos ideas que hemos adquirido en las consideraciones hechas. Estamos ante una institución que aloja en sí un designio económico (mantenimiento de una determinada posición económica del viudo), anterior al negocio de transformación, y que de alguna forma lo trasciende. La transformación da lugar a una obligación, pero a una obligación *ex lege*, es decir, no contractual.

Con estas premisas hemos de distinguir lo que en el fallo hay de *ratio decidendi* y de declaraciones *obiter dicta*. Por último, tendremos que esclarecer las razones según el Tribunal Supremo, de la no aplicabilidad, al caso de la cláusula *rebus sic stantibus*.

a) La *ratio decidendi* de la sentencia es indudablemente el respeto a la función económica que debe cumplir el usufructo viudal. Queda suficientemente expresada en los siguientes párrafos de los considerandos.

«Puesto que el usufructo viudal atiende al fundamento principal de conservar al cónyuge, en cuanto sea posible, en la posición económica que en el matrimonio tuvo...»

«Siendo digno de notar que la Ley reformadora de 24 de abril de 1958, que, cual expresa en su exposición de motivar, amplió con carácter general la cuantía de los derechos del cónyuge superviviente, fortaleciendo así la posición económica de aquél, tratando de conseguir, además, una mayor aproximación del Código Civil a los derechos forales, más generosos en este aspecto que la legislación común, lo cual indica la moderna tendencia legislativa a una mayor participación en la sucesión hereditaria en favor del cónyuge viudo.»

Parece claro que aquí reside la justicia en el caso concreto que, conocida prudencialmente por el juzgador, tensa en una determinada dirección todo el posterior razonamiento, que o es ropaje técnico-jurídico—si bien en este caso la intuición de lo justo no va desprovista de este apoyo—

(12) D'ORS y BONET CORREA: «El problema de la división del usufructo», A D. C., 1952, páginas 102 y ss.

(13) *Jurisprudencia Civil*, julio-diciembre 1911, tomo 122, pág. 1043.

o consideraciones a mayor abundamiento o excusas razonadas a problemas aparentes no profundizados.

Subsidiariamente, y a nivel fáctico, también parece decisivo el dato de que la renta fue establecida «en función del precio de los frutos y previa estimación de los restos del caudal relicto». Sin embargo, el dato queda absorbido en la consideración de la función económica del usufructo. No llega a constituir una línea de argumentación autónoma, que tal vez hubiera sido posible considerándola como una cláusula de estabilización implícita.

b) Declaraciones *obiter dicta* de la sentencia. Vendrán provocadas por la aparente problemática obligacional del caso. Vimos, al comienzo, cómo la recepción doctrinal de la sentencia había sido marcadamente orientada en este sentido. ¿Por qué puede razonablemente pensarse que este aspecto de la sentencia tiene carácter de *obiter dicta*? Pienso que por las siguientes razones:

1. El Tribunal Supremo no aborda directamente la cuestión planteada en el recurso. Es decir, el punto mismo, que afirma el carácter contractual del negocio de conmutación, y consiguiente infracción del principio *pacta sunt servanda*. Por el contrario, sin pronunciarse sobre la cuestión verdaderamente central, razona tratando de moderar las consecuencias rígidas de un hipotético contrato, únicamente afirmando como tal, para referirse—nominalmente—al negocio «celebrado el 30 de junio de 1939».

2. A tales efectos el Tribunal Supremo no apoya su razonamiento en ningún argumento de derecho positivo, sino en consideraciones de tipo más o menos general, utilizables según convenga. Por un lado rechaza la aplicación al caso concreto de la cláusula *rebus sic stantibus*, única construcción uniformemente utilizada para resolver el problema de la justicia contractual. Sin embargo, esgrime como argumentos lo que son—según la propia jurisprudencia—requisitos de aplicación de la cláusula (14). Al mismo tiempo aduce doctrinas no consolidadas jurisprudencialmente (estructuradas como la cláusula *rebus sic stantibus*): base del negocio, equivalencia de prestaciones.

3. De la Sentencia de 13 de junio de 1944, mencionada por la que comentamos en el tercer considerando, que hace referencia «al elemento de justicia objetivo implícito en la exigencia de causa en los contratos, y a la equivalencia de las prestaciones», nos dice la de 17 de mayo de 1957 que se trata de «segunda sentencia que motivó la primera, casando la de instancia, que no puede sentar jurisprudencia, y que, además, resuelve un caso especialísimo».

4. Acerca de las posibilidades del requisito o elemento de los contratos conocido como causa, para afrontar la cuestión del equilibrio económico contractual, es de tener en cuenta, por todas, la Sentencia de 23 de febrero de 1951. Se expresa así: «las obligaciones recíprocas, en cuya prestación o promesa se ha de entender, conforme al artículo 1.274 del Código Civil, que tiene su causa para cada contratante el contrato oneroso, de tal modo que si una se incumple, no es exigible por el incumplidor la a ella contrapuesta, sin que las caracterice una equivalencia e igualdad de valoración, que si hubiese de concurrir en todo contrato sería contraria al fundamental principio que preceptivamente establece el artículo 1.255 del mencionado Código».

5. Tal vez el argumento que más sugestión ha causado, desde la vertiente obligacional, ha sido la transcripción literal y expresa del artículo 1.258, entendiendo como una concreción de la genérica buena fe que debe presidir la contratación, en determinadas hipótesis, «el restablecimiento de la base contractual con la reciprocidad real y equitativa de

(14) Alteración extraordinaria por circunstancias posteriores, anormal e imprevisible alteración en alza en el juicio, etc.

las obligaciones, para el mejor cumplimiento de la finalidad legal, conforme a la causa motivadora del contrato». En estas consideraciones se han fijado especialmente VALLET DE GOYTISOLO y DÍEZ PICAZO (15).

Esta ampliación—«no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley»—correctora de una estricta consideración del contrato como convenio, tiene una triple fuente: la buena fe, el uso y la ley. Una lectura apresurada del artículo 1.258 puede hacernos pensar que, en él, sólo se consagra la buena fe, y junto a ella se tiene en cuenta también el uso y la ley. ¿Hasta qué punto cabe desligar, en este caso, la aplicación del artículo 1.258 de la consideración, que en el considerando y dentro de la misma línea de argumentación, se hace de la «finalidad legal»? Se concluye el considerando de esta forma: «para el mejor cumplimiento de una finalidad legal, conforme a la causa motivadora del contrato». Parece que aquí la causa motivadora es la posibilidad de conmutar, prevista en el artículo 839, y la finalidad legal, la función económica del usufructo viudal. La aplicación del artículo 1.258 y sus corolarios jurisprudenciales acerca del equilibrio contractual, parecen descansar en la *ratio decidendi* ya expuesta.

¿No ocurrirá en este caso, que la ampliación de consecuencias del artículo 1.258 tendrá como base la ley, según prevé el propio precepto? Por designio de la ley, a través de la finalidad legal, se llega a un resultado equitativo, que considerado en el ámbito del artículo 1.258, resulta absorbido exclusivamente por la buena fe, puesto que aparentemente, cualquier innovación ética en la vida obligacional parece más propia de esta noción-válvula, que de la ley, término de configuración más precisa y del que difícilmente se esperan «consecuencias» de este tipo.

6. Por último, podemos comprobar cómo *ratio decidendi* y *obiter dicta*, fenómeno sucesorio y fenómeno obligacional, confluyen en un pasaje de un considerando en el que se hace notar que la alteración económica afecta «a una obligación que si bien tiene un solo inmediato origen en un convenio entre partes, dimana de un precepto legal, que tal convenio permite, pero, con una justa y prevista finalidad».

La recíproca influencia de ambos sectores del Derecho civil es evidente. La estructuración del pago en una relación obligatoria aporta el riesgo de la fijación en un *quantum* del cumplimiento periódico y espaciado. La razón de ser sucesorio-familiar aportará, a su vez, razones no contractuales, por ello viables, para la revisión. Estamos ante un supuesto civil en el cual el equilibrio está *institucionalmente* incorporado a un mecanismo legal.

c) La no aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Para SOTO NIETO (16) resulta inexplicable. Puede haber, sin embargo, dos razones que lo expliquen. En primer lugar, es posible que esté presente, con cierta viveza, en el ánimo del juzgador parte de la argumentación del recurrente: el carácter aleatorio de la renta vitalicia. Sabemos que, en definitiva, este contrato viene tipificado en el Código civil en el título XII del libro IV que se refiere a «los contratos aleatorios o de suerte». Este carácter aleatorio es distinto de ese otro *aleas normal* inherente a cualquier convenio, y que en el fenómeno obligacional por aplicación del principio nominalista es típico.

Después del análisis realizado, estamos en condiciones de ver cómo la función típica, institucional, legal del usufructo viudal es el de mantener en un tenor de vida al viudo. Esta sentencia y sus considerandos son un argumento más. De esta forma podemos claramente establecer que dicho designio legal destierra de la renta vitalicia, que pueda resultar del ar-

(15) *Vid.* nota 1.

(16) SOTO NIETO, *ob. cit.*, pág. cit 436

título 839, el carácter aleatorio, y que incluso, sobre esa *aleas normal* al que anteriormente nos referimos.

Lo primero porque resultando de la conmutación una obligación *ex lege*, la problemática que nos ocupa se desplaza del título XII del libro IV. Estamos ante una forma de pago configurada como renta vitalicia: es decir, pago periódico y de por vida (17). Pero conmutar, según el artículo 839, no supone incorporar al negocio un «aleas específico». En cuanto al segundo aspecto; el riesgo que resulta del nominalismo aplicado al pago de cantidades de dinero—cuestión derivada de la anterior—, resulta corregido por la consideración de la función económica del usufructo, como se desprende de esta Sentencia de 23 de noviembre de 1963.

Es muy probable que todo esto no lo tuviese presente el juzgador y que la mera referencia, aun nominal, de la renta vitalicia, como contrato aleatorio pesase en su ánimo al decidir. También vimos cómo no se pronuncia sobre el carácter contractual del negocio. Todo ello debe llevarle, prudentemente, a evitar toda consideración acerca de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Pero aún hay otra razón: la cláusula *rebus sic stantibus* no le es precisa. Resulta un tanto paradójico encontrarse en una misma sentencia estas dos afirmaciones. «Esta Sala no juzga adecuada la aplicación de la cláusula» y «el usufructo viudal atiende al fundamento principal de conservar al cónyuge en la posición económica que en el matrimonio tuvo».

A pesar del posible carácter sobrentendido de la cláusula *rebus sic stantibus*, ésta no deja de ser un correctivo a la dinámica contractual. Se da como sobrentendida en la mente e intenciones de los contratantes, incluso podría pensarse que forma parte de los usos del tráfico jurídico. Pero ello no supone que quede absorbida en la técnica contractual, que es precisamente la que trata de corregir. Contractualmente es un mecanismo externo. De ahí que la jurisprudencia en su aplicación sea cauta y exija requisitos.

Sin embargo, hay casos en los que de una forma positiva o institucional dicha cláusula queda incorporada. Positivamente lo está, como señala VALLET (18), en la revocación de las donaciones por sobrevivencia o supervivencia de hijos. Institucionalmente, cuando el designio legal de un determinado mecanismo que el ordenamiento establece se orienta en este sentido. Este es el caso del usufructo viudal, que empaña y transmite su función a la renta vitalicia que en pago del mismo se establezca.

No resulta inexplicable, por tanto, que el Tribunal Supremo no se comprometa en la aplicación de un remedio que no necesita. De esta forma, además, no tiene que entrar en profundidad en el tema del carácter aleatorio de la renta vitalicia, que a su vez presupone aquel otro, más complejo, del carácter del negocio de conmutación. Vemos pues, cómo la *ratio decidendi* de la sentencia, por un lado es suficiente para motivar la decisión, y por otro, está constantemente presente, como intuición que se persigue, en las otras consideraciones *obiter dicta*.

V. CONCLUSION

El análisis de esta Sentencia de 23 de noviembre de 1963 nos ha puesto, una vez más, frente a la conexión con que, en la vida, se presentan las distintas ramas del Derecho civil. Había muchas motivaciones que hacer. La confluencia, en un mismo punto conflictivo, de criterios pertenecientes a ámbitos sistemáticamente diversos, nos ha llevado a distinguir lo que en un razonamiento jurisprudencial era técnica contractual

(17) CASTRO (F.), *ob cit.*, pág. 321: «La sentencia de 1962 atiende al carácter de pago respecto a la cuota usufructuaria de la viuda, por lo que no tiene naturaleza aleatoria»

(18) VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama*, pág. 210.

o principios de orden sucesorio-familiar. Con ello hemos relativizado el impacto que dicha sentencia debe causar en el terreno del derecho de obligaciones. Puede decirse que el carácter periférico que aquí tiene este sector del Derecho civil dio lugar a que con gran facilidad se «jaleasen» afirmaciones que a duras penas cabe hacer cuando nos encontramos con un contrato como tal.

Pero al mismo tiempo el repensar esta sentencia nos ha ayudado a ver cómo el tema del equilibrio, de la reciprocidad de intereses (expresión del art. 1.289) no es exclusivamente contractual, sino plenamente civil. Plenamente civil, en primer lugar, porque no es exclusivo de ninguno de sus compartimientos sistemáticos, y en segundo lugar, porque es propio del Derecho civil como derecho general y sin matizaciones. Es decir, su carácter funcionalmente no predispuesto está llamado a recoger esta idea primaria de justicia. La desigualdad con que este principio es expresado o tratado, incluso dentro del propio Derecho civil, es una desigualdad derivada de las distintas instrumentalizaciones técnicas con que el Derecho civil se manifiesta. Pero a él aspira siempre como a un principio propio.

LUIS ARRECHEDERRA ARANZADI
Profesor Adjunto de Derecho civil

Resoluciones y sentencias

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ,
JOSÉ QUESADA SEGURA,
FRANCISCO QUIROGA RAMIRO y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

PRELACION ENTRE CREDITO HIPOTECARIO Y ANOTADO: NO ES PREFERENTE EL ANOTADO AUNQUE LA INSCRIPCION DE HIPOTECA SEA POSTERIOR SI LA ESCRITURA ES DE FECHA ANTERIOR A LA ANOTACION. EFECTOS DE LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO (SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—La Cofradía Sindical de Pescadores de Carreira y Aguiño formula demanda contra don Joaquín Santos Saiñas y contra don Santiago Mirón Castro y esposa, estableciendo en síntesis los siguientes hechos: 1.º que como consecuencia de suministros de pescado efectuados a los demandados don Santiago Mirón Castro y esposa, éstos quedaron adeudando a la actora un millón ochocientas mil pesetas, cuya cantidad, con el interés anual del ocho por ciento, se obligaron a pagar en el plazo de siete años, según escritura otorgada el 22 de octubre de 1969, en la que se hipotecó una finca en el paraje «Huerta del Monte Grande» en garantía de dicho principal y 432.000 pesetas por intereses de tres años, más 223.000 calculadas para costas y gastos; 2.º que el también demandado don Joaquín Santos Saiñas formuló contra don Santiago Mirón Castro y esposa demanda ejecutiva en reclamación de 412.734 pesetas, y en garantía de dicha cantidad y 51.000 más para intereses, gastos y costas, se acordó la anotación preventiva del embargo trabado por dicha suma, practicándose la anotación el día 28 de enero de 1970, fecha posterior a la escritura de hipoteca, aunque ésta se inscribió un día después, el 29 de enero de 1970; 3.º que el crédito hipotecario del actor es preferente

al del demandado, preferencia que surge de la naturaleza hipotecaria del crédito y también vendría determinada por la confrontación de los títulos. Terminó suplicando se dictase sentencia declarando haber lugar a la demanda, y por tanto, que la demandante tiene preferencia sobre el demandado para cobrar el precio de la finca descrita con cargo al producto de la venta, mandando, en consecuencia, que luego se produzca la venta se haga pago con preferencia a la actora, condenando a los demandados a consentir dichas declaraciones.

Los demandados don Santiago Mirón Castro y esposa no comparecieron y fueron declarados en rebeldía, haciéndolo el otro demandado, don Joaquín Santos Saiñas, que contestó a la demanda oponiéndose.

El señor Juez de Primera Instancia número 2 de Santiago desestimó la demanda, declarando no haber lugar a la tercería de mejor derecho, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

La entidad actora interpone recurso de casación basándolo en diferentes motivos, entre ellos, interpretación errónea del número 4.º del artículo 1.923 del Código civil en relación con el artículo 44 de la Ley Hipotecaria y violación del apartado 3.º del artículo 1.923 citado.

Doctrina de la sentencia.—Siendo ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, casando la sentencia apelada por interpretación errónea del número 4.º del artículo 1.923 del Código civil, destacando los siguientes Considerandos de la primera sentencia:

«Considerando: Que en el caso de autos nos encontramos con que los títulos que se confrontan son: de una parte, un mandamiento de ejecución despachado en 23 de enero de 1970 en procedimiento ejecutivo, habiéndose anotado preventivamente el embargo en 28 de los mismos mes y año; y de otra parte, una escritura pública de hipoteca otorgada ante Notario en 22 de octubre de 1969 en favor de la entidad tercerista, que no se inscribió en el Registro de la Propiedad hasta el 29 de enero de 1970, ante lo cual la sentencia recurrida desestima la tercería, fundada, en primer término, en que la prelación para el pago que se establece en el artículo 1.927 del Código civil, según cuyas normas la anotación preventiva del embargo es preferente a la hipoteca por ser ésta posterior; y en segundo lugar, porque hasta la inscripción de dicha escritura, únicamente contenía un crédito consignado en escritura pública por ser en la hipoteca constitutiva la inscripción, por lo que antes de ella sólo contenía un crédito de los comprendidos en el número tercero A del artículo 1924.»

«Considerando: Que se olvida, sin embargo, la sentencia recurrida de que, en primer término, el artículo 1.927 del Código civil, citado por dicha sentencia al tratar de la prelación de créditos, hace referencia en su regla 2.ª a los comprendidos en el número 4.º del artículo 1.923, que son los anotados preventivamente en el Registro en virtud de mandamiento judicial por embargos, secuestros o ejecución de sentencias sobre los bienes anotados y sólo en cuanto a créditos posteriores, siendo doctrina reiterada en numerosas sentencias que la anotación preventiva de embargo no da al acreedor que la obtiene preferencia respecto de otros anteriores, ya que, como resultado de una providencia judicial dirigida únicamente a garantizar las consecuencias del juicio, no crea ni declara ningún derecho, función propia de la sentencia, que sería, en su caso, el verdadero título a estos efectos, ni altera la naturaleza de las obligaciones, ni mucho menos convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía ese carácter, ni produce otros efectos que los de que el acreedor que la obtenga sea preferido en cuanto a los bienes anotados solamente contra los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación (Senten-

cias de 5 de julio de 1917 5 de noviembre de 1927, 20 de noviembre de 1928), pues si hubiera que atenerse exclusivamente a la prioridad de acceso al Registro en el caso de la anotación preventiva, carecería de sentido la aclaración final del número 4.º del artículo 1.923 del Código civil.»

«Considerando: Que el embargo, como acto procesal y su subsiguiente proyección registral, la anotación, nada prejuzga sobre la verdadera situación, identidad y eficacia de los créditos ni altera la naturaleza de las obligaciones, habiendo declarado la Jurisprudencia que la anotación preventiva no constituye título traslativo ni produce efectos contra terceros cuyo derecho sea anterior a la anotación, aunque no hayan sido registrados antes (sentencias de 20 de enero de 1957, 18 de febrero de 1954, 12 de junio de 1970).»

En la segunda sentencia se declara haber lugar a la tercería de mejor derecho y, por tanto, que la demandante tiene preferencia sobre el crédito anotado del demandado.

COMENTARIO.—Con esta sentencia, las aguas vuelven a su cauce en materia de prelación entre créditos hipotecarios y anotados por embargo, quedando superado el criticable «Considerando» tercero de la sentencia de 10 de marzo de 1973. En dicho «Considerando» se afirma que «cuando el título anterior, inscrito después de la anotación de embargo, lo sea de constitución de hipoteca», no tiene lugar la limitación de efectos de los créditos anotados, pues «al ser la inscripción, en materia de hipotecas, de tipo constitutivo, no se estimará existente hasta que se inscriba», «y como en el caso de autos es posterior a la anotación preventiva de embargo la inscripción de hipoteca, dicha anotación, en cuanto al crédito correspondiente a la misma y en relación a la finca anotada, tendrá prelación sobre el hipotecario afectante a la propia finca».

Nosotros ya arremetimos hace tiempo contra ese «Considerando», si bien, con fines constructivos, estimábamos que se podía interpretar como un mero *obiter dictum*, centrando la *ratio* de aquella sentencia en su «Considerando» cuarto, sobre la base de un supuesto de hecho especial (1).

No obstante, aquel «Considerando» tercero ha influido, al parecer, en la sentencia de la Audiencia del presente caso, que recoge el argumento de la naturaleza constitutiva de la inscripción de hipoteca.

Menos mal que la sentencia del Tribunal Supremo, que ahora comentamos destaca una doctrina contraria a la de aquel Considerando de la sentencia de 10 de marzo de 1973, partiendo de que el crédito anotado no puede ser preferente al crédito anterior, aunque la inscripción de hipoteca se haya inscrito después de la anotación. Esto está en la misma línea que el comentario crítico que hicimos de aquella sentencia, por lo que lógicamente ahora aceptamos plenamente la doctrina de esta sentencia.

Pero veamos los dos argumentos que señala la sentencia en favor de la no preferencia del crédito anotado preventivamente en virtud del embargo:

Primero.—Interpretación del artículo 1.927, regla 2.ª, en relación con el número 4.º del artículo 1.923.—Según aquel precepto, «si concurrieren dos o más créditos respecto a determinados inmuebles o derechos reales, se observarán, en cuanto a su respectiva prelación, las reglas siguientes: 2.ª Los hipotecarios y refaccionarios, anotados o inscritos, que se expre-

(1) Véase comentario en el número 503 de esta Revista, pág. 961.

san en el número 3.º del citado artículo 1.923 y los comprendidos en el número 4.º del mismo, gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad». Ciertamente, esta regla segunda del artículo 1.927 puede plantear algunos problemas interpretativos en caso de concurrencia entre crédito hipotecario y anotado, pues dicha regla parece atender exclusivamente a la fecha del asiento (prioridad registral pura) frente al número 4.º del artículo 1.923, que atiende a la fecha de los créditos. Pero la regla 2.ª del artículo 1.927 no puede interpretarse en ese sentido de pura prioridad registral cuando concurre el crédito anotado con otro hipotecario anterior por la fecha de la escritura, pero posterior en cuanto a la fecha del asiento. Y no cabe tal interpretación, porque, una de dos: a) O se estima que eso es lo que prevé la regla 2.ª del artículo 1.927, pero en tal caso, al ser contradictoria con el número 4.º del artículo 1.923, la contradicción habría de resolverse en favor de este último precepto (fecha de los créditos) en base a la referencia que el artículo 44 de la Ley Hipotecaria hace a dicho precepto y no al 1.927; b) o se estima, y es el argumento de la presente sentencia que nosotros compartimos conforme a las normas de la interpretación sistemática, que la regla 2.ª del artículo 1.927 se refiere a aquellos créditos anotados que sean privilegiados conforme al número 4.º del artículo 1.923, es decir, a los anteriores a otros escriturarios, único caso en que podría atenderse a la fecha de los respectivos asientos de anotación e hipoteca. Por tanto, si el crédito anotado es posterior al escriturario, aunque la hipoteca se inscriba después de la anotación, hay que resolver el problema de preferencia conforme a la fecha de la escritura, no por la fecha de los asientos, pues la regla 2.ª del artículo 1.927 no se refiere a ese supuesto de crédito anotado.

Pero quede bien claro que la doctrina de esta sentencia sólo se refiere a la concurrencia entre crédito hipotecario y anotado, sin que sea factible sacar la misma conclusión respecto a la concurrencia de créditos anotados entre sí, pues el caso es muy diferente y la letra del artículo 1.927, regla 2.ª, terminante en favor de la pura prioridad registral.

Segundo.—Limitada eficacia de la anotación preventiva de embargo en nuestro sistema.—La sentencia excluye del principio de prioridad a las anotaciones preventivas, basándose en que si se aplicara ese principio, «carecería de sentido la aclaración final del número 4.º del artículo 1.923 del Código civil». Este segundo argumento sólo lo compartimos en el supuesto de hecho planteado consistente en un problema de preferencia entre crédito anotado y otro escriturario-hipotecario, pues, como dicen LACRUZ-SANCHO, relacionando los artículos 1.923 y 1.927, la anotación de embargo no sólo concede preferencia sobre los créditos posteriores a la misma, sino también «sobre aquellos créditos anteriores que no tengan una razón especial de prelación sobre el anotado, es decir, que en caso de concurso, y no interviniendo la anotación, se liquidarían a la vez» (2). Pero como la presente sentencia sólo se refiere a ese supuesto de concurrencia entre crédito anotado y otro hipotecario que también es escriturario, su razonamiento hay que aplicarlo exclusivamente a ese supuesto planteado, y en tal sentido es aceptable aludir a la limitación que el *crédito privilegiado anotado* tiene en nuestro sistema cuando concurre con otros créditos *privilegiados*.

(2) LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral*, 1968, pág. 275.

VENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES CON PACTO DE RESERVA DE DOMINIO: SI LOS ASIENTOS REGISTRALES SE HAN CANCELADO POR CADUCIDAD, EL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO NO PUEDE Oponerse a LA HACIENDA PUBLICA QUE EMBARGO LAS MAQUINAS POR DEBITOS FISCALES DEL COMPRADOR. ARTICULO 23 DE LA LEY. LA CERTIFICACION REGISTRAL COMO DOCUMENTO AUTENTICO (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1975).

Hechos.—La entidad «Usón, S. A.» presentó demanda contra el ejecutante Zona Primera de Recaudación de Contribuciones de Zaragoza, que actúa como órgano recaudador de la Hacienda Pública, y contra el ejecutado don José González Torres, sobre tercería de dominio, basándola en que dicha Recaudación había sacado a subasta, previo embargo, cinco máquinas que la entidad actora había vendido en su día al señor González Torres con pacto de reserva de dominio, por lo que no se había transmitido aún la propiedad al comprador, al no estar pagado el precio total de las mismas, debiendo, en consecuencia, alzarse el embargo.

Contestada la demanda, y seguidos los trámites pertinentes, el Juez de Primera Instancia número 4 de Zaragoza dictó sentencia estimando la demanda y declarando que pertenecen a la actora en pleno dominio los bienes embargados por la Hacienda Pública a don José González Torres, siendo confirmada esta sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza.

El Abogado del Estado, en representación de la Hacienda Pública, interpone recurso de casación por infracción de ley, basándose, entre otros motivos, en error de hecho en la apreciación de la prueba, al no tener en cuenta la Sala el contenido de la certificación del Registro de Ventas a Plazos de Zaragoza, incorporada al rollo de segunda instancia, según la cual, los contratos de compraventa de las máquinas que constaban inscritos en dicho Registro en fecha anterior a las diligencias de embargo, habían caducado en la fecha que indica, mucho antes, por tanto, que se presentara la demanda rectora del procedimiento, gozando tal certificación del Registrador Mercantil de autenticidad formal y material suficiente para que los hechos que exterioriza—la fecha de caducidad de los efectos de los contratos—se impusieran a los criterios de enjuiciamiento realizados por la Sala sentenciadora.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara haber lugar al recurso por lo se expresa en los tres primeros «Considerandos» de la primera sentencia:

«Considerando: Que es cuestión de excepcional significación, por estar estrechamente relacionada con la motivación del recurso, la de determinar si es eficaz el pacto de reserva de dominio consignado en los contratos de compraventa de la maquinaria embargada, objeto de la tercería de dominio, como sostiene la parte actora, hoy recurrida, criterio aceptado por el Tribunal de instancia, o, no lo es, porque tales reservas fueron canceladas registralmente, como expresa la parte recurrente.»

«Considerando: Que la validez y eficacia de un acto puede depender del cumplimiento de determinadas circunstancias, que, por revelar la celebración del mismo, integran medios de publicidad, cuya finalidad es la de que el acto jurídico llegue a conocimiento no sólo de los que intervinieron en su realización, sino, además, de los terceros, figurando como medio de publicidad la inscripción en los diferentes Registros o Archivos, que, a veces, condiciona la tipificación de los efectos propios del acto al cumplimiento de dicho requisito, impuesta como carga.»

«Considerando: Que de conformidad con lo que se establece en el artículo 23 de la Ley de 17 de julio de 1975, reguladora de la venta a plazos de bienes muebles, la inscripción en el Registro de reservas de

dominio y prohibición de enajenar, es de inexcusable observancia, para que puedan ser oponibles a los que no intervinieron en los contratos, en los que fueron incluidas, y según lo que se dispone en el artículo 17 de la Orden del Ministerio de Justicia de 8 de julio de 1966, a la cual se remite dicha Ley, en lo concerniente a la manera de llevar dicho Registro, caducarán y se cancelarán de oficio por el transcurso de los plazos expresados en dicho precepto, los asientos registrales de inscripción de las reservas de dominio, teniendo constancia en las actuaciones —folios 72 y 202 al 206— que de los cinco contratos de compraventa ya citados, uno de ellos, de fecha 11 de julio de 1966, ni se ajusta al modelo establecido en la Ley Especial ya mencionada, ni fue inscrito, y los otros cuatro extendidos en ese modelo e inscritos, en fechas anteriores al embargo de la maquinaria vendida, aparecen caducados el 31 de diciembre de 1968, 10 de abril y 17 de junio de 1970 y 31 de marzo de 1971, fechas anteriores, no sólo a la de demanda de 19 de enero de 1972, sino también a la de 31 de agosto de 1971, en el que el recurrido solicitó de la Delegación de Hacienda de Zaragoza se dejara sin efecto el embargo referido, así pues, es evidente tanto la inoponibilidad a la Hacienda Pública de las reservas de dominio ya expresadas, como que la certificación librada por el Registrador Mercantil de Zaragoza, expedida el 20 de febrero de 1974, traída a los autos para mejor proveer, acredita, de manera auténtica, la equivocación indudable de la Sala de instancia, al no tener en cuenta la caducidad de los asientos registrales en las fechas anteriormente citadas, como se hace constar en dicho documento, y si únicamente lo relativo a la inscripción de los cuatro contratos ya expresados, error de hecho alegado en el motivo primero, amparado en el número 7.º del artículo 1.292 de la Ley procesal civil, que ha de ser acogido, así como también el quinto, aducido por el ordinal primero de igual precepto, por aplicación indebida del artículo 23 de la Ley de 17 de julio de 1975, ya que, no obstante, la inexistencia del supuesto de inoponibilidad a terceros, de los pactos de reserva de dominio, por la caducidad de los asientos registrales correspondientes, lo aplica como base o fundamento del dominio de los bienes embargados, según el contenido del Considerando tercero de la sentencia impugnada.»

En la segunda sentencia, desestima la demanda por no quedar debidamente justificado el dominio de los bienes por la entidad tercerista.

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS: SI LOS HUECOS SE ABRIERON EN PARED EXCLUSIVAMENTE PROPIA, ES NEGATIVA. PRUEBA DE CONFESION JUDICIAL (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1975).

Hechos.—Doña Luisa Vich Nebot formuló demanda contra doña María de los Dolores Piña Fuster, doña Montserrat Blanes Piña y la Comunidad de Propietarios de la finca números 36, 36 bis y 38 de la calle de San Miguel de Palma de Mallorca, sobre cierre o supresión de ventanas y luces, estableciendo en síntesis que, en la pared divisoria de las fincas de ambas partes, pared que es propiedad exclusiva de las demandadas, éstas tienen abiertas unas ventanas o aperturas que dan sobre la porción sin edificar o jardín de la casa de la demandante, que no guardan las medidas y condiciones exigidas por la ley y fueron abiertas sin permiso ni autorización de la actora, que las permitió por mera tolerancia tácita.

Suplica se dicte sentencia declarando que la finca de la actora no está sujeta a ninguna clase de servidumbre de luces o vistas en favor de la finca de las demandadas, condenando a éstas a tapiar a su costa las ventanas abiertas sin título ni autorización, o al menos obligándolas a reducirlas a sus dimensiones legales, o bien se faculte a la actora para que, a costa de las demandadas, pueda tapiar o reducir dichas ventanas.

El Juez de Primera Instancia número 1 de Palma de Mallorca dictó sentencia por la que, sin entrar en el fondo del asunto y estimando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario que había opuesto a la demanda la parte demandada, absolvió a dichos demandados.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca estimó el recurso de apelación interpuesto por la actora y, con revocación de la sentencia del Juzgado y entrando en el estudio de fondo de la demanda, declaró no haber lugar a la demanda, de la que se absolvió a los interpellados.

La parte demandante interpone recurso de casación por error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión judicial prestada por la parte demandada, e infracción por no aplicación del artículo 533 en relación con el 538 del Código civil, entre otros motivos.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara haber lugar al recurso por lo que se establece en su primera sentencia:

«Considerando: Que el motivo primero del recurso, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión judicial prestada por la parte demandada, hoy recurrida, por violación de los artículos 1.232 del Código civil y 580 de la Ley Procesal de este orden, que ha de ser estimado, pues doña María de los Dolores Piña Fuster reconoce expresamente al contestar a la quinta de las posiciones formuladas por la actora, hoy recurrente, que la pared en que se levantan las ventanas que miran sobre el patio interior de la finca colindante *es de su exclusiva propiedad*, declaración acorde con el resto de la prueba de confesión, que según la jurisprudencia de esta Sala no ha de apreciarse aisladamente en uno solo de sus extremos o posiciones, sino conjuntamente toda ella, que a su vez viene a reiterar las confesiones anteriormente prestadas en el interdicto por dicha parte promovido en el año 1970—filios 130 al 133 de los autos—, y en el juicio declarativo de menor cuantía instado por la hoy actora y recurrida en el año 1971—filios 106 al 109 de estos autos—, por todo lo cual la sentencia recurrida ha incurrido en la violación de los preceptos denunciados, al no reconocer, pese a que está reiteradamente confesado por la parte ahora recurrida, que dicha pared tiene la condición de ser propiedad suya exclusivamente.»

«Considerando: Que la estimación del motivo examinado conduce a la del segundo que acusa la violación del artículo 533 en relación con el 538 del Código civil, pues según reiterada doctrina de esta Sala, lo que caracteriza y distingue a las servidumbres positivas de las negativas consiste en que en éstas el dueño del predio sirviente no tiene parte activa alguna y sólo le es prohibido hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre; y aplicando este principio a las de luces y vistas, si los huecos se abren en pared exclusivamente propia—como en el caso de autos—, es negativa, porque el dueño del predio dominante no impone al dueño del sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o hacerla por sí mismo, sino únicamente la prohibición de hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre, como es el tapar los huecos, levantando pared en su terreno; pero si se abren en pared ajena o medianera, la servidumbre es positiva, porque no puede constituirse sin el asentimiento presunto

del otro medianero o del dueño de la pared (sentencias de 8 de febrero de 1889, 9 de febrero de 1907, 8 de enero de 1908, 12 de octubre de 1909, 8 de junio de 1918, 20 de abril de 1923, 15 de marzo de 1934 y 19 de junio de 1951).»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima la demanda, pues partiendo del carácter negativo de la servidumbre de autos, el tiempo para adquirirla por prescripción se habrá de contar desde el acto obstativo y, probado que en este caso el primer hecho obstativo fue el interdicto que en el año 1970 hubo de promover la parte demandada en este litigio frente a la actora, como consecuencia de la elevación de un muro por ésta, que le tapaba las ventanas, es evidente que desde 1970 hasta la fecha de interposición de la demanda actual no han transcurrido los veinte años a que se refiere la ley para que pueda jugar a favor de la parte demandada la prescripción adquisitiva.

COMENTARIO.—En la primera sentencia, rescindente o de casación, el Tribunal Supremo confirma la reiteradísima doctrina legal sobre la naturaleza negativa de la servidumbre de luces y vistas en el caso de que los huecos estén abiertos en pared propia del dueño dominante. En la segunda sentencia se establece el cómputo del plazo de prescripción de esa servidumbre negativa a partir del primer hecho obstativo, que se produjo con ocasión de un interdicto, no habiendo pasado aún los veinte años que la ley señala para ganar la prescripción.

Ahora bien, a efectos de doctrina legal, hay que centrarse exclusivamente en la sentencia rescindente o de casación, que es la primera, por lo cual, sólo para destacar la naturaleza negativa de la servidumbre puede ser citada la presente sentencia, no para confirmar que el cómputo del plazo de prescripción se produce a partir del acto obstativo. Claro que esto es una consecuencia de la previa calificación de la servidumbre como negativa. No obstante, aunque son dos problemas conectados, puede producirse, desde algunas perspectivas, un planteamiento separado de uno y otro, por lo que, sobre esa base, interesa matizar bien la doctrina contenida en la presente sentencia.

Hecha esta aclaración previa, vamos a exponer a continuación las distintas opiniones sobre uno y otro problema, situándonos en una posición, como después veremos, que no coincide totalmente con la doctrina legal del Tribunal Supremo.

Sólo nos vamos a referir al supuesto de ventanas abiertas en pared propia del predio dominante (no al supuesto de pared medianera o ajena) y sobre la base de que tales huecos hayan sido abiertos a una distancia del predio sirviente no tolerada por el artículo 582 del Código, es decir, a una distancia inferior a dos metros o sesenta centímetros, según se trate de vistas rectas u oblicuas, ya que ése es el supuesto de la presente sentencia y el que plantea discusiones en la doctrina.

He aquí las diferentes posiciones:

1.ª *La servidumbre es NEGATIVA y el plazo de prescripción se cuenta desde el acto obstativo, no desde la apertura de los huecos.*—Esta es la postura de la jurisprudencia. Según Antonio HERNÁNDEZ GIL, también entre los autores predomina esta teoría. Sin embargo, aunque en cierto modo es así, muchos autores hacen alguna matización interesante respecto a ese carácter negativo, combinándolo con un cierto aspecto positivo, por lo que nosotros preferimos incluir a la doctrina dominante en un grupo aparte. En cuanto a la jurisprudencia, el citado autor señala que es concluyente, y así es efectivamente, citando como definidoras del carácter negativo de las servidumbres de luces y vistas mediante huecos abiertos en pared propia, las sentencias de 9 de febrero de 1907, 8 de enero de 1908, 12 de octubre de 1909, 20 de abril de 1923, 27 de mayo de 1922, 24 de marzo de 1933, 15 de marzo de 1934, etc. A ellas puede

añadirse la presente sentencia, que ahora comentamos, pero, como hemos dicho, sólo en lo relativo a que la servidumbre es negativa, no respecto al cómputo de plazo prescriptivo. El propio HERNÁNDEZ GIL, al tratar de este último problema, lo enlaza lógicamente con el carácter negativo asignado a la servidumbre y cita las sentencias de 12 de noviembre de 1889, 31 de mayo de 1890 y 19 de enero de 1909. Dicho autor también sigue esa postura y encuentra su apoyo precisamente en la jurisprudencia citada. Para despejar cualquier vacilación estudia el hipotético carácter positivo de la servidumbre y llega a la conclusión de que, aunque implica también un contenido positivo, como sería el ver o mirar a través de las ventanas, ello no es suficiente para calificarla como positiva, pues el verdadero contenido de la misma es el prohibir algo, levantar edificaciones, no mirar a través de las ventanas. Y más adelante, confirmando la misma idea, dice que los conceptos jurídicos tienen que definirse por aquellas notas que especifica y necesariamente las distinguen, y no por aquellas otras que, aun dándose también, no las distinguen (1). Sin embargo, este autor no nos llega a convencer plenamente, pues queda sin explicar por qué ese contenido positivo que vislumbra no puede pasar a formar parte de la servidumbre de luces y vistas, por lo que parece ser una postura que se apoya en afirmaciones más que en verdaderas argumentaciones. En cuanto a la jurisprudencia, ésta explica la intrascendencia de la apertura de ventanas en sí mismas por presumir que significa para el que las soporta un mero acto de tolerancia. Pero esta presunción no es convincente tampoco y deja sin explicar por qué una servidumbre negativa, que no puede ser aparente, cabe adquirirla por prescripción.

2.^a *La servidumbre es POSITIVA y el plazo de prescripción se cuenta desde la apertura de las ventanas.*—Desde esta perspectiva, el contenido básico de la servidumbre de luces y vistas consiste en poder ver o mirar a través de las ventanas, con la consiguiente molestia o gravamen para el predio sirviente. Y si ése es el contenido definidor de la servidumbre, que se manifiesta por la apertura de los huecos, lógicamente el cómputo de plazo de prescripción tendrá que contarse desde que se abrieron tales huecos, sin que haya razón para presumir que la apertura de ventanas se produjo por acto de mera tolerancia. Esta postura creemos que refleja la tendencia popular en el asunto, por lo menos en ciertas zonas y entre ciertas personas, que nosotros mismos hemos podido comprobar cuando se nos consultaba al solicitar nota simple del Registro sobre la existencia de ventanas. Según esa creencia popular de algunas zonas, la apertura de ventanas y la tenencia de las mismas durante más de veinte años sin oposición determina la adquisición por prescripción de la servidumbre de luces y vistas con todas las consecuencias. De ahí esa costumbre de fotografiar el muro en que existe una ventana antes de derribarlo y de pretender constatar la existencia del hueco a través de acta notarial. Luego viene la decepción cuando se les dice que según la jurisprudencia no basta haber tenido la ventana sin oposición durante más de veinte años, a veces más de ciento, sino que es necesario un acto obstativo. Nosotros creemos que existe un fondo de verdad en esta postura y puede incluso apoyarse en la configuración positiva de la servidumbre de luces y vistas por algún autor, como MUCIUS SCAEVOLA y GONZÁLEZ-ALEGRE (2). No obstante, no acaba de adaptarse al contenido legal del artículo 585 del Código civil y lleva a una consecuencia desorbitada, porque la apertura de las ventanas y su tenencia durante más de veinte años podría determinar, a lo sumo, el mantenimiento de las mismas, pero es exagerado que lleve consigo una prohibición de edificar a menos de tres metros.

(1) ANTONIO HERNÁNDEZ GIL. *Dictámenes*, tomo I, págs. 279 y 321 especialmente

(2) MUCIUS SCAEVOLA, tomo IX, pág. 286, y tomo X, pág. 184; GONZÁLEZ-ALEGRE *Manual de servidumbres*, págs. 276, 294, 295 y 299

3.ª *La servidumbre es POSITIVA, pero el plazo de prescripción se cuenta desde el acto obstativo, no desde la apertura de las ventanas.*— De esta opinión es ALBALADEJO. Por un lado, este autor defiende abiertamente el carácter positivo de la servidumbre de luces y vistas referente a ventanas o huecos abiertos en la primera zona de distancias del artículo 582, es decir, en la «franja que bordea el predio sirviente» (dos metros si el hueco tiene vistas rectas sobre este predio, y 60 centímetros si las vistas son de costado). Y lo explica así: «Es servidumbre positiva la mediante hueco en pared dominante que esté en la primera zona, porque siendo positiva la servidumbre que fuerza a soportar a un predio lo que sin servidumbre no tendría que tolerar, resulta que lo es la que obliga a admitir el hueco abierto en una zona en la que sin la servidumbre no tendría que sufrirlo» (3).

Pero una vez configurada la servidumbre en cuestión como positiva, la postura de ALBALADEJO se torna, en cierto modo, contradictoria, al adoptar la postura jurisprudencial de que, a pesar de ese carácter positivo, el plazo de prescripción debe contarse desde el acto obstativo, no desde la apertura de ventanas, olvidando, sin duda, a estos efectos, que la apertura de huecos dentro de la primera zona, contra lo dispuesto en el artículo 582, determina, en su opinión, contenido positivo de la servidumbre. Veamos lo que él mismo dice: «En realidad, la ley y jurisprudencia deberían decir que a esas servidumbres positivas, mal llamadas negativas, siendo positivas verdaderamente, sin embargo, se les aplica la regla (válida para las demás positivas) de que la usucapión comienza cuando empieza (por la apertura del hueco) el ejercicio de la supuesta servidumbre, sino la excepción de que hace falta un acto prohibitivo del que la ejerce al que la soporta, por el que aquél vede a éste hacer lo que realmente está facultado a hacer (por ejemplo, a construir como si no hubiese servidumbre, que verdaderamente no la hay), pero que se viene a omitir», y señala como razón la de que los huecos ilegales abiertos se presume que, hasta el acto obstativo, se tienen no en concepto de derecho, sino de tolerancia (4).

Nosotros creemos que no acaba de haber una plena concordancia entre la calificación positiva de la servidumbre y el cómputo de la prescripción a partir del acto obstativo, pues esto va en contra del artículo 538, que bien claramente señala que el cómputo en las servidumbres positivas se produce desde que hubiere empezado a ejercerlas, refiriendo sólo el cómputo a partir del acto obstativo a las servidumbres negativas.

4.ª *La servidumbre es NEGATIVA, pero se señala cierto aspecto POSITIVO de la misma para explicar su carácter aparente, a efectos de prescripción.*—Aquí podemos incluir a la doctrina dominante, por ejemplo, MANRESA, DE DIEGO, CASTÁN, PUIG PEÑA, PUIG BRUTAU. Así, CASTÁN, al estudiar la distinción de las servidumbres positivas y negativas, defiende abiertamente la naturaleza negativa (conforme a la jurisprudencia) de la servidumbre de luces y vistas abiertas en pared propia. Más adelante, al ocuparse del cómputo del plazo de prescripción, insiste en la calificación de negativa y en el cómputo de la misma a partir del acto obstativo. Sólo al plantearse el problema de cómo es posible que una servidumbre negativa, que por esencia debe ser «no aparente», pueda ser adquirida por prescripción (contra los arts. 537 y 539 del Código civil), explica que el artículo 538 del Código civil se refiere a ciertas servidumbres negativas (las de luces y vistas) que son secuela de determinado contenido o aspecto positivo de las mismas (la apertura de ventanas) (5).

Esta postura no es decididamente mixta, pues ya hemos visto que, en

(3) ALBALADEJO: *Derecho Civil*, III, vol. II, pág. 107.

(4) ALBALADEJO, *ob. cit.*, págs. 130 y 131.

(5) CASTÁN, tomo II, vol. II, 10.ª ed., 1965, págs. 83, 89 y 128.

definitiva, se acepta el carácter negativo de la servidumbre, permaneciendo el carácter positivo asignado como en una nebulosa, sin efectos prácticos. Por ello, aunque tiene la virtud de ver cierto aspecto positivo de la servidumbre de luces y vistas, lo deja como en tinieblas, arrollado por el carácter negativo que asigna a dicha servidumbre.

5.ª *La servidumbre es MIXTA, en el sentido de tener un doble CONTENID, POSITIVO y NEGATIVO, contándose la prescripción desde que se producen, de forma acumulada, el acto obstativo y la apertura de ventanas.*—Esta es nuestra opinión, que ya formulamos de una manera incidental en otra ocasión (6). No es que unas veces sea positiva y otras negativa, sino que centrándonos exclusivamente en los huecos abiertos en pared propia del predio dominante, entendemos que la servidumbre resultante tiene ese doble contenido: el positivo, consiste en la posibilidad de abrir y tener los huecos y de mirar a través de ellos; el negativo, consistente en la prohibición para el predio sirviente de edificar a menos de tres metros de distancia. Naturalmente, nos referimos a la servidumbre tipificada en el Código civil, dejando aparte la diversidad de contenidos que puedan resultar de los pactos de las partes.

Nos fundamos en la interpretación combinada de los artículos 582 y 585 del Código civil y en la propia denominación de la servidumbre de luces y vistas, que es bien expresiva en pro del carácter positivo de la misma y no exclusivamente negativa. En el artículo 582 del Código civil queda bien claro el aspecto positivo de la servidumbre, pues si está prohibido tener ventanas en esa zona próxima al predio sirviente, tenerlas y mirar a través de ellas, así como haberlas abierto, significa un dejar tener y un dejar hacer característico de la servidumbre positiva. El Proyecto de 1851 era bien expresivo en este aspecto, al decir, en su artículo 532, el equivalente al actual 582, que «no se pueden tener vistas rectas o ventanas *para asomarse...*» Este «asomarse» forma parte del contenido positivo de la servidumbre. Pero todavía hay más: en el artículo 585 se prevé claramente el contenido negativo, es decir, la prohibición de edificar, pero se regula como algo complementario del contenido positivo, no como único contenido de la servidumbre, lo cual da pie para defender el doble contenido de la misma, según el propio artículo 585. Dice este precepto: «Cuando por cualquier título se hubiere adquirido derecho a tener vistas directas, balcones o miradores sobre la propiedad colindante, el dueño del predio sirviente no podrá edificar a menos de tres metros de distancia, tomándose la medida de la manera indicada en el artículo 583.» De aquí se desprende que no se puede olvidar el contenido negativo que legalmente se asigna a estas servidumbres, pero tampoco se puede olvidar que se parte de la previa existencia de un «derecho a tener vistas directas, balcones o miradores sobre la propiedad colindante», que es el contenido positivo de la servidumbre.

Por tanto, no comprendemos cómo algo tan elemental, que se desprende de la propia lectura del Código, no ha sido tenido en cuenta por la doctrina y la jurisprudencia al calificar este tipo de servidumbres.

A efectos del cómputo del plazo de prescripción, si admitimos que la servidumbre prevista en la ley tiene un doble contenido, lo lógico será tener en cuenta ambos a efectos de la prescripción adquisitiva y del cómputo de plazo, pues es algo que también resulta del artículo 538 del Código civil. Si el tiempo de la posesión se cuenta, en las positivas, «desde el día en que el dueño del predio dominante» «hubiera empezado a ejercerla», y en las negativas, «desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho, que sería lícito sin la servidumbre», aplicando estas ideas

(6) En esta Revista, número 499, pág. 1552, nota 28.

resultará que, en nuestro caso, sólo podrá contarse el plazo de prescripción cuando de forma acumulada se den ambos requisitos. De modo que no basta la apertura de ventanas, pero tampoco basta el acto obstativo. Es necesario que se hayan producido ambos, y a partir del último que se produzca empieza el cómputo del plazo de prescripción. Si el dueño del predio dominante (en hipótesis) le comunica por acta notarial que va a abrir unas ventanas en su edificio a menos de dos metros de distancia, y el colindante contesta en un sentido prohibitivo, el plazo no debe empezar a contarse, en nuestra opinión, desde este acto obstativo, sino desde que se empieza a ejercer el contenido positivo mediante la apertura de las ventanas. Y viceversa: si el dueño dominante abre por su cuenta unas ventanas sin haberse producido todavía el acto obstativo, no corre aún el plazo de prescripción de la servidumbre tipificada en el artículo 585 del Código civil, porque falta el requisito del acto obstativo referido al contenido negativo de la servidumbre. Como lo normal es que el acto obstativo se produzca después de la apertura de ventanas, se puede llegar por un camino distinto y con diferente razonamiento a una aproximación a la doctrina del Tribunal Supremo.

Pero la teoría mixta creemos que ofrece más ventajas que la simplemente negativa del Tribunal Supremo. En primer lugar, se adapta mejor a los artículos 582 y 585 del Código civil. En segundo lugar, permite explicar por qué el artículo 538 del Código civil alude a la prescripción de servidumbres negativas, pues esa referencia lo es a las servidumbres mixtas, que son negativas y positivas por su doble contenido y, por tanto, aparentes unitariamente consideradas, con lo que no hay ninguna colisión entre el artículo 537 y el 538. En tercer lugar, la referencia al aspecto positivo (apertura de ventanas) es interesante para explicar el alcance concreto de la servidumbre adquirida por prescripción, conforme al aforismo *tantum prescriptum quantum possesum*, pues, como decía GARCÍA GOYENA, «si eran dos las ventanas abiertas, respecto a ellas solas obrará la prescripción y no podrá abrirse otra más» (7), lo cual demuestra que no es indiferente el contenido positivo concretado en la apertura de ventanas. En cuarto lugar, y fuera ya del tema de la prescripción, nuestra postura mixta explica perfectamente que se dé una acción negatoria de servidumbre tendente a que se cierren las ventanas abiertas, aun cuando el que las abrió no haya prohibido edificar. Si sólo se pretende cerrar las ventanas y se estima que la apertura de las mismas no representa contenido positivo de servidumbre, no sería lógico admitir la acción «negatoria de servidumbre», y, sin embargo, esa acción es muy frecuente en la práctica y los Tribunales la admiten con ese nombre, y eso que lo que se «niega» es el aspecto positivo exclusivamente, no el aspecto «negativo», que en muchos casos nadie discute. Por tanto, desde un punto de vista procesal, es más adecuado comprender en estas servidumbres el contenido positivo y no sólo el negativo, pues si no los términos no se adaptan a la clase de acción ejercitada.

El problema de la posibilidad de que queden separados por título o por prescripción los contenidos positivo y negativo de la servidumbre de luces y vistas.—Hasta ahora nos hemos ocupado de la servidumbre de luces y vistas tipificada en el artículo 585 del Código civil, con su doble contenido, que determina la necesidad de atender acumuladamente a un doble cómputo, a efectos de prescripción. Pero ¿es posible adquirir por prescripción uno solo de los contenidos de la servidumbre? Veamos, en primer lugar, si es posible adquirir por «pacto expreso» uno solo de esos contenidos prescindiendo del otro, es decir, si el artículo 585 del Código civil es imperativo o admite pacto en contrario. Si relacionamos

(7) GARCÍA GOYENA: *Concordancias. Motivos y concordancias del Código civil español*, reimpresión realizada por la Cátedra de LACRUZ, Zaragoza, 1974, pág. 271.

dicho artículo 585 del Código civil con el 598, llegaremos a la conclusión de que cabe constituir una servidumbre de luces y vistas con sólo contenido positivo, y que cabe regular simplemente una servidumbre de prohibición de edificar de carácter negativo o de *altius non tollendi*, sin prever para nada la apertura de ventanas a menor distancia de las legales, es decir, sin contenido positivo. Y es que el artículo 598 atiende, en primer lugar, al «título» para determinar el contenido de la servidumbre, y sólo «en su defecto se regirá la servidumbre por las disposiciones del presente título que le sean aplicables». Claro que si sólo se pactan las vistas a través de ventanas o balcones, sin más, entra en acción, de modo *complementario*, el artículo 585, con la inclusión del contenido negativo. Pero si se pacta expresamente que queda excluido el contenido negativo, constituyendo simplemente una servidumbre con contenido positivo, consistente en tener ventanas o balcones a menos de dos metros de distancia del predio colindante, a ese pacto expreso hay que atenerse por imperativo del artículo 598. Por otro lado, en la práctica se constituyen a veces servidumbres meramente negativas de prohibición de edificar y de *altius non tollendi*, sin admitir para nada ventanas a menor distancia de las legales, y ello es perfectamente posible dado lo dispuesto en el citado artículo 598, en relación con el 594.

Una vez estudiado el pacto expreso contrario al artículo 585, volvamos a la pregunta de si la prescripción puede operar con separación respecto a los contenidos positivo y negativo de la servidumbre. El problema es importante, porque si se admite tal separación, se llegará a la conclusión de que el cómputo del plazo es distinto según los casos. Desde luego, si se pretende adquirir una servidumbre mixta, ya hemos dicho que deben darse conjuntamente los dos supuestos de cómputo. Pero ¿cabe admitir el cómputo a partir de la apertura de ventanas para adquirir una servidumbre de luces y vistas limitada, sin contenido negativo? ¿Cabe adquirir por prescripción sólo el contenido negativo a partir del acto obstativo? Contestando primero a esta última pregunta, diremos que no es posible adquirir por prescripción una servidumbre exclusivamente negativa de prohibición de edificar o de *altius non tollendi* sin apertura de ventanas, pues entonces sería servidumbre no aparente y no podría adquirirse por prescripción, según resulta de los artículos 537 y 539 del Código civil. En relación con la primera pregunta, acerca de si cabe adquisición exclusiva de contenido positivo de la servidumbre, es decir, si cabe mantener las ventanas por transcurso de veinte años desde su apertura (sin oposición), aunque no lleve consigo la prohibición de edificar del artículo 585 del Código civil, la cuestión es ya más discutible. Desde luego, ya hemos dicho que la jurisprudencia y la doctrina, en su mayor parte, no lo admite, pero también hemos dicho que sus argumentos no son convincentes. Un primer obstáculo para admitirlo sería aludir a lo absurdo del supuesto de hecho contemplado: serían unas vistas miopes aquellas que se produjeran a través de una ventana abierta a menos de dos metros sin posibilidad de exigir que no se edificase. No obstante, se podría contestar que el mantenimiento de las ventanas podría interesar por varias razones, aun en ese supuesto: la estética de la fachada del edificio; el problema del coste de las obras; la posibilidad de tener luces amplias, aunque las vistas estén limitadas; la posibilidad de tener incluso vistas amplias en aquellos casos en que las ventanas se hayan abierto a una altura muy considerable y el colindante no esté dispuesto a hacer por su cuenta un muro de separación hasta tanta altura, etc. Por otro lado, es lo más justo: si a la vista, ciencia y paciencia del que tiene que soportar las vistas, se han abierto las ventanas y se han mantenido por más de veinte años, ¿no significa esto una posesión de las ventanas y del propio edificio con su configuración existente? ¿En virtud de qué principio cabe decir que la apertura de huecos implica una mera tolerancia carente de eficacia,

si tal hecho supone una infracción del artículo 582, purificable por el transcurso del tiempo, como toda infracción legal? Otro obstáculo podría ser el citado artículo 585 del Código civil, en el sentido de que si la ley asigna ese doble contenido, no puede adquirirse uno solo de ellos. Pero ya hemos dicho que ese precepto no es terminante y debe ceder ante el artículo 598, que también alude a la «posesión» como determinante del contenido de la servidumbre.

En conclusión, nuestra postura se resume así: la servidumbre de luces y vistas tipificada legalmente tiene un doble contenido, positivo y negativo, cuya adquisición por prescripción exige la concurrencia de los dos cómputos establecidos en el artículo 538 del Código civil, pero siendo posible la adquisición *exclusiva* del contenido positivo por el mantenimiento de las ventanas sin oposición durante veinte años, aunque no lleve consigo el fundamental contenido negativo (prohibición de edificar) si no ha transcurrido ese tiempo desde el acto obstativo.

No obstante, hemos visto que la jurisprudencia y la doctrina mantienen otras opiniones, por lo que la nuestra no deja de ser una forma particular y discutible de ver el problema.

TERCERIA DE DOMINIO; PRENDA DE ACCIONES DE SOCIEDAD FAMILIAR EN ESCRITURA PUBLICA: NO SE APLICAN LAS NORMAS DEL CODIGO DE COMERCIO RELATIVAS AL PRESTAMO GARANTIZADO CON EFECTOS COTIZABLES FORMALIZADO EN PO-LIZA INTERVENIDA POR AGENTE COLEGIADO (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1975).

Hechos.—Don Julio José Serrano Núñez formuló demanda sobre tercera de dominio contra «Banco de Simeón, S. A.», y contra don José Carlos García Fajardo y esposa, exponiendo en síntesis: que en juicio ejecutivo el citado Banco, como ejecutante, embargó a los esposos demandados 2.445 acciones de la Sociedad «Hijos de J. Barreras, S. A.», de 1.000 pesetas nominales cada una, manifestando éstos en las diligencias del juicio ejecutivo que tales acciones se hallaban pignoradas en escritura pública a favor de don José Manuel Marañoñ Richo, que quedaba facultado para hacerse pago tomando posesión material de las acciones pignoradas, cancelar depósitos e incluso la realización por venta, cosa que hizo a favor del actor, con lo que éste había adquirido las reseñadas 2.445 acciones, según operación efectuada al contado; que la pignoración fue anterior a la diligencia de embargo, y a pesar de la manifestación de los demandados y del documento auténtico de pignoración, lo cierto es que se ha hecho caso omiso de ello, lo que obligaba al actor a promover la tercera, con la súplica de que se declare que las acciones le pertenecen en propiedad y posesión, debiendo alzarse el embargo trabado en el juicio ejecutivo citado.

El «Banco de Simeón, S. A.», contestó a la demanda oponiéndose a la misma.

El señor Juez de Primera Instancia número 1 de los de Vigo dictó sentencia desestimando la demanda, siendo confirmada esta sentencia por la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, basándose en que la transmisión de acciones tuvo lugar después de producido el embargo, aunque la escritura de pignoración a favor del causante del actor fuese anterior.

El demandante interpone recurso de casación por infracción de ley, basándose fundamentalmente en la violación cometida por inaplicación del artículo 320 del Código de Comercio, según el cual no se puede proceder contra bienes dados en prenda si no es a través del pago preferente

sobre ellos, y porque la Audiencia desconoce la naturaleza jurídica del embargo, al declarar que con éste las acciones habían quedado sustraídas al tráfico comercial.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que el motivo primero del recurso, interpuesto al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea del artículo 323 del Código de Comercio y por violación de los artículos 320, 324 y 545 del mismo Cuerpo legal, tiene que ser desestimado, porque al no tratarse en el caso presente de préstamo que se garantiza con efectos cotizables, hechos en pólizas con intervención de agentes colegiados, sino de acciones de una sociedad familiar, pignoradas por contrato extendido ante Notario, no son de aplicación los artículos invocados en el motivo, sino los preceptos contenidos en el título XV, capítulo II, del Código civil.»

«Considerando que tampoco puede prosperar el motivo segundo y último del recurso, en el que se invoca, al amparo de igual precepto amparador que el anterior, la interpretación errónea de los artículos 1.537 y 1.532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la violación, por no aplicación, de los artículos del Código civil que menciona relativos a la posesión; en primer lugar, porque los artículos de la ley procesal que se mencionan no tienen carácter sustantivo y no puede, por tanto, ser criticada su aplicación o falta de aplicación con apoyo en el precepto amparador que se invoca, y en cuanto a la violación por no aplicación de los artículos que se reseñan en segundo lugar, porque no son problemas de posesión los que se discuten en el pleito, ya que en él se da por supuesto, con el asentimiento de ambas partes, según la escritura de 29 de diciembre de 1970, antes mencionada, el traspaso de dicha posesión al acreedor.»

TERCERIA DE DOMINIO; CUESTIONES PROCESALES: LEGITIMACION PARA INTERPONER EL RECURSO. LA ADHESION A LA DEMANDA ES UNA FIGURA QUE NO EXISTE EN NUESTRO SISTEMA PROCESAL (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1975).

Hechos.—Don Juan García Hidalgo dedujo demanda contra don Maximino Noriega Bernal y 49 personas más, alegando que había comprado un edificio en Sevilla al demandado, don Maximino Noriega Bernal, el día 25 de mayo de 1966, por medio de escritura pública, y que pocos meses después de la escritura, pero cuando todavía estaba inscrita la finca a nombre del vendedor, señor Noriega, los productores de la empresa de este señor, que son los otros demandados, embargaron el citado edificio en expedientes seguidos ante la Magistratura de Trabajo, practicándose las correspondientes anotaciones preventivas en el Registro, y que se declara totalmente ajeno a las obligaciones que puedan afectar al señor Noriega, por lo que siendo el edificio propiedad del actor, suplica se dicte sentencia declarando que el mismo está libre de embargos, debiéndose cancelar las anotaciones practicadas.

Don Maximino Noriega Bernal contestó a la demanda aceptando íntegramente los hechos de la misma, afirmando que cuando vendió la casa al actor no podía pensar que sobre él se cernía la catástrofe que suponen los procedimientos seguidos ante la Magistratura.

Otros dos demandados contestan a la demanda oponiéndose, formulando también reconvencción por entender que debe declararse inexistente por simulación la escritura de compraventa o, subsidiariamente, debe rescindirse por haber sido otorgada en fraude de acreedores.

El Juez de Primera Instancia número 7 de los de Sevilla desestimó

la demanda, declarando, de acuerdo con la reconvencción, la rescisión de la compraventa.

Apelada la anterior sentencia no por el actor, sino por el demandado, don Maximino Noriega Bernal, que había aceptado la demanda, la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, dictó sentencia revocando la del Juzgado y declarando que el actor es dueño de la casa comprada, sin haber lugar a resolver sobre las peticiones de levantamiento y cancelación del embargo y desestimando la reconvencción.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el propio demandado, señor Noriega, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que un recurso, en términos procesales, es un medio que la ley concede para impugnar una resolución judicial a la parte que se estime perjudicada por aquélla, y como el interés es el móvil de la acción, carece de legitimación activa para interponer un recurso aquel a quien dicha resolución no le haya producido perjuicio alguno.»

«Considerando que en este supuesto se encuentra el promotor del recurso de casación que se contempla, interpuesto por don Maximino Noriega Bernal, cuya posición en el proceso fue la de demandado en la demanda inicial dirigida contra él y otros; que, por su parte, se allanó expresamente a dicha demanda; que la sentencia del Juzgado número 7 de Sevilla de 31 de julio de 1971, en su fallo absuelve a los demandados, cuya lista está encabezada expresamente por dicho señor Noriega, a pesar de lo cual interpone y se le admite recurso de apelación, en el que recae la sentencia recurrida, en la que también se le absuelve nominativamente de todo pedimento.»

«Considerando que esta falta de legitimación constituye un impedimento procesal para la prosperabilidad del recurso, lo cual sería bastante para desestimarlos; pero en todo caso habría que hacerlo igualmente: en cuanto a su motivo primero, porque los preceptos que cita como infringidos son de índole procesal, para lo cual es inadecuado el cauce utilizado; el segundo, porque no es cierto que se adhiriase a la demanda el hoy recurrente ni pudo hacerlo, ya que dentro de nuestro sistema procesal civil las partes no pueden actuar más que en calidad de demandantes, de demandados o invirtiendo su posición por reconvencción, pero no está permitido el mecanismo de la adhesión del demandado a la demanda, que no está previsto en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil ni, por tanto, regulado por ella, y en su virtud, siendo demandado y absuelto, no le afecta la condena al pago de las costas de Primera Instancia, que fueron impuestas al actor, y el recurrente está tratando de defender intereses ajenos, y, finalmente, al ser consentido el pronunciamiento sobre costas por el actor, sujeto pasivo único de la condena, ha quedado firme, con lo cual quedan desestimados los otros dos motivos, que plantean el mismo problema de las costas exclusivamente.»

COMUNIDAD DE BIENES: LEGITIMACION DE CADA COPROPIETARIO PARA EJERCITAR LA ACCION REIVINDICATORIA EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD, AUN EN EL CASO DE QUE SEAN INCIERTOS O DESCONOCIDOS LOS DEMAS COMUNEROS. COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CIVIL ORDINARIA EN MATERIA DE DOMINIO PRIVADO, AUNQUE LLEVE CONSIGO DECRETAR LA NULIDAD DE ACTOS Y CONVENIOS DE ORGANOS ADMINISTRATIVOS (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1975).

Hechos.—Don Constantino Martínez Romero y don Francisco Sampayo Gómez, actuando en su propio nombre y en beneficio de la comunidad

hereditaria constituida con los herederos inciertos y desconocidos de don Francisco Yáñez Prieto, formularon demanda contra la Administración General del Estado, el Patrimonio Forestal del Estado, el Ayuntamiento de Capela y el Ayuntamiento de San Saturnino, declarado en rebeldía el primero y habiéndose tenido por solicitada la evitación de declaración de rebeldía al segundo, sobre declaración de propiedad de la finca «Forgoselo» y «Campo de Aira» y otros extremos, alegando en síntesis: que los actores, en unión de la comunidad hereditaria a que se ha hecho referencia, adquirieron esa finca, consistente en una porción de monte, aportando los correspondientes documentos a favor de ellos y de los primitivos causantes; que a pesar de ello, el Ayuntamiento de Capela lo consorció con el Patrimonio Forestal del Estado (hoy ICONA), que lo está repoblando, habiendo hecho diversos aprovechamientos en el citado monte. Suplican se dicte sentencia declarando que el monte descrito pertenece a los demandantes y comunidad en cuyo beneficio actúan; que son nulos e ineficaces todos cuantos acuerdos, convenios y contratos se han llevado a cabo entre el Patrimonio y los Ayuntamientos demandados en relación con la finca litigiosa, y por ello queden sin efecto alguno; que son igualmente nulas e ineficaces las inscripciones registrales que los referidos Ayuntamientos o el Patrimonio Forestal hubieran podido efectuar sobre la finca en cuestión en el Registro de la Propiedad, Catálogo de Montes de Utilidad Pública o Inventario de Bienes Municipales, procediendo, consecuentemente, su cancelación; que se reponga en la posesión de la finca y que se abonen a los actores los frutos percibidos o que se hubieran podido percibir desde que comenzó la detentación de la finca litigiosa.

Contestada la demanda y practicadas las pruebas pertinentes, el Juez de Primera Instancia número 1 de La Coruña dictó sentencia desestimando la demanda, pero su sentencia fue revocada por la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, que, en lo fundamental, estimó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, en representación de ICONA, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Peral García, declara no haber lugar al recurso, destacando los «considerandos» primero, sexto y séptimo:

«Considerando que sobre la base del ejercicio de una acción reivindicatoria promovida por los actores, dirigida a obtener una declaración en su favor de la finca que describe en el escrito de demanda, y cuya pretensión ha sido estimada por la sentencia recurrida, debido a que la Sala sentenciadora, apreciando en conjunto la prueba, declara de una manera precisa y terminante que los demandantes han justificado plenamente el dominio a su favor de la finca litigiosa, de la que fueron despojados, en virtud de los trabajos de repoblación forestal, por el Patrimonio Forestal del Estado sin consentimiento de aquéllos, y habiéndose acreditado asimismo la existencia de justo título; contra esta apreciación se recurre en casación por la mencionada Entidad mediante una serie de motivos, de los cuales es conveniente analizar, en primer término, el ordinal cuarto, que denuncia la violación de la doctrina legal relacionada con la titularidad del derecho litigioso que se reclama o de la acción que ejercita y la aplicación indebida del artículo 392 del Código civil, sin tenerse en cuenta que en el caso de autos los demandantes actúan en su propio nombre, ejercitando los derechos dominicales reivindicatorios que a su favor les autoriza el Código sustantivo sobre la finca que adquirieron y, por tanto, capacitados procesalmente para ello, sin que la circunstancia de que lo hagan en beneficio de la comunidad hereditaria, constituida con los herederos inciertos y desconocidos de don Francisco Yáñez Prieto, lleve en sí una falta de legitimación, pues ello no es obstáculo para que se les tenga por legitimados a los actores en su propio nombre ni, por

otra parte, tiene trascendencia alguna en relación con la acción que se ejercita, pues no sólo se prevé con ello una eventual existencia de una comunidad de bienes y, por tanto, en este concepto de *ad cautelam* no se origina perjuicio alguno, sino que ya la doctrina de este Tribunal viene declarando que cualquiera de los condueños o comuneros puede entablar la acción reivindicatoria en beneficio de todos, y cuando, como en este caso, se señala y hace referencia a personas inciertas y desconocidas, es obvio que, en su caso, quedaría válidamente constituida la relación jurídica procesal, por lo que no puede tener éxito este cuarto motivo del recurso.»

«Considerando que en el motivo tercero, acogido al número 6.º del artículo 1.692, ya mencionado, se denuncia que el Tribunal *a quo* ha incidido en exceso de jurisdicción al conocer de un asunto no sometido a la competencia judicial del fuero común, infringiendo diversas disposiciones que cita; pero si bien debe señalarse que ese extremo no ha sido alegado en la Instancia, es obvio que, no obstante ello, es obligado su examen y decisión, pues las cuestiones que afectan al orden jurisdiccional, incluso de oficio, tienen que resolverse, y en este aspecto es lo cierto que el problema discutido en el litigio, por derivar de unos contratos de naturaleza puramente civil, como es, en el presente caso, el de reconocimiento de un derecho de propiedad sobre una finca, que, según la sentencia recurrida, fue detenida por los organismos administrativos que han sido demandados en el procedimiento reivindicatorio objeto de estos autos, es lo cierto que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Rituaria Civil, la competencia le viene atribuida a la jurisdicción ordinaria, respecto a la materia civil que encarna la cuestión debatida, por lo que, en tal sentido, ya la doctrina de este Tribunal viene sentando con reiteración que todas las cuestiones de carácter civil en que se ventilan derechos privados, como es el dominio de una finca, aunque el asunto traiga su origen de otro gubernativo, aunque la administrativa haya resuelto con innegable competencia expedientes previos y aunque alguna de las partes invoque razones de interés público, siempre serán de la competencia de los Tribunales ordinarios—sentencias de 21 de noviembre de 1905 y 11 de febrero de 1908—, y como, en el presente caso, el motivo que analizamos se apoya en unos acuerdos, contratos y convenios llevados a cabo entre el Patrimonio Forestal del Estado y el Ayuntamiento de Capella, demandados ambos en el litigio, respecto a la finca objeto del proceso, de la que la sentencia que se recurre declara no ser propiedad del Estado ni de las Entidades administrativas demandadas, sino precisamente de los actores, es claro que ello ha de afectar, como consecuencia indeclinable del preferente derecho dominical de éstos, respecto de dichos acuerdos, ya que ellos se llevaron a cabo sobre el supuesto erróneo de que la finca mencionada era de bienes comunales de dicho Ayuntamiento, y en tal concepto fue sometida a repoblación forestal.»

«Considerando que es un hecho cierto que la citada finca no ha pertenecido en modo alguno al Patrimonio Forestal del Estado, en el concepto que definen los artículos 2.º, apartado d), de la Ley Reguladora del mismo, de 10 de marzo de 1941, en su relación con el 9.º de la misma, pues si bien el primero de ellos comprende como bienes del Patrimonio, entre otros, «los montes, bienes y derechos adquiridos para la realización del objeto y fines de dicha ley», no lo es menos que el artículo 9.º establece que esos terrenos y bienes, a que hace referencia el apartado d) del artículo 2.º, podrán obtenerse, entre otros casos, «por consorcios u otros convenios con los propietarios que directamente o por intermedio de Corporaciones públicas, y temporal o definitivamente, aporten al Patrimonio sus terrenos...», y es de señalar que en el presente caso, al acreditarse que la finca no era de la propiedad del municipio, es obvio que

todos los actos que con respecto a la misma y en tal orden llevó a efecto éste deben resultar nulos, ya que nadie puede dar lo que no tiene, y es claro que dicha Corporación administrativa incluyó en el Patrimonio Forestal del Estado una finca sin la autorización y consentimiento del verdadero propietario, requisito éste que exige la ley, cuando, por otra parte, tampoco está incluida por el concepto de compra directa del Estado ni por expropiación, como exige el mencionado artículo 2.º, y es por esto por lo que la inclusión en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública resulta plenamente ineficaz, pues para que surtieran efecto debieron haberse adquirido por el Estado por alguno de los procedimientos marcados en dicho precepto, y como la sentencia no decreta en modo alguno la nulidad de todos los actos de repoblación ejecutados por el Patrimonio Forestal del Estado sobre el monte 'Forgoselo', es obvio que resulta intrascendente la argumentación que sobre tal cuestión se contiene en el motivo, que por todo lo fundamentado debe perecer y, en consecuencia, también el sexto, que tiene relación con él.»

SERVIDUMBRE DE PASO EJERCITABLE A TRAVES DE DOS PUERTAS EXISTENTES EN PARED MEDIANERA. SERVIDUMBRE POR DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA. REFERENCIA AL APENDICE ARAGONES (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1975).

Hechos.—La Sociedad Anónima «Industrias Celulosas Aragonesas» (SAICA) formula demanda contra los herederos desconocidos de don Agustín Paris Arrieta y los hermanos don Agustín y don Andrés Paris Villagrasa, hijos del anterior, alegando que la Sociedad había adquirido como libre de cargas una finca a don Nicasio Pérez Galdo, el cual, a su vez, la había adquirido por compra a don Agustín Paris Arrieta, previa segregación que éste hizo de una finca de su propiedad, campo en partido de Rabal (Zaragoza), formando parte de la finca segregada vendida una faja de terreno de seis o siete metros de anchura para su comunicación en el camino; que en la primitiva escritura de segregación y compraventa entre don Agustín Paris Arrieta y don Nicasio Pérez Galdo, se estipuló como cláusula sexta lo siguiente: don Agustín Paris Arrieta se obliga a construir a expensas suyas la pared que ha de separar las edificaciones que se reserva de la faja de tierra de seis o siete metros de anchura que sirve de entrada a la finca que adquiere don Nicasio Pérez Galdo, pared que, no obstante ser costeada por el vendedor, tendrá carácter de medianera; que cuando la Sociedad compró a don Nicasio Pérez la finca esa pared medianera estaba ya construida, pero con dos puertas en ella, que estima deben ser cerradas, pues dan lugar a un derecho de paso que vulnera la libertad de cargas que tiene la finca comprada. Suplica se dicte sentencia declarando que la pared en cuestión es medianera y que los dos huecos con destino a paso constituyen sendas infracciones de la servidumbre de medianería, por lo que deben ser cerradas, así como que los demandados no han adquirido servidumbre alguna en virtud de dichos huecos.

La parte demandada contesta oponiéndose y formulando reconvencción sobre servidumbre de paso a su favor.

El Juez de Primera Instancia número 1 de los de Zaragoza dictó sentencia desestimando la reconvencción y estimando la demanda sólo en lo relativo a que la pared existente es medianera, absolviendo a los demandados de las demás pretensiones.

Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, revocando parcialmente la sentencia apelada, declaró que la pared es medianera y que existe servi-

dumbre de paso de personas y carruajes en beneficio de los demandados, ejercitada a través de las dos puertas abiertas en dicha pared.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la Sociedad actora, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, declara no haber lugar al recurso, destacando los «considerandos» quinto, sexto y octavo:

«Considerando que el tema fundamental para la resolución del recurso es la determinación del título en que se fundamenta la existencia de la servidumbre, que reconoce el fallo recurrido, y aquél, como claramente lo señala la propia sentencia y se deduce de los hechos o antecedentes que declara probados, tiene su apoyo en el 'destino del padre de familia', que reconoce el artículo 541 del Código civil, resultante de la presunta voluntad de las partes, que al vender don Agustín Paris Arrieta a don Nicasio Pérez Galdo, en 7 de mayo de 1947, una parte de la finca, previa segregación del resto, que se reservaba, ya se hallaban abiertas en la tapia, que confrontaba con la faja de tierra que da salida a camino público, las dos puertas, únicas salidas para vehículos que tienen las fincas, hoy de los demandados, que con posterioridad, en 13 de enero de 1970, fue adquirida por la Sociedad actora, por compra a don Nicasio Pérez Galdo, signo aparente de servidumbre, que no sólo subsiste al segregarse y venderse la finca a don Nicasio Pérez Galdo, sino posteriormente al derribarse parte de la tapia para dar una anchura uniforme a la referida faja de terreno; conforme a lo convenido en la cláusula sexta de la propia escritura de 7 de mayo de 1947, donde se hallaba enclavada una de las puertas, al construirse la nueva pared quedó abierta otra equivalente a la que existía anteriormente en dicho tramo, puertas que han subsistido hasta la fecha, pues de lo contrario quedarían inutilizados y sin salida los patios a que dan acceso, que resultarían sin comunicación alguna con el exterior para salida de vehículos, cual afirma la sentencia recurrida, motivo que determinó la necesidad del mantenimiento de aquellas puertas de acceso a la parte de finca que no fue objeto de transmisión y se reservó el vendedor para sí, limítrofe con la referida faja de terreno.»

«Considerando que contra la anterior calificación del título amparador de la servidumbre en cuestión, se formula el motivo quinto, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusándose la violación por aplicación indebida de los artículos 541 y 567 del Código civil, a más de la no aplicación de los artículos 545, 568 y 579 del propio Cuerpo legal, motivo que debía ser rechazado por defecto en su formulación, ya que es doctrina reiteradamente sostenida por esta Sala que atendida la naturaleza extraordinaria y limitada del recurso de casación, que lo distingue fundamentalmente de un recurso de apelación en la Instancia, los requisitos que con rigurosa exigencia establece el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil han de cumplirse estrictamente en la formalización del mismo, y entre aquéllos se encuentra el de que por el recurrente se consigne con precisión y claridad la ley o doctrina legal infringida y el concepto en que lo haya sido, como asimismo si fueren dos o más los fundamentos o motivos del recurso, se expresen en párrafos separados y numerados, y la omisión de estos requisitos, como opuesta a la claridad y precisión que debe caracterizar al recurso, constituye la causa de inadmisión del número 4.º del artículo 1.729 de la propia ley, que en el momento actual de proceso determina su desestimación; pero aunque prescindieramos de ello, nos encontraríamos que la aplicación indebida del artículo 541 del Código civil, que se acusa, lo verifica haciendo supuesto de la cuestión, desconociendo los hechos declarados acreditados por la sentencia recurrida, que han quedado firmes; no existiendo tampoco la violación del expresado precepto, que ha sido, por el contrario, rectamente aplicado, y por lo que se refiere a los preceptos de los artículos 567, 545, 568 y 579 del propio Cuerpo legal,

regulan o se refieren a supuestos distintos del de autos, lo que lleva consigo la desestimación del motivo.»

«Considerando que en el motivo séptimo, formulado por el mismo cauce procesal que los anteriores, se acusa la violación, también por no aplicación, del artículo 15 del Apéndice foral aragonés, es igualmente rechazable porque el precepto que se invoca se refiere a huecos de luces y vistas que puedan abrirse en la medianería, pero no a aquellos que tengan otro destino, adquirido por título simultáneo a la constitución de aquélla, cual es el que deriva de la existencia del signo aparente de servidumbre de paso establecido por el propietario y que al enajenar o segregar una porción limitrofe subsistió, sin que se expresara lo contrario, no obstante la constitución de la medianería, en cuanto a la propiedad de la pared que separaba y separaría en lo sucesivo las dos fincas, que pasaban a ser de distintos dueños, y así, la sentencia de esta Sala de 22 de noviembre de 1963, con cita de jurisprudencia anterior, sostiene que si al otorgarse la escritura por la que se segregaron de otros fundos ya existían los huecos o puertas cuyo cierre se debate, según se declara probado por la sentencia de Instancia, con arreglo a lo prevenido en el artículo 541 del Código civil, aplicable tanto a las servidumbres negativas de luces y vistas (sentencias de 6 de enero de 1932 y 16 de abril de 1963) como a las discontinuas de paso (sentencia de 10 de octubre de 1957), tal instrumento sirvió de título suficiente para que dichos derechos reales continúen subsistiendo activa y pasivamente (sentencias de 30 de octubre de 1959 y 21 de enero de 1960), al no haberse destruido los signos que los exteriorizaban ni hacerse constar nada en contrario de forma clara y terminante, como exigen las sentencias de 10 de julio de 1880 y 6 de enero de 1936, sin que obste a ello que en la escritura de adquisición se hiciera constar que la finca se hallaba libre de cargas, manifestación que cede ante la realidad de hecho a que queda hecha referencia.»

COMENTARIO.—*Problemas del artículo 541 del Código civil.*—La doctrina de esta sentencia, a propósito del artículo 541, se refiere principalmente a que la manifestación en contrario sobre la «continuación» de la servidumbre ha de ser «clara y terminante», sin que baste decir que «la finca se hallaba libre de cargas».

Con ello se confirma, según la propia sentencia, las de 10 de julio de 1880 y 6 de enero de 1936. Pero también se reitera la doctrina de la sentencia de 6 de febrero de 1904. En cuanto a la sentencia de 10 de julio de 1880, que cita la presente, hay que interpretar que más que doctrina legal es un antecedente histórico del artículo 541, pues al ser anterior al mismo mal puede servir para deducir una interpretación emanada de la ley vigente.

Pero la sentencia no explica por qué una expresión tan clara y terminante como es la de que una finca está libre de cargas, no puede servir para desvirtuar la servidumbre del artículo 541.

BONET trata de explicarlo partiendo de que es una cláusula de estilo. Dice: «Resulta claro que aquellas manifestaciones escritas de las partes que resulten meras cláusulas de estilo, por el tono genérico y vago con que están redactadas, no contradicen la apariencia evidente de los signos de una relación de servicio que concretamente estableció el propietario en sus fincas.» Añadiendo que «las frases 'libre de todo gravamen', 'libre de todas cargas y servidumbres', etc., no afectan para nada a la destinación, que se revela por los signos aparentes de servidumbre que acoge el artículo 541» (1). Pero frente a esto podría contestarse que el género comprende a la especie, y que por el hecho de que tenga la misma redacción en todas las escrituras, no quiere decir que sea una cláusula de estilo, pues ha sido aceptada y firmada por ambas partes.

(1) JOSÉ BONET CORREA *La constitución de las servidumbres por signo aparente*, pág. 122. De este autor tomamos la referencia a la sentencia de 6 de febrero de 1904.

Nosotros creemos que hay que matizar algo más la explicación, pues si no, podría creerse que la doctrina del Tribunal Supremo en este punto se mantiene por mera inercia desde 1880, antes de existir el artículo objeto de interpretación.

Pero no es así, sino que la doctrina del Tribunal Supremo es plenamente acertada por lo siguiente:

1.º La expresión «libre de cargas» que se contiene en las escrituras de transmisión, se recogen en los «antecedentes» o «exposición», por lo cual hay base para pensar que hace referencia exclusivamente a las cargas «anteriores» a la escritura, pero no excluye aquellas cargas que se producen precisamente por el otorgamiento de la escritura (2). Además, «el tiempo de separación de la propiedad de las dos fincas» del artículo 541 es cuando ya se ha firmado la escritura, lo cual da más base para entender que esas cargas, que se excluyen sin especificar, son las que pudieran existir con anterioridad, no las que surgen en ese mismo momento. Por ello, para evitar la aplicación del artículo 541, hay que expresar en la escritura que el signo aparente existente no continúa como servidumbre o que la libertad de cargas comprende la servidumbre del artículo 541, lo cual supone excluirla de modo claro y terminante.

2.º Por otro lado, en la escritura y en el Registro, la finca que a partir de entonces va a ser dominante figurará con una descripción física, que si no se modifica diciendo que un signo físico aparente de servidumbre (ventana, puerta, etc.) desaparece o debe desaparecer, hay que presumir que la descripción continúa igual, sin variaciones físicas, por lo cual, según la propia escritura, no se hace desaparecer el signo aparente ni se ha hecho desaparecer con anterioridad. Y como el artículo 541 da gran importancia al signo aparente, a efectos de esta servidumbre, y en la escritura (y, en su caso, en el Registro) tiene también importancia lo referente a los datos físicos descriptivos, y éstos no se modifican, ello significa que continúa desempeñando la misma función ese signo aparente. Téngase en cuenta que si la separación de propiedades se produce en virtud de venta de parte de la finca, previa segregación, si no se modifica la descripción del resto, debe presumirse que sigue igual. Y si no hay previa segregación, por tratarse de dos fincas colindantes independientes, el hecho de vender una sin modificar la descripción física de la otra en el Registro respecto al signo aparente supone, por aplicación del principio de legitimación registral a los datos físicos, que continúa el signo aparente de servidumbre y que no hay obstáculo para que nazca la servidumbre del artículo 541.

Por tanto, la doctrina de esta sentencia y otras anteriores sobre la relación de la cláusula de libertad de cargas con el artículo 541 es acertada, pues, por lo que acabamos de decir, hay que entender que la referencia de dicho precepto a la «expresión de lo contrario» exige una «expresión expresa», si vale la redundancia.

Pero el caso planteado en esta sentencia ofrece, además, la especialidad de que en la escritura en cuestión no sólo se decía que la finca estaba libre de cargas, sino que se guardaba silencio sobre las puertas existentes en la pared, y también que ésta tendría el carácter de medianera. La parte recurrente alude en el motivo quinto a la incompatibilidad de la medianería con los signos aparentes del artículo 541. A primera vista parece que existe incompatibilidad, pues si el artículo 579 permite edificar apoyando la obra en la pared medianera e introducir vigas hasta la mitad del espesor, esta regulación parece excluir la existencia de puertas en dicha pared. La presente sentencia parece no entrar en la cuestión, pues desestima el motivo por defecto en su formulación, al alegarse infracción

(2) En sentido parecido, aunque diferente, se pronuncia MUCIUS SCAEVOLE, que dice que la carga de cargas cabría pensar que se refiere a fincas ajenas. Citado por BONET, pág. 121.

de distintos preceptos en un solo motivo, con la consiguiente falta de claridad. Pero a mayor abundamiento o de modo subsidiario, la sentencia entra de algún modo en el problema, pues añade que «aunque prescindieramos del defecto formal», el artículo 541 habría que estimar que «ha sido rectamente aplicado». Y en el último «considerando» señala que no es obstáculo a la subsistencia del signo aparente de servidumbre de paso la constitución de la medianería en la pared que separaba y separaría en lo sucesivo las dos fincas.

Creemos que esta «doctrina» o «minidoctrina» sobre compatibilidad entre medianería y signo aparente de servidumbre es acertada y que el artículo 541 debe ser aplicado, aunque en la escritura de separación de propiedades se exprese que la pared en cuestión (en la que resultan abiertos los huecos) es medianera. Y es que el ser medianera una pared no excluye que pueda tener huecos y deba soportar servidumbre de paso o de luces y vistas. Esta compatibilidad se desprende claramente del artículo 580, que dice: «Ningún medianero puede, sin consentimiento del otro, abrir en pared medianera ventana ni hueco alguno.» Luego con consentimiento del otro dueño sí puede abrirlo, y resulta que, por aplicación del artículo 541, ese consentimiento se presume por la continuación de esos signos aparente. Y en cuanto al artículo 579 del Código, alegado por el recurrente, ha de ser interpretado en relación con el 580, en el sentido de que no excluye que en la pared existan huecos determinantes de una servidumbre de paso o de luces y vistas, perfectamente compatibles con la naturaleza medianera de la pared en lo que no afecte a tales servidumbres.

PROPIEDAD HORIZONTAL CONSTITUIDA POR CESION DE LOS VUELOS Y CONSTRUCCION DE PLANTAS SUPERIORES SOBRE LA PLANTA BAJA. ELEMENTOS COMUNES: OBRAS QUE REQUIEREN EL CONSENTIMIENTO UNANIME DE TODOS LOS PROPIETARIOS (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1975).

Hechos.—Don Manuel Martínez Andréu, como Presidente Administrador de la Comunidad de Propietarios del edificio número 14 de la calle de Alcalde Suárez Llanos de Alicante, presentó demanda contra don Khelifa Ha'im Cohen y su esposa, doña Teresa Torres Serrat, propietarios de la planta baja del edificio, fundándola en que éstos habían realizado las siguientes obras: partiendo del suelo de la planta de la que eran propietarios, vaciado del piso para hacerse un sótano, que se unía por una escalera de mampostería al suelo de su planta; construcción de un cuarto en el patio común con tejadillo de uralita que tapaba la mitad del mismo; fortificación de la fachada exterior del edificio con apertura de una entrada para formar una puerta de acceso al sótano que habían construido. Suplica se dictase sentencia ordenando la demolición, a costa de los demandados, de las obras realizadas en el subsuelo del edificio y las demás señaladas.

Los demandados contestan a la demanda oponiéndose, partiendo de que la propiedad horizontal se constituyó por la cesión que el anterior dueño de la planta baja, dedicada a almacén, hizo de los vuelos del almacén ya existente para elevar sobre él cuatro alturas o plantas de que consta en la actualidad el edificio, además de la entreplanta o planta baja, hoy propiedad de los demandados. En la correspondiente escritura de propiedad horizontal, la comunidad sólo se constituyó en la planta baja sobre el zaguán, la escalera y el patio, por lo que las obras realizadas por los demandados no necesitan el consentimiento de los copropietarios, pues se realizan sobre un elemento que existía con anterioridad

a la constitución de la propiedad horizontal y no incluido en los elementos comunes de la misma, y respecto a las obras en el patio, en el título constitutivo se asignaba su uso exclusivo al propietario de los bajos, y lo que habían hecho los demandados era cubrirlo con unas placas traslúcidas para evitar que sobre el mismo caycran suciedades. A su vez, formulan reconvencción para que se declare nulo el acuerdo de la Junta por el que se autorizó al Presidente de modo individual para utilizar el cuarto trasero de la escalera, que ése sí es elemento común.

Contestada la reconvencción y practicadas las pruebas pertinentes, el Juez de Primera Instancia número 2 de los de Alicante dictó sentencia desestimando la demanda y la reconvencción.

Apelada la anterior sentencia por la parte demandante, la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia dictó sentencia revocando la apelada, estimando la demanda con demolición de las obras realizadas por los demandados, pero sin revocarla en cuanto a la desestimación de la reconvencción.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte demandada, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que a la vista de los hechos que motivaron la demanda, y que según la sentencia recurrida son los expresados en el hecho segundo de la misma: vaciado del suelo de la entreplanta derecha, de que son propietarios los demandados, para hacer un sótano, que se une por una escalera de mampostería al suelo de la entreplanta; construcción de un cuarto en el patio común con tejadillo de uralita que cubre la mitad del mismo, y modificación de la fachada exterior del edificio con apertura de una entrada de acceso al sótano construido debajo de los pisos o entreplanta; resulta indudable que, ya se atiende al contenido del párrafo primero del artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal o al del artículo 396 del Código civil, al constituirse el régimen de propiedad horizontal en escritura de 8 de enero de 1972, por construcción de las plantas superiores del inmueble, los titulares de la planta baja, destinada a almacén, conservaron el dominio y aprovechamiento de dicha planta como propiedad divisa e independiente del resto de las superiores, pero con las limitaciones inherentes al derecho de copropiedad horizontal sobre los elementos comunes del edificio, necesarios para su adecuado uso y disfrute, incluidos el patio, zaguán, hueco de escalera de acceso a los pisos altos, quedando sujeta a las limitaciones que expresa el artículo 7.º de la citada Ley de Propiedad Horizontal.»

«Considerando que las obras realizadas por los demandados no cabe duda que unas afectan a la configuración y estado exterior del edificio o elementos comunes y otras como el vaciado del suelo o asentamiento de la planta almacén para construir un sótano, aparte de ampliar la superficie de disfrute de la misma, puede afectar indudablemente a la seguridad del edificio o su cimentación, son de las que no pueden llevarse a cabo sin el consentimiento unánime de todos los propietarios, conforme al artículo 11, en relación con el párrafo primero del artículo 16, de la citada Ley de Propiedad Horizontal.»

«Considerando que como consecuencia de lo expuesto en los anteriores razonamientos decaen los dos únicos motivos del recurso, formalizados ambos al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusándose en el primero de ellos inaplicación del párrafo primero del artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal, y en el segundo, interpretación errónea del artículo 396 del Código civil y con ello el recurso, debiéndose imponer las costas del mismo a los recurrentes...»

III. CONTRATOS

CONSENTIMIENTO UXORIS PARA DISPONER DE BIENES GANANCIALES OTORGADO EN ESCRITURA INDEPENDIENTE Y CON CARÁCTER AMPLIO. CONTRATO DE OPCION GRATUITA. SU DIFERENCIA CON LA PROPOSICION DE VENTA UNILATERAL. EN NADA OBLIGA A LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA EL NOMBRE QUE LAS PARTES DEN A LOS CONTRATOS, NI EL QUE LE DEN LOS TRIBUNALES INFERIORES (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1974).

Antecedentes.—Doña María Josefa Baraibar Recalde, representada por Procurador, demandó al «Banco de Santander, S. A.», y a su esposo, don Julián Olaizola Orbegozo, alegando, en síntesis, que por escritura pública, los cónyuges don Julián Olaizola y doña Josefa Baraibar compraron la totalidad de la casa número 33 de la Avenida de España de San Sebastián, adquisición que se inscribió en el Registro de la Propiedad a nombre de la sociedad conyugal. Su esposo, el 19 de noviembre de 1962, cuando ya estaba inscrito para la sociedad conyugal el repetido inmueble, otorgó exclusivamente por sí, a favor del «Banco de Santander», una opción de compra, sin hacer constar que se trataba de un bien ganancial; opción gratuita, pues el Banco no tenía que pagar cantidad alguna por ella, la que fue prorrogada en varias ocasiones también gratuitamente. Antes de vencer la última prórroga, el Banco aceptó la opción y requirió al señor Olaizola para que otorgase escritura de venta. Al no otorgar el señor Olaizola dicha escritura fue demandado por el Banco, el cual obtuvo sentencia, que adquirió carácter de firme, en la que se declaró que el señor Olaizola estaba obligado a realizar a favor del citado Banco la venta del sótano, planta baja y entresuelo del edificio por el precio y condiciones señaladas en el derecho de opción. En ejecución de sentencia, doña María Josefa presentó un escrito, en que se pedía: 1. Al amparo del párrafo 3.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, se sobreseyese el procedimiento de ejecución, sin perjuicio del derecho del Banco a ventilar en el juicio correspondiente el derecho que creyera asistírle. 2. Subsidiaria y definitivamente con lo anterior, que se tuviese por promovido en el expresado procedimiento de ejecución incidente de previo y especial pronunciamiento y se declarase que por ser doña María Josefa tercera, ni oída ni vencida en juicio, procedía alzar y no seguir adelante la ejecución en cuanto a la venta y entrega del señor Olaizola al «Banco de Santander». 3. Que subsidiaria y definitivamente de las dos peticiones anteriores, se tuviera por interpuesta tercera de dominio y se declarase procedente alzar y no seguir adelante la ejecución. (Todas estas peticiones estaban fundadas, repetimos, en que la finca era ganancial y doña María Josefa no había consentido ni había sido demandada.) El Juzgado dictó auto por el que no admitió a trámite el escrito de tan repetida señora, auto que llegó a ser firme después de agotados sin éxito los recursos correspondientes. Tampoco tuvieron éxito recursos interpuestos por el señor Olaizola contra autos del Juzgado que entendía en la ejecución de la aludida sentencia. Por todo ello, doña María Josefa interponía la demanda al principio citada, en la que se pedía una sentencia que declarase: 1. Que era inexistente o nula la opción de compra gratuita y sus prórrogas. 2. Que, en consecuencia, era inexistente o nula la compraventa derivada de ella, que tenía por precio diez millones de pesetas. 3. Que era igualmente inexistente nulo todo aquello que se derivase de la opción y venta, en especial las anotaciones e inscripciones del Registro de la Propiedad, junto con la prohibición de enajenar o cualesquiera otras. 4. Que se condenase a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones, y a don

- Julián Olaizola a que no enajenare ni entregare los bienes al «Banco de Santander, S. A.», ni recibiera los diez millones de pesetas, todo ello si la transmisión no se hubiere llevado a cabo, y si se hubiere llevado a efecto, se condenare al «Banco de Santander, S. A.», a devolver los bienes, y al señor Olaizola a devolver el dinero recibido. 5. Que se condenara a los demandados a la cancelación de los asientos registrales y en costas.

El señor Olaizola en su contestación venía a aceptar, en todo lo fundamental, lo expuesto en la demanda, y suplicó se dictara la sentencia que se estimara ajustada a Derecho.

El «Banco de Santander» contestó oponiéndose a la demanda. Alegó, en resumen, que el señor Olaizola tenía una personalidad muy acusada de contratista dedicado a la adquisición de edificios para su derribo, posterior construcción de casas nuevas y luego venta en régimen de propiedad horizontal. Que actuaba en las ventas con consentimiento de su esposa, que le había otorgado mediante escritura de 26 de mayo de 1958 ante el Notario don Fernando Fernández Sabater, el cual estaba vigente cuando se concertó la opción y cuando se aceptó; que su esposa conocía la opción y aceptación, y que el litigio implicaba una confabulación de marido y mujer para obstaculizar la ejecución de una sentencia dictada hacia más de siete años y refrendada por el Tribunal Supremo. Suplicó se dictase no haber lugar a los pedimentos de la demanda y se condenase en costas a la actora.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda sin hacer expresa condena en costas, sentencia que fue confirmada en apelación. El recurso de casación no prosperó.

Doctrina de la sentencia.—Los considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo dicen así (ponente: señor Cantos Guerrero):

Considerando que para resolver el presente recurso es conveniente tener en cuenta:

1.º Lo resuelto en juicio anterior, promovido por la representación del «Banco de Santander» contra el marido de la recurrente, don Julián Olaizola, que terminó por sentencia firme de 27 de enero de 1965, por haber sido confirmada por la de la Audiencia Territorial de 24 de mayo de 1965 y por la de este Alto Tribunal de 17 de diciembre de 1966, en la cual se condenó al demandado, sin estimar necesaria la presencia en juicio de la esposa, dada la amplitud del poder que tenía concedido a su marido a otorgar escritura de venta a favor de la Sociedad actora del sótano, planta baja y entrepiso del nuevo edificio proyectado en el número 33 de la Avenida de España en la ciudad de San Sebastián, sin que hubiere prevalecido contra ella el recurso intentado en forma improcedente por la esposa del demandado en ejecución de sentencia, y habiéndose otorgado por el señor Juez de Primera Instancia del Juzgado número 3 de San Sebastián, en nombre de don Julián Olaizola, ante la rebeldía del mismo, escritura de venta al «Banco de Santander» de la mencionada finca el 5 de octubre de 1972.

2.º La amplitud con la que, en la escritura de 26 de mayo de 1958, concede doña Josefa Baraibar Recalde a su marido, el señor Olaizola, el consentimiento exigido por el artículo 1.413 del Código civil, que es del tenor literal siguiente: «Para que pueda realizar por *sí solo* actos de enajenación y gravamen sobre bienes inmuebles y establecimientos mercantiles que *tengan el carácter de gananciales*, en las condiciones que libremente concierte.»

3.º Que haciendo uso del poder aludido, el señor Olaizola, por carta de 10 de noviembre de 1962, le ofrece al «Banco de Santander» la finca aludida en este pleito en el precio de diez millones de pesetas, oferta que se compromete a sostener durante tres meses, plazo de la venta que ante

el silencio del Banco en sucesivas cartas se prorroga hasta el 18 de enero de 1964.

4.º Que el 16 de enero de 1964, con anterioridad, por tanto, a la fecha últimamente aludida, el «Banco de Santander», por medio de Notario, hace saber al señor Olaizola que acepta la oferta plenamente.

Considerando que todo el tema del segundo pleito, al que se refiere este recurso, y el del propio recurso estriba en la pretensión de la actora recurrente de que se anule la escritura de venta de 5 de octubre de 1962, otorgada por el señor Juez de Instrucción en ejecución de sentencia ante la rebeldía del obligado a otorgarla, pues dicho otorgamiento obligatorio arranca, en su sentir, en pleito, en el que ella no ha intervenido, de una «opción de compra» gratuita que otorgó su marido al «Banco de Santander» sin estar autorizado por ella, como es necesario al ser gratuita la opción, ya que dicho carácter excluía el acto de los autorizados por la escritura de apoderamiento general otorgada por ella el 26 de mayo de 1958, el cual reconoce que estaba aún vigente en la fecha de la aceptación por el Banco, puesto que no fue revocado hasta noviembre de 1966.

Considerando que en nada obliga a los Tribunales de Justicia, y menos a este Alto Tribunal, el nombre que las partes den a los actos y contratos, y ni siquiera, en este último caso, el que le den los Tribunales inferiores al acto controvertido, habiéndose hablado impropriamente, en este caso, por unos y por otros, de procedencia de un contrato de «opción de compra», adentrándose en la naturaleza de tal contrato y colocando todo el énfasis de las respectivas argumentaciones en si tal contrato había sido de «naturaleza gratuita», extralimitándose el marido en la autorización que le había dado la mujer, y si había sido «oneroso», en cuyo caso estaba autorizado para ello.

Considerando que para que exista el «contrato de opción» ha de haber un manifiesto acuerdo de voluntades entre dos partes contratantes: una, que se compromete a mantener una oferta por determinado plazo, y otra, que se reserva gratuitamente o mediante un precio el derecho de decidir durante ese periodo de tiempo entre aceptar el negocio en las condiciones ofrecidas o desistir de él. En el presente caso no se ha producido esta coincidencia de voluntades previa a la compraventa, lo que ha existido ha sido una proposición de vender a un posible comprador, que de momento no responde; una simple y *unilateral oferta*, mantenida no por liberalidad, sino porque le conviniere entonces el negocio y el posible comprador al oferente, hasta una fecha determinada, con objeto de que durante ese tiempo pudiera deliberar el pasivo comprador si le convenía aceptarla, como en efecto, dentro del plazo voluntariamente ofrecido, lo hizo. Ello quiere decir que la coincidencia de voluntades no surge hasta que la oferta es aceptada, y entonces es el de compraventa el que se perfecciona, pues es el único contrato que ha existido, si bien ha nacido como consecuencia de una proposición de venta, y el contrato está indudablemente incluido en las autorizaciones que al marido otorgó la esposa en la escritura de 26 de mayo de 1958, a los efectos del artículo 1.413 del Código civil.

Considerando que a la luz de lo expuesto en el considerando anterior caen por su base todos los argumentos expuestos en los motivos primero al quinto, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que bajo distintos aspectos se sostiene la misma tesis, cual es la de que la escritura de 26 de mayo de 1958 no autorizaba al marido a realizar actos de disposición de bienes inmuebles a título gratuito, como lo ha hecho en un supuesto contrato de opción de compra, que precedió al de compraventa, y que no ha de gozar de la calificación de oneroso porque la compraventa lo fuera; tesis contraria a la sentencia de Instancia, que se mantiene, *en el motivo primero*, alegando la viola-

ción del artículo 1.281, alusivo a la interpretación de los contratos, tomando como tal la carta de 16 de noviembre de 1962, sin tener en cuenta que ésta es sólo una oferta de venta de un precio determinado sostenida durante un período de tiempo, sin compromiso alguno por la otra parte; *en el motivo segundo*, alegando la interpretación errónea de las sentencias que cita, alusivas a casos distintos del de autos, cuyos rasgos generales quedan trazados anteriormente; *en el tercero*, por interpretación errónea del artículo 1.274 del Código civil, relativo a la causa de los contratos, incurriendo en el mismo error de estimar que existe una contratación anterior a la compraventa, antecedente que en realidad es inexistente, pues lo anterior, como queda dicho, es una simple oferta; *el cuarto*, por interpretación errónea del artículo 1.413, y tiene su réplica en la letra de la autorización para contratos onerosos otorgada por la mujer al marido el 26 de mayo de 1958, tantas veces aludida, y, por fin, *el quinto*, en el que se alega la violación del párrafo segundo del artículo 1.415 del Código civil, cuestión enteramente nueva, pues ni en el pleito ni en las sentencias de Instancia se ha aludido para nada a la hipótesis en dicho artículo contenida.

COMENTARIO.—Sin duda, el considerando de más interés en esta sentencia es el cuarto, en el que se distingue entre el concepto de contrato de opción y el de oferta unilateral de venta o proposición de vender.

Resulta que el pleito ha girado alrededor de la opción gratuita; de si el amplio consentimiento *uxoris* «para actos de enajenación y gravamen» puede o no amparar un acto gratuito, una opción gratuita, sobre el que nace la venta, y la sentencia del Tribunal Supremo viene a desmontar o a apartar toda la discusión. Se trata, resuelve, de una simple oferta de venta, que luego se aceptó. Cuando se acepta surge el acuerdo de voluntades; surge, en una palabra, la compraventa, y para ésta hay pleno y claro consentimiento previo de la esposa.

Ello nos lleva a recordar el concepto de opción y sus diferencias con la simple oferta basándonos en la jurisprudencia, que, al fin y a la postre, es la que debe contar en esta sección.

La sentencia de 22 de junio de 1966 dice: «El derecho de opción de compra pactado por los litigantes consiste en la facultad de adquirir una cosa dentro del plazo y en las condiciones preestablecidas, y como tal, preparatorio y unilateral, pues mientras se halla pendiente, el concedente está vinculado por el pacto y nada puede hacer para frustrarlo, y su consumación depende por modo exclusivo de la decisión del optante, que realizada dentro del plazo establecido constriñe al titular del derecho al cumplimiento, pues el optante es el único que puede exigir la realización del contrato principal a que el optatario se obligó...» La de 17 de noviembre de 1966 nos enseña que la opción es una figura *sui generis*, con sustantividad propia, mediante la cual logra el optante, de modo exclusivo, la facultad de prestar su consentimiento a la oferta en el plazo señalado, con efectos vinculantes para el promitente, quien no puede retirarla durante el plazo convenido en razón a constituir una verdadera promesa de *ineundo contractu*. Si no se pactó plazo, como el concedente de la opción no puede quedar obligado indefinidamente, los Tribunales, en caso de discrepancia, habrán de fijar, por vía interpretativa, el plazo.

La sentencia de 21 de octubre de 1974 dice que la opción de compra obliga al promitente a no vender a nadie la cosa prometida durante el transcurso del plazo pactado (aspecto negativo de la obligación contraída) y a realizar la venta a favor del aceptante si éste usa dentro de tal plazo de su derecho de opción (aspecto positivo), por lo que es generalmente de condición unilateral, salvo que el beneficiario de la opción haya de pagar una prima al que la otorga, no hallándose regulada específicamente en el Código civil, sino sometida a las disposiciones generales que acerca

de las obligaciones y contratos se contienen en los títulos I y II del libro IV de dicho Código.

Esta cláusula de opción, hoy, digamos, consagrada como contrato, hay que diferenciarla de otros negocios jurídicos afines. Entre ellos, de la simple y unilateral oferta de venta, como sostiene la sentencia que estudiamos.

En la opción hay un manifiesto acuerdo de voluntades entre dos partes contratantes: una que ofrece y otra que se reserva el derecho de aceptar la oferta durante un plazo gratuitamente o mediante precio. En la proposición u oferta simple y unilateral de venta hay solamente un ofrecimiento a un posible comprador hasta una fecha determinada. No hay convenio ni coincidencia de voluntades hasta que la oferta es aceptada, y entonces lo que surge es la propia compraventa. El único contrato que ha existido es la compraventa, consecuencia de una proposición.

B. M. B.

FORMA PUBLICA DE LOS CONTRATOS: ES UNA FACULTAD, NO UNA OBLIGACION. COMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCION DE LAS ACCIONES. NATURALEZA DE LA ACCION: ES PERSONAL, NO REAL (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—Los hermanos García Vázquez interponen demanda contra don Francisco Muñoz Díaz para que se declare la demolición de las obras realizadas por éste sobre una finca, de la que los actores eran titulares registrales de una participación indivisa por haberla adquirido por herencia de su padre. El demandado se opone diciendo que las obras están hechas con arreglo a Derecho, por haberlas convenido con los verdaderos titulares de la finca, que no eran los demandantes. A este pleito se acumula la acción ejercitada por los hermanos García Sánchez y otros contra los hermanos García Vázquez, es decir, contra los demandantes del otro pleito, alegando que la finca en cuestión pertenece a los actores, no teniendo los hermanos García Vázquez ningún derecho sobre la finca, pues el padre de éstos vendió la participación que figuraba a su nombre en el Registro al padre de los actores de este segundo pleito, aunque por haberlo realizado en documento privado no figuraba en el Registro. Destacan también que, como tales dueños, habían convenido con don Francisco Muñoz Díaz la construcción de las naves industriales sobre la finca, y suplican, en síntesis, que se acomoden los asientos del Registro a la realidad jurídica extrarregistral derivada de la documentación privada.

El Juez de Primera Instancia de Talavera de la Reina dictó sentencia estimando la demanda de los segundos demandantes, los hermanos García Sánchez, y desestimando la demanda de los hermanos García Vázquez contra don Francisco Muñoz Díaz.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid confirmó íntegramente la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los hermanos García Vázquez, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que no cabría olvidar que la pretensión que de modo principal se deduce en la demanda formulada por los actores, aquí recurridos, tiende a lograr pronunciamiento judicial por el que se declare que el contrato de compraventa reflejado en el documento privado de 8 de octubre de 1939, celebrado por el padre de los demandados, y aquí recurrientes, es válido, lícito y surtió sus naturales efectos de transmitir al

comprador, causante de dichos actores, los derechos de dominio de la demanda, y en su virtud es llano que tal acción deriva del referido contrato de compraventa, ejercitándose, por tanto, en la demanda una acción personal, como acertadamente estima la sentencia impugnada, y no una acción real, como propugnan los recurrentes, y, finalmente, porque aunque se aceptase la tesis de estos últimos en orden a la naturaleza jurídica de la acción, tampoco se habría producido la prescripción, ya que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.969 del Código civil, el tiempo se contará desde el día en que pudo ejercitarse, día que, según resulta de los hechos que declara probados la sentencia recurrida, lo fue el 6 de diciembre de 1969, fecha del otorgamiento de la escritura pública de manifestación de herencia, en la que se incluye como de la propiedad del padre de los recurrentes la finca litigiosa, que estaba fuera de su patrimonio por haberla vendido al causante de los actores.»

«Considerando que igual suerte han de correr los dos motivos restantes, que denuncian, respectivamente, la infracción de los artículos 4 y 1.280, número 1.º, del Código civil, porque este último precepto no modifica el artículo 1.278 ni tiene otro alcance que el señalado en el artículo 1.279, sin que la falta de formalidad rituarial que el indicado artículo 1.280 exige desvirtúe la fuerza de obligar que tienen los contratos entre las partes que los otorgan y sus herederos, cumplimiento del requisito, de forma que no es obligación, sino facultad de las partes contratantes, sin que el no haber hecho uso de ella enerve la acción que les corresponde, y así lo tiene declarado esta Sala en sentencias de 9 de abril de 1908, 13 de marzo de 1928, 11 de marzo de 1932, 30 de abril de 1955 y 9 de mayo de 1970, entre otras.»

J. M. G. G.

LA INTERPRETACION JUDICIAL DE LOS CONTRATOS DEBE MANTENERSE EN CASACION SI NO SE DEMUESTRA QUE SEA IRRACIONAL, ILOGICA O ABSURDA Y AUNQUE QUEPA ALGUNA DUDA ACERCA DE SU ABSOLUTA EXACTITUD (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1975).

Hechos.—La Agencia de Viajes «Genossenschaft Hotelplan» concertó con el dueño de una Residencia de Las Palmas un contrato de alojamiento para sus viajeros durante una temporada. No logrando clientes, la Agencia se dirigió a la Residencia para que gestionara la ocupación de la misma con terceros. Hecho así, la Residencia demanda a la Agencia por la diferencia económica existente entre lo contratado con «Genossenschaft Hotelplan» y lo que obtuvo realmente en sus contratos con terceros. La demanda prosperó.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal *a quo* no ha violado por inaplicación lo establecido en el artículo 1.282 del Código civil, ya que atendió expresamente para juzgar de la intención de los contratantes a los actos posteriores de éstos, concretados en las cartas de la hoy recurrente, que encerraban ciertas proposiciones que fueron aceptadas por el demandante, según se declara en el considerando segundo de la resolución combatida; pero lo que sucede es que después de poner en conexión dichos actos posteriores con el texto de los contratos concluidos por los ahora litigantes, llega la Sala sentenciadora a una conclusión exegética contraria a la mantenida por la Entidad demandada, interpretación judicial que, con arreglo a la doctrina constante de este Alto Tribunal, debe mantenerse en casación cuando, como en este caso, no se demuestre que sea irracional, ilógica o absurda, aun en el supuesto de que cupiere alguna duda acerca de su absoluta exactitud.

EL CONTRATO DE RECONOCIMIENTO DE DEUDA TIENE IDENTIDAD Y EFECTOS OBLIGATORIOS PROPIOS (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1975).

Hechos.—La Compañía «Imsa», que construye estructuras metálicas, había hecho varios trabajos para una Empresa Constructora, la cual firmó un contrato en el que reconocía que adeudaba más de tres millones de pesetas a la anterior. Al no obtener el pago, «Imsa» demanda a la Constructora, y su demanda se estima en el Tribunal Supremo.

Doctrina de la sentencia.—Al estimar la sentencia recurrida que la posición procesal de la parte actora se «esquematiza en una reclamación de cantidad por obras realizadas» y que lo discutido en el pleito es el cumplimiento del contrato referido a dichas obras, simplifica el objeto del proceso, pero a costa de su transmutación, porque si bien es cierto que todas las acciones acumuladas en la demanda tienen como punto de arranque mediato o remoto el contrato de arrendamiento de obra concertado por las partes indicadas, en la mayoría de las peticiones la razón de pedir es distinta, y entre ellas, la que por su cuantía podría calificarse de acción principal se funda en un verdadero contrato de reconocimiento de deuda, que, cualquiera que sea su discutida naturaleza, no puede dudarse que si merece aquella calificación tiene entidad y efectos obligatorios propios, como ha proclamado últimamente la sentencia de esta Sala de 6 de abril de 1974, transmutación de acciones que no es irrelevante para la decisión del litigio, pues así como tratándose del cumplimiento de «un contrato de empresa» la falta de terminación de las obras puede ser un hecho impeditivo de la pretensión del pago del precio de las mismas, puede no serlo del pago de la obligación que es objeto del específico contrato de reconocimiento de deuda.

RECONOCIMIENTO DE DEUDA HECHO POR UNA SOCIEDAD EN SUSPENSION DE PAGOS (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El único motivo del recurso denuncia la interpretación errónea del artículo 6.º de la Ley sobre Suspensión de Pagos sobre la base de que la Sociedad suspensa celebró un contrato de reconocimiento de deuda sin el acuerdo de los Interventores, sin que la sentencia recurrida estimara la nulidad o ineficacia del mismo, sin tenerse en cuenta por dicho recurrente que lo que trata de combatir no es otra cosa que una cuestión de interpretación de cláusulas documentales sobre las cuales el Tribunal *a quo* fijó su criterio, contra la cual y únicamente a través de la impugnación de las normas interpretativas de los contratos pueden perseguirse las premisas en las que descansa el fallo de la sentencia, único motivo mediante el cual le era posible a esta Sala de Casación entrar en el examen de la misma, pues así lo impone el rigor formal de esta base del procedimiento.

RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1975).

Hechos.—Una motocicleta colisionó con un coche-furgón, resultando muerto el motorista. La viuda demanda a los propietarios del furgón, pero los demandados son absueltos, por estimarse que el accidente se debió a culpa del motorista.

Doctrina de la sentencia.—El recurso denuncia la aplicación indebida de los artículos 1.249 y 1.253 ambos del Código civil, infracción en que la recurrente entiende incurre el fallo recurrido, «al estimar probado que el accidente se debió tan sólo a culpa de la víctima, deduciendo esta conclusión de hechos no realmente probados o sin que entre aquéllos o éstos exista el enlace preciso y directo», motivo cuyo enunciado pone de manifiesto su viciosa formulación, toda vez que los hechos que sirven de base a la deducción, éstos, los hechos demostrados a que se refiere el citado artículo 1.249, sólo pueden ser impugnados por la vía del número 7.º del indicado artículo 1.692 en tanto que el proceso deductivo, es decir el enlace entre el hecho demostrado y el deducido, se ha de combatir por el cauce del número 1.º del mismo artículo.

RECURSO DE CASACION: CARACTER TECNICO Y RIGORISTA (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El recurso de casación por su carácter esencialmente técnico, se configura en todos los ordenamientos jurídicos con un criterio rigorista no sólo en cuanto a los requisitos de formulación, sino también en cuanto a los restringidos motivos en que ha de fundarse, y en este aspecto, este Tribunal viene sentando reiteradamente la doctrina de que en los recursos de casación por quebrantamiento de forma, no basta citar el número del artículo 1.693 de la Ley Rituaria civil en el que se ampara, sino que es inexcusable además señalar el precepto legal vulnerado y la resolución causante de tal vulneración, y es lo cierto que en este caso la parte recurrente acusa, con total incumplimiento de este requisito, única y exclusivamente el número tercero del 1.693, normativo de cuanto se debe pedir, pero deja de determinar cuál es el precepto legal que estima quebrantado, es decir, aquella o aquellas normas procesales genéricas que protegen al recurrente contra su iodefensión, exigencia ésta procesal que ha dejado incumplida en su momento oportuno, que es como ordena el artículo 1.720 de la Ley procesal citada, el de la interposición del recurso, y como tampoco se aduce debidamente cómo ha sido infringido y ni siquiera se afirma concretamente que lo haya sido, con lo que se patentiza el defecto que se señala en la formalización del recurso.

NO PUEDE PEDIR LA NULIDAD DE UN NEGOCIO JURIDICO QUIEN DIO LUGAR A LA MISMA (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Al alegar el recurrente en el primer motivo que el laudo fue dictado fuera del plazo señalado, fundando su aserto en que si bien la propia recurrente concedió la prórroga lo hizo en simple acta notarial, infringiendo con ello la disposiciones de la Ley de Arbitraje, pues ésta exige para el compromiso la forma de escritura pública y la jurisprudencia establece que para las prórrogas habrá de adoptarse la misma forma. Que los árbitros ni aceptaron ni les fue notificada la prórroga concedida, mas al hacerlo así incide en el error de estimar acta notarial el documento en que concedió la prórroga, cuando es una perfecta escritura pública en que se manifiesta la voluntad de crear una situación jurídica, situación que dentro del plazo concedido es aceptada por los otros compromitentes en virtud de adhesión a aquella voluntad, sin que tampoco sea necesario en esta clase de documentos la unidad de acto ni la previa aceptación de los árbitros según ya declaró esta Sala

en sentencia de 20 de abril de 1971, ello con independencia de que no puede pedir la nulidad de un negocio jurídico quien dio lugar a la misma ni es lícito litigar contra los propios actos.

CONGRUENCIA: LA CONCORDANCIA DEBE PRODUCIRSE ENTRE LA PARTE DISPOSITIVA DE LA RESOLUCION Y LAS PETICIONES DE LAS PARTES (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—La correlación y concordancia que la congruencia requiere para su aplicabilidad, debe producirse entre la parte dispositiva de la resolución que se impugna y las pretensiones contenidas en la súplica de la demanda y demás escritos esenciales del pleito, pero no con los razonamientos jurídicos empleados por la Sala sentenciadora en apoyo de sus decisiones, salvo que con ello se alteraran los elementos fácticos aducidos por los contendientes o se modificara la *causa petendi*, esgrimida en el proceso. Los beneficios cuya indemnización no se concede por el Juzgador de instancia, no se solicitan específicamente en la súplica del escrito de demanda, sino que simplemente se alude a ellos en el fundamento de derecho cuarto de la misma, que no es precisamente con el que debe relacionarse el principio jurídico procesal de la congruencia.

Para que los errores de derecho aducidos en el motivo tercero puedan alcanzar la eficacia en juicio que el recurrente pretende, necesariamente se han de amparar en la vulneración de algún precepto que contenga reglas relacionadas con la valoración de la prueba, requisitos de que carecen los artículos 1.214 y 1.253 del Código civil, en que se funda el motivo, por regular el primero el principio del *onus probandi* y hallarse excluido de dicha condición, y por dejar el segundo a la libre apreciación de las Salas sentenciadoras la relación o conexión entre el hecho demostrado y el deducido a través de la presunción.

PRESCRIPCION DE LA ACCION POR DAÑOS (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1975).

Hechos.—Un tractor atropelló a don J. F. J. causándole graves lesiones que motivaron su incapacidad para el trabajo. El perjudicado demanda a los responsables. Pero el Supremo casa la sentencia condenatoria y absuelve a los demandados, por estimar que la acción había prescrito.

Doctrina de la sentencia.—Lo concerniente a la fecha en que tuvo lugar el accidente del que resultó lesionado el actor, hoy recurrido—29 de septiembre de 1969—; la duración de las actuaciones de índole penal—12 de junio de 1970 al 29 de junio de 1971—y la fecha de presentación de la demanda sobre ejercicio de acción con finalidad indemnizatoria, al amparo de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil—14 de julio de 1972—son circunstancias admitidas por las partes; surge la cuestión relativa a si el actor tuvo la posibilidad legal de ejercitar la acción desde la sentencia de 28 de junio de 1971 que puso término a la actuación penal o no la tuvo, porque «la posibilidad del ejercicio de la acción está en razón de la determinación de que deba ser cuantitativamente reclamado, sólo apreciable cuando la curación se ha efectuado completamente». La determinación cuantitativa de lo reclamado requería la sanidad del lesionado para poder valorar lo dejado de percibir durante el tiempo que estuvo incapacitado para el trabajo y las incapacidades que pudieran quedar, tenidas en cuenta en la demanda, pero en el caso de autos no

pudo obstaculizar el ejercicio de la acción, porque, la sanidad del actor fue dada el 13 de diciembre de 1970, y en el informe médico se describen minuciosamente las lesiones que sufrió, las deformidades y defectos que le quedaron, el tiempo que tardó en curar, el que necesitó asistencia facultativa y el de imposibilidad para el trabajo, datos recogidos, en lo sustancial, en la demanda que, por lo expresado cuando fue presentada había transcurrido el plazo prescriptivo de la acción ejercitada, establecido en el número segundo del artículo 1.968 del Código civil.

NO LE AFECTA A UNA COMPAÑIA DE SEGUROS EL QUE EL CAMIÓN OBJETO DE LA POLIZA SEA EXPLOTADO POR EL ASEGURADO O POR UN TERCERO (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1975).

Hechos.—Un camión atropelló a un motorista, que perdió la vida en el accidente. Fue condenado el propietario del camión a indemnizar a la viuda e hijos de la víctima. Demanda ahora el propietario-asegurado a la Compañía de Seguros, que es condenada a resarcir al actor del pago que hizo.

Doctrina de la sentencia.—Al declarar el Juzgado de instancia que el actor era el propietario del camión, teniendo concertado con la Compañía Galicia, S. A., un seguro que garantizaba los daños que dicho vehículo pudiese ocasionar a terceros, personas o cosas, bajo la modalidad de seguro voluntario de responsabilidad civil ilimitada, es incuestionable que a las relaciones asegurador-asegurado no les había de afectar el que la explotación de dicho camión la llevara el propio asegurado o la compartiera con otro, en cualquier forma de asociación, lo que había de ser extraño e indiferente a la Sociedad aseguradora, que cobraba el importe íntegro de la póliza del que en la misma figuraba como asegurado por la propiedad de dicho camión, y al estimarlo así la recurrida sentencia, y condenar a dicha Compañía como aseguradora a pagar al actor la cantidad que éste había abonado por los daños causados por el vehículo asegurado, y del que era su propietario al tiempo de producirse los daños, hace decaiga el recurso, pues no puede decirse violase lo dispuesto en el artículo 1.091 del Código civil, porque en realidad implícitamente la Sala está haciendo aplicación del mismo al condenar al demandado en virtud del contrato que le une con el actor.

LA INDIVISIBILIDAD ES NOTA FUNDAMENTAL DE LA CONFESION JUDICIAL (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1975).

Hechos.—El Colegio de Arquitectos, en nombre de cuatro colegiados, demanda a dos particulares que encargaron un proyecto. Estos se defienden arguyendo que tal proyecto resultó inejecutable por contravenir las Ordenanzas municipales. Los demandados fueron absueltos.

Doctrina de la sentencia.—No advierte el recurrente que, por una parte, la confesión no tiene preferencia sobre los demás medios de prueba, y que ella ha de apreciarse en combinación con las demás propuestas y practicadas en los autos, y por eso ella constituye únicamente un medio probatorio sujeto, como la mayoría de los demás, al libre y racional criterio de los Tribunales, y por otra, y ello es lo interesante en esta litis, porque es un hecho cierto que esa cualidad de documento público

que el recurrente asigna al que es objeto del motivo, no se da en el mismo, porque una de las notas fundamentales de la confesión judicial es la indivisibilidad, en el sentido de que el litigante que pretenda beneficiarse con ella, ha de aceptarla en su integridad—artículo 1.233 del Código civil—no aprovechándose de lo que le favorezca y rechazando en cambio lo que le perjudique, y como aquel confesante, que contestó ser cierto el contenido de la «segunda» posición, comenzó negando el contenido de la «primera» de ellas, de contenido idéntico a aquella otra, resulta evidente que la conclusión a que llegan los recurrentes en la última parte del motivo que se analiza, que resulta contrario a lo manifestado por el confesante, es ineficaz, y por consecuencia cabe afirmar que la sentencia no incurrió en infracción de norma probatoria.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DE CONTRATO: EL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA ES DE CARACTER EXTRAORDINARIO Y SE CONFIGURA CON RIGOR EXTREMADAMENTE FORMAL, POR LO QUE LA OMISION DE CUALQUIERA DE SUS REQUISITOS PUEDE PRODUCIR SU INADMISION O, EN SU CASO, SU DESESTIMACION (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1975).

Don Manuel Suárez arrendó un local en 1946, habiéndose pactado que se destinaría al negocio de «BODEGON» y con este carácter estuvo abierto al público hasta el año 1955, en que por abrir un Restaurante en sitio distinto pasó a ser almacén de vinos y bebidas, complementario del negocio, lo cual se hizo con pleno asentimiento de los entonces propietarios del local.

En 1972 don Gil Matovelle compró el edificio en que estaba el local y entabla demanda contra el arrendatario para que lo desaloje por permanecer cerrado el negocio sin actividad alguna desde hace seis meses. A ella se opone el demandado alegando que el cambio de destino tuvo lugar hace dieciocho años con pleno asentimiento del arrendador, por lo que le priva de todo derecho para resolver el contrato y además siempre estaría prescrita la acción que, por ser personal, y no tener plazo especial en la Ley, sería en el de quince años.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Santiago desestima la demanda, con costas al actor, sentencia que fue confirmada por la Audiencia Territorial de La Coruña, sin costas en la instancia.

Interpone don Gil recurso de injusticia notoria por infracción de doctrina legal—en este caso aplicación indebida del artículo 1.964 del Código civil—por estimar que la acción resolutoria del contrato fundamentada en esta causa pudo ejercitarse desde que nació con la Ley de Bases de 22 de diciembre de 1955 y articulado de 13 de abril de 1956—naturalmente, desde que pasaron los seis meses necesarios al efecto—y mientras dure la causa de denegación de la prórroga que permanece en el momento de la presentación de la demanda e incluso en el de dictar sentencias recurridas. Por eso, como el cierre dura ese tiempo, y existe indiscutiblemente ahora, procede la denegación de la prórroga basada en esa situación. Alega asimismo infracción del artículo 62, 3.º, en relación con el artículo 5,2, 2.º de la L. A. U.

El Tribunal Supremo no admite el recurso en base a que el mismo es de carácter extraordinario y se configura con rigor extremadamente formal, como el de Casación por infracción de ley, exigiéndose que en su

interpretación se cumplan determinados requisitos, la omisión de cualquiera de los cuales puede producir su inadmisión, o, en su caso, su desestimación, como se deriva de los artículos 136 y 138 de la L. A. U. y sanciona la Jurisprudencia, que, llenando las lagunas de la Ley, ha establecido que si esa omisión se comprueba en el trámite de decisión y como la parte recurrente no especifica, como era obligado, en cuál de las causas del artículo 136 ampara tal denuncia, el motivo nace ya condenado al fracaso.

Asimismo dice la sentencia en otro de sus Considerandos que tampoco puede prosperar el motivo fundado en el artículo 62, 3.º, en relación con el artículo 5,2, 2.º de la L. A. U., porque si bien es cierto que la jurisprudencia tiene establecido que la conversión de un local de negocio abierto al público en almacén para guarda y depósito de mercaderías y enseres, complementario de la actividad comercial o industrial del arrendatario equivale al cierre en sentido jurídico y posibilita la denegación de la prórroga y la consiguiente resolución del arrendamiento de tal local, también es notorio que la acción que al propietario arrendador podría corresponder para perseguir y sancionar ese acto abusivo, se extingue por la prescripción de quince años desde que pudo ejercitarse, que es lo que ha ocurrido en el presente caso en que, realizada aquella transformación en 1955 y conocida desde entonces por el propietario vendedor, no es denunciada hasta 1973, en que se presentó la demanda que provocó el litigio del que dimana este recurso.

RESOLUCION DE CONTRATO: LA APRECIACION DE LA TEMERIDAD PARA LA IMPOSICION DE COSTAS, SE CONFIA AL PRUDENTE Y DISCRECIONAL ARBITRIO DEL JUZGADOR (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1975).

Don Modesto Ulier tenía arrendada a don Pablo Badía la planta primera de un edificio que fue declarado en estado ruinoso y entabla demanda para declarar resuelto el contrato de arrendamiento en base a la declaración de ruina, demanda que estima el Juzgado núm. 1 de Lérida, imponiendo costas al demandado y confirma la Audiencia Territorial de Barcelona.

Interpone recurso de injusticia notoria el demandado, recurso que no admite el Tribunal Supremo, ya que los motivos en que se funda: 1.º, error en la apreciación de la prueba; 2.º, infracción por no aplicación del artículo 114,10 de la L. A. U.; y 3.º, imposición de costas al demandado, no obstante no ser preceptiva y haber actuado el recurrente al amparo de las facultades reconocidas en el artículo 131 de la L. A. U., no se aceptan los dos primeros porque no hubo tal error en la apreciación que hicieran el Juzgado y la Audiencia, y el tercero se desestima por la incorrecta formulación desde el punto de vista procesal, ya que no tiene en cuenta la exigencia del último párrafo del artículo 136 de la L. A. U. en que dice ampararse, a cuyo tenor en el escrito de recurso es preciso no sólo citar «con claridad y precisión la causa o causas en que se fundamenta», sino «además expresarse con la misma precisión y claridad por el que se estima cometida la infracción», aparte que el artículo 149, 2.º de la L. A. U. pone como fundamento del criterio para decidir sobre su aplicación, la existencia o no de temeridad, cuya apreciación no está sometida a preceptos específicos o de doctrina legal que pueda decirse gobiernen la materia, sino que se confía al prudente y discrecional arbitrio del Juzgador que de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, no es susceptible de ser revisada en el recurso de casación.

RESOLUCION DE CONTRATO: LAS OBRAS QUE NO AFECTEN A LAS PARTES VITALES DE LA FINCA ARRENDADA NO DAN LUGAR A LA RESOLUCION DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1975).

Don Manuel Respaldiza arrienda un local a don Vicente Fernández por un plazo de siete años y le autoriza para efectuar cuantas obras necesite dentro del inmueble, sin que afecten a las partes vitales. Como el arrendatario efectuó ciertas obras que el arrendador estima alteran la configuración y distribución de lo arrendado, principalmente hacer desaparecer—a su juicio—una pared de mampostería que deslindaba dicho local con una huerta, también incluida en el arrendamiento, entabla demanda contra el mismo para que se declare resuelto el contrato de arrendamiento.

Se opone el demandado alegando: 1.º Que la duración del contrato no se hizo con carácter resolutorio a su vencimiento, puesto que sabían la duración indefinida de estos contratos por imperativo legal, y 2.º Que para la clase de obras efectuadas estaba autorizado y que su actuación en orden a la pared que deslindaba local y huerta ha sido la de quitar algunas piedras que estaban superpuestas en seco sin argamasa alguna, pero sin arrancarlas ni separarlas de nada, pues a nada estaban unidas y tampoco haciéndolas desaparecer, sino depositándolas en las inmediaciones de donde habían sido retiradas, con el efecto de rebajar el cerco de mampostería.

El Juzgado de Primera Instancia de Valmaseda desestima la demanda, con costas al demandante. Apelada la sentencia por éste, la Audiencia Territorial de Burgos revoca la misma estimando la demanda y declara resuelto el contrato de arrendamiento del local, con costas al demandado en Primera Instancia, sin hacer especial imposición de las de Segunda Instancia.

Interpone recurso de injusticia notoria el demandado basándose en error en la apreciación de la prueba e infracción de ley y doctrina legal, que apreciadas por el Tribunal Supremo declara la nulidad de la sentencia impugnada y confirma en todas sus partes la dictada por el Juzgado de Instancia por estimar que «al no haberse practicado en dicha pared agujero alguno, no ha alterado aquel espacio vacío» y en general el que las obras no afectan a las partes vitales del inmueble.

RETRACTO ARRENDATICIO: EL PERFECCIONAMIENTO DE LA ENAJENACION JUDICIAL FORZOSA NO SE PRODUCE SINO CUANDO EL JUEZ APRUEBA EL REMATE Y DESDE ESA FECHA HAY QUE CONTAR PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE RETRACTO (SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1975).

BANKINS, S. A., arrendó una nave industrial a PEDRO HERMANOS Y CIA., S. A. Como consecuencia de la quiebra de Bankins se saca a subasta dicha nave con fecha 12 de abril de 1972, adjudicándose a don Demetrio Mozo como mejor postor. El Juez suspendió la aprobación del remate «habida cuenta de que no consta en el exhorto—procedente del Juzgado de Lérida—cuál fuera el precio que sirvió de tipo para la segunda subasta ni la tasación de la finca, ni tampoco se faculta para dicha aprobación a este Juzgado». El 27 de julio de 1973 la Sociedad arrendataria es requerida por el Juzgado para que sean abonadas a su propietario, don Demetrio Mozo, las rentas de la nave industrial, notificándole que con fecha 27 de febrero de 1973 se otorgó escritura de dicha nave a favor del referido adjudicatario.

La «Sociedad Pedro Hermanos, S. A.» entabla demanda ejercitando el derecho de retracto que le concede el artículo 48 L. A. U., a la cual se opone el demandado alegando que la parte actora tuvo pleno conocimiento del remate que se hizo con fecha 12 de abril de 1972, dada la publicación que se hizo de la enajenación en pública subasta.

El Juzgado de Primera Instancia de Valladolid número 1 estima la demanda, sentencia que fue revocada por la Audiencia Territorial.

El demandante interpone recurso de Injusticia Notoria alegando que la compraventa no se perfeccionó el día de la subasta, dada la suspensión de la aprobación del remate por el Juez y como la aprobación del remate no se produjo sino hasta el día 6 de julio de 1972, el demandante no pudo ejercitar el retracto hasta el momento en que le fue notificado judicialmente que la escritura había sido otorgada, es decir, el 27 de julio de 1973, presentándose la demanda antes de transcurrir el plazo de sesenta días señalado en el artículo 48 L. A. U.

El Tribunal Supremo admite el recurso y dejando sin efecto la sentencia de la Audiencia confirma la del Juzgado de Instancia diciendo en su Considerando segundo que «el perfeccionamiento de la enajenación judicial forzosa no se produce sino por el concurso de la oferta y de la aceptación definitiva sobre la cosa y el precio, debiendo advertirse, en cuanto a la oferta, que está constituida, no por los anuncios de la subasta, los que no representan más que una *provocatio ad offerendum*, sino por cada postura de los licitadores, y, en cuanto a la aceptación definitiva, que corresponde otorgar al órgano jurisdiccional en vista de la mejor postura, habiendo de entenderse que no existe tal aceptación cuando anunciada aquella puja al público, así como el nombre del mejor postor, el Juez suspende la aprobación del remate y no adjudica la cosa al mejor licitador». Por ello, no se admite que antes del citado 27 de julio de 1973 tuviera el arrendador conocimiento de la consumación de la transmisión de la propiedad, que es el hecho decisivo a efectos de la iniciación del plazo para el retracto y no el del supuesto perfeccionamiento de la enajenación.

RESOLUCION DE CONTRATO: LA INCAPACIDAD PERMANENTE PARA EXPLOTAR EL NEGOCIO NO CONSTITUYE JUSTA CAUSA DEL CIERRE DEL LOCAL (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1975).

Don Juan Martínez arrendó un local a don Antonio Bañón que éste destinó a taller de reparación de calzado, que el arrendatario cerró durante más de seis meses dejándolo reducido a la categoría de mero almacén de antigua maquinaria y demás útiles de trabajo.

El arrendador entable demanda pidiendo la resolución del contrato, a la que se opone el demandado alegando una lesión en el dedo pulgar que le impide realizar los trabajos manuales propios de su profesión, por cuya razón no abre el taller diariamente.

El Juzgado de Primera Instancia de Yecla estima la demanda, con costas al demandado, sentencia que fue revocada por la Audiencia Territorial de Albacete, condenando al actor al pago de costas en Primera Instancia sin hacer expresa condena en la apelación.

Interpuesto recurso de Injusticia Notoria por el actor es admitido por el Tribunal Supremo, que anula la sentencia de la Audiencia en base a que como viene declarando dicho Tribunal, para que la causa alegada justifique el cierre es necesario que influya o repercuta en la aptitud o capacidad del arrendatario para ejercer en el local la actividad comercial que hasta entonces había venido desarrollando, de tal modo que le impida transitoriamente el desenvolvimiento de las actividades necesarias

para que el negocio instalado pueda continuar desarrollándose normalmente; pues si tal impedimento es permanente, no constituye causa justa del cierre, ya que de no entenderse así se haría definitiva una situación contraria a la propia naturaleza del contrato de arrendamiento.

RESOLUCION DE CONTRATO: EL SUBARRIENDO O CESION DE LOCAL DE NEGOCIO SIN AUTORIZACION DEL ARRENDADOR ES CAUSA DE RESOLUCION DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1975).

Don Juan Gimeno arrendó a don Mariano Bergua un local de negocio que se destinaría a Cafetería y Sala de fiestas y con este carácter lo estuvo explotando el arrendatario hasta que lo cerró, reanudándose después las actividades, pero por otra persona distinta y como único titular, bien como cesión, subarriendo o traspaso, pero siempre sin consentimiento de su principal. Ante tal situación, el propietario formula demanda contra el arrendatario, solicitando la resolución del contrato de arrendamiento.

El Juzgado de Primera Instancia de Egea de los Caballeros desestima la demanda, con costas al actor, sentencia que fue revocada por la Audiencia Territorial de Zaragoza declarando resuelto el contrato de arrendamiento.

El demandado interpone recurso de Injusticia Notoria ante el Tribunal Supremo, al amparo del artículo 136, 3.º y 4.º L. A. U., invocando infracción de los artículos 20, 22 y 1142.º L. A. U., ya que sienta como premisa del fallo la existencia de un subarriendo de local y asimismo error en la apreciación de la prueba.

El Tribunal Supremo no admite el recurso por defectuosa formulación del motivo señalado en el párrafo 4.º del artículo 136, que no es invocado con el rigor formal que el recurso exige y además porque al frente del negocio se encuentra persona distinta, sin que se haya demostrado tenga relación laboral con el arrendatario ni sea su dependiente ni ostenta el carácter de factor mercantil, dependiente ni asalariado ni guarde relación familiar con él, por lo que estamos en presencia de un subarriendo o cesión, ya total o parcial, del local arrendado, y procede aplicar el artículo 1142.º L. A. U. y 1.233 C. C. y, en consecuencia, declarar resuelto el arrendamiento.

RESOLUCION DE CONTRATO: LA TRANSFORMACION EN ALMACEN AUXILIAR O DEPOSITO DE UN LOCAL DESTINADO ANTES A ACTIVIDADES DE CONSTANTE RELACION CON EL PUBLICO EQUIVALE A CIERRE (SENTENCIA DE 2 DE MAYO DE 1975).

Se arrienda un piso para vivienda y despacho del negocio propio del arrendatario: Agencia Oficial de la Propiedad Industrial, con la obligación de no destinarlo a otro uso distinto del consignado. Muere el arrendatario y se subrogan en el arriendo sus hijos que ejercen la misma profesión que el padre, continuando destinado el piso a la misma actividad que el difunto durante cierto tiempo. Con posterioridad, las antiguas oficinas de la Agencia de Propiedad Industrial se transforman en almacén o archivos de la misma, y como el arrendador estima que se ha dejado de dedicar el local arrendado a la actividad profesional para la que había sido alquilado, convirtiéndolo en almacén o accesorios de tal profesión, no abierto al público, entabla demanda pidiendo la resolu-

ción del contrato de arrendamiento, demanda que fue estimada por el Juzgado número 3 de Madrid, y fue confirmada por la Audiencia Territorial.

Interpuesto recurso de Injusticia Notoria por los demandados, es rechazado por el Tribunal Supremo, pues, según reiterada jurisprudencia el cierre entraña un concepto contrario al de establecimiento abierto, al faltar el requisito revelador de una actividad negocial en contacto y comunicación con el público, aunque en el interior se ejerza alguna accesoria relacionada con el negocio principal que antes se ejercía allí y «la variación de las actividades que antes se desarrollaban en el local—de constante relación con el público—que ahora se ha convertido en de aislamiento de él, pues queda reducido, el local litigioso, a un simple almacén accesorio de la actividad para que había sido cedido al arrendatario, aunque en él se guarde el archivo, equivale a cierre, porque por tal ha de entenderse, no solamente el hecho material de no abrir el local durante seis meses en el plazo de un año, sino también esa transformación en el almacén auxiliar o depósito, cerrado permanentemente al público y sin asistencia continua de empleados.

RESOLUCION DE CONTRATO: LA REALIZACION DE OBRAS EN LA COSA ARRENDADA, PARA LAS QUE NO SE ESTA AUTORIZADO, ES CAUSA DE RESOLUCION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1975).

Doña Carmen López arrendó un local a don José García autorizándole a realizar determinadas obras. Como el arrendatario realizó algunas que la arrendadora estimó no estaban comprendidas en aquella autorización y además alteraban—a su juicio—la configuración del local, entabló demanda sobre resolución del contrato de arrendamiento al amparo del artículo 1147.º L. A. U. Dicha demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia de La Coruña, decisión que fue revocada por la Audiencia Territorial de dicha ciudad, que declara haber lugar a la resolución del contrato al estimar probado que las obras realizadas en el local son distintas de las consentidas y además modificaban la configuración de dicho local.

Interpuesto recurso de Injusticia Notoria por el demandado, el Tribunal Supremo no la admite al estimar que la realización de tales obras justifican la resolución del contrato.

RESOLUCION DE CONTRATO: SI LAS OBRAS REALIZADAS EN LA COSA ARRENDADA NO DESBORDAN LOS LIMITES QUE EL ARRENDADOR SE PROPUSO ESTABLECER AL OTORGAR EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO, NO HAY LUGAR A LA RESOLUCION DEL MISMO (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1975).

Don Dionisio Montero alquiló a Panificadora Postal, S. A. un local destinado a fábrica de pan, autorizándole a «realizar cuantas obras estime oportunas para el desarrollo de su actividad industrial y en cualquier momento mientras subsista el arrendamiento». La compañía arrendataria posee un local contiguo al arrendado y realiza las obras necesarias para establecer una comunicación entre los dos locales colindantes. Ante ello, el arrendador demanda la resolución del contrato por estimar que dichas obras traspasan las facultades de la compañía arrendataria, a lo que se opone ésta alegando que se ha limitado a usar de las facultades reconocidas al celebrarse el contrato de arrendamiento; que las obras son

para el mejor desarrollo de su actividad industrial y que sólo ha realizado un hueco de 70 por 70 cms., que es de mera tolerancia y que en nada perjudica al muro divisorio.

El Juzgado número 26 de Madrid desestima la demanda, con costas al actor, sentencia que fue confirmada por la Audiencia Territorial con igual condena de costas.

Interpuesto por el demandante recurso de Injusticia Notoria, el Tribunal Supremo no lo admite, toda vez que por razón del objeto, tiempo y fin de las obras ejecutadas, no aparece que las mismas desbordaran los límites que el arrendador se propuso establecer al otorgar esa autorización genérica y si las obras litigiosas estaban amparadas por el previo consentimiento del arrendador es indiferente que se estime que aquéllas modificaron la configuración del local de negocio alquilado o que debilitan la naturaleza y resistencia de los materiales empleados en la construcción, por lo que no procede aplicar el artículo 114-7.º L. A. U.

F. Q. R.

V. SUCESIONES

RESERVAS VIUDAL Y LINEAL: Artículos 811 y 968 del Código civil (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1975).

Doña R. G. F. falleció en estado de casada con don F. V. L., de cuyo matrimonio dejó tres hijos, llamados F., R. y L. V. G., este último actor, apelado y recurrente, bajo testamento notarial abierto en el que dejó una cuarta parte de sus bienes a su marido.

Después de su madre, falleció la hija R. V. G. sin dejar descendencia y sin haber otorgado testamento, por lo que fue declarado heredero *ab intestato* de la misma su padre F. V. L., el cual había contraído nuevas nupcias. Y muerta su segunda esposa, sin haber tenido con ella descendencia, contrajo nuevo matrimonio por tercera vez, de cuyo último enlace tuvo cuatro hijos, los demandados, uno de los cuales luego apeló y aparece como recurrido.

El padre tres veces casado y en quien concurre además la circunstancia de ser reservista conforme al artículo 811 del Código civil, don F. V. L., murió bajo testamento abierto en el que deshereda al actor, su hijo del primer matrimonio, L. V. G., por haberle maltratado y negado indebidamente alimentos, mejorando al otro hijo del primer matrimonio, F. V. G., conforme a una cláusula del siguiente tenor literal: «Para el caso de que algunos de sus bienes fuesen reservables, mejora en los mismos, conforme al artículo 972 del Código civil, al hijo de su primer matrimonio, F.»

Se practica una partición, que firman todos los hijos, por fallecimiento de la primera esposa, en la que se adjudica al viudo, que ya había vuelto a casarse y había heredado a su hija, todo lo que le correspondía en los bienes de su fallecida primera esposa, tanto directamente por la disposición testamentaria a su favor, como indirectamente a través de la hija común, R. V. G. Esto es, la partición no discriminó qué bienes había heredado don F. V. L. directamente de su esposa R. G. F., en virtud de la institución hereditaria de una cuarta parte a su favor y aquellos otros que había heredado de su hija R. V. G., la cual, a su vez, los había heredado de su madre R. G. F.

Vendida una de las fincas adjudicadas indiscriminadamente al padre reservista por el hijo del tercer matrimonio de éste a quien se adjudicó

al morir aquél, teniendo en cuenta que todos los bienes adjudicados a su padre en la partición de su primera esposa lo fueron en parte por la herencia de ésta como consecuencia de la disposición testamentaria dispuesta a favor de su dicho marido y en la otra parte por la herencia intestada de su hija de bienes que ésta, a su vez, había heredado de su madre, resulta claro que todo ello está sujeto a las reservas llamadas del cónyuge viudo, establecida en el artículo 968 del Código civil, y a la reserva lineal del artículo 811 del propio Código. Por ello, el hijo del primer matrimonio, desheredado por su padre reservista en su testamento y no obstante la mejora efectuada a favor de su otro hermano reservatario por el padre común en los términos expuestos, reclama a los hijos del tercer matrimonio contraído por su padre todos los antedichos bienes reservables, en este carácter, entendiéndose que su hermano F. (el mejorado) y él (desheredado y no mejorado) ostentan la propiedad de tales bienes inmuebles, terminando por solicitar la nulidad de la compraventa de alguno de ellos que se había efectuado, con la cancelación del asiento registral, y la subrogación real de las fincas aportadas a la concentración parcelaria por las de reemplazo.

Los demandados se oponen a la demanda en base fundamentalmente a que el actor otorgó y firmó la escritura particional, en la que, al no adjudicarse fincas determinadas en pago separadamente de lo que el padre heredó de su primera mujer, de lo que heredó de su hija y de lo correspondiente al mismo por su haber ganancial, sino que sólo se determina el valor del montante de cada uno de los tres conceptos adjudicándose indiscriminadamente las fincas, resulta que a cada uno de esos conceptos corresponderá en cada finca una cuota proindiviso proporcional a las cantidades que forman el haber hereditario de la esposa, de la hija y de la participación en la disuelta sociedad de gananciales. Con la consecuencia de que el demandante carece de título para pedir, como lo hace, la entrega de dichas fincas y una declaración de dominio, configurando su petición como una auténtica acción reivindicatoria, ya que ésta requiere, en primer lugar, título y no puede considerarse como tal la antedicha partición. Y además el padre reservista falleció bajo la vigencia de un testamento en que deshereda al actor y mejora en los bienes reservables a su otro hijo, sin que el primero ostente la representación legal ni voluntaria del último.

El Juzgado de Primera Instancia de Lluarca estimó parcialmente la demanda declarando que las fincas enumeradas, a excepción del cincuenta por ciento de una de ellas, tienen el carácter de reservables en favor de ambos hermanos, F. y L. V. G., que por haberse producido la subrogación real como consecuencia de la concentración parcelaria tienen asimismo tal carácter las fincas de reemplazo de aquéllas, que la compraventa de una de dichas fincas es nula y que debe, en consecuencia, cancelarse el asiento registral de esta transmisión.

Apelada la sentencia por el hermanastro vendedor demandado, a quien se había adjudicado la finca, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo revoca la sentencia del Juzgado apreciando la falta de legitimación en el actor en la forma que acciona y desestima, por tanto, la demanda.

El actor y apelado interpone recurso de casación por infracción de ley, fundado sustancial y resumidamente en lo siguiente:

1.º El padre reservista no mejoró al hijo F. en la totalidad de los bienes o masa reservable, como mantiene la sentencia de la Audiencia, sino sólo en la reserva ordinaria de los artículos 968 y siguientes del Código civil, lo que se deduce de la interpretación literal de la cláusula transcrita, que expresamente cita el artículo 972.

Parece asistírle cierta razón al recurrente en este punto, siendo una pena que el Tribunal Supremo no haya entrado en el fondo del litigio.

Todo se reduce, en realidad, a optar entre una interpretación literal de la cláusula de mejora, apoyada en el sentido restrictivo que ha de darse a las reservas y, con mayor motivo, a la lineal, por desviarse del orden normal de llamamientos a la herencia, o una interpretación espiritualista, acorde con la presumible voluntad del testador, puesta de manifiesto en la desheredación (si deshereda al otro reservatario, parece que la mejora es de alcance máximo) y en la expresión «para el caso de que algunos de sus bienes fuesen reservables», y tan reservables lo son por la reserva ordinaria como por la lineal, pues ambas son reservas; sin que la cita del artículo 972 deba desvirtuar esa inicial amplitud, ya que la jurisprudencia ha proclamado su aplicación a la reserva lineal, y la doctrina ha optado por la misma solución, sobre todo si los reservatarios son hijos.

2.º Que el reservista no puede mejorar en *todos* los bienes reservables, sino, a lo sumo, en parte de los mismos.

Sin embargo, la solución contraria, que ha sido defendida brillantemente por VALLET, para la reserva del artículo 811, tiene en su apoyo la expresión «en todo» del artículo 973.

3.º Que la desheredación sólo producirá efectos, en su caso, respecto a la herencia propia del testador que deshereda, pero no se extiende a los bienes sujetos a la reserva por el reservista, esto es, el reservista no puede desheredar en los bienes reservables.

Cuestión ésta muy controvertida, habiéndose mantenido las tres opiniones de que sólo puede desheredar el reservista, de que sólo puede desheredar el cónyuge premuerto y que pueden hacerlo ambos. Argumentos hay en cada caso, fundados principalmente en la naturaleza que se atribuya al derecho de los reservatarios. Una interpretación sistemática, poniendo en relación al artículo 973 con el precedente artículo 972, suministra un argumento bastante fuerte, a mi juicio, para entender que puede desheredar el reservista, ya que el artículo 972 habla o se refiere expresamente del padre o madre segunda vez casado, esto es, el reservista y el 973, que parece redactado como si fuera continuación del anterior, ya que dice: «Si el padre o la madre no hubiere usado, en todo o en parte, la facultad que le concede el artículo anterior...», y luego: «El hijo desheredado justamente por el padre o por la madre...» Utilizar en todos los supuestos la misma redacción, «el padre o la madre», parece que indica se refiere siempre al supuesto contemplado inicialmente en el artículo 972, que claramente es el del reservista. Y en cuanto a la desheredación hecha por el premuerto, vendría autorizada por las reglas generales o comunes del Derecho sucesorio. Es de notar que la Compilación catalana atribuye la facultad de mejorar, en toda amplitud, tanto al cónyuge premuerto como al reservista, refiriendo la facultad de desheredar y la indignidad sucesoria sólo al primero (artículo 270), facultades extensivas a la reserva lineal cuando los reservatarios sean descendientes del reservista (art. 272). Y sería bueno que la jurisprudencia se fuera inspirando en estas y otras análogas soluciones progresivas de las legislaciones forales, muchas de ellas preconizadas ya de antiguo por la doctrina, en vistas a una aproximación y unificación de los Derechos patrios.

4.º Que la condición de reservatario viene atribuida por la ley, siendo ajena al *quantum* o participación que, en definitiva, corresponda a cada reservatario. Pero, decimos nosotros, esto alcanza su cabal expresión en la fase de la reserva pendiente, mientras vive el reservista, en que todos los reservatarios podrán ejercitar medidas conservatorias, aparte de otras facultades más o menos discutidas; mas una vez consumada la reserva por muerte del reservista, la condición de reservatario viene a coincidir con la de persona con derecho a los bienes en que la reserva consiste, de suerte que si no le corresponde nada carecerá de interés, y sin interés no hay acción.

5.º Que no cabe admitir la mejora por el reservista en la reserva lincal. Pero esto también es controvertido, siendo la tesis que cuenta con mayores partidarios la de que es posible esta mejora cuando los reservatarios son hijos o descendientes del reservista, que es, como he dicho, la solución mantenida por la Compilación de Cataluña.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel Cantos Guerrero, considera que absueltos en la Instancia los demandados por falta de legitimación activa del actor, todo el problema que a la casación puede presentar este recurso ha de estar relacionado sólo y exclusivamente con dicho tema. Tratándose, en suma, de un reservatario que ha sido totalmente privado por el reservista de su derecho de reserva y que pretende litigar en nombre de la comunidad de reservatarios, que, en su caso, estaría constituida por él y por su hermano, y que, en principio, según el testamento del reservista, la totalidad de los bienes reservables, a virtud de lo dispuesto en el artículo 972 del Código civil, deben ser adjudicados a dicho hermano del actor, lo que significa que por el momento el actor carece de interés en este pleito, sin perjuicio de que en su día, por el cauce adecuado y con la *preceptiva presencia de su hermano*, favorecido por la disposición testamentaria de mejora, pueda o no esta cláusula testamentaria ser anulada o moderada en su cuantía, lo cual no pudo hacerse en el juicio que ha dado lugar al presente recurso, por no haber sido objeto del mismo y por haber estado ausente del proceso el aludido hermano. Y planteada así la cuestión declara no haber lugar al recurso.

SUCESION EN TITULOS NOBILIARIOS (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1975).

La legitimación por concesión real sólo da derecho a la sucesión en el título si expresamente se manifiesta en el *rescriptum principis*.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre Bernardo, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 10 de los de dicha población, con base a las siguientes consideraciones, de las que se deducen claramente los hechos y la cuestión litigiosa:

Que la única cuestión debatida en la litis, como cuida de determinar la recurrida sentencia, que hoy se trae al recurso y así se recoge en el mismo, lo es la de si el actor y recurrente, descendiente legítimo de una rama natural, puesto que es nieto de un hijo natural del último Marqués de C., al haber sido éste legitimado después de su fallecimiento por concesión real, subsanándose aquella mácula y quedando totalmente purificada dicha rama, puede suceder en el título a dicho Marquesado, al estar comprendido en los llamamientos sucesorios en línea directa de varón en tercer grado de aquel último Marqués de C., con derecho preferente al del demandado y recurrido, cuyo título disfruta por Decreto del Ministerio de Justicia de 23 de julio de 1971, que procede de línea legítima, pero de hembra, y lo está en sexto grado de parentesco en relación al referido último Marqués; orden genealógico que no se discute, como tampoco la aptitud para suceder en el título de quien proviene de ascendencia natural, si está para ello especialmente autorizado por aquella legitimación, tanto si se tienen en cuenta las normas sucesorias del mayorazgo que fundó don J. R. A. en su testamento, al vincular una parte de sus bienes a su descendencia legítima de varón

y, en su defecto, hembra, a cuyas normas quedó unido dicho título de Castilla, conforme a la Carta de Concesión, expedida en 6 de octubre de 1801, como si se acude a nuestro Derecho histórico y vigente en la sucesión de títulos nobiliarios, y muy especialmente a la Ley IV, título XIII, de la Partida IV, conforme a la que el hijo legitimado por concesión real puede suceder en dignidades nobiliarias siempre que el *rescriptum principis* contuviera el expreso deseo de ser autorizado excepcionalmente en dicha sucesión.

Que conforme con ello, la debatida cuestión se centra en el contenido y alcance que, en relación a la sucesión nobiliaria, se dé y reconozca al Real Despacho de Legitimación, otorgado por el Rey don Alfonso XIII, respecto a don M. C. y V., hijo natural de don J. C. y V., Marqués de C., para cuyo trabajo interpretativo el Juzgador de primer grado tuvo en cuenta: primero, que don J. C. y V., IV Marqués de C., dirigió solicitud al Rey de España en 14 de junio de 1911, suplicando la real autorización para que sus nietos, hijos legítimos de su hijo natural, ya fallecido, pudieran sucederle en los títulos nobiliarios que ostentaba, sin que esta petición tuviera respuesta; segundo, que más adelante se solicitó la legitimación por Concesión Real, otorgándose por don Alfonso XIII Real Despacho en 2 de junio de 1914, por el que se legitimaba a don M. C. y V.; tercero, los términos en los que está concebido, que no duda en calificar de retóricos y ampulosos, característicos de esta clase de documentos, y más principalmente su parte dispositiva: «Les instituyo en todos los derechos, franquicias y prerrogativas que puedan y deban gozar según las leyes del Reino los sucesores de un legitimado por Concesión Real.»

Que la recurrida sentencia, abundando en las principales características que dominan la sucesión en los títulos nobiliarios, recogida en las antiguas leyes como en las vigentes en la materia, cual es la «limpieza y pureza de sangre», presupuesto de general observancia, sólo salvable por especial privilegio del Soberano o Jefe del Estado, mediante expresa autorización a la sucesión nobiliaria de quienes carezcan de tal pureza de origen y a la vista de tan meritado Real Despacho de legitimación, hace especial atención, a efectos interpretativos, en: primero, la distinción entre derechos civiles y derechos nobiliarios, y mientras para aquéllos no duda en reconocerle el valor del que las leyes le atribuye a esta clase de legitimación, no sucede lo propio respecto a los nobiliarios, al no estimar que la misma contenga aquella particular autorización única capaz para sanar aquel viciado eslabón en la cadena sucesoria del actor; segundo, las expresiones empleadas en el Real Despacho: «derechos, franquicias y prerrogativas», a las que no da la amplitud interpretativa pretendida por el solicitantes que permita estimar aquella habilitación necesaria para suceder con preferencia al demandado en la discutida merced; tercero, el que no se impetrara en la tramitación del expediente la oportuna autorización de la Autoridad Real para suceder en la dignidad, cuando el solicitante no ignoraba la obligada exigencia de tal requisito, como lo demuestra que lo suplicase en escrito dirigido al Monarca en 14 de junio de 1911, sin obtener respuesta; cuarto, la disconformidad entre el informe de la Diputación de la Grandeza y el de la correspondiente Sección del Ministerio de Justicia, a instancia del padre del actor, don P. C. y C., como los informes desfavorables, que completan este último, de la Diputación de la Grandeza, Sección del Ministerio de Justicia y Comisión Permanente del Consejo de Estado, a sendas peticiones de don P. C. y A., hermano del actual solicitante y cedente de sus presuntos derechos, con fechas 28 de octubre de 1948 y 6 de junio de 1955.

Que no siendo otro, sino el trabajo interpretativo llevado a cabo por

el Juzgador, de lo que deduce su fallo desestimatorio de la demanda, por no ser coincidente con el personal del actor y recurrente, y que, en síntesis, ha quedado reflejado, ya, en principio, comporta la desestimación de cuantos motivos del recurso no atacan dicha labor de hermenéutica o exégesis del Real Despacho de Legitimación, de la que, como se ha indicado, concluye su fallo, y así lo han de ser, el primero, al acusar, por la vía del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la violación del párrafo primero del artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820, el artículo 1 de la de 4 de mayo de 1948 y el artículo 5 del Decreto de 4 de junio del mismo año, precepto que además, para llegar el Juzgador *a quo* a aquella determinación y planteamiento de la cuestión debatida, no dejó de tener en cuenta, con expresa cita de unos e implícita de otros, por lo que no puede decirse hayan sido violados; el tercero, al denunciar, por el cauce del número 7.º, error de Derecho en la apreciación de la prueba, y exclusión hecha del defecto formal de involucrar cuanto afecta a la interpretación del documento de legitimación por Concesión Real de don M. C. y V., alegando la infracción de los artículos 1.282 y 1.284 del Código civil, se acusa la inaplicación de los artículos 1.216 y 1.218 del propio Código, cuando ni se ha discutido el carácter de documento público de aquella Real Concesión ni se ha puesto en duda el hecho que lo motiva y fecha de éste, extremos que se dan por acreditados en autos; el cuarto, pues al denunciar error de hecho en la apreciación de las pruebas, se dice consistir «en cuanto se aprecia que el hijo legítimo del IV Marqués de C., por serlo por Concesión Real, no se halla capacitado para suceder en las mercedes de su padre», cuando lo que se dice por la sentencia es que tal concesión no es lo suficientemente explícita para autorizar una sucesión nobiliaria, frente a quien desciende de línea legítima, sin que de los documentos que se citan, ya examinados por el Juzgado, se desprenda otra cosa que el de la legitimación, que no se niega, por lo que no han de alcanzar más trascendencia que la que en la sentencia se les reconoce, y el quinto, al denunciar, al amparo del número 1.º, «la infracción del artículo 1.253 del Código civil, al aplicarlo sin citarlo, con interpretación errónea», siendo lo cierto que el Juzgador no acude a la prueba de presunciones, sino que de la simple labor exegética de tan meritado Real Despacho, y de hecho que deduce de prueba directa de otros documentos que a la misma contribuyen, llega a dicho resultado interpretativo, del que concluye su fallo.

Que no resta sino el segundo de los motivos del recurso, sobre el que es de anotar: a) que carece del rigor formal que para su formulación sanciona el artículo 1.720 de la Ley Procesal Civil, puesto que no hay una cita precisa y clara del precepto que se dé por infringido, sino que lo que hace el recurrente, en el discurrir de sus alegaciones, con las que intenta combatir la recurrida sentencia, es ir indicando los preceptos que, en relación a las mismas, estima se infringen, para lo que no duda en atribuir a la sentencia afirmaciones que no contiene, hacer supuestos de cuestiones que él solo plantea o traer al recurso materias no debatidas en la litis, dando con todo ello lugar a una profusa e incoherente cita de preceptos quebrantados, y así da por infringida la Real Orden de 21 de octubre de 1928 y Decreto de 8 de julio de 1922, con violación del artículo 3 del Código civil, al no hallarse vigentes al momento de operarse la legitimación y otorgar el Monarca su Real Despacho de 1914, siendo la verdad que si en la sentencia se traen a colación dichos preceptos, lo es a los solos efectos de sentar las bases rectoras en las sucesiones nobiliarias con carácter abstracto y general, sin afección concreta al supuesto debatido, como cuando se da como infringido, por interpretación errónea, el Real Despacho de 2 de julio de 1914, haciendo supuesto de la cuestión, puesto que intenta hacer prevalecer su criterio de que haciendo el Soberano uso de su expresa facultad dio la autorización para

el legitimario y sus sucesores, tomando como antecedente el Real Decreto de 27 de mayo de 1912, por el que dispensaba de toda responsabilidad al nieto de los Marqueses de C., al haber contraído matrimonio sin obtener la necesaria Real licencia, Decreto que estima violado, como al acusar la violación de la Ley cuarta, título XV, de la Partida cuarta, afirmando que a tanto equivale no reconocer a la legitimación otorgada por el Monarca plenos efectos civiles; para en otro de los párrafos del motivo dar como infringido, por aplicación indebida, los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil, volviendo con ello a la cuestión planteada en el quinto de los motivos, ya examinado, y que ahora enlaza, según dice, al resolver por presunciones e interpretar erróneamente el Real Despacho de 1914, con la violación del artículo 1.281 del Código civil, dados los términos en que está redactado, para terminar dando por infringido, por el concepto de violación, el artículo 5 del Código civil, en cuanto, con arreglo a la interpretación que el recurrente da al Real Despacho de 2 de junio de 1914, «representa la habilitación de los sucesores del legitimado para suceder en cualquier clase de derechos, incluso los que pudieran exigir el requisito de una expresa referencia y ésta no apareciera, pues la propia generalidad elimina la existencia de excepciones en la institución que lleva a cabo el Monarca, a efectos nobiliarios, en los sucesores del legitimado», todo lo que determina su inadmisibilidad por la forma, que en esta fase decisoria lo es de desestimación; b) porque aunque se salvasse este defecto formal, extrayendo del motivo la sola infracción del precepto remitido a la interpretación, como lo es la ya indicada cita del artículo 1.281, por el concepto de violación, sabido es, por tenerlo así declarado reiterada doctrina de esta Sala, que la labor interpretativa de los actos o negocios jurídicos que sean razón del objeto de la litis le está atribuida privativamente al Tribunal de Instancia y ha de ser respetada en casación, mientras resulte lógica, racional y no desborde el texto que se interpreta, y que, desde luego, no cabe desvirtuar con el solo criterio particular del litigante; luego si en atención a aquellos antecedentes históricos, a los que nuestra legislación en materia nobiliaria acude y declara vigentes para el supuesto de autos, muy principalmente la Ley cuarta, título XIII, de la cuarta Partida, que nunca equiparó, cual ocurre en su aspecto patrimonial en la legislación vigente, los hijos naturales legitimados por Concesión Real a los legítimos, si bien en aquella materia nobiliaria, por su caracterizada dependencia de la voluntad soberana, puede, cuando así se expresa por el Soberano, alcanzar aquella equiparación, ocupando en la sucesión el legitimado el lugar que le correspondería como si de hijo legítimo se tratase; mas al no constar en autos aquella expresa autorización, extremo éste no discutido, sólo de los términos en los que esté redactado el despacho de legitimación ha de deducirse el alcance, a efectos nobiliarios, de la misma, y natural es que no pueda decirse que se ha violado el artículo 1.281, que hay que entender en su párrafo primero, al no constar en dicho despacho una expresa referencia a la discutida sucesión nobiliaria, y de ahí que el Juzgador haya extremado al máximo su labor de intérprete, llegando a una conclusión que necesariamente ha de ser respetada, pues ni cabe calificarla de ilógica, irracional, irreflexiva o discordante con el texto interpretado, dado que aquella generalidad, a la que se refiere el recurrente, no puede prevalecer cuando por consecuencia de tan especial materia preciso hace de una expresa y particular referencia, a manera de privilegio, que elimine toda duda que su falta puede originar, en cuyo sentido ya se mostró también la doctrina de esta Sala, ante lo dispuesto por la citada Ley cuarta, título XIII, de la Partida cuarta, sentencias de 5 de julio de 1960 y 26 de junio de 1963, lo que igualmente hace que el motivo sea desestimado.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

LA EQUIDAD COMO LIMITE DE LAS POTESTADES DE REVISION DE OFICIO.

I. INTRODUCCIÓN

1. Con anterioridad a que el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, sancionara la equidad como criterio interpretativo en el Título Preliminar del Código civil (art. 3.º, 2), la Ley de Procedimiento Administrativo había consagrado la equidad como límite de las potestades de revisión de los actos administrativos. El artículo 112 de dicha ley dispone: «Las facultades de anulación o revocación no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido u otras circunstancias, su ejercicio resultase contrario a la equidad, al derecho de los particulares o a las leyes.»

2. Toda la problemática planteada por la doctrina civil en torno a la equidad se ha visto reproducida en la doctrina administrativa al intentar aplicarla en este sector del Ordenamiento jurídico.

La equidad se representa al legislador «como una tabla de principios vagos, imprecisos y asistemáticos, ocasión indistinta para la justicia o para la arbitrariedad» (1). Actúa—se ha dicho—como fuente de interpretación, de suplencia, de corrección y de derogación de la ley (2). Su misión es templar el rigor de las leyes positivas y corregir o suplir sus deficiencias (3).

La equidad cumple, fundamentalmente, una triple función: interpretativa, integradora y correctora. Interpretativa, en cuanto no se puede prescindir de ella al indagar el sentido de la norma (4). Como dice el Código civil, «la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas» (artículo 3.º, ap. 2). Pero no se limita aquí la función de la equidad. La equidad opera también cuando falta la norma reguladora para llenar la laguna. E incluso para atenuar los efectos de la norma aplicable cuando es contraria a la justicia.

3. La equidad, como límite a las facultades de anulación y revocación de la Administración, aparece consagrada legalmente en el artículo 112

(1) GALLARDO RUEDA «Equidad» *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, tomo VIII, pág. 634

(2) LÓPEZ ALARCÓN «La equidad en el nuevo Título preliminar del Código civil», en *Documentación jurídica*, núm. 4 (1974), pág. 1249.

(3) OGAYAR: *Creación judicial del Derecho*, Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1975, pág. 43.

(4) CASTÁN: *La formulación judicial del Derecho (Jurisprudencia y arbitrio de equidad)*, 2ª edición, Madrid, 1954, págs. 104 y ss.

de la Ley de Procedimiento Administrativo. Es la propia ley quien consagra la equidad como uno de los límites de las potestades de la Administración. Estas no podrán ser ejercitadas cuando este ejercicio sea contrario a la equidad, «por el tiempo transcurrido u otras circunstancias».

Normalmente, la contraposición entre Derecho escrito y equidad se corresponde con la antítesis entre el principio de seguridad y el de adaptación (5). Mas si vinculamos la idea de equidad a los principios generales del Derecho, la equidad puede aparecer como límite a unas potestades cuyo ejercicio ilimitado en el tiempo puede ser contrario a principio tan elemental del Ordenamiento como el de la seguridad jurídica. Si por el tiempo transcurrido desde que se dictó el acto, su revisión atenta contra el principio de seguridad, la anulación o revocación serán improcedentes (6).

Precisamente, la doctrina suele invocar la norma contenida en el artículo 112 como un correctivo de algo tan ilimitado como la imprescriptibilidad de la acción de nulidad. Y el supuesto de hecho más frecuente de aquélla, en que nuestra jurisprudencia administrativa aplica el citado artículo 112, es el del transcurso del tiempo.

4. El artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo, al sancionar la equidad como límite de las «facultades de anulación y revocación», obliga a atemperar las amplias potestades que reconoce al órgano administrativo (7).

Precisamente por la imprecisión que rodea a la idea de equidad ofrece especial interés el examen de las sentencias en que se acude a la misma como límite de las facultades anulatorias. En el presente comentario se intenta ofrecer unas ideas generales de esta doctrina jurisprudencial.

II. AMBITO DE APLICACIÓN DE LA EQUITAD

El artículo 112 está incluido en el título V de la Ley de Procedimiento Administrativo, dedicado a la «Revisión de los actos administrativos». Y dentro de este título, en su capítulo I, que regula la *revisión de oficio*, a diferencia del capítulo II, que regula los *recursos administrativos*.

Parece, por tanto, que la equidad que establece dicho artículo como límite a las «facultades de anulación y revocación», se refiere únicamente a las facultades de revisión de oficio, no a la revisión en vía de recurso, administrativo o jurisdiccional (*contencioso-administrativo*).

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial ha venido aplicando el precepto a todos los supuestos de anulación o revocación. Es más, de las pocas sentencias del Tribunal Supremo en que se aduce el artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo como fundamento de sus fallos, la mayoría lo son en supuestos de revisión jurisdiccional, bien en procesos de lesividad o incluso en procesos ordinarios.

A tenor de la doctrina jurisprudencial, pues, puede invocarse la equidad, como límite de la posible anulación o declaración de nulidad, en los siguientes supuestos:

(5) Así, CASTÁN: *La formulación judicial del Derecho*, cit., pág. 131.

(6) En este sentido, SANTAMARÍA PASTOR: *La nulidad de pleno Derecho de los actos administrativos*, Madrid, 1972, pág. 407, dice: «La acción de nulidad puede ejercitarse en cualquier momento, lo que no significa que sea rígidamente imprescriptible o eterna, dado el límite genérico contenido en la cláusula general del artículo 112, cláusula cuyo uso, por descontado, ha de administrarse con enorme prudencia para no desvirtuar todo el sistema revocatorio, pero que constituye un límite general a los casos de ejercicio abusivo de la acción de nulidad. Lo que el artículo 109 ha querido evitar son las brutales consecuencias de la técnica de los plazos de caducidad, en cuya virtud los mayores disparates cometidos por la Administración pueden convertirse en actuaciones perfectamente legales por el transcurso de dieciséis días hábiles o treinta y un días naturales. Ahora bien, dónde comienzan los límites a la eficacia de la acción es algo que sólo ante un caso concreto puede decidirse y siempre de manera inevitablemente subjetiva».

(7) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1973, pág. 443, MARTÍN MATEO: *Manual de Derecho administrativo*, 1974, pág. 366.

1.º Procedimientos de revisión de oficio regulados en los artículos 109 a 111 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Así lo demuestra el hecho de que el artículo 112 cierra este capítulo. Lo que supone su aplicación a:

a) Los procedimientos de revocación no sujetos a límites formales de revisión. El artículo 112 se refiere a las facultades de «anulación y *revocación*». En este último supuesto es límite también el «derecho de los particulares», límite que no se da en los procedimientos formales de revisión, previstos por la ley precisamente para revisar actos declarativos de derechos subjetivos.

b) Procedimientos formales de revisión, es decir, procedimientos para declarar la nulidad (art. 109) y para anular actos por infracción manifiesta de la ley (art. 110). Una sentencia de 29 de abril de 1974 acepta el siguiente considerando de la apelada: «Que no es ajena a nuestro Ordenamiento jurídico-administrativo ni a la doctrina jurisprudencial—así, sentencia de 22 de abril de 1971—la precedente invocación de la equidad, que ha de conducir a la más recta justicia, toda vez que cuando la Ley de Procedimiento Administrativo regula la revisión de oficio de los actos en vía administrativa, determina en su artículo 112 que ‘las facultades de anulación y de revocación no podrán ser ejercidas cuando... por el tiempo transcurrido u otras circunstancias su ejercicio resultase contrario a la equidad...’, siendo de notar que el precepto se refiere incluso a facultades anulatorias que versen sobre actos nulos de pleno Derecho, los cuales, pese a ello, la Ley mantendría excepcionalmente en atención a superiores y muy calificadas razones de seguridad jurídica y equidad, lo que lleva a entender que si se trata de actos sólo anulables..., la aludida doctrina habría de ser aún de más clara aplicación.»

c) Incluso para rectificar errores materiales (art. 111). A un supuesto de rectificación de error material se refiere la sentencia de 27 de febrero de 1968, al decir que no procede la anulación: «1.º Porque no aparece de los autos prueba alguna que permita calificarse error material o de hecho 2.º Porque su extemporáneo ejercicio contra la seguridad jurídica lesiona intereses de otros Médicos, a quienes afecta la pretendida anteposición en la Escala del recurrente con una disminución de su puesto escalafonal, protegido jurídicamente por su pacífica posesión con el consentimiento o tolerancia del actor, sin que ello sea obstáculo a que la Administración, con un criterio de equidad y en el deseo de no perjudicar al interesado en cuanto la concesión no lesione derechos de sus otros compañeros, le haya reconocido el propugnado tiempo de servicios a efectos de quinquenios, ya que el aumento de retribución no lesiona intereses de los Médicos a quienes afectaría la rectificación escalafonal.»

2.º Procesos administrativos de lesividad. Así, por ejemplo, una sentencia de 22 de abril de 1971 (ponente: Becerril) estima que no procede la lesividad. Dice así: «Lo que, en consecuencia, excluye la posibilidad acceptatoria de la pretensión de anulación..., con el consiguiente trastorno de la seguridad jurídica, tanto más cuanto el artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo exige que las facultades de anulación y revocación no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de accionar su ejercicio resultase contrario a la equidad, al derecho de los particulares y a las leyes.»

3.º Procesos administrativos ordinarios. Incluso se ha aplicado en los procesos seguidos ante la Sala Sexta del Tribunal Supremo en materia de expropiación de finas rústicas. Así, las sentencias de 28 de junio de 1969 y 30 de diciembre de 1969.

III. LA EQUITAD COMO LÍMITE DE LA REVISIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Alguna sentencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo ha declarado que «la invocación de la equidad es totalmente improcedente, acorde con reiterada jurisprudencia de este Alto Tribunal, que por ser conocida excusa de su cita concreta, sólo se podía acudir a él en caso de duda». Así, sentencia de 3 de octubre de 1974 (ponente: Suárez Man-teola).

Desde el momento que el artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo la admite excepcionalmente como límite de la revisión de oficio, interpretando esta revisión con la amplitud que se ha señalado, está fuera de duda su aplicación en este aspecto concreto.

Ahora bien, ¿qué se entiende por equidad? ¿Cómo opera este principio?

El precepto legal dice que aquellas facultades «no podrán ser ejercitadas cuando, por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido u otras circunstancias, su ejercicio resultase contrario a la equidad, al derecho de los particulares o a las leyes».

Parece, pues, indudable que la prescripción de acciones operará con independencia de la equidad. Por lo que ésta podrá invocarse cuando «por el tiempo transcurrido u otras circunstancias» la anulación fuese contraria a la equidad.

Pues bien, si acudimos a la doctrina jurisprudencial comprobaremos que normalmente opera la equidad por el tiempo transcurrido.

Algunos fallos pueden servir de ejemplo de esta doctrina:

Sentencia de 30 de noviembre de 1965: «Atendido el tiempo que transcurrió entre la expedición del título definitivo bonificable y su anulación, la buena fe que ha de reconocerse en los actos a quienes fueron transferidos los beneficios inherentes al mismo contrato civilmente idóneo y autorización administrativa firme y las repercusiones arrendaticias y fiscales que tuvo, se impone por razones de equidad abstenerse del pronunciamiento anulatorio.»

Sentencia de la Sala Sexta de 28 de junio de 1969: «La aplicación al supuesto contemplado de lo que dispone el artículo 112 invocado es, sin duda, evidente, puesto que efectivamente las facultades de anulación y revocación, a que se refieren los artículos anteriores a él, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido u otras circunstancias su ejercicio resultare contrario a la equidad, razones que militan indudablemente en el caso objeto de este recurso, en el que es lo cierto que abonar en el año 1969 el precio de unas fincas, que se ocuparon en 1953 y se justipreciaron con arreglo a valorizaciones aprobadas en 1952, es notoriamente contrario a la equidad, puesto que, como el mismo Instituto y aun el Consejo de Estado reconocen, el valor de la moneda ha sufrido una muy notable depreciación desde entonces, y tal perjuicio para el propietario no puede paliarse, ni menos compensarse, con el abono de los intereses que correspondan, y en prueba de ello es de observar cómo la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, que por ocuparse de la misma materia, aunque en otro ámbito, guarda evidente analogía con el caso de autos, establece que transcurridos dos años sin que el pago de la cantidad fijada como justiprecio se haga efectivo, habrá de procederse a evaluar de nuevo las cosas o derechos objeto de expropiación (art. 58), y más adelante, que los precios máximos y mínimos conservarán su vigencia durante los cinco años siguientes a la fecha de su acuerdo (art. 70), y aún prevé los casos de extraordinaria

alteración del valor de la moneda para acordar la revisión global de dichos precios, razones todas que abonan la tesis aquí sustentada respecto de la aplicabilidad al caso de los preceptos del mentado artículo 112.»

En idéntico sentido, la sentencia de la misma Sala de 30 de diciembre de 1969.

Asimismo, contemplan supuestos en que se considera contraria a la equidad la anulación por el tiempo transcurrido, las sentencias, antes citadas, de 27 de febrero de 1968, 22 de abril de 1971 y 29 de abril de 1974.

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

LIBROS

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Ediciones Civitas, en «Revista de Occidente», Madrid, 1974.

La lucha planteada en los tiempos modernos entre el Derecho público y el Derecho privado ha hecho tomar posturas extremas a los diferentes autores adscritos a una u otra rama. Es muy frecuente ver cómo, unos y otros, al exponer sus criterios se dejan influir por todo ello y tratan por todos los medios de demostrar preeminencias, perdiendo objetividad y, por supuesto, juridicidad.

GARCÍA DE ENTERRÍA es una excepción a todo lo dicho. Sus trabajos guardan la gran objetividad que todo jurista debe imprimir a sus opiniones. En la serenidad de sus exposiciones se hace patente, de una parte, su gran formación jurídica; de otra, su dominio de la materia, y, por último, su proyección histórica, que es el argumento contundente que ratifica afirmaciones y demuestra razones.

Con estas frases ya debe quedar patente para el lector que el libro que recensionamos mantiene esas virtudes de claridad, enseñanza y profundidad que todo lector o estudioso de libros jurídicos exige en los mismos. En él—como explica el autor—se afronta la tarea de reconducir los grandes temas, los temas que estremecen el corazón del hombre, como es el del poder, a su concreta, diaria y artesana aplicación, donde desaparecen su esoterismo y su ministerio y se hace patente posiblemente su funcionalismo verdadero. Es—según el autor—la grandeza y la servidumbre del modo habitual de proceder en el campo del Derecho administrativo.

El trabajo que contiene la edición se publica hoy por segunda vez. La primera edición la recogía el número 38 de la *Revista de Administración Pública*. Es trabajo con efecto retroactivo, pues en él se recoge el texto de la conferencia pronunciada por el autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona el día 2 de marzo de 1962, dentro del curso «El poder y el Derecho», organizado por la «Promoción Manuel Baillbé», de 1962.

La temática del trabajo se centra en el hecho histórico de la separación entre Administración y Justicia y en la exención judicial de la Administración, que va a determinar la suerte entera de lo que hoy se llama lo contencioso-administrativo. La idea—dice el autor—de someter el poder sistemáticamente a un juicio, en el que cualquier ciudadano pueda exigirle cumplidamente justificaciones de su comportamiento ante el Derecho, es una idea que surge del Estado montado por la Revolución francesa, pero que aparece de un modo ocasional. Las dos grandes razones que determinan el surgimiento de la justicia administrativa son, de una parte, el principio de legalidad y, de otra, el principio de libertad como una garantía jurídica.

Los revolucionarios, una vez que el poder político es suyo, no aceptan llanamente la posibilidad de que los Jueces, que para ellos se identifica-

ban todavía con las clases conservadoras, pudiesen mediatizar sus propias decisiones. Es así como se formula la Ley de Separación entre la Administración y la Justicia, la famosa Ley de 16-24 de agosto de 1790, donde se proclama la separación radical entre Administración y Justicia. Esta falta de «control» judicial se sustituye por un «control interno» de la Administración sobre su propio aparato. No ya los Tribunales, sino la propia Administración, mediante órganos especiales, será quien enjuicie el comportamiento de los administradores. Con ello se está abriendo la puerta para que entre con paso majestuoso el contencioso-administrativo, que hoy no es un recurso montado desde dentro de la propia Administración y en su propio interés, sino un heterocontrol, un control arbitrado por auténticos jueces, un control jurisdiccional pura y simplemente.

Situado históricamente el arranque de lo contencioso-administrativo y su matización actual, el autor va exponiendo ante el lector la gran lucha que la Administración ha planteado para evitar el control judicial pleno de sus actos «mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación». Esto, que constituye la historia misma del Derecho administrativo, viene a ser el desarrollo temático de la conferencia hecha publicación: los tres grandes círculos de actuación, inmunes a la fiscalización judicial, son los actos discrecionales, los actos políticos y los actos normativos o Reglamentos.

La materia de actos discrecionales es enfocada por el autor en las dos fases legislativas de lo contencioso (1952-1956), tratando de llegar a la esencia del acto discrecional y descubrir en el mismo «elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos». La técnica del control está hoy, se salva hoy, legalmente a través de «las desviaciones de poder». Pero al lado de ello caben otros controles de la discrecionalidad y que el autor expone y razona: el control de los hechos determinantes, los conceptos jurídicos indeterminados y el control por los principios generales del Derecho.

El segundo reducto de actos inmunes a lo contencioso está constituido por los «actos políticos», que incluso ofrecen resistencia en la legislación de 1956, lográndose únicamente la restricción del concepto, con lo que quedan limitados a los actos emanados del Gobierno y a la admisión de indemnizaciones en caso de perjuicios. El autor critica la justificación abstracta de la Exposición de Motivos y ofrece las razones por las que quedan excluidos los actos producidos en las relaciones internacionales y los que surgen de las relaciones entre el poder ejecutivo y el Parlamento, sin que exista una razón poderosa para excluir a los demás actos de Gobierno, que son verdaderos actos administrativos. Marginar esas materias políticas permite consagrar el principio de que la Administración puede obrar en las mismas sin límite legal ninguno.

El último círculo de inmunidad frente a los Tribunales contenciosos es el de los poderes normativos. Después de exponer la situación en que la Administración con su poder reglamentario demuestra que «es un pésimo legislador», ofrece el autor la novedad de la Ley de 1956, en la que se instrumenta el recurso directo contra los Reglamentos y apunta las metas a conseguir para llegar «al pleno desarrollo de esta garantía fundamental que es el recurso contra el Reglamento» (desembarazar el recurso directo de la posibilidad de acceso al mismo, establecer el postulado de la universalidad, fiscalización de los poderes delegados y que no se limite la fiscalización a las ilegalidades puramente formales, afrontándose el problema de su validez).

El autor termina su trabajo haciendo una cita de las hermosas palabras pronunciadas por ALEXIS DE TOCQUEVILLE, que aquí sólo reproducimos en su último inciso: «La fuerza de los Tribunales ha sido, en todos los tiempos, la más grande garantía que se puede ofrecer a la independencia

individual, pero esto es, sobre todo, verdadero en los siglos democráticos; los derechos y los intereses particulares estarían siempre en peligro si el poder judicial no creciese y no se extendiese a medida que las condiciones se igualan.»

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GARRIDO FALLA, F.: *Problemática jurídica de los Planes de Desarrollo Económico*. Discurso de recepción en la Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 28 de octubre de 1974.

No creo que sea difícil averiguar la razón o razones por las que la *Revista* da acogida a la recensión de este discurso de recepción de un Académico de Jurisprudencia y Legislación. El tema está inmerso en esa zona acotada de lo administrativo a la que en cierto modo quedan vinculadas las miras de esta publicación por la penetración de lo público en lo privado. De otra parte, creo que la problemática jurídica del «Plan», en sus distintas aplicaciones, puede ser interesante para el especialista de la parcela urbanística en la que este instrumento juega con decisiva eficacia. Por último, y creo que ésta es la mejor razón de todas, la calidad jurídica del discurso bien merece un hueco de honor en esta sección bibliográfica.

Intentar presentar al autor del discurso—cuando con tanta galanura, detalle y documentación lo hace el excelentísimo señor don LUIS JORDANA DE POZAS en su discurso contestación—sería empresa poco «jurídico-social», pues con este caso pasa como en toda reunión social en la que un «primerizo» intenta hacer presentaciones de personajes que él entiende importantes y que por serlo suelen abrazarse entrañablemente con la persona a quien uno trata de presentarlos, dejándonos un poco cortados por nuestra falta de «mundo». A GARRIDO FALLA le abrazan, y superado el noviciado del usted—conforme dice LAÍN ENTRALGO—, le tratan de tú ese inmenso campo de juristas que militan en las diversas ramas del Derecho.

Entiendo que de los once puntos en que se divide el discurso, los seis primeros encierran toda la construcción jurídica que el autor trae para perfilar el concepto del «Plan», mientras que el resto es un reflejo referido a nuestra legislación. Algo de esto nos viene a anticipar el autor al abrir su exposición y ofrecer tres conceptos básicos (Plan, Desarrollo Económico y Derecho) que van a incidir luego en el resto de la materia tratada. De ahí que, con el permiso tácito del autor, aquí hagamos solamente dos apartados, para ver en el primero la construcción conceptual, y en el segundo ese reflejo legislativo del que hablamos.

A) *Construcción conceptual*.—El autor parte de una idea exacta respecto del Plan o planeamiento, pues—según él—se trata de un concepto con autonomía propia. Se planea—dice el autor—o se planifica cualquier tipo de actividad humana, por eso siendo en su esencia la Administración pública el Estado, en cuanto actúa para la satisfacción de las necesidades públicas, se comprende que la planificación se señale hoy, *nemine discrepante*, como elemento esencial de la función administrativa. En realidad reconoce el autor que esto es un logro frecuente y arranca a partir de la conocida obra de FAYOL que se publica en el año 1916 (*Administration industriel et générale*). El esquema de FAYOL es recogido, con pequeñas innovaciones, por la generalidad de los autores que cultivan la moderna ciencia administrativa. Lo cierto es que desde FAYOL el examen de la planificación, como elemento de la función administrativa, se incluye inevitablemente por todos los autores, y consiste fundamentalmente en

una acción encaminada a prever el comportamiento de una organización para hacer frente a las necesidades que han de presentarse en un período de tiempo futuro, apoyándose en los datos que proporciona el análisis de la situación presente y pasada. Naturalmente, en esta definición no se incluye ninguna nota que ligue necesariamente el concepto de planificación al campo económico.

Para aislar el concepto de planificación, separándolo de las ideas de contenido económico y desarrollo, utiliza el trabajo realizado por un equipo de investigadores del Instituto Tecnológico de Massachusetts (*Los límites del crecimiento*), en el que se llega a la tremenda conclusión de que «el crecimiento infinito es imposible en un planeta con recursos finitos». La única alternativa razonable a la situación descrita es la del «crecimiento cero». Precisamente, el «crecimiento cero» ha de ser cuidadosamente planificado. Planificación, pues, no entraña necesariamente desarrollo económico.

En esta idea de aislamiento conceptual el autor examina tres puntos clave, cuales son las posibles relaciones que la planificación tiene dentro de los sistemas políticos, la reforma administrativa y los presupuestos. La planificación—afirma el autor—no es hoy un procedimiento exclusivo de determinados regímenes políticos y, por ende, es absolutamente compatible con la economía de mercado libre e incluso puede decirse que los países sin planificación oficial son cabalmente los más planificados. La planificación administrativa (como una manifestación de la reforma de la Administración pública) debe contemplarse como un proceso continuo para establecer los objetivos administrativos que han de ser conseguidos dentro de un determinado período, utilizando racionalmente los recursos administrativos existentes, evaluando periódicamente los resultados y asimismo el resultado final. Un mínimo de eficacia administrativa—sigue diciendo el autor—será, desde luego, necesario para formular un Plan de Desarrollo Económico y Social; pero una vez formulado éste deberá formar parte integrante del mismo un «Plan de Desarrollo Administrativo», consistente en un conjunto de medidas tendentes a la reforma racional de la Administración pública con su específico orden de prioridades. Al relacionar la idea de planificación con el concepto del presupuesto, se refiere al sistema de «presupuestos por programas» o de racionalización de las elecciones presupuestarias, que determina una administración por programas o, lo que es lo mismo, una administración planificada. El sistema de presupuestos por programas no hace innecesario el Plan, facilitando incluso el empleo de las técnicas planificadoras.

De las cuatro razones que se dan para justificar la necesidad de que los Planes de Desarrollo sean aprobados por ley formal (texto que así lo imponga, posibles limitaciones a situaciones jurídicas, técnica presupuestaria y razones de índole política), no son compartidas por el autor, que niega la existencia de un texto constitucional que así lo ordene; el Plan en cuanto tal no es materia de ley, sólo serviría para los Planes sectoriales y porque resulta ingenuo hablar de planificación democrática.

B) *Consecuencias jurídicas*.—El autor destina todo un capítulo, amplio y documentado, a recorrer los diferentes estratos que atraviesa la tramitación de los proyectos de leyes aprobatorias de los Planes de Desarrollo (elaboración, estructura del proyecto de ley, tramitación de enmiendas al texto, conversión del texto refundido en ley, etc.). Singular importancia reviste el estudio que el autor hace de las enmiendas a la totalidad y la aprobación de opciones previas, así como el problema de la imposibilidad de presentar enmiendas al Plan propiamente dicho.

La diferencia existente entre un Plan de Desarrollo y una ley que se ajusta al esquema ordinario está precisamente en el control, atribuido al Parlamento el primero, y a los Tribunales de Justicia la segunda.

Este es el tema que el autor desarrolla en otro de sus capítulos y que va enlazando con los efectos jurídicos de las leyes aprobatorias del Plan.

Si bien el autor estima innecesaria la existencia de una ley aprobatoria del Plan, es cierto que si tal aprobación se produce, ésta conlleva un doble efecto: en primer lugar, desde luego, el efecto político de conseguir la aquiescencia del Parlamento a una política elaborada por el Gobierno; en segundo lugar, además, el efecto jurídico de que el Gobierno y la totalidad del sector público quedan en adelante vinculados por el contenido del Plan. Precisamente, los dos últimos capítulos del discurso desarrollan este efecto de vinculatoriedad, tanto en el sector público (Administración, Cortes, Presupuesto) como en el sector privado, siendo en este último donde plantea el gran tema de la economía concertada.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Los Planes de Urbanismo*. Publicaciones Abella. «El Consultor de los Ayuntamientos». Madrid, 1974.

Este libro tiene actualidad, ya que aunque el proyecto de reforma de la Ley del Suelo está incluido en el mecanismo de «motorización legislativa», sólo el mismo roza el sistema de los Planes de Urbanismo en lo referente a las clases de los mismos. De ahí que el autor tenga razón al pregonar en la nota previa que todo lo que se dice en la obra sobre «requisitos, procedimiento y efectos» de los Planes de Urbanismo conserva su vigencia, no teniendo el triste destino que KIRSCHMANN asignara a la ciencia del Derecho: las palabras del legislador no las convertirán en letra muerta.

El autor, especialista en temas de urbanismo, enfoca siempre el problema con la gran objetividad del jurista que sabe Derecho y trata de penetrar en la norma al objeto de extraer de la misma la esencia aprovechable del mandato legal. Jurista formado en el campo del Derecho privado, aporta a la materia urbanística todo su profundo conocimiento para poder conjugar esa serie de principios propios del campo administrativo, con esos otros aún no derogados que emanan de nuestro primer Cuerpo legal.

El libro tiene un tema que desde la publicación de la legislación del suelo es el principal protagonista de esta materia tan discutida. El Plan de Ordenación es el eje sobre el cual gira toda la problemática que plantea esta legislación especial. La razón «jurídica» que animó al legislador español—aparte de los calcos del Derecho comparado—no he llegado todavía a descubrirla, al subordinar toda la eficacia de una disposición a la elaboración de un Plan. ¿Política de descentralización? ¿Necesidad de nutrir de funciones «importantes» a cuerpos técnicos o administrativos? Lo cierto es que al gran fracaso legislativo, se le ha unido esa especie de «negligencia culpable» en la elaboración de unos Planes que podían haber puesto en rodaje a una ley que perezosamente intenta aplicarse.

El tema, por supuesto, en el libro está tratado en la forma exhaustiva con que el autor nos tiene acostumbrados. No sólo aborda la legislación vigente, sino que ofrece una postura crítica frente a la nueva regulación del proyecto de reforma. Ello da fuerza y vigor a esta publicación, en la que, ajustándonos al sistema elegido por su autor, cabe distinguir una introducción y dos grandes partes: la general y la especial. El libro lleva una clave de abreviaturas; un prólogo, que el autor firma; un índice sistemático o sumarial de la obra, y una serie importante de notas a pie de página en donde se cita la procedencia de las que el autor hace. A

nuestro juicio, la publicación debió contener un índice alfabético de materias y una bibliografía final de obra y autores. Pero sucesivas ediciones salvarán esta objeción.

A) *Introducción*.—Al técnico en urbanismo quizá esta parte no le satisfaga, pues es donde se descubre al jurista, y lo que el primero quiere es descubrir requisitos, efectos y clases de los Planes de Urbanismo para poder dar realidad al caso concreto que tenga planteado. Esto lo resuelven las dos partes restantes del libro. Aquí, en la que comentamos, aparece el jurista hablando a los juristas y ofreciendo ante ellos tres grandes problemas de gran trascendencia: el planeamiento urbanístico, su naturaleza y las clases de los mismos. Podríamos decir que es la *planta noble* para poder ascender a los demás pisos del edificio urbanístico.

No es posible, en los estrechos límites en que debo moverme, tratar de dar una versión minuciosa de todo lo que el autor aborda y sí he de limitarme a decir que sobre el primer tema afirma que el Plan de Urbanismo constituye el centro del sistema de ese conjunto de normas que integran el Derecho urbanístico. Todo el llamado Derecho urbanístico es una regulación del Plan de Urbanismo y de sus efectos, del régimen jurídico de la elaboración del Plan, de su ejecución y del régimen urbanístico del suelo con arreglo al Plan.

Respecto de la naturaleza jurídica de los Planes de Urbanismo, el autor ofrece las siguientes soluciones: el Plan como norma, el Plan como acto administrativo y el Plan como norma y acto. Esta última posición es la que sostiene el autor. La cuestión tiene una importancia decisiva, sobre todo pensando en la publicidad registral de los Planes y la calificación jurídica de los mismos. He sostenido en otra ocasión que se trata de «disposiciones interpretativas», que sólo serían auténticas en caso de ser aprobadas por ley, pero esta tesis encierra mucha discusión.

En la clasificación de los Planes de Urbanismo distingue los territoriales y los especiales, especificando dentro de los primeros el nacional, el provincial, municipales y comarcales, así como los parciales para el desarrollo del Plan general y los de reforma interior y de extensión. En los segundos, los de conservación del patrimonio artístico, de protección del paisaje, de protección de vías de comunicación, de zonas agrícolas, de mejora del medio urbano y rural y de saneamiento.

B) *Parte general*.—Ajustándose a esa especie de clasificación antes enunciada, el autor va a utilizarla en la tercera parte, pues en ésta se ocupa, sucesivamente, de los requisitos de los Planes, procedimiento y efectos de los Planes.

- En materia de *requisitos*, el autor, después de su concepto, los clasifica en subjetivos, objetivos y de actividad (lugar, forma y tiempo). Por requisitos se entienden aquellas circunstancias o conjunto de circunstancias que han de concurrir en el Plan para que se produzcan todos y sólo sus efectos normales. Lo importante es que el tratamiento jurídico de los requisitos de los Planes de Urbanismo es el mismo que el de los requisitos de los actos administrativos, lo cual hace que en unos casos podamos hablar de nulidad, en otros de anulabilidad y, por fin, de irregularidades del Plan. Esta consecuencia es fértil en conclusiones en orden a la publicidad registral de los Planes. Dentro de los requisitos subjetivos se examinan, de un lado, la Administración pública, con su aptitud y competencia, y, de otro, el administrado, con su capacidad, legitimación y representación. Entre los requisitos objetivos se destacan la posibilidad, la licitud y la oportunidad, y por lo que se refiere a la actividad

habíamos antes apuntado que se ofrecen los del lugar, tiempo y forma.

- Al tratar del *procedimiento*, afirma el autor que el mismo está sujeto al régimen de los administrativos, aun cuando la especialidad de su objeto ha determinado la inclusión del mismo entre los calificados de especiales a efectos de la LPA (Decreto de 10 de octubre de 1958). En la disección de las fases del procedimiento distingue los actos preparatorios (entre los cuales estudia la suspensión del otorgamiento de licencia), la aprobación inicial, la información pública y sus efectos, la audiencia de las Corporaciones Locales y de otros organismos, la aprobación provisional, la aprobación definitiva (en forma expresa o por el mecanismo del silencio administrativo) y la posible impugnación de los Planes.
- Dentro de la *eficacia* de los Planes de Ordenación Urbana, el autor afirma que están investidos de fuerza jurídica para que puedan desplegar toda su eficacia y lograr la mutación de la realidad. Esta eficacia, que el autor clasifica en general y especial, tiene una serie de límites. Invirtiendo el sentido de la exposición, en vez de estudiar primero la eficacia y luego los límites, afronta la problemática de los límites. Entre ellos se estudian los subjetivos (o del sujeto destinatario y mandatario), los objetivos y los derivados del tiempo y del espacio. En la eficacia general se exponen las dos grandes cuestiones que lleva consigo dicha idea: la obligatoriedad, inexcusabilidad e inderogabilidad de los Planes y la eficacia a través de la sanción dictada por la ley. La eficacia especial se manifiesta en los siguientes sentidos: legitimación de la acción urbanística y ordenación del uso del suelo.

C) *Parte especial*.—La clasificación que el autor hiciera de los Planes le sirve en esta parte para exponer cada uno de ellos, destacándose la serie de modificaciones que el proyecto de reforma de la Ley del Suelo presenta en esta materia.

Abre marcha el Plan nacional, al que se ha intentado definir por algún autor, como PERALES, como un Plan de «ordenación territorial», más que un Plan de Urbanismo. GONZÁLEZ PÉREZ dice que tanto da entender que sigue siendo un Plan de Urbanismo, pero partiendo de la nueva concepción de urbanismo. Dentro de los Planes territoriales, el autor hace referencia a los llamados Planes directores de coordinación, que, como forma nueva, aparecen en el proyecto de reforma de la Ley del Suelo y que hacen una debida coordinación entre el planeamiento económico y el urbanístico. Se expone a continuación el sistema de Planes provinciales, que, sin embargo, en el proyecto de reforma quedan marginados por los Planes de coordinación.

Siguiendo la línea marcada por la clasificación inicial, se ocupa el autor de los Planes generales—también de carácter territorial—, en los que estudia los municipales y los comarcales, con sus requisitos, procedimiento y efectos. Igualmente aborda el estudio de los Planes parciales, en los que se concreta la ordenación a una zona determinada, con una intención y un grado de afinamiento imposible y hasta inconveniente en la gran escala del Plan general. Son de carácter normativo y subordinados al Plan general. Quedan, por último, los planes de reforma interior y de extensión, que no son parciales y que se conciben con independencia del general.

Tres últimos títulos van a cerrar el estudio comprendido en la obra: los Planes especiales, los de urbanismo de iniciativa privada y la exposición de normas complementarias y subsidiarias del planeamiento. Entre los Planes especiales se estudian detenidamente los de conservación del patrimonio artístico, paisaje, vías de comunicación, zonas agrícolas, sa-

neamiento y reforma interior, así como otros con finalidades semejantes. En los de iniciativa privada se destaca el criterio de desigualdad existente, así como los requisitos y procedimiento. Y, por último, en la exposición de materias complementarias y subsidiarias o, lo que es lo mismo, a falta de Planes de ordenación, y que el autor clasifica y expone según se trate de ámbito nacional (extensibles a todo el territorio de la nación), provincial o comarcal y para lugares determinados.

Se me antoja, en un criterio valorativo final, que estamos ante una obra de gran importancia para que el iniciado aprenda a pisar con seguridad en el campo urbanístico. Si es jurista, para aprender práctica, y si es técnico, para obtener juridicidad. Para el alejado de los temas urbanísticos es obra de «nutrición». La dosificación de materias que el autor ofrece, su sistemática y las citas bibliográficas también hacen de la obra un elemento imprescindible de consulta. La obra anda sola, sin necesidad de más elogios.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología de la ciencia del Derecho*. Volumen II: «Algunas corrientes generales del pensamiento. El estructuralismo y la ciencia jurídica». Madrid, 1971.

Cualquiera que tenga la curiosidad de situar esta obra en el tiempo verá con auténtica sorpresa que es de hace algunos años, pero ello no le quita actualidad al tema ni, por supuesto, al contenido. Se trata de temas «sin tiempo», en el sentido «transitorio» que el Derecho utiliza para la aplicación justa de la norma. Ello supone, y ésta es una conclusión anticipada importante, que estamos ante una obra que queda aislada dentro del proceso reformista de una legislación. Con ello se erige en obra básica, en la que las mediatizaciones políticas que inducen a reformas normativas no hacen mella en la misma.

Esta reseña quisiera que enlazase con la anterior del primer volumen, pero me resulta perezoso en estos momentos remitir al lector al sitio y página en que la hice. Ahora sólo cabe la disculpa de no haberla traído antes a estos espacios, pero a poco que el lector se identifique con la misma verá que se trata de una obra con dos características fundamentales: exige una lectura reposada y un tiempo posterior para su meditación. En los tiempos actuales, en los que nos ha correspondido vivir, quizá puedan abrirse huecos en el tiempo para la lectura, pero ya es difícil que la misma podamos hacerla con el sosiego, la tranquilidad y el reposo que todo proceso receptivo exige para su plena captación. Al posible recreo de pasajes de una obra novelística, se les sustituye en la lectura de obras jurídicas por el subrayado o la acotación marginal, pero ambas cosas hay que hacerlas con quietud, con aislamiento, con plena concentración...

Si para leer y recibir el mensaje del libro hacen falta esos mínimos medios que apunto, hay que suponer que para producir lo que se va a leer la concentración ha de ser mayor. Si los tiempos actuales no favorecen ni una cosa ni otra, se hace necesario sacar, en segundo lugar, la conclusión del esfuerzo que el autor hace para ofrecer al lector esta condensación de teorías llenas de sugerencias y documentadas por lecturas muy maduras.

Para situar adecuadamente el volumen de la obra que recensamos hay que acudir al mismo autor, quien en el prólogo nos va a decir lo que pretendía en el primero y lo que trata de conseguir en el segundo. «El volumen primero tiene como tema central el Derecho mismo, esto es, los

problemas de la filosofía, la epistemología y la metodología vistos predominantemente desde la interioridad del saber jurídico. En el presente volumen, el autor se coloca a una distancia considerable del Derecho. Esta lejanía ha sido buscada de propósito. El Derecho es un producto social y cultural. Las disciplinas jurídicas forman parte del gran sector de las ciencias humanas y sociales. En éstas son perceptibles movimientos de aproximaciones interdisciplinarias sobre la base de algunas uniformidades en cuanto a los métodos. Las cuestiones concernientes a la ciencia del Derecho no suelen ser tomadas en cuenta por quienes abordan la general problemática de las ciencias sociales. El Derecho está excesivamente recluso en los especialistas. La misma filosofía del Derecho se encuentra muy replegada sobre sí. No siempre refleja el tono de la filosofía general. Su vinculación al Derecho ha dado lugar a cierta regionalización filosófica, caracterizada por presentarse, quizá a veces con exceso, como un saber previo.»

Fundamentalmente van a ser seis puntos los que el autor nos ofrece en su estudio: la fenomenología, el existencialismo, la dialéctica marxista, la sociología, el neopositivismo y el estructuralismo. Al ofrecerlos, el autor trata de explicarnos lo que ha pretendido: insertar los problemas del saber jurídico en una temática más general de la que están ausentes en demasiadas ocasiones. La obra, en cuanto conjunto de estas materias, está descompensada, pues la parte sustancial donde el autor muestra toda su inquietud es en el examen del estructuralismo frente al Derecho. Al contenido le precede un índice sumarial y un prefacio, en el que el autor explica magistralmente su propósito.

Con la gran dificultad que todo contenido «abreviado» supone vamos a intentar ofrecer una versión que sirva de referencia a la obra, ya que para llegar a su pleno dominio hay que leerla, subrayarla y meditarla, pues es muy difícil contarla.

A) *La fenomenología y el existencialismo.*—Las ideas sobre fenomenología deben ser enlazadas con las expuestas por su autor en el tomo I de la obra. Partiendo de HUSSERL hace la siguiente afirmación: «La capacidad de penetración y difusión de la fenomenología está en directa dependencia del hástio filosófico que al cabo de los siglos producían las concepciones cerradas.» El carácter de método—y no sólo de filosofía o de método de la filosofía—que corresponde a la investigación fenomenológica ha traído como consecuencia su proyección en la filosofía del Derecho y en la ciencia del Derecho. La ciencia fenomenológica del Derecho no versa sobre los fenómenos jurídicos ni sobre las normas. No los niega, ciertamente. Los sobrepasa. Su objeto directo es descubrir y describir la esencia eidética de los fenómenos jurídicos y las regularidades de esa esencia. La concepción fenomenológica remite a la técnica todos los problemas concernientes a la creación y aplicación del Derecho. El mundo de las normas, el de su interpretación y el de los fenómenos jurídicos no tiene encaje en la ciencia fenomenológica. El Derecho positivo queda fuera por completo de la ciencia propugnada por la fenomenología, que versa sobre las regularidades eidéticas.

Para tratar la proyección del existencialismo sobre el Derecho comienza por su delimitación, rechazando el concepto genérico de la tendencia hacia la realidad y fijándose, sucesivamente, en las tesis de BOBBIO, KIERKEGAARD, HEIDEGGER, JASPERS, MARCEL y SARTRE, que pueden significar, con distintas tendencias, la concepción específica buscada, aunque el autor sienta como conclusión anticipada la de la poca repercusión o la falta de repercusión profunda del existencialismo en la problemática filosófica y científica del Derecho.

B) *La dialéctica marxista y el Derecho.*—Inicia el autor esta materia diciendo que el marxismo interesa desde el punto de vista de la filosofía

y de la ciencia del Derecho en dos aspectos fundamentales íntimamente unidos: como impulsor de un significado distinto y nuevo de la dialéctica y como doctrina explicativa—precisamente con o desde la dialéctica—del Derecho y su transformación. La dialéctica hegeliana es, sin duda, el punto de partida de la teorización marxista. El marxismo no se limita, claro es, a seguir a HEGEL. Más bien le contradice; pero la contradicción implica cierto reconocimiento. El pensamiento marxista es, como el hegeliano, dialéctico, si bien antagónico. El propio MARX, en la segunda edición del tomo primero de *El capital*, creyó oportuna la siguiente observación: «Mi método dialéctico no es sólo fundamentalmente distinto del método de HEGEL, sino que es, ante todo y por todo, la antítesis de él. Para HEGEL, el proceso del pensamiento, al que él convierte incluso bajo el nombre de idea en sujeto con vida propia, es el demiurgo de lo real, y esto, la simple forma externa que hace cuerpo. Para mí, lo ideal no es, por el contrario, más que lo material traducido y transpuesto a la cabeza del hombre.»

La dialéctica marxista es siempre, en todos los aspectos, materialista y tiene un sentido de unidad. Unidad de lo real y del conocimiento, de la naturaleza y del hombre, de las ciencias físicas y de las sociales. El materialismo dialéctico se muestra en MARX como actitud, método, comportamiento, en suma, del investigador. Una de las categorías más importantes del materialismo dialéctico está constituida por el papel asignado a la «práctica» en relación y contraposición con la teoría. Teoría y práctica aparecen en el seno de las leyes dialécticas de la antítesis y la unidad de los contrarios. Aquí radica seguramente lo que, en último término, distingue a la filosofía marxista de todas las demás.

Entre los rasgos fundamentales que el autor ofrece de la concepción jurídica marxista conviene destacar los que entienden que el Derecho es, en cuanto concepto y práctica, una categoría burguesa, una actuación burguesa. Dialécticamente esto conduce a la negación del Derecho. La negación del Derecho y del Estado es uno de los *desiderata* que el marxismo reserva para la última y definitiva etapa del comunismo. Entre tanto queda como problema el Derecho que, a partir de la Revolución de octubre de 1917, rige en los países socialistas de inspiración marxista-leninista. Frente a todo ello, el autor va exponiendo las diversas teorías revisionistas del problema: PASHUKANIS, VYSHTINSKIY, STROGOVITCH, KETCHEKIANE y PIONTKOVSKY.

C) *Sociología del Derecho y sociologismo jurídico*.—El más acusado antídoto del positivismo legal o normativo (normativismo)—según dice el autor—, así como de ciertas manifestaciones del idealismo metafísico, sigue estando representado por la conexión Derecho-hechos sociales, propugnada en tres planos principales, constituidos, respectivamente, por la sociología del Derecho, el sociologismo jurídico y la simple invocación de la realidad o la dimensión social del Derecho.

La tensión entre sociología y sociologismo, es decir, la afirmación de la primera como disciplina científica confiada a los sociólogos y la negación del sociologismo como método utilizable en el seno de la ciencia jurídica, tiende a remitir.

Después de examinar el panorama científico, sobre todo referido a los autores españoles e iberoamericanos, viene a considerar críticamente que la sociología del Derecho y el sociologismo jurídico (o jurisprudencia sociológica) comparten la nota común de considerar relevante la conexión Derecho-sociedad y sus recíprocas implicaciones, con particular preocupación por el condicionamiento socioeconómico de las normas. La diferencia consiste en que mientras en un caso el conocimiento sociológico viene inserto en una disciplina distinta de la ciencia jurídica propiamente dicha—la sociología del Derecho—, en el otro, sin pretensiones de exclu-

sividad, se presenta como uno de los criterios para la investigación científico-jurídica.

D) *Neopositivismo o positivismo lógico*.—El neopositivismo o positivismo lógico considerado en su conjunto—es decir, sin excluir sus ramificaciones y conexiones—es un amplio movimiento que refleja, al mismo tiempo, el decaimiento de los temas metafísicos de la filosofía—e incluso de la filosofía misma—y la búsqueda de un saber científico, comprensivo y universal, que excluye el clásico saber filosófico o le absorbe. En cuanto positivismo, parte del dato empírico y postula un empirismo radical: todos los conocimientos acerca de la realidad proceden de la percepción sensible y de la introspección. En cuanto lógico, se muestra preocupado del rigor instrumental y argumental, en el que ocupa un primer plano el análisis del lenguaje. Aunque los positivistas lógicos reputan factor esencial de su propia doctrina el «análisis del lenguaje», este tipo de investigación filosófica no lo acapara por modo exclusivo el positivismo lógico.

Delimitada de esta forma la figura del neopositivismo, el autor avanza por ese campo doctrinal, en el que se van sucediendo autores y conceptos, hasta llegar a lo que denomina lógica y lenguaje del Derecho, con todas sus derivaciones del rigor discursivo, la semiótica, la lógica de las presunciones, la lógica y el discurso jurídico, etc. Centra el tema en el segundo de los capítulos destinados a la materia diciendo que la revitalización de la lógica, alentada por el positivismo lógico y el análisis del lenguaje, así como la todavía más generalizada anteposición de los temas de la ciencia a los de la filosofía en su dimensión metafísica, ha traído consigo un replanteamiento de los problemas de la lógica con relación al Derecho, así en el plano de la filosofía como en el de la ciencia y la metodología e incluso en el de la estricta aplicación de las normas.

El desarrollo del tema excede de los límites en que hemos de movernos, pero es evidente que la materia está tratada con la profundidad que al autor le caracteriza y apoyada por citas tan importantes como la obra de BOBBIO, la de GARCÍA MAYNEZ y la tesis de KALINOWSKI.

E) *El estructuralismo y aspectos jurídicos*.—Donde la obra cobra su sentido constructivo y dimensional es precisamente en esta parte, en la que el autor arranca de una noción del estructuralismo como «aptitud mental, que si no queda circunscrita hoy al ámbito del lenguaje, sí encuentra en él su punto de partida y la explicación y aplicación más precisas».

El autor ha explicado en su prefacio que el estructuralismo que va a utilizar para su proyección jurídica es el que procediendo de SAUSSURE se ha desarrollado en la lingüística para extenderse luego a otros campos, entre los que resalta la antropología estructural, debida a LEVI-STRAUSS. El estructuralismo de tal procedencia no parte de un concepto o un sentido de estructura, sino que, inversamente, el análisis estructural, como preocupación y actividad metódica, desemboca en un concepto de estructura que sólo se encuentra cuando se le busca en el estructuralismo. En el estructuralismo específico tienen señalado relieve metódico la anteposición del todo a las partes, el descubrimiento de signos equivalentes a los del lenguaje y el abandono de las estrictas explicaciones genéricas.

Se va desmenuzando el problema a lo largo de diversos capítulos, en los que se enfrenta el fenómeno del estructuralismo con otros diversos problemas (lingüística, marxismo, existencialismo, neopositivismo, ciencia jurídica, etc.). Luego viene a concluirse en serios y profundos interrogantes: ¿A qué nivel puede intentarse la introducción del estructuralismo en el conocimiento de lo jurídico? ¿Será posible tratar y explicar estructuralmente el total ámbito de lo jurídico? ¿Es previsible que la ciencia del Derecho se convierta en una ciencia estructural a igual escala que la

lingüística? ¿Cabe un análisis estructural del Derecho equivalente? ¿El análisis estructural del Derecho haría posible un resultado equivalente al de la lingüística? ¿Habremos encontrado los juristas, si no la meta, el camino? ¿Sería posible y a qué resultados conduciría un análisis estructural del Derecho que tomara como momento central el de la norma? ¿Cabría intentar la extrapolación al campo jurídico de la tricotomía lenguaje, lengua y habla, punto de partida y base del estructuralismo lingüístico? ¿Cuáles podrían ser los correlativos jurídicos? ¿Cabe trasladar a la ciencia jurídica ese modo de operar del más desarrollado estructuralismo, del lingüístico?

Me gustaría acabar esta recensión con una opinión propia sobre lo que el autor propone al final de su obra, pero quiero utilizar en esta ocasión un juicio certero que le hiciera en el periódico *ABC* (28 de octubre de 1971) JOSÉ MARÍA RUIZ GALLARDÓN, al decir que «el tratamiento jurídico del Derecho no puede llevarse a cabo en sus diferentes facetas en un grado afín al de la antropología o la lingüística. Porque el saber por el saber, sin ninguna limitación previa de su cometido y fines, no es posible por completo en el Derecho». La ciencia jurídica no puede convertirse exclusiva o plenamente en estructural. El Derecho sí es posible ser analizado estructuralmente.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

SALA ARQUER, J. M.: *La revocación de los actos administrativos en el Derecho español*. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1974.

La dimensión que una rama del Derecho puede ofrecer en el campo jurídico reside, a veces, en esas especialidades que su regulación típica —avalada por justificantes principios— impone para separarse de reglas más o menos generales.

Esa especie de «prueba de fuego» es la que el autor del trabajo ofrece en la publicación que recensionamos. El concepto de *revocación*, bien tratado por FUENMAYOR en el campo del Derecho civil, se ofrece como concepto peculiar dentro de la parte general del Derecho administrativo. La aventura bien merece el pláceme del jurista, que siempre espera justificantes que le sirvan para fundar especialidades, diferencias, excepciones y distanciamientos de los conceptos generales. El tema se hallaba huérfano de estudios monográficos en nuestro Derecho.

En este enfoque del carácter general de la obra quizá no haya sabido llegar al fondo de la cuestión, pues el autor lo que parece pretender es que «no se trata tanto de efectuar el consabido paralelismo entre negocio jurídico privado y acto administrativo, configurando la revocación de éste a imagen de la de aquél, como de obtener un concepto de revocación que sirva de apoyo al estudio del tema en Derecho administrativo». Claro está que el concepto genérico que el autor logra conseguir lo hace a través de la normativa civil para establecer ciertas premisas que le sirvan de diferenciación con las que estima aplicables al Derecho administrativo.

Lo que podríamos denominar «patología» del negocio jurídico en su proyección administrativa me ha preocupado enormemente, pues, en el fondo, la construcción analógica de conceptos es evidente y las únicas diferencias que pueden predicarse—con ser muy importantes—se suelen justificar en base de privilegios, teoría de división de poderes y otras causas, que son las que busco en este estudio monográfico.

El intento de «superación» del Derecho privado, llevado a cabo con la incrustación de principios y normas procedentes del público, lleva consigo un proceso democratizador de soluciones, en el que el principio

de la igualdad supone siempre el rechazo de «diferencias». La admisión de estas «diferencias» como criterios básicos de una posible sustantividad de Derechos «especiales» es la negación más palmaria de esa pretensión.

El contenido de la monografía está estructurado en cinco capítulos, que han de servirnos de base para nuestra recensión. Los capítulos van precedidos de una introducción y seguidos de unas conclusiones, un índice de legislación utilizada, otro de jurisprudencia, otro de bibliografía y una clave de abreviaturas. Casi siempre tengo que poner el reparo último de la falta de índices conceptuales. El especialista de la materia no se da cuenta que hay «caras nuevas» que pueden asomarse a sus páginas y que necesitan de un posible lazarillo...

A) *Delimitación conceptual de la revocación.*—Los tres problemas que el autor plantea en esta parte primera de su estudio son los de la configuración del Derecho de revocación, sus aplicaciones en el Derecho administrativo y las diferencias que entre esta figura y la de la nulidad o anulación existen.

Se parte del concepto de revocación concebido a través de tres notas fundamentales: a) Elemento subjetivo (cambio de voluntad del sujeto). b) Elemento objetivo (opera siempre sobre un acto válido). c) Es necesaria una norma que justifique o autorice la misma. El autor da su definición: «Una declaración de voluntad de sujeto por la cual, en los casos permitidos por la ley, ésta deja sin efecto uno de sus actos con el fin de adecuarlo a la justicia y no a la simple legalidad.»

Trasladado el concepto y los elementos señalados al campo administrativo, se ven recogidos los dos últimos, mientras que el primero-elemento-subjetivo está mediatizado por la construcción jurídica que se hizo del mismo a través de la rescisión por lesión. El autor dice que «sustituir la revocación por el proceso de lesividad sería contradictorio, puesto que no se puede objetivar algo que es esencialmente subjetivo».

La materia de delimitación conceptual se completa con la distinción entre anulación y revocación. El autor rechaza los criterios subjetivos de la distinción (según el órgano que la dicte) y se fija en los objetivos: hay revocación cuando el acto se extingue por motivos de oportunidad. Hay anulación cuando el motivo es la ilegalidad del acto. Se examina la distinción dentro de la Ley de Procedimiento Administrativo (arts. 48, 115, 110), para tocar sucesivamente los temas de la anulación por ilegalidad sobrevenida (donde la distinción es más acuciante, ya que en ocasiones la variación de circunstancias puede dejar intacta la validez del acto y determina, en cambio, su revocación por motivos de interés público), la caducidad del acto y el error en el acto administrativo. Se hace alusión a ciertas especialidades tributarias.

B) *Elemento subjetivo de la revocación.*—El examen de este elemento se hace sujetándolo a dos principios fundamentales del Derecho administrativo: la revocación de un acto no puede llevarse a cabo por un órgano distinto del que lo dictó, sobre todo en el caso de que los órganos pertenezcan a Departamentos distintos, ya que el principio de competencia no permite esta actuación. De otra parte, hay que tener en cuenta que los actos de los entes descentralizados no pueden ser revisados de oficio por el ente tutelante.

Después de examinar casos muy interesantes relacionados fundamentalmente con los supuestos de licencias municipales (sobre todo las otorgadas por silencio positivo), termina señalando la diferente estructuración del elemento subjetivo en la anulación y en la revocación: mientras en la revocación la decide y ejecuta libremente el órgano que dictó el acto —o su superior jerárquico—, en la anulación se observa una intervención acusada del Consejo de Estado en el momento de la decisión.

C) *Elemento objetivo de la revocación.*—La construcción del presente capítulo es, a mi entender, la más lograda de la monografía, pues en ella se profundiza en los conceptos, se especula con razones de carácter histórico y se sacan unas conclusiones muy adecuadas con todo lo expuesto.

El primer gran tema que se ofrece al estudioso es el de la teoría de «la cosa juzgada administrativa», que, como auténtico valladar, impide, caso de ser admitida, la posibilidad de que el acto administrativo pueda ser objeto de una revocación. El autor, después de recorrer doctrinas y situar históricamente la teoría, cita a VILLAR PALASÍ en su trabajo sobre *La doctrina del acto confirmatorio*, que da por resuelto el problema de la cosa juzgada, en el sentido de excluir la misma.

Posteriormente se plantea la problemática del ámbito de la revocación: si solamente afecta al acto administrativo o también a los contratos administrativos. Con ello desemboca en el superior problema del enfrentamiento entre lo reglamentario y lo contractual, con los claros antecedentes del privilegio canónico y su lucha a través de la evolución de las ideas. La revocación en el contrato de obras y en el de la concesión de servicios públicos reduce la exposición a dichos temas.

Continuación de la materia es la que el autor ofrece al contraponer el concepto de revocación proyectándolo en los actos reglados y los discrecionales. La revocación—como afirma SAYAGÜES—se concibe únicamente allí donde la Administración tiene discrecionalidad, es decir, libertad para apreciar la oportunidad o conveniencia de decidir. En la potestad discrecional se aprecia la oportunidad; en la potestad reglada se ejecuta la ley, se constata la legalidad.

Por último, el autor estudia una serie de problemas surgidos en torno a la revocación de actos dictados por silencio positivo (art. 16 del Reglamento de Servicios), la contradicción entre actos interdependientes (artículo 22 del mismo Reglamento) y la conexión entre el Plan de Ordenación y los actos administrativos, así como el contenido del mismo acto como límites de la revocación.

D) *El interés público como elemento teleológico.*—El fin de la revocación de un acto administrativo es el interés público. Pero la existencia de algunos supuestos en los que pueden entrar en juego ciertas incongruencias entre medio y fin permite un ulterior planteamiento. ¿Debe existir algún tipo de relación entre el interés público que fundó el acto revocado y el que funda el acto revocatorio?

A este problema inicial que el autor plantea le sigue otro de mayor trascendencia, pues la «delimitación» de lo que debe entenderse por interés público pone en relación con el mismo lo que podría llamarse «interés financiero» de la Administración, surgiendo la pregunta: Cuando la Administración actúa con fines de orden pecuniario, ¿satisface el interés público, la utilidad pública? Y si la respuesta es afirmativa, ¿habrá de admitir una revocación efectuada con fines de interés financiero? Precisamente este interés es examinado en la revocación de concesiones de servicios públicos y en materia de dominio público.

E) *Efectos de la revocación.*—Realmente, el autor no emplea este epígrafe, para estudiar los temas del efecto de la revocación, los límites del derecho adquirido, la situación creada o nacida del acto administrativo, etcétera. Con todo, creo que puede valer al lector esa andadera que utilizo.

Los límites que, en principio, pueden poner barreras a la revocación—proyectando así la dimensión de sus efectos—son la teoría de los derechos adquiridos, primera que el autor estudia, con su consecuencia de la irrevocabilidad, y luego la del «derecho público subjetivo», que genera como pregunta la de si ¿todo acto con efectos favorables declara un derecho público subjetivo? (¿la licencia declara derechos públicos subjetivos, por ejemplo?). Completa el estudio con la teoría de la «puesta en obra» y la de los «derechos debilitados».

Relaciona, por último, la figura de la revocación con la de la «expropiación» forzosa y los problemas conexos que ambas instituciones plantean. Señala, finalmente, los límites legales establecidos por el artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo: equidad, derecho de los particulares o las leyes sobre la base de una prescripción de acciones, tiempo transcurrido o por otras circunstancias, supuestos que el autor examina.

El autor, para terminar, sienta en catorce conclusiones el resumen de todo lo expuesto. Hubiera sido quizá mucho más efectivo utilizar el mismo para ofrecer en forma de recensión el contenido del trabajo, pero hemos querido dar una versión particular de la obra sin mediatizarla a este ofrecimiento del autor en «última instancia». Sabemos que con ello el posible lector pierde dimensiones, pero a cambio puede tener una versión «distinta», que podrá servir de contraste y juicio crítico.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

REVISTAS

I. REVISTAS COMENTADAS

POR FERNANDO MALO

REVISTA DE DERECHO PRIVADO.—Diciembre 1975.

La Jurisprudencia como fuente jurídica en el nuevo título preliminar del Código civil, aprobado por Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por JOSÉ RODRÍGUEZ DEL BARCO.

Apareciendo mencionada la Jurisprudencia en el nuevo artículo 1.º del Código civil, dedicado a las fuentes del derecho, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Es la Jurisprudencia fuente del derecho? RODRÍGUEZ DEL BARCO contesta que «podemos afirmar sin paliativos que la situación no ha variado sustancialmente con la publicación del nuevo título preliminar en cuanto al papel que desempeña la Jurisprudencia a pesar de su inclusión en el mencionado capítulo primero».

El número 6 del artículo 1.º solamente supone para el autor el reconocimiento de su indudable valor y una reparación por haber sido preterida de entre las fuentes propiamente dichas.

¿Qué valor tiene entonces su mención?

La Jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico, ordenamiento que está constituido por la ley, la costumbre y los principios generales; además esta función complementaria ha de realizarse al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales, utilizando como instrumento la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo.

La alusión a la doctrina que establece el Tribunal Supremo, sin el calificativo de legal, la interpreta el autor como un indicio de que el legislador, aunque no suficientemente explícito, quiere suprimir el concepto de doctrina legal, sustituyéndolo por el de doctrina jurisprudencial, pues «estimamos que la ley es solamente ley y por sí misma no crea ninguna doctrina». En este sentido aboga por la ausencia de la expresión doctrina legal de las leyes procedimentales, incluyendo el concepto de doctrina jurisprudencial.

Es importante consignar que el trabajo contiene indicaciones históricas de interés, aunque también insiste, desde mi punto de vista discutiblemente, en lo que llama «peligro de politización» de la Jurisprudencia. Cita a FEDERICO DE CASTRO cuando critica a la Escuela de Derecho libre y la Jurisprudencia de intereses, para apoyarse después en el discurso de apertura de Tribunales de SILVA MELERO en el año 74, del que recoge ejemplos maximalistas, como la Jurisprudencia soviética después del año 17, evidentemente perturbadores del orden social: sentido éste en el que se puede hablar de peligro cuando se politiza la Jurisprudencia. Pero si el Magistrado, aplicando la ley, logra introducir un principio de justicia, acomodando leyes venerables a la realidad social circundante o incluso adelantándose a ella, habremos conseguido eliminar un ingrediente de fricción social, a la vez que alumbra una nueva parcela sobre la que incide el consenso. Si política es política y facción, será un peligro que la Jurisprudencia se politice; pero si poli-

tica es pretensión y ejercicio de actividades destinadas a organizar justamente la cosa pública, evidentemente que el derecho, en todos sus ámbitos, no puede permanecer neutral a tan alta tarea colectiva, siendo como es el instrumento típico de la política en todos los países civilizados. Sospecho que el autor coincide con este punto de vista, como coincido con él en la condena que hace de los ejemplos que señala: tómese este comentario entonces, si el autor me lo permite, como una aclaración o explicación de cuándo no es peligrosa la politización de la Jurisprudencia.

Régimen patrimonial de las confesiones religiosas en España, por
JOSÉ M. GONZÁLEZ DEL VALLE.

¿Hemos de decir que la legislación española no aplica el principio de libertad religiosa por lo que a régimen de bienes se refiere? ¿Cabría afirmar que el artículo 3 de la Ley de libertad religiosa—en donde se lee que «las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad de los españoles ante la ley»—; cabría afirmar que ese artículo constituye letra muerta? He aquí las preguntas que se hace el autor en la introducción del trabajo que nos ocupa, el cual consta de grandes capítulos: de la «Confesión católica» y de las «Confesiones no católicas».

Dentro del primero caben dos regímenes patrimoniales diversos: uno, para la Iglesia-Institución, y otro, para las comunidades y asociaciones religiosas nacidas en el seno de la Iglesia Católica.

En efecto, la Iglesia-Institución tiene reconocido en el Concordato un tipo de personalidad distinto al de las Comunidades y Asociaciones religiosas. Como el artículo 4 del Concordato otorga a estas últimas la calificación y régimen propio de las Asociaciones de Derecho Privado, estando excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Asociaciones, resultará un régimen bifronte: uno, para la Iglesia Universal, con una situación que se aproxima a la de los entes públicos, y otro, para las Asociaciones y Comunidades católicas, que se someten a un régimen de Derecho Privado. Dicotomía

que se manifiesta inicialmente en el modo de acreditar su existencia y capacidad, pues si la Iglesia Universal no necesita acreditar su existencia y su capacidad consta en la legislación canónica, que deberá ser conocida por Notarios y Registradores, las comunidades y asociaciones deberán acreditar su personalidad y mostrar los documentos que atestigüen sobre sus órganos de gestión patrimonial.

Equipara luego el autor ciertos bienes eclesiásticos (de la Iglesia Universal) a los patrimoniales de la Administración pública (Ley de Arrendamientos Urbanos, Reglamento Hipotecario—inscripción, cambio de titularidad de bienes de las personas jurídicas eclesiásticas—), si bien señala algunas prerrogativas de las que carece la Iglesia, como son el deslinde de oficio, la recuperación de la posesión perdida dentro del año sin necesidad de ejercer la acción posesoria y los desahucios administrativos.

Otros bienes eclesiásticos los equipara a los demaniales, citando sus características propias de inalienables, imprescriptibles y exentos de tributación.

Delimita la inalienabilidad de los bienes de la Iglesia de la presunta atribuida a las comunidades y asociaciones, afirmando que en caso de tener que proceder pecuniariamente contra la Iglesia-Institución podría utilizarse el procedimiento previsto en el artículo 15 de la Ley de Administración y Contabilidad, sustituyendo la vía del embargo.

Plantea aquí el autor un tema de alto interés como es el del régimen de las asociaciones meramente aprobadas y no erigidas, teniendo en cuenta que como el Estado se limita a reconocer la personalidad jurídica canónica, cuando esta personalidad no se tiene surge la cuestión de determinar cuál es la legislación aplicable. En este sentido se refiere a las asociaciones laicales—Conferencias de San Vicente de Paúl—que, aunque tengan fines espirituales, tienen personalidad civil adquirida por la ley común de asociaciones, y a las instituciones de base no asociativa, sino patrimonial, como las llamadas causas pías laicales, que son personas jurídicas de naturaleza civil para un fin piadoso o caritativo o que surgen cuando se confían para ese mismo fin unos bienes a una persona jurídico-civil o a cualquier persona fi-

sica. En definitiva, «ante cualquier ente que carece de personalidad jurídico-canónica hay que preguntarse, para saber si se aplica la legislación canónica o la civil, si se trata de un ente laical o eclesiástico. Sólo en este caso se aplica la legislación canónica, y se aplica independientemente de que goce o no de personalidad jurídica ante el Derecho Canónico. Inversamente, a los laicales se les aplica la legislación civil, independientemente de que posean o no personalidad jurídica civil».

Respecto a la imprescriptibilidad sólo la ve en los bienes de las diócesis respecto a otras personas jurídicas diocesanas, encontrando indirectamente aplicación en la vida civil.

La exención sólo la ve aplicable a la residencia de obispos, canónicos y sacerdotes con cura de almas cuando el inmueble sea propiedad de la Iglesia. Las demás exenciones a capillas, conventos o iglesias son reales, no personales.

Las confesiones religiosas no católicas se configuran como asociaciones confesionales, rigiéndose entonces por sus propios estatutos en cuanto no se opongan a la ley.

Destaca la desigualdad entre las católicas y las no católicas al estar éstas ajustadas al esquema legal unilateral preestablecido por el Estado.

Tal esquema es el detallado por la Ley de Libertad Religiosa, que les da el tratamiento de asociaciones privadas. Siendo ésta de utilidad pública y no declaradas de utilidad pública, el régimen de las confesionales se semeja a las de utilidad pública, aunque en una posición más ventajosa.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA.—Núms. 3 y 4 de 1974.

Comentario al capítulo I del título III de la Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña sobre disposiciones generales relativas al régimen económico conyugal, por ANTONIO PARA MARTÍN.

El trabajo está distribuido físicamente en los números III y IV de la Revista,

y materialmente se divide en tres grandes partes: la primera, referente al régimen económico-matrimonial paccionado; la segunda, de las capitulaciones, y la tercera, del régimen de separación de bienes como legal supletorio. Analicémoslas ordenadamente, con la advertencia de que el estudio está redactado y publicado en medio de las dos últimas reformas del Código civil, lo que si por un lado presta gran actualidad a las concordancias con el título preliminar, por otro la validez de la exégesis queda disminuida en lo que se refiere a la mujer casada, aunque sus precisiones pueden seguir siendo útiles como derecho transitorio y, desde luego, como investigación histórica. Aludiremos los comentarios que despiertan más vivo interés.

En el régimen paccionado cabe que las partes acudan a sistemas económicos previstos en la Compilación o que estén fuera de ella.

Pactándose el régimen de gananciales, el problema básico es el de si la mujer catalana necesitaría licencia para disponer de sus parafernales. La postura afirmativa del autor se basa en que «la remisión al Código civil que realiza el artículo 52 de la Compilación se refiere no solamente a la regulación de los bienes gananciales del régimen paccionado, sino también a los privativos como integrantes de masas patrimoniales distintas dentro del citado régimen», con lo que se evita la aplicación del artículo 49, párrafo 5.º, de la Compilación, que autoriza a la mujer catalana para enajenar los parafernales sin licencia.

La nueva redacción dada a los artículos 61 y 1.387 del Código civil hacen que esta solución ya no sea válida, siendo posible que la mujer enajene los parafernales sin licencia y, respecto a los comunes, que se amplien por pacto los supuestos en que se precise el consentimiento *uxoris* del 1.413 o se establezca una coadministración sobre los gananciales. Modificado el último párrafo del artículo 1.316 en el sentido de suprimir la expresión «ni depresivo de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges»—en la que campeaba el fantasma de la discriminación a la mujer, establecida en los artículos 56 a 66—, y considerando sobre todo el principio de simetría vigente en Cataluña, alusivo a la inexis-

tencia de autoridad patrimonial en el marido, no cabe la menor duda sobre la validez de los pactos que establezcan un mayor equilibrio en los derechos de las partes sobre los gananciales y una más severa exclusión de la otra parte respecto a los privativos de cada uno.

Otros regímenes previstos a los que se pueden someter los cónyuges son la asociación de compras y mejoras, el pacto de igualdad de bienes y ganancias, el de «convivença o mitja guanyeria» y el de Agermanament. Respecto al último, el autor impugna la exigencia del artículo 58 ordenando que se celebre solamente en capitulaciones antenupciales. Si, como piensa la doctrina, se trata de evitar una donación encubierta, lo primero que hay que señalar es que no hay donación, pues al ser la institución resultante una comunidad de tipo germánico, «ningún bien deja de pertenecer a ninguno de los cónyuges, y la participación ideal que se cede al otro, además de tener una contrapartida patrimonial, es indisponible jurídicamente por separado». Al hilo del mismo discurso, insiste PARA en que no se produce una atribución patrimonial gratuita, con el empobrecimiento consiguiente para una de las partes que permitiría asimilar esta figura a la donación, sino un intercambio de bienes aleatorio, en el sentido de que como todos los que adquieran en el futuro deben ingresar en el hermanamiento y se impide la coexistencia de este régimen con el dotal, en realidad las partes dudan sobre los bienes que cada una de ellas pueda aportar durante la vida matrimonial, y, en definitiva, desconocen si lo que aportaron va a ser equivalente a lo que reciban sus herederos en el momento de la liquidación. Esta es una interesante refutación ideológica de la opinión común que nos limitamos a plasmar sin suscribir, pareciéndonos más sólido el argumento dogmático que también esgrime contra la misma al poner de manifiesto que, aun concediendo que se tratara de una donación, existe contradicción entre los artículos 20 y 58 del texto legal catalán: si el artículo 20 autoriza las donaciones entre cónyuges durante el matrimonio cuando se hacen en capitulaciones, el artículo 58 impide la operatividad de esa norma al prescribir la necesidad de las capitulaciones antenupciales.

Dentro del apartado sobre los regímenes económico-matrimoniales no previstos en la Compilación, el autor se pregunta cuál sería la validez de un pacto meramente excluyente del régimen de separación de bienes. La respuesta viene condicionada por la inexistencia en la Compilación Catalana de un precepto similar al 1.364 del Código civil y por la inaplicación de esta norma en Cataluña, lo cual brillantemente le lleva a afirmar que tal pacto «sería nulo, porque de admitir su validez llegaríamos a la posibilidad de existencia de un matrimonio sin régimen legal... (y), dada su nulidad, se aplicaría el régimen legal supletorio, que sería precisamente el excluido por los cónyuges».

A continuación entra en el tema de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, poniendo en juego el antiguo artículo 1.320 del Código civil y el 7 de la Compilación en los conflictivos supuestos de matrimonios de Derecho común que habiendo ganado la vecindad civil catalana otorgan capitulaciones en las que pactan un régimen de separación de bienes. La intolerancia de la Jurisprudencia hacia esta vía (sentencia de 18 de noviembre de 1964) determinó la justa reprobación de su criterio por la más solvente doctrina que se ocupó del asunto (PUIG FERRIOL, LACRUZ-SANCHO, Díez PICAZO, FAUS ESTEVE), aunque por fortuna hablar ya de esta importante cuestión es como escribir en el agua por la amplia libertad que el nuevo 1.320 concede a los cónyuges de Derecho común, recogiendo la necesidad que tienen grandes capas de la población—en situaciones laborales, matrimoniales y económicas muy complejas—de configurar soberanamente sus relaciones patrimoniales para el futuro. Ahora bien, si respecto a los sometidos al Código civil el problema de la inmutabilidad del régimen económico carece ya de relevancia, no queda agotada del todo la cuestión por la probable virtualidad del artículo 41 de la Compilación de Vizcaya, en los casos en que vizcaínos infanzones, bajo la comunicación foral de bienes, adquieran vecindad catalana, ya que el mencionado precepto declara inmutable este régimen aun en el caso de pérdida o adquisición voluntaria o involuntariamente por parte del marido de su cualidad de vizcaíno infanzón. Ad-

vierte el autor que esto es tanto «como declara que esta norma se seguirá aplicando a quienes ya no sean vecinos civiles del infanzonado, lo cual consideramos inadmisibles». En efecto, el artículo 9, 3.º, del Código civil, al que se remite el 16, que trata de la coexistencia de las distintas legislaciones civiles en el territorio nacional, afirma que «el cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges, y no lo impida su misma ley nacional».

El otorgamiento de capitulos es poco frecuente. ¿Cuál es, entonces, su finalidad actual? Según la justificada exposición de PARA, hacer menos incómodas las separaciones de hecho de los matrimonios emigrantes que se casaron con vecindad civil común. Si los cónyuges por pacto capitular acuerdan la separación de bienes, nada obsta a que se dé el siguiente paso de disolver y liquidar los bienes comunes, pues el impedimento que supone el artículo 1.417 ha dejado de existir desde el momento en que presupone de la vigencia de un régimen de comunidad que ya ha sido sustituido por otro de separación.

En la segunda y tercera parte del trabajo, referidas a las capitulaciones y al régimen legal supletorio, vuelve a ocuparse—ahora formalmente—de algunas cuestiones ya apuntadas con anterioridad en el estudio material de los pactos.

No obstante, señalemos que el autor considera a las capitulaciones como no poseedoras de un contenido esencial: son un *instrumentum* más que un *negotium*..., una forma preconstituida que se caracteriza porque los negocios jurídicos que puede contener y que precisan de ella para su perfeccionamiento son *causa matrimonii*.

Por último, desembocamos en el valor que el régimen de separación de bienes en Cataluña tiene para el autor. A su juicio, el principio de autonomía patrimonial de los cónyuges, proclamado en el artículo 7, tiene dos graves obstáculos en los artículos 23 (Presunción Muciana) y 322 (Auténtica *su qua mulier*), especialmente en el primero, «que impide que el principio de autonomía patrimonial de la mujer casada tenga una plena realización». Con la última reforma del Código civil se ha visto cumplida la profe-cía de PARA de que si se llegara a su-

primirse la licencia en el Derecho común, la mujer sometida a él, que establezca un régimen de separación de bienes paccionado, tendrá más autonomía patrimonial que la catalana por obra y gracia del artículo 23, cuya supresión aboga, así como del 322, haciéndose eco de las conclusiones 12 y 13 de la tercera ponencia del «Segon Congrés Jurídic Català».

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA.—Núm. 4 de 1974.

Autogobierno de la Magistratura, por JUAN MANUEL TORNÉ GARCÍA.

Consintiendo el autogobierno, como dice PRIETO CASTRO, «en que sea la Magistratura judicial la que administre tanto los medios personales como los materiales de la Justicia», autores de diversas ideologías coinciden en considerarlo como la panacea de todos los males de la administración de Justicia.

Pero hay que distinguir entre autogobierno de la magistratura, ejercido por los jueces y magistrados, bien por los cargos superiores de la misma, bien por los diversos estamentos que la componen, y autogobierno de la Justicia, actuado por los representantes de las profesiones que intervienen directamente en la vida jurídica del país.

El estudio se ciñe al autogobierno de la magistratura propiamente dicha, que administrará los medios personales y materiales.

El régimen personal hace referencia al reclutamiento y nombramiento, ascensos, derechos económicos y honoríficos, sanciones disciplinarias, etc., etc. Estas atribuciones estarían en manos del Consejo Judicial, excluyendo la competencia que hoy detenta el Ministerio de Justicia, con la intención de sustraer la función judicial de presiones políticas que atenten contra la independencia de los tribunales.

Por otra parte, el régimen sería establecido por el propio Consejo, opinando algunos autores que debe de formarse en el seno del mismo y defendido en Cortes por el presidente del Tribunal Supremo.

Las ideas expuestas, como hemos dicho, son defendidas por gran número de autores, con divergencias de detalle, manifestando el autor su opinión en el epígrafe titulado «Fundamento del Autogobierno». Alude con exactitud a la gestación de la división de poderes en Francia, afirmando que «su implantación persiguió, entre otras finalidades, la de limitar los poderes del estamento judicial que, en aquel entonces, a través de los Parlamentos judiciales, obstaculizaban y aun impedían el normal desenvolvimiento de los poderes ejecutivo y legislativo». (Sobre este tema es definitivo el trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA sobre «Revolución Francesa y administración Contemporánea», Taurus). Del estudio histórico que realiza, deduce la incongruencia que supone fundar en la teoría de la división de poderes tesis favorables al autogobierno de la magistratura, lo que le lleva a afirmar la posibilidad de la independencia judicial sin necesidad de acudir al autogobierno, es decir, manteniendo a la magistratura en la organización estatal. Aun considerando en que esto sea posible, es muy dudosa la afirmación general del autor de que «se sufre una confusión de términos identificando la independencia en la función de juzgar con la independencia orgánica de los funcionarios que desempeñan dicha función, confundiendo así la función ejercida con la organización estatal montada para ejercerla». Convinando en que efectivamente puede existir esa independencia dentro de la organización estatal, no es menos cierto que la independencia no está completa-

mente asegurada, al depender en una elevada dosis del talante respetuoso o interesado que respecto a la función judicial tengan los responsables ejecutivos de la administración de justicia.

Y es indudable que la independencia real de los tribunales no puede ser cuestión de humores.

Alega, finalmente, dos argumentos contra el autogobierno, que son: a) la creación de una casta cerrada de funcionarios; y b) el peligro de que esta casta cerrada, dominada por los sectores menos progresivos y antiguos, tuviera ideas y opiniones contrarias a las dominantes en el país.

«El sistema de autogobierno, que se pide como garantía de un grado más elevado de independencia judicial, olvida algo tan esencial como que la referida independencia no tan sólo debe estar tutelada frente a los abusos del poder ejecutivo, sino frente a cualquier clase de abuso, incluso los procedentes del propio Poder judicial.»

La importancia de esta afirmación es indudable. Pero, dada la experiencia histórica negativa que ha supuesto el enlace de los medios materiales y personales de la magistratura en el seno del Ejecutivo, habrá que arbitrar, partiendo de las cautelas que manifiesta TORNÉ sobre las probables presiones del Poder judicial independizado sobre sus propios miembros, habrá que arbitrar, digo, un procedimiento que, respetando su autogobierno, eluda la contingencia de que constriñan su libertad.

F. M.

II. NOTICIA DE REVISTAS

DOCUMENTACION JURIDICA

Núm. 5, enero-marzo 1975

- «Elementos jurídicos de la integración europea», por Juan de Miguel Zaragoza. Págs. 7 a 71.
- «La tutela del trabajador en el extranjero», por Francisco Soto Nieto. Páginas 71 a 99.
- «Un estudio de Jurisprudencia sociológica. Filiación extramatrimonial (II)», por Gabriel García Cantero y Adrián de Celaya e Ibarra. Páginas 99 a 113.
- «Notas sobre la Empresa pública», por Jesús Blanco Campaña. Páginas 113 a 140.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA

Núm. 120, noviembre-diciembre 1975

- «La función tributaria», por Narciso Amorós. Págs. 1229 a 1255.
- «Tipicidad y legalidad en el Derecho Tributario», por Alberto Xavier. Páginas 1255 a 1311.
- «La tributación de los accionistas de las Sociedades absorbidas en los procesos de fusión», por Félix de Luis. Págs. 1311 a 1347.
- «Problemas fiscales inherentes a la modificación del objeto social de algunas empresas inmobiliarias», por José Menéndez. Págs. 1347 a 1355.
- «Tributación de las Sociedades extranjeras que realizan operaciones en territorio español, en cuanto al Impuesto de Trasmisiones Patrimonia-

les», por José Menéndez. Págs. 1355 a 1367.

- «El acceso al crédito interior de las empresas con capital extranjero operantes en España», por Enrique José Abella Poblet. Págs. 1367 a 1385.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núms. 135-136, enero-junio 1975

- «La competencia desleal. Desde las corporaciones al corporativismo», por Gustavo Ghidini. Págs. 7 a 49.
- «El transporte combinado de mercancías», por Aníbal Sánchez Andrés. Páginas 49 a 91.
- «El contenido de las prestaciones accesorias en la Sociedad de Responsabilidad Limitada». Págs. 91 a 118.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Septiembre 1975

- «La rescisión por lesión en el Derecho Interregional», por Luis Puig Ferriol. Págs. 699 a 715.
- «La Renta catastral urbana y los arrendamientos», por Salvador Bernal Martín. Págs. 716 a 726.
- «Autonomía del acto de conservación», por Tomás Aguilera. Páginas 726 a 743.

Octubre 1975

- «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», por Enrique Lala-guna. Págs. 801 a 827.

- «Accesoriedad y solidaridad en el aval cambiario», por Francisco Soto Nieto. Págs. 827 a 853.

Noviembre 1975

- «Notas sobre la Confianza y su Régimen en el Código civil español», por Vicente Guilarte. Págs. 891 a 920
- «La autonomía privada en el proceso de planificación de comarcas mejorables», por Carlos S. Vattier Fuenzalida. Págs. 920 a 939.

REVISTA DE DERECHO PROCESAL

Núms. 2-3, año 1975

- «Consideraciones penales, procesales y penitenciarias en torno a la prisión», por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Págs. 295 a 309.
- «Los principios procesales de oralidad y de publicidad general y su carácter técnico o político», por Víctor Fairén Guillén. Págs. 309 a 337.
- «La sana crítica como sistema de valoración de prueba en un nuevo Código procesal civil de El Salvador», por Héctor Mauricio Arce Gutiérrez. Págs. 337 a 349.
- «La extensión de la Jurisdicción Militar en el Derecho comparado», por Manuel Gómez del Castillo Gómez-F. Págs. 349 a 413.
- «La excepción de compromiso», por José Luis González Montes. Páginas 413 a 451.
- «Garantías del justiciable e inadecuada iniciación en el proceso penal por delitos públicos y semipúblicos», por Esteban Emilio Hernández Henríquez. Págs. 451 a 473.
- «La competencia territorial y las modificaciones en la regulación de la pobreza», por José Ignacio Jiménez Hernández. Págs. 473 a 517.
- «Las partes en el proceso de trabajo: Capacidad y Legitimación», por Juan Montero Aroca. Págs. 517 a 553.
- «Valor probatorio en los procedimientos civiles de los testimonios de particulares, obrantes en actuaciones penales», por Jesús Ernesto Peces y Morate. Págs. 553 a 595.

- «Las relaciones jurisdiccionales con autoridades extranjeras en la reforma del proceso penal brasileño», por Mario Pisani. Págs. 595 a 607.
- «Cuestiones sobre la responsabilidad civil y penal de los funcionarios civiles de la Administración del Estado», por Pedro Luis Serrera Contreras. Págs. 607 a 625.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Julio-agosto-septiembre 1975

- «La suspensión de las obras efectuadas sin licencia», por Jesús González Pérez. Págs. 13 a 37.
- «Lo jurídico y lo urbanístico», por José María Chico Ortiz. Págs. 37 a 85.
- «Las expropiaciones urbanísticas y el artículo 32 del Reglamento Hipotecario», por Eduardo Pérez Pascual. Páginas 85 a 105.

Octubre-noviembre-diciembre 1975

- «Procedencia de la licencia de apertura de establecimiento en edificios fuera de ordenación», por Tomás Pou Viver. Págs. 13 a 19.
- «Sobre la interpretación en Derecho urbanístico» (a propósito de la Cesión de Viales), por Enrique Barrero González. Págs. 19 a 33.
- «Los interdictos y la Ley del Suelo», por Martín Segovia Torres. Páginas 33 a 61.
- «La suspensión del otorgamiento de licencias en el nuevo artículo 22 de la Ley de Reforma», por José Luis Castro Troncoso. Págs. 61 a 79.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Núm. 5, noviembre 1975

- «Orden jurídico y derechos humanos», por Angel Sánchez de la Torre. Págs. 411 a 469.

Núm. 6, diciembre 1975

- «Notas sobre el régimen jurídico de la filiación en el Derecho puertorriqueño», por Eduardo Vázquez Bote. Páginas 511 a 575.
- «Responsabilidad penal del inductor y del inducido a delinquir», por Carlos Onecha Santamaría. Páginas 575 a 593.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO - SOCIALES

Núm. 92, julio-septiembre 1975

- «Mujer y trabajo en la sociedad rural española: Estudio de casos», por Manuel García Ferrando. Páginas 7 a 65.
- «La española de 1975 frente a su igualdad de derechos. Especial incidencia y análisis de la situación de la mujer rural», por María Jiménez Bermejo. Págs. 65 a 97.

Núm. 93, octubre-diciembre 1975

- «Aplicación de estudios de mercado al caso del alcohol etílico en España», por Julián Briz Escribano. Páginas 7 a 79.
- «Prima óptima en la entrega de cosechas», por Carlos Romero. Páginas 79 a 95.
- «Rendimientos mínimos y convenios colectivos agropecuarios en Córdoba», por Manuel Porras del Corral. Páginas 95 a 121.
- «Evolución de la productividad del capital agrario en España y en los países de la O. C. D. E.», por Julián Pérez García. Págs. 121 a 149.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

Núm. 187, julio-septiembre 1975

- «El vocal-representante del Profesorado oficial del Estado en los Tribunales de oposiciones y concursos de la Administración local», por José María de Frutos Isabel. Págs. 417 a 457.

- «La Alcaldía-Presidencia y la formalización de sus decisiones», por Vicente Boix Reig. Págs. 457 a 469.
- «Mercados y abastecimientos en los fueros medievales de León y Castilla», por Enrique Orduña Rebollo. Páginas 469 a 505.

Núm. 188, octubre-diciembre 1975

- «Función de las Diputaciones provinciales en la defensa del medio ambiente», por José-Mario Corella Monedero. Págs. 657 a 693.
- «Naturaleza de las Entidades urbanísticas colaboradoras», por Francisco Lliset Borrell. Págs. 693 a 717.
- «La fiscalización de las actividades subordinadas de las Corporaciones locales», por Alvaro Alvarez-Gendín. Páginas 717 a 735.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núms. 373-374, octubre-noviembre 1975

- «La inviolabilidad relativa profesional», por Luis Portero García. Páginas 970 a 979.
- «Acción ejecutiva contra el avalista: sus requisitos», por Francisco Soto Nieto. Págs. 979 a 989.

Núm. 375, diciembre 1975

- «El juez de la aplicación de las penas», por Luis Blas Zuleta. Páginas 1154 a 1158.
- «Acción ejecutiva contra el avalista: sus requisitos», por Francisco Soto Nieto. Págs. 1158 a 1171.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Enero-marzo 1975

- «El complemento de la capacidad del menor emancipado y la ineficacia de sus actos», por Eduardo Méndez Apenela. Págs. 7 a 79.
- «La dación en pago», por José Luis Merino Hernández. Págs. 79 a 103.

- «Perfil Comunitario de la ética notarial», por José Antonio Molleda Fernández Llamazares. Págs. 103 a 143.
- «El Notariado en el mundo moderno. Expansión de la actividad de la Administración Pública en la contratación privada. El acto público notarial y su función esencial en la sociedad contemporánea y en el tráfico jurídico», por José Roan Martínez. Páginas 143 a 331.
- «Don Jerónimo González. Su influencia en el Derecho privado español», por Manuel Antonio Romero Veitez. Páginas 331 a 363.

RVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 3, julio-septiembre 1975

- «Dictamen», por Col·legi D'advocats de Barcelona. Págs. 437 a 449.
- «La delación solidaria», por Manuel Albaladejo García. Págs. 449 a 483.
- «El peritaje del psicólogo ante los tribunales», por Luis Muñoz Sabaté. Páginas 483 a 493.
- «La reforma del impreso oficial de la letra de cambio», por Eduardo Polo Sánchez. Págs. 493 a 515.
- «Significación y alcance de la equidad en el título preliminar del Código civil», por Joaquín García Lavernia. Páginas 515 a 539.
- «El contrato de edición en la Ley del Libro», por Antonio Miserachs Rigalt. Págs. 539 a 597.

Núm. 4, octubre-diciembre 1975

- «Resolución del contrato y la regla. "Periculum est emptoris"», por José J. Pinto Ruiz. Págs. 693 a 751.
- «Consideraciones sobre delitos de quiebra en el Derecho español», por Juan Córdoba Roda. Págs. 751 a 771.
- «La quiebra como delito social», por Gabriel Roujou de Boubée. Páginas 771 a 787.
- «La influencia del matrimonio en la nacionalidad de la mujer», por Ramón María Mullerat Balmaña. Páginas 787 a 803.
- «El aval cambiario y la mujer casada», por Francisco Soto Nieto. Páginas 803 a 833.
- «Régimen jurídico de la transferencia de tecnología extranjera», por Francisco Vicent Juliá. Págs. 833 a 891.
- «El "indulto general y anticipado" establecido en el Decreto 2.940, de 25 de noviembre de 1975». Páginas 891 a 932.