

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLIV * Mayo - Junio 1968 * Núm. 466

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE :

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS :

Excmo. Sr. D. Ramón de la Rica y Arenal.

Ilmo. Sr. D. Pedro Cabello de la Sota.

Ilmo. Sr. D. José Luis Lacruz Berdejo.

Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo.

Ilmo. Sr. D. Ginés Cánovas Contiño.

Excmo. Sr. D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo ; y

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchíz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN :

Sr. D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA :

Sr. D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección : General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléf. 2 25 53 16.

Precio : 200 pesetas al año.

Número suelto : 50 pesetas.

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

Depósito legal: M 968 —1958

S U M A R I O

	<u>Págs.</u>
«In memoriam»	623
ESTUDIOS :	
«Hacienda y Proceso», por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	627
«La caución en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria», por JOSÉ LUIS RUIZ SÁNCHEZ	653
LEGISLACION :	
«Crónica legislativa», por FRANCISCO DE COSSÍO Y CORRAL	689
VIDA JURIDICA :	
«Indemnización por accidente de trabajo y el concepto del dependiente en California», por J. J. SANTA PINTER	701
JURISPRUDENCIA :	
I.—Jurisprudencia monográfica:	
«Jurisprudencia de Derecho Internacional Privado», por RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ	711
II.—Resoluciones y Sentencias:	
I.—Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO	759

II.—Sentencias del Tribunal Supremo:

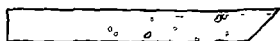
1. Jurisprudencia civil, por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ	763
2. Jurisprudencia mercantil, por RAMÓN GABRIEL SÁNCHEZ DE FRUTOS	779
3. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	785

LIBROS:

«Manual de procedimientos tributarios», de JOSÉ ARIAS VELASCO y NOBEL CARRAL LARRAURI, por JOSÉ MENÉNDEZ	795
«Derecho administrativo especial», de AURELIO GUAITA, por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO	796
«Relevancia jurídico-canónica de la cohabitación conyugal», de ALBERTO DE LA HERA, por VÍCTOR DE REINA	799
«Código civil», de JERÓNIMO LÓPEZ LÓPEZ y CARLOS MELÓN INFANTE, por VICENTE ESPERT	801
«El principio de buena fe», de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, por VICENTE LUIS MONTÉS	802
«Derecho urbanístico español», de MIGUEL ANGEL NÚÑEZ RUIZ, por JOSÉ MENÉNDEZ	807
«La filiazione fuori del matrimonio», de ANTONIO PALAZZO, por JOSÉ M. ^a LEÓN GONZÁLEZ	811
«Fundamentos de Derecho civil», de JOSÉ PUIG BRUTAU, por EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO	815
«Les formes du testament olographe et le maintien de ces formes jusqu'au décès du testateur», de JEAN PIERRE WAYMEL, por VICENTE ESPERT	826
«The trust and corresponding institutions in the civil law», de CHRISTIAN DE WULF, por VICENTE ESPERT	831
«Mélanger offerts a», de RENÉ SABATIER, por PEDRO A FERREZ SANCHÍS	838

REVISTAS:

Por F. M. C.	853
--------------	-----



IN MEMORIAM

Don Federico Bas y Ribas

Ha muerto Federico Bas y Rivas, notable jurista, ilustre Registrador de la Propiedad y amigo ejemplar. Y el hecho de su muerte se ha producido con religioso silencio de humildad. Como correspondía a un hombre de su gran categoría humana.

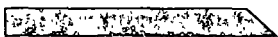
Federico Bas era un jurista vocacionalmente práctico, pero naturalmente docto, erudito, poseso de la ciencia cabal y necesaria para tener una "personalidad" muy cualificada de especialista del Derecho tributario a nivel nada común en nuestra Patria. Su "obra" de comentarista—su gran obra—es quizá la más conocida, consultada y con valor de autoridad sobre los impuestos que gravan el tráfico patrimonial inter vivos y mortis causa. Y los criterios, juicios y opiniones que en ella se contienen abundan frecuentemente en escritos y dictámenes de profesionales del Derecho y hasta en resoluciones administrativas y jurisdiccionales. De pocas obras como la de Federico Bas puede certificarse un éxito científico tan puro, tan cabal y cualificado. Y que merezca—como dice Larraz en el prólogo a sus «Comentarios a los Impuestos de Derechos Reales y sobre transmisión de bienes»—la «sincera gratitud» de los juristas.

Federico Bas escribió siempre—a través del comentario y el estudio monográfico en Revistas jurídicas—, luciendo como única tarjeta de presentación la de Registrador de la Propiedad. Cuerpo ilustre de la Administración del Estado al que sirvió con vocación,

con entrega y con honor. Formó parte de una promoción de Registradores—la de 1918—llena de nombres ilustres y preclaros—Fuentes Cervera, Feced, La Rica, Cervera y Rios Mosquera, entre otros—. Y junto a ellos pudo brillar por el peso específico de su gran saber y por el arte de su buen decir. Federico Bas fue y sigue siendo, aun después de su muerte, un notable prestigio para el Cuerpo de Registradores. Y para éste, que su nombre haya figurado en su escalafón activo.

Federico Bas fue, además y en el aspecto humano, un gran señor. Conocía y practicaba la amistad—cosa que no es frecuente—en su justo y verdadero valor: como vínculo moral, como un sentimiento de mutua y sacrificada entrega de afectos, producto de la simpatía, de la comprensión, de la tolerancia y de la buena educación. Quien estas líneas escribe se vio honrado con su amistad cordial y por ello puede certificar, con profunda pena y emoción, de esas aortes personales del gran compañero fallecido. Fue siempre un sabio consejero y un maestro lleno de sencillez y de humildad. Esa noble virtud que sólo poseen los elegidos y con la que hasta ha sabido morir y desaparecer físicamente de entre nosotros. Porque en el recuerdo, en el respetuoso afecto a su memoria, Federico Bas no podrá desaparecer nunca.

RAFAEL CHINCHILLA RUEDA.



ESTUDIOS

Hacienda y proceso ⁽¹⁾

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA TRIBUTARIA: 1. Los Tribunales económico-administrativos. 2. Los Tribunales de Contrabando. 3. Los Jurados Tributarios.—III. EL PROCESO ADMINISTRATIVO: 1. Sujetos del proceso: a) El órgano jurisdiccional. b) Las partes: 2. El objeto del proceso. 3. Los presupuestos del proceso. 4. Procedimiento. 5. Los efectos del proceso.—IV. EL TRIBUNAL DE CUENTAS.

I

INTRODUCCION

Desde que los hombres aparecieron sobre la tierra no se ha inventado sistema mejor para dirimir sus disputas que confiar su decisión a una persona distinta de los litigantes, que no esté vinculada a ninguno de los intereses en juego, que goce de la más absoluta independencia y de los conocimientos suficientes para comprender lo que es objeto de la *litis*.

No hace falta acudir a la *Pacem in Terris* ni a las demás encíclicas de moda. Ni a la Carta de las Naciones Unidas. Ni a la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 para considerar principio esencial el derecho del administrado a someter la decisión de todo litigio frente a la Administración a un tercero independiente. Pues es una verdad de Perogruyo, que responde a la más elemental lógica, que mal puede decidir con ecua-

(1) El presente trabajo es el texto de la conferencia pronunciada por el autor en la Cámara Oficial de la Industria de Madrid el 22 de junio de 1966, en el acto de la clausura del curso 1965-66, del Centro de Estudios Tributarios y Económicos.

nimidad y justicia una de las partes interesadas en el litigio, por muy Administración que sea y muy públicos los intereses que realice.

Todo lo que suponga apartarse de este principio y confiar la decisión de un litigio administrativo a una de las partes en conflicto, a la Administración, será una vuelta al estado de naturaleza, a la ley del Talión.

Y, por desgracia, el fenómeno no es infrecuente. No ya entre los países que abiertamente se han apartado de los postulados del Estado de Derecho clásico, sino entre los países que se consideran continuadores de las más puras esencias de éste.

Lograr que la Administración se sometiera al Derecho y que, prescindiendo de sus prerrogativas, accediera a aparecer como parte procesal a la hora de la revisión jurisdiccional de sus actos ha sido una hazaña gigantesca que ha costado siglos. La evolución es de sobra conocida por todos. Como también el hecho incontrovertible de que siempre que puede escapa de esa fiscalización a través de los procedimientos más diversos. Desde el claro y diáfano de excluir determinadas categorías de actos al sinuoso y taimado de crear una serie de obstáculos antes de llegar a la revisión jurisdiccional, con la esperanza de que el recurrente tropiece en alguno de ellos.

De aquí que tan importante como la regulación del proceso propiamente dicho lo sea la de los procedimientos previos que es necesario recorrer para llegar a aquél.

II

LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA TRIBUTARIA

Los distintos Ordenamientos—y el Ordenamiento español no constituye una excepción—suelen arbitrar unos procedimientos especiales ante órganos también especiales—que reciben el nombre de Tribunales o Jurados—para examinar las cuestiones planteadas por la aplicación de los tributos. Pese a los nombres que se emplean para designarlos, no estamos ante verdaderas juris-

dicciones. No cabe hablar propiamente de «Tribunal» para designar a los órganos que deciden ni de «jurisdicción» para designar la función que ejercen, ni de procesos al referirnos a su actuación ni de «sentencias» a sus resoluciones.

De aquí la muy diversa opinión frente a los mismos según que se instauren «en vez de» o «antes de» la verdadera revisión jurisdiccional. Pues si todos esos procedimientos merecen la más rotunda repulsa cuando se arbitran «en vez de» la fiscalización propiamente jurisdiccional, pueden admitirse cuando se arbitran «antes de» la actuación de los verdaderos Tribunales. Pues, en definitiva, en este caso no se trata de otra cosa que dar un cauce formal adecuado a la vía administrativa previa, en atención a la especial naturaleza jurídica de las relaciones objeto de debate.

En Derecho comparado podemos encontrar ejemplos de todos los sistemas: desde Tribunales administrativos, que vienen a suplir la falta de una verdadera jurisdicción contencioso-administrativa—como los Tribunales especiales de Aduana, en Chile—, hasta Tribunales cuyas decisiones son susceptibles de impugnación ante la jurisdicción correspondiente, bien constitucional de amparo, ordinaria o contencioso-administrativa.

En España, aun cuando cabe encontrar organismos de este tipo que intervienen con exclusión de cualquier actuación propiamente jurisdiccional, lo normal es que constituyan una simple vía administrativa previa que hay que agotar para poder incoar la «contencioso-administrativa».

Veamos cuándo estamos en uno u otro supuesto.

Los órganos seudojurisdiccionales que conocen en materia tributaria son los siguientes:

Los Tribunales económico-administrativos.

Los Tribunales de Contrabando.

Los Jurados tributarios.

Su carácter puramente administrativo está fuera de duda. Es cierto que no ha faltado quien afirme la naturaleza jurisdiccional de estos órganos y hable de proceso tributario para referirse al procedimiento ante los mismos. Pero difícilmente cabe hablar de proceso al referirnos a la actuación de unos órganos—como los económico-administrativos—que puedan dejar de conocer las re-

clamaciones ante ellos planteadas, a fin de que pasen al Ministro, por la «índole, cuantía o trascendencia de la resolución» (2). Es cierto que la historia nos demuestra que en contadísimas ocasiones se ha ejercido esta facultad, y que cuando se ha ejercido, el Ministro ha seguido el criterio del Tribunal; pero ello no impide que la norma desnaturalice el carácter jurisdiccional de la institución. De aquí que ante su escaso sentido práctico se proponga su derogación pura y simple, con lo que se superaría el principal escollo a la configuración jurisdiccional de los Tribunales económico-administrativos, al menos del Tribunal Central.

Pero por encima de cualquier consideración doctrinal se eleva algo mucho más importante y más expresivo a la hora de definir la naturaleza de una institución: el clima, el ambiente, el aire que se respira. Esta simple consideración sería más que suficiente para descartar la naturaleza jurisdiccional de los Tribunales de contrabando. Basta acercarse a uno de ellos para ver que aquello es algo muy distinto de lo que es un Tribunal Supremo o una Audiencia.

Las consecuencias de la naturaleza administrativa de estos organismos son obvias:

a) Por lo pronto, al ser administrativos los actos por ellos dictados, que su régimen de revisión, de oficio o a instancia de parte, será el propio de los actos administrativos. Los artículos 153 y 154 de la Ley General Tributaria y 63 y 64 del Reglamento de procedimiento económico-administrativo no pueden ser más expresivos al respecto. En consecuencia, fuera de los supuestos de nulidad de pleno derecho o de infracción manifiesta de las Leyes, la anulación de los actos de aquellos órganos no podrá acordarse por la propia Administración pública de que procedan; únicamente podrá decretarse por la jurisdicción contencioso-administrativa en proceso de lesividad.

b) Y, salvo exclusión expresa, las personas legitimadas podrán deducir el correspondiente «recurso contencioso-administrativo» frente a las resoluciones que tales órganos dictasen, dentro de los plazos previstos en las Leyes procesales.

Veamos hasta qué punto esto es cierto—y en qué grado—res-

(2) Sobre el problema, me remito a *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, págs. 901-902.

pecto de cada uno de los órganos que pueden catalogarse en este grupo.

1. *Los Tribunales económico-administrativos.*

La separación entre los órganos de gestión y los de resolución de reclamaciones, que constituye la razón de ser de estos «Tribunales», supone un incuestionable acierto. Todo lo que sea sustraer de los órganos ordinarios de gestión el conocimiento de los recursos contra los actos de los mismos, a fin de confiar su decisión a órganos especializados y, en cierto modo, independientes, es reforzar las garantías de acierto de la decisión y, en definitiva, de los derechos e intereses del administrado.

Los llamados «Tribunales económico-administrativos» constituyen, sin ningún género de dudas, con todos sus defectos, una garantía muy superior a la que representaría la decisión de los recursos que ante ellos se interponen por los órganos ordinarios del Ministerio de Hacienda. El procedimiento ante los mismos está rodeado de garantías análogas a las del proceso, lo que ha permitido hablar de «autodefensa procesalizada»: autodefensa, en cuando que decide una de las partes interesadas en el litigio; procesalizada, sin embargo, por ejercerse a través de los trámites propios de un proceso. Por eso el administrado encuentra en él garantías superiores a las de los procedimientos administrativos puros. Es más, respecto de cierto número de actos, el contribuyente encuentra en ellos una salvaguarda más firme que la de los propios Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Y ello por el fenómeno al que me he referido en más de una ocasión del desigual trato de que son objeto la Administración local y la estatal. En efecto:

Cuando un Tribunal económico-administrativo—que es órgano del Estado—se enfrenta con un acto de alguna Corporación local, a fin de revisar si el mismo se ajusta o no se ajusta al Derecho, lo hace con un rigor que ni siquiera encontramos en las verdaderas jurisdicciones. El hecho quizá puede explicarse, aparte de por otras razones de matiz más o menos político, por una de carácter técnico formal: que entre los Tribunales económico-administrativos y los órganos de las Corporaciones locales existe algo más que la línea de separación de una independencia legal entre

órganos de una misma entidad; existe nada menos que la separación derivada de ser órganos de personas jurídicas distintas: el Estado, por un lado, y la Administración local respectiva, por otro. Cuando los Tribunales económico-administrativos provinciales enjuician actos de una entidad distinta de la que los mismos son órganos, no tienen que defender intereses propios a la hora de pronunciarse sobre la suspensión de la ejecución de los actos objeto de recurso o a la final y definitiva de emitir decisión. Por ello ha llegado a decirse que en estos casos no puede discutirse el carácter jurisdiccional de los órganos ni el procesal de su actuación, olvidando que dentro de una actuación puramente administrativa no es infrecuente la ingerencia del Estado en la esfera local bajo la forma de tutela, recursos administrativos e instituciones análogas.

En definitiva, el fenómeno de «procesalización» de los órganos administrativos no es otro que el de una acentuación de la independencia del órgano que decide respecto del órgano que dictó el acto, hasta llegar a una independencia real y efectiva, que ha permitido hablar de un sistema administrativo entre los que ofrece el Derecho comparado contencioso-administrativo.

Ahora bien, existen órganos que, aun cuando no han llegado a alcanzar esta independencia plena, están en el camino. Por ejemplo, los Tribunales económico-administrativos. Puede decirse que están más cerca de los órganos jurisdiccionales que de los administrativos puros. Y no por el hecho de que se llamen «Tribunales», sino por su forma de actuar y proceder.

En este proceso de jurisdiccionalización ocupan distinta posición los Tribunales económico-administrativos provinciales y el Tribunal económico-administrativo central. Aquéllos, salvo cuando deciden reclamaciones frente a actos de entidades locales, están muy lejos de lo que es un auténtico «Tribunal», mientras que al Tribunal económico-administrativo central apenas si le falta camino que recorrer. A su agilidad en la resolución del excesivo número de reclamaciones que se deducen ante el mismo hay que unir el buen criterio a la hora de juzgar. Las estadísticas no pueden ser más expresivas. Tomando como ejemplo los expedientes resueltos durante el primer semestre de 1966, de un total de 1.764 se dan los siguientes resultados:

En única instancia: estimados, 685; desestimados, 241.

En segunda instancia: estimados, 249; desestimados, 464.

Desistimientos, incompetencias y otras resoluciones: 125.

Aun cuando pudiera estimarse que los porcentajes de este semestre no son generales, hay que admitir que son expresivos, permitiendo un juicio satisfactorio de estos Tribunales.

2. *Los Tribunales de Contrabando.*

La segunda de las vías administrativas con apariencia procesal a que nos hemos referido son los llamados Tribunales de Contrabando.

Por mucho que se emplee la palabra Tribunales para designarlos y la de sentencias al hablar de sus fallos, no son más que órganos propiamente administrativos. Y llamando a las cosas por su nombre, los procedimientos ante ellos son:

a) Los que se tramitan en primera o única instancia, procedimientos sancionadores, esto es, procedimientos en los que se ejerce la función administrativa sancionadora, imponiendo a las personas que han incurrido en la infracción de normas jurídico-tributarias la correspondiente sanción.

b) Y los procedimientos de segunda instancia ante estos Tribunales de Contrabando son auténticos procedimientos de recurso administrativo.

Hay que reconocer que, por muy defensores de la Administración pública que se sientan algunos de los miembros de los Tribunales de Contrabando, los mismos ofrecen a los supuestos responsables una garantía superior a la que tendrían si la potestad sancionadora se ejerciera por los órganos ordinarios de la Administración financiera a través del común procedimiento administrativo sancionador.

Sin embargo, su regulación no deja de ofrecer serios obstáculos a la auténtica fiscalización jurisdiccional, obstáculos que, al no existir en otros procedimientos administrativos, carecen de razón de ser. Pues ninguna razón existe para que se otorgue peor trato al sujeto que infringió una de las normas sancionables a través de estos procedimientos que al que infringió otros de mucha mayor gravedad. Sobre todo, cuando el administrado ha incurrido en tales infracciones como consecuencia de una política económi-

ca disparatada o en el llamado delito monetario ante la falta de seguridad política o económica.

Tal es el caso de la *reformatio in peius*. Es cierto que en el plano teórico se ha discutido su admisión dentro del procedimiento administrativo (3). Pero también la decidida posición de la mayoría en sentido contrario, ya que otra cosa supondría que el órgano decisor del recurso podría actuar como si no existiese la resolución objeto de impugnación, lo que va contra la esencia del recurso. Y al menos en España puede decirse que, más que opinión dominante, es unánime, habiendo tenido eco en la jurisprudencia que rechaza la posibilidad de *reformatio in peius*, salvo en los casos singulares en que esté expresamente admitida.

Uno de estos casos es precisamente el de los recursos ante el Tribunal Superior de Contrabando. Y cabe preguntarse: ¿Por qué ha de pervivir aquí una institución que no se da en los demás procedimientos administrativos? ¿Qué sentido tiene que en materia de contrabando el Tribunal Superior pueda hacer algo que no pueden hacer los demás órganos con competencia para decidir procedimientos administrativos? En definitiva, esta latente amenaza de la posibilidad de agravar la sanción del Tribunal inferior en una vía de recurso que es trámite previo del contencioso-administrativo constituye un chantaje legal para impedir por vía indirecta la revisión jurisdiccional.

3. Los Jurados tributarios.

Desde su aparición en nuestro sistema fiscal se observa una corriente de progresivo aumento de su esfera de competencia. Por un lado, respecto del concreto impuesto a que podía referirse su actuación: limitada en un principio a la antigua Tarifa III de Utilidades, va aplicándose sucesivamente al impuesto de rentas de capital y trabajo, al general sobre la renta y, a partir de la Ley de reforma tributaria de 11 de junio de 1964, a los más variados tipos de impuesto, incluso a la contribución territorial.

Y paralelamente a esta progresiva aplicación a los más variados tipos de tributo se da un aumento de los supuestos en los

(3) Cfr. un resumen de la doctrina alemana sobre el tema, en NIETO, *El procedimiento administrativo en la doctrina y la legislación alemanas*, en «Revista de Administración Pública», núm. 32, págs. 102-103.

que se da entrada a la intervención del Jurado. Frente a la limitada y excepcional intervención primitiva para, en ausencia de datos objetivos, decidir sobre las cuestiones de hecho sospechosas, para fijar los presupuestos objetivos que han de servir de hecho imponible, en la nueva Ley General Tributaria se les confía la misión de resolver con carácter subsidiario las controversias que sobre cuestiones de hecho puedan plantearse entre la Administración y los contribuyentes (art. 147), siendo sus funciones no sólo la determinación de las bases, sino hasta la de las cuotas y la resolución de recursos interpuestos por aplicación indebida de las reglas de distribución y la de agravio comparativo y absoluto (art. 147, párrafo segundo), aparte de cualquier otro que se les atribuya por Ley (art. 147, párrafo tercero).

De aquí que SAINZ DE BUJANDA haya podido hablar de «hipertrofia de funciones de unos órganos que en rigor sólo debieran actuar cuando, agotadas las posibilidades que la Ley material ofrece, el fallo en conciencia resulte ineludible» (4).

Ante competencia tan amplia adquiere una gravedad extraordinaria la exclusión de la vía contencioso-administrativa que con tanta reiteración se proclama en las normas reguladoras de los Jurados. Los acuerdos de los Jurados—dice el artículo 152 de la Ley General Tributaria—... dictados sobre las cuestiones de hecho propias de su competencia, no serán susceptibles de recurso alguno, ni siquiera contencioso-administrativo, salvo las excepciones que en el propio artículo se establecen.

¿Qué es lo que esto supone? Se ha dicho recientemente, con frases harto expresivas, en un trabajo dedicado al tema: «Ocurre, pura y simplemente, que la Administración financiera, que es parte del litigio, se erige también en juez. Retrocedemos a la era de la jurisdicción retenida, aquel momento del Ministro-juez, en que la Administración es juez y parte al mismo tiempo. Hacer alusión a esta figura no es pretender aplicarla al sistema de Jurados; es un mero recordatorio histórico de aquella época en que la Administración era al propio tiempo parte interesada legitimamente y órgano competente de resolución; aquella época en que había una ausencia de revisión por un Tribunal judicial independiente, época de estricta separación de la Administración y los Tribuna-

(4) SÁINZ DE BUJANDA, *Hacienda y Derecho*, tomo III, Madrid, 1963, pág. 288.

les, que no podían ni soñar en *troubler* la acción administrativa» (5).

Por ello, si uno de los principios del Ordenamiento es el acceso a la Justicia; si, como afirma nuestra Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, «únicamente a través de la Justicia, a través de la observancia de las normas y principios del Derecho es posible organizar la sociedad y llevar a cabo la empresa de la Administración del Estado moderno», debe forzarse una interpretación que, superando aquellas absurdas limitaciones legales, re-uzca al mínimo el núcleo de los actos de los Jurados excluidos de fiscalización jurisdiccional y permita con la máxima amplitud la actuación de los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sobre todo, si tenemos en cuenta que, como ha dicho CLAVERO, al aumentarse la esfera de competencia de los Jurados «se ha ido diluyendo una de las razones morales que en cierto modo aboraban la exclusión jurisdiccional, cual era la de que la competencia de los Jurados fiscales se producía tan sólo en caso de manifiesta infracción de las obligaciones fiscales por parte de los contribuyentes, evidenciadoras de fraude, mala fe, etc., como era el no llevar los libros contables y el negarse a la comprobación inspectora, entre otras. En estos supuestos límites resultaba imposible poder probarle a un contribuyente la auténtica base tributaria, y ante ello, la base le era asignada en conciencia con una libre apreciación de los hechos realizada por un Jurado fiscal. Mas al irse aumentando los supuestos de competencia de los Jurados a casos en los que no existía el más mínimo incumplimiento por los contribuyentes, dicha razón dejaba, en cierto modo, de operar» (6).

En esta línea hay que destacar la progresiva jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, al limitar en lo posible las materias excluidas de fiscalización, reduciendo en sus justos términos lo que es «cuestión de hecho» y, en consecuencia, ampliar el ámbito de la revisión jurisdiccional de los acuerdos de los Jurados.

(5) BAYÓN MARINE, *Control jurisdiccional de la actividad de los Jurados tributarios*, «Revista de Administración Pública», núm. 48, pág. 151.

(6) CLAVERO ARÉVALO, *Jurados fiscales y Jurisdicción contencioso-administrativa*, «Revista de Administración Pública», núm. 39, pág. 19.

III

EL PROCESO ADMINISTRATIVO

Agotadas aquellas vías administrativas previas, estamos en condiciones de poner en marcha los mecanismos de la Administración de Justicia. Como dijo SEGISMUNDO ROYO-VILLANOVA, parafraseando a PUCHETI, el procedimiento administrativo no nos lleva al aula magna de la Justicia administrativa, sino solamente a su vestibulo.

Ahora bien, ¿ante qué jurisdicción y a través de qué tipo de proceso puede el contribuyente accionar frente a los actos de la Administración tributaria que infringieren el Ordenamiento jurídico?

Cabe que en atención a la peculiaridad de la materia se establezca un régimen contencioso peculiar de impugnación. En cierto modo, es lo que ocurre en Derecho francés, en el que se da una concurrencia de las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa y unas marcadas especialidades en el procedimiento ante esta última. De aquí que TROTABAS, en los *Melanges Maurice Hauriou*, publicados en 1929, contribuyera con un trabajo con el expresivo título de *La naturaleza jurídica del contencioso fiscal en Derecho francés* (7). Y que no falte un capítulo sobre el contencioso fiscal en todos los tratados sobre el contencioso-administrativo, desde los tradicionales, como los de LAFERRIÈRE y APPLETON, hasta los más recientes, como los de ODENT y AUBY Y DRAGO.

El ejemplo francés no ha dejado de tener repercusión en otros sistemas. Tal es el caso de la reciente Ley de Costa Rica sobre la jurisdicción contencioso-administrativa que ha visto la luz en el *Diario Oficial* de aquella República el 19 de marzo de 1966, y en la que, entre los procedimientos especiales, figura uno con el título *Materia tributaria o impositiva*.

En España no puede hablarse de un régimen contencioso especial en materia tributaria. Los litigios en esta materia se dirimen en el proceso administrativo ordinario. Ni siquiera cabe hablar de especialidades más o menos acusadas en ese proceso

(7) *Melanges Maurice Hauriou*, París, 1929, págs. 209-263.

administrativo ordinario cuando el fundamento de la pretensión sea el Derecho fiscal.

Así las cosas, el problema que debemos plantearnos no es otro que el siguiente: ¿Ofrece ese sistema de proceso administrativo garantías suficientes para defender al contribuyente frente a los posibles abusos de la Administración financiera? No se trata de enjuiciar genéricamente el sistema. No pretendemos en modo alguno valorar con carácter general un sistema que ha sido calificado fuera y dentro de España como el más perfecto instrumento de sumisión de la Administración al Derecho. No. Nuestro propósito es mucho más limitado. Dando por supuestas las excelencias del sistema, tratamos de verificar si esas excelencias pueden predicarse también cuando aplique normas de Derecho tributario.

En líneas generales, podemos afirmar rotundamente que sí. No obstante, puestos a precisar, creemos que cuando el mecanismo de la justicia administrativa ordinaria se utiliza para actuar una pretensión fundada en normas de Derecho fiscal, adolece de ciertos defectos que no estaría de más superar, sobre todo si tenemos en cuenta las pocas dificultades de índole técnica y práctica que ello supone.

Estos defectos los encontramos en: los sujetos, el objeto, los presupuestos, el procedimiento y los efectos del proceso administrativo.

Examinémoslos.

1. Sujetos del proceso.

a) El órgano jurisdiccional.

El caballo de batalla en la estructuración de un sistema procesal administrativo ha sido siempre la organización de los Tribunales a los que se confía la decisión de los litigios administrativos.

Para que pueda hablarse de una justicia administrativa eficiente es necesario que en los órganos de lo contencioso-administrativo concurren dos circunstancias básicas: independencia e idoneidad, imparcialidad y preparación de las personas que los integran.

Independencia frente a los poderes financieros, cuyos intere-

ses se ventilan; frente a los grupos de presión, frente a los administrados y también frente a la Administración pública. Independencia real y efectiva, más que legal y formal. No hay que olvidar que existen países en los que la independencia de sus órganos contencioso-administrativos frente a la Administración activa no está consagrada legalmente, como en Francia, y en la Francia de De Gaulle, y gozan de una independencia real muy superior a la de otros países que confían la composición de sus litigios administrativos a Salas encuadradas en sus Cortes de Casación o a Juzgados o Tribunales integrados en el Poder judicial, y como tales, con toda la independencia formal y soberana propia de este Poder del Estado.

Y tan importante como la independencia es la preparación, la especialización.

En España, la independencia de nuestros Tribunales de lo contencioso-administrativo está fuera de duda. Pero, ¿puede afirmarse lo mismo de la segunda característica?

No ha faltado un sector doctrinal, por cierto, nada despreciable, que ha criticado abiertamente la composición de nuestros Tribunales contencioso-administrativos, tanto antes como después de la Ley de la Jurisdicción de 1956. Yo mismo en más de una ocasión me he permitido alinear en la posición crítica.

Mas después de la experiencia de la Ley de 1956 no podemos por menos de admitir que el sistema ha dado espléndidos resultados. No ya a nivel territorial, en el que las Salas de lo contencioso-administrativo nos ofrecen la admirable labor no sólo de los magistrados reclutados por oposición (que no han defraudado las esperanzas puestas en ellos), sino de los reclutados por concurso, poniendo de relieve la prudencia y buen criterio de la decisión de los mismos.

Ahora bien, esta opinión crítica general, ¿cabe admitirse sin reservas cuando se trata de enjuiciar la idoneidad del personal para decidir cuestiones tributarias?

En este aspecto concreto la opinión no puede ser tan optimista, al menos al enjuiciar los órganos supremos. En efecto:

Sabido es que nuestra Ley, al enumerar los requisitos que han de reunirse para ser designado Magistrado, lo hace con la máxima amplitud. Y el Gobierno, al hacer uso de este amplio margen

legal, con muy buen criterio, a fin de llevar a la Sala con competencia en materia de Hacienda personas especializadas en Derecho tributario, suele procurar que no falten en ellas funcionarios procedentes de uno de los Cuerpos más prestigiosos del Ministerio de Hacienda.

La intención, pues, no puede ser más encomiable. Y el procedimiento de selección, perfecto.

Pero resulta muy difícil de la noche a la mañana dejar los hábitos adquiridos durante años en una Oficina liquidadora, en la Asesoría de un Ministerio o en la defensa de la Administración. De aquí que aquella política de reclutamiento de Magistrados se traduzca en una determinada orientación de las Salas.

Lo que explica, aparte de otros imponderables, que la doctrina de nuestra Sala Tercera sea menos progresiva y más conservadora que la de las restantes Salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

b) *Las partes.*

Si descendemos de la regulación del órgano jurisdiccional a la de las partes, el problema se centra en la amplitud de la legitimación del administrado para accionar frente a los actos de la Administración.

Y en este punto concreto hay que reconocer que nuestra Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa se encuentra entre las más progresivas.

Ahora bien, existe una norma especial en materia tributaria que representa un evidente retroceso en esa línea de garantías. Me refiero a la del artículo 35, párrafo segundo, apartado d), del Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, al no reconocer legitimación para promover el recurso a «los que asuman obligaciones tributarias en virtud de contrato».

Este precepto viene a rectificar una copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo que había admitido justamente lo contrario. Y cualquiera que sea la opinión que en el orden estrictamente teórico merezca la innovación del Reglamento de 1959, lo cierto es que en la práctica conduce a una merma de garantías, pues cuando, en virtud de un contrato, el contribuyente transfiere su

obligación a un tercero, al ser éste el que tiene que pagar el tributo, ostenta un incuestionable interés en impugnar las posibles liquidaciones ilegales.

Al negarle legitimación se crean una serie de complicaciones y de obstáculos a la revisión jurisdiccional, sin otra ventaja para la Hacienda que la nada correcta de esperar que, al tenerse que poner en relación el obligado al pago con el verdadero contribuyente a efectos de representación procesal y defensa, transcurra el plazo para recurrir y adquiera firmeza el acto ilegal (8).

2. *El objeto del proceso.*

Si el proceso es, como no nos cansamos de proclamar, el instrumento más eficaz para hacer efectiva la sumisión de la Administración al Derecho, la regulación de su objeto deberá siempre orientarse hacia la máxima amplitud en dos direcciones: actos objeto de recurso y cuestiones que pueden plantearse frente a los mismos.

a) En el primer sentido, en buen número de textos constitucionales se ha llegado a proclamar con la máxima solemnidad la prohibición de cualquier exclusión de la revisión jurisdiccional. Frente a esta elemental conquista, la Ley española admite expresamente que por Ley ordinaria se dejen fuera de la impugnación contencioso-administrativa determinadas categorías de actos.

En materia tributaria, un ejemplo característico de esta tendencia es el ya señalado de los acuerdos de los Jurados tributarios.

b) En el segundo sentido, es decir, cuestiones susceptibles de ser planteadas, parte de la doctrina extranjera al estudiar el contencioso fiscal se ha planteado el problema de si en este terreno son admisibles los contenciosos clásicos de anulación y plena jurisdicción. Que así ocurre en España es evidente. Desde un punto de vista estrictamente procesal, cualquier pretensión es admisible. Lo que falla es el Derecho material a la hora de regular la responsabilidad administrativa, como más tarde estudiaremos.

(8) En el mismo sentido, en mi trabajo *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, págs. 911-912.

3. *Los presupuestos del proceso.*

Cuando el contenido del acto impugnado es la obligación de pagar una cantidad líquida, dentro de los presupuestos del proceso destaca el *solve et repete*. Cuando el objeto de impugnación sea un acto dictado en ejercicio de la potestad tributaria e imponga el pago de un tributo de cualquier clase, buen número de Ordenamientos consagran como presupuesto procesal el del «previo pago».

Así lo establecía también el viejo texto de nuestra Ley de lo contencioso-administrativo en su tristemente célebre artículo 6.º

Este privilegio procesal de la Administración pública, que tantas veces constituye un obstáculo insuperable para que los Tribunales lleven a cabo su misión, carece de razón de ser. No existe ni un solo argumento válido para justificar el principio.

Bien está que el acto de la Administración tributaria, como el de cualquier otro órgano administrativo, goce del privilegio de la decisión ejecutiva y de la acción de oficio. Bien está que se presuma legítimo y que puedan emplearse todos los poderosos aparatos coactivos de que dispone la Administración para poder llevarlos a puro y debido efecto.

Pero una cosa es esto y otra muy distinta que ese cumplimiento del acto constituya nada menos que un requisito esencial para que los Tribunales puedan examinar la pretensión deducida contra el mismo.

Si aquello—la ejecutoriedad—responde a uno de los principios esenciales del régimen administrativo, esto no responde a nada.

De aquí las críticas, podemos decir que unánimes, de la doctrina, que se ha enfrentado seria y objetivamente con el tema.

Entre nosotros, en un reciente y logrado trabajo, ha resumido MENDIZÁBAL ALLENDE con estas gráficas palabras la crítica unánime al principio: «Desde una perspectiva trascendental no admite defensa alguna. No sólo es ajeno a las exigencias inmanentes a la organización administrativa, sino que resulta contrario al principio de igualdad consagrado tradicionalmente en todas nuestras Leyes constitucionales desde 1812 hasta hoy. Efectivamente, infringe tal principio fundamental en dos de sus facetas: 1) En la esfera procesal destruye el inestable equilibrio de las partes litigantes. La posición de supremacía de la Administración pública,

que, como gráficamente se ha dicho, por mucho que consienta en agacharse es siempre un gigante, y sus inmediatas consecuencias (presunción de legitimidad y potestad ejecutoria), se ve reforzada por un obstáculo defensivo de gran envergadura. 2) Significa, además, una discriminación en perjuicio de los económicamente débiles. El previo pago significa un mayor gravamen para el ciudadano menos afortunado, como cualquier economista podría corroborar, en virtud de la llamada «ley de la utilidad decreciente». No enerva esta conclusión la circunstancia de que se exima del requisito a quienes pidan y consigan la declaración de pobreza para litigar, pues resulta notorio que muchas personas legalmente «ricas» son realmente «pobres», dados los estrictos límites del beneficio mencionado» (9).

En armonía con la posición crítica y siguiendo el principio central del favorable enjuiciamiento de los actos administrativos, la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 introdujo una modificación sustancial. En la nueva regulación, el *solve et repete* ya no es un requisito del «recurso contencioso-administrativo», el previo pago no se regula—a diferencia de la vieja Ley—con los requisitos del recurso. Se limita a enumerar, entre los documentos que han de acompañar al escrito de iniciación del proceso, «el documento acreditativo del pago», y esto no siempre, no con carácter general, sino—según expresión del precepto legal—«en los casos en que proceda con arreglo a las leyes».

De este modo desaparece en nuestro Ordenamiento el *solve et repete* como presupuesto procesal. Lo único que perdura es la exigencia de acompañar, pero sólo cuando proceda en cada caso según la Ley reguladora del tributo, el documento que justifique el pago, cuya omisión es susceptible de subsanación [art. 57, párrafos segundo, e), y tercero].

Sin embargo, este paso decisivo del texto legal no ha sabido ser aprovechado por la jurisprudencia de aquella Sala de nuestro Alto Tribunal, que ha de conocer precisamente de los asuntos tributarios.

Antes nos referíamos a la decisiva importancia de la compo-

(9) *Significado actual del principio «solve et repete»*, «Revista de Administración Pública», núm. 43, pág. 155.

sición de los Tribunales para asegurar un buen sistema de justicia administrativa. Y la actitud de nuestros Tribunales ante la norma contenida en el artículo 57, párrafo segundo, apartado e), de nuestra Ley jurisdiccional corroborará perfectamente nuestro aserto. En efecto:

a) El precepto legal se aplica a cualquier tipo de «recursos contenciosos-administrativos», abstracción hecha en la materia que constituye su objeto y del órgano de que emane el acto impugnado.

b) Sin embargo, al interpretar ese precepto legal único, las Salas Tercera y Cuarta de nuestro Tribunal Supremo han llegado a resultados harto distintos. Es cierto que ambas Salas, al señalar el criterio que debe presidir la interpretación del precepto, no dudan en proclamar el criterio restrictivo, como la sentencia de la Sala Tercera de 7 de abril de 1962 (de que fue ponente JIMÉNEZ ASEÑO), que proclamó que, «en todo caso, la duda debe ser resuelta a favor de los recurrentes, puesto que, en definitiva, dicha condición constituye un obstáculo al libre acceso de los particulares a la vía jurisdiccional contenciosa expreso en la fórmula *solve et repete*, de la cual aquel requisito es su manifestación más expresiva y debe por ello ser interpretada restrictamente».

Pero, a pesar de partir una y otra Sala del mismo principio de interpretación, al enfrentarse con aquel precepto el distinto criterio de las Salas repercute en la aplicación. Y así como la Sala Cuarta considera cumplido el requisito con la simple consignación o depósito de la cantidad litigiosa, la Sala Tercera sigue con el criterio formalista tradicional de entender que únicamente se cumple con el requisito cuando se efectúa el pago en firme. El hecho se destaca por un Magistrado, MENDIZÁBAL ALLENDE, al enfrentarse, en un estudio exhaustivo, con la jurisprudencia de ambas Salas (10).

Para enjuiciar debidamente aquella actitud jurisprudencial de apego al principio de su concepción tradicional, confróntese con la jurisprudencia italiana, que ha llegado a calificar el principio de *solve et repete* como anticonstitucional, en una memorable sentencia que la doctrina ha destacado como se merece. Pues no puede ser más contrario al principio de igualdad ante la Ley un

(10) *Significado actual del principio*, cit.

precepto como el de *solve et repete*; para ciertas fortunas no supondría la menor molestia el tener que pagar antes de recurrir; para otras supondrá una grave carga, y para otras, la imposibilidad de acudir a los Tribunales para defenderse de las arbitrariedades de la Administración (11).

4. *Procedimiento.*

En el procedimiento en sentido estricto, no cabe hablar de defectos de la regulación. Nuestra Ley nos ofrece un procedimiento sencillo, en el que se da la más perfecta armonía entre rapidez y garantía.

No obstante, es posible señalar algunas dificultades no derivadas de la propia Ley, sino de la práctica judicial, dificultades que se dan en todo procedimiento, cualquiera que sea su objeto, y, por supuesto, también cuando éste es la materia tributaria. En esta línea cabe citar:

a) El famoso problema del cómputo del plazo para deducir el recurso de reposición y el contencioso-administrativo. Todos conocéis el giro jurisprudencial en virtud del cual los meses no se computan de fecha a fecha, sino de treinta días naturales.

Cualquiera que sea la opinión sobre el tema, lo que resulta inadmisibles es la inseguridad del administrado. Por lo que no estaría de más dejar zanjado el problema de modo definitivo.

b) Otra dificultad: la que plantea la jurisprudencia, de no aplicar al plazo para formalizar la demanda el precepto contenido en el artículo 121 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, sobre presentación de escritos fuera de plazo.

c) Asimismo merece citarse la oscilante jurisprudencia sobre el artículo 129 de la Ley, en orden a la subsanación del recurso de reposición.

d) Y la recaída sobre el recurso de revisión contra la sentencia contradictoria de una anterior, jurisprudencia que ha supuesto una verdadera derogación de la innovación que introdujo la causa b) del artículo 102.

(11) Cfr. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milán, 1966, págs. 60-62; VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milán, 1966, págs. 101-102.

5. *Los efectos del proceso.*

Dictada la sentencia y, en su caso, reconocido el derecho del administrado, el pleno restablecimiento de la Justicia encuentra o suele encontrar serios obstáculos. Principalmente los propios de toda ejecución de sentencias condenatorias de la Administración. En efecto:

a) Es un hecho incuestionable, cualquiera que sea el régimen político y el sistema administrativo, que las sentencias que contienen una condena de la Administración pública sólo son cumplidas cuando no está decidida a lo contrario la autoridad o el político de turno.

Repito—quiero que esto quede bien claro—, esta afirmación es válida respecto de cualquier sistema político y administrativo.

Desde que se inventó eso que se ha llamado Estado de Derecho, la doctrina de buena fe, con una ingenuidad sorprendente ha venido ideando y perfeccionando fórmulas para garantizar la ejecución de sentencias, en la convicción de que es el momento de la verdad en el control jurisdiccional de la Administración. Pues sólo en ese momento puede verificarse si los Tribunales sirven para algo más que para sentar declaraciones platónicas.

Pero mucho más hábiles que los buenos de los doctrinarios para buscar fórmulas de garantías son los legisladores para matizarlas y los encargados de aplicarlas para eludirlas.

De aquí que los primeros, después de páginas y páginas dedicadas al tema, al final tengan que llegar a la desoladora conclusión de que, en definitiva, el problema radique en la moralidad pública y en la educación ciudadana de políticos y funcionarios.

En este orden de ideas hay que reconocer que, en teoría, nuestro Ordenamiento es, sin género de dudas, de los más perfectos. Pues contiene medidas expeditas que muy pocos sistemas consagran, al menos con la claridad con que se encuentran formuladas en el nuestro.

Porque, en efecto, cuando una sentencia no llega a ejecutarse, cuando lo dispuesto en el fallo no se cumple, el responsable es siempre una persona física concreta y perfectamente determinable: el titular del órgano administrativo al que corresponda la ejecución. Por lo que cuando tales medidas falten, siempre que-

dará una cuya eficacia es incuestionable: el procesamiento de la persona a la que pueda imputarse la inejecución.

Nuestra Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, en su artículo 110, párrafo tercero, no puede ser más expresiva. Cuando transcurriesen seis meses desde la fecha de recepción del testimonio de la sentencia sin que se hubiese ejecutado, «*se deducirá el tanto de culpa que correspondiese por delito de desobediencia, para su remisión al Tribunal competente*». Obsérvese bien, que el precepto emplea la fórmula imperativa: *se deducirá*.

Mas es lo cierto que, a pesar de tan drástico precepto, aun cuando transcurran seis meses y hasta seis años desde que la Administración recibe el testimonio de una sentencia sin que se ejecute, aun cuando esté perfectamente determinada la persona física a la que puede imputarse el incumplimiento, aun cuando lo pida y lo reitere la parte, no se deduce ningún tanto de culpa.

Me estoy refiriendo, claro está, al supuesto de que fuese condenada la Administración del Estado. Pues cuando lo es la Administración local, la actuación jurisdiccional es muy distinta.

b) Estas dificultades, genéricas de toda clase de sentencias condenatorias de la Administración, se dan más atenuadas en materia tributaria.

Cuando como consecuencia de un fallo ha de devolverse al contribuyente la cantidad ingresada indebidamente la ejecución de la liquidación anulada, los órganos de la Hacienda pública suelen dar cumplimiento al fallo en plazos prudenciales. Pero cuando la ejecución del fallo ha de realizarse fuera del ámbito tributario, el panorama es radicalmente distinto.

Cuando el objeto de la sentencia se traduce en una obligación de pago de cantidad líquida, este pago deberá acordarse y verificarse dentro de los límites que permiten los presupuestos, y cuando fuere preciso un crédito, suplemento de crédito o presupuesto extraordinario, se iniciará su tramitación dentro del mes siguiente al día de la notificación de la sentencia, sin que pueda interrumpirse por ningún concepto.

Pese a estas categóricas normas del artículo 108 de la Ley jurisdiccional, todos sabemos la gigantesca hazaña que supone lograr que el administrado obtenga el pago en cumplimiento de una sentencia.

Precisamente por ello, para superarlo, se intentó aprovechar la ocasión que brindaba la promulgación de una serie de disposiciones básicas mediante la consagración de una expedita medida que no ofrecía dificultad alguna, no ponía en peligro al Tesoro público y simplificaba al máximo el procedimiento.

En definitiva, se quería aplicar a todas las esferas administrativas principio análogo al que rige en el ámbito estrictamente tributario.

Se trataba de lo siguiente: que en los presupuestos del Estado y de las demás entidades públicas se consignara una partida fija en un tanto por mil del total, destinada a la ejecución de las sentencias de los Tribunales de lo contencioso-administrativo que contuvieren condenada al pago de cantidad líquida. El problema radicaba en consignar cantidad suficiente. Pues conseguido esto, todo quedaba reducido a verificar la sentencia y ordenar el pago.

Esto se intentó, primero, al elaborar el anteproyecto de la Ley de expropiación forzosa, a fin de asegurar el pronto pago de los justiprecios fijados en vía procesal y las indemnizaciones como consecuencia de la responsabilidad administrativa, si bien con pretensión de generalidad; por segunda vez se intentó al elaborar la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 y, por último, forzando mucho las cosas, con motivo de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Pero en todas las ocasiones quedaron en buenos intentos.

El resultado no es otro que el mantenimiento del calvario que supone la ejecución de las sentencias.

Existen expropiaciones cuyo justo precio han fijado los Tribunales hace varios años, muchos años—podrían citarse ejemplos a miles—, sin que el expropiado vea la más remota posibilidad de cobrar.

Y no digamos las indemnizaciones como consecuencia de la responsabilidad patrimonial. En el Ministerio de Hacienda se duermen los expedientes de créditos extraordinarios o de suplementos de crédito, bajo el pretexto de la austeridad o cualquier otro *slogan* político de moda. Si el Estado quiere austeridad, que la logre a costa de sus gastos; pero no para eludir responsabilidades.

c) Y queda una última quiebra del sistema: la deficiente regulación de la responsabilidad administrativa.

Cuando, después de ese calvario que supone la vía administrativa, el procedimiento económico-administrativo, el contencioso-administrativo y la ejecución, el administrado logra, al fin, recobrar aqueca cantidad que tuvo que ingresar en virtud de una liquidación ilegal, ¿qué es lo que consigue? La devolución de una cifra igual a aquella de que se vio privado. Pero lo único igual es la cifra. Pues, por lo demás, es una caricatura del valor de la merma que sufrió su patrimonio.

Para convencerse de esta afirmación bastará con acudir a los índices de precios del Instituto de Estadística. Sin tener en cuenta el legítimo lucro cesante de que se ha visto privado el administrado, limitándonos únicamente a confrontar el diferente valor del dinero al cabo de varios años, podremos calibrar la magnitud de la lesión patrimonial sufrida.

Sin embargo, tal y como está regulada la responsabilidad administrativa, o, mejor dicho, tal y como se interpreta nuestro Ordenamiento jurídico sobre la materia, lo único cierto es que el contribuyente que tiene la desgracia de sufrir una liquidación tributaria ilegal, cuando logre la devolución de la cantidad ingresada obtendrá únicamente esto: la cantidad pura y simple. Ni una peseta más. Ni lucro cesante, ni indemnización por la devaluación de la moneda ni siquiera el interés legal del dinero durante el plazo que se vio privado del mismo. Y, por el contrario, habrá sufrido los gastos nada despreciables del proceso, ya que la condena en costas de la Administración es un sueño irrealizable.

Quizá sea ésta la razón de los pocos recursos contencioso-administrativos que es deducen en materia tributaria.

IV

EL TRIBUNAL DE CUENTAS

Hasta aquí hemos examinado los principales problemas que plantean los procedimientos cuyo objeto son las pretensiones deducidas por personas legitimadas con motivo de la aplicación de los tributos.

Pero el cuadro de las relaciones entre la Hacienda pública y el proceso resultaría incompleto sin hacer alusión al menos a otra institución cuya actuación tiene lugar de modo constante, por imperativo legal, aun cuando no existan reclamaciones: el Tribunal de Cuentas. Ya que al menos parte de su función tiene carácter jurisdiccional.

Pocas instituciones serán tan necesarias como aquella cuyo cometido esencial es cuidar de que los tributos tengan el destino previsto en el presupuesto. Dada la naturaleza humana, existe una tendencia innata en todo administrador de bienes a utilizar éstos, si no en beneficio propio, al menos al margen de las instrucciones e indicaciones del propietario de los bienes. Cuando el propietario de estos bienes es el pueblo y el administrador es el político y funcionario, aquella tendencia alcanza límites insospechados, entre otras razones, porque el administrador se considera no pocas veces el auténtico propietario, con desprecio del contribuyente.

De aquí que en todos los Ordenamientos haya existido desde tiempos remotos una decidida preocupación por regular adecuadamente la institución con aquella función fiscalizadora.

España no constituye una excepción. Es más, ha llegado a decirse que el Tribunal de Cuentas español tiene la prioridad histórica de su tradición como el mejor de sus títulos de honor, ya que en plena Reconquista, Sancho IV de Castilla creó una Magistratura colegiada identificable como órgano de fiscalización superior de la Hacienda «para el mejor gobierno del Rey Sabio y para el bien del pueblo», a principios del siglo XIII.

Sin embargo, pese a esta rancia estirpe, es incuestionable la ineficacia y esterilidad de la institución.

Las numerosas críticas formuladas pueden reducirse a una: su falta de vitalidad. Falta de vitalidad no de hoy, sino de siempre. Así lo pone de manifiesto un memorial elevado en junio de 1935 a la Comisión del Tribunal de Cuentas de las Cortes de la II República. De él son las siguientes palabras: «Mucho y muy despectivamente se ha hablado en las Cortes del Tribunal de Cuentas de la República, y mucho y con hondo dolor hemos callado porque, aunque en los ataques faltara la justicia, habíamos de reconocer que no faltaba un fondo de verdad. Pero ¿a quién se culpaba cuan-

do se decía que el Tribunal no rendía toda su eficacia? ¿A su función? No; porque nadie ha dejado de reconocer que era elevada y necesaria. ¿A los funcionarios? Tampoco, porque nadie con justicia podrá tildarles de ignorantes o negligentes. ¿A quién, entonces? A su organización, merecedora de todos los reproches; a su constitución, absurda como habría de serlo la de una Policía si era inspirada por aquellos a quien tenía que vigilar, dicho sea como ejemplo» (12).

Y termino.

Hace unos años, aquel gran maestro que fue CARNELUTTI, al referirse a las *miserias del proceso penal* y estudiar los personajes de este drama que es el proceso, cuando llegó a la figura del abogado destacó como esencia de su función la de pedir, la de rogar. «El más grande de los abogados—decía—sabe que no puede hacer nada frente al más pequeño de los jueces; a menudo el más pequeño de los jueces es aquel que lo humilla más. Está constreñido a llamar a la puerta como un pobre. Y ni siquiera está escrito en la puerta: *pulsate et aperietur vobis*. No pocas veces se llama en vano» (13).

Quizá debido a este hábito profesional de pedir es por lo que casi siempre (muchas veces a conciencia de que pido en vano) suelo terminar con una súplica, como las que cierran los escritos de demanda.

Esta vez la súplica es que se ponga remedio en lo posible a estos pequeños defectos de que adolece nuestro sistema de la Administración de Justicia en materia tributaria.

Pero más importante que superar estas dificultades es poner los remedios para que no haya que acudir, si no es en casos excepcionales, a ese complicado mecanismo de garantías. Pues por muy perfecto que sea el sistema, por expeditos y sencillos que sean los procedimientos, el proceso será siempre un mal. Presupone un estado patológico, un litigio, un conflicto entre partes. El Tribunal interviene cuando ha surgido una anormalidad en la aplicación de la norma, cuando algo falla en la aplicación del Derecho y sus destinatarios mantienen posiciones contradictorias. Y la vía

(12) Citado por MENDIZÁBAL ALLENDE, en *Función y esencia del Tribunal de Cuentas*, «Revista de Administración Pública», núm. 46, pág. 16, en nota.

(13) *Las miserias del proceso penal* (trad. de SENTÍS MELENDO), Buenos Aires, 1959, pág. 45.

procesal implicará siempre una pérdida de tiempo, de dinero, de energías.

Evitémoslo, pues. Pongamos todos—legisladores, funcionarios y administrados—un poco de nuestra parte para lograrlo.

El legislador, promulgando Leyes claras y precisas. Superando la anarquía legislativa y la proliferación de normas reglamentarias de distinta jerarquía. Que para conocer un precepto no haya que acudir a mil disposiciones, para terminar encontrando la solución en una circular no publicada en el *Boletín*.

El funcionario, no olvidando que el principio de igualdad ante las cargas públicas constituye la esencia y razón de ser del Derecho tributario. Cuando ante unos tipos impositivos excesivos adopte una actitud de benevolencia ante la defraudación, que la benevolencia sea igual para todos, y tenga habilidad y visión suficiente para otorgar igual trato al contribuyente humilde y a la gran empresa que, con los más cuidados asesoramientos, ofrece las más hábiles fórmulas de refinamiento en el fraude fiscal.

El administrado, en fin, poniendo un poco de sinceridad y buena fe al hacer sus declaraciones.

Sólo así podremos llegar: de un lado, a que quede reducido a simple recuerdo del pasado lo que todavía hoy se ha calificado de «*hobby* nacional»: la defraudación; por otro, a que al ir alcanzando la base tributaria las cifras reales, los tipos queden reducidos a sus justas proporciones. Y, en definitiva, al llamar a las cosas por su nombre habrán desaparecido los principales puntos de fricción que las más de las veces nos llevan al proceso. Por lo que habremos logrado que nuestras relaciones con la Hacienda se acerquen un poco más a lo que deben ser.

Que así sea.

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

Catedrático de Derecho Administrativo.

La caución en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria: Naturaleza. Fundamentación

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: a) Concepción. b) Definición. c) Su función en razón del fin.—II. NATURALEZA: 1.º) Presupuestos previos. a) Forma de prestar la caución. b) Naturaleza. 2.º) Conclusión.—III. FUNDAMENTACIÓN.—IV. FACTORES INTEGRANTES DE LA CAUCIÓN: Presupuestos: a) Fase de seguridad. b) Fase de realización.

I

INTRODUCCION

Al realizar el examen de la caución en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria pusimos de relieve las diferencias que, a nuestro juicio, existen entre caución y proceso cautelar (1). Este último, como *tertium genus* del proceso (2), y la primera, como «proveimien-

(1) Bajo el título de *Caución y proceso cautelar en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, publicamos en esta REVISTA, núms. 446-447, julio-agosto de 1965, páginas 855 a 879, un trabajo encaminado a destacar sus diferencias. Hoy tratamos de exponer algunos de los problemas que pueden plantearse. El retraso en el estudio ha sido originado por la necesidad de cumplir el compromiso, por mí contraído, con la «Fundación Juan March».

(2) CALAMANDREI—*Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. Sentis Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, pág. 85—dice: «Repetidamente hemos ya aclarado que la *tutela cautelar* no constituye un *tertium genus*, contrapuesto a la tutela declarativa y a la ejecutiva, y que si se precinde del carácter de *instrumentalidad* que atiene a la finalidad y no al contenido de la providencia, las providencias cautelares pueden por su contenido encontrar su casilla sistemática entre las providen-

tos instructorios cautelares», según la terminología carnelutiana (3).

Responde a la concepción que expusimos, sintetizando el pensamiento de PRIETO-CASTRO (4) de que son aquellas medidas que

clases ordinarias de cognición o de ejecución, junto a los varios tipos que la doctrina distingue», y sienta la conclusión de que «las providencias cautelares tienen su *inconfundible fisonomía procesal*, que permite colocarlas en la sistemática del proceso como categorías por sí mismas determinables a base de criterios que, aun no siendo los mismos que sirven para distinguir la providencias de cognición de las de ejecución, no se transforman por eso de procesales en materiales», vid. también págs. 135 y sigs., capítulo V, *Conclusiones*, pág. 137. Otros autores distinguen una tripartición del proceso: Así, HERCE QUEMADA—*El proceso cautelar*, en «Revista de Derecho Procesal», octubre-diciembre 1966, IV, págs. 11 a 26—dice: «La función aseguratoria o cautelar del proceso civil es una forma de tutela jurídica *con propia sustantividad*, tan importante como puedan serlo las de declaración y ejecución», y continúa: «al proceso cautelar se le debe otorgar el mismo rango que a los otros dos, rectificando el criterio seguido sobre el particular por la generalidad de los Códigos de procedimiento civil»; vid. JAIME GUASP, *Derecho procesal civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, Gráficas González, págs. 1.350 y sigs.; CARNELUTTI—*Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, trad. y notas de Jaime Guasp, Bosch, Casa Ed., Barcelona, 1942, pág. 62, nota 26—dice que «pueden señalarse en nuestro Derecho positivo, típicas medidas cautelares que permitan construir, dentro de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el concepto de *proceso cautelar*, aunque la Ley no tenga idea de la naturaleza propia de este tipo de actuaciones judiciales». Vid. mismo autor, págs. cit y sigs, y 102 y sigs.; J. RAMIRO PODETTI—*Derecho Procesal, Civil, Comercial y Laboral*, tomo IV, *Tratado de las medidas cautelares*, Ediar S. A. Editores, Buenos Aires, 1956—se opone a la existencia de una acción cautelar, en el sentido clásico de acción (páginas 16 y sigs.).

(3) CARNELUTTI—*Sistema de Derecho procesal civil*, tomo I, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Carlos Sentis Melendos, notas de Alcalá-Zamora, Editorial Uteha, Argentina, Buenos Aires, 1944, págs. 243 y sigs y 387 y sigs., al referir la caución al proceso—dice que cabe hablar de «proveimientos instructorios cautelares» Entendiendo por proveimientos instructorios—obra citada, tomo II, pág. 196, núm. 194—los que, «tanto en el proceso de conocimiento como en el de ejecución, consisten en una serie o cadenas de actos cuyas condiciones o modalidades, ni están ni pueden estar íntegramente determinadas por la Ley. Esta se limita, y ha de limitarse, a trazar un esquema de las mismas, que después se completa conforme a las determinaciones especiales del oficio judicial. Estas determinaciones que constituyen una manifestación ulterior de la función judicial reciben el nombre de *proveimientos instructorios*». Vid. CALAMANDREI, *Providencias cautelares*, cit., pág. 138.

(4) Vid. bibliografía, citada en mi trabajo *Caución y proceso cautelar*, concretamente pág. 860. Vid. también FRANCISCO RODRÍGUEZ DE VALCÁRCEL, *Medidas cautelares*, «Revista de Derecho Procesal», abril-junio 1947, año III, número 2, págs. 239 a 249; MANUEL GALLEGO MORELL, *El artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, «Revista de Derecho Procesal», año IX, abril-junio 1953, número 2, págs. 211 a 239. Vid. bibliografía, citada en mi trabajo *El proceso cautelar: artículo 1.419 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit.; vid PRIETO-CASTRO, *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, Reus, Madrid, 1950, vol. I, págs. 287 y sigs., en los trabajos. *Característica del procedimiento de ejecución de la Ley Hipotecaria*, págs. 287 a 291; *Procedimiento provocatorio-ejecutivo del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, págs. 291

tienden a proteger el contenido económico del derecho que constituye el elemento objetivo del proceso. Pero para dicho profesor, las verdaderas *cauciones procesales* son las que tienden a «impedir una actuación procesal dolosa» (5).

CALAMANDREI (6) agrupa en cuatro categorías todas las medidas cautelares: 1) Aquellas providencias instructorias anticipadas, con las cuales, en vista de un posible futuro proceso de cognición, se trata de fijar y de conservar ciertas resultancias probatorias, positivas o negativas, que podrán ser utilizadas después en aquel proceso, en el momento oportuno. 2) Las que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma. 3) Aquellas mediante las cuales se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva, una relación controvertida de la indecisión de la cual, si ésta perdura hasta la emanación de la providencia definitiva, podría derivar a una de las partes daños irreparables; y 4) Aquellas otras cuya denominación revela típicamente la finalidad cautelar, que consiste en la imposición por parte del juez de una *caución*, la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial. En este último grupo incluye las medidas que la doctrina califica de «contracautelares».

Se destaca así la proyección de la *caución* en el ámbito del proceso, pero no podemos olvidar que la voz *caución*, derivada de la latina *cautio*, y a su vez del verbo *cavere*, denota clara y definitivamente garantía, cautela, con una *concepción y alcance genéricos*, al igual que en el Derecho romano (7).

a 306; *Dispensa de la caución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en caso de pobreza legal*, págs. 306 a 310.

(5) Autor citado: *Dispensa de la caución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en caso de pobreza legal*, «Revista de Derecho Procesal», año IV, número 2, 1948, pág. 362 (Comentario a la resolución de la Audiencia Territorial de Madrid, Sala 2.ª, auto de 30 de junio de 1948).

(6) PIERO CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, cit., págs. 53 y sigs. Téngase en cuenta la opinión de este autor expuesta en la nota núm. (2).

(7) Vid. GIOVANNI BRUNELLI, voces «Cautio»; CAUZIONE, *Nuevo digesto italiano*, III, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino 1938, XVI, páginas 17 y 18; 21 a 23: vid también *Diccionario de Derecho privado*, Ignacio de Casso y Romero, Editorial Labor, S. A., tomo I, año 1950, págs. 833 y 834, voz «Caución».

La voz «Cautio» comprende todo lo que puede proporcionar una seguridad cualquiera—*ut quis cautior et securior sit*—, en cuyo sentido se aplica para

A) Concepción.

La amplitud y extensión objetiva de la caución nos obliga a establecer unas nociones preliminares como base de partida en el examen de los problemas que pueden plantearse. En general, caución es toda garantía en el cumplimiento de una obligación. Por su amplitud, fácilmente resalta la diferencia que la separa de la fianza, con la cual suele confundirse, al no calarse en la idea de la fianza como una clase o subespecie de la caución (8).

Nuestra legislación de Partidas—Ley 10, título XXIII, partida 7.^a—definió la caución como «seguramiento que el deudor ha de facer al señor del debdo, dándole fiadores valiosos o peños», de donde se ve que sólo admitía la garantía real prendaria o la fianza en el concepto de caución.

Si la voz *cautio* significa prevención, precaución o cautela, se comprende que abarque diversos institutos jurídicos, todos ellos encaminados a un único fin: el de garantizar la obligación ya existente o la futura que pudiera surgir eventualmente—*ut quis cautior et securior sit*—con relación de modo especial a daños probables.

Así se distingue, según su origen, cauciones voluntarias, judiciales y legales. De aquí que podamos definirla como seguridad que da una persona de que cumplirá lo pactado, prometido o mandado. Pero bien se traten de cauciones procedentes de negocio jurídico, resolución judicial o disposición legal (9) que impongan un deber de prestarla—*cautio necessaria*—y atribuyan una facultad (10), o el apartamiento de un derecho de la otra parte (11) o

designar hasta los reconocimientos por escrito y las cartas de pago (caución quirografaria).

(8) Vid PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en anotaciones a la obra de ENNECERUS-NIPERDEY, *Derecho civil, Parte general*, vol. II, 1.^a ed, Bosch, Barcelona, 1944, pág. 554.

(9) Por ejemplo, el usufructuario está obligado a prestar caución en algunos casos; a veces, también el marido por razón de los bienes aportados de la mujer (vid. arts. 166, 238, 252, 491, 493, 496, 507, 800, 801, 803, 1.050, 1.082, 1.358, etc., del Código civil, y arts. 385, ap. 1; 1.402, 1.405, 1.423, ap. 1; 1.428, apartado 2, etc., de la Ley de Enjuiciamiento civil), si bien lo más frecuente es hablar de «prestar fianza o afianzar». En los artículos 495 y 805 del Código civil se habla de caución. También se habla de caución al tratar la Ley de E. civil de la «caución juratoria».

(10) Por ejemplo, un *ius tollendi*.

(11) Por ejemplo, ejercicio de un derecho de preferencia del arrendador

implique una excepción (12), en realidad deben ser objeto de examen en cuanto a sus consecuencias, alcances y efectos, por la especial importancia y repercusiones que puede producir. Lejos de ello, en nuestro Ordenamiento no existen normas de carácter general que regulen la prestación de la caución (13). Únicamente respecto de la fianza personal dispone el artículo 1.828, párrafo primero, del Código civil que el obligado a dar fiador debe presentar persona que tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza. Encontrándose dispersas las reglas que las regulan según cada caso concreto.

B) *Definición.*

Limitando nuestro estudio a las cauciones procesales genéricas, para posteriormente examinar la caución regulada por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, entendemos como tales aquellas que tienden no sólo a «impedir una actuación procesal dolosa», sino que condicionan una ulterior providencia judicial. Actúan con efecto suspensivo una vez constituida, pues afectan indirectamente el contenido económico del proceso no en lo que constituye el objeto de la pretensión, sino en las consecuencias que del mismo pueden derivarse, tienden a dar estabilidad a la actuación jurisdiccional, es decir, a la relación jurídico-procesal, imponiendo una carga. Condiciona ese actuar «como instrumento de carácter público necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional» (14). Así, en el orden económico condicionan, pues, efectos colaterales derivados del proceso.

La caución no debe confundirse con el proceso cautelar. Ya hemos expuesto las diferencias entre uno y otro, aun cuando coincidan bajo el denominar común de «medidas heterogéneas de garantía o aseguramiento».

sobre los muebles y frutos existentes en la finca y pertenecientes al arrendatario (art. 1.922, núm. 7 del Código civil).

(12) *Cautio judicatum solvit* (art. 534 de la L. E. C.).

(13) JAIME GUASP, *Derecho Procesal civil*, cit. pág. 1.352, dice que «... su régimen jurídico se analiza al tratar de cada uno de los procesos donde la caución es reclamada».

(14) PRIETO CASTRO, *Dispensa de la caución del artículo 41...*, cit. pág. 362.

CARNELUTTI (15) dice que «la acción moderadora de la responsabilidad procesal puede ser acentuada mediante la *carga* de la constitución de una garantía de las obligaciones que se deriven de la responsabilidad misma, puesta como condición de la demanda o de otro acto del proceso. Y dada su finalidad cautelar en cuanto al cumplimiento de las obligaciones frente a la contraparte o frente al Estado, dicho depósito (16) recibe el nombre de caución». Y continúa: «A esta finalidad de garantía acompaña precisamente una mayor actividad del contraestímulo psicológico que es debido a la responsabilidad procesal: el sacrificio económico actual obra, en efecto, sin comparación, con más intensidad que el temor de sacrificio futuro».

La concepción expuesta, en unión a las sustanciales diferencias existentes entre «caución» y «proceso cautelar», nos evidencian las distintas funciones de uno y otro instituto procesal. Aplicación de criterio ontológico, aun cuando responden a una misma razón teleológica: aseguramiento (17).

En otra ocasión hemos expuesto también (18) que, según la función, los tipos de proceso son tres: jurisdiccional, ejecutivo y cautelar (19). Si contrastamos las características que peculiarizan a estos tres tipos, en orden a sus estructuras, pueden quedar reducidos a dos fundamentales. Aquel en que la función jurisdiccional actúa para conocer y aquel que actúa para transformar la realidad. Da lugar así a dos categorías esenciales: proceso de conocimiento y proceso de ejecución, en el que el proceso cautelar cumple sustancialmente una función peculiar con las características que ya le asignábamos de actividad jurisdiccional encami-

(15) Autor cit., *Sistemas de Derecho Procesal civil*, tomo II cit., págs. 137 y 138.

(16) Debería decir el autor «dicha carga».

(17) Vid. nuestro trabajo *La caución y el proceso cautelar en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, cit.

(18) Vid. mi trabajo *Proceso cautelar: el artículo 1.419 de la Ley de Enjuiciamiento civil*, publicado en la «Revista de Derecho Procesal», 1964, número 4, págs. 47 a 77. Vid también en «Rev. Derecho Procesal», octubre-diciembre, 1966, IV, *La Segunda Jornada de Profesores de Derecho Procesal*, y en particular las ponencias de V. HERCE QUEMADA, *El proceso cautelar*, cit: NICETO ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, *La reforma del enjuiciamiento español y el mundo procesal hispanoamericano*, págs. 27 a 46; VÍCTOR FAIREN GUILLÉN, *La reforma del proceso cautelar civil español*, págs. 47 a 85; CARLOS DE MIGUEL y ALONSO, *Notas sobre el proceso cautelar*, págs. 87 a 93.

(19) A esta clasificación agregan otros autores una cuarta categoría: el proceso impropio. Vid. CARNELUTTI, *Sistemas*, cit. tomo II, págs. 1 y sigs.

nada a adecuar la realidad (*prius*) con el derecho (*posterius*). REDENTI (20) expresa claramente esta idea, que justifica la clasificación tripartita del proceso, al decir que «... los efectos de las providencias finales se hacen remontar en lo posible al momento de la demanda judicial (curso de los intereses, resarcimiento de los daños sobrevenidos en pendencia de *litis*, efectos de la transcripción de la citación, etc.). Pero todo eso no sirve de nada si entretanto... se han escapado los bueyes...»

Así, el litigio está constituido o por una pretensión discutida o por una pretensión no satisfecha, pero en uno y otro está presente siempre un bien. En uno ese bien tiene una representación remota, en cuanto no está definida su titularidad: es objeto de controversia (21). En el otro la pretensión tiene una representación próxima, en cuanto no es fundamentalmente discutida o sus posibilidades son muy limitadas; por ello el Ordenamiento, en cuanto limita las excepciones oponibles, reconoce, *prima facie*, la contigüidad y legitimidad de la pretensión, así como la necesidad de su próxima satisfacción. Someramente supone lo anterior, la distinción entre proceso de conocimiento y proceso de ejecución, que, sintéticamente, puede concretarse en que la función del juez consiste: en el primero, en un decir; en el segundo, en un dar o a veces en un hacer (22).

Si la pretensión se concibe, más aún que afirmación del derecho, afirmación de la tutela que el orden jurídico concede o debe conceder a un determinado interés (23), éste se manifiesta tanto en el proceso de conocimiento como en el de ejecución. Y tanto en uno como en el otro es necesario salvaguardar ese interés. Y si tiene justificación el desenvolvimiento de la actividad de aseguramiento en el proceso de conocimiento—cognición—, también se justifica en el de ejecución. En el de ejecución, caracterizado por la necesidad de su próxima satisfacción, el deudor que ya reveló

(20) Autor cit, *Derecho Procesal civil*, trad. SENTIS MELENDO y AYERRA REDIN, Buenos Aires, 1957, tomo II, parte 4.ª, *Procedimientos especiales de cognición y procedimientos cautelares*, pág. 245.

(21) Vid. CARNELUTTI, *Estudios de Derecho procesal*, cit. tomo II, páginas 6 y sigs.

(22) Gráficamente expresa esta idea CARNELUTTI—*Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, trad. SENTIS MELENDO, Colección Ciencia del Proceso, tomo I, pág. 69—al concretar que en uno se trata de *pretensión discutida*, y en otro, *pretensión insatisfecha*.

(23) CARNELUTTI, *Sistemas*, cit. tomo II, pág. 10.

su voluntad de no pagar—incuria jurídica o económica—puede solventarse mediante la actuación del proceso cautelar, al igual que en el proceso de conocimiento. Ahora bien, tanto el proceso de conocimiento, ejecutivo o cautelar, se desenvuelven a través, entre otras, de las llamadas en la terminología carneluttiana proveimientos instructorios, que cuando encierran un condicionamiento de la actuación procesal, en forma de carga impuesta a una de las partes, tendentes a (23 bis) «prevenir una actuación procesal dolosa, garantizar el pago de daños y perjuicios y costas, o bien evitar que la concesión de alguna ventaja a una de las partes pueda redundar en beneficio de aquella a que en el fondo del negocio la contraria, tenga derecho», pueden ser calificadas tales medidas como proveimientos instructorios cautelares. Dan lugar así a una fase cautelar del proceso que no es proceso cautelar, pues se pretende simplemente la regulación provisional del mismo proceso. Por ello cabe distinguir cauciones propias del proceso de ejecución (24), del de conocimiento (25) e incluso del cautelar (26).

(23 bis) PRIETO CASTRO—*Dispensa*., cit. nota 5, pág. 362—dice que la *caución* puede tener como objetivos los citados en el texto.

(24) Bajo la expresión fianza—sólo el artículo 14, núm. 4, de la Ley de E. C. habla de caución—se hace referencia a los artículos: 385, 787, 1.476 y 1.786 de la L. E. C., sobre ejecución provisional de resoluciones; el 31 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, sobre ejecución de laudos arbitrales; el 943, para la ejecución provisional de liquidación decretada por auto en ejecución de sentencia; el 967, 1.007, 1.009, 1.095 y 1.179 y 1.180, para responder de la administración de bienes objeto de un juicio universal; 1.335-1.336, respecto a la fianza de cárcel segura que deberá prestar el quebrado, que tiene un marcado valor procesal-penal; el 1.559, para garantizar los resultados del juicio subsiguiente al apremio en negocios de comercio; el 1.803, para suspender la ejecución de sentencias sujetas a revisión. En materia de jurisdicción voluntaria se pueden citar los artículos 1.833, 1.837, 1.841, 1.865 y 1.869, en cuanto concuerdan con el 252 y sigs. del Código civil, y se refieren al afianzamiento de la tutela: el 1.917, para asegurar el pago de los alimentos provisionales; 2.046, para la representación del ausente, y los 2.159 y 2.160 L. E. C.

(25) Pertenecen, en cambio, al proceso de conocimiento la «fianza» del artículos 1.743, 1.767, 1.799 y 1.809, sobre el régimen a seguir respecto de los depósitos en los recursos de casación y revisión. Los artículos 8.º, 280, 562, 625, 728, 1.169, 1.332, 1.412 y 1.413, 1.415, 1.418, 1.646, 1.649 y 1.650, 1.661, 1.792 y 1.803 establecen normas típicas de «proveimientos instructorios cautelares» en cuanto establecen reglas tendentes a prevenir o resarcir una actuación procesa dolosa. La *cautio iudicata solvit*, del artículo 534, con el carácter de excepción dilatoria.

(26) Vid. los artículos 1.402, para decretar, y el 1.405, para evitar el embargo preventivo; el 1.428, para responder del aseguramiento de las obligaciones de hacer, de no hacer o de entregar. el 1.446, para evitar el embargo ejecutivo ..

Partiendo de lo consignado, la existencia de medidas asegurativas, que se caracterizan por su simplificación, no autoriza, a nuestro juicio, a conceptualizar toda actividad cautelar bajo el denominador común de «providencias cautelares»; pero tampoco debe incidirse en el supuesto contrario, calificando como «procesos cautelares» providencias de naturaleza preventiva, íntimamente ligadas al proceso de ejecución, cognición o cautelar del que no pueden escindirse.

La genuina manifestación de lo expuesto se revela en el procedimiento regulado por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, en el que queda netamente diferenciada la caución y el proceso cautelar. Pero es necesario tener en cuenta que la caución que se establece en dicha norma, por su naturaleza y función, así como por su contenido, no puede calificarse como una simple «caución procesal».

Perfectamente clara la distinción entre providencias cautelares y proceso cautelar, conviene recordar (27) que al analizar la caución en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria le asignábamos dos matices o facetas perfectamente diferenciadas: una de naturaleza *sustantiva* y otra *adjetiva*. La primera, así calificada por la relación mediata con el derecho cuestionado—«... responder de la devolución de frutos e indemnización de daños y perjuicios...» (artículo 41, párrafo cuarto)—, mientras que a la segunda le asignábamos ese carácter porque se adopta o acuerda en función directa del proceso—pago de costas—. Esa doble valencia no está siempre presente en las cauciones procesales puras.

La doble faceta o vertiente que se aprecia en la caución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, así como los diversos institutos jurídicos que comprende (28), pueden servirnos de cauce para establecer su naturaleza y las consecuencias deducibles en orden a la problemática que puede presentarse.

(27) Vid. mi trabajo *Caución y proceso cautelar en el artículo 41...*, cit. página 862.

(28) «La caución comprende diversos institutos jurídicos—vid. *Diccionario de Derecho privado*, de CASSO Y ROMERO, cit. voz "Caución", pág. 833—, todos ellos encaminados a un único fin: el de garantizar la obligación ya existente o la futura que pudiera surgir eventualmente, con relación de modo especial a daños probables.»

C) *Su función en razón del fin.*

Si todos los actos humanos en cuanto tales tienen un porque al que deben su ejecución y en su misma humanidad se encuentra la esencia de la vida, consistente en anhelar más vida, los actos procesales tienen también esa misma justificación. Tal justificación encuentra su manifestación en el proceso en cuanto que éste ha de ser calificado como la plasmación de un estado patológico del Derecho. «El proceso—dice FRANCISCO R. VALCÁRCEL (29)—representa la última *ratio* de la paz social, cuando las pasiones mal refrenadas o las apetencias mal aconsejadas no encuentran otro cauce canalizador para llegar a la meta de la paz, que es orden y seguridad jurídica, primer postulado del Derecho...» Y si la esencia de la *caución procesal* es impedir una actuación procesal dolosa, es evidente que su normación tiene plena adecuación con un fin que constituye la causa eficiente o motora de su existencia. Así, su exigibilidad procesal adquiere la categoría de *requisito de orden objetivo* (30) que cumple una función de naturaleza patónoma, según diría GOLDSCHMIDT (31).

Pero la exigibilidad de medidas procesales de garantía han de venir condicionadas por la misma norma, en función del fin del proceso—de conocimiento, ejecución o cautelar—. «La apariencia tiene extraordinaria relevancia en el ámbito del Derecho privado—dice JORGE CARRERAS, siguiendo a LADARIA CALDENTY (32)—y en el Derecho procesal», así «se le concede un valor provisional que permite resolver todos aquellos problemas derivados de la misma naturaleza del proceso, precio que la sociedad debe pagar para evi-

(29) Autor cit. *Algunas reflexiones sobre la prueba testifical en los negocios civiles. Declaraciones testificales para mejor proveer*, «Rev. Derecho Procesal», enero-marzo, 1949, año V, núm. 1, pág. 107.

(30) JAIME GUASP—*Indicaciones sobre el problema de la causa de los actos procesales*, «Rev. Derecho Procesal», año IV, julio-agosto-septiembre, 1948, número 3, págs. 403 a 430, concretamente pág. 411—sienta la conclusión de que «la causa de los actos procesales pueden definirse como aquel *requisito de orden objetivo* en virtud del cual se exige para su válida o lícita eficacia normal la existencia (en su caso, inexistencia) de un motivo o porqué jurídicamente determinado».

(31) WERNER GOLDSCHMIDT, *Ciencia de la Justicia o dikelología*, Madrid, 1958.

(32) Vid. JORGE CARRERAS, *El principio de prueba en las contiendas sobre competencia territorial*, «Rev. Derecho Procesal», III, julio-septiembre, 1964, páginas 29 a 57, concretamente págs. 33 y 34, que sigue a LADARIA CALDENTY en su obra *Legitimación y apariencia jurídica*.

tar males mayores. En muchos casos se corre un riesgo grave si se acepta la tesis de la admisibilidad indiscriminada de una demanda—piénsese en las tercerías con un efecto suspensivo sobre la enajenación forzosa de los bienes o la distribución de lo recaudado—o si se consiente la adopción general de medidas cautelares para evitar el *periculum in mora*, o si se permite a los acreedores acudir directa e inmediatamente al proceso de ejecución sin previa declaración jurisdiccional de su derecho; pero, de igual modo, se corre gravísimo peligro si se prohíben las demandas de tercerías, si se suprimen las medidas cautelares o si se reducen los títulos ejecutivos únicamente a las sentencias judiciales».

El título inscrito está bajo la «salvaguardia» de los Tribunales, mientras la apariencia jurídica de realidad, fundada en los principios hipotecarios, no sea impugnada, de conformidad con lo establecido en los artículos 38 y 40 de la referida Ley, o bien la invocación de alguno de los motivos de oposición alegados en el procedimiento del artículo 41, no haya alcanzado la constatación de una declaración judicial que ponga en entredicho la apariencia de legitimidad proclamada por la inscripción. Mientras esa situación no se produzca, la inscripción goza de plena relevancia en el ámbito del Derecho sustantivo y adjetivo. La exigencia de la caución comporta un presupuesto de orden objetivo que vitaliza y conforta esa apariencia (33). Esa apariencia es objeto de protec-

(33) «Por ello consideramos—dice PRIETO CASTRO, *Procedimiento provocatorio del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, Sección Resoluciones de Audiencias, "Rev. Derecho Procesal", 1948, año IV, núm. 1, págs. 159 a 172, comentando la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, Sala 2.ª, de 19 de junio de 1947, págs. 162 y 163—que el titular inscrito, al formular su demanda basada en el artículo 41 de dicha Ley, no viene obligado a invocar ningún precepto del Código civil sobre la naturaleza, efectos y tutela del derecho de propiedad, sino simplemente hacer presente su carácter de tal titular inscrito, protegido en la forma que precisan aquellas normas, sin necesidad de aludir siquiera a la naturaleza y valor de la inscripción (declarativa, constitutiva, convalidante)» Asimismo opina LACRUZ BERDEJO, *Lecciones de Derecho hipotecario y registral*, 2.ª edición, Zaragoza, 1957, págs. 216 y sigs. Y continúa el autor primeramente citado: «A efectos procesales, después del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, la inscripción tiene un valor sustantivo e independiente y sobra con ella. Por esta razón es por lo que la sentencia o auto que recae en el procedimiento, no despliega efectos de cosa juzgada definitiva.» Vid. LUIS MARTÍNEZ CALCERRADA, *Eficacia del artículo 207 en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, en «Rev. Derecho Judicial», año V, núm. 20, octubre-diciembre, 1964, págs. 87 a 129; EDUARDO MARTÍNEZ MORA, *La difícil Ley Hipotecaria*, discurso-conferencia pronunciada en el solemne acto de la Facultad de Derecho de Barcelona el 17 de enero de 1962 para clausurar la

ción, tanto respecto al verdadero objeto de la pretensión litigiosa—proceso cautelar—como en cuanto a lo que constituye el resultado económico del juicio—caución—(34).

La caución supone la cristalización de una experiencia consagrada en nuestro Ordenamiento jurídico procesal (35). Tiende al inmediato reintegro de los daños y perjuicios—*lucrum cessant* y *dannum emergens*—experimentados por aquel que, siendo titular registral, carece del contenido económico del derecho inscrito y ejercita una acción—artículo 41 de la Ley Hipotecaria—para tratar de obtener su disfrute de quien lo detenta, impidiéndole su goce y disfrute cuando se presume que es él quien lo ostenta—artículo 38 de la Ley Hipotecaria—. Pero no sólo comprende la posibilidad reintegrativa del *lucrum cessant* y del *dannum emergens*, sino también la posibilidad de garantizar el pago de las costas judiciales—aspecto adjetivo—y, sobre todo, de obtener la devolución de los frutos.

No obstante, hay que tener en cuenta, como ya indicábamos anteriormente (36), que tanto para el efectivo resarcimiento de daños y perjuicios como para el pago de las costas y devolución de los frutos es preciso declaración judicial expresa, cristalizada en el fallo resolutivo firme, pues en caso contrario la caución prestada como presupuesto objetivo tendente a garantizar los eventuales resultados económicos—sustantivos y adjetivos—tiene que cesar.

Así, la caución establecida por la Ley Hipotecaria y su Reglamento—artículos 41, párrafos cuarto, y segundo del artículo 137, respectivamente—responden al fin específico de asegurar los re-

conmemoración del centenario de la Ley Hipotecaria, en esta REVISTA, año XXXIX, mayo-junio, 1963, núms. 420-421, págs. 345 a 358.

(34) Vid. mi trabajo *Caución y proceso cautelar* .. cit., publicado en esta REVISTA, págs. 866 y sigs. Vid. también CARNELUTTI, *Estudios de Derecho procesal*, vol. I, Doctrinas Generales, trad. SENTIS MELENDO, Edic. Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952, págs. 143 y sigs., núm. 53.

(35) SELIGMAN decía: «Las leyes de procedimiento no se mejoran más que por la experiencia práctica, la cual no se ajusta más que a los sistemas preconcebidos. Así se puede simplificar su marcha, hacerla más rápida, desembarazarla de lo que se presta a sutilezas de la curia; pero es un imposible sustituirla por una enteramente nueva.» Citado por CARLOS VIADA y MANUEL COMELLAS, *El ámbito judicial en el despacho de ejecución*, en «Rev. Derecho Procesal», año V, enero-marzo, 1949, núm. 1, págs. 39 a 106, concretamente página 101.

(36) Vid. mi artículo *Caución y proceso cautelar en el artículo 41 de L. .*, cit., págs. 866 y sigs.

sultados exclusivamente económicos del juicio. No se extiende a garantizar lo que constituye el elemento objetivo de la pretensión litigiosa, que es función asignada al proceso cautelar, en donde la caución, cuando se exige, cumple la función que la doctrina designa bajo la denominación de «contracautela» (37). Así, pueden verse en los artículos 1.402, 1.405, 1.423, 1.428, etc., de la Ley de Enjuiciamiento civil.

II

NATURALEZA

1. PRESUPUESTOS PREVIOS.

a) *Forma de prestar la caución.*

La caución, en la función ambivalente—sustantiva y adjetiva—que se le asigna por la legislación hipotecaria, al regular el procedimiento de ejecución de los derechos inscritos, que atribuyen posesión, uso o servicio, implica una carga, una obligación (38). Se crea así una relación juridico-procesal que tiende a modular la responsabilidad resultante del proceso frente a aquel contra quien se ejercita la acción, en beneficio de quien cuenta a su favor con una situación de apariencia. Situación que actúa, en sus máximas consecuencias, a favor de aquel cuyo derecho aparece inscrito en el Registro, por la fuerza y eficacia del principio de legitimación—artículo 38 de la Ley Hipotecaria—, favoreciéndole mediante la carga de la constitución de una garantía, puesta como condición previa para formular la demanda de contradicción.

Normalmente se identifica caución con depósito, y más concretamente con fianza (39), cuando éstos constituyen especies den-

(37) Vid. J. RAMIRO PODETTI, *Tratado de las medidas cautelares*, cit.

(38) VINCENZO MANZINI—*Tratado de Derecho Procesal penal*, trad. SANTIAGO MELENDO y MARINO AYERRA REDIN, tomo III, Ediciones Jurídicas de Europa-América, Buenos Aires, 1952. pág. 99—dice: «Toda obligación importa una carga y toda carga importa una obligación.» Vid. SANTIAGO SENTIS MELENDO, *Desarrollo del proceso. Deberes del juez y carga de las partes*, en «Revista Derecho Proc.», primera época, IV, octubre-diciembre, 1964, págs. 9 a 23.

(39) ALCALÁ ZAMORA—comentarios al texto de CARNELUTTI, *Sistema de...*, cit., tomo II, «Composición del proceso», nota núm. 177, págs. 144 y 145—

tro del género. La Ley habla de caución como forma genérica de garantía. Frecuentemente se trata de un depósito judicial, de una cantidad de dinero que, como un todo homogéneo, está afecto a garantizar los resultados económicos del proceso, tanto de carácter sustantivo—devolución de frutos e indemnización de daños y perjuicios—como adjetivos—pago de costas—. Pero la caución puede prestarse en cualquier otra de las formas admitidas en Derecho: prenda, hipoteca o personal (40). La misma Ley de Enjuiciamiento civil establece en numerosos casos y preceptos tal posibilidad de una manera explícita: así, los artículos 1.335, 1.402, 1.424, 1.425, 1.866...; en otros, su determinación y prestación se hará a «satisfacción del juez»—artículos 33, 385, 787...—o «bajo su responsabilidad»—artículos 967, 1.621—; o bien deberá ser «cumplida»—artículo 1.009— o «bastante»—artículos 1.095 y 1.559—.

Lo anterior nos evidencia que el concepto caución es el género, sin que exista la posibilidad de su identificación con el depósito o la fianza, salvo que éstos se valoren no en sus conceptos puramente jurídicos, sino anfibiológicos. Por otro lado, su entidad

dice: que, salvo en el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento civil—vid. también el artículo 495 del Código civil—, la Ley no emplea el término *caución*, sino fianza o depósito. Así se habla de fianza en el terreno ejecutivo—de sentencias de fondo o medidas cautelares—, en los artículos 385, 787, 1.476 y 1.786 de la Ley E civil y artículo 31 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, reguladora del arbitraje y amigable composición, al tratar de la ejecución provisional de decisiones judiciales; en los artículos 943, 967, 1.007, 1.009, 1.095, 1.179 y 1.180, para responder de la administración de bienes objeto de juicio universal, en los 1.335 y 1.336, sobre fianza de cárcel segura del quebrado; el 1.402, para decretar, y el 1.405, para evitar el embargo preventivo; el 1.423, para alzar la intervención de los bienes litigiosos, el 1.428, para responder del aseguramiento de obligaciones de hacer, de no hacer o de entregar; el 1.446, para evitar el embargo preventivo; el 1.559, para garantizar las resultas del juicio subsiguiente al apremio en negocios de comercio; el 1.803, para suspender la ejecución de sentencias sujetas a revisión, etc. En el proceso de conocimiento se habla también de fianzas, en el artículo 33, al tratar de la revisión en el incidente de pobreza.

Se emplea el término *depósito* en los artículos 1.748, 1.767, 1.799 y 1.809, al referirse a la pérdida del que se hubiese constituido en caso de declararse no haber lugar al recurso de casación o revisión.

Se hace referencia a indemnizar daños y perjuicios en los artículos 8, 280, 385, 562, 625, 728, 1.169, 1.332, 1.412, 1.413, 1.415, 1.427, 1.428, etc.

(40) Puede darse incluso la «caución juratoria», en el artículo 14 de la Ley de E. civil, en su núm. 4.º, en cuanto que se admite que el declarado pobre puede disfrutar, entre otros, «de dar caución juratoria de pagar si viniese a mejor fortuna, en vez de hacer los depósitos necesarios para la interposición de los recursos». Más adelante expondremos una idea de «contra-cautela».

cuantitativa queda al criterio del órgano jurisdiccional (41), quien incluso podrá apreciar la aptitud o suficiencia de la modalidad asegurativa que se ofrezca para cumplir con la «carga» impuesta.

b) *Naturaleza.*

La trascendencia de la cuestión planteada nos permitirá fijar el problema de su naturaleza jurídica. Constituye preocupación propedéutica. El principio rector que estimamos más acertado para establecer la naturaleza jurídica de la caución es la simplicidad. Por ello, basados en cuanto hemos expuesto (42), se llega a la conclusión racional de que la caución es el género y, como tal, abarca diversas modalidades asegurativas. Lo anterior, por la fuerza misma de la Ley y de nuestro entendimiento (43), adquiere la categoría de principio (44), que nos marcará la pauta determinante en el estudio de la naturaleza jurídica no como cuestión puramente dialéctica, vacía de consecuencias, sino, por el contrario, de gran trascendencia y efectos en la vida jurídica práctica.

Es inconcuso que la caución procesal, que funciona como aseguramiento preventivo del eventual derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios, sea susceptible de distinta calificación jurídica, que dependerá del instituto que se haya empleado en su constitución. Y si en principio puede asimilarse la caución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria con la pura «caución procesal», existen ciertas peculiaridades que le diferencian, atribuyéndole

(41) Vid mi trabajo *Caución y proceso cautelar en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, cit., págs. 876 y sigs.; L. PRIETO-CASTRO, en *Resoluciones de Audiencia. Procedimiento provocatorio del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, «Revista de Derecho Procesal», año IV, enero-marzo 1948, núm. 1, págs. 159 a 172, en comentario a la resolución de la Audiencia Territorial de Madrid, Sala 2.ª, de 19 de junio de 1947.

(42) La misma Ley lo ha evidenciado en sus artículos 1.335, 1.476, etc..., y nos hace decir con DEMÓSTENES: «Omnis lex inventum ac manus Dei est»

(43) La verdad, en sentido procesal, fue definida por MITTERMAYER—*Tra-tado de la prueba en materia criminal*, 7.ª ed., Madrid, Reus, 1916, pág. 51—como «concordancia entre un hecho real y la idea que de él se forma el entendimiento». SANTO TOMÁS ya decía: «Lumen intellectus insitum nobis a Deo, per quod cognoscimus quid agendum et quid vitandum.»

(44) JERÓNIMO GONZÁLEZ entiende por *principio*, en sentido lato—*Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, tomo I, pág. 239—en toda investigación de tipo filosófico, el punto de partida o base discursiva, que, si es fundamental para las demás verdades estudiadas, no tienen fundamento dialéctico o no lo necesitan por su propia evidencia.

sustantividad. Las cauciones judiciales tienden, por lo general (45), a garantizar la indemnización de daños y perjuicios y costas, pero la que se regula por el precepto citado se encamina también a la devolución de frutos.

CALAMANDREI (46) dice que las cauciones son medidas cautelares dirigidas a asegurar la ejecución forzada de un crédito en dinero (derecho al resarcimiento de los daños), las cuales, cuando se constituyen mediante depósitos de valores, equivalen al crédito conservativo en garantía de un crédito eventual.

OERTMAN considera la caución procesal como un mero derecho de prenda. ANDREOLI estima que se trata de un depósito en función de garantía. Otros afirman que nos hallamos ante un depósito con asignación judicial retroactiva al momento de la constitución de la caución.

Para FRANCO NEGRO (47) se trata de una medida cautelar que funcionalmente se muestra como un secuestro conservativo, establecido en garantía de un crédito puramente eventual. Desde el campo puramente procesal se ve que se trata de la simple colocación de una suma en el correspondiente establecimiento de depósito o en la Oficina judicial, dispuesta conforme al particular destino de tal cantidad, que tiene la finalidad concreta de servir para resarcir los posibles daños que causaría una ejecución anticipada de una resolución que posteriormente fuese revocada en todo o en parte.

La posibilidad de constituir hipoteca, en garantía de los resul-

(45) Si hemos empleado la expresión, «por lo general», es con la idea de destacar la existencia de cauciones procesales que sólo garantizan el pago de costas—vid. artículos 33, 1.748, 1.767, 1809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—. Estas son las que PRIETO-CASTRO califica, acertadamente, como las «únicas que pueden ser calificadas como procesales». Por ello, en lo sucesivo, emplearemos la denominación de «cauciones procesales» para indicar aquellas que sólo tienen un contenido adjetivo, y simplemente «cauciones», para las demás. Esta especificación facilitará el estudio de su naturaleza.

(46) PIERO CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Editorial Bibliográfica Argentina, trad. Sentis Melendo, Buenos Aires, 1945, pág. 64.

(47) FRANCO NEGRO, *La naturaleza jurídica de las cauciones procesales*, en «Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales», de Buenos Aires, 1950, mayo-junio, págs. 537 a 550; mismo autor, *Le cauzioni nel sistema del Diritto processuale civile italiano*, en «Estudios Procesales», en memoria de Carlos Vlada, Instituto de Derecho Procesal, año 1965, págs. 221 a 224. Vid., en igual publicación, NORBERTO GOWLAND, *¿Caución por costas en sustitución de «la cautio judicatum solvi?»*, págs. 261 a 267.

tados económicos del proceso, está fuera de toda duda. La armónica conjunción del artículo 1.861 del Código civil, en relación con el 142 de la Ley Hipotecaria, ratifican dicha afirmación (48). «Así, al lado de la hipoteca clásica, común o corriente—dice Roca SASTRE (49)—, existen en nuestro Derecho las hipotecas de fianza, de máximo y por cuentas corrientes de crédito, las hipotecas en garantía de títulos al portador o endosables y las hipotecas por obligaciones futuras o condicionales y de dar cosa distinta de dinero y de hacer.»

Sus efectos vienen establecidos por el artículo 104 de la Ley, en cuanto dispone que «la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de su obligación para cuya seguridad fue constituida». Y no podemos olvidar que «la hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas surtirá efecto contra tercero desde su inscripción, *si la obligación llega a contraerse o la condición a cumplirse*»—artículo 142 de la Ley Hipotecaria—. La hipoteca constituida en cumplimiento de la carga de prestar una caución procesal goza de todas las características y fuerza vinculante derivada de la misma, como derecho real, si bien su efectividad se hará depender de la resolución final que establezca el doble condicionamiento, cualitativo y cuantitativo, como presupuestos de carácter contingente y variable, que la afectan (50).

Estas características que peculiarizan a la hipoteca constituida con dicho fin—cumplir con la obligación de caucionar—se producen asimismo cuando se acude a la garantía prendaria (51). Y si se da la posibilidad de establecer una garantía real para cumplir con la «carga» de prestar caución, el contenido del artículo 1.825 del Código civil autoriza también la garantía personal: «Puede también prestarse *fianza* en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida.»

(48) Vid. artículos 232 y 238 del Reglamento Hipotecario.

(49) Autor citado, *Derecho hipotecario*, tomo IV de las «Hipotecas», Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1948, págs. 369 y sigs.

(50) Vid. la interesante resolución de 31 de enero de 1925.

(51) El examen de los artículos 1.863 del Código civil, en relación con los 10 y 66 de la Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, nos confirma dicha consecuencia.

La enseñanza que se deduce de lo expuesto nos conduce a calificar la caución exigible como presupuesto para formular la demanda de contradicción en cuanto se constituya, bien en metálico, bien como prenda o hipoteca, como derecho real. Y si con lo expuesto no existen dudas respecto de la hipoteca y prenda, estimamos que tampoco surgen respecto al depósito, puesto que, si bien aquel a cuyo favor se constituye la caución carece de *rei persecutoriedad*, tampoco tiene necesidad de estar amparado o protegido por dicha acción, ya que el depósito se constituye en un establecimiento público destinado al efecto. Este hecho, que impide que el caucionero pueda transmitir a un tercero, no es óbice para atribuir o reconocer un *ius prelationis* en beneficio del acreedor. El artículo 1922 del Código civil establece que «con relación a determinados bienes muebles del deudor gozan de preferencia —3.º— los garantizados con fianza de efectos o valores, constituida en establecimiento público o mercantil, sobre la fianza y por el valor de los efectos de la misma».

El detentador del derecho inscrito, que obtiene y disfruta los rendimientos de que sea susceptible ese derecho, si se conceptúa con título para mantener ese goce, se opondrá a la pretensión deducida. El actor basado en la presunción establecida por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, tratará de recuperar su derecho inscrito incólume, tanto en su sustancia como en su contenido económico. Para su logro, el Ordenamiento prevé, mientras se sustancia el proceso, medidas tendentes a paliar los contrapuestos intereses de los litigantes, coordinándolos bajo un principio de estricta proporcionalidad e igualdad. Así, protege el bien o derecho inscrito mediante la adopción de medidas cautelares—artículo 41, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria y número 3 del artículo 137 del Reglamento—, las cuales, inspiradas en los principios expuestos, están condicionadas por las «contracautelas». «La contracautela—dice J. RAMIRO PODETTI (52)—, que se funda en el principio de igualdad, reemplaza en cierta medida a la bilateralidad o controversia, pues implica que la medida cautelar debe ser doble, asegurando al actor un derecho aún no actuado, y al demandado, la efectividad del resarcimiento de los daños si aquel

(52) J. RAMIRO PODETTI, *Tratado de las medidas cautelares*, cit., pág. 61.

derecho no existiera o no llegara a actualizarse» (53). La contracautela es, en definitiva, un presupuesto de la medida cautelar y debe constituirse antes de dar cumplimiento a ésta (54).

La atribución del contenido económico del derecho inscrito se protege mediante *caución*. La obligación de su prestación es requisito adjetivo. Constituida, queda afectada a responder de los eventuales frutos, daños y perjuicios y costas. Supone la exigibilidad de una garantía procesal que tiende a cubrir un eventual derecho que al diferir del secuestro conservativo y disfrutar de un *ius prelationis* tiene sustantividad propia. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (55), siguiendo a ENNECCERUS-NIPPERDEY, exponen que: «También podemos decir, correlativamente al texto, que no encajan dentro del concepto de caución otros medios de aseguramiento, como son la pena convencional—artículos 1.152 y siguientes del Código civil—, la anotación preventiva—artículos 42 y siguientes de la Ley Hipotecaria—, el embargo preventivo—artículos 1.397 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil—, el aseguramiento de bienes litigiosos—artículos 1.419 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil—, etc...» La trascendencia de esta conclusión, repetimos, es fundamental por las consecuencias que de la misma se deducen no sólo en el orden puramente doctrinal, sino práctico, dados los efectos y repercusiones de los intereses puestos en juego.

La caución como medida tendente a regularizar una actuación procesal no pierde en sí su cualidad; pero en cuanto para su plasmación acude a los medios de garantía establecidos y previstos por el Derecho sustantivo, a nuestro juicio, no puede evitar esas sustantivación y, consecuentemente, participar de la naturaleza del instituto que se adoptó como medio para cubrir la obligación impuesta. Esta es una característica que, entendemos, marca una

(53) Como manifestación típica de «contracautelas», pueden citarse, dentro de nuestro Ordenamiento, a vía de ejemplo, los artículos 1.405, 1.402, 1.428, etcétera.

(54) ANTONIO CONIGLIO—*Il sequestro giudiziario e conservativo*, 3.^a ed., Giuffrè, Milano, 1949, pág. 11—pone de relieve cómo la *contracautela* tiene una gran aplicación en las providencias cautelares, «como el solo medio que puede servir para asegurar preventivamente el eventual crédito de resarcimiento de aquellos daños que podrían resultar de la ejecución de la medida provisoria, si en el proceso definitivo se revela como infundada. De allí que se pueda hablar con propiedad de una condición impuesta por el Juez para conseguir la providencia cautelar».

(55) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en sus comentarios a la obra de ENNECCERUS NIPPERDEY, *Derecho civil, Parte general*, tomo I, vol. II, pág. 554, cit.

trascendente diferencia entre caución y proceso cautelar. Esa neta distinción se aprecia si procedemos a su estudio comparativo con una típica manifestación del proceso cautelar: el embargo preventivo (56). La naturaleza del proceso cautelar y la pretendida conceptualización de toda medida preventiva bajo un mismo denominador común, sin destacar, dentro de la homogeneidad derivada de la misma *ratio* teleológica, la existencia de una heterogeneidad que, por sus especiales características, adquieran autonomía y propia viabilidad, ha dado lugar a negar sustantividad a las cauciones.

Hemos indicado que la contracautela (57) se concibe «como el solo medio que puede servir para asegurar el eventual crédito de resarcimiento de aquellos daños que podrían resultar de la ejecución de la medida provisoria, si en el proceso definitivo se revela como infundada». Asimismo, hemos razonado cómo la contracautela actúa como medida de proporcionalidad e igualdad entre las partes (58): Las medidas cautelares—proceso cautelar—tienen su razón de ser en un interés controvertido, respecto de aquel que lo ostenta o disfruta. La adopción de una medida de esta naturaleza provoca un desequilibrio en las relaciones existentes, pues todavía no se ha concretado la realidad de la pretensión discutida o de la pretensión insatisfecha. Como contravalor, actúa la *caución contracautelar*, restableciendo el equilibrio, en cuanto pueda afectar al contenido económico de esa pretensión, condicionando, además, una posible actuación dolosa.

La posibilidad de instar una medida cautelar tiene su basamento en la pretensión misma, y en los elementos objetivos que

(56) Puede examinarse la bibliografía ya indicada, especialmente las ponencias desarrolladas en la II Jornada de Profesores de Derecho Procesal. Vid. JORGE CARRERAS—*El embargo de bienes*, cit., págs. 95 y sigs. en la página 138—da un concepto del embargo, entendiendo como tal «aquella actividad procesal compleja llevada a cabo en el proceso de ejecución, enderezada a elegir los bienes del ejecutado, que deben sujetarse a la ejecución y a afectarlos concretamente a ella, engendrando en el acreedor ejecutante una facultad meramente procesal a percibir el producto de la realización de los bienes afectados, y sin que se limite jurídicamente ni se expropie la facultad de disposición del ejecutado sobre dichos bienes»

Vid. también JULIO MURIAS TRAVIESO, *Algo sobre el embargo*, «Revista de Derecho Procesal», año 1958, 2.ª época, núm. 4, págs. 897 a 903.

(57) Vid. nota núm. (48).

(58) «Si la justicia periclica—decía KANT—, entonces ya no merece la pena que vivan los hombres sobre la tierra.»

la acompañan—por ejemplo, «documentos justificativos de su derecho...» (art. 1.419 de la L. E. C.); los títulos guarentigios del artículo 1.429 de la L. E. C.; para la adopción de las medidas previstas en el artículo 1.428 se exige la presentación de alguno de los comprendidos en los tres primeros números del artículo 1.429; por la cualidad concurrente en una persona (alimentos...), etc.—.

La caución contracautelar tiene su razón de ser y existir en la misma posibilidad reversiva de la pretensión articulada, en cuanto que no es acatada—pretensión discutida o pretensión insatisfecha—por su oponente. La norma procesal, a través de la caución, restablece el equilibrio—igualdad procesal—, que se quebraría con la aplicación de una medida cautelar, y, fija las consecuencias que en el orden económico-patrimonial puede provocar a la otra parte, señalando el contenido sustantivo—daños y perjuicios—que puede experimentar y las consecuencias adjetivas—costas—, así como la necesidad de protección eficaz por los medios admitidos en Derecho (59), estableciendo la aplicabilidad de cualquiera de ellos, siempre que reúna, a juicio del Juez, la adecuada idoneidad.

Ya decíamos (60) que si el proceso civil se concibe como una serie de actos que tienden a proteger un derecho, y su lógica consecuencia es la existencia de medidas preventivas o precautorias tendentes a la conservación y estabilidad de ese derecho, se comprende la necesidad de amparar y mantener la proporcionalidad en las relaciones jurídico-procesales (61)—equilibrio objetivo procesal—. Este se consigue mediante las cauciones contracautelares. Así, de un lado existe una apariencia de legitimidad, en cuanto la titularidad de quien insta una medida cautelar; de otro una situación real, en cuanto se mantiene una negativa a esa pretensión,

(59) La posibilidad de que en algunos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como, por ejemplo, los artículos 926, 1.621, etc., se emplee la expresión «bajo la responsabilidad del Juez», no significa que se produzca un absoluto descubierto con ausencia de garantía, sino que ésta es asumida por el Juez que la acordó, si no exigiera alguna en cualesquiera de las formas admitidas en Derecho.

(60) Vid. mi trabajo *Proceso cautelar. el artículo 1.419 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Revista de Derecho Procesal», cit., pág. 48.

(61) Vid. FRANCISCO RODRÍGUEZ DE VALCÁRCEL, *Breves reflexiones sobre temas procesales*, «Revista de Derecho Procesal», año VI, enero-marzo 1950, número 1, págs. 41 a 67: concretamente, 42 y sigs., y, sobre todo, al tratar de la *Distinción entre relación procesal y material*, págs. 47 a 49.

susceptible de ser objeto de tutela (62), pues a su vez, quien se opone, se conceptúa como legítimo titular. Situación que provoca una inestabilidad que sólo fina con la resolución final firme, pero que en el *interin* se equilibra con la contracautela.

Esta tesis tiene perfecta aplicabilidad tratándose de los «proveimientos instructorios cautelares «que como presupuestos objetivos se exigen, tanto en el proceso de conocimiento como ejecutivo y cautelar. Se suscita la duda respecto de aquellas cauciones—cauciones procesales, que hemos adjetivado, puras («las que tienden a impedir una actuación procesal costosa»)»—que se exigen para la interposición de los recursos de casación y revisión (63). Incluso de la que es objeto de exigibilidad por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Hemos de tener presente que teniendo por objeto las cauciones procesales dificultar una actuación costosa para el Estado (64), y que se limitan a garantizar las costas, estableciéndose por la misma Ley—artículos 1.748, 1.767 y 1.809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—el destino y orden de prelación, las mismas tienen un marcado carácter adjetivo.

Por el contrario, respecto de la caución regulada por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, su *ratio* radica en una doble faceta: de un lado, obstaculizar una actuación procesal, de otro la fuerte apariencia de legitimidad, respecto del interés cuestionado, representada por la eficacia atribuida a la constatación registral.

Pero tanto unas—cauciones procesales puras—como las otras—cauciones procesales genéricas—se adscriben a la satisfacción de costas—aspecto adjetivo—, bien al pago de las costas y, además, al resarcimiento de daños y perjuicios—aspecto sustantivo—. En la caución regulada por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria se

(62) «El proceso en sí es un mal—dice F. RODRÍGUEZ DE VALCÁRCEL, *Algunas reflexiones sobre la prueba testifical en los procesos civiles*., cit., pág. 108—, proporciona dispendios económicos y consumo de energías, enerva las conciencias y enrojece los ánimos. No se concibe abstractamente. Sólo se explica en cuanto es dirigido o sirve de moderador vehículo para la realización del bien y fin jurídico. De él se valen los ciudadanos para lograr sus derechos. Y de los ciudadanos se vale el Estado para mantener su ordenamiento privado. Es, por tanto, un mal [social] para un bien, y un mal necesario para un bien contingente. Porque con el proceso agotado o siempre se logra íntegramente el bien jurídico protegido.»

(63) Vid artículos 33, 1.698-9, 1.748, 1.751, 1.767, 1.809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(64) Vid PRIETO CASTRO, *Dispensa de la caución*., cit., pags. 362 y 363.

prevé que garantice, además de lo anterior—daños y perjuicios y costas—la devolución de frutos. Su sustantivación se acentúa y, por ende, la proyección del fin de aseguramiento del contenido económico del derecho inscrito.

2) *Conclusión.*

La problemática derivada de las medidas asegurativas constituye, en el ámbito del Derecho sustantivo, una ardua materia que puede calificarse de *labyrinthus inextrincabilis*. Esta complejidad se acentúa cuando se proyectan tales medidas en el proceso. A las dificultades naturales que de su aplicabilidad, efectos y consecuencias se plantean entre las partes y terceros, producto de la insuficiencia y dispersión de sus normas, se une las derivadas del proceso. Estas circunstancias se agravan cuando se pretende imbuir una orientación procesalista a todas las medidas asegurativas que se desenvuelven en el ámbito del proceso. Lo anterior justifica nuestro esfuerzo por establecer lo que creemos constituye el *finium regundorum* entre caución y proceso cautelar. Presupuesto obligado para fijar el punto de partida en el estudio de una serie de interesantes cuestiones cuya exposición, más o menos acertada, depende de fijar premisas que creamos sólidas (65), partiendo del carácter profiláctico de las medidas asegurativas y de los principios de apariencia, equidad e imparcialidad que las inspiran, porque, es axiomático, que para el estudio de la fisiología y patología es preciso comenzar por la anatomía.

Así: 1.º Hemos destacado cómo existe una notoria diferencia entre caución y proceso cautelar, en razón no sólo a la distinta función asignada a cada instituto, sino a su régimen jurídico y estructuración dentro del proceso.

2.º La caución, en su concepción genérica, se encamina a garantizar el contenido económico del objeto del proceso, participando de un aspecto sustantivo—indemnización de daños y per-

(65) «La problemática del Derecho—dice EDUARDO MARTÍNEZ MORA (*La difícil Ley Hipotecaria*, cit., pág. 255)—, como la de todas las manifestaciones sociales, se resisten a cualquier empeño constructivo, porque son *per se* asistématicas, y con esto quedan desechas las construcciones conceptuales en otro tiempo tan en boga. El obrar humano no puede insertarse en coordenadas espacio-temporales, porque unas veces es lógico, otras no lógico, y otras, en fin, ilógico, siguiendo la terminología de PARETO.»

juicios—y adjetivo—pago de costas—, lo que hace que se sustantivice y participe de la naturaleza jurídica de la modalidad de garantía que se haya adoptado, gozando de un *ius prelationis* en todo caso.

3.º La caución procesal pura, en cuanto sólo participa de un aspecto, el adjetivo, o a éste se subordina, no puede sustantivarse. No obstante, atribuye un *ius prelationis* conforme al artículo 1.792 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4.º La caución contracautelar responde a un principio de equidad (66). Mantenimiento del equilibrio objetivo procesal. El legislador a través de ella trata de coordinar dos tendencias opuestas: Una por la que se pretende neutralizar el posible daño que el ejercicio de un derecho puede acarrear a la parte contraria. Otra, evitar que por el laudable deseo de proteger el ejercicio de un derecho—medida cautelar—se llegue a poner en condiciones de inferioridad a aquel que haya de formular la oposición. Se trata de mantener una bilateralidad en las relaciones juridico-procesales y depurar el oficio jurisdiccional.

(66) «Importa fijarse—dice LEGAZ Y LACAMBRA, *Introducción a la ciencia de Derecho*, cit., pág. 435—en el hecho decisivo de que la equidad no es lo distinto de la justicia, sino un cierto modo de ser justo, una dimensión ontológica de la propia justicia. La equidad es la justicia del caso concreto. El juez o el legislador, cuando se encuentra en presencia de un caso determinado, tiene que atender, sobre todo, a su naturaleza individual, a lo que tiene de distinto con relación a los demás, que es en lo que consiste la equidad, para dar una solución proporcional o proporcionada a esa naturaleza. Ahora bien en la vida, los casos concretos tienen también dimensiones genéricas, y para esa generalidad se da la norma general que exige la solución genérica para los casos iguales o análogos, y por eso el ser justo requiere el recurrir a un criterio genérico, a un esquema y no a la mera naturaleza individual»

Vid. WENER GOLDSCHIDT, *La imparcialidad como principio básico del proceso*, «Revista de Derecho Procesal», año VI, abril-junio 1950, núm. 2, páginas 184 a 209.

III

FUNDAMENTACION

La caución como modalidad de la tutela cautelar reviste la cualidad de *presupuesto objetivo*, que ha de cumplir aquel contra quien se establece. Es un requisito previo que ha de observar, al objeto de obtener la actuación procesal ulterior que pretende (67).

Frente al problema abstracto de la justicia (68), el ordenamiento tiene que establecer una serie de normas tendentes a garantizar al que tiene razón en definitiva, en consideración al que cree tenerla. Así, al tratar, a través del proceso, de concretar la voluntad abstracta y genérica de la Ley, y la voluntad individual y específica de un sujeto titular de un derecho, establece medidas asegurativas tendentes, unas a garantizar el objeto de la pretensión, y otras, las consecuencias económicas resultantes. Sin ellas el triunfo definitivo resultaría a veces irrisorio, no sólo por razón de la resistencia ofrecida por el oponente. El actor puede excitar la

(67) NICOLÁS GONZÁLEZ DELEITO Y DOMINGO—*El proceso monitorio del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, «Revista de Derecho Procesal», 1950, núm. 3, año VI, págs. 411 a 431; concretamente, 417—dice que «la prestación de la caución tiene todo el carácter de elemento o requisito *sine qua non* para que el sujeto pasivo de la pretensión deducida adquiriera la condición de parte en los autos y se convierta, a su vez, en demandante incidental mediante alegaciones de causas contradictorias de la acción ejercitada por el titular inscrito».

(68) MAX ERNST MAYER—*Filosofía del Derecho*, Colección «Labor», 1937, páginas 180 y 181, citado por F. RODRÍGUEZ DE VALCÁRCEL, en *Algunas reflexiones sobre la prueba testifical en los negocios civiles*. Declaraciones testificales para mejor proveer, «Revista de Derecho Procesal», enero-marzo 1949, año V, número 1, págs. 107 y 119; concretamente, 107 y 108—dice: «La injusticia no es defecto del Derecho, sino una necesidad del mismo... El Derecho es un orden basado en normas. Pero quien siembra normas no puede cosechar justicia. La norma ofrece valores perdurables, garantiza la seguridad jurídica; pero la justicia está cada día a la altura del tiempo: la norma mide con igual medida; a la justicia, en cambio, no pasa inadvertida ninguna desigualdad. El Derecho considera cada caso particular desde el punto de vista impuesto por la regla general, la justicia penetra, por decirlo así, en el corazón del caso. No sabemos qué es más equivocado: si un Derecho sin normas o una justicia regulada normativamente, un Derecho que se desliga de las normas es como un caballo desbocado, una justicia vinculada por normas es como un Pegaso, uncido.» Vid. también CASTÁN TOBEÑAS, *Crisis mundial y crisis del Derecho*. Discurso en la solemne apertura de Tribunales, celebrada el 15 de septiembre de 1960, Reus, Madrid; *La justicia y su contenido, a la luz de las concepciones clásicas y modernas*. Discurso en la solemne apertura de Tribunales del 15 de septiembre de 1967, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia.

tutela jurisdiccional careciendo de fundamentación (69) o bien formularse una oposición sofisticada, convirtiendo, a veces, la victoria en desastre, por el quebranto que en su patrimonio experimenta quien resulte ser el vencedor (70) definitivo.

Lo anterior hace que no puede establecerse con carácter concluyente que la caución implique una *carga* para el demandante. Por ello GUASP (71), al dar el concepto de cauciones en general dice «que se designa al conjunto de medidas que, con finalidad precautoria, se adoptan, según el derecho positivo, *frente al sujeto activo de una pretensión procesal*».

CALAMANDREI, al destacar las características que peculiarizan a las medidas cautelares (72), y como presupuesto axiológico de su función, llega a la conclusión de que se trata de manifestaciones del *imperium iudicis*, al decir que «las medidas cautelares se disponen, más que en interés de los individuos, en interés de la administración de justicia, de la que garantiza el buen funcionamiento y también se podría decir el buen nombre». Y «si la expresión *policía judicial* no tuviera en nuestro ordenamiento un significado preciso, podría resultar singularmente adecuada para designar la tutela cautelar; en ella se encuentran, en efecto, puestos al servicio de la función jurisdiccional, los poderes de prevención, ejercitados en vía de urgencia y a base de un juicio provisorio en el que tienen amplia parte las consideraciones de *oportunidad* que son precisamente características de la función de policía verdadera y propia. Incluso se podría decir que precisamente la materia de las providencias cautelares constituye la zona fronteriza entre la función jurisdiccional y la administrativa de policía». A nuestro juicio, esta conclusión es excesiva. Ya argumentamos (73) cómo, si el proceso se concibe como una serie de actos que tienden a prote-

(69) VÍCTOR FAIREN GUILLÉN—*El principio de autoridad del Juez en el proceso civil y sus límites*, «Revista de Derecho Procesal», año VII, abril-junio 1951, núm. 2, págs. 187 a 213—distingue como causa de repulsa de la pretensión, por defecto de admisibilidad sobre el fondo o bien por defecto de fundabilidad.

(70) Vid. CHIOVENDA, *La condena en costas*, trad. Juan A. de la Puente y Quijano, Gráfica Universal. Madrid. 1928, págs. 531 y 532.

(71) JAIME GUASP, *Derecho procesal civil*, cit., pág. 1351.

(72) PIERO CALAMANDREI, *Estudio sistemático de las providencias cautelares*, cit., págs. 140 y sigs. Hay que tener en cuenta la opinión de este autor respecto de las medidas asegurativas expuestas en la nota núm. (2).

(73) Vid. mi trabajo *Proceso cautelar: el artículo 1.419...*, cit., pág. 48.

ger un derecho (74), su lógica consecuencia es la existencia de medidas preventivas o precautorias encaminadas a la conservación de ese derecho. De esa manera se cumple la razón fundamental atribuida al proceso: concretar la voluntad abstracta y genérica de la Ley, y la voluntad individual y específica de un sujeto titular de un derecho. Ello porque no todas las medidas cautelares se han de fundamentar en base a esa conceptualización, aunque en el fondo exista latente la idea de efectividad del pronunciamiento judicial definitivo. Esa función de equilibrio, de estabilidad, de buen orden en las relaciones procesales, se destaca con mayor intensidad, en los «proveimientos instructorios cautelares». Por otro lado, aquel a quien beneficia la caución puede renunciar expresamente, o incluso la caución procesal pura puede ser dispensada—art. 14, número 4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil—.

La caución regulada por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria responde a esas características. Así, su *ratio* no sólo se encamina a proporcionar una cobertura económica de las posibles consecuencias de la pretensión, sino que tiende a dar efectividad al oficio jurisdiccional (75). Pero, a nuestro juicio, la razón radica en la necesidad de proteger la buena fe: buena fe procesal y material. Esta como derivación de los principios hipotecarios y, especialmente, el de legitimación. El procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria provoca una inversión en la situación procesal. Para que el tenedor de la cosa o derecho inscrito susceptible de posesión, uso o servicio, pueda oponerse a la pretensión de su titu-

(74) CHIOVENDA—*Principios de Derecho procesal civil*, trad. Casais Santaló, Edit. Reus, 1922-1925, Madrid, pág. 86—lo define como un «conjunto de actos coordinados que se encaminan a lograr el cumplimiento de la voluntad de la Ley, mediante los órganos de la jurisdicción ordinaria; PRIETO-CASTRO—*Manual de Derecho procesal civil*, Madrid, 1959-1961, tomo I, pág. 2—dice que «el proceso civil es el organismo por medio del cual el Estado protege el orden jurídico privado, definiendo en cada caso el derecho de los particulares».

(75) «Mientras los hombres—dice F. RODRÍGUEZ DE VALCÁRCEL, *Algunas reflexiones sobre la prueba testifical en los negocios civiles*, en «Revista de Derecha Procesal», enero-marzo 1949, año V, núm. 1, págs. 107 a 119; concretamente, 109—no descubran un medio más apto para la mejor composición de los intereses y derechos en pugna, para el *fiat iusticia*, debemos contentarnos con aplaudir, aunque sea resignados, el instituto del proceso. Triunfa aquí el *appetitus socialis* (sociabilidad) sobre el *appetitus moralis* (deseo de moral intrínseca). Responde a un sistema *transpersonalista* de la vida de relación. Y propugnamos en la hora presente, porque sus directrices actuales contenga la menor densidad y cantidad de mal indispensable; o sea, con que el bien se consiga a través de la menor suma aflictiva del mal.»

lar registral, deberá formular la correspondiente demanda de contradicción, previa prestación de la caución que se le exija. Es el sujeto activo que ha de cumplir con un presupuesto objetivo para obtener una actuación procesal ulterior.

Por regla general, en nuestro ordenamiento jurídico procesal, cuando se exige caución, tiende a proteger o garantizar los resultados económicos: daños y perjuicios y costas. Razón por la cual no puede identificarse con el proceso cautelar.

La apariencia jurídica, ya hemos dicho, marca también su huella en el campo procesal. Actúa en beneficio de aquel que goza de tal apariencia, al objeto de ponerle a cubierto de una actuación maliciosa (76). La obligación de devolver los frutos y resarcir daños y perjuicios se inicia desde el momento en que se incurre en mora (77).

La caución que examinamos cualifica, *prima facie*, como de mala fe al poseedor de un derecho real inscrito, porque la presunción posesoria actúa a favor del titular registral. «A todos los efectos—dice el artículo 38 de la Ley Hipotecaria—se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo». De igual modo se presumirá «que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos».

La buena fe tiene también proyección en el proceso (78). Pero la posibilidad—eventualidad—derivada, tanto de la consecuencia jurídica sustantiva como adjetiva, no es posible establecer, *a priori*, d. forma indubitada, y, como por otro lado, el establecimiento de una caución constituye limitación al ejercicio de un derecho, es perfectamente lógico que se haga uso de la más precavida pru-

(76) Puede darse esa actuación maliciosa, y para contrarrestarla, se exige a aquel que la solicitó una caución, que cubra esos riesgos. Nos encontramos en presencia de la «contracautela». Ejemplo típico, el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(77) Vid. artículo 1.100 del Código civil.

(78) «La aplicación del principio de la buena fe hace penetrar—dice José Luis de los Mozos, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Boch, Casa Editorial, Barcelona, 1965, pág. 15—en el orden jurídico un elemento natural, propiamente extrajurídico, que viene, de este modo, a formar parte de la propia regla jurídica, en lo que los autores de las más diversas épocas o tendencias, se hallan de acuerdo.»

dencia por parte del Juez, con el fin de evitar pueda constituir un medio para denegar la justicia (79).

Hemos dicho que la función de la caución tiende, en esencia a salvaguardar «el oficio judicial». La caución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria responde a la idea de preservar un orden, una apariencia de realidad, proclamada por el asiento registral y el «proceso sirve, ante todo, a la realización del Derecho, que es seguridad y orden social, que supone ya alguna justicia. Pues ésta no puede realizar su estructura sino en tanto que exista precisamente un orden. Sobre la base de un orden se puede hablar de justicia o injusticia en la sociedad; si este orden no existe, entonces se puede hablar de ideas o ideales de justicia, pero no de justicia existente en las relaciones de la vida, pues desde el momento que se admite que la vida social está regida por la justicia, se presupone que existe un orden social establecido precisamente por el Derecho en tanto que es Derecho» (80).

El orden social, en las relaciones privadas, se mantiene otorgando y dispensando una protección eficaz a la apariencia. Hasta tanto esta apariencia no sea desvirtuada merece tutela jurisdiccional —es el supuesto previsto en el Código civil en el artículo 446; del mismo artículo 38 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 2.º, etcétera—. Quien siendo titular inscrito, carece de la posesión, debe ser reintegrado inmediatamente. Si otro se opone, como la presunción actúa a favor de aquél, deberá, como medida inmediata, responder del contenido económico de dicho bien: devolución de frutos, indemnización de daños y perjuicios y costas—que puedan originarse—. La apariencia puede desvirtuarse con la oposición. Por ello, mientras ésta no es declarada con la resolución definitiva, ese posible perjuicio—sustantivo y adjetivo—se cubre con una caución «proporcionada».

(79) Vid. FRANCO NEGRO, *Sobre la oportunidad de adoptar por parte de distintos Estados la institución italiana de fianza para costa*, en «Revista de Derecho Procesal», año X, enero-marzo 1964, núm. 1, págs. 71 a 83; también mi trabajo *Caución y proceso cautelar*, cit., págs. 876 y sigs.

(80) LEGAZ Y LACAMBRA, *Introducción a la ciencia del Derecho*, año 1943, página 440.

IV

FACTORES INTEGRANTES DE LA CAUCION

Presupuestos.

La caución, constituida con un fin concreto y determinado: garantizar las consecuencias económicas que la pretensión pueda producir en el patrimonio del otro, está subordinada o condicionada al proveimiento resolutorio final. Este condicionamiento está influenciado por un elemento contingente o eventual: recuperación o reintegración posesoria. Presupuesto previo para el examen valorativo de las consecuencias económicas que la caución protege. Pero no arrastra, automáticamente, la apreciación de esas consecuencias. La desestimación de las causas o motivos de oposición constituye el elemento desencadenante para el examen de las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta para un total o parcial resarcimiento económico.

El examen de tales circunstancias es una secuela refleja de dicha desestimación, pues la valoración de los elementos que integran la declaración respecto a la devolución de frutos, indemnización, daños y perjuicios y costas, está en relación conexas con la conducta observada por el detentador antes y durante el proceso. Así se establece su existencia cualitativa. La posibilidad operativa de la caución, de naturaleza preventiva, viene impuesta, en el orden cuantitativo, tanto en su aspecto sustantivo como adjetivo, por la índole del derecho inscrito no poseído, en razón a su alcance y extensión objetiva. Así se destaca el doble condicionamiento para la efectividad de la caución. Una cosa es la estimación cualitativa y otra cuantitativa. Es decir, la cuestión de su *existencia* y la cuestión de su *estimación*. De la misma manera que es cuestión distinta la fijación del *quantum*, según la apariencia de realidad, derivada de la inscripción registral, que se señale al tiempo de iniciar el proceso que la que ulteriormente se fije en la resolución final.

Así, en la caución cabe apreciar dos fases: una de seguridad, para una eventual declaración judicial de reintegro de frutos, resarcimiento de daños y perjuicios e indemnización por costas. Otra satisfactiva o de realización.

La primera opera *intra certum tempus*. Es decir, por el lapso que media entre su constitución por el sujeto activo obligado y la resolución final. El examen de las circunstancias a que responde la carga de la caución han de tener manifestación expresa en la resolución sobre el mérito. El presupuesto previo, derivado de la desestimación de las causas o motivos de oposición, permite entrar en el examen de las consecuencias económicas que tal declaración comporta como perjuicios experimentados por el titular inscrito que no gozaba de la posesión, uso o servicio del derecho real inscrito. La situación de apariencia proclamada por el asiento librario se ha constatado. La presunción, proclamada por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, se ha evidenciado y abre la fase satisfactiva inherente a la caución.

Frente a lo que pudiera pensarse, la caución actúa como presupuesto objetivo—carga—para rebatir la presunción de legitimación posesoria que proclama el Registro, pero protege el contenido económico de esa misma *praesumptio seu legis—iuris tantum*—, no el elemento objetivo sobre el que recae la posesión. Quien aparece como titular registral, goza de todas las consecuencias jurídicas que la constación libraria proclama. El procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria revela que quien lo ejercita carece del *ius possessionis* y de los efectos económicos que esa posesión supone. Por esta razón, la caución, como medida asegurativa, tendente a amparar la presunción posesoria, sólo podía extenderse al contenido mismo de la posesión: devolución de frutos, resarcimiento de daños y perjuicios derivados de la falta de tenencia, uso o servicio, respecto de aquel que la disfruta. Así, la presunción de exclusividad de que goza la relación declarada como aparentemente cierta, actúa condicionando el eventual derecho de quien posee (81).

Lo anterior es consecuencia de la constatación libraria. Sólo quien aparece como titular es el que está facultado para realizar los actos de disposición y goce del derecho real ins-

(81) MONTESQUIEU decía «que las formalidades de la justicia, en relación a lo que cuesta a un ciudadano el que se reconozca su derecho o se le dé satisfacción para cualquier ultraje, se encontraron acaso excesivas; pero si se contemplan en orden a la relación que tienen con la libertad y seguridad de los ciudadanos, se encontrará, a menudo, que son pocas, y podrá observarse que las molestias, los gastos, los aplazamientos, los riesgos mismos de la justicia, son el precio que cada ciudadano paga por su libertad».

crítico. La posibilidad de adoptar medidas de seguridad, derivadas de la acción cautelar, son las mismas de que participa quien las reclama al amparo del artículo 1.419 o de cualquier otra norma que se adapte a la clase de derecho registrado.

a) *Fase de seguridad.*

La caución, como hemos expuesto, desenvuelve su eficacia en dos fases: de seguridad y de ejecución.

En la primera, la responsabilidad es meramente eventual. La caución prestada está afectada al doble condicionamiento ya indicado: desestimación de la causa de oposición invocada y apreciación de alguna o todas las obligaciones que ampara.

En esta fase se destaca, con toda nitidez, cómo la caución tiende a dar efectividad al oficio jurisdiccional. Su función preservadora o tutelar del orden jurídico procesal se evidencia, como, asimismo, se mantiene la protección a quien, con arreglo a la legislación, goza de una apariencia de rango superior—caso contemplado por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria—. Interinamente no existe más que un derecho eventual—contingente—que recae sobre el contenido económico de la caución constituida.

Durante esta fase, la caución, prestada en cualquiera de las formas admitidas en Derecho, está sujeta al control judicial—consignación, depósito, etc.—. Y si el caucionero no puede realizar actos dispositivos respecto de lo que constituye la caución, y el caucionante carece de *ius persequendi*, la caución está subordinada al proceso.

En el cumplimiento de esta función, es preciso recordar que la caución ha de prestarse en la cantidad que por el juez se estime justa—artículo 137, número 6, del Reglamento Hipotecario—, sustrayéndose del haber patrimonial del caucionero.

b) *Fase de realización.*

Desestimada la causa o motivos de oposición, y valoradas positivamente las circunstancias integrantes de la reintegración posesoria, se da paso a la satisfactiva derivada de la caución, si la declaración de condena no es satisfecha voluntariamente

por el procedimiento que la Ley establece. Así, la cobertura, tanto sustantiva como adjetiva, se materializa.

La armónica conjunción de contrapuestos intereses se materializa, restableciéndose el equilibrio exigido para la concordia y paz social, mediante la aplicación de la norma. Somos siervos de las Leyes para poder ser libres (82).

JOSÉ LUIS RUIZ SÁNCHEZ,

Magistrado.

(82) CICERÓN, *Servi enien legum sumus ut magis liberisimus*.

LEGISLACION

Crónica legislativa

SUMARIO: *Reglamento General para la aplicación y desarrollo de la Ley de Contratos del Estado:* 1. Su estructura. 2. Negocios que quedan fuera de la Ley de Contratos. 3. Normas reguladoras de los Contratos del Estado no comprendidos en el artículo 1.º de la Ley. 4. Reglas sobre competencias y procedimiento aplicable a todos los Contratos del Estado. 5. Contratos sometidos, por razón de su naturaleza, al ordenamiento jurídico-administrativo. 6. Normas aplicables a los contratos sometidos de modo supletorio al Ordenamiento jurídico-administrativo. 7. Contratos atípicos o innominados. 8. Competencia de la jurisdicción ordinaria, salvo respecto a los actos jurídico-separables, en los contratos excluidos del Ordenamiento jurídico-administrativo. 9. Normas generales aplicables a los contratos de obras, servicios y suministros. 10. Requisitos esenciales para su validez. 11. De los pliegos de cláusulas y prescripciones. 12. De la fiscalización del gasto en la contratación. 13. De la invalidez de los contratos. 14. Prerrogativas de la Administración. 15. Jurisdicción.

I

El *Boletín Oficial del Estado* de 31 de enero de 1968 publicó el Decreto de 28 de diciembre de 1967, cuyo artículo único aprueba el Reglamento General para la aplicación y desarrollo de la Ley de Contratos del Estado.

Dicho Reglamento ejecutivo desarrolla los preceptos del texto articulado de la Ley, con el propósito de brindar en un solo cuerpo legal el régimen jurídico completo de la expresada actividad administrativa.

Contiene 398 artículos, nueve disposiciones adicionales y una derogatoria, y está clasificado en un título preliminar y cuatro libros.

El título preliminar se ocupa de los contratos del Estado en general.

Los títulos del libro I son los siguientes: 1) de los contratos de obras, servicios y suministros; 2) del contrato de obras; 3) del con-

trato de gestión de servicio público; 4) del contrato de suministro.

Los títulos del libro II son: 1) de las fianzas y demás garantías en los contratos del Estado; 2) de las fianzas y demás garantías en los contratos de gestión de servicio público; 3) de las fianzas y garantías en el contrato de suministro.

El libro IV contiene en un solo epigrafe normas especiales para la contratación de los Organismos Autónomos.

Por su importancia o novedad se recogen a continuación algunos preceptos del título preliminar y del título I del libro 1.º

II

Quedan fuera del ámbito de la Ley de Contratos los siguientes negocios de la Administración: 1) la relación de servicios y los contratos sobre personal regulados por la Legislación de Funcionarios; 2) las relaciones jurídicas de prestaciones reglamentarias, entendiéndose por éstas aquellos negocios que, bajo la forma de cualquier tipo contractual, se celebren entre la Administración y los particulares, como consecuencia de la prestación de un servicio público que los administrados tienen la facultad de utilizar mediante el abono de una tarifa o tasa de aplicación general a personas indeterminadas, ostentando esta naturaleza los negocios con servicios de correo, depósitos en la Caja General, uso de almacenes o instalaciones administrativas y otras operaciones análogas; 3) las operaciones que celebra el Estado con particulares que, por referirse a bienes o derechos intervenidos, como las divisas, el oro, el trigo y productos estancados o prohibidos, resulte mediatizado su tráfico por disposiciones legales; 4) los convenios especiales que celebre el Estado con las Corporaciones Locales u otros entes de Derecho público; 5) los convenios que celebre el Estado con otros Estados extranjeros o con entidades de Derecho público internacionales; 6) los contratos del Estado que se celebren y ejecuten en territorio extranjero, y 7) los exceptuados expresamente por una Ley.

La no aplicación de la legislación especial de contratos del Estado a los referidos negocios, que seguirán regulándose por sus

normas peculiares, no excluyen el que los principios de aquélla deban ser tenidos en cuenta para resolver las dudas o lagunas que pudieran plantearse.

III

Los contratos que no tengan por objeto directo la ejecución de obras o la gestión de servicios del Estado o la prestación de suministros, tales como las de compraventa de inmuebles, de muebles que no tengan la consideración de suministros, préstamos, depósito, transporte, arrendamiento, explotación patrimonial, laborales o cualesquiera otros se regirán por sus normas privativas, y, en su defecto, se observarán las reglas siguientes: 1.ª, cuando se trate de contratos que, según su naturaleza, deban quedar sometidos al Ordenamiento jurídico-administrativo, éste funcionará como derecho supletorio, siendo peculiarmente aplicables con tal carácter las normas de la Legislación de Contratos del Estado; 2.ª, si la naturaleza del contrato excluye la aplicación general del Ordenamiento jurídico-administrativo, se observarán, no obstante, los principios comunes establecidos en la Ley de Contratos sobre competencia y procedimiento, a falta de reglas específicas al respecto, sin perjuicio de acudir como derecho supletorio a las Leyes civiles y mercantiles.

Los contratos que celebre el Estado, y que carezcan en el Ordenamiento jurídico de régimen específico, se regularán, según su naturaleza, por las reglas antes expresadas.

Se considerarán normas privativas o específicas, reguladoras de determinados contratos del Estado, aquellas de índole administrativa que sean de obligado cumplimiento para los órganos de la Administración al tiempo de celebrar los respectivos negocios.

IV

Deben quedar sometidos al Ordenamiento jurídico-administrativo, por razón de su naturaleza, además de los contratos de obras, de gestión de servicios, de suministros y de los designados expresamente en el Reglamento, aquellos otros en que coincidan

las siguientes circunstancias: 1.ª, que la prestación que se haya comprometido a entregar el particular esté directamente vinculada a las necesidades de un servicio público que requiera precisamente aquella prestación para su desenvolvimiento regular; 2.ª, que las obligaciones del contrato particular exijan un tiempo de ejecución o revistan características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela de interés público durante el desarrollo del contrato.

V

Cuando el Ordenamiento jurídico-administrativo deba funcionar como derecho supletorio, el órgano administrativo deberá incluir en el contrato las cláusulas pertinentes declaratorias de las prerrogativas administrativas. A estos efectos, a dichos contratos se les aplicarán las reglas establecidas sobre el particular en la Legislación de Contratos del Estado cuando no contradigan sus normas privativas y en especial se tendrán en cuenta las siguientes: 1.ª, la necesidad de que el particular contratante preste garantía y fianza para asegurar el cumplimiento de su obligación; 2.ª las prerrogativas de la Administración, una vez celebrado el contrato, en orden a su interpretación, modificación y resolución; 3.ª, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las cuestiones que puedan plantearse, de conformidad con su Ley reguladora.

VI

Los contratos excluidos del Ordenamiento jurídico-administrativo son, generalmente, aquellos contratos típicos de Derecho privado, civil o mercantil, en los que no concurren circunstancias que hagan preciso el ejercicio de prerrogativas administrativas.

Esto no perjudica el derecho de la Administración a proponer, en su caso, la inclusión de cláusulas convenientes a los fines administrativos a que sirve el contrato, las cuales tendrán los efectos que determine el Derecho civil o mercantil.

VII

Cuando se trate de contratos que carezcan en el Ordenamiento jurídico de régimen específico, como los atípicos o innominados, deberán cumplirse, en todo caso, las prescripciones sobre competencia y procedimiento, y se aplicarán, además, las prerrogativas administrativas cuando, atendiendo a la naturaleza del negocio, deba quedar sometido al Ordenamiento jurídico-administrativo.

VIII

La jurisdicción ordinaria será la competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos excluidos del Ordenamiento jurídico-administrativo. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la competencia y procedimiento de contratación, y, en consecuencia, podrán ser impugnados en la jurisdicción contencioso-administrativa. La anulación de tales actos llevará consigo la del contrato, que entrará en fase de liquidación, sin necesidad de plantear nuevo proceso ante la jurisdicción ordinaria. Los actos separables podrán también ser acumulados de oficio, conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo.

IX

Las normas generales aplicables a los contratos de obras, servicios y suministros, son las que afectan: 1.º, a los requisitos esenciales para su validez; 2.º, a los pliegos de cláusulas y prescripciones; 3.º, a la fiscalización del gasto en la contratación; 4.º, a la invalidez de dichos contratos; 5.º, a las prerrogativas de la Administración, y 6.º, a la jurisdicción competente.

X

Los Jefes de los Departamentos ministeriales son los únicos facultados para celebrar, en nombre del Estado, los contratos a que se refiere la Ley de Contratos del Estado y el Reglamento, dentro del ámbito de su competencia y previa consignación presupuestaria para este fin. El Reglamento, respecto a este requisito, regula la desconcentración o la delegación de dichas atribuciones y los casos en que se necesite la autorización del Consejo de Ministros.

Están facultadas para contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas españolas o extranjeras, que, teniendo plena capacidad de obrar, no se hallen comprendidas en los casos de prohibición o incompatibilidades que enumeran la Ley y Reglamento. Este último regula los requisitos que deben reunir las Empresas extranjeras, cómo debe acreditarse ante la Administración la personalidad de las Empresas, y el caso especial de contratación con agrupaciones de empresarios.

El objeto del contrato deberá ser cierto y susceptible de cumplir el fin previamente determinado por el servicio competente. El Reglamento regula lo que se refiere al objeto en relación con el expediente administrativo.

Todo contrato deberá contener un precio expresado en moneda nacional. El Reglamento regula el abono del precio en función de las prestaciones afectuadas, las cláusulas sobre revisión de precios, y que éstos deben ajustarse a los valores vigentes en el mercado, y también el caso especial de pagos en moneda extranjera.

Los contratos se celebrarán, salvo las excepciones establecidas, bajo los principios de publicidad y concurrencia; no se entenderán perfeccionadas hasta su aprobación por la Autoridad competente, se formalizarán en documento público y deberá prestarse la fianza correspondiente, salvo las excepciones establecidas en la Ley de Contratos del Estado.

XI

La Administración puede concertar con los particulares los pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarias al interés público, al Ordenamiento jurídico o a los principios de la buena administración.

El Reglamento regula los pliegos de cláusulas administrativas particulares, determinando su contenido y la autoridad competente para aprobarlos. Asimismo, dicta normas sobre los pliegos de cláusulas administrativas generales.

XII

La fiscalización del gasto público originado por la contratación será ejercida por la Administración del Estado y sus intervenciones delegadas, de acuerdo con las normas que sean aplicables. El Reglamento regula los casos en que procede emitir, a tal fin, informes preceptivos, y dispone que el Centro fiscal será competente para la intervención material de las inversiones realizadas, como consecuencia de obras, servicios o suministros.

El Ministro de Hacienda, conservando copia certificada, pasará al Tribunal de Cuentas, para su examen y toma de razón, todos los contratos que se celebren, cuyo importe inicial exceda de cinco millones de pesetas. El Reglamento determina los documentos que deben unirse a los contratos originales, sin perjuicio de la facultad del Tribunal de recabar todos los antecedentes que estime necesarios.

El Tribunal de Cuentas podrá conocer también de los expedientes de prórroga, modificación, reforma u otra incidencia de los contratos a que se refiere la Ley de Contratos, una vez aprobados, cualquiera que sea su cuantía, y procederá con arreglo a su privativa función respecto a las infracciones de todo orden por él observadas.

XIII

Los contratos serán invalidados cuando lo sean los actos administrativos que les sirven de soporte o alguno de ellos, o cuando la invalidez derive de su propio clausulado. Los contratos pueden también quedar invalidados por las causas reconocidas en el Derecho civil.

Son nulos de pleno derecho los actos administrativos preparatorios o el acto de adjudicación en los siguientes casos: 1.º, cuando incurran en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo; 2.º, las adjudicaciones realizadas a favor de empresarios que se encuentren incurso en alguna de las prohibiciones o incompatibilidades señaladas en la Ley y en el Reglamento, y 3.º, las adjudicaciones de contratos que carezcan de consignación presupuestaria debidamente aprobada. El Reglamento regula la forma de dictar los acuerdos de nulidad de pleno derecho.

Son anulables los actos administrativos preparatorios que se hallen incurso en alguna de las siguientes circunstancias: 1.ª, infracción del Ordenamiento jurídico, y en especial de las reglas contenidas en la Legislación de Contratos del Estado; 2.ª, que incurran en defecto de fondo que afecten a los elementos esenciales del contrato, de modo que se deduzca razonablemente que, de no haber existido aquéllos, el órgano administrativo no debería haber realizado la adjudicación o la hubiera debido hacer en favor de distinto empresario.

El incumplimiento de meros requisitos formales de las actuaciones preparatorias del contrato o en la propia adjudicación no darán, en general, lugar a anulación, y sólo faculta a la Administración para subsanarlos.

El Reglamento regula el modo de conseguir los interesados, o la Administración, la anulación del contrato.

Si la anulación se refiere a actos separables previos al contrato, cuando aquélla sea firme llevará, en todo caso, consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación.

XIV

La Administración tiene la facultad de interpretar los contratos en que intervenga y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento. Igualmente, podrá modificar, por razón de interés público, los contratos celebrados, dentro de los límites y con arreglo a los requisitos señalados en la Ley de Contratos del Estado. Los acuerdos que dicte en la Administración en el ejercicio de sus prerrogativas de interpretación y modificación serán inmediatamente ejecutivos.

Es competencia de los Jefes de los Departamentos ministeriales o Autoridades en quien deleguen aquéllos u ostenten funciones desconcentradas, la facultad de modificar los contratos, de interpretarlos, de resolver las incidencias que en los mismos puedan plantearse y de acordar su resolución, todo ello conforme a los requisitos establecidos en el Reglamento.

Si el Consejo de Ministros hubiera autorizado la celebración del Contrato, será preciso el cumplimiento del mismo requisito para que los Jefes de los Departamentos puedan acordar su resolución.

La ejecución de los contratos se desarrollará bajo la dirección, inspección y responsabilidad administrativa de la Autoridad que lo hubiere celebrado, la cual podrá despachar las instrucciones oportunas para el fiel cumplimiento de lo convenido.

Los pliegos de cláusula contendrán las declaraciones precisas sobre el modo de llevar a cabo la potestad administrativa.

Las resoluciones que dicte la Administración en el ejercicio de sus prerrogativas o como consecuencia de incidencias surgidas con posterioridad a la adquisición son recurribles, con independencia de la validez y efecto del contrato a que se refieran.

XV

Las cuestiones litigiosas surgidas de la interpretación o cumplimiento de los contratos regulados por la Ley de Contratos del Estado serán resueltas por el órgano competente del Departamen-

to que haya celebrado el contrato. Contra sus acuerdos habrá lugar a recurso contencioso-administrativo, conforme a los requisitos establecidos por la Ley reguladora de dicha jurisdicción.

También corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para conocer de aquellos contratos que, habida cuenta de su naturaleza, deban quedar sometidos, aunque sea de modo supletorio, al Ordenamiento jurídico-administrativo.

FRANCISCO DE COSSÍO CORRAL.

VIDA JURIDICA

Indemnización por accidente de trabajo y el concepto de dependiente en California

(«Industrial Indemnity Co. v. Industrial Accident Commission»)

SUMARIO: 1. Hechos. 2. La indemnización. 3. El concepto de dependencia. 4. El Tratado con España.

I

HECHOS

Juan Muñoz Avila, un empleado de una *copartnership* (1) de Brown y Pearson, sufrió un accidente mientras desempeñaba su trabajo y murió el mismo día a consecuencia de las lesiones sufridas, el 5 de noviembre de 1962. El empleado tenía un Seguro por compensación en concepto de accidentes de trabajo con la «Industrial Indemnity Company», uno de los actores en el caso.

El 10 de julio de 1963, María Carrión López presentó una solicitud ante la «Industrial Accident Sommission», ahora «Workmen's Compensation Appeals Board», por indemnización por la muerte de Juan Muñoz Avila, de quien decía que era esposa y que, junto con su hijo, Francisco Avila Carrión, eran los sobrevivientes dependientes del fallecido. En la aplicación figuraba su domicilio de España.

Juan Muñoz Avila y María Carrión López se casaron en España en 1927; su hijo, Francisco, nació en España en 1928. En ese mis-

(1) Una sociedad que difiere de la «corporation», pues se basa más bien sobre un contrato privado entre los «partners» o socios. Cfr. la «sociedad anónima» (que podría corresponder prácticamente a la «corporation») y las demás compañías mercantiles en el Código de Comercio de España.

mo año, y antes de que Francisco naciera, Juan salió de España y se vino a Estados Unidos y nunca más volvió a España.

La madre de María, señora de Rodríguez Carrión, testificó durante la audiencia que dicho casamiento existía y también que había nacido Francisco de tal matrimonio. Atestiguó también que Juan mandaba dinero a su mujer e hijo por un periodo de unos siete u ocho años y que luego nunca más volvió a enviar nada. Por consiguiente, Maria se empleó para mantenerse a sí misma y a su hijo. La madre de Maria les ayudaba no sólo mientras estaba en España, sino también después de que ella, la madre, saliera de España en 1959 para venirse a Estados Unidos. Francisco tenía una salud precaria y una vista deficiente.

Otro testigo fue llamado, María Carrión Ramos, sobrina del fallecido Juan, y confirmó los datos anteriores; pero agregó que Francisco, si bien nunca fue muy fuerte de salud, sin embargo, tampoco era un enfermo y que tampoco tenía la vista tan mal como se decía, pues no usaba anteojos y que hizo el servicio militar en España por un periodo de dieciocho meses.

En la audiencia se establecieron los siguientes hechos: 1) La viuda e hijo son *nonresident aliens*, esto es, extranjeros no residentes por ser ciudadanos de España; 2) El fallecido accidentado estuvo en Estados Unidos desde 1928, y 3) El fallecido no contribuyó a la manutención de su mujer e hijo por un periodo de al menos veinte años anteriores inmediatamente a su muerte por accidente.

Sin embargo, la Comisión mencionada determinó, entre otras cosas, que Juan Muñoz Avila dejó a su mujer e hijo como completamente dependientes de él, a quienes corresponde, la suma de 17.500 dólares en concepto de indemnización por la muerte por accidente de Juan Muñoz Avila, suma que debía dividirse por igual entre los dos. La razón por tal decisión fue que el fallecido tenía obligación legal al momento de su muerte de mantener a su mujer e hijo, prescindiendo del hecho de que dejara de cumplir en su vida con su obligación de mantenerlos.

Reconsideración fue solicitada y concedida, manteniendo la decisión sobre dos principios: 1) Suponiendo que el artículo 3.501 del Código Laboral (2), que contiene la presunción concluyente de

(2) El artículo 3.501 establece que una esposa y un hijo (menor de diecio-

dependencia, no es de aplicación a favor de extranjeros no residentes, sin embargo, el *status* de dependencia no se pierde por el hecho de que el obrero o empleado deje de cumplir con su tal obligación, pues tal obligación se basa en la Ley de California (3); 2) Prescindiendo del primer argumento, por existir un Tratado de Amistad y Relaciones Generales entre Estados Unidos y España, concluido en 1902 (4), la Ley californiana (5) es inoperante en cuanto a la mujer e hijo del fallecido, pues no les impide invocar la mencionada concluyente presunción de dependencia del artículo 3.501 del Código laboral.

De tal decisión apeló la «Industrial Indemnity Company», y con ella, Janette Brown, ejecutora de la sucesión (6) de Waverly Brown y W. O. Pearson. Los demandados son: «Industrial Accident Commission», del Estado de California, junto con María Carrión López y Francisco Avila Carrión. El caso ha sido decidido por el «District Court of Appeal, First District, Division 1, California», el 28 de julio de 1966 (7).

II

LA INDEMNIZACION

El Tribunal de Apelación del Distrito inicia su fallo con un estudio sobre la naturaleza de la indemnización en razón de accidente del trabajo. En tal caso de muerte por accidente, la «Workmen's Compensation Law» (ley de indemnización de trabajado-

cho años) se consideran con una presunción concluyente, como del todo dependientes del obrero o empleado accidentado, a los efectos de la indemnización.

(3) Código civil de California. artículos (secciones) 242 y 244.

(4) Malloy's Treaties, Conventions, etc., 1.701-1.710, 33 Stat., 2.105. Este Tratado sigue en vigor, aunque los artículos 23 y 24 han sido parcialmente derogados por Estados Unidos (1 de julio de 1916) a consecuencia de la *Seamen's Act*, 38 Stat., 1.164.

(5) El artículo 3.500 del Código Laboral, que dice: «Las presunciones de este artículo no se aplicarán a favor de los extranjeros que son no residentes de Estados Unidos al tiempo del accidente.»

(6) Véase nuestro *Sistema del Derecho anglosajón*, Depalma, Buenos Aires, 1956, págs. 99-100, o *Elementos de introducción al common law y civil law*, 1963, pág. 99.

(7) El caso es *Industrial Indemnity Company v. Industrial Accident Commission*, 52 Cal. Rptr.. 647.

res) establece indemnización pagadera a los dependientes del obrero (8). Generalmente hablando, tal dependencia es la base para la indemnización (9) y, salvo excepciones enumeradas especialmente por la ley, se presume concluyentemente que la mujer y los hijos son dependientes del empleado u obrero. En todos los demás casos la dependencia debe determinarse conforme a los hechos existentes al momento de ocurrir el accidente (artículo 3.502 del Código laboral) (10). Sin embargo, en virtud del artículo 3.500, dicha concluyente presunción no es de aplicación a extranjeros no residentes.

Es cierto que María y Francisco tienen una base legal para recibir la indemnización, porque son mujer e hijo, respectivamente, del fallecido (11); no obstante, por ser extranjeros no residentes en Estados Unidos, no tienen derecho a invocar a su favor la presunción concluyente de la ley. Por consiguiente, el Tribunal pasa a analizar la cuestión de la dependencia para establecer si en tal concepto les corresponde o no tal indemnización, ya que por veinte años el fallecido no contribuyó a su manutención.

III

EL CONCEPTO DE DEPENDENCIA

Con varias citas (12), el Tribunal establece que, si bien dependencia significa una relación presente y existente entre dos personas, en virtud de la cual una es mantenida por la otra o una depende de la otra en cuanto a sus medios de vida, sin embargo, tal concepto no implica una dependencia absoluta, sino más bien una situación en la cual una persona considera y confía en

(8) *Workmen's Compensation Law*, artículos 4.700-4.708.

(9) *Harlan v. Industrial Accident Commission*, 1924, 194, C. 352, 228, P. 654; *Rivieccio v. Bothan*, 1946, 27, C. 2d, 621, 165, P. 2d, 677.

(10) *Peterson v. Industrial Accident Commission*, 1922, 188, C. 15, 204, P. 390; *Hartford A. & I. Co. v. Industrial Accident Commission*, 1925, 197, C. 17, 239, P. 330; *Granell v. Industrial Accident Commission*, 1944, 25, C. 2d, 209, 153, P. 2d, 358; *Associacet Indem. Corp. v. Industrial Accident Commission*, 1955, 132, C. A. 2d, 564, 282, P. 2d, 519.

(11) *Harlan v. Industrial Accident Commission*, en nota 9.

(12) Citas de *Am. Jur.*, Webster's diccionarios, Campbell on Workmen's Compensation, Hanna, The Law of Employees Injuries, Larson, etc.

las contribuciones de otra (en este caso, del empleado u obrero) en todo o en parte como un medio de vida acostumbrado. «Una dependencia real es distinta de una presunta dependencia—dice la Corte—, en cuanto se mide por el monto de la contribución del empleado que éste realmente hacía para mantener a la persona dependiente.» A tal efecto, la verdadera prueba de la dependencia consiste en saber si el dependiente confiaba o no para sus medios de vida en la contribución en cuestión (13).

Como norma general para la situación considerada en el artículo 3.502 del Código laboral, que habla de «hechos» que deben determinar la dependencia, tenemos la regla de que la mera existencia de una obligación legal de mantener (a la mujer e hijo) no satisface de por sí el requisito de la verdadera dependencia. Tal regla está en armonía con la filosofía general de la Ley de indemnización por accidentes de trabajo, que es que la indemnización importa una compensación por la pérdida de la manutención (14). Los Tribunales de California han interpretado así los principios involucrados en el presente caso y a tal efecto el Tribunal cita una larga serie de por lo menos diecisiete casos judiciales (15) y afirma, en cambio, que no han sido encontrados fallos del Tribunal Supremo de California ni de ningún Tribunal de Distrito que sostuvieran que la mera obligación legal de mantener a una persona fuese suficiente de por sí para establecer una verdadera dependencia.

Dice a continuación el Tribunal: «La Comisión demandada, aun cuando obviamente al tanto de las decisiones citadas, no ha realizado ningún esfuerzo para probar su inaplicabilidad. Por el contrario, se contentó con basarse casi por completo en su propia opinión y propia decisión, tomada después de la reconsideración. Este modo *ipse dixit* de plantear el problema que nos ocupa no nos impresiona. Tanto en la argumentación oral como en una presentación posterior, el abogado de la Comisión nos urgió a revaluar el concepto de la dependencia y a definir la dependencia

(13) *London G. & A. Co., Ltd. v. Industrial Accident Commission*, 1927, 203, C. 12, 263, P. 196; *London Guarantee, etc., Co. v. Industrial Accident Commission*, 1943, 57, C. A. 2d, 616, 135, P. 2d, 7.

(14) *Spreckels S. Co. v. Industrial Accident Commission*, 1921, 186, C. 256, 199, P. 8; *Market St. Ry Co. v. Industrial Accident Commission*, 1924, 193, C. 178, 224, P. 95.

(15) Véase la lista en pág. 652.

de hecho, como para incluir un derecho legal a la manutención. La demanda cita para esta tesis «State ex rel. Wright, v. Industrial Com.» (1943) 141 Ohio St 187, 47 N. E. 2d 209. No serviría de nada discutir el caso. Estamos mistificados en lo concerniente al hecho de por qué la Comisión ignore la abundante jurisprudencia californiana para esta incursión en jurisdicción extranjera (16). Aun cuando estuviéramos libres para hacerlo, declinamos la invitación de la demandada de crear nuevas reglas de dependencia.»

No es difícil, después de lo dicho, deducir la conclusión del Tribunal, que es ésta: «Debemos concluir, por más relucientes que lo hagamos, que dichas dos personas no han sido consideradas como dependientes total o parcialmente dentro del significado de la Ley de compensación para obreros y, por ende, no puede confirmarse la conclusión de dependencia.»

IV

EL TRATADO CON ESPAÑA

Por último, el Tribunal pasa a considerar el argumento de las demandadas de que, en virtud del Tratado de Amistad y Relaciones Generales de 1902 firmado entre Estados Unidos y España (17), el artículo 3.500 del Código laboral es inaplicable a María y a Francisco por ser súbditos españoles, y, por ende, es improcedente negarles el beneficio de la presunción concluyente de dependencia total establecido en el artículo 3.501 del citado Código. A tal efecto ha dicho el Tribunal que el artículo VI del Tratado (18), invo-

(16) Por más extraño que parezca, las 50 jurisdicciones [Estados] de Estados Unidos son consideradas como «extranjeras» por cada una, de donde el *conflic of laws*-problema.

(17) Cfr. nota 4.

(18) El artículo 6.º, en la traducción del autor, reza como sigue: «Los ciudadanos o súbditos de cada una de las [dos] Altas Partes Contratantes tendrán libre acceso a los tribunales de la otra, de conformidad a las Leyes que reglamenten la materia, así como en cuanto a la prosecución y defensa de sus derechos, en todas las instancias de la jurisdicción establecidas por Ley. Pueden ser representados por abogados, y gozarán a este respecto, y en lo que concierne al arresto de las personas, la confiscación de la propiedad y allanamiento de domicilios, de sus hogares, fábricas, tiendas, almacenes, etc., de los mismos derechos y las mismas ventajas que son o serán garantidos a los ciudadanos o súbditos de la Nación más favorecida.»

cado por las demandadas, «no otorga lo que piden las demandadas», pues en tal artículo «no descubrimos nada que manifieste una intención de eximir a los súbditos de una parte contratante de las leyes de la otra concerniente a extranjeros. Tampoco se dice (en el artículo) que en cuanto al acceso a los Tribunales los súbditos de uno de los países gozarán de los mismos derechos que los súbditos del otro. En efecto, la implicación es al contrario, pues el libre acceso a los Tribunales es garantido "conforme a las leyes que regulen la materia". Tampoco ayuda la segunda parte del artículo VI a los demandados, ya que su propósito se limita a las representaciones por abogados, al arresto de las personas, a la confiscación de la propiedad y al allanamiento de domicilios. Dentro de esta area circunscrita, los súbditos españoles recibirán los mismos tratos y privilegios que los ciudadanos o súbditos de la nación más favorecida. Aun cuando ello abarque a la Ley de California, lo que nosotros rechazamos, los demandados no reclaman que otra nación favorecida goce de exención del artículo 3.500, que incidentalmente opera imparcialmente frente a todos los extranjeros no residentes.»

La indemnización otorgada queda anulada.

J. J. SANTA-PINTER.

Académico. Profesor de la University of
San Diego School of Law.

—

JURISPRUDENCIA

I.-Jurisprudencia monográfica

Jurisprudencia de Derecho Internacional Privado

RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ.

Profesor Ayudante de Derecho Civil
de la Universidad de Granada.

En el presente trabajo me he limitado a recoger toda la jurisprudencia que he encontrado referente a la materia conflictual. He obtenido una serie de sentencias del Tribunal Supremo, resoluciones de la Dirección General de los Registros y acuerdos del Tribunal Económico Administrativo Central y las he reunido por materias dentro de la amplia gama conflictual, según un orden que creo lógico, limitándome después a reproducir en cada momento la doctrina jurisprudencial en los puntos citados, y en algunos casos, no sólo a comentar, sino incluso a respetuosamente criticar algunas manifestaciones de esta doctrina.

He elegido para esta simple selección la época correspondiente a toda la posguerra, concretamente desde 1940 a 1964, ambos años inclusive, ya que antes es escasisima la jurisprudencia en esta materia, no muy abundante, por otra parte, aun en la actualidad.

En cada caso comentado hago, en primer lugar, una breve descripción del mismo. Cuando uno de ellos es objeto de inclusión en dos o más de las materias en las que convencionalmente he dividido el trabajo hago una remisión a la citada descripción, individualizando las resoluciones por medio de una letra correlativa.

En algunos asuntos, en que la doctrina judicial es obvia por responder a un caso específicamente observado en el Derecho positivo, como, por ejemplo, en muchos de los de aplicación del llamado estatuto formal, a pesar de ello, cito la resolución y extraigo un fragmento de su declaración a fin de ver con qué palabras expresa en cada caso el Tribunal su opinión acerca de la aplicación de una determinada doctrina.

Omito la cita siquiera de aquellas resoluciones idénticas a las recogidas.

I

ARTÍCULO 8. DEL CÓDIGO CIVIL: «LAS LEYES PENALES, LAS DE POLICÍA Y LAS DE SEGURIDAD PÚBLICA OBLIGAN A TODOS LOS QUE HABITEN EN TERRITORIO ESPAÑOL.»

A) *Sentencia de 28 de junio de 1948. Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo.*

Caso.—No referente directamente a conflicto internacional, aunque sí lo sea el argumento de la sentencia. Se refería a unos hechos constitutivos de pastoreo abusivo en la provincia de Vizcaya.

Motivo de impugnación.—Lo encierra el epígrafe a): «... el artículo 10 del Código civil, en su último párrafo, en relación con la Ley XV, título 20, del Fuero de Vizcaya, a tenor de cuyos preceptos debió aplicarse el Derecho Foral en cuanto era objeto de la cuestión debatida: bienes poseídos por vizcainos en tierra llana»

Tribunal Supremo.—El Tribunal Supremo resuelve lógicamente que «la obligatoriedad de las leyes penales para todos los habitantes del territorio español, proclamada en el artículo 8.º del Código civil, hace que sin distinción de regiones ni de regímenes forales se apliquen en todos los rincones del suelo patrio cuantos preceptos integran el Código penal vigente».

Comentario.—No creo que es tan sencillo como a primera vista parece, pues si bien constituye en un aspecto (acaso el único que quiso ver el Tribunal) una lógica delimitación del sentido del pá-

rrafo tercero del artículo 10, que luego otras sentencias perfilarán más, opino que no es descabellado el siguiente razonamiento:

a) El motivo de alegación del Fuero de Vizcaya se funda en la disposición del mismo que dice que, pagado un daño hecho por el ganado, el propietario del terreno que «otra vez recibiere daños por no cerrarlos no sea atendido a daño alguno», constituyendo una comunidad de pastos de la que sólo puede salirse cerrando los terrenos.

b) En este punto se observa un hecho que en el Ordenamiento común sale del Derecho civil para entrar de lleno en el penal, mientras en este Derecho foral conserva un tinte civil de daño extracontractual o, mejor dicho, de ausencia de daño en este caso.

c) En este problema se encierra una cuestión que pudiera llamarse de calificación en sentido amplio, puesto que el Tribunal no hace sino encerrar un hecho de la vida en un determinado concepto jurídico que no es el mismo en otro ordenamiento que en principio no se descarta como aplicable. Todo lo cual constituye una calificación. Es fácil imaginar lo que hubiera concluido por fallar si, en vez de hacer antes que nada la calificación, se hubiera atendido a la disposición lisa y llana del artículo 10, párrafo 3.º .

Toda esta elucubración se desvirtúa al fin si se observa que es difícil hablar de necesidad y procedencia de calificaciones en los conflictos entre Derecho común y foral; que un Juez, en un conflicto semejante, pero con una legislación extranjera, no foral, en juego, cuando según la *lex fori* el hecho fuera constitutivo de delito ni siquiera se plantearía la cuestión de calificación que ya de por sí parece restringida a los casos en que el conflicto o divergencia lo es entre conceptos civiles, y que, en fin, el artículo 8.º debe prevalecer en todo caso sobre el párrafo 3.º del artículo 10, en el sentido de ser ésta una excepción del artículo 10, repetido, y como tal, entendida restrictivamente.

Pero desde luego esta cuestión podría permitir amplio comentario, justificado cuando el problema hubiera sido internacional estricto.

B) *Sentencia de 19 de noviembre de 1957. Criminal.*

Caso.—Un sujeto había introducido y vendido en España kilo y cuarto de la sustancia estupefaciente llamada griffa, comprada en Larache (Marruecos).

Motivo de impugnación de la sentencia.—Por lo que se deduce, se alega la inaplicabilidad de la Ley española sobre estos hechos, que la marroquí no considera delictivos.

Tribunal Supremo.—Pronunciamiento lógico de la Sala Segunda: «... sean cualesquiera las disposiciones que en otros países regulen o toleren el tráfico de dicho tóxico, la prohibición en España obliga a su observancia, como Ley penal, a todos los que habitan en territorio español, conforme al artículo 8.º del Código civil, prohibición que pretendió burlar el reo al introducir...»

Comentario.—Interpreta según su finalidad el artículo 8.º, sancionando con Ley española hechos constitutivos de delito realizados en España, y por un español, aunque este dato es irrelevante ante el artículo 8.º citado.

C) *Sentencia de 2 de abril de 1959. Criminal.*

Caso.—B. A. entregó al procesado, residente en Andorra, la cantidad de 44.073,20 pesetas, en género, para proceder a su venta en el Principado. El procesado devolvió en envases, géneros y pagos, la cantidad de 26.903,95, sin dar cuenta del destino de las 17.169,25 restante, después de haber sido requerido varias veces.

Motivo de impugnación.—Contra la condena a la pena de un año de presidio menor, como autor de un delito de apropiación indebida, se recurre alegando que el delito fue perpetrado, en su caso, fuera del territorio español. Alegación que no fue hecha ante el Tribunal *a quo*.

Tribunal Supremo.—El Tribunal estima que «en cuanto a la [infracción] del artículo 8.º del Código civil, precepto que debe ser

tenido en cuenta en la aplicación de la Ley penal, tal cuestión ni se ha planteado ni ha sido objeto de discusión en instancia..., y al ser reconocida no sólo por el Juzgado instructor, sino también por los juzgadores la soberanía española sin que previamente hubiera sido discutida, es evidente que en el estado procesal actual no cabe alegación sobre tal materia...»

Comentario.—Formula la Sala Segunda la idea (muy discutible, desde luego) de la inaplicabilidad de oficio del artículo 8.º del Código civil, exigiendo su alegación en primera instancia, considerando la que se haga ante el Tribunal Supremo como una cuestión de hecho no susceptible de examen por este Tribunal.

D) *Sentencia de 30 de junio de 1962. Contencioso-Administrativo. Administrativo.*

Caso.—Un súbdito alemán, residente en España, venía usando un coche marca «Opel Olimpia», propiedad de su esposa, la cual no tenía tarjeta de residencia en España. Los agentes del Servicio Especial de Vigilancia Fiscal levantaron acta de aprehensión del citado automóvil. Ahora es impugnado el fallo del Tribunal Superior de Contrabando, que había apreciado la infracción de defraudación de menor cuantía.

Motivo de impugnación.—Se alega la condición de extranjeros de los encartados.

Tribunal Supremo.—La Sala Tercera estima, en este punto, que, «según el artículo 8.º del Código civil, las Leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que habitan en territorio español, siendo equiparadas a las Leyes penales las de Contrabando y Defraudación, y, desde luego, las de carácter fiscal son aplicables a los extranjeros... cuando concurren las circunstancias básicas para la tributación».

Comentario.—Hace en este caso el Tribunal Supremo una equiparación que creo excesiva e innecesaria, puesto que podía haber llegado al mismo resultado por la simple aplicación directa de las disposiciones fiscales sobre la territorialidad de los impuestos indirectos.

E) *Sentencia de 19 de noviembre de 1963. Criminal.*

Caso.—Este presente, aunque sólo da lugar a un artículo de previo pronunciamiento, podría darlo a consideraciones interesantes por los problemas que encierra. Los hechos fueron: el encargado de un establecimiento de Ceuta es acusado de encubrimiento en el robo de 3.000 plumas Parker, realizado en Tánger (Marruecos) por un súbdito inglés. El encubrimiento, acompañado de la venta de lo robado, encierra los hechos típicos del delito conocido en nuestro Código penal como receptación.

Motivo de impugnación de la sentencia.—Se alega en contra de la jurisdicción de la Audiencia Provincial de Cádiz (a que pertenece, según la división judicial, la ciudad de Ceuta), declinatoria de jurisdicción basada en que el acusado es extranjero, en que la mercancía se recibió en Gibraltar (por lo que se alega la competencia de los Tribunales ingleses), y en que los hechos no son delictivos por no serlo en el país en que se cometió el delito de origen (Marruecos).

Tribunal Supremo.—El artículo de previo pronunciamiento decide en parte el Tribunal Supremo la cuestión diciendo respecto al primer punto que «al tener lugar [la receptación] en territorio español, según la acusación fiscal, no contradicha en este punto por el procesado al reconocer que en Ceuta se recibió la mercancía y se procedió a su reventa, a los Tribunales españoles corresponde su conocimiento de acuerdo con el principio territorial de las Leyes penales consagrado en el artículo 8.º del Código civil y el 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que erróneamente se suponen infringidos en este recurso; conocimiento no declinable, aunque el acusado sea extranjero—art. 333 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, siempre que no se encuentre comprendido entre los exceptuados por el artículo 334 de esta Ley, no invocado aquí por el recurrente».

Respecto a los puntos segundo y tercero, dice la Sala Segunda que son «verdaderas excepciones perentorias donde se plantean delicados problemas de fondo de Derecho Penal Internacional que

no pueden resolverse por la vía de un simple artículo de previo pronunciamiento, sino que han de llevarse al juicio oral...»

Comentario.—Aparte de la lógica declaración hecha en primer lugar por la Sala, en la segunda estima necesitadas de «todas las garantías procesales y elementos probatorios» las alegaciones hechas a su competencia.

En este punto, con ánimo de lucubrar, dejando aparte la competencia de los Tribunales ingleses, que no creo dé lugar a cuestión en punto a los hechos realizados en Ceuta, sería interesante estudiar detenidamente la alegación de que los consistentes en delito de receptación no lo constituyen en el país en que se cometió la infracción que lo originó. Aunque opino que, consistiendo este delito en unos determinados hechos típicos, se da el mismo en cuanto estos hechos existen, como en este caso, independientemente de hechos anteriores de otras personas y de la calificación que la Ley procedente para estos últimos dé a aquéllos (los constitutivos de receptación en este caso).

Aunque más curiosa cuestión podría suscitarse, a los ojos de las normas de conflicto, en el supuesto de que el delito original no lo fuera en el país en que se sometió, ¿sería perseguible el encubrimiento de un hecho que la Ley aplicable, según resulte de nuestras normas conflictuales, no considera delito? ¿Es posible encubrimiento sin delito encubierto? Pero esto es otra cuestión.

II

ARTÍCULO 9.º DEL CÓDIGO CIVIL: «LAS LEYES RELATIVAS A LOS DERECHOS Y DEBERES DE FAMILIA, O AL ESTADO, CONDICIÓN Y CAPACIDAD LEGAL DE LAS PERSONAS, OBLIGAN A LOS ESPAÑOLES, AUNQUE RESIDAN EN PAÍS EXTRANJERO.»

A) *Sentencia de 12 de marzo de 1942. Civil.*

Caso.—José L. y B. contrajo matrimonio canónico en Madrid con doña Clara de M. y S. de J., el 15 de junio de 1894. A instancia de dicho señor se siguió ante los Tribunales franceses juicio de

divorcio vincular y el 2 de febrero de 1914 recayó sentencia, decretándolo. El 29 de mayo de 1918, en Petrogrado, casó José L. y B. con doña Ana K. Sobre la base de estos hechos, y después de fallecido el señor L., doña Ana K. dedujo ante uno de los Juzgados de Primera Instancia de los de Madrid demanda de mayor cuantía contra doña Clara de M. y la herencia yacente del señor L., con la pretensión de que se declarase a la demandante legítima esposa del finado, con todos los derechos que el Código civil atribuye al cónyuge viudo. Desestimada la demanda en ambas instancias, fue interpuesto a nombre de la demandante recurso de casación por infracción de Ley, que fue igualmente desestimado.

Motivo de impugnación.—Se aducen varios, afectando al Derecho Internacional Privado el que plantea la errónea aplicación del artículo 11, párrafo primero, del Código civil y el que alega que, al ser interpuesta la demanda en octubre de 1932, había sido incorporado a nuestro Derecho el divorcio vincular por la Ley de 2 de marzo de aquel año y era válido el decretado con anterioridad a instancia de españoles en país extranjero, afirmándolo además con la doctrina de una sentencia de 5 de junio de 1934, que lo reconoce.

Tribunal Supremo.—A ambos puntos responde nuestro Tribunal diciendo: respecto al primero: que «sobre la base inconvenciente en este recurso de que el señor L. era español al solicitar y obtener el divorcio en Francia, es indudable que a la sazón estaba sometido a la legislación de nuestro país en materia de matrimonio y divorcio, conforme a la teoría del estatuto personal, recogida en el artículo 9.º del Código civil, y, con eficacia en España, no pudo pedir la disolución del vínculo conyugal que la legislación patria tenía por indisoluble en aquella fecha, ni por lo mismo pudo contraer válidamente segundas nupcias en el año 1918, en que se mantenía vivo el matrimonio contraído en España y con mujer española en 1914... por aplicación del principio que informa dicho artículo 9.º, y más concretamente, por virtud de las normas que contienen los artículos 11, en su párrafo final, 51, 52, 83, número 5, y 104 del mismo Código.

Al segundo extremo, más difícil, contesta que la doctrina de la sentencia citada «no ha sido reiterada ni, en su virtud, constituye

jurisprudencia» y que la legalidad vigente en aquel momento de la demanda «ha sido derogada por la Ley de 23 de septiembre de 1939, que restableció las normas del Código civil, y a esta Ley habría de darse en el caso de autos efecto retroactivo por el sentido que la inspira, como afectada por el orden público».

Comentario.—La doctrina referente al primer motivo de casación parece impecable. Igual la desautorización de una sentencia aislada. Pero lo que ya no parece tan claro es el argumento utilizado para desvirtuar la alegación respecto a la Ley vigente al interponerse la demanda. Si la Ley y la sociedad de la postguerra han tenido que transigir con multitud de situaciones matrimoniales creadas al amparo de la Ley de Divorcio, no parece suficiente la alegación del orden público para dotar de unos efectos retroactivos a una Ley que ni ella misma se otorga. Parece excederse a la función jurisdiccional. Aunque, dado que la admisión que dicha Ley hace de ciertas situaciones de divorcio se reduce a las constituidas dentro de la vigencia de la repetida de 1932, era preciso encontrar alguna forma de, en falta de precepto aplicable (ya que la Ley de 1932 estaba derogada y la de 1939 no concedía virtualidad retroactiva), sancionar una situación que, en verdad, el nuevo orden público no podía permitir.

B) Sentencia de 15 de diciembre de 1943. Civil.

Caso y doctrina.—Esta última se concreta al decir que no se infringe el principio consagrado por el artículo 9.º con la simple enunciación de disposiciones extranjeras.

En efecto, en un asunto referente a materia matrimonial rechaza como uno de los motivos de casación el de aplicación indebida del artículo 9.º del Código al decir que «es evidente que, por lo que al citado artículo 9.º se refiere, el Tribunal *a quo*, al referirse en sentido simplemente comparativo y de doctrina a las legislaciones modernas extranjeras y especialmente a la francesa, no ha rozado lo más mínimo, ni lo ha pretendido, con el principio personal que rige en nuestro sistema de normas de conflicto, las materias referentes a estado y capacidad».

Comentario.—No es preciso, por la accesoriedad de la doctrina contenida en este considerando.

C) *Sentencia de 12 de mayo de 1944. Civil.*

Caso.—Mariano P. C., entonces soltero y miembro de la Carrera Diplomática española, contrae matrimonio civil el 25 de mayo de 1926 en el Registro de uno de los distritos de Londres con doña Jeanne Renée C., súbdita francesa, divorciada por sentencia de los Tribunales de su país de 13 de noviembre de 1923, con referencia al matrimonio canónico que el 27 de mayo de 1913 había contraído con un súbdito también francés, no fallecido en la expresada fecha de 25 de mayo de 1926.

Motivo de impugnación.—Ante uno de los Juzgados y Audiencia de Madrid se sigue juicio de mayor cuantía por Jeanne Renée C. contra don Juan P. C., sobre que se declare el derecho de la demandante al usufructo vidual en la herencia de don Mariano P. C. Derecho que se reconoce en instancia. Interpuesto por la parte demandada recurso de casación por infracción de Ley, se declara haber lugar a él.

Tribunal Supremo.—Declara en su sentencia que «el artículo 9.º del Código civil, de acuerdo con los principios de Derecho internacional privado, estatuye que a los españoles, aunque residan en el extranjero, obligan las Leyes patrias en lo relativo al estado, condición y capacidad de las personas; y como entre esta clase de Leyes, llamadas personales, figuran las atinentes al matrimonio, institución de singular importancia como base que es del sistema jurídico familiar, y los impedimentos dirimentes afectan a la capacidad, con arreglo a las Leyes españolas habrá que decidir la cuestión antes enunciada». Y luego, en aplicación de estas Leyes, fundándose en la indisolubilidad del vínculo, bien sea canónico o civil, que su sistema establece y supone, y fundado el Tribunal Supremo en el artículo 51 del Código civil, declara que «Mariano P. no pudo válidamente contraer el matrimonio que celebró en Londres porque subsistía, según su Ley nacional, el vínculo del canónico anteriormente llevado a efecto por doña Jeanne Renée».

Comentario.—Este fallo constituye una pura aplicación, llevada a su extremo, pero consecuente, de la teoría de la personalidad de ciertas Leyes, consagrando su vigencia no sólo por lo que directamente al sujeto respecta, sino para toda la relación en que intervenga, con lo que se llega al resultado, que en ciertas ocasiones puede resultar injusto, de que una persona, la otra parte en la relación, siendo ajena y desconocedora de una Ley, sea afectada por ella, como en este caso.

No citando este fallo la cuestión acerca de la facultad de contraer matrimonio civil, según la Ley española, que pudo tener Mariano P., creo lógico suponer que efectivamente reunía los requisitos que el artículo 42 del Código civil y disposiciones concordantes exigen para el válido matrimonio civil de un español, puesto que si así no fuera pudiera haberse zanjado la cuestión más fácilmente por simple aplicación del citado artículo 42, sin necesidad de pasar a la condición de la otra parte y a ulterior declaración. Problemas que hubiera podido eludir, por otra parte, por la simple aplicación de la idea que en ese año 1944 aún sustentaba, ilógicamente, el Tribunal Supremo sobre la interpretación del párrafo tercero del artículo 100 de nuestro Cuerpo legal civil sobre la forma de los matrimonios civiles de españoles en el extranjero. Idea que veremos aplicada repetidamente en el apartado destinado a este artículo.

D) *Sentencia de 29 de septiembre de 1956. Civil.*

Caso.—Se considerará en varios lugares de este trabajo por sus variadas facetas conflictuales. Se trataba de un matrimonio de mejicanos residentes en España. La mujer interpone demanda en juicio de alimentos contra su esposo, por importe de dos facturas de internado del hijo de ambos en un colegio.

Motivo de impugnación.—El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda. La Audiencia Territorial la revocó, estimándola en parte. Se interpone recurso de casación contra la de la Audiencia por parte del demandado, por varios motivos. En relación con el artículo 9.º del Código civil, se alega

la incompetencia de los Tribunales españoles para conocer una cuestión entre extranjeros exclusivamente.

Tribunal Supremo.—A esta alegación contesta la Sala Primera diciendo que «olvida (el recurrente) que el artículo 9.º del Código civil sienta el principio de la Ley nacional para regular los derechos de familia, siguiendo el sistema ya establecido por la jurisprudencia de este Tribunal y, en consecuencia, establecer la remisión a otra Ley; pero ello no implica la abstención del Tribunal requerido, que tiene una competencia categóricamente atribuida por el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento civil».

Comentario.—En este punto, único de los de la sentencia que aquí interesa, sienta el Tribunal Supremo, además de la vigencia del artículo 9.º, incluso en los casos en que su observación supone la inaplicabilidad de la Ley española, la presunción, básica en nuestro sistema judicial, de que nuestros Tribunales son competentes para conocer toda cuestión que se les plantee, sin que esto prejuzgue nada a favor de la Ley española.

E) *Sentencia de 30 de enero de 1960. Civil.*

Caso.—Su enunciado es indiferente, puesto que la declaración que interesa es incidental. Se refiere a la sucesión de un español residente en Méjico.

Tribunal Supremo.—Siendo uno de los puntos debatidos el de la Ley aplicable, en uno de los considerandos de la sentencia, incidentalmente, a modo de explicación, se dice que «independientemente de la falta de relaciones existente entre nuestra nación y dicho Estado americano, que no puede influir en cuanto a la legislación aplicable a los derechos privados de las partes...»

Comentario.—Se sienta, pues, la doctrina de que no es obstáculo a la aplicación del principio personal consagrado por el repetido artículo 9.º el que el país cuya Ley resulta aplicable, según el mismo, no mantenga relaciones diplomáticas con España.

F) *Sentencia de 10 de octubre de 1960. Civil.*

Caso.—Es muy interesante y dará lugar a comentario también en otro lugar. Los hechos son: Narciso F., español, tiene del matrimonio con Carmen V., española, dos hijas: Teresa y Elena F. V. El matrimonio contraído era el canónico. El citado Narciso va a Cuba, adopta la nacionalidad cubana y allí obtiene el divorcio vincular de su matrimonio canónico. Contrae, en su virtud, segundas nupcias con Norberta R., cubana, de la cual nace una hija, Manuela F. R., de nacionalidad cubana, por tanto. Pasan los años. Muere en España Bernabé F., hermano de Narciso F. (muerto éste previamente). A la sucesión *abintestato* de Bernabé concurren y obtienen declaración de herederas, como colaterales en grado más próximo, las hijas del repetido Narciso, Teresa y Elena, las del primer matrimonio, sobrinas del finado. Hecha la declaración, se interpone demanda de mayor cuantía contra las citadas Teresa y Elena por el representante de Manuela F. R., la hija habida por Narciso con su segunda esposa; pero nacida, a todo esto, antes de que aquél hubiera obtenido divorcio del matrimonio canónico primero. Por tanto, hija adulterina.

Motivo de impugnación.—En la demanda se alega la condición de sobrina que concurre en la actora, sobrina legítima, además, en virtud de la legitimación que supuso el matrimonio de sus padres. Fundándose, claro está, no en la Ley española, que en ningún caso admite la legitimación de hijos adulterinos, sino en la cubana; concretamente, en la de 15 de agosto de 1938, que admite la legitimación de los hijos a sus padres, estuviesen o no en el momento de la concepción en aptitud de contraer matrimonio legal. Por cuya virtud puede la actora ostentar su condición de legítima según su Ley.

Hay que observar la dificultad de la cuestión y su interés. Porque, supuesta la vigencia del artículo 9.º, la Ley que deba determinar la condición de Manuela F. es la cubana, que la dice legítima. Y conocidas también las disposiciones sucesorias españolas (que son las rectamente aplicables), a Bernabé F. deben sucederle *abintestato*, en primer lugar, sus sobrinas, entre las que a primera vista debiera incluirse Manuela, tan legítima según

su Ley como las otras según la suya (que coincide ser la española, pero que pudo ser otra).

Tribunal Supremo.—El Tribunal ante este problema adopta una postura que parece discutible y que comento aquí en otro lugar. A la alegación del repetido artículo 9.º responde aceptándola en cuanto es válida en orden a calificar la condición personal de la actora; pero haciendo una salvedad, en que está, creo yo, lo criticable, al decir que «la recurrente olvida que en el caso no se trata de amparar uno de los derechos específicamente y con claridad meridiana referidos en el artículo 9.º del Código civil ni de un problema general de capacidad, que en otro caso tendría en dicha norma su lugar adecuado, sino de resolver con arreglo a la Ley española si en la sucesión *abintestato* de un español, regida por las Leyes patrias, pueden tener la misma condición las sobrinas del causante, ungidas con el sello de la legitimidad, y la que en ningún momento tuvo a los ojos del Derecho patrio esta condición, ya que entonces no puede entrar en juego el artículo 9.º del Código, sino los preceptos del Derecho sucesorio aplicables a la sucesión de los colaterales propiamente dichos...»

Comentario.—Con lo cual entiendo, aunque no lo diga muy claramente la sentencia, que lo que se hace es apoyarse en el artículo 10 del Código en cuanto ordena que las sucesiones *abintestato* se rijan por la Ley nacional del causante, según la cual la actora no goza de la condición de legítima. Pero creo que esto supone igualmente excederse en la aplicación de la Ley, pues ésta, en todo caso, habría de aludirse en toda cuestión relativa solamente al orden de suceder, a la cuantía de los derechos de la sucesión y a la validez intrínseca de las disposiciones, si existe testamento. Claro que también la demanda, previendo sagazmente la contestación judicial a su pretensión, formula este pensamiento. Al que responde el Tribunal diciendo que «este argumento no puede tomarse en consideración en casos como el que aquí está en litigio, porque no se trata de discernir si la señora reclamante tiene, en relación con su padre y con arreglo a su Ley nacional, una u otra condición, sino de que produzca efectos decisivos en una sucesión gobernada por una Ley que le es ajena y que, por serlo, ha de aplicar e interpretar un Tribunal extran-

jero, en relación con la sucesión *abintestato* de un súbdito suyo, con entera independencia de los actos que fuera del país y en pugna con las Leyes fundamentales organizadoras de la familia hubiera podido eventualmente realizar el padre de la reclamante y ella misma».

Réplica que no me parece concluyente, puesto que no ataca directamente a la objeción de la limitación del ámbito del párrafo segundo del artículo 10, sino que la elude, llevándola por un razonamiento que ya en sus últimas palabras parece estar citando al orden público, concepto en virtud del cual acaso sí pueda ignorarse la legitimidad de la actora, pero al que se puede y se debe recurrir sin necesidad de interpretar ilógicamente el claro precepto del artículo 10 en su segundo párrafo. Como luego, pareciendo que recuerda un argumento ya olvidado, hace la sentencia en otro considerando que traeremos a su lugar apropiado.

G) *Sentencia de 29 de septiembre de 1961. Civil.*

Caso.—Será objeto de comentario en varios lugares y se funda en una acción declarativa de validez de un matrimonio celebrado en Bulgaria, según el rito judío, por un búlgaro y una búlgara y la consiguiente nulidad del contraído posteriormente por ese sujeto con una española, por lo civil, en España, sin haberse disuelto aquél.

Tribunal Supremo.—Formula claramente el estatuto personal, añadiendo que si bien el artículo 9.º sólo alude literalmente a los españoles en el extranjero y no a los extranjeros en España, ambas hipótesis están comprendidas en su espíritu... Por consiguiente, la Ley nacional del marido es la que rige el matrimonio de extranjeros.

H) *Resolución de la Dirección General de los Registros de 25 de marzo de 1950.*

Caso.—Se trataba de la negativa de inscripción por el Registrador mercantil de Santander del extracto de un acta notarial

belga relativa a una Junta general de la Sociedad en comandita de aquella nacionalidad «Solvay et Cie.», celebrada en Bruselas.

Motivo del recurso gubernativo.—Entre otros—por lo que aquí afecta—, el argumento contenido en la nota del Registrador, basado en «no testimoniarse (en el acta) lo pertinente de los Estatutos referente a las Juntas generales extraordinarias y su constitución».

Resolución.—Consagra la doctrina del estatuto personal en relación con las personas jurídicas, al decir que «se ha de tener presente que la Ley nacional de la Sociedad debe regular todo lo relativo a la capacidad, derechos y deberes de los socios entre sí y con la Sociedad».

Respecto a la alegación hecha por el Registrador, añade la Dirección General que la copia literal del acta, debidamente traducida y legalizada, en unión del certificado consular correspondiente, excusan la prueba de que la constitución de acuerdos sociales ha sido de conformidad con las correspondientes cláusulas de los Estatutos, las cuales no deben ser testimoniadas porque deben constar (los Estatutos, se entiende) íntegros en el Registro y pueden consultarse directamente [por el Registrador].

III

ARTÍCULO 10 DEL CÓDIGO CIVIL: «LOS BIENES MUEBLES ESTÁN SUJETOS A LA LEY DE LA NACIÓN DEL PROPIETARIO; LOS BIENES INMUEBLES, A LAS LEYES DEL PAÍS EN QUE ESTÁN SITOS. SIN EMBARGO, LAS SUCESIONES LEGÍTIMAS Y LAS TESTAMENTARIAS, ASÍ RESPECTO AL ORDEN DE SUCEDER COMO A LA CUANTÍA DE LOS DERECHOS SUCESORIOS Y A LA VALIDEZ INTRÍNSECA DE SUS DISPOSICIONES, SE REGULARÁN POR LA LEY NACIONAL DE LA PERSONA DE CUYA SUCESIÓN SE TRATE, CUALESQUIERA QUE SEAN LA NATURALEZA DE LOS BIENES Y EL PAÍS EN QUE SE ENCUENTREN.»

A) *Sentencia de 11 de febrero de 1952. Civil.*

Caso.—Se trataba de las operaciones particionales de la herencia de un francés que había otorgado testamento en España.

Motivo de impugnación.—Invocando el párrafo segundo, se impugnan por uno de los herederos las actuaciones de los contadores-partidores, no autorizadas por la legislación francesa.

Tribunal Supremo.—Pero la Sala restringe a la letra de la disposición el alcance del citado párrafo y dice que «la única restricción que el artículo 10 de nuestro Código civil impone a la aplicación de la Ley territorial en materia de sucesión causada por extranjeros en España se refiere al imperio de la Ley nacional del testador o causante de la sucesión, en cuanto afecta solamente al orden de suceder, a la cuantía de los derechos sucesorios y validez intrínseca de sus disposiciones, aplicándose en cuanto a formas de ejecución de los testamentos la Ley del país en que hayan sido otorgados, según prescribe el artículo 11 del Código español».

Comentario.—Como excepción que es de la disposición del párrafo primero, la interpretación del segundo procede en sentido restrictivo.

B) *Acuerdo de 24 de junio de 1952. Tribunal Económico-Administrativo Central.*

Comentario.—De todo el acuerdo interesa en este punto la lógica declaración de que la salvedad del artículo 10, en su párrafo segundo, no afecta a las disposiciones fiscales en vigor en el país a que los bienes están vinculados.

C) *Acuerdo de 2 de marzo de 1954. Económico-Administrativo.*

Tribunal Supremo.—Sienta este acuerdo idéntica doctrina en la sucesión de un español domiciliado y testado en Inglaterra, al decir que «los beneficiarios de la misma (la herencia) están sujetos a las obligaciones tributarias que el Derecho público correspondiente establece para los bienes que estén materialmente sitos en territorio nacional o que, sin estarlo, se consideren a dichos efectos como legalmente sitos en España».

Comentario.—La doctrina es la misma, pero los supuestos son distintos entre éste y el anterior fallo. Creo que el fundamento de la sujeción al Derecho tributario de un país no debe hacerse en nuestro Derecho recurriendo al artículo 10 ni a ningún otro del Código civil, sino a los principios tributarios de territorialidad de ciertos impuestos y personalidad de otros.

D) *Sentencia de 22 febrero de 1960. Civil.*

Caso.—Se discutía acerca del testamento otorgado en Bolivia por un sujeto, español de origen, cuya nacionalidad al momento de otorgar testamento era dudosa.

Tribunal Supremo.—Entre otras declaraciones, interesan aquí las que hace esta sentencia al fijar que:

a) Las palabras «Ley nacional» del artículo 10, párrafo segundo, significan la competencia de la Ley del causante, su Ley nacional, pero en el momento preciso de testar.

b) Es indiferente que en el testamento se haga o no mención de su Ley nacional ni de su nacionalidad.

c) A estos efectos, no interesa cuál sea la apariencia de nacionalidad, sino cuál sea exactamente la verdadera.

IV

ARTÍCULO 11 DEL CÓDIGO CIVIL: «LAS FORMAS Y SOLEMNIDADES DE LOS CONTRATOS, TESTAMENTOS Y DEMÁS INSTRUMENTOS PÚBLICOS SE RIGEN POR LAS LEYES DEL PAÍS EN QUE SE OTORGUEN. CUANDO LOS ACTOS REFERIDOS SEAN AUTORIZADOS POR FUNCIONARIOS DIPLOMÁTICOS O CONSULARES DE ESPAÑA EN EL EXTRANJERO, SE OBSERVARÁN EN SU OTORGAMIENTO LAS SOLEMNIDADES ESTABLECIDAS POR LAS LEYES ESPAÑOLAS. NO OBSTANTE LO DISPUESTO EN ESTE ARTÍCULO Y EN EL ANTERIOR, LAS LEYES PROHIBITIVAS CONCERNIENTES A LAS PERSONAS, SUS ACTOS O SUS BIENES, Y LAS QUE TENGAN POR OBJETO EL ORDEN PÚBLICO Y LAS BUENAS COSTUMBRES, NO QUEDARÁN SIN EFECTO POR LAS LEYES O SENTENCIAS DICTADAS NI POR DISPOSICIONES O CONVENCIONES ACORDADAS EN PAÍS EXTRANJERO»

A) *Sentencia de 20 de diciembre de 1915. Contencioso-Administrativo.*

Caso.—Se trataba de una acción de impugnación de registro de marca en el de la Propiedad Industrial. La Compañía actora, la americana «The Bates Manufacturing Company», por medio de su presidente, confirió poder al procurador español E. M.

Motivo de impugnación.—Se excepciona por el demandado, estimando que no está acreditada la condición de presidente de dicha Compañía en la persona que otorgó el poder.

Tribunal Supremo.—Estima el Tribunal Supremo, en contra, que es «de notar la consecuencia que se deriva de la adopción de la doctrina del estatuto formal por el artículo 11, párrafo primero, del Código civil, que hace inaplicables las solemnidades exigidas por la legislación española a la escritura de mandato otorgada en New Jersey por dicho poderdante ante un Notario norteamericano».

Afirma luego bastar la traducción del jefe de Interpretación de Lenguas y un certificado del Secretario de Estado de Nueva Jersey de que el funcionario de dicho Estado está debidamente facultado por las Leyes para autorizarlo y que han de darse entera fe y crédito a sus actos oficiales.

Comentario.—Con esta doctrina, que vemos muy repetida en el Tribunal Supremo, parece quebrar la doctrina sobre la prueba del Derecho extranjero en cuanto que se alivia de sus requisitos, ya que no se puede dudar que el Derecho notarial es verdadero Derecho, aunque de entidad adjetiva, y si aquí basta la palabra de un funcionario extranjero, como es el Secretario de Estado de New Jersey, para acreditar el Derecho vigente en su jurisdicción y acreditar que ese Derecho estima suficiente el poder otorgado ante un determinado autorizante, no se ve claro por qué no habría de bastar esa misma palabra para declarar cuál sea, según el Derecho civil de su Estado, el plazo de prescripción de obligaciones, por citar un ejemplo de Derecho material.

B) *Sentencia de 27 de diciembre de 1955. Contencioso-Administrativo.*

Caso.—Presupuesto idéntico al anterior, respecto a una Compañía de New York.

Tribunal Supremo y comentario.—El mismo pronunciamiento sobre el alcance del artículo 11 y diferencia del anterior en que no hace precisar; según parece, la garantía de un funcionario superior que refrende las facultades del Notario, puesto que dice que «va incluido el llamado certificado notarial, en el que la misma funcionaria autorizante de los dos mandatos antes aludidos hace constar su conocimiento del otorgante y que ha visto los Estatutos de la entidad hoy demandante... Por lo que, de un lado, no puede afirmarse que sea insuficiente el poder otorgado...»

C) *Sentencia de 20 de febrero de 1956. Contencioso-Administrativo.*

Caso.—Presupuesto y pronunciamiento de la Sala idénticos, *mutatis mutandis*, a los de la sentencia A) de este grupo de resoluciones.

D) *Sentencia de 19 de febrero de 1957. Contencioso-Administrativo.*

Caso.—Se plantea la misma cuestión. La excepción de falta de personalidad en el procurador se repite en varias sentencias que no he citado por ser sus pronunciamientos muy semejantes a algunos de los vistos anteriormente.

Comentario.—Traigo a colación este fallo porque en él se encuentra la ventaja de que se aluden preceptos legales admitiendo documentos públicos extranjeros. Así, afirma que «es lo cierto que, conforme a lo dispuesto en los artículos 11 del Código civil y 600 de la Ley de Enjuiciamiento civil, los documentos otorgados en otras naciones tendrán el mismo valor en juicio que los otorgados en España si en su redacción se han observado las formas y solemnidades establecidas en el país donde hayan tenido lugar los actos o contratos». Lo que no deja, me parece, de contrastar con la dureza que se sigue en cuanto a la prueba del Derecho material, que luego veremos, pues siempre cabe preguntar a ese Tribunal acerca de quién le convence de que los documentos presentados reúnen los requisitos necesarios y han sido autorizados por la persona competente según la Ley extranjera, y de que en todos los Derechos positivos un mismo funcionario tiene la misma fe.

Si bien se puede contestar que la internacionalización de la materia notarial, fruto de su naturaleza, y las solemnidades que generalmente se exigen permiten una mayor amplitud.

E) *Sentencia de 22 de febrero de 1960. Civil.*

Caso.—Se refiere, en el apartado D), de las sentencias que se ocupan del artículo 10 del Código.

Tribunal Supremo y comentario.—En lo que afecta a la prueba de la nacionalidad del causante, en este fallo se encuentra repetidamente confirmada la idea del estatuto formal y el valor definitivo de todo documento válido en el lugar en que se expidió y

con el mismo alcance que en este lugar. Dice que los documentos públicos, «al hallarse expedidos por funcionarios de otra nación debidamente legalizados para su autenticidad en España..., demuestran por sí mismos la equivocación evidente del juzgador.. » en la apreciación de la prueba basada únicamente en tales documentos.

F) *Sentencia de 29 de septiembre de 1961. Civil.*

Caso.—Lo reproduce la sentencia G), tratando del artículo 9.º, y allí me remito.

Tribunal Supremo.—Tratándose acerca de la validez o no del matrimonio celebrado por rito judío en Bulgaria, se acoge la doctrina del estatuto formal al decir que «para que en nuestra Patria surta efectos civiles el contraído por extranjeros en el extranjero es necesario que se celebre con las solemnidades establecidas en el país en que se contraiga, en virtud del principio tradicional *locus regit actum*, que constituye regla unánime en el Derecho positivo y que consagra el artículo 11 de nuestro Código civil...»

G) *Resolución de la Dirección General de los Registros de 25 de marzo de 1950.*

Caso.—El que se cita con la letra H) al tratar del artículo 9.º del Código civil.

Motivo del recurso gubernativo.—El Registrador en su nota alega: «2.º Falta de constitución de la Junta (que modificó los Estatutos sociales), al menos en términos de poder apreciar los concurrentes y su haber social o documento que lo acredite. 3.º No poder calificar con las letras "etc.", consignadas después del único nombre de don Louis Solvay, bajo el número 1, los que comparecen; no expresarse su edad, estado y segundo apellido, y si los aludidos con las citadas letras son todos o parte, y, en este caso, cuenta de los socios.»

Resolución.—Después de reconocer la regla *locus regit actum*

en el artículo 11 del Código civil, establece que ello «no puede inferirse que la traducción legalizada de un extracto del acta de la Junta general extraordinaria, celebrada en Bruselas, sea inscribible en el Registro Mercantil sin que previamente se acredite que reúne todos los requisitos establecidos por la legislación belga y, además, el mínimo de datos para consignar en la inscripción las circunstancias que éste debe contener según la legislación española...»

Comentario.—Observamos en este supuesto un conflicto planteado sobre el alcance del llamado estatuto formal. La resolución parece correcta en su conclusión. No tanto, acaso, en su argumentación, basada, al parecer, en una limitación de la regla *locus regit actum*. Más bien lo que lleva a la solución apropiada al conflicto es la vigencia indiscutible de la citada regla, sin limitaciones, pero puestos en el ángulo de mira del carácter de las normas que establecen el contenido necesario y mínimo de todo documento que pretenda su acceso al Registro Mercantil. Parece indudable su condición de normas puramente formales. En este sentido pensamos en una misma conclusión, pero basada únicamente en el argumento de que, de la misma forma en que no se puede negar (en base al artículo 11) validez y eficacia pública al acta notarial del autorizante belga, igualmente no es posible dudar de que un acto «de forma», como es la inscripción en un Registro Mercantil de nuestro país, ha de sujetarse en su mecánica a las normas que a este efecto se establecen en todos sus detalles, insignificantes algunos, pero manifestación, al fin, de una manera de entender los resortes precisos de garantía y publicidad de terceros que, en último término, la legislación registral de todo tipo persigue.

V

ARTÍCULO 100, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO CIVIL: «LOS CÓNSULES Y VICECÓNSULES EJERCERÁN LAS FUNCIONES DE JUECES MUNICIPALES EN LOS MATRIMONIOS DE ESPAÑOLES CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO.»

A) *Resolución de 19 de febrero de 1945. Dirección General de Registros.*

Caso y pronunciamiento.—Se trataba de un matrimonio español que había contraído el vínculo en Francia, por lo civil. Con este motivo, la Dirección General, apoyada en este artículo, concluye que en el extranjero los Cónsules serán los únicos funcionarios capacitados para desempeñar la misión de autorizar matrimonios civiles entre españoles. Justificando, además, esta norma como de indiscutible justicia, ya que «en caso contrario podrían los españoles infringir las disposiciones referentes al matrimonio civil trasladándose al extranjero».

Comentario.—Esta resolución, de discutible justicia, se basa en la aplicación estricta o, mejor, exagerada del precepto del artículo 100. El razonamiento no parece lógico, pues si bien siguiendo fielmente la teoría del estatuto personal procede la exigencia en todo matrimonio de españoles de los requisitos de fondo que para celebrarlo en forma civil se exigirían dentro de nuestra Patria, no se ve bien por qué, supuesto el cumplimiento de estos requisitos, se ha de hacer en este punto una excepción al principio del estatuto formal, que en ningún caso puede dar lugar a una evasión de Ley en fraude de la misma. Porque, por otra parte, el inconveniente de la no constancia registral de un matrimonio celebrado ante funcionario extranjero no puede contradecir la realidad evidente de que el matrimonio se concluyó válidamente, porque válidamente también podían concluirlo según nuestro Derecho y sus requisitos para el matrimonio civil.

Precisamente para solucionar esta injusticia y esta exagerada interpretación, que dice más de lo que el artículo 100 parece querer decir la nueva Ley sobre el Registro Civil prescribe ahora en

su artículo 73 que «cuando el matrimonio se contrajera en país extranjero, con arreglo a la forma del país o en cualquier otro supuesto en que no se hubiere levantado el acta correspondiente, la inscripción sólo procederá en virtud de expediente». Precepto éste curioso y amplio, puesto que empieza por admitir que el matrimonio de españoles por lo civil se otorgue ante funcionario o en la forma prescrita en el país en que se celebre, y que al decir que lo que se supedita al expediente es la inscripción, parece suponer o supone, aun sin expediente, la validez del mismo matrimonio, lo cual no es sino ponerse en una postura justa y lógica.

B) *Resolución de la Dirección General de Registros de 27 de noviembre de 1948.*

Caso.—Aquí la variante estaba en que, si bien el marido era español, la mujer era francesa, y el matrimonio contraído en Francia en la forma prescrita por aquella Ley.

Resolución y comentario.—Aquí la Dirección General se muestra progresista, teniendo en cuenta que se dictó antes de ser promulgada la nueva Ley sobre Registro Civil, con la innovación antes aludida. Se concilia el estatuto personal con la idea del *locus regit actum*, con un argumento que expresa claramente cuando dice que «tratándose de matrimonios celebrados por españoles con francesas, con arreglo a las solemnidades de la Ley local, y habiéndose acreditado la acatolicidad de las partes, es procedente su transcripción en el Registro Civil que llevan los agentes diplomáticos consulares, pues sentar la doctrina contraria, concediendo exclusivamente facultades a los Cónsules para celebrar matrimonios civiles en que alguno de los contrayentes es súbdito del país, produciría en muchos casos la antinomia de que dichos matrimonios no serían reconocidos por la Ley local, en donde acaso se propongan residir los contrayentes, y por otra parte, el artículo 100, apartado tercero, del Código civil se refiere a los matrimonios de españoles en el extranjero y no a los matrimonios mixtos de español y extranjera, sin que tampoco resulte vulnerado el artículo 42 si se acompañan documentos acreditativos de su condición acatólica.

Se ve lo forzado de la *sui generis* interpretación que se da a la palabra «españoles» del artículo y párrafo comentados, posiblemente por no contradecir la doctrina de la resolución anteriormente citada, pero viéndose en la necesidad de dar un fallo justo y razonable. Sin darse cuenta que, aun interpretando ese término «españoles» incluso en los casos de matrimonios mixtos, no se contradice la letra (y menos el espíritu) del repetido artículo 100. Como después lo ha confirmado palpablemente el nuevo texto del artículo 73 de la Ley sobre Registro Civil de 8 de junio de 1957.

VI

ARTÍCULO 1.325 DEL CÓDIGO CIVIL: «SI EL CASAMIENTO SE CONTRAJERE EN PAÍS EXTRANJERO ENTRE ESPAÑOL Y EXTRANJERA O ESPAÑOLA Y EXTRANJERO, Y NADA DECLARASEN O ESTIPULASEN LOS CONTRATANTES RELATIVAMENTE A SUS BIENES, SE ENTENDERÁ, CUANDO SEA ESPAÑOL EL CÓNYUGE VARÓN, QUE SE CASA BAJO EL RÉGIMEN DEL DERECHO DE GANANCIALES, Y, CUANDO FUERE ESPAÑOLA LA ESPOSA, QUE SE CASA BAJO EL RÉGIMEN DEL DERECHO COMÚN EN EL PAÍS DEL VARÓN; TODO SIN PERJUICIO DE LO ESTABLECIDO EN ESTE CÓDIGO RESPECTO DE LOS BIENES INMUEBLES.»

A) Sentencia de 30 de junio de 1962. Civil.

Caso.—Este se repite tratando de la prueba del Derecho extranjero. Por eso reproduzco totalmente los antecedentes de este conocido caso. El súbdito italiano Amadeo T. vino antes de 1924 a España, fijando su residencia en Bilbao, donde trabajó en su oficio de obrero mecánico. El 22 de enero del citado año de 1924 contrajo matrimonio canónico, inscrito en el Registro civil, en la iglesia parroquial de Santiago de dicho Bilbao, con doña Teresa L. M., natural de Burgos. Después de la guerra de Liberación el matrimonio se trasladó a la anteiglesia de Guecho, adquiriendo en 1944 el señor T. la nacionalidad española. El 28 de julio de 1954 el repetido señor T. murió *ob intestato*, siendo declarados herederos sus dos hijos y la viuda por su cuota. Contra ella (la declaración) demanda uno de los herederos, Ana María T. L., solicitando que

se declare que la herencia de su padre debe regirse por la Ley italiana y no la española, o, mejor aún, impugna la liquidación de la sociedad de gananciales, según ella improcedente, por ser el régimen de separación (el legal presuntivo en Italia) el que rigió el matrimonio de sus padres, o debió regirlo.

Tribunal Supremo.—Aparte de la curiosa doctrina emitida con relación a la prueba del Derecho extranjero, que luego veremos, trata el fallo, de manera independiente, de la cuestión del régimen matrimonial. En este punto afirma como argumento para desestimar la demanda que «ni se demostró que el matrimonio T. haya vivido en régimen de separación de bienes, con las aportaciones privativas de los cónyuges, y en cambio el de gananciales ha dejado públicas y continuas pruebas adveradas en el momento procesal oportuno». Diciendo más adelante, cuando responde a cada motivo de casación, que «el sistema supletorio de la llamada sociedad de gananciales ya vino practicándose de hecho, según afirmación del Tribunal *a quo*, durante la vida del nexo conyugal, situación que ahora no puede ignorarse...»

Comentario.—Con este pronunciamiento parece pretender el Tribunal Supremo que el régimen matrimonial, por lo menos el presuntivo legal, puede desvirtuarse por la práctica de otro distinto. Con lo que eso significa en contra del fin de la Ley al regular el régimen matrimonial con una característica indudable y lógica: la de la invariabilidad. Porque es consustancial a esta institución matrimonial el de ser garantía invariable de los intereses que se quisieron proteger al adoptar uno determinado o al acatar el que la Ley establece en defecto de pacto. Y esto, parece lógico concluir, sin que quepa prueba en contra, como supone nuestro propio Derecho al estatuir la inalterabilidad del régimen matrimonial aun mediando declaración expresa derogatoria por parte de ambos cónyuges.

Por ello, en el caso presente, creo que no se debió pasar, ni hubo necesidad, fuera lógica o no la decisión, de la determinación del Derecho que debía regir el matrimonio T.-L. Porque: o es el español, en cuyo caso no se discutiría el régimen de gananciales, o es el italiano, como parece lógica deducción a la vista del artículo 1.325, en cuyo caso es el de separación. O, como afirma luego

la sentencia, contradiciéndose en parte, es el de Italia el Derecho competente, pero, no probado (y otra cosa será discutir esta afirmación), rige el español, es decir, el régimen de gananciales. Pero sin que en ninguna de las tres alternativas sea argumento el hecho de que se practicó uno u otro, pues consolidar esta idea es dejar al arbitrio de las partes la determinación última de su régimen, cosa que la institución repugna.

VII

LA CUESTIÓN DE LA CALIFICACIÓN.

A) *Sentencia de 17 de abril de 1956. Civil.*

Caso.—Consistía en una demanda de litis expensas hecha por su esposa a Teodoro O. P., siendo ambos de nacionalidad austriaca.

Motivo de casación. Uno de ellos es la aplicación indebida del artículo 9.º del Código, alegando el marido la competencia del Derecho austriaco.

Tribunal Supremo.—Además de la referente a la alegación y prueba del Derecho extranjero, que veremos, contiene esta sentencia una curiosa doctrina sobre un punto acerca del cual nunca la jurisprudencia española se había pronunciado: este de la calificación de un hecho de la vida para encuadrarlo en uno u otro concepto jurídico. Lo formula claramente por su nombre doctrinal, diciendo que «la cuestión relativa a la obligación del marido a facilitar a la esposa los gastos procesales entraña un problema de calificación del carácter jurídico que se dé a la relación, y si bien el Derecho austriaco considera como parte de la obligación de dar alimentos—relación personal—en otros, como el alemán y el nuestro, se deriva del régimen legal de bienes matrimoniales—relación patrimonial—, y en caso de conflicto de cuál sea la Ley aplicable, la doctrina más difundida y seguida por la mayoría de los autores entiende que debe ser resuelto por la *lex fori*, es decir, por la Ley vigente en el territorio jurisdiccional del Tribunal que

conozca el asunto, doctrina tanto más de aplicación cuanto que en realidad una y otra legislación reconocen la obligación del marido de satisfacer litis expensas a su cónyuge...»

Comentario.—Más claramente no se puede formular esta discutida cuestión, aunque aquí no se vea clara la procedencia de su planteamiento en cuanto que cualquiera que fuera la Ley calificatoria (la *lex fori* o no), siempre en este caso la austríaca sería la procedente, y no porque se siga la doctrina de la Ley del foro en el dilema calificador, ni tampoco porque esta Ley reconozca «también» la obligación de litis expensas, sino porque las relaciones patrimoniales de los cónyuges están tan dentro de la esfera de «derechos de familia» a que alude el artículo 9.º, como las relaciones estrictamente personales. Siendo, pues, el Derecho austríaco el procedente, dejando para otro punto el de su prueba.

B) *Sentencia de 10 de octubre de 1960. Civil.*

Caso.—Es referente a la sucesión en el título de Marqués de Prado Ameno, a que aspira un extranjero.

Motivo de impugnación.—Se plantea el problema de determinar si esta cuestión se encuentra entre las que enumera el artículo 9.º del Código (en cuyo caso sería la Ley nacional del aspirante la aplicable) o se encuentra entre las cuestiones objeto del Derecho sucesorio, en cuyo caso procede aplicar la Ley del causante, la española. Y se plantea, aunque no repare en ello la sentencia, el dilema de decidir qué Ley ha de determinar la pertenencia a una u otra materia.

Tribunal Supremo.—Lo resuelve (sin plantearlo) la misma sentencia, aunque parece por su términos que está pensando en la cuestión sin nombrarla, decidiendo por la vigencia de la *lex fori*, cuando dice que «en ninguna de las disposiciones de la referida Ley se excluye a los extranjeros de la posible aplicación a los mismos de dicha legislación sobre títulos nobiliarios y, consiguientemente, del disfrute de los mismos..., materia ésta que el derecho sucesorio regula y a la que, por ende, son las disposiciones del Código civil las verdaderamente aplicables...»

Comentario.—En una palabra, que estima ser problema sucesorio, a regir por la Ley del causante. Con lo que está claro que el Tribunal ha hecho (consciente o no) una calificación de cuyo resultado pudo depender (acaso no) la orientación total del fallo. No hay más que imaginar el posible caso de que el extranjero lo sea de un país en el que no se admite la ostentación de títulos nobiliarios y, por tanto, carece de legislación de este tipo tan especial. Dejada la calificación a aquella Ley, podría llegarse fácilmente al otro extremo a que se llegó: a la negación al extranjero de todo derecho a suceder.

VIII

TÉCNICA DEL REENVÍO.

A) *Resolución de la Dirección General de los Registros de 30 de junio de 1956.*

Caso.—Fue presentada en el Registro de la Propiedad, para su inscripción, la escritura de protocolización de operaciones particionales de la herencia de María Luisa G. C., natural de la República Argentina, con residencia permanente en San Sebastián durante treinta años.

Motivo de impugnación.—Fue denegada la inscripción por varios defectos. Contra la denegación se recurre al presidente de la Audiencia, que revoca la nota del Registrador. Apelado el auto del Presidente, la Dirección General acuerda confirmar el auto apelado. El tercer motivo de denegación de la inscripción era que, siendo la causante de nacionalidad argentina, si en lo referente a la fórmula o módulo particional había de regir su estatuto personal, la partición mediante contador (cuya actuación se impugnaba) no está establecida en la legislación de su país de origen. Es decir, que el Registrador, en su nota, acude al Derecho material de la legislación a que le remite la recta aplicación de nuestro artículo 10.

Resolución.—La Dirección General, por el contrario, adopta el criterio de acudir no a la norma material, sino a la conflictual de esa misma legislación. Es decir, se pone en la actitud necesaria para que aquélla le reenvíe el caso. Que es lo que aquí precisamente sucede, siguiendo luego la aceptación por la Dirección General del reenvío que la Ley extranjera hace a la española. Expresa la cuestión de la siguiente forma: «Respecto al tercer punto considerado por el Registrador en su nota, que el artículo 10 del Código civil español dispone que la sucesión en general se regirá por la Ley del causante, y dado que los criterios seguidos por el Derecho internacional privado para determinar la Ley nacional aplicable son diversos, comoquiera que el artículo 7.º del Código civil argentino otorga la preferencia a la Ley del domicilio, que la causante tenía establecido en territorio español, procede aplicar la Ley española, conforme a la cual cabría admitir el nombramiento de contador partidor.»

Comentario.—La aplicación de la técnica del reenvío es clara, aunque no alude nominalmente a la operación que realiza. Este es un buen ejemplo a citar como referencia a la Ley conflictual a que las propias normas de colisión remiten.

Lo que también cabe decir en este caso, y en vista de uno semejante que hemos observado en la sentencia A), de las que tratan del artículo 10 del Código, es que, sin recurrir a Ley extranjera, con una recta aplicación de nuestro artículo 10, se llega a la misma solución, de manera mucho más técnica, aunque menos aparatosa. Porque la remisión que nuestro citado artículo hace a la Ley nacional de la persona de cuya sucesión se trata, no es en todo caso a problema surgido en su sucesión, sino concretamente en los referentes al orden de suceder, a la cuantía de los derechos sucesorios o a la validez intrínseca de las disposiciones hereditarias. No a cuestiones de forma o accesorias, como podría ser la existencia o no de contador-partidor y sus funciones. Esta doctrina es la que contiene la sentencia citada y creo hubiera procedido aquí igualmente. Aunque así se tiene la oportunidad de contar con un pronunciamiento, aunque no sea del Tribunal Supremo, que admite y aplica la técnica discutida del reenvío.

IX

EXCEPCIÓN DE APLICACIÓN DE LEY EXTRANJERA, CUANDO PROCEDE, POR
RAZÓN DE FRAUDE DE LA LEY.A) *Sentencia de 12 de mayo de 1944. Civil.*

Caso.—Está visto antes en la sentencia C), de las que tratan del artículo 9.º del Código. Se ataca el matrimonio del español con la francesa divorciada. Además de la alegación del artículo 51 de nuestro Código, claramente violado, la Sala sigue haciendo consideraciones acerca de este particular conflicto.

Tribunal Supremo.—Y en una de ellas alude claramente al concepto de fraude de la Ley, para no aplicar la Ley francesa (en cuanto que ésta era la nacionalidad de la esposa) o la inglesa (en cuanto que en Inglaterra se celebró el matrimonio). Más aún, de la inglesa en concreto, puesto que la francesa quedaría descartada por la aplicación de la regla de que los conflictos surgidos del matrimonio se arreglarán de acuerdo con la Ley del marido. A mayor abundamiento dice que: «Considerando: Que el Tribunal *a quo* funda la desestimación de la acción de nulidad esgrimida en este juicio en que el expresado matrimonio se celebró en Inglaterra según las Leyes allí vigentes y en que ahora sólo se trata de juzgar la validez de esta unión y no de la disolución de otro enlace obtenida por uno de los contrayentes con arreglo a su Ley nacional; y dejando aparte que el admitir la licitud de los actos de los españoles en el extranjero, contrarios a las Leyes vigentes en España, cuando éstas sean aplicables como lo son las referentes al matrimonio, además de privar de eficacia al citado artículo 9.º del Código civil, hace posible el fraude de la Ley...»

Comentario.—No es preciso, porque la Sala hace una simple alusión al concepto comentado, aunque no se vea clara la procedencia de la declaración en este caso.

B) *Resolución de la Dirección General de los Registros de 12 de julio de 1949.*

Caso.—Se trataba de un sujeto nacido en los Estados Unidos de padres españoles. Por acto otorgado ante un Juzgado comarcal en España, en jurisdicción voluntaria, había hecho constar su renuncia a cuantos derechos tuviere en España, en virtud de su vecindad en aquella nación americana por más de quince años. Promovida la inscripción de pérdida de nacionalidad española, la Dirección General de Seguridad consulta a la de los Registros sobre la cuestión.

Resolución.—La Dirección contesta diciendo entre otras cosas que: «no obstante, dicha pérdida de nacionalidad (la del art. 17) sólo debe ser reconocida si la misma no implica un fraude de Ley, el cual debe principalmente consistir en el propósito de eludir el servicio militar». Y en el caso observado niega que el sujeto citado pueda ser considerado americano. Se considera, pues, el concepto de fraude de la Ley y uno de los medios en que puede fundarse, que es la pérdida de nacionalidad.

X

EXCEPCIÓN A LA APLICACIÓN DE LA LEY EXTRANJERA, CUANDO PROCEDE,
POR RAZÓN DE ORDEN PÚBLICO.

A) *Sentencia de 23 de febrero de 1944. Civil.*

Caso.—Un matrimonio extranjero, residente en España, ha contraído el vínculo únicamente por lo civil. Uno de los cónyuges casado anteriormente (no se dice, ni interesa al caso, si canónica o civilmente), acude a los Tribunales españoles promoviendo acción de disolución de unión civil, amparado en las disposiciones de la Ley de 23 de septiembre de 1939, dictada para regularizar situaciones creadas por la Ley republicana de divorcio, y que permitía

las declaraciones de nulidad de uniones posteriores a un divorcio, con fines exclusivamente de tranquilidad de conciencia.

Impugnación.—Examinada la cuestión, lógicamente parecería lo normal rechazar la demanda, porque, de acuerdo con el artículo 9.º de nuestro Código, aplicado el estatuto personal, queda esta cuestión fuera del amparo de una Ley española. Así lo estimó la Audiencia de Madrid en una primera instancia y luego previa súplica emitida por el Ministerio Fiscal y el actor.

Tribunal Supremo.—Distinto opina la Sala Primera, que aplicando con quizá excesivo celo la doctrina de la excepción de orden público, declara que «considerando: que si bien en materia de derechos y deberes de familia y estado de las personas son, en general, de aplicación las Leyes del país de origen—criterio reflejado en el artículo 9.º de nuestro Código civil—, ello se entiende en cuanto dichas Leyes no se opongan a las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, según expresa el artículo 11 del mismo Código; y si se tiene en cuenta la enorme trascendencia que en materia de buenas costumbres ofrece cuanto afecta a los caracteres de unidad e indisolubilidad del vínculo conyugal, se impone la consecuencia de someter su regulación a nuestras Leyes y con mayor razón si el matrimonio se celebró en nuestro país y los cónyuges—cualquiera que sea su nacionalidad—tienen en él su domicilio».

Comentario.—Este es un caso ejemplar de inaplicación de Ley extranjera, aquí alegada en vía de excepción, por razón de orden público enemigo de los principios de la Ley rectamente aplicable.

B) Sentencia de 12 de mayo de 1944. Civil.

Caso.—Se expone en la sentencia C), referente al artículo 9.º. Se discute sobre la validez del matrimonio entre español y francesa divorciada, válidamente según su Ley.

Tribunal Supremo.—El Tribunal formula como argumento final el de orden público imperante en el territorio sometido a su jurisdicción. Al afirmar la invalidez del matrimonio citado, por ser

inconciliable la disolución del vínculo matrimonial (en general, y en concreto el de la contrayente) «con los principios religiosos, morales y jurídicos que informan el orden público del Estado español» y «como, ante este conflicto o colisión entre la Ley extranjera aplicable y el orden público debe prevalecer siempre, sin excepción alguna, este último, la adecuada inteligencia del artículo 11 del Código civil obliga a separar de entre los efectos del expresado divorcio el de la disolución del vínculo y a apreciar la subsistencia de éste, y en consecuencia, la nulidad del expresado matrimonio».

Comentario.—La formulación del concepto y de sus efectos es clara. Como también lo es la alusión a la relatividad del mismo orden público cuando, ante la alegación de que la demanda se formuló estando vigente la Ley republicana de Divorcio vincular, contesta la Sala que a la Ley de 23 de septiembre de 1939, derogatoria de aquel régimen legal, «ha de darse efecto retroactivo siempre que, como en el presente caso, resulte afectado el contenido del nuevo orden público establecido». Con lo que salva la actuación del Tribunal que, imperante la Ley de Divorcio vincular, se acogió al orden público que esta Ley suponía para aplicar o no, según los casos, la Ley extranjera.

C) *Sentencia de 10 de octubre de 1960. Civil.*

Caso.—Está expuesto en la sentencia F), tratando del artículo 9.º Dado que la Ley cubana admite la legitimación por subsiguiente matrimonio de los hijos adulterinos, una persona que se encuentra en esta situación, alegando su legitimidad, pretende acceder a la herencia de un hermano de su padre.

Tribunal Supremo.—El Tribunal argumenta utilizando una interpretación, que no creo muy pura, del artículo 10 del Código. Como se ve y se comenta en su lugar. Creo que acierta más cuando funda su desestimación en el concepto de orden público. Idea que desde la instancia viene siendo objeto de consideración, puesto que el fallo alude a uno de los motivos de impugnación de la sentencia del Tribunal *a quo*, diciendo que el recurrente estima erró-

neamente interpretado el artículo 11 del Código en cuanto que, según él, la admisión de un hijo adulterino como legítimo no roza el orden público y las buenas costumbres. A este motivo contesta la Sala formulando una idea del repetido orden público que interesa reproducir. Dice que, «aun siendo muy vaga y muy confusa esa noción, y aun siendo también exacto que la idea de orden público internacional tiene legitimamente más amplio campo de aplicación en el Derecho público que en el privado, no por ello dejan de ofrecerse situaciones, como la de autos, en que se produce una notoria colisión entre la Ley extranjera y la nacional, y en tal supuesto sólo la apelación al orden público puede salvar el conflicto, y del mismo modo que mediante una jurisprudencia reiterada y conocidísima este Tribunal ha puesto coto a todo intento de atacar a la legislación reguladora del matrimonio mediante disposiciones y actos realizados en país extranjero, de igual suerte en este caso se niega a parificar la situación de los hijos nacidos, como ha podido apreciarse, en una de estas situaciones irregulares que, por añadidura, también lo eran a la luz de la Ley extranjera cuando la hija nació en condiciones que le privaban de la legitimidad, obtenida después con efecto retroactivo...»

Comentario.—Esta alegación del orden público sí que parece argumento válido para desvirtuar el recurso interpuesto. A pesar de lo discutible que puede ser el hecho de que tan desmesuradamente se extienda el concepto de orden público, verdadero peligro de esta técnica.

D) *Sentencia de 12 de marzo de 1942. Civil.*

Caso.—Muy semejante al de la sentencia B) de este apartado. La misma alegación de haberse planteado la demanda durante la vigencia de la Ley de Divorcio vincular de 1932.

Tribunal Supremo.—La Sala atribuye igualmente efecto retroactivo a la Ley de 23 de septiembre de 1939 «como afectada por el orden público».

E) *Sentencia de 14 de noviembre de 1963. Civil.*

Caso.—Manuel María M. S. y Erudina B. R. contrajeron matrimonio civil en 1914, en país extranjero, conforme a la Ley y ante funcionario de aquel territorio. El 14 de enero de 1959 el citado Manuel María interpone demanda de nulidad de matrimonio civil.

Tribunal Supremo.—La Sala, lo mismo que el Juez de Primera Instancia y el Tribunal *a quo*, estima procedente la demanda, fundándose en la exacta alegación del artículo 100 del Código en su párrafo tercero. Dejando aparte la consideración que pueda merecer la usual interpretación de este precepto (cosa que he hecho en su lugar) y contestando a la alegación que hace la recurrente de errónea aplicación del artículo 11 del mismo Código, el Tribunal Supremo emite una interpretación curiosa del orden público, por lo menos del citado por el artículo 11 en su párrafo tercero. Cuando dice: «... sin que lo expuesto (la procedencia de la demanda de nulidad de matrimonio civil) esté en contradicción con el artículo 11 del propio Código sustantivo al establecer que las formas y solemnidades de los contratos se rigen por las Leyes del país en que se otorguen, pues el último párrafo, a modo de limitación o salvedad de los anteriores, exceptúa de esta regla las Leyes o actos concernientes a las personas y los que tienen por objeto el orden público o las buenas costumbres que, por afectar a la comunidad y en consecuencia al orden social, tienden a salvaguardar el interés general, muy por encima y superior al privado de las partes, que entra en todo negocio jurídico, todo lo cual es derivación de la norma que sienta el artículo 9.º conforme al cual el estatuto personal es de obligatoria observancia para los españoles, aunque residan en el extranjero...»

Comentario.—Este pronunciamiento no parece muy lógico con la doctrina emitida al tratar del artículo 100, párrafo tercero, puesto que introduce el concepto de orden público, que no había necesidad de aludir. Este recurso entiendo ha de ofrecerse como argumento cuando falta norma positiva que excluya la Ley extranjera, es decir, cuando ésta, siendo procedente, no quiera ser aplicada. Es otro el caso presente, en que la simple aplicación del

artículo 100 citado, sea o no bien interpretado, excluye la Ley del país en que se contrajo y, por tanto, el artículo 11 en su párrafo primero. Artículo y párrafo que hubieran podido desvirtuarse no por un concepto de orden público, de dudoso contenido, sino lisa y llanamente por otro precepto positivo: el del artículo 100. Más aún, en el mismo campo de los principios, no parece que vaya contra ningún orden público el que dos españoles que pudieron válidamente contraer matrimonio civil con arreglo a su Ley, lo hagan ante funcionario y con las formalidades extranjeras.

Pero, además, hay otro punto, más perteneciente al Derecho civil puro, que creo puede ser interesante y que esta sentencia olvida, cuando su constancia hubiera podido dar un giro total al fallo. Dice la sentencia que el Tribunal *a quo* no contraviene el artículo 70 de la Ley de Registro Civil, pero sí de la «vigente cuando el matrimonio tuvo lugar». Con lo cual es presumible que contesta a un motivo de casación del recurrente en el que éste alegaría el texto del actual artículo 70 de esa Ley, que dice que «los efectos del matrimonio canónico o civil se producirán desde la celebración. Para que los efectos sean reconocidos—sigue—, bastará la inscripción del matrimonio...»

Precepto que claramente separa la validez del matrimonio (entre los que el recurrente querría incluir el civil celebrado en el extranjero) y la inscripción del mismo. Aparte de que sería discutible la no retroactividad de este precepto, hay un argumento que me parece claro. Es el siguiente: el artículo 73 de la Ley sobre el Registro Civil de 1957 dice: «Cuando el matrimonio se contrajera en país extranjero, con arreglo a la forma del país o en cualquier otro supuesto en que no se hubiera levantado aquel acta, la inscripción sólo procederá en virtud de expediente.» Este artículo admite la validez del matrimonio entre españoles que hubieran podido celebrarlo civilmente en España, con arreglo a una forma extranjera. Si bien exige su inscripción. Pero separando inscripción y validez, por tanto.

Y hay más. La disposición transitoria de esa misma Ley de Registro Civil dice: «La presente Ley regirá respecto de los hechos acaecidos a partir de su vigencia y en cuanto a los anteriores, sujetos a inscripción, aún no inscritos.» Según este precepto, creo que se puede afirmar que matrimonios como el de autos pue-

den ser inscritos en virtud del expediente a que alude el artículo 73. Nada más lejos de esto que la declaración de nulidad que de él hace el Tribunal, cuando lo más que parece procedente es declarar su no inscripción actual y, por tanto, la negación de los efectos que requieran de dicha inscripción. Y no la nulidad, que no ampara la interpretación de las aludidas normas, ni la justicia, en último término.

XI

ALEGACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO.

A) *Sentencia de 29 de septiembre de 1956. Civil.*

Caso.—Está explicado en la sentencia D), tratándose del artículo 9.º Allí se defendía la competencia de los Tribunales españoles para conocer un asunto en que las partes eran unos extranjeros. Respecto a la discusión acerca del Derecho aplicable a la resolución del asunto, aceptada en principio la procedencia de la Ley extranjera, como aplicación del artículo 9.º, se plantea el problema de la alegación de esa Ley.

Tribunal Supremo y Comentario.—En este punto son de observar dos pronunciamientos de la Sala acerca de dos cuestiones: una, la alegación del Derecho extranjero. Confirma la doctrina de la necesidad de su alegación, al decir que, «si bien la parte demandante ha de justificar los hechos constitutivos de su demanda, el demandado viene obligado a hacerlo respecto de los constitutivos de su oposición, y en este sentido pudo alegar la Ley extranjera como medio de prueba, debiendo acreditar su existencia y sentido conforme lo exige la doctrina jurisprudencial en numerosas sentencias...» Con lo cual expresa claramente su concepto del Derecho extranjero como un hecho más de los de interés en la relación que se discute, necesitando de alegación como todos ellos.

La otra cuestión, íntimamente relacionada con la anterior, es la de la posibilidad de aplicación por los Tribunales de instancia del Derecho extranjero, no habiendo sido éste alegado. No se pro-

nuncia el Tribunal de una manera clara sobre esta cuestión, pero parece admitir la citada aplicación, pues después de hacer constar que las partes no alegaron el Derecho extranjero procedente dice: «... no obstante lo cual, el Tribunal de instancia tuvo en cuenta lo dispuesto por la Ley nacional de los litigantes (la mexicana) en orden a la obligación de prestar alimentos...» Con ello afirma implícitamente la procedencia de la aplicación de oficio de la Ley extranjera, pues no la rechaza, como sería lógico pensar si se concibe que la Ley extranjera es un mero hecho más de los de la vida jurídica. No es un pronunciamiento concluyente, de todas formas, pero puede valer como curiosidad.

B) Sentencia de 16 de diciembre de 1960. Civil.

Caso.—Se refiere a la sucesión intestada de un extranjero afincado en España. Son declarados herederos sus ocho hijos, a partes iguales. Surge un conflicto entre los coherederos por razón de la comunidad.

Motivo de casación.—Se alega, como impugnación de la sentencia de la Audiencia, el hecho de que el causante fuera extranjero.

Tribunal Supremo.—Dice el Tribunal: «... y por lo que atañe a la supuesta condición de extranjeros de los de *cuius*, también ha de decirse que tratándose de bienes radicados en España, de una sucesión abierta en esta nación y de interesados presuntamente españoles, cuando no se alega ni se acoge nadie en el momento procesal oportuno a lo que dispone el artículo 10, párrafo segundo, del Código civil, los Tribunales no pueden renunciar la aplicación de nuestras Leyes, declinando su imperio, y de oficio eliminar el Código civil y aplicar un Derecho extranjero que no tienen por qué conocer y que, al no alegarlo los interesados, ha de entenderse que prescinden o renuncian a su aplicación».

Comentario.—Con ello se delimita el problema que la sentencia anterior planteaba, en el sentido de declarar, de acuerdo con la postura inicial, al Derecho extranjero fuera del ámbito del *ius novit curia*, es decir, la inaplicabilidad de oficio de dicho Derecho.

XII

PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO.

A) *Sentencia de 6 de marzo de 1947. Criminal.*

Caso y alegación.—Con motivo del impago por un Banco inglés de un cheque se acciona de estafa contra el librador por falta de provisión de fondos. Se alega la Ley inglesa.

Tribunal Supremo.—La Sala no duda en afirmar que «la vigencia de las Leyes extranjeras representa un punto de hecho sujeto a la prueba demostrativa consiguiente».

Comentario.—Aceptación de la doctrina, que va a ser repetidísima, de que el Derecho extranjero, como excluido de la vigencia del *ius novit curia*, ha de ser probado como un hecho más de los de interés en la resolución.

B) *Resolución de la Dirección General de los Registros de 25 de marzo de 1950.*

Caso.—Se presenta a la inscripción en el Registro Mercantil de Santander una copia parcial del acta de la Junta general de la Sociedad belga «S. y Compañía, S. A.», con una sucursal en Torrelavega, por la que se modificaban sus Estatutos, acompañada de su traducción. Se suspende la inscripción por no testimoniarse lo pertinente de los Estatutos en orden a las facultades de las Juntas y su constitución, y otros motivos.

Resolución.—La Dirección General hace una aplicación concretísima de la doctrina aludida en la sentencia anterior cuando dice que la regla *locus regit actum*, consagrada por el artículo 11 del Código, no puede dar lugar a que «la traducción legalizada de un extracto del acta de la Junta general extraordinaria, celebrada en Bruselas, sea inscribible en el Registro Mercantil sin que previamente se acredite que reúne todos los requisitos establecidos por la legislación belga...»

Comentario.—Con lo que se requiere la prueba del Derecho extranjero, incluso del que da fuerza a documentos otorgados bajo su jurisdicción.

C) *Sentencia de 20 de diciembre de 1955. Contencioso-Administrativo.*

D) *Sentencia de 27 de diciembre de 1955. Contencioso-Administrativo.*

E) *Sentencia de 20 de febrero de 1956. Contencioso-Administrativo.*

Casos.—Se exponen en las sentencias A), B) y C), de las que tratan del artículo 11 del Código.

Tribunal Supremo.—Allí también se hace alusión a la postura que adopta la Sala respecto a la prueba del Derecho extranjero (pues no deja de ser Derecho el que establece qué fuerza da la presencia de determinados funcionarios en la dación de los documentos). Allí se hacía también notar la desviación que de la regla general sobre la prueba del repetido Derecho extranjero se hace en favor de los documentos notariales. Excepción que a los ojos de la lógica no deja de ser justa, dada la garantía que supone un documento público y la frecuencia de su necesidad en toda clase de actuaciones. En una de estas sentencias se declara suficiente, como prueba de este Derecho, el certificado notarial en el que el funcionario declara conocer a la persona autorizada.

F) *Sentencia de 17 de abril de 1956. Civil.*

Caso.—Los hechos se exponen en la sentencia A) de las que tratan el problema de la calificación.

Tribunal Supremo.—Formula dos pronunciamientos relativos a la alegación y prueba del Derecho extranjero. Al decir primero

que «el *onus probandi* incumbe al que afirma un hecho impositivo de la estimación de la acción ejercitada»—en este caso, cuáles sean las disposiciones del Derecho austriaco en esta materia—, y luego que, aparte de esto, «el recurrente venía obligado a cumplir su dicho, lo que no ha hecho, pues no es medio de prueba admitido por la doctrina jurisprudencial el dictamen de dos letrados españoles...»

Comentario.—Se limita, pues, a rechazar este dictamen como medio de prueba, sin determinar cuál considera suficiente. Claro que no cita sentencias en que apoyar esa afirmación de la insuficiencia del dictamen de dos letrados españoles.

G) *Sentencia de 23 de mayo de 1956. Contencioso-Administrativo.*

Caso.—En litigio emprendido por una Compañía extranjera se excepciona por falta de personalidad en el Procurador, por no constar que los otorgantes del poder sean representantes legales de dicha Sociedad.

Tribunal Supremo.—Responde la Sala diciendo que «no puede menos de estimarse suficientemente acreditada la personalidad de los otorgantes en la representación que ostentan, como la del Procurador apoderado que en su nombre y representación ejercita el presente recurso, pues a tenor de la Ley de Enjuiciamiento civil en su artículo 600, en concordancia con el artículo 11 del Código, los documentos otorgados en otras naciones tendrán el mismo valor que los otorgados en España si en su extensión se han observado las formas y solemnidades establecidas en el país donde se han verificado los actos o contratos...»

Comentario.—Con ello se reitera la suavidad jurisprudencial respecto a la prueba de actos o contratos celebrados en el extranjero por medio de documentos otorgados allí y con las formalidades en el lugar establecidas, suavidad que contrasta con la dureza en la exigencia de pruebas y medios probatorios del Derecho material de otros países.

H) *Sentencia de 29 de septiembre de 1961. Civil.*

Caso.—Está ya visto en parte en la sentencia G) de las que tratan del artículo 9.º del Código y en la F) de las que versan sobre el artículo 11. Se trataba del matrimonio de dos búlgaros, celebrado en Bulgaria por el rito judío. Y de mostrar el contenido de la Ley matrimonial búlgara en aquella época.

Tribunal Supremo.—La Sala, después de exigir, conforme al estatuto formal, que se hubiera contraído de acuerdo con las solemnidades prescritas, impone que se demuestre que se celebró el matrimonio «con arreglo a la Ley de dicho país, lo que exige la invocación y prueba de su texto y vigencia, dado que son muy diversos los sistemas matrimoniales en las legislaciones modernas y es necesario, para garantizar la seguridad jurídica, que no quepa duda alguna de que el matrimonio es válido con arreglo a la Ley del país en que se celebró». Y refiriéndose al caso concreto, hace aplicación de esta doctrina en la sentencia. Cuando dice que, «a pesar de declarar la resolución recurrida que el matrimonio cuya validez se postula fue autorizado con arreglo a la legislación civil de Bulgaria, no cita dicha legislación ni estima probado su texto o contenido, ni su vigencia ni si en Bulgaria existía en 1938—fecha en que se dice celebrado aquél—un sistema matrimonial de forma exclusivamente religiosa, conforme a los ritos de una religión oficial o de alguna otra reconocida, o se reputaba eficiente la unión judía a los efectos legales, por lo que al declarar válido con arreglo a la legislación búlgara—que ni se invoca ni se justifica su existencia y vigencia—el matrimonio T.-E., se ha infringido por inaplicación... el artículo 11 del Código civil, lo que obliga a la estimación del recurso...»

I) *Sentencia de 30 de junio de 1962. Civil.*

Caso.—Se explica ampliamente en la sentencia A) de las que consideran el artículo 1.325 del Código. Y se concluía allí que la única manera de desvirtuar la demanda estaba en la consideración de si había resultado probado o no el Derecho italiano ale-

gado. Y sobre este punto es sobre el que verdaderamente apoya el Tribunal su argumentación.

Tribunal Supremo y comentario. — Se distinguen diferentes cuestiones.

En primer lugar, la declaración sobre la necesidad de esa prueba. No tiene nada de particular, puesto que el Tribunal la viene repitiendo, como hemos visto, constantemente. Pero la formula muy claramente cuando dice que «es preciso que cuando se interese en juicio la aplicación de Leyes extranjeras se justifique lo que la jurisprudencia del mismo [país] tenga establecido, y es insuficiente la cita aislada del Código vigente en aquella nación, cuya exégesis no incumbe a los Tribunales españoles... Problema que surge con relativa frecuencia al contemplar que los términos de la relación o situación jurídica controvertida no caen totalmente dentro de una sola y misma soberanía estatal, con el consiguiente conflicto de normas en pugna».

En segundo lugar, formula la Sala una doctrina acerca de los requisitos que debe llenar toda prueba de Derecho extranjero. Ya en el párrafo anterior niega suficiencia a la simple cita de los artículos del Código extranjero. Pero donde extensamente se desarrolla esta doctrina es en el considerando, tercero al afirmar que: «... el motivo no puede prosperar atendido a que: a) La Sala sentenciadora no desconoció en ningún momento el Derecho aplicable al caso propuesto a debate, ya que se inspiró en la reiterada jurisprudencia patria sobre el rigor de normas extranjeras, aunque se hallen modificadas y sean afines por su progenie a las nuestras, que precisan probarse no sólo en su exacta entidad de ser tales normas de vigencia actual, sino también en el sentido, alcance e interpretación asignados por los Tribunales de su país...; y b) Los principios generales del Derecho, de indudable aplicación en defecto de Ley y de costumbre, sufren sensible quiebra cuando se trata de indagar por el *iura novit curia* las Leyes ajenas al Ordenamiento español, ya que nuestros Tribunales carecen de potestad para interpretar otras normas que las nacionales, y es forzoso aplicarlas e interpretarlas cuando proceden en casos concretos ocurridos en España, viéndose así obligado el Juez patrio a la observancia del Derecho extranjero como si fuera Juez en aquel Estado, exigiéndose para ello por la jurisprudencia

patria el dictamen conforme de dos jurisconsultos del país debidamente legalizados (sentencias de 25 de febrero de 1926, 30 de marzo de 1928 y 12 de diciembre de 1935), sin perjuicio de que el Juez colabore con las partes a la investigación de la norma extranjera aplicable...» Citando en apoyo de esta última idea la sentencia de 16 de octubre de 1940, que no he encontrado en ningún repertorio de jurisprudencia.

Y, en último lugar, hace aplicación el Tribunal de esta doctrina sentada, rechazando como insuficiente la prueba del Derecho italiano que la demandante aportó, consistente en una certificación expedida por dos Letrados españoles en la que se transcriben los artículos del Código civil italiano de 1865 y del vigente de 1942, con su traducción del Centro de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores y el expediente de nacionalidad de don Amadeo T., del que resulta que tenía la italiana cuando contrajo matrimonio con Teresa L. M. «Documentos —dice la Sala— que a todas luces no revelan una verdad opuesta a la de este Tribunal, puesto que éste ya los examinó para formar su juicio al estimar que el alcance y contenido de los artículos de los dos Códigos italianos no resultan probados dentro del proceso para su aplicabilidad correcta a los hechos debatidos...»

Con apoyo en una supuesta doctrina anterior sienta esta sentencia una que pretende fijar como definitiva. Lógica es su exigencia de una clara constancia de los preceptos del Derecho extranjero cuya aplicación se pretende. Pero no lo parece tanto la rigurosa exigencia de medios de prueba, que no apoya certeramente en ninguna doctrina anterior ni puede explicar, a menos de querer hacer de la aplicación del Derecho extranjero un obstáculo poco menos que insalvable. Por lo menos, muy difícil. No parece pueda menos de criticarse que una resolución como ésta vede la aplicación del Derecho italiano, cuya adopción tan contraria solución habría de dar a los intereses de quien lo alegó en forma y puso a disposición del juzgador medios de prueba que racionalmente han de estimarse suficientes si se tiene en cuenta la ausencia de todo precepto positivo que haga referencia siquiera a los medios oportunos de prueba y aun de toda doctrina jurisprudencial clara que, a falta de disposición legal, haya solucionado con anterioridad, de una manera reiterada e indiscutible, como parece

normal exigir en un caso en que una u otra postura llevan a soluciones antipódicas, la cuestión referente a la prueba de una Ley extranjera aplicable. Sin que el precedente próximo, el de la sentencia de 17 de abril de 1956, que hemos visto en la F) de este mismo apartado, que hace el mismo pronunciamiento, pero que esta sentencia inexplicablemente no cita, pueda servir de argumento, puesto que la declaración allí hecha, además de poco explícita, está carente de todo apoyo en doctrina anterior.

XIII

APLICACIÓN DE TRATADOS POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.

A) *Sentencia de 23 de octubre de 1956. Contencioso-Administrativo.*

Caso.—En él se hacía necesario interpretar el Convenio hispano-francés de 7 de agosto de 1926.

Tribunal Supremo.—A este respecto, en aplicación del artículo 16 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 25 de noviembre de 1944, que exige la audiencia de dicho órgano en orden a la interpretación y cumplimiento de los Tratados internacionales y Concordatos con la Santa Sede, dice que «estamos ante el caso de interpretar un Tratado internacional..., por lo que no puede decidir el Tribunal Económico-Administrativo Central, sin atender al aludido precepto de la audiencia del Consejo de Estado en Pleno, por cuya circunstancia procede revocar su decisión para que se cumpla dicho trámite».

B) *Sentencia de 17 de abril de 1956. Civil.*

Caso.—El de la sentencia A), tratando de la cuestión de calificación.

Tribunal Supremo.—No se contiene otra doctrina que la de la necesaria ratificación de los Tratados firmados por España para proceder a su aplicación por los Tribunales españoles.

XIV

EXCESO DE JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.

A) *Sentencia de 22 de febrero de 1960. Civil.*

Caso.—Está ya tratado en los artículos 10 y 11, sentencias D) y E), respectivamente.

Tribunal Supremo.—Aquí el Tribunal declara aceptable uno de los motivos de casación: el de incompetencia de los Tribunales españoles para conocer del asunto planteado, «puesto que no se da el supuesto que prevé su artículo 51 (de la Ley de Enjuiciamiento Civil), al no suscitarse la cuestión litigiosa entre españoles, entre extranjeros o entre españoles y extranjeros por consecuencia de relaciones surgidas en España...»

Comentario.—Esta declaración no es muy frecuente por la tendencia de nuestros Tribunales a conocer toda cuestión que se les plantee, independientemente del Derecho aplicable según nuestras normas conflictuales.

II.-Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

REGISTRO MERCANTIL.—CUESTIÓN PREVIA AL RECURSO PLANTEADO: INTERPUESTO ÉSTE DESPUÉS DEL PLAZO DE DOS MESES DE LA FECHA DE LA NOTA CALIFICADORA, COMPUTÁNDOSE EL PLAZO CONFORME ESTABLECE EL ARTÍCULO 7.º DEL CÓDIGO CIVIL, NO HA LUGAR A SU ADMISIÓN.

Resolución de 23 de febrero de 1968 («B. O.» de 6 de marzo de igual año).

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Portugalete don José Caravias Villén, contra la negativa de V. S. a inscribir una escritura de constitución de Sociedad regular colectiva.

Por escritura otorgada en Portugalete el 24 de enero de 1961, los hermanos don B. y don R. D. B., acompañados de sus respectivas esposas, constituyeron la Sociedad regular colectiva «Hijos de Fabián Douel», dedicada al comercio textil: los otorgantes manifestaron ser de nacionalidad española, y en la escritura se incluyeron unos Estatutos sociales. Don. B. falleció el 21 de enero de 1965 bajo testamento abierto, otorgado en Sestao el 19 de noviembre de 1963, en el que instituyó herederos a su esposa, doña M. L. E. M., a la que otorgó poder testatorio, y a sus hijos don L. M., doña M. J. y don F., con arreglo a la legislación especial vizcaína que le era aplicable por residencia durante más de cincuenta años. Presentada en el Registro la escritura de constitución social, se objetaron por el titular de la oficina algunos inconvenientes. y al tratar de solucionarlos, se vino en conocimiento de que los hermanos D. eran de nacionalidad francesa, aunque residentes en España desde principios de siglo; con objeto de solucionar este obstáculo para la inscripción, se otorgó el

21 de marzo de 1966, ante el Notario autorizante de la escritura de constitución de la sociedad, otra de convalidación y aclaración de la misma, en la que comparecieron el socio sobreviviente, don R., ya con su definitiva nacionalidad francesa, y la representación del socio fallecido, don B., constituida por su viuda, doña M. L. E. M., y sus hijos don L. M., mayor de edad; doña M. J., emancipada por su madre, y don F. D. E., bajo patria potestad materna; en la citada escritura consta que la viuda de don B. y sus hijos renunciaron a la nacionalidad francesa que les correspondía por su estatuto familiar y optaron por la española, según acta formalizada el 28 de diciembre de 1965 en el Juzgado municipal de Sestao, y los comparecientes convalidaron la escritura de 24 de enero de 1961, aclarándola en cuanto a la nacionalidad de los herederos de don B., haciendo constar, en consecuencia, que el 50 por 100 del capital social «correspondiente a don R. D. B., debe estimarse, a los efectos procedentes, como capital extranjero y la participación del otro 50 por 100, correspondiente a los sucesores de don B. D. B. debe reputarse capital español».

Presentada en el Registro primera copia de las escrituras relacionadas, junto con otros documentos complementarios, fueron calificadas con la siguiente nota: «No se admite la inscripción por observarse los defectos siguientes: 1.º Constituida la Sociedad Regular Colectiva «Hijos de Fabián Doueil» por dos únicos socios de nacionalidad francesa, como se reconoce en los documentos citados, precisa la previa autorización del Consejo de Ministros, artículo 5.º del Decreto-ley de 27 de julio de 1959 y, en todo caso, no se acredita que la aportación directa de pesetas tenga la consideración de convertibles, artículo 1.º, letra d) del Decreto de 24 de diciembre del mismo año. 2.º La escritura de convalidación y aclaratoria no subsana el defecto anterior: a) no justifican que la viuda e hijos del socio fallecido, don Bertrán Doueil, sean sus herederos, ya que el testamento que se acompaña, otorgado con arreglo al Fuero de Vizcaya, no puede estimarse válido, porque siendo francés el testador, la sucesión se rige por su Ley nacional, artículo 10 del Código civil; b) Lo mismo ocurre con la emancipación de la menor María Jesús Doueil, concedida por su madre, ambas de nacionalidad francesa en el momento de concederla, se rige por su Ley nacional, artículo 9.º del mismo Código, debiendo acompañarse el certificado prevenido en el artículo 9.º del Reglamento del Registro Mercantil; c) Y aun en el supuesto de acreditarse que la referida viuda e hijos son los únicos herederos e interesados en dicha sucesión, siempre resultará que la constitución de la Sociedad lo fue con infracción de los preceptos legales citados y que después continúa subsistiendo con el vicio de origen, de estar integrada por dos únicos socios de nacionalidad francesa sin haber obtenido la previa autorización gubernativa. 3.º Al no constar, como ha debido hacerse, en el texto de la escritura los pactos por los que ha de regirse la Sociedad y sí en forma de Estatutos unidos a la matriz, da debido cumplirse, por analogía, lo dispuesto para las Sociedades Anónimas en el artículo 101 del mencionado Reglamento. El último defecto se estima subsanable y los demás insubsanables, lo que impide tomar anotación preventiva que no se ha solicitado. Esta nota se extiende a petición del Notario autorizante y la halla conforme mi cotitular, don Ricardo García Díaz. Bilbao, a 26 de diciembre de 1966»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de las escrituras relacionadas, don José Caravias Villén, y alegada por el

Registrador como cuestión previa lo que en síntesis figura de encabezamiento, la Dirección, ratificando la doctrina por ella sentada en 23 de marzo de 1961, acuerda no admitirlo en méritos de la doctrina siguiente:

Que planteada como cuestión previa por el Registrador la de haberse interpuesto el recurso fuera del plazo señalado en el artículo 55 del Reglamento del Registro Mercantil, deberá dilucidarse esta materia antes de entrar en el examen de la nota de calificación.

Que, como declaró ya la resolución de 23 de marzo de 1961, el recurso gubernativo contra la calificación registral recae sobre materias típicamente de derecho privado y constituye uno de los supuestos de la denominada jurisdicción voluntaria, cuyas diferencias con los procedimientos de la contenciosa han sido puestos de manifiesto a través de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha declarado inadmisibile la interposición del recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones de esta Dirección, citadas en este tipo de expediente, mientras que admite tales recursos en los demás casos de la competencia de este Centro, que constituyen típica materia administrativa.

Que igualmente la mencionada resolución estableció «que la excepción contenida en el número 7 del artículo 1.º del Decreto de 10 de octubre de 1958, que determina los procedimientos administrativos especiales, a los que no se aplican los preceptos contenidos en el título primero, capítulo segundo, títulos cuarto y sexto de la Ley de Procedimiento administrativo, se refiere a aquellos procedimientos de las disposiciones citadas cuya materia es administrativa y, entre otros, los regulados en los artículos 265 y 289 de la Ley Hipotecaria, 563 y 618 del Reglamento para su ejecución, 340 y siguientes del Reglamento notarial, pero no comprende los que por su naturaleza y circunstancias se hallan fuera de competencia del citado Decreto».

Que si se trata de recursos gubernativos interpuestos contra la calificación de los Registradores mercantiles, las normas a aplicar, en defecto de las específicamente suyas, recogidas en el título II del Reglamento del Registro Mercantil, serán las mismas que el Reglamento Hipotecario establece para los recursos gubernativos contra la calificación de los Registradores de la propiedad, dada la remisión que al Reglamento Hipotecario hace la disposición transitoria adicional cuarta del primer texto legal citado.

Que en consecuencia de lo expuesto no es de aplicación la Ley de Procedimiento administrativo para verificar el cómputo del plazo, sino el artículo 7.º del Código civil, que establece que si la Ley habla de meses, se entiende que serán de treinta días, por lo que extendida la nota de calificación el 26 de diciembre de 1966, finalizó el término para impugnarla el 24 de enero de 1967, e interpuesto el recurso el 25 del mismo mes y año, lo ha sido fuera del plazo legalmente señalado.

G. C. C

II. Sentencias del Tribunal Supremo

POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ

1) JURISPRUDENCIA CIVIL

SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1967.—*Abuso de Derecho*. «Justa causa litigantis». *Artículos 1.902 y 1.089 del Código civil*.

El demandante, señor Rubies, estaba haciendo obras en su finca cuando los demandados, señores Almela, promovieron interdicto de obra nueva y consiguieron la suspensión de las obras. No prosperó el interdicto en el Juzgado ni en la Audiencia.

Estando en trámite dicho interdicto, los referidos demandantes promovieron juicio ordinario declarativo de mayor cuantía sobre la misma materia: de demolición de obras, que tampoco prosperó. La sentencia que rechazó la demanda no condenó en costas a los demandantes, señores Almela, ahora demandados.

El demandante, señor Rubies, pide a los señores Almela los daños y perjuicios causados, según él, por la paralización de las obras ordenada en el interdicto, daños y perjuicios que detalló así: por pagos mínimos de consumo eléctrico, 2.537,62 pesetas; por contribución, 2.626,70 pesetas; por alquileres: dejados de percibir, 120 000 pesetas; por desperfectos, 25 000 pesetas; por aumento de materiales, 115.580,50 pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia absolvió a los demandados, sin hacer expresa imposición de costas. La Audiencia estimó en parte la demanda y condenó a los demandados solidariamente a pagar 75.000 pesetas al demandante, sin condena en costas.

Se interpuso recurso de casación que prosperó. Se casó y anuló la sentencia de la Audiencia y se confirmó la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las instancias.

Dice en su único Considerando:

Que según ha declarado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala, para que el ejercicio de un derecho pueda calificarse de abusivo y producir los efectos que en la demanda inicial de este proceso se propugnan es me-

nister que en su realización concurren los siguientes elementos esenciales: 1.º Uso de un derecho objetivo o externamente legal; 2.º Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y 3.º Inmoralidad o antisocialidad del mismo, manifestada en forma subjetiva, cuando la actuación de su titular obedezca al deso de producir un perjuicio a un tercero sin obtener beneficio propio (sentencias de 14 de febrero de 1944, 25 de noviembre de 1960, 10 de junio de 1963 y 12 de febrero de 1964), es decir, a un *animus nocendi* o intención dañosa que carezca del correspondiente de una compensación equivalente (sentencias de 17 de febrero de 1958, 22 de septiembre de 1959 y 4 de octubre de 1961), no deduciéndose tal resultado cuando, sin traspasar los límites de la equidad y buena fe, se pone en marcha el mecanismo judicial, con sus consecuencias ejecutivas, para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle (sentencias de 27 de febrero de 1958, 4 de marzo de 1959 y 7 de junio de 1960), por oponerse a ello la máxima *Que iure suo utitur, neminem laedit* (sentencias de 17 de abril y 17 de noviembre de 1965 y 12 de febrero de 1966), salvo, claro está, que el Tribunal sentenciador hubiere declarado su culpabilidad estimando la inexistencia de *justa causa litigantis* (sentencias de 4 de abril de 1952, 20 de abril de 1933 y 13 de junio de 1942). Como en el supuesto aquí debatido la reclamación sobre que versa el litigio pretende derivarse de la paralización de unas obras originadas por la interposición de una demanda interdictal, amparada en el artículo 1.663 de la Ley de Trámites y de la sustentación de un proceso de mayor cuantía, terminados ambos por sentencias firmes en las que no se impusieron las costas por no apreciarse temeridad y mala fe en los litigantes, a petición de los cuales estuvo suspendido el segundo procedimiento cerca de dos años, es evidente que al haber fundado su fallo el Tribunal *a quo* en la doctrina legal antes expuesta, condenando a los demandados al pago de una indemnización de daños y perjuicios, apoyada en el artículo 1.902 en relación con el 1.089 del Código civil, incurrió en la aplicación indebida de dichos preceptos y jurisprudencia, como se denuncia en los dos únicos motivos del recurso, formulados con arreglo a las prevenciones del número 1 del artículo 1.692 de la Ley Procesal, que, en su consecuencia, debe prosperar.

SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1967.—*Los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil y las indemnizaciones que por su aplicación puedan nacer son compatibles con las indemnizaciones de origen laboral.*

La demanda formulada por doña María Concepción Riestra, en nombre propio y en el de sus hijos menores, contra la Sociedad Industrial Asturiana Santa Bárbara decía, en síntesis:

1.º Que el día 28 de diciembre de 1962, don Ramiro Vigil, esposo y padre de los actores, cuando prestaba servicios como obrero en la plantilla de aleaciones, con categoría profesional de especialista, en la fábrica demandada, encontró la muerte como consecuencia del fallo de los gatillos de seguridad que tenían la misión de sujetar las lingoteras que portaban cobre líquido, el que después de solidificado se vertía en una balsa de agua, que venía fallando desde hacía tiempo.

2.º Que como consecuencia de la deficiencia en los mecanismos de seguridad de la susodicha lingotera, al fallar aquéllos, concretamente el gatillo, y encontrándose la lingotera con cobre líquido, vertió su contenido en la balsa de agua, produciéndose inmediatamente tan gran explosión, que algunos tro-

zos de metal alcanzaron al operario, causándole tan graves lesiones que falleció en el acto.

3.º Que, como se había dicho, el mecanismo de seguridad de las repetidas lingoteras venía fallando hacía tiempo, especialmente al aflojarse los tornillos del gatillo, lo que motivó que en otras ocasiones diesen la vuelta solas, que esta falta de previsión y diligencia en las personas obligadas a velar por la seguridad del personal que trabajaba en la fábrica hacía que se los considerase responsables de la muerte de don Ramiro Vigil, obligación que era directa respecto al dueño o dueños de la Sociedad o Empresa.

4.º Que acaecida de forma trágica la muerte de don Ramiro Vigil, las actoras habían sufrido un gran quebranto moral y económico, ya que en la actualidad sólo contaban para su sustento con la insignificante cantidad de 1.682 pesetas mensuales, como pensión por la muerte de aquél, viéndose obligadas a desarrollar sus actividades vitales en la mayor indigencia.

5.º Que no pudiendo valorar la vida de una persona, por ser un bien insustituible, señalaba como indemnización la cantidad de 300.000 pesetas, cantidad a que se contraía la presente demanda. Alegó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictara sentencia por la que, estimando íntegramente la demanda, se condene a la Sociedad demandada a satisfacer a las actoras la cantidad de 300.000 pesetas en concepto de indemnización de daños y perjuicios, todo ello con imposición de costas a la Sociedad demandada. A su escrito acompañaba los documentos relacionados en los hechos.

La Sociedad demandada contestó:

1.º Que era cierto el fallecimiento de don Ramiro Vigil cuando prestaba los servicios propios de su especialidad en la nave de colada del taller de la fábrica demandada; que todos los detalles referentes a la realización de las operaciones necesarias, así como concretamente a la forma en que se llevó a cabo el día de autos, constaban en el sumario instruido con tal motivo, el cual citaba a efectos de prueba.

2.º Que todas las gratuitas manifestaciones contenidas en el correlativo de la demanda encontraban un claro mentís en el contenido de las diligencias que figuraban en el sumario citado, detallándose seguidamente la forma en que concurrieron los hechos.

3.º Que frente a las afirmaciones contenidas en la demanda, aseguraba que la instalación no adolecía de defectos, citando nuevamente el sumario instruido con motivo del accidente.

4.º Que ocurrido el siniestro, la demandada, fiel cumplidora de los preceptos legales sobre aseguramiento del personal, aportó todos los datos precisos para la rápida efectividad del Seguro de Accidentes, y los causahabientes del obrero fallecido comenzaron a percibir la pensión que según la ley les correspondía.

Que por las razones expuestas y otras de orden jurídico que lo serían en su momento oportuno se hallaban en la convicción de que no habría ocasión de entrar a examinar la cuestión referente a la cuantía de una indemnización complementaria a todas luces improcedente; pero, de todas formas, mostraba su disconformidad con la que se citaba por la actora, manifestamente desproporcionada de por sí, y más aún si se tenía en cuenta que ya se hallaba disfrutando una renta mensual de 1.722 pesetas desde diciembre de 1962, pensión legal otorgada en atención al desgraciado hecho, en el que se basaba también la reclamación actual.

5.º Que la forma en que se produjo el siniestro, que, en el más favorable

supuesto para la accionante, fue debido a un evento totalmente fortuito y por completo ajeno a toda acción u omisión de la demandada, pero que probablemente fue determinado por una imprudencia de la víctima, evidenciaba la temeridad de la actora, que con su conducta obligaba a proseguir un litigio totalmente infundado. Alegó los fundamentos de derecho y suplicó se dictara sentencia desestimando integralmente la demanda, absolviendo a la Sociedad demandada y con imposición de costas a la actora por su manifiesta temeridad.

El Juzgado de Primera Instancia condenó a la Sociedad demandada a satisfacer a los actores la cantidad de 300.000 pesetas en concepto de indemnización por la muerte de su esposo y padre, respectivamente, sin expresa imposición de costas.

La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado y absolvió a la Sociedad demandada.

Interpuesto recurso de casación contra ésta, el Tribunal Supremo da lugar a él, casa y anula la sentencia de la Audiencia, sin expresa condena en costas, y dicta otra por la que se confirma la del Juez de Primera Instancia y condena a la Sociedad demandada a pagar 300.000 pesetas a la viuda e hijos del obrero fallecido. El fallo lo consideró así:

CONSIDERANDO que la obligación de reparar el daño que una persona haya causado a otra por acciones u omisiones culposas o negligentes, no desaparece ni se desvirtúa por la circunstancia de que ambas estuvieren ligadas por un vínculo laboral que pudiera hacer entrar en juego las indemnizaciones establecidas en la Ley de Accidente de Trabajo.

1.º Porque dicho Ordenamiento jurídico no sólo restringió el ámbito de aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil, reguladores de la culpa extracontractual, sino que explícitamente reconoció su vigencia a través de los 53 de la Ley y 189 de su Reglamento, al admitir la posibilidad de que pudieran derivarse del hecho en controversia otras acciones a favor del accidentado exigibles ante la jurisdicción ordinaria, sin que sea lícito interpretar los preceptos primeramente enunciados en el sentido de que no pueden hacerse valer frente al patrono causante del perjuicio y sí contra extraños, porque semejante desigualdad de trato se opondría abiertamente al contenido de los aforismos *Ubi lex non distinguit, neo nos distinguere debemus* y *Ubi est eadem ratio, ibi eadem juris dispositio esse debet* y al texto literal del artículo 4.º del citado Reglamento.

2.º Porque el fundamento de la responsabilidad laboral, actualmente vinculado a las teorías del riesgo profesional y seguridad social derivadas del cumplimiento de los contratos de trabajo no guarda conexión alguna con la imputabilidad en que haya podido incurrir su agente productor, en tanto que la *causa petendi*, surgida del deber impuesto por el *Neminem laedere*, es ajena por completo a la indicada relación obligacional e independiente de la cualidad de patrono que respecto del agraviado concorra en el causante del hecho, sobre todo cuando, como sucede en el supuesto que aquí se contempla, no se contrajo por la entidad recurrida en el convenio suscrito con el otro contendiente la obligación negativa de no incurrir en falta de diligencia en el desempeño de su cometido; y

3.º Porque, aparte de las diferencias cuantitativas y cualitativas de las indemnizaciones derivadas de las normas legales mencionadas, que por sí solas determinan la simultaneidad en algunas hipótesis, la jurisprudencia de esta Sala ha reconocido la compatibilidad de las dos acciones en sus sentencias de 28 de noviembre de 1960, 3 de octubre de 1961 y 20 de mayo de 1966,

sin que a ello se opongan en este caso concreto las de 3 de diciembre de 1964 y 22 de febrero de 1967, que contemplan supuestos en que no estaba tan clara, como en el presente, la responsabilidad del patrono, según indica claramente la primera al expresar que no se excluyen del precepto ahora estudiado más que la infracción de la Empresa sobre medios de protección «que no sean causa clara y determinante del accidente».

CONSIDERANDO que al declararse probado por la resolución impugnada que el causante de los actores falleció a consecuencia de una explosión producida por la caída en una balsa de agua del cobre líquido que se transportaba en una lingotera, cuyo accidente sobrevino por la holgura de su gatillo de seguridad, que no funcionó adecuadamente, defecto que notoriamente conocía la Empresa demandada por haber presenciado su director otro idéntico originado por la misma causa, y al absolver a la recurrida de la reclamación formulada en la demanda, es indudable que incidió en la falta de aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil, como se expresa en el primer motivo del presente recurso, formulado al amparo del número 1 del 1.692 de la Ley Procesal, por lo que el mismo debe prosperar sin que sea preciso entrar en el análisis del segundo.

SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1967.—La errónea interpretación de los preceptos procesales no puede servir de base para recursos de fondo.—Anotación preventiva de demanda cancelada por caducidad. Efectos frente a los que inscribieron cuando estaba vigente. La mala fe desde el punto de vista registral no equivale al dolo, sino simplemente al conocimiento del evento que puede frustrar su expectativa.

El señor Romero siguió juicio declarativo de mayor cuantía contra el señor Godó. En él recayó sentencia, que quedó firme, dictada por la Audiencia Territorial, la cual decía en su fallo:

Debemos declarar y declaramos operada la perfección del contrato de compraventa entre actor y demandado, y en orden a su entera consumación, condenamos al vendedor, señor Godó, a efectuar la transmisión de la finca a su favor por aparecer a nombre de su fallecida esposa, de la que es heredero, con apercibimiento de efectuarlo el Juzgado a su costa y en su rebeldía, y ello verificado, otorgar la escritura de venta ante Notario de la casa aquí discutida al demandante, y mediante tal escritura pública hacer tradición de la finca al señor Romero, pagándose por éste en tal momento lo que resta entregar del precio total convenido, dando con ello ejecución cumplida y cabal al contrato, con todas sus consecuencias legales, sin imposición de costas en ninguna de ambas instancias.

Devueltos los autos al Juzgado de Primera Instancia, el señor Romero presentó escrito en éste a efectos de ejecución de la sentencia. En él se suplicaba se tuviera por promovida dicha ejecución, se designara Notario y se señalara día y hora, con citación de las partes, para que el demandado, señor Godó, otorgara la escritura pública de venta de la finca sita en la calle de Cerdeña, número 353, a favor de dicho señor Romero y mediante tal escritura pública hiciera tradición de la finca al mismo, pagando entonces éste lo que restara entregar del precio convenido, y caso de no comparecer el demandado, otorgar de oficio dicha escritura pública y mediante ella hiciera tradición de la expresada finca, igualmente de oficio, al señor Romero; que, según lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 198 del Reglamento Hipo-

tecario, se expidiera mandamiento al Registro de la Propiedad correspondiente ordenando la cancelación de la inscripción de la citada finca de la calle Cerdicña, número 353, practicada a favor de los ilegalmente adquirentes don Manuel Fité, don José Colom y don José Bochaca, y a tal efecto, y según disponía el mencionado precepto, se citara previamente a los nombrados titulares de la inscripción cuya cancelación se pedía para que pudieran manifestar su oposición en un plazo de treinta días; que una vez decretada dicha cancelación se hiciera a los actuales ocupantes de la finca, señores Fité, Colom y Buchaca, el oportuno requerimiento para que dejaran vacua y expedita dicha finca, a disposición del señor Romero, en el plazo que les señalara el Juzgado, y caso de no hacerlo, se practicara judicialmente el lanzamiento de los expresados ocupantes, y que se hiciera expresa imposición de las costas de la presente ejecución de sentencia al demandado.

Por providencia de 30 de diciembre de 1964 se tuvo por instada la ejecución, acordando, en primer lugar, requerir al demandado, don Pedro Godó, para que en plazo de diez días otorgara a favor del actor, señor Romero, la correspondiente escritura de venta de la finca objeto de autos, sita en la calle de Cerdicña, número 353, de Barcelona, en los términos que expresaba la ejecución, bajo apercibimiento de que en otro caso sería otorgada de oficio por el proveyente, y se mandaba notificar a los actuales poseedores de la finca, señores Fité, Colom y Buchaca, este proveído, que fueron practicadas con fecha 4 de enero de 1965.

Por la representación de don Pedro Godó se presentó escrito exponiendo: Que el señor Godó no tenía inconveniente alguno en la otorgación de tal escritura, si ello constituía un mandato judicial ineludible; pero llamaba la atención del Juzgado sobre el hecho de que respecto a la citada finca otorgó ya una escritura de compraventa a favor de otros señores, como ya conocía el actor y constaba amplia y cumplidamente en autos; que dicha escritura pública de compraventa no había sido declarada nula y, además, se hallaba inscrita en el Registro de la Propiedad, y suplicaba se tuvieran por hechas las anteriores manifestaciones a los efectos legales procedentes y tener al señor Godó por dispuesto a la otorgación de la escritura pública de compraventa a favor del señor Romero, siempre y cuando por el Juzgado se reiterara tal orden a la vista de lo manifestado.

El anterior escrito fue proveído en el sentido de dejar de momento en suspenso el plazo del requerimiento efectuado al señor Godó.

El Procurador, don L., se personó en los autos en la representación de don José Colom, don Manuel Fité y don José Bochaca. Expuso que se personaban como perjudicados que evidentemente resultaban por el contenido de la sentencia firme recaída en los mismos autos, en los cuales no habían sido parte los ahora comparecientes. Que constituía el motivo de la comparecencia hacer constar, al amparo de lo que determina el artículo 198 del vigente Reglamento de la Ley Hipotecaria, su oposición a que se cancelara el asiento, en virtud del cual se inscribió el título de dominio sobre la finca de autos a favor de los señores Colom, Fité y Bochaca, ya que el título por el cual resultó inscrito el dominio a su favor era de fecha anterior a la anotación preventiva de la demanda, al haber otorgado la escritura pública de compraventa que motivaba la inscripción el día 27 de febrero de 1958 y ser, en cambio, de fecha 1 de julio del propio año de 1958 la anotación preventiva de demanda practicada como motivación letra A. que era la primera de las dos que aparecían en los libros del Registro de la Propiedad.

A continuación formulaban demanda incidental a tenor de los siguientes hechos:

1.º Que la inscripción de compra a favor de los instantes era válida y no se había planteado contra ellos demanda alguna de nulidad. 2.º Que la anotación preventiva de demanda que sirve de base para la solicitud de cancelación de asiento que deduce el señor Romero es muy posterior a la inscripción del título a favor de los incidentantes y, por tanto, no puede afectarles. 3.º Que en el supuesto de que los efectos de la anotación quisieran situarse a la fecha de inscripción de la caducada, el conflicto de derecho se inclina también a favor de los incidentantes. 4.º Que en cualquier caso que se entendiese que el derecho del señor Romero a la compra ha de prevalecer por encima de los títulos válidamente inscritos a favor de los incidentantes, éstos, como inquilinos o arrendatarios hasta el mismo momento de formalizar la escritura de compra a su favor, tendrían un derecho de tanteo o de retracto que les daría derecho a la compra preferentemente. Invocó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se tuviera por opuestos a los comparecientes a la petición de cancelación del título de la propiedad que a favor de aquéllos constaba en el Registro de la Propiedad y, en definitiva, se dictara sentencia declarando no haber lugar a la expresada cancelación de la inscripción del título de propiedad inscrito a favor de los mismos, cuya inscripción continuará subsistente con plena eficacia jurídica, de conformidad a las normas legales.

Por la representación del señor Romero se evacuó el trámite de contestación a la demanda con base en los siguientes hechos:

1.º Que la inscripción de la compra a favor de los señores Colom, Fité y Bochaca no es válida y no es necesario plantear contra ellos demanda alguna de nulidad. 2.º Que la anotación preventiva de demanda que sirve de base para la solicitud de cancelación de asiento que deduce el señor Romero es muy anterior a la inscripción del título a favor de los tres señores Colom, Bochaca y Fité y, por tanto, debe afectarles. 3.º Que, en consecuencia, al no ser la anotación de 1 de julio de 1958 la que produce efectos respecto a la inscripción a favor de los señores Colom, Fité y Bochaca, procede su cancelación. 4.º Que es irrelevante la existencia del pretendido derecho de retracto e impropio su existencia en el presente incidente. Invocó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictara sentencia dando lugar a la cancelación de la inscripción de la finca de autos a favor de los señores Colom, Bochaca y Fité, expidiendo para ello el oportuno mandamiento judicial al Registro de la Propiedad haciendo expresa imposición de costas a los demandantes incidentales. Se confirió traslado a la parte de don Pedro Godó para contestación de la demanda incidental, transcurriendo el término al efecto concedido sin haberlo verificado, por lo que se le tuvo por decaído en su derecho a evacuar dicho trámite. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia con la siguiente parte dispositiva: Fallo: Que estimando la demanda incidental formulada por don José Colom, don Manuel Fité y don José Bochaca contra don Juan Romero y don Pedro Godó, debo declarar y declaro no haber lugar a cancelar la inscripción practicada en 27 de mayo de 1959 en el Registro de la Propiedad número 5 de los de Barcelona de la escritura pública de compraventa otorgada en 27 de febrero de 1953 ante el Notario de esta ciudad don Nicolás Verdager Cortés por don Pedro Godó Biosca, como vendedor, y los citados señores Colom, Bochaca y Fité, como compradores, cuya inscripción continuará subsistente con plena eficacia jurídica, y en su consecuencia debo condenar y condeno

a los expresados demandados a estar y pasar por esta declaración. No se hace expresa imposición de las costas causadas en este incidente.

Apelada la anterior resolución por la representación del demandado, don Juan Romero, y sustanciada la alzada con arreglo a derecho, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia con la siguiente parte dispositiva: Fallamos: Que revocando como revocamos la sentencia apelada, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 14 de esta capital, debemos desestimar y desestimamos la demanda incidental interpuesta por don José Bochaca, don Manuel Fité y don José Colom contra don Juan Romero y don Pedro Godó, sin imposición de costas a las partes en ninguna de ambas instancias

Interpuesto recurso de casación contra esta sentencia, el Tribunal Supremo no accedió a él.

Los motivos del recurso fueron: 1.º Al amparo del número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por cuanto que el fallo impugnado ha incurrido en infracción por interpretación errónea del artículo 926 de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la doctrina legal que lo interpreta, contenida principalmente en las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1883, 10 de febrero de 1890, 19 de octubre de 1898, 10 de junio de 1914, 5 de mayo de 1917, 18 de febrero de 1901 y 27 de enero de 1900, entre otras. Que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta la condición de terceros de los recurrentes y de que la cosa está en poder de ellos, no en poder del vencido en el pleito. De ahí que no se pueda entregar a quien lo ganó.

2.º Al amparo del número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al haber incidido la sentencia recurrida en infracción por falta de aplicación del artículo 446 del Código civil. Que la resolución impugnada ha olvidado que los recurrentes, como legítimos poseedores de la cosa, han de ser respetados en su posesión, sin que los inquiete un proceso judicial en el que ellos no fueron oídos.

3.º Al amparo del número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al haber cometido el fallo que se combate infracción por interpretación errónea del contenido del artículo 198 del Reglamento para la aplicación de la Ley Hipotecaria de 14 de febrero de 1947. Que no cabe que una anotación preventiva de demanda, ya extinguida por cancelación, dé lugar a la conversión en una inscripción definitiva cancelando también los asientos posteriores; el de los recurrentes debe imponerse frente a aquella anotación preventiva que queda cancelada, y esto no lo ha tenido en cuenta la resolución que se ataca, lo que no ha interpretado correctamente el artículo 198 del Reglamento Hipotecario. Si, por el contrario, la cancelación basada en la aplicación del precepto que se señala infringido tiene por base la segunda anotación, ésta, por haber tenido acceso al Registro de la Propiedad con fecha muy posterior a la inscripción a favor de terceros, en este caso los recurrentes, no puede ser fuente de derechos ni menos basarse en este principio jurídico el fallo revocatorio de la sentencia de primera instancia.

4.º Al amparo del número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por cuanto que la sentencia impugnada incurre en infracción por interpretación errónea de la concluyente disposición contenida en el párrafo segundo del artículo 1473 del Código civil. Que si los recurrentes, además de ser poseedores de buena fe, tienen su título inscrito en el Registro de la Propiedad y no así el recurrido, queda claro que de ellos será la propiedad del inmueble, conforme al artículo 1473 del Código civil, que el fallo recurrido ha interpretado con error

El recurso, como queda dicho, no prosperó. El Tribunal Supremo se basó en las siguientes razones:

CONSIDERANDO que los dos primeros motivos del recurso por los que se denuncia, en el primero, la interpretación errónea del artículo 962 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y en el segundo, la falta de aplicación del artículo 446 del Código civil, ambos al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de dicha Ley procesal, merecen ser desestimados, pues la errónea interpretación de los preceptos procesales no puede servir de base para interposición de recursos de fondo y el artículo del Código civil invocado es referente a posesión y no guarda relación ninguna con los problemas debatidos en el incidente de ejecución de sentencia que se resolvió por la recurrida.

Que el problema planteado a la casación por el tercer motivo del recurso, por el cauce procesal del párrafo primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es el de la ineficacia total de la anotación preventiva practicada en el Registro de la Propiedad el día 1 de julio de 1958, al amparo del número 1.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, de la demanda interpuesta ante los Tribunales de Justicia por el comprador, en documento privado de 10 de enero de 1958, presentado a la liquidación de derechos reales el 3 de febrero siguiente, de la casa número 353 de la calle de Cerdeña de la ciudad de Barcelona para que por el vendedor y, caso de negarse, por el Juzgado, se le otorgase escritura pública de compraventa que le permitiera inscribirla a su nombre en el Registro, frente a una inscripción practicada durante la vigencia de aquella anotación, el 29 de mayo de 1959, a virtud de una escritura pública de compraventa otorgada por el mismo vendedor y de la misma finca, a favor de los recurrentes, el 27 de febrero de 1958, habida cuenta de que la anotación preventiva antes aludida de 1 de julio de 1958 caducó y fue cancelada a petición de los titulares del derecho últimamente inscrito por alegación de lo que dispone el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, el 18 de diciembre de 1962, aunque vuelta a consignarse en el Registro en virtud de nuevo mandamiento judicial de 21 de diciembre del mismo año, el 21 de enero de 1963, y merece ser desestimado por las siguientes razones:

a) La anotación preventiva es el medio por el cual se hace constar en el Registro la demanda interpuesta ante los Tribunales de justicia por la que se reivindica el mejor derecho sobre determinados bienes cuando la resolución que en el pleito recaiga pueda afectar a las posibilidades dispositivas del que aparece como titular registral de los bienes litigiosos, y se pretende con ella, como decía la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria del año 1861, «evitar que se eludan las sentencias haciendo el demandado con actos propios imposible la ejecución del fallo», concepto que repetido por la Dirección General del Registro, en su resolución de 4 de julio de 1919, en la que se afirma que la anotación preventiva tiene por objeto «determinar anticipadamente los límites dentro de los cuales deben ser devueltos, con efecto retroactivo, los pronunciamientos del fallo judicial». En la misma trayectoria se ha llegado a decir por algún autor que la anotación preventiva de bienes litigiosos es como un asiento de prevención anticipado, que ha de producir sus efectos cuando el pleito se resuelva, y es que la Ley recurre a ese medio asegurativo porque desde que se presenta una demanda hasta que se resuelve ha de transcurrir un periodo de tiempo durante el cual ni se debe privar al demandado del poder disponer de la cosa a favor de tercero, a lo que le autoriza el artículo 71 de la Ley Hipotecaria, ni se debe, a virtud de dicha facultad, hacer problemático el cumplimiento de la sentencia que se dicte. Por eso el artículo salvaguarda el derecho de la persona a cuyo favor

se haya hecho la anotación, porque la anotación preventiva advierte a todo posible tercer adquirente la incertidumbre del derecho que adquiere, así como, por su propio contenido, que esta situación no se resolvera mientras no recaiga sentencia en la *litis* que pierde ante los Tribunales, con tal que se cumplan determinadas exigencias, todas cubiertas en el presente caso, como son: que la reclamación haya sido hecha ante los Tribunales de justicia (el que demande en juicio, dice la Ley), que sea el propio Tribunal el que acuerde y expida el oportuno mandamiento, que la anotación preventiva recaiga sobre los bienes que hayan sido objeto de la demanda y que dichos bienes aparezcan inscritos, cuando se toma la anotación a nombre del demandado.

b) Los terceros arquirentes que inscriban, vigente la anotación preventiva, no podrán, mientras el pleito anotado no se resuelva por sentencia firme, alegar en su favor la protección registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, porque carecerán de la buena fe necesaria, que en este caso equivaldría a ignorancia de la situación real, y una vez firme dicha sentencia se han de aceptar por ello los siguientes efectos: 1.º la cancelación de la anotación, por innecesaria, si es que ya no estuviese cancelada por caducidad; 2.º La cancelación, caso de haber prosperado la demanda, de aquellos asientos extendidos en el Registro durante la vigencia de la anotación que no estén de acuerdo con su parte dispositiva, y ello sin necesidad de promover nuevo litigio, y 3.º La inscripción a nombre del nuevo titular del derecho que la sentencia proclame.

c) Que aunque la anotación preventiva, según el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, caduca a los cuatro años, si antes de dicho plazo se ha pedido su prórroga, como ha sucedido en el presente caso, y aunque se haya cancelado la anotación por dicha causa antes de terminar el pleito, lo que también ha sucedido, ello ha de afectar sólo a los terceros adquirentes que inscriban después de cancelada la anotación; pero los que adquirieron e inscribieron vigente aquélla, al dictarse sentencia en el pleito no podrán alegar ignorancia, ya que la anotación les advirtió de la incertidumbre del derecho de quien aparecía como titular registral y ya no dependía el cese de dicha incertidumbre, de la vigencia o de la caducidad de la nota, sino de la resolución que dictara el Tribunal, que habría de ser de obligado acatamiento en todo caso; desde otro punto de vista, tampoco han de poder acogerse dichos terceros (porque les faltará la buena fe indispensable) a una cancelación pedida por ellos al amparo del número 13 del artículo 206 del Reglamento Hipotecario, a sabiendas de que el pleito no estaba resuelto y prevaleciendo de que había transcurrido el plazo de caducidad de la anotación; la mala fe, desde el punto de vista registral, no equivale al dolo, sino simplemente al conocimiento del evento que puede frustrar su expectativa; el párrafo segundo del artículo 34 dice: «La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que "conocía" la inexactitud registral». a ella alude constantemente la Ley Hipotecaria, como puede verse en el artículo 107, donde al referirse a bienes litigiosos en relación con la hipoteca se dice en el número 9.º que puede ser afectado el acreedor hipotecario no sólo «si la demanda origen del pleito ha sido anotada preventivamente», sino también «si se hace constar en la inscripción que el acreedor tenía conocimiento del litigio», y el artículo 36, referente a la usurpación que no protege al titular registral que «conoció y tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer antes de perfeccionarse su adquisición» que la finca o derecho estaba «poseído de hecho» y a título de dueño por persona distinta de su transmitente», que supone la consagración de una prescripción «contra tabula» fundada en la

mala fe o conocimiento por el tercero de la situación real, y en el número 4.º del artículo 37, referente a la posible repercusión en el tercero de la acción pauliana. Hasta tal punto preocupa al Registro la «buena fe», que algunos autores la incluyen como uno más de los principios generales que rigen nuestro sistema hipotecario, y el Tribunal Supremo insiste sobre el tema a través de una reiterada jurisprudencia (sentencias de 3 de marzo de 1909, 29 de noviembre de 1928, 30 de diciembre de 1944 y 12 de enero de 1943, entre otras), donde se afirma que no puede invocar la protección registral el tercer adquirente que haya tenido conocimiento de las condiciones reales en que realizó la adquisición, aunque éstas no resulten del Registro, y a estas conclusiones llegó este Tribunal a través del análisis del principio de «publicidad». Lo esencial, dicen esas sentencias, es que el adquirente «sepa» a qué ha de atenerse, siendo indiferente el procedimiento por el que llegue a adquirir tal conocimiento, y en este caso sabían los terceros que la finca adquirida estaba en litigio cuando ellos inscribieron y que de la incertidumbre sobre la titularidad del que se la había transmitido sólo podía sacarlos la sentencia que se dictara y no la caducidad de la anotación cuando aún no había terminado el pleito.

Que el cuarto motivo del recurso, amparado en el párrafo primero del artículo 1.692, y en el que se alega la interpretación errónea del artículo 1.473 del Código civil, que igualmente ha de ser desestimado, ya que el principio de libertad de contratación y la seguridad del tráfico jurídico descansan siempre sobre la base de la «buena fe» de los contratante, y una clara manifestación de ello es lo dispuesto precisamente en el artículo del Código civil mencionado en este motivo alusivo a la doble venta, pues la exigencia de la buena fe, consignada sólo en el número primero, abarca también el párrafo segundo, según proclama una copiosa jurisprudencia (sentencias, entre otras, de 13 de mayo de 1908, 29 de noviembre de 1928, 31 de octubre de 1929 y 11 de febrero de 1946), en las que se niega la preferencia registral que dicho segundo párrafo establece, cuando el titular tuvo conocimiento perfecto de las condiciones en que hubo de verificar la adquisición del bien incierto, y ello ha de ser especialmente aplicable cuando la incertidumbre nace de reclamaciones judiciales en marcha que podrán desvirtuar el derecho o titularidad del transferente, pues el conocimiento, que malogra la buena fe, nace en el momento en que el bien se adquiere y se inscribe vigente la anotación, permanece mientras dure el pleito y su apreciación es cuestión de hecho, como dicen las sentencias de 11 de febrero de 1946 y 6 y 11 de junio de 1954, que en este caso la sentencia recurrida da por probado en su considerando octavo y que no ha sido combatida en el recurso por el único cauce legal que hubiera sido posible hacerlo.

Es interesante esta sentencia que aplica el requisito de la buena fe, comúnmente estudiado en relación con los actos transmisivos, a los efectos de una anotación de demanda, de una anotación de demanda ya cancelada.

La verdad es que a primera vista no se comprenden fácilmente los fundamentos de la aplicación que ha hecho la sentencia del Tribunal Supremo al caso discutido de la doctrina de la buena fe.

Porque el matiz de la aplicación es muy de tener en cuenta. No se trata de decirle a los que instaron el incidente conforme al artículo 198 del Reglamento Hipotecario "ustedes conocían el pleito, aunque la primera anotación de demanda se cancelara". No; se trata de aplicar toda la mecánica de dicho

artículo 198 apoyándose en una anotación de demanda ya cancelada por caducidad.

Pero como, al fin y a la postre, en el fondo no puede separarse ese detalle o matiz de la cuestión más sustantiva, consistente en unos adquirentes que habían sabido la existencia del litigio, parece que hay que estar con el fallo.

No en balde se ha escrito por LACRUZ que el más complejo y discutido de los requisitos de la protección registral es, sin duda, la buena fe.

La mala fe, desde el punto de vista registral, dice la sentencia, "no equivale al dolo, sino simplemente al conocimiento del evento que puede frustrar su expectativa". "No estamos autorizados—escribió JERÓNIMO GONZÁLEZ—para confundir la falta de buena fe hipotecaria con el dolo civil ni con la enajenación en fraude de acreedores."

El Tribunal Supremo ha aplicado una vez más su ya histórico y ético criterio de la buena fe, defendible, sin duda, desde un punto de vista moral; pero no muy compatible con un régimen de seguridad registral en el tráfico inmobiliario, con un régimen perfeccionado de publicidad, como ha observado RIPERT.

Roca, tan minucioso generalmente al estudiar los problemas derivados de la aplicación de la legislación hipotecaria, no se plantea la cuestión que esta sentencia ha resuelto. Sólo de una forma genérica expone: "La anotación de demanda surte todos estos efectos mientras subsista o no se extinga, debiendo tenerse en cuenta que, según el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, esta anotación, como todas, caduca a los cuatro años de su fecha, sin perjuicio de poder lograr una prórroga por otros cuatro años más." Bien es verdad que en una nota añade lo que sigue, muy en relación con la cuestión que nos ocupa: Caducada la anotación, aunque no figure cancelada, cesan los efectos de publicidad registral que para terceros provocaba el hecho de la anotación en sí, de modo que la subsistencia meramente formal de la anotación no puede privar de buena fe hipotecaria al tercer adquirente posterior, aunque hubiera consultado el Registro.

SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1967.—Discordancia entre lo declarado por las partes en contrato y lo realmente querido. Es cuestión inseparable de la interpretación de los negocios jurídicos. Para ésta es decisiva la intención evidente y común de los contratantes. Para juzgar de la intención de los contratantes hay que atenderse al sentido literal de las cláusulas del contrato, si los términos son claros y no dejan duda sobre aquella intención.

Son Considerandos de esta sentencia:

Que el tema de la divergencia inconsciente entre la voluntad y la declaración en los contratos no sólo es inescindible del referente a la interpretación de dichos negocios jurídicos, sino que en su tratamiento judicial debe otorgarse prioridad absoluta al segundo, toda vez que si como efecto de la interpretación se llega al resultado de que no hay discordancia entre lo declarado y lo querido por las partes, quedará automáticamente eliminado del litigio el tema designado en la doctrina científica con los nombres de error obstativo, error impropio, error en la declaración, error obstáculo, etc., ya que únicamente cuando el sentido de la declaración, descubierto por la interpretación, no coincida con la voluntad de los contratantes podrá plantearse el problema de dicho error y de sus efectos, no siempre invalidatorios de lo pactado.

Que, como afirma la sentencia recurrida, lo que ha dado lugar a la *litis*—al menos en cuanto guarda relación con las cuestiones suscitadas en el recurso—

es el alcance e interpretación de la cláusula quinta del contrato de compraventa formalizado notarialmente el día 9 de abril de 1962, estipulación que, según el juzgador de instancia, reza así: «A los efectos determinados por el artículo 541 del Código civil, los vendedores harán desaparecer cualesquiera signos de servidumbre, aparte la ya relacionada que exista entre el edificio vendido y el número 47 del paseo de Reding, propiedad de los mismos»; la que ha sido interpretada por el Tribunal *a quo* en el sentido de que ha de excluirse de la cláusula la servidumbre de luces y vistas referida a los huecos (puertas y ventanas) y terrazas que abiertos y contruidos en el muro Este de la casa número 47 citada, miran al lindero Oeste, donde radica el jardín de la casa vendida, interpretación impugnada en el recurso por entender que viola lo dispuesto en los artículos 1.281 y 1.282 del Código civil.

Que en la interpretación de los contratos, esto es, en la averiguación del sentido que en el momento de la perfección del negocio tuviera la declaración bilateral de voluntad, es decisiva la intención evidente y común de los contratantes, cual lo revelan los artículos 1.281, 1.282, 1.283 y 1.289, párrafo segundo, del referido Código.

Que para juzgar de la intención de los contratantes deberá atenderse, de acuerdo con lo establecido en el párrafo primero del citado artículo 1.281, ante todo, al sentido literal de las cláusulas del contrato, si los términos son claros y no dejan duda sobre aquella intención; precepto jurídico vinculante para el intérprete, fundando en la normal congruencia entre lo declarado y la voluntad de los autores de la declaración, que tiende a evitar que, a pretexto de la indagación del propósito interno y real de las partes, se tergiversen con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, al perfeccionarse el contrato, como previene el artículo 57 del Código de Comercio, en su ámbito privativo, pero cuyo espíritu está latente en el artículo 1.281, párrafo primero, del civil.

Que al no aplicarlo al caso, la sentencia recurrida violó este mandato legal, puesto que los términos de la cláusula no pueden ser más claros y no dejan duda alguna sobre la intención de los contratantes de no exceptuar de la desaparición de los signos de servidumbre más que los referentes a la aludida en la misma estipulación, gravamen no discutido en el pleito y, por tanto, de incluir en la obligación contraída por los vendedores los signos de la servidumbre de luces y vistas controvertida en el proceso.

Que la sentencia combatida infringió igualmente lo ordenado con el mismo vigor vinculante en el párrafo segundo del citado artículo 1.281, dado que, conforme a este precepto, para que una intención distinta pueda prevalecer y sobreponerse al sentido resultante de las palabras que integren la declaración negocial es menester que dicha intención sea la común de los contratantes y, además, que la voluntad contraria a los términos de la declaración aparezca y resplandezca de forma evidente, requisitos legales que aquí no concurren, puesto que algunos de los datos manejados por el juzgador *a quo*—al amparo de lo prescrito en el siguiente artículo 1.282—a fin de averiguar ese elemento subjetivo e interno se refieren a la supuesta voluntad particular e individual de los vendedores, no a la resultante de su coincidencia con la del comprador en el punto clave y decisivo de la extensión de la cláusula discutida, y ninguno de los elementos utilizados al efecto por el propio juzgador muestra con la evidencia requerida por la norma positiva que la intención común de los contratantes fuera la de restringir el alcance de la estipulación en los términos expresados en el fallo de la resolución impugnada.

Que una vez estimada la infracción de los artículos 1.281 y 1.282 del Código

civil sería totalmente ocioso examinar si, además, vulneró el Tribunal de apelación la doctrina legal invocada por el impugnante, por lo que, sin más razonamientos, procede declarar haber lugar al recurso, sin hacer especial imposición de costas.

SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1967.—La legislación que exige a los extranjeros autorización del Ministerio del Ejército para la adquisición de fincas en Baleares no es aplicable a Sociedad anónima española, aunque la mayor parte de sus acciones pertenezcan a extranjeros.

Son antecedentes de esta sentencia:

Que por el Abogado del Estado, y mediante escrito que por reparto correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Palma de Mallorca, se dedujo demanda contra Soge, Sociedad Anónima, sobre nulidad de contrato de compraventa y cancelación de inscripciones, y en cuya demanda se alegó: Que por escritura autorizada en fecha 2 de mayo de 1959 se constituyó la Sociedad Anónima nombrada, nacida para desarrollar las actividades de compraventa, mejoración y explotación de fincas rústicas y urbanas. Que el mismo día que se otorgó la escritura fundacional de Soge, Sociedad Anónima, se formalizó escritura pública de compraventa mediante la cual don Juan P. M., dueño de una finca titulada «Cala Pi», la vendió a la recién creada Sociedad. Tres días después, por escritura pública, don Vicente R. M. vendió a Soge, Sociedad Anónima, las fincas que detalla, y el 9 de julio de 1959, don Francisco T. S. vendió a Soge, S. A., una porción de tierra sita en San Jorge, de cinco hectáreas, 69 áreas y 35 centáreas. Que el 21 de diciembre siguiente, por escritura pública, la Sociedad repetida compró a don José R. C. una hacienda denominada «Cala Fallova» o «Cala Pi», sita en San Jorge, término municipal de San José, y por último, mediante escritura formalizada el 22 de abril de 1963, Soge, S. A., compró a doña María Torres R. las fincas que detalla. Que las compraventas inmobiliarias reseñadas se han celebrado sin recabar previamente la autorización del Ministerio del Ejército imperativamente establecido cuando los adquirentes en potencia—tratándose de fincas sitas en las islas Baleares—tienen la cualidad de súbditos extranjeros y la Compañía Anónima creada ha sido fundada precisamente con el fin de obviar tan importante requisito, pues de este modo, merced a la nacionalidad española de la persona jurídica formada, los interesados en los aludidos negocios, es decir, los consortes Geer Vils y Sofia van Gelder, han conseguido el objetivo que acariciaron: convertirse a través de Soge, S. A., en auténticos dueños de las fincas descritas. Invocó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictase sentencia por la que se declare que los contratos de compraventa mencionados son negocios jurídicos celebrados *in fraudem legis* y decretando la nulidad de los mismos, con la consiguiente cancelación de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad de Ibiza a la vista de los instrumentos mediante los cuales se formalizaron, con costas a quien se opusiere a la demanda.

El Procurador de Soge, S. A. contestó a la demanda alegando: Que la constitución de la Sociedad Soge consta inscrita en el Registro Mercantil de Baleares y su personalidad jurídica es plena. Que la escritura no forma parte de ningún expediente administrativo: fue interesado su envío por la Capitanía General de Baleares a efectos de tomar nota, según se dijo, de algunos datos; dicha escritura se remitió al Estado Mayor del Ejército, con ruego de que

fuera devuelta, y con evidente abuso de poder se ha dispuesto de ella sin el consentimiento de su legítimo titular para fines distintos de los que se indicaron. Que es cierto que no se recataron las autorizaciones del Ministerio del Ejército a que se alude en el correlativo, por cuanto teniendo Soge, Sociedad Anónima, plena capacidad como persona jurídica española no precisaba dicha autorización para adquirir fincas que compró, por cuanto dicha autorización se establece imperativamente sólo para los adquirentes extranjeros. Invocó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictase sentencia desestimando la demanda, absolviendo de la misma a este demandado, con costas a la parte actora.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando en parte la demanda, declarando que los contratos de compraventa mencionados en la sentencia son negocios jurídicos celebrados *in fraudem legis*, absolviendo a los demandados del resto de las pretensiones contra ellos formuladas, sin hacer expresa condena de las costas causadas.

La Audiencia dictó sentencia, en apelación, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado y estimando el promovido por la representación de la entidad demandada Soge, S. A., y con revocación parcial de la sentencia recurrida declaró no haber lugar a ninguna de las pretensiones formuladas en la demanda, absolviendo de las mismas a los demandados, sin hacer expresa imposición de las costas de Segunda Instancia.

El Abogado del Estado interpuso recurso de casación por infracción de Ley basándose en un solo motivo:

Al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: Que el fallo viola los artículos 1.º y 2.º de la Ley de 23 de octubre de 1935, así como el artículo 4.º del Código civil y doctrina jurisprudencial contenida en sentencias de 8 de abril de 1942, 6 de octubre de 1957 y 27 de abril de 1962; que resultan asimismo violados los artículos 1.261, número 3, y 1.275 del Código civil. Que los actos y contratos denunciados en la *litis* por la Abogacía del Estado, todos ellos admitidos en la sentencia como ciertos, dan a conocer que los consortes señores Geer Vils, de nacionalidad holandesa, a través de una Sociedad Anónima en la que ellos son titulares en mas de un 99 por 100 han pasado, de hecho, a ostentar el poder dominical de terrenos de gran extensión territorial en la isla de Ibiza y a conseguir su inscripción en el Registro de la Propiedad, y todo ello sin obtener la autorización que como salvaguarda de altos intereses nacionales establecen los artículos 1.º y 2.º de la Ley de 23 de octubre de 1935.

El recurso no prosperó basado en las siguientes razones:

Que la autorización gubernativa que los artículos 1.º y 2.º de la Ley de 23 de octubre de 1935 y 4.º de su Reglamento de 28 de febrero de 1936 imponen para que los individuos o *entidades extranjeras* adquieran fincas o terrenos enclavados en las islas Baleares, cuando estén situados fuera de poblado o zonas de ensanche o urbanización, no es exigible respecto de los contratos que en tal sentido lleven a efecto las Compañías mercantiles que, por haberse constituido al amparo de lo prescrito en la Ley de 17 de julio de 1951, estén domiciliadas en España, conforme a lo previsto en los artículos 28 y 41 del Código civil y gocen personalidad distinta de la que pueda corresponder a cada uno de sus asociados, según indican los 35 de dicho Cuerpo legal y 5 de la Ley reguladora del Registro jurídico de las Sociedades Anónimas, tanto porque las normas legales y reglamentarias citadas en primer lugar suponen una limitación a los principios de autonomía de la libertad de contratación consagrados por el artículo 1.255 de dicho Código, que no puede ser inter-

pretada en sentido extensivo o analógico (sentencias de 11 de marzo de 1911 y 13 de noviembre de 1953), sino normalmente con criterio restrictivo, de acuerdo con el apotegma jurídico *Exceptio est strictissima interpretationis*, como porque en realidad la finalidad práctica que el legislador se propuso a través de aquellos preceptos de *velar por los intereses y seguridad* de nuestro país (Exposición de Motivos de la Ley de 12 de mayo de 1960 y artículo 5.º del Decreto-ley de 22 de marzo de 1962) se consigue sin necesidad de acudir a semejante requisito cuando, como aquí ocurre, la Sociedad compradora obtuvo la nacionalidad española, por ser entonces de aplicación a la misma la totalidad de las reglas contenidas en nuestro vigente Derecho civil, sin que a ello se oponga la circunstancia de que la mayor parte de su capital fuere extranjero, porque, dada la fecha de su constitución—2 de mayo de 1959—, no le alcanzaban las restricciones impuestas por el Decreto-ley de 27 de julio siguiente y porque de los hechos que la resolución impugnada declara probados no se deduce que para su aportación se incumpliera lo que al efecto dispone el Ordenamiento sobre moneda extranjera.

Que lo acabado de exponer lleva a la conclusión de que el Tribunal *a quo* al mantener la eficacia de los negocios jurídicos que sirven de fundamento al presente litigio, por no estimarlos realizados *in fraudem legis* no incidió en las infracciones que se denuncian en el único motivo del recurso, formulado al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley procesal: Primero. Porque en el escrito inicial del procedimiento no se solicitó la declaración de nulidad de la escritura de constitución de la entidad, recurrida como sería preciso para lograr la invalidación de los contratos de compraventa por ella celebrados, puesto que éstos por sí mismo y con independencia del primero no crean situaciones de hecho o pseudo realidades encaminadas a contrariar el contenido de una norma de carácter imperativo con apoyo en otra de cobertura autónoma irrelevante para la consecución de los fines propuestos, como sería indispensable para aplicar la doctrina mantenida, entre otras, por las sentencias de esta Sala de 8 de abril de 1942, 25 de mayo de 1944, 6 de febrero de 1957 y 23 de febrero de 1962; y segundo. Porque, aun cuando así no fuera, tampoco entraría en juego el artículo 4.º del Código civil, por establecerse en el 16 del Reglamento de 28 de febrero de 1936 que, en caso de incumplimiento de las disposiciones consignadas en la Ley de 23 de octubre de 1935, la autoridad gubernativa no sólo puede imponer a los contraventores determinadas sanciones económicas, sino que incluso está facultada para ordenar la demolición de las obras llevadas a cabo y la *expropiación* de las fiancas adquiridas, con pérdida de la indemnización a que pudieran tener derecho; por todo lo cual el presente recurso debe ser desestimado.

B. M.

2) JURISPRUDENCIA MERCANTIL

POR RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS.

II. SOCIEDADES

Sociedades de responsabilidad limitada.

SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1967.

Venta de todas las participaciones sociales (a un extraño) por los gerentes sociales sin el concurso de todos los socios (Pueyo c. «E. Pueyo»).

Careciendo los gerentes de la Sociedad, que suscribieron el contrato de venta, de facultades para tal enajenación y no acreditándose actuaran como representantes de los socios, quienes no concurrieron al contrato de venta de las participaciones sociales, hay que declarar la nulidad por inexistencia de tal pacto, conforme al número 1 del artículo 1.261 del Código civil (falta de consentimiento).

SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1967.

Compuesta la Sociedad por dos únicos socios, con igual participación social e idénticas facultades de administración, al surgir desacuerdo entre ellos y no poder obtenerse la mayoría precisa para adoptar decisiones, ¿se produce imposibilidad de cumplir el fin social y se incurre en causa de disolución, conforme al número 2 del artículo 30 de la L. s. r. l.? (Martínez c. Garrido).

Procede la disolución porque:

— La Ley de r. l, en vez de concretarse a señalar los diversos supuestos que la realidad puede ofrecer como determinantes de la disolución de esas entidades por imposibilidad material o jurídica de cumplir sus fines, adoptó, en el párrafo segundo del artículo 30, una fórmula genérica en la cual pueden tener cabida todos aquellos supuestos que verdaderamente sean de trascendencia y, de hecho y con sujeción a las reglas del criterio humano, producen el colapso de la vida de la Compañía, imposibilitando su normal funcionamiento de manera permanente y definitiva.

— Del desacuerdo permanente entre los dos socios resulta evidente que la Sociedad que éstos forman queda privada de voluntad social, porque ésta, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley, viene constituida por el acuerdo de la mayoría real de la participación en el capital social, cuya mayoría ya no podrá conseguirse en lo sucesivo, lo que en realidad equivale a privar de vida a la Sociedad y hacer, por tanto, imposible la realización del fin para el que se constituyó.

— La doctrina científica, estudiando otros tipos de Compañía, se ha enfrentado con esos supuestos de discordias entre los socios que no permiten

reunir las mayorías de capital necesarias para adoptar acuerdos y que, consecuentemente, originan la paralización de la vida social, ante cuyos supuestos se ha entendido que no quedaba otra salida que la de abrir paso a la disolución.

— También la jurisprudencia de esta Sala, al encontrarse frente a casos parecidos, hubo de seguir esta misma tesis, siendo de citar a este respecto la sentencia de 25 de octubre de 1963, recaída precisamente sobre una Sociedad de responsabilidad limitada, cuya sentencia declaró. «Que solicitado en el pleito por el actor la disolución de la Sociedad y oponiéndose a ello el hoy recurrente, surge el problema de la imposibilidad absoluta en que se encuentra ninguno de ellos de llegar a conseguir la mayoría reforzada que exige el artículo 17 de la Ley, tanto a número de socios como en el *quorum* de los dos tercios del capital social, por... ser ambos los dos únicos socios de la Compañía y corresponder a cada uno de ellos la mitad del capital social». problema que formulado en otras ocasiones y ante la laguna legal ha motivado resoluciones de esta Sala en el sentido de que debe estimarse supletorio de la Ley el Código de Comercio—sentencia de 13 de febrero de 1962—y que, ante el carácter en parte personalista y en parte capitalista de las Sociedades de responsabilidad limitada, con predominio en general del elemento financiero, la sentencia de 18 de enero de 1962 declaró que en tales Sociedades, «cuando sean sólo dos los socios con idéntica participación de capital, al no haber mayoría posible, deben reputarse como Sociedades de tipo familiar y de carácter personalista, y se está en el caso de aplicar subsidiariamente el número 7 del artículo 218 del Código de Comercio, que admite la Ley especial en su artículo 31»

Sociedades anónimas.

Carácter ganancial de las acciones. Su atribución a la disolución de la sociedad conyugal.

SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1967.

«Hijos de Sabino S, S. A.», c. P. Díez.

Antecedentes.—Constituida una Sociedad de responsabilidad limitada por varios hermanos, se transformó en anónima, de cuyos Estatutos sólo interesa ahora el artículo 8º, que dice: «Ningún accionista podrá enajenar sus títulos a personas extrañas a la Sociedad sin ofrecerlas previamente al Consejo de Administración, quien lo anunciará a los demás accionistas para que las adquieran dentro del plazo de un mes siguiente al ofrecimiento. Si fueren varios los que quisieren comprarlas, se prorratearán entre ellos proporcionalmente al número de las que ya se posean. El precio de venta de los títulos será el que resulte como valor en el último balance practicado y aprobado por la Junta general. Para el caso de venta de los títulos sin cumplir lo establecido en el párrafo anterior se reserva a los accionistas por tiempo de un año el derecho de retracto a través del Consejo de Administración por el precio que antes se fija o por el mismo de la enajenación no ofrecida, si resultare más bajo. Los mismos derechos asistirán a los accionistas respecto a los títulos adquiridos por terceras personas mediante el ejercicio de accio-

nes judiciales o de otra índole, exceptuándose únicamente las transmisiones por herencia.»

Declarada la separación de los cónyuges y de la sociedad conyugal de gananciales de uno de los socios, se adjudicaron a su mujer, entre otros bienes, cuarenta y una acciones de la Sociedad de referencia, en pago de sus gananciales. El Consejo de Administración adoptó acuerdo de retracto de tales acciones, en base al artículo 8º de los Estatutos, por entender que si bien el valor de las acciones es ganancial, no lo son las acciones mismas, las que atribuidas a la mujer le confieren el carácter de socio.

Planteadas la demanda por la Sociedad, tanto el Juzgado como la Audiencia la desestimaron, interpuesto recurso de casación por infracción de Ley, no prosperó, en atención a los siguientes argumentos (ponente, don José Beltrán de Heredia y Castaño).

Considerando: Que ambas partes litigantes están conformes en que los bienes atribuidos a la actual recurrida como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal, que dan lugar al debate que origina este recurso, tenían el carácter de gananciales, por lo que es necesario tener presentes, al modo como hace la sentencia impugnada, los artículos del Código civil 1.407—donde se contiene la presunción de ganancialidad de todos los bienes del matrimonio—y 1.412, en que se concede al marido la administración de la llamada sociedad legal de gananciales, régimen económico matrimonial de contorno complejo y discutida naturaleza, que, aunque denominado sociedad en nuestro sistema legislativo, que incluso en el artículo 1.395 del mismo Código se remite a las normas de dicho contrato para su regulación supletoria, no puede ser considerada como tal en sentido estricto, porque le faltan los requisitos típicos de la relación societaria, careciendo del dinamismo como actividad y del fin económico como objetivo propios de aquella, lo que indujo a interpretarla como una forma de comunidad no de las de tipo romano o por cuotas partes recogida en nuestro Código en los artículos 392 y siguientes, cuyas reglas resultan inaplicables—en cuanto índices de una titularidad coincidente, independiente y autónoma—, sino de las llamadas germánica o en mano común, con la que evidentemente, aunque sin identificarse con ella, ofrece analogías debidas a su especial carácter y finalidad, pues ya se la denomine sociedad o se la llame comunidad, lo cierto e indudable es que se trata de una institución del Derecho de familia que imprime su sello peculiar no sólo a las relaciones personales, sino también a las patrimoniales, y produce en este caso el nacimiento de un patrimonio especial, vinculado al cumplimiento de los fines del matrimonio, sobre todo al levantamiento de las cargas comunes, siendo titulares del mismo conjuntamente y por partes iguales, aunque con desigualdad de derechos el marido y la mujer, vinculación que impide su división, así como los actos dispositivos de la propia parte y su gobierno administrativo por el sistema contrastante de la mayoría (como precisaron las sentencias de esta Sala de 18 de diciembre de 1954 y 26 de octubre de 1958), porque todo ello es incompatible con los principios rectores de la institución familiar, basada en la idea de organización jerárquica y presidida por un fin trascendente a los particulares de los miembros que la integran, lo que conduce a la desestimación del motivo primero del recurso, en que por el cauce del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil se denuncia aplicación indebida de los artículos 1.407 y 1.412 del Código antes citados, pues sólo teniendo en cuenta las consecuencias referidas a que con los mismos se llega se puede estar en condiciones de valorar el alcance

de la entrega hecha a la hoy recurrida al producirse la liquidación de la sociedad legal de gananciales de que era titular juntamente con su marido.

Considerando: Que la atribución patrimonial mencionada, en la parte que se discute, consiste en las acciones de una Sociedad Anónima que el marido, en unión de sus hermanos—todos los cuales figuran actualmente como recurrentes—, había constituido vigente matrimonio en 1952 (transformando la anteriormente existente con carácter de limitada y que se fundó en 1938), cuya ganancialidad no se cuestiona, pero cuya liquidación pretende hacerse con la asignación no de las propias acciones, sino del valor dinerario que tenían según el último balance de la Empresa, por entender, en contra de lo decidido por ambos juzgadores de instancia, que es a este importe a lo único a que la esposa puede tener derecho, no pudiendo extenderse a la condición de socio que la tenencia de las actuaciones implicaría en otro caso, para cuya recta valoración es indispensable partir de la esencia propia de las entidades societarias a que pertenece la que aquí es objeto de debate, que en su calidad de anónima se presente como una Sociedad de capital, no de personas, en cuya estructura la vigente Ley de 17 de julio de 1951, no tiene en cuenta para nada las circunstancias personales de los socios, que son indiferentes, como lo son también sus conocimientos técnicos, nacionalidad, ideología, etcétera. hasta el punto de que con razón se ha dicho que en su regulación se sustituye el *intuitus personae* típico de las Sociedades personalistas por el *intuitus pecuniae* característico de las capitalistas, donde lo único decisivo es el valor y naturaleza de la aportación al capital social, no tomándose en consideración ni siquiera la situación patrimonial del accionista en cuanto que su responsabilidad no es ilimitada y en las que, consiguientemente, la acción, índice expresivo de la referida aportación, no es sino un título-valor (nominativo o al portador) rodeado de las rotas propias de esta clase de documentos, como son la mutabilidad, comercialidad y transmisibilidad: no sólo del título en sí en cuanto bien material, sino también de los derechos incorporados al mismo, en este caso de la condición de accionista, todo lo cual demuestra que, en principio, las acciones de esta clase de Sociedades son susceptibles de la adquisición efectuada como resultado de la liquidación de una comunidad o sociedad de gananciales en cuanto que no representan un derecho relativo al respeto, conservación y desarrollo de la personalidad e inseparable de ella que pudiera justificar su intransmisibilidad y obligase a la satisfacción de su equivalente en dinero.

Considerando: Que la doctrina que se acaba de exponer, de indiscutible vigencia en términos generales, ha sido impugnada en el caso del presente recurso a causa de que en los Estatutos de la Sociedad que figura entre los recurrentes existe una cláusula, señalada con el número 8, que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley de Régimen jurídico de las acciones anónimas, restringe la libre transmisibilidad de las acciones, al decir que «ningún accionista podrá enajenar sus títulos a personas extrañas a la Sociedad sin ofrecerlas previamente al Consejo de Administración... el precio de venta de los títulos será el que resulte como valor en el último balance practicado... los mismos derechos asistirán a los accionistas respecto a los títulos adquiridos por terceras personas, mediante el ejercicio de acciones judiciales o de otra índole, exceptuándose únicamente las transmisiones por herencia», lo que plantea el problema de su influencia sobre el carácter y naturaleza de la Sociedad a que afecta, que debe ser examinado tanto en su aspecto genérico como fundamentalmente en su aplicación concreta al caso presente, siendo incuestionable respecto del primero que las cláusulas esta-

tutarias de este tipo que por razones de diversa índole, entre otras el deseo de vinculación a una familia determinada—que da lugar a las llamadas precisamente sociedades anónimas familiares—, tratan de convertir a las normalmente Sociedades abiertas o de capital (es decir, apersonales) en otras de estructura cerrada en que entra en juego la apreciación de las condiciones personales (*intuitus personae*), son una derogación convencional de la regla general de las Sociedades Anónimas, en las que la acción, entendida como título-valor, está concebida, según se ha dicho con precedencia, para circular y transmitirse libremente, lo que supone que tendrán que ser establecidas de modo expreso y que todo lo relativo a las mismas habrá de ser interpretado restrictivamente, con la importantísima particularidad de que, habida cuenta de la naturaleza puramente obligacional de dichas cláusulas, no podrán alterar el carácter de la acción, entendida como bien material o corporal (cosa mueble) susceptible de transmisión y, sobre todo, de adquisición con plenos efectos reales, que, por imperativos de las exigencias del tráfico jurídico de bienes, habrá de tener eficacia en relación con el adquirente, con la inevitable proyección frente a terceros, al margen de lo que en el ámbito interno de la Sociedad pueda suceder y de las posibles reacciones del ente societario ante el incumplimiento de lo pactado, cuestiones que dieron lugar a discrepancias doctrinales que ni afectan al presente caso ni es éste el momento de dilucidar.

Considerando: Que haciendo aplicación de todo lo anterior al caso que es objeto de este recurso resulta de toda evidencia el acierto con que procedió el Tribunal *a quo* al decidir que la cláusula referida no puede estar en condiciones de impedir la atribución a la esposa de la mitad de las acciones que figuraban a nombre del marido, porque éste no ostentaba respecto de las mismas otro carácter que el de administrador de la sociedad legal de ganancias a que aquéllas pertenecían, y en cuyo patrimonio tenían ambos cónyuges una cotitularidad indiscriminada, lo que hace que, cuando se verifica la adjudicación separada como consecuencia de la liquidación de lo que era ganancial, no se enajena ni se vende nada en favor de la esposa, que tampoco lo adquiere como resultado del ejercicio de una acción judicial que son los supuestos contemplados en los Estatutos, sino que recibe lo que era suyo y no sólo del marido, como se pretende en el recurso, adquiriendo la titularidad individual y concreta sin previo acto dispositivo, sino meramente declarativo sobre dichas acciones en cuanto tales bienes muebles, con el derecho inherente a las mismas y que en ellas está incorporado, de que no puede ser privada con el abono de su importe, so pretexto de unas alegadas cualidades o condiciones personales (*intuitus personae*) derivadas de la restricción pactada, que servirá en su caso para cerrar al exterior la Sociedad de que se trata respecto de futuros adquirentes, pero que no es bastante para transformar la esencia de la acción a los efectos aquí contemplados, todo lo cual obliga a la desestimación del motivo segundo, en que, al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se denuncia violación por inaplicación del artículo 46 de la Ley de Régimen jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, así como del 3.º, en que por el mismo cauce procesal se alega también inaplicación del 1.111 del Código civil y doctrina legal que cita, cuya improcedencia se pone de manifiesto con la sola lectura del mencionado precepto sustantivo, donde se regulan las acciones subrogatoria y revocatoria, prohibiendo el legislador subrogación respecto de

la primera en los «derechos y acciones que sean inherentes a la persona del deudor», cuyo alcance aplicativo al caso presente no se comprende, máxime cuando las alegaciones doctrinales con que el recurrente pretende apoyar su postura no corresponden con lo que dice, ya que aparecen tergiversadas con un proceder impropio del escrito de formalización del recurso en que se contienen

S. de F.

3) JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

LA INTERVENCION ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACION PRIVADA
SOBRE VIVIENDAS DE PROTECCION ESTATAL

SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1968.

I.—PLANTEAMIENTO.

1. *Los hechos.*

a) D J Z., promotor de un expediente de construcción de 52 viviendas de renta limitada, formalizó varios contratos de compraventa de las distintas viviendas.

b) Los compradores consideraron que en los contratos de compraventa se había pactado un precio superior al autorizado por la cédula de calificación definitiva, al establecerse la condición de que se subrogaran en el pago del anticipo otorgado por el Instituto Nacional de la Vivienda.

c) Los compradores dedujeron al efecto escrito dirigido al Instituto Nacional de la Vivienda en el que se solicitaba se declarase que en los contratos de compraventa se había pactado una cantidad superior a la autorizada.

d) El Instituto Nacional de la Vivienda desestimó tal petición. Agotada la vía administrativa, los interesados interpusieron recurso contencioso-administrativo que fue resuelto por la sentencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1968, de la que fue ponente don Juan Becerril y Antón Miralles.

2. *La sentencia de 8 de febrero de 1968.*

En los considerandos de esta sentencia se sienta la siguiente doctrina:

«Considerando: Que ante todo y para centrar bien el objeto del pleito ha de estarse al examen de la petición contenida en el suplico de la demanda en relación con los actos administrativos que en este procedimiento contencioso-administrativo se impugna, a cuyo efecto y por lo que estos últimos se refieren, son el acuerdo de 25 de octubre de 1962, por el que se dispuso que comoquiera que del examen comparativo de los precios de las viviendas que figuran en los contratos suscritos con los adquirentes y los de las cédulas de calificación definitiva se comprueba que en ningún momento se ha percibido cantidad superior a la legalmente autorizada, ya que no supone aumento ilegal el haber concertado que el anticipo concedido por el Instituto Nacional de la Vivienda quede a cargo de los adquirentes, por lo que este hecho no supone infracción a las normas que regulan la construcción de viviendas que regulan la protección estatal y la resolución del Ministerio al conocer en alza-

da, por la que en 4 de julio de 1964 (no en 21 de octubre de 1964, como erróneamente se dice en el escrito de demanda, si bien el error será por material y salvado) se desestimó aquélla, confirmando el acuerdo de la Dirección General del Instituto de la Vivienda ya referido, "por el que se acordó que el promotor del expediente para la construcción (etc) no había percibido como consecuencia de los contratos de venta otorgados a los recurrentes cantidad alguna superior a la autorizada en la Cédula de Calificación Definitiva para las 10 viviendas", declaraciones las formuladas por la Administración que en realidad abarcan tres extremos distintos de distinta condición jurídica: el primero, por cuanto que tramitado todo el expediente como denuncia de la actuación del promotor (aun cuando en el fondo lo que envuelva sea un interés económico de devolución de cantidad), si se hubiera apreciado la falta como cierta, la resolución de la Administración envolvería la declaración de esa consecuencia a efecto de contrato; la segunda, por cuanto se contiene en la resolución de la Administración una declaración impropia de su competencia, como es la de que "no se han percibido como consecuencia de los contratos de venta cantidades superiores a las autorizadas en la cédula de calificación", afirmación, tal como está redactada, que, a más de penetrar en campo propio del Derecho civil y del alcance y cumplimiento de las obligaciones, según la naturaleza de los pactos, envuelve, sin duda, una afirmación hipotéticamente inaceptable, cual es la de si como consecuencia de unos contratos se han percibido o no se han percibido cantidades superiores a un módulo, fuere el que fuere, y tercero, por cuanto si sobre tal conjunto de declaraciones, ya atentos al suplico de la demanda, ha de atenderse a éste la declaración jurisdiccional con el rigor procesal propio, en congruencia con el *petitum*. éste interesa de la jurisdicción contencioso-administrativa, sólo atenta y capaz para conocer en revisión de los actos administrativos, "se declare que el señor Zabala (el promotor) ha percibido de más en el precio de la venta de los pisos al pactar el pacto expreso de asumirse por los compradores la obligación de satisfacer el anticipo". peticiones éstas que desorbitan la materia del conocimiento jurisdiccional y son adecuados a declarar la inadmisibilidad de tal pretensión con arreglo al apartado a) del artículo 82 de la Ley jurisdiccional por haberse interpuesto el recurso ante órgano que carece de jurisdicción para resolverlo, ya que corresponde su conocimiento a otra esfera jurisdiccional, según el artículo 2.º, párrafo a) de la propia Ley.

Considerando: Que en cuanto al primero de los extremos a ese respecto a la declaración administrativa de que en los contratos y al pactar que el anticipo formaría parte del precio no se producía ninguna irregularidad prohibida por la Ley, aparece perfectamente aclarada tal posibilidad con arreglo al razonamiento empleado en el considerando único de la resolución ministerial en alzada, que aludiendo a la norma interpretativa que señala el artículo único, apartado 1 de la Ley de 2 de marzo de 1963. cita y copia el clarísimo precepto contenido en el mismo desarrollando tal interpretación, expreso de que los artículos 28 y 30 de la Ley fundamental en la materia, de 15 de julio de 1954. así como los artículos 11 y 116 del Reglamento de 24 de junio de 1955, deben interpretarse en sentido de que, además del impacto que resulte de la capitalización del alquiler, su bruto (sic) anual podía pactarse entre vendedor y comprador que este último se subroga en la obligación de amortizar el importe del anticipo concedido por el Instituto Nacional de la Vivienda mediante garantía hipotecaria para la construcción de la vivienda objeto del contrato; con lo que tales normas alcanzan, en carácter de Ley interpretativa y aclaratoria, a los contratos celebrados entre el promotor y

los adquirentes, y por consiguiente, aunque en ellos, en una u otra forma, se pactara la subrogación antedicha, el promotor pudo hacerlo legitimamente, y en consecuencia procede desestimar la demanda y en tal orden declarar válido y subsistente el acto administrativo en cuanto a que el promotor del expediente pudo concertar la venta incluyendo como parte de precio la subrogación en la amortización del anticipo concedido por el Instituto Nacional de la Vivienda mediante garantía hipotecaria para la construcción objeto del contrato, por ser ello conforme a derecho y por no ser procedente en tal aspecto la anulación del acto administrativo que la súplica de la demanda pide, lo que supone la desestimación, en el orden dicho, del recurso interpuesto.

Considerando: Que en cuanto al segundo extremo del planteamiento, y como ya queda iniciado en el considerando anterior y por sólo el hecho de tal planteamiento, que la declaración de la Administración rebasa la esfera del conocimiento jurisdiccional de la Administración, pues es impropio de ésta decir, bien en abstracto, bien en cada caso concreto, que "no se han percibido como consecuencia de los contratos de venta cantidades superiores a las autorizadas en la cédula de calificación", pues una cosa es decir que en los contratos puede incluirse como parte del precio el anticipo y subrogarse el comprador en la obligación de amortizar su importe, pues la cédula de calificación así lo autoriza, y otra muy distinta, atinente a la declaración correspondiente al alcance y efecto de las obligaciones, es decir si se cobró o no se cobró como consecuencia de los contratos cantidad superior a las pactadas, pues tanto vale decir y decidir lo que se cobró, lo que se supone definir jurisdiccionalmente el elemento de extinción de la obligación y convalidar la administración no al ajuste teórico de los contratos a lo permitido en la cédula de calificación, que es la autorización para que el precio esté en parte integrado por la subrogación en la devolución del anticipo a la Administración, pues esto entra en la posibilidad de declaración administrativa como acto propio de la misma, sino en la relación determinante de contrato a precio y de percepción de éste, que es materia propia de la jurisdicción civil y no de la administrativa, puesto que se refiere al contenido, alcance y cumplimiento de las obligaciones, con lo que en este aspecto es de estimar el recurso contencioso-administrativo por lo que afecta a la declaración administrativa de no haberse percibido como consecuencia de los contratos de venta cantidades superiores a las autorizadas, dada su incompetencia para ello, lo que supone la nulidad parcial del acto administrativo en cuanto a tal declaración.

Considerando: Que en cuanto al tercer punto de planteamiento, que la petición formulada en la súplica de la demanda de que el constructor ha percibido de más en el precio de venta de los pisos, interesando se devuelva o reintegre la cantidad percibida en más, es absolutamente inadmisibles en este proceso contencioso-administrativo, sin perjuicio, claro es, de poder ejercitar aquellas acciones que a los demandantes pudieran corresponder y ante la jurisdicción competente

Considerando: Que de la exposición y razonamiento anteriores se derivan las tres declaraciones consecuentes a ellos en el orden lógico del proceso, es pertinente declarar, en primer lugar, la inadmisibilidad de la pretensión del actor en cuanto a la declaración de haber percibido en más el promotor y estar obligado a la devolución o reintegro: para después estimar en parte el recurso por lo que afecta a la nulidad de los actos administrativos impugnados en cuanto deciden no haber percibido el promotor como consecuencia de los contratos cantidades superiores a las autorizadas, puesto que tal ma-

tería es extraña a la competencia administrativa, y por último, desestimar el recurso en cuanto a la pretensión de no ser posible integrar en el precio como parte del precio el anticipo concedido por el Instituto Nacional de la Vivienda; orden procesal y lógico de la declaración por el inverso del planteamiento, puesto que éste obedece a la concatenación de la actividad en el procedimiento, partiendo del acto administrativo para llegar, por último, al contenido de la súplica de la demanda, mientras que aquél obedece a las reglas procesales, descartando, ante todo, la parte invalente de la acción, para examinar después la parte del acto administrativo, que, como no conforme a derecho, se anula, para dejar, por último, subsistente la parte que se estima ajustada a normas, y en tal sentido desestimar el recurso interpuesto por el actor; todo ello sin que, dados los antecedentes y desarrollo del expediente, sea de formular imposición de costas con arreglo a los artículos 81 y 131 de la Ley Jurisdiccional.»

3 Cuestiones planteadas.

La trascendencia de las cuestiones planteadas queda de relieve con sólo pensar que en materia en que tan frecuente es hoy la intervención administrativa se delimitan las esferas propias de la Administración y de la jurisdicción ordinaria.

Pero un correcto planteamiento de la cuestión exige comenzar por el problema más general de los efectos en Derecho privado de la función administrativa.

II.—LA EFICACIA JURÍDICO-PRIVADA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.

1. El ejercicio de la función administrativa no limita sus efectos al ámbito juridico-administrativo. En cuanto recae sobre la realidad social, afecta también a la esfera del Derecho común.

2. FERNÁNDEZ DE VELASCO destaca que ya BATBIE había observado que algunas cuestiones de propiedad surgen de los actos administrativos (1). Y la doctrina posterior se ha ocupado de los efectos de la función administrativa en el Derecho privado (2). Como expresivamente reconoce la sentencia de 21 de noviembre de 1966, existen «actos administrativos que inciden en relaciones de Derecho privado provocando efectos de distinta naturaleza juridico-privados y juridico-públicos».

3. El ejercicio de la función administrativa determinará, al lado de la relación privada, el nacimiento de una relación juridico-administrativa, pero la propia relación privada resultará afectada. Así, al otorgarse una licencia, surge una relación juridico-administrativa entre la Administración y el particular; pero es evidente que al lado de esta relación, la relación privada

(1) BATBIE, *Traité théorique et pratique de Droit public et administratif*, 1862. I, pág. 839.

(2) El propio FERNÁNDEZ DE VELASCO, en *El acto administrativo*, Madrid, 1929, dedica un capítulo al «Acto administrativo y los derechos privados». Cfr. págs. 301-318. Y GARCÍA TREVIJANO, en *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, 1964. I, páginas 88-92, dedica un apartado a los «Efectos civiles de actos administrativos».

Al tema me refiero en *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, páginas 551-557.

habrá sufrido una modificación al ampliar la esfera de la actuación del administrado como consecuencia del otorgamiento de la licencia.

4 En el ámbito de las relaciones jurídico-privadas sobre la propiedad urbana, sobre todo en las relaciones arrendaticias, son de destacar los efectos extintivos de la función administrativa.

La función administrativa típica que produce la extinción de derechos privados ha sido la expropiación forzosa. Pero la expropiación forzosa no es la única manifestación de función administrativa que produce como efecto la extinción de derechos privados. Existen otras, como, por ejemplo, a través de la función de policía, la declaración de ruina de un edificio, que produce el efecto de extinguir los derechos de arrendamiento (art. 114, causa 10.ª, Ley de Arrendamientos Urbanos) (3), y en el mismo sentido puede citarse la función que ejerce el Gobernador civil al amparo de lo dispuesto en el artículo 78, Ley de Arrendamientos Urbanos (4). Así, una sentencia de 14 de noviembre de 1964 dice: «Que el otorgamiento o denegación del permiso para derribar y construir atribuido a los Gobernadores civiles por los artículos 78 y 79 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es un acto administrativo, corolario o manifestación de la política estatal de aliento a la construcción de viviendas, con la finalidad de paliar o resolver el problema social de su escasez, sin que la circunstancia de que tal licencia gubernativa esté encajada en la Ley de Arrendamientos borre la naturaleza administrativa de tal permiso, el cual, en este aspecto, es algo destacado y distinto de las repercusiones y derivaciones que la utilización y puesta en práctica de dicho permiso, si es concedido, determinan en las relaciones jurídico-civiles derivadas del contrato de arrendamiento.» Otra, de 3 de noviembre de 1964 (ponente, Cordero Torres), dice que tal decisión constituye «sólo un trámite previo en orden de la segunda excepción a la prórroga de los contratos de arrendamiento». En análogo sentido, sentencia de 18 de noviembre de 1964 (ponente, Fernández Hernando) (5).

Ahora bien, existe una diferencia fundamental en la forma de llevar a efecto esta extinción de los derechos civiles. En principio, cabe la siguiente distinción:

a) El Ordenamiento jurídico, a veces, atribuye plena competencia a los órganos administrativos para dictar el acto que determinaría la extinción y para proceder a la ejecución forzosa del mismo contra la voluntad del obligado.

Si los arrendatarios no desalojan el local dentro de los plazos reglamentarios, no es necesario acudir a los órganos jurisdiccionales para proceder al lanzamiento, sino que la propia Administración puede llevarle a cabo a través de un procedimiento administrativo: el desahucio administrativo. Así, en el supuesto de inscripción en el Registro Municipal de Solares, según el artículo 41 del Reglamento de edificación forzosa y Registro Municipal de Solares, aprobado por Decreto de 5 de marzo de 1964.

(3) Cfr. sentencia de 13 de julio de 1964 (ponente: FERNÁNDEZ HERNANDO). Una sentencia de 21 de noviembre de 1966 alude a la «existencia de actos administrativos que inciden en relación de Derecho privado, provocando efectos de distinta naturaleza—jurídico-privados y jurídico-públicos—de los que el mejor ejemplo es la declaración de ruina y la inclusión en el Registro de Solares». En el mismo sentido, sentencia de 14 de enero de 1967. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley del Suelo*, Madrid, 1968, pág. 951.

(4) Vid también artículo 149 de la Ley del Suelo.

(5) Cfr también sentencias de 27 de enero y 24 de febrero de 1964, y CASTÁN Y CALVILLO, *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, Madrid, 1956, páginas 304-314.

Refiriéndome al mismo, he señalado: «Ya lo preveía así el artículo 47 del derogado Reglamento de 23 de mayo de 1947 para la aplicación de la Ley de Solares, al reconocer al alcalde potestad para "proceder al inmediato lanzamiento del ocupante a costa de éste, sin que tal diligencia pueda suspenderse ni demorarse por reclamaciones, acuerdos o cualquier otra circunstancia".» Y P^r SÚÑER, al enfrentarse con este precepto, decía: «Ha desaparecido, por tanto, la idea equivocada de que la Administración Pública no puede mandar alguaciles. Precisamente la doctrina de los poderes del Estado es la más a propósito para que pueda el ejecutivo mandar alguaciles, de tal suerte que incluso la Ley de lo contencioso-administrativo no prevé la ejecución de sentencias realizadas por los Tribunales mediante sus dependientes y elementos de coacción, sino por la Administración Pública» (6).

La jurisprudencia se ha referido en alguna ocasión a este procedimiento de desahucio. Así, la sentencia de 10 de octubre de 1963 dice: «Que en cuanto al fondo del recurso que se contempla, se aprecia claramente en el expediente de su razón que la finca número 33 de la calle de Marqués de Viana, de esta capital, figuraba ya incluida con anterioridad firme en el Registro de Solares e Inmuebles de Edificación Forzosa del Ayuntamiento de Madrid cuando el propietario de la misma obtuvo la necesaria licencia para construir una casa de nueva planta en el solar de la expresada finca y con aprobación del proyecto correspondiente; todo lo cual previene el artículo 47 del Reglamento de Solares de 23 de mayo de 1947 y el Decreto de su aclaración de 5 de septiembre de 1952, en cuanto uno y otro se opongan a lo posteriormente establecido por el artículo 149 de la Ley del Suelo, según su disposición final segunda, originando el natural desarrollo de esta legislación específica el obligado desalojo de los ocupantes del inmueble una vez que fueron con anterioridad advertidos de las indemnizaciones procedentes, sin perjuicio, claro está, de las acciones judiciales de que se crean asistidos, las cuales, como indica el citado artículo 47, habrán de ejercitarse por separado. Que toda la finalidad de esta legislación aplicable es llevar precisamente a la construcción de nuevas viviendas acordes con los planes de urbanización más adecuados para resolver el problema de la Ley y se propone remozar las poblaciones y aumentar los alojamientos que demanda el crecimiento demográfico de la nación, con todo lo cual está en desacuerdo el crear dificultades como las que pretende el recurrente al formular oposición al actuado administrativo, que en este caso es correcto, pues se han observado todas y cada una de las prescripciones al efecto previstas para llegar al desalojo que se impugna, sin que sea la vía administrativa el lugar adecuado para tratar de hacer valer acciones de naturaleza civil que le quedan a la parte, expresamente reservadas por el claro contexto de las disposiciones legales citadas, sin necesidad ahora de penetrar en el Código civil para tratar de desentrañar si la consignación de rentas operada habrá de merecer la declaración judicial de si está bien o mal realizada. Nada de esto es necesario a través del expediente administrativo y en él consta—folio 4—el formal requerimiento hecho al recurrente por el Ayuntamiento de Madrid para que compareciera ante el mismo, en día y hora determinados y provisto del correspondiente contrato de arrendamiento, para recibir el pago de las indemnizaciones procedentes, con advertencia de que de no comparecer se seguiría la consignación de aquéllas en el Juzgado correspondiente, como así sucedió, por no haber comparecido aquél en el acto adecuado, sin que quepa alegar ahora oposición que

(6) P^r SÚÑER, *La expropiación y los arrendamientos*, «R. E. V. L.» núm. 47, página 673.

no hizo el recurrente en su momento oportuno, advertido también de que continuaría el procedimiento previsto en el párrafo segundo del artículo 47 del Reglamento de 23 de mayo de 1947, o sea, el lanzamiento de los ocupantes del inmueble a su costa, sin que tal diligencia pueda suspenderse o demorarse por reclamaciones, acuerdos o cualquier otra circunstancia posterior, lo que todavía es más terminante a través de la LS, cuyo artículo 149 determina la definitiva extinción de los arrendamientos y demás derechos personales constituidos por cualquier título en relación a las fincas incluidas en el Registro de Solares cuyos propietarios hayan obtenido la licencia para la nueva construcción» (7). En análogo sentido, las sentencias de 13 de mayo de 1961, 3 de mayo de 1963 y 14 de diciembre de 1964.

El artículo 109 RB consagra no sólo el carácter administrativo, sino el sumario del procedimiento, con estas palabras: «La competencia y el procedimiento para disponer el desahucio, fijar la indemnización y llevar a cabo el lanzamiento tendrán carácter administrativo y sumario, y la competencia exclusiva de las Corporaciones locales impedirá la intervención de otros organismos que no fueren los previstos en el presente título, así como la admisión de acciones o recursos por los Tribunales ordinarios» (8).

b) Pero otras veces la legislación administrativa, más respetuosa con los principios tradicionales, no llega a tanto. Aun cuando reconoce eficacia extintiva al acto administrativo, mantiene la jurisdicción de los Tribunales ordinarios para que se pronuncien sobre la resolución de las relaciones privadas y ulterior ejecución forzosa de la misma, en su caso.

Así, respecto de la autorización de derribo del Gobernador civil, según el artículo 78 de la LAU: «Para que proceda la segunda causa de excepción a la prórroga del contrato de arrendamiento de vivienda o local de negocio será necesario: 1.º Que el arrendador contraiga, comunicándolo por escrito al Gobernador civil de la provincia, el compromiso de que las obras de reedificación se realizarán en el plazo que previamente deberá ser señalado por dicha autoridad y que la reedificación se verifica de modo que la nueva finca cuente, al menos, con una tercera parte más del número de viviendas de que disponga aquélla, respetando al propio tiempo el número de locales de negocio si en el inmueble a derruir los hubiere. Y cuando la finca careciera de viviendas o las que existieran fueran dependencias del local o locales de negocio con que cuente, que se compromete a que la reedificada disponga de una o más viviendas susceptibles de ser utilizadas, con independencia plena de los locales de negocio. 2.º Que autorizada que sea por el Gobernador civil la demolición, y con un año de antelación, por lo menos, al día en que proyecta iniciarla, lo notifique en forma fehaciente a todos los arrendatarios del inmueble, bien lo sean de vivienda o de local de negocio, insertando copia literal de la mencionada autorización del Gobernador y la expresión de la fecha en que han de ser iniciadas las respectivas obras» (9).

(7) Sobre el desahucio administrativo en general, cfr. CERRILLO, *El desahucio administrativo municipal*, 2.ª ed., Barcelona, 1952, y ROVIRA MOLA, *Desahucio*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», Seix, VII, en especial págs 172-178.

(8) GONZÁLEZ PÉREZ, *El Registro Municipal de Solares*, Madrid, 1965, páginas 161-164.

(9) GONZÁLEZ PÉREZ, *La autorización de derribo de finca urbana*, «Revista Jurídica de Cataluña», octubre-diciembre, 1966, págs 953-978. Asimismo me remito a mi trabajo *Comentarios a la Ley del Suelo*, Ed. del «B. O. del Estado», Madrid, 1968, comentario al art. 48.

III.—INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE VIVIENDAS DE PROTECCIÓN ESTATAL.

1. Los medios de fomento que el Estado utiliza para estimular la construcción de viviendas supone para los beneficiarios positivas ventajas. Pero, a cambio de las mismas, quedan sujetos a una fuerte intervención administrativa, que llega incluso a un rígido régimen correctivo. De este modo, se dan dos tipos de relaciones, con las consiguientes repercusiones en el conocimiento jurisdiccional de los litigios que de las mismas deriven: por un lado, las relaciones jurídico-privadas a que da lugar la actividad del administrado-beneficiario, por otro, las relaciones jurídico-administrativas que surgen como consecuencia de la intervención de la Administración pública (10).

2. En principio, la intervención administrativa no sustituye la actividad privada del promotor-constructor. Este puede ejercer libremente sus facultades dominicales dentro de los límites impuestos por las limitaciones en que se concreta la actuación de la Administración pública. En consecuencia, puede perfeccionar los contratos de compraventa estableciendo el precio y los pactos que tenga por conveniente, siempre sin exceder los límites impuestos por la reglamentación respectiva.

3. Ahora bien, la Administración puede y debe, velando por el cumplimiento de la reglamentación administrativa de las viviendas de protección estatal, intervenir la actuación privada, incoando al efecto los correspondientes procedimientos sancionadores. Pero estas potestades administrativas no pueden en modo alguno extenderse más allá de los límites impuestos por la norma que atribuye la potestad al órgano competente para ejercerla ni, por tanto, invadir la esfera de atribuciones propias de los Tribunales ordinarios.

IV.—LA JURISDICCIÓN COMPETENTE.

1. Consecuencia de aquella delimitación de competencia es la del ámbito de las jurisdicciones respectivas: en todo aquello que corresponde a las relaciones privadas, no sujeto a la intervención administrativa, serán los Tribunales ordinarios los únicos que podrán dirimir los litigios que se promuevan. La jurisdicción contencioso-administrativa podrá pronunciarse acerca de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos en que se concrete la intervención administrativa, según el artículo 1.º de la Ley de la jurisdicción.

2. Puede darse el caso—no infrecuente, como demuestra la reiterada doctrina jurisprudencial sobre el tema (11)—de que la Administración pública invada la esfera de atribuciones propias de la jurisdicción ordinaria. En tal caso, el acto dictado sería inválido y podría hacerse valer su invalidez mediante el recurso contencioso-administrativo.

3. La sentencia que comentamos, aplicando correctamente estos principios generales, declara la invalidez de aquellos actos de la Administración dictados con olvido de sus límites de actuación, invadiendo la esfera de la jurisdicción ordinaria.

J. G. P.

(10) GARRIDO FALLA, *La fiscalización contenciosa de las calificaciones sobre viviendas bonificables*, en «Revista de Administración Pública» núm. 19, páginas 193-199.

(11) Cfr. en esta misma Revista, número de enero-febrero 1968, nuestro comentario a las sentencias de 17 y 23 de noviembre de 1967.

LIBROS

ARIAS VELASCO, José, y CARRAL LARRAURI, Nóbel: *Manual de procedimientos tributarios*. Ediciones Santillana. Madrid, 1967.

Ocho grandes apartados dividen pormenorizadamente la unidad de esta obra. El primero tiene una vertebración personalista y estudia «los órganos de la Administración tributaria y su competencia», enmarcando esa variopinta problemática que comprende la diversificación en órganos de gestión y órganos de resolución, la cuestión polémica de los conflictos de competencia y la actuación ante órganos incompetentes.

El segundo gran capítulo se refiere a la colaboración social en la gestión tributaria, deteniéndose morosamente en el estudio de las evaluaciones globales en los impuestos industrial y sobre rendimientos del trabajo personal, en el aspecto referente a la estimación objetiva de módulos de rendimientos en la contribución territorial rústica, a la estimación objetiva de valores en la contribución urbana y a los convenios, completándose cada uno de estos aspectos con un apéndice de formularios.

El procedimiento de gestión tributaria rotura el tercer gran capítulo de la obra, que se subdivide en tres secciones. La sección primera estudia la iniciación y trámites, con apartados de tan interesante meditación como los referentes a la declaración tributaria, a la denuncia pública, los plazos, la queja, el derecho de consulta, la rectificación de errores... La sección segunda se ocupa de la comprobación y de la investigación; y la tercera, de lap rueba, terminando el capítulo con sus pragmáticos formularios.

El capítulo cuarto analiza las liquidaciones tributarias, deteniéndose en la distinción entre liquidaciones provisionales y definitivas y mencionando las otras clases de liquidaciones (a cuenta, parciales, complementarias, caucionales...).

La Recaudación constituye el argumento del capítulo V, del que son principales episodios los apartados referentes a los periodos recaudatorios, a la clasificación de los obligados al pago y a los procedimientos de recaudación, con especial hincapié en la vía de apremio. Un apéndice con modelos de formularios remata la especialidad temática de este capítulo V.

La inspección de los tributos. He aquí otra de las grandes divisiones del libro. A ella se dedica el magno capítulo VI. Con acentos ensayísticos en las materias referentes a la competencia, a la intervención de los administrados frente al procedimiento de inspección, al lugar donde pueden desarrollarse las actuaciones inspectoras y a los requisitos de las actas. Formularios relacionados con estos epígrafes forman el apéndice a este capítulo.

Capítulo VII. Los Jurados Tributarios. A esta rúbrica general corresponde una detallada particularización de aspectos orgánicos: función de los jurados, su composición, competencia territorial, procedimiento, recursos contra los acuerdos y un practicista apéndice de formularios *ad hoc*.

El capítulo VIII y último, por su desmesurada extensión, constituye una monografía dentro de otra. El rótulo denominador es el de *Revisión de actos en vía administrativa*. Bajo este lema aglutinante se dispara como un haz de menores cuestiones. Entresacamos las principales para esta reseña bibliográfica: la teoría general del recurso; el procedimiento administrativo en general; una receta jurídica de cinco páginas de extensión para definir y comprender el procedimiento de declaración de nulidad; un engranaje de varios procedimientos revisionistas: de anulación, de devolución de ingresos indebidos, de rectificación de errores materiales y de declaración de lesividad.

Punto aparte merece en la obra el recurso de reposición, objeto de una sección propia y al estudio de cuyos presupuestos procedimentales se consagran interesantes páginas, que desembocan en el fin previsto para cada una de las partes de este libro: la exposición de los pertinentes formularios.

La sección tercera y última de este capítulo logra un epigrafiado copioso y, en consecuencia, una abultada extensión; tal sección está dedicada a desarrollar la doctrina legal en torno a las reclamaciones económico-administrativas y en ella destacan algunos temas interesantes. Así el problema del auxilio jurisdiccional; la temática de los conflictos de jurisdicción; la postulación; las actuaciones; la suspensión del acto impugnado, y la interesante problemática del recurso de revisión. El coraje de formularios coadyuvantes de la teoría, es realmente prolijo.

En resumen: Una obra eminentemente práctica, cuya exacta utilidad está en su carácter de completo instrumento de trabajo para numerosos profesionales.

JOSÉ MENÉNDEZ.

GUARITA, Aurelio: *Derecho administrativo especial*, tomo III, 2.ª edición. Zaragoza, 1967. Un volumen de 309 páginas.

La publicación de una segunda edición constituye un principio de prueba de la utilidad y del mérito de un libro. Esta, del tercer tomo de la obra de GUARITA, al cabo de sólo tres años de la aparición de la edición primera, y precedida de la reedición o reimpresión de los tomos anteriores, es clara confirmación de la necesidad de una obra que hasta ahora no se había emprendido, y premio merecido a un trabajo inteligente y constante.

La nueva edición no ha sido hecha precisa por un cambio en las circunstancias o en la legislación; como explica el autor en el prólogo, ni se han producido durante el breve período transcurrido entre la primera y la segunda edición hechos fundamentales, ni ha retocado el texto sino en dos ocasiones. Cambia a menudo la regulación concreta de las diversas instituciones jurídicas, pero—dice—como viene sucediendo desde hace años, es mucho más lenta la transformación sustancial y de fondo, la verdaderamente relativa a la ciencia jurídica y al Derecho, y el administrativo especial no es ninguna excepción.

La novedad del libro se refugia, pues, en las notas, muy aumentadas, y en las que se recoge la jurisprudencia más reciente, así como las últimas aportaciones de la bibliografía, especialmente la española: evidentemente, también la cita de nuevas disposiciones legales.

El libro continúa siendo, así, lo que ha sido la primera edición, y lo que son los restantes volúmenes de la obra, según ponía yo de relieve

hace poco en esta misma REVISTA al comentar la primera edición del IV: la síntesis apretada de nueva etapa científica. El estilo es el mismo, sobrio, pero inteligible para el alumno; con la necesaria exposición de los datos socioeconómicos fundamentales, y en la evolución histórica, generalmente reciente, e incluso posterior a nuestra guerra, de cada instituto, con todo lo cual se encuadra y matiza la actitud del legislador. Por lo demás, la persistencia del texto de la primera edición se explica tanto más fácilmente si se tiene en cuenta la persistencia de la actitud estatal—neoliberalismo, planificación—frente a unos hechos económicos que no presentan—en el momento de aparecer el libro—cambios de importancia.

En el presente tomo inicia el autor el estudio de la administración económica, de creciente importancia desde la primera guerra mundial. El índice muestra bien a las claras cómo se va extendiendo la presencia del Estado, junto con los otros ramos de las actividades humanas, muy fundamentalmente a éste.

El primer capítulo explica las diversas formas, viejas y nuevas, de la actividad económica del Estado, situándolas en el marco del Derecho administrativo; describe las dos actitudes fundamentales observadas consecutivamente por el legislador en los treinta últimos años frente al hecho económico, deteniéndose más, como es natural, en la actual posición de apertura; y da cuenta, en esquema, de los distintos órganos y entes que integran la organización económica general, y de los intentos y realizaciones de la planificación, siquiera desde un punto de vista meramente jurídico, y sin abordar decididamente los aspectos socioeconómicos.

En un segundo capítulo se estudia la actividad económica de la Administración: primeramente, la actividad industrial del Estado, y, correlativamente, el problema de las nacionalizaciones, poniendo el autor en relación esta noción con la de servicio público, en el cual no considera esencial la nota monopolística. Límite fundamental de cualquier intrusión de la actividad estatal en el campo económico es, para él, el llamado «principio de subsidiariedad».

Como un fenómeno paralelo al de las nacionalizaciones, anterior, y por cierto no discutido, se ocupa de la municipalización de servicios, materia en la cual el Derecho positivo es más abundante, y da lugar a un examen de detalle. El último punto de este capítulo se refiere a las empresas públicas, cuyas diversas clases explica con claridad y detalle, lo mismo en línea de principio que en el Derecho positivo español, relacionando las más importantes.

Dedica el capítulo III a la moneda y el crédito, describiendo el régimen positivo de una y otro; el de los Bancos y entidades oficiales de crédito, la Banca privada y otras entidades de crédito y ahorro, y las Bolsas y los seguros, terminando con una alusión a las inversiones extranjeras en España que acaso hubiera podido ser más extensa, dada la importancia creciente de la materia.

El capítulo IV y último ocupa casi la mitad de la obra, y constituye un índice de lo que podría ser un tratado de Derecho administrativo agrario. Para el autor, el Derecho agrario, como el Derecho económico o el del trabajo, no constituyen una rama formal del Derecho, como sucede, por ejemplo, con el Derecho civil, el penal o el administrativo, sino un conjunto de principios, instituciones y normas heterogéneas, sin más aglutinante que el objeto material sobre el que inciden. Observación en la que creo debemos estar de acuerdo, siquiera ese objeto material reaccione en ocasiones sobre las propias normas, creando algunos principios peculiares que influyen sobre todas ellas, sea cualquiera su procedencia. En todo caso, en apoyo de la tesis del autor viene el Derecho procesal: los procesos en materia agraria civil pueden ventilarse ante dos

distintas salas del Tribunal Supremo (la primera y la sexta), y los conflictos administrativos en tema agrario son de competencia de los Tribunales de lo Contencioso.

Hace el autor una rápida enumeración de los órganos dependientes del Ministerio de Agricultura (a los que añade las Cámaras oficiales sindicales agrarias, como medio de intervención de los interesados en la Administración), para entrar luego en el estudio de las diversas modalidades de la acción administrativa en el campo de la política agraria: pósitos, plagas del campo, regulación de la producción agrícola, concesiones de cultivos y transferencias coactivas, etc. En cuanto a las llamadas «concesiones de cultivos» se inclina, con acierto, por la tesis de que constituyen una autorización y no una propia concesión: la Administración concede lo suyo; y autoriza a los particulares el ejercicio de los derechos de éstos cuando se hallan legalmente limitados. Al fin del párrafo hay un catálogo muy útil, por orden alfabético, del régimen específico de diversos cultivos y productos agrícolas. Acaso se resiente este párrafo, como, en alguna parte, los restantes, de tomar, como punto de partida, una construcción económica superada en la teoría, aun cuando no (y eso explica la actitud del autor en un tema de Derecho positivo) en la legislación: la de la unidad agraria familiar capaz de sostener a una familia como ideal de una agricultura en desarrollo, cuando hoy prepondera el concepto de explotación óptimamente rentable, vertido al máximo de productividad.

El segundo párrafo se dedica a lo que, con terminología un tanto equivocada, se viene denominando «reforma agraria». Tras los oportunos antecedentes, y estudiado el régimen del Instituto Nacional de Colonización, explotaciones agrarias ejemplares, laboreo forzoso, conservación y mejora de suelos, fincas mejorables, zonas regables, patrimonios familiares y superficie mínima agraria, el autor centra su atención en los Institutos de la Concentración Parcelaria y la colonización y parcelación de grandes zonas regables, deteniéndose en el análisis de su naturaleza jurídica, que para él, en algunos casos, es de mera subrogación real, y en otros de verdadera expropiación, mientras la atribución de tierras regables es una idea jurídica de tipo concesional con peculiaridades y sustantividad propia, igual que la de los patrimonios familiares.

Un tercer párrafo se ocupa de las expropiaciones en materia agraria, y un cuarto de la ganadería y la caza, estudiada ésta acaso con excesiva brevedad, por estimar que las normas que la regulan son fundamentalmente civiles. En tema de vías pecuarias es interesante la nota 22, página 286, donde comenta el autor la «resurrección» del artículo 9.º del Reglamento de 1924.

Una segunda edición es un contraste para la primera. En ésta ha quedado bien demostrado el acierto del autor al elegir las cuestiones de principio, que van en el texto, mientras los detalles menudos de la regulación positiva, la bibliografía, y una selecta jurisprudencia, bien resumida y sistematizada, constituyen el contenido de las notas: bien demostrado, pues ese texto no ha debido alterarse. Hay en el Derecho administrativo especial, como él dice, más permanencias de las que se piensa comúnmente. Y son estas permanencias las que interesan en la enseñanza: una obra destinada a ella no sería realmente didáctica si las nociones que deben retener los alumnos hubieran cambiado de signo en el curso de pocos años. Mas tampoco la obra sería plenamente didáctica si no le explicase al alumno interesado el momento legislativo y jurisprudencial: es lo que hace ésta en las notas, las cuales son, a su vez, de gran valor para la práctica del Derecho, tanto por lo que dicen como por las remisiones que contienen. El autor ha sabido alcanzar, así, con

texto y notas, un bien calculado equilibrio que es garantía de la perdurabilidad de éste Tratado.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO.

DE LA HERA, Alberto: *Relevancia jurídico-canónica de la cohabitación conyugal*. Colección Canónica de la Universidad de Navarra (cuadernos). Pamplona, 1966. 190 páginas.

Hasta hace unos años, leyendo los tratados de Derecho matrimonial canónico, aquellos que se han ido sucediendo con posterioridad al Código inspirados en la sistemática y exégesis del mismo, pudiera haberse creído que la institución matrimonial se encontraba ya suficientemente delineada y asentada sobre unas bases prácticamente incommovibles, no sólo desde el punto de vista doctrinal, sino también técnicamente. Se podía pensar, en suma, lo que todavía no infrecuentemente se lee en algunas sentencias rotales: que acerca del matrimonio, o de ciertos puntos importantes, *iam trita sunt principia*. Según eso, la investigación debiera orientarse a aclarar aspectos parciales, en que las distintas posiciones de la doctrina todavía se presentarían en excesivo contraste.

Ya se comprende que, *a priori*, una tal impresión forzosamente pecaría de superficial. Desconocería, entre otras cosas, que ninguna institución canónica—salvado el núcleo sacramental en el caso del matrimonio—puede sustraerse a las condiciones de todo lo que se da en la historia; y que, además, el esfuerzo por adaptarlas cada vez mejor a las necesidades espirituales que pretenden servir ha sido y sigue siendo constante en la Iglesia. Pero se desconocería igualmente, por lo que hace al matrimonio, la no inmovilidad de la doctrina y de la jurisprudencia con posterioridad al Código. Desarrollo que, en ocasiones, no ha sido conscientemente advertido, particularmente el llevado a cabo por la jurisprudencia.

Doctrinalmente, en cambio, es notorio entre los especialistas el esfuerzo llevado a cabo por la doctrina italiana de los últimos treinta años, procurando depurar la institución matrimonial desde el punto de vista técnico, y señalando—no siempre con igual fortuna—las líneas maestras jurídicas sobre las que debe asentarse el matrimonio canónico.

Por su parte, la doctrina española viene desarrollando también un considerable esfuerzo en materia matrimonial, desde enfoques metodológicos distintos a los señalados y con resultados que evidencian cómo entre nosotros sigue viva una tradición científica que tuvo su más alto exponente en Sánchez. No es éste el lugar más apropiado para un recuento de tales aportaciones doctrinales, pero sin duda ellas abarcan desde el estudio de la legislación particular matrimonial que ha florecido en la Iglesia con posterioridad al Código hasta el replanteamiento de un tema tan sintomático como el *favor iuris* de que goza el matrimonio; desde la reconstrucción del consentimiento y la forma matrimoniales en trabajos de conjunto y monográficos hasta la estructuración jurídica de los fines; en fin, desde el estudio del matrimonio *in fieri* hasta una cada vez mayor atención al matrimonio *in facto esse* y a las causas de separación.

Precisamente, el presente trabajo se instala conscientemente en esta corriente doctrinal, y más en concreto aprovecha y parte de aquellos estudios antes aludidos que tratan de estructurar el matrimonio *in facto esse*, sus problemas, las tensiones a que somete al resto del sistema ma-

rimonial sus elementos constitutivos. Siguiendo esa línea, el autor ha fijado su atención en la cohabitación, llevando a cabo un análisis verdaderamente riguroso y atinado. En consecuencia, no es mucho decir que a la presente monografía habrá que acudir cuando se trate de profundizar en este elemento del matrimonio *in facto esse*, no demasiado estudiado por la doctrina canónica.

Con ello queda indicado el propósito del autor: ofrecer una explicación de las relaciones de la cohabitación con la esencia del matrimonio, para subrayar su significado tanto en relación con el matrimonio *in facto esse* (obligación de cohabitar y cohabitación y separación matrimonial), como con el matrimonio *in fieri* (influencia de la exclusión del *ius cohabitandi* en la eficacia del consentimiento).

Para llevar a cabo tal propósito, el autor estudia en la primera parte del trabajo tanto las posiciones tradicionales que venían identificando el vínculo matrimonial con el *ius in corpus* como aquellas otras más modernas y convincentes que han conseguido superar la antedicha identificación.

La segunda parte del trabajo, que constituye sin duda el núcleo de la aportación del autor, está a su vez dividida en tres capítulos. El primero de ellos plantea en sus líneas generales el tema de las relaciones entre la cohabitación y la esencia del matrimonio. El siguiente capítulo estudia la cuestión de la cohabitación en el matrimonio *in facto esse*, y en él se analizan sucesivamente la significación jurídica de la inclinación natural al matrimonio, la obligación que tienen los cónyuges a cohabitar y el sentido de la separación matrimonial como excepción a la *obligatio cohabitandi*, con especial referencia a la doctrina del Concilio Vaticano II acerca de la comunidad de vida de los esposos. En el último capítulo se analiza la significación de la cohabitación en relación con el matrimonio *in fieri*, estudiándose la influencia que la exclusión del *ius cohabitandi* puede tener en la validez del matrimonio.

Quizá sea en esta última perspectiva como mejor se puedan valorar las conclusiones del autor. Y así, lo primero que cabe señalar es que para DE LA HERA la cohabitación no debe reducirse a la idea estereotipada de comunidad de mesa, lecho y habitación, sino que ha de entenderse como la expresión de la comunidad de cooperación exterior necesaria para atender a los fines del matrimonio.

Según eso, cree el autor que debiera introducirse la noción técnica de *ius cohabitationis*, y establece a propósito de ello un paralelismo sugestivo: la cohabitación es la satisfacción del *ius cohabitationis* de modo semejante a como la cópula lo es del *ius in corpus*. De ese modo, el *ius cohabitationis* deberá ser concebido como la expresión jurídica del derecho-deber en que el consentimiento matrimonial convierte la inclinación natural a cohabitar.

En ese orden de cosas, la separación conyugal no ha de ser considerada como una suspensión del *ius cohabitationis*, sino del contenido de la relación matrimonial. En cambio, la exclusión del *ius cohabitationis* en el consentimiento implica la nulidad del vínculo.

Con esto último, el autor no intenta introducir un nuevo *caput nullitatis*, sino procurar una más exacta interpretación del *caput nullitatis* por *intentio vel conditio contra bonum prolis*. En efecto, si se prescindiera en este último de la exclusión del derecho a cohabitar, dicho *caput* podría aplicarse tan sólo a los casos en que se excluye la generación o el nacimiento de la prole, quedando sin relevancia el fin primario en su aspecto educacional y también los fines secundarios. El *caput nullitatis* —concluye DE LA HERA— quedaría así de hecho reducido a una *intentio vel conditio contra generationem prolis*, dándose lugar a una palmaria

desvirtuación del significado de la institución matrimonial tal como nos lo propone el Magisterio de la Iglesia.

Estas conclusiones, desde luego, hablan por sí mismas. evidencian, como es notorio, lo que apuntábamos al principio: que los estudios de Derecho matrimonial canónico se hallan en un momento interesantísimo. Y suponen, más en concreto, una impecable construcción que tiene sus elementos básicos en la teoría de los fines propuesta por el profesor HERVADA, a la que habría necesariamente que referirse para valorar las conclusiones arriba citadas.

Simplificando la cuestión, creo que el tema de fondo es éste: qué elementos, de los que integran el matrimonio canónico como realidad teológico-moral, deben tener cabida en su estructuración jurídica. No vamos a repetir aquí la solución maximalista tan armoniosamente construida por HERVADA. Digamos solamente que ella coincide en muchos puntos con las preocupaciones de los que creen—sin demasiadas intenciones técnicas—que el matrimonio canónico se ha convertido en una realidad *excesivamente* jurídica. Y que un posible camino para aproximar ambas posturas—sin duda contradichas por otros tratadistas—es el que representa el trabajo que comentamos. La pregunta entonces sería ésta: ¿se trata de dar un traslado técnico-jurídico a *todo* elemento teológico-moral? Y si no, ¿cuál sería el criterio distintivo?

VÍCTOR DE REINA.

LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, y MELÓN INFANTE, Carlos: *Código civil*. Versión crítica del texto y estudio preliminar. Tomo apéndice al Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil, del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

Al estudiar la versión española del Tratado de Derecho Civil, de ENNECERUS-KIPP-WOLF, advertimos la utilidad de que, como un apéndice, apareciese el B. G. B. en uno de los volúmenes, instrumento fundamental de trabajo para quienes no disponemos del importante vehículo cultural que es la lengua alemana. Aunque no fuera más que como un complemento a la importante aportación que para la ciencia jurídica española representará el Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil, en curso de publicación (¡ojalá culmine con la publicación de todos los títulos programados, y no sea una obra inacabada como tantas otras!), ya tendría una razón de ser la aparición del libro que comentamos. Pero hay mucho más. Después de la magnífica edición del *Anteproyecto del Código Civil Español*, con motivo del Centenario de la Ley del Notariado, a. cuidado de Manuel PEÑA y Bernaldo DE QUIRÓS, parece como si se experimentara un deseo, una sed, de conocimiento y aproximación entrañable al Código civil. (El Señor sea servido de preservarnos de alteraciones precipitadas y faltas de meditación). Y nada para ello más adecuado que la labor realizada por los señores LÓPEZ LÓPEZ y MELÓN INFANTE, que vuelve a ofrecer un texto depurado tras casi ochenta años de manoseo por editoriales y comentaristas.

Y es que todo cuanto es paradigmático debe ser preservado. Véase en materia de pesas y medidas cómo ha sido necesaria la constitución en París de la correspondiente Oficina Internacional al objeto de que sepamos siempre a qué atenernos en tan importante materia. Si en ella

no habría posibilidad actual de saber exactamente qué es un metro, sin volver a comenzar dificultosísimos trabajos de medición.

Nuestro Código civil viene circulando durante tres cuartos de siglo en textos de todos los tamaños, precios y gustos, con comentarios, jurisprudencia, o sin ellos, en manos de estudiantes, profesionales e investigadores, sin una referencia rigurosa y un cotejo severo respecto de su «literalidad oficial». Confieso impudicamente que solamente leyendo la obra que estoy comentando me he enterado de que desconocía el último inciso del apartado 3.º del artículo 17 del Código, según la Ley de 17 de julio de 1954, a pesar de que siempre he manejado una edición prestigiosa y de gran solvencia por lo demás.

En primer lugar, rindamos un homenaje a los autores que han llevado a efecto este trabajo, que en ningún modo puede resultar atractivo desde el punto de vista económico, o de vanidad profesional. Quizá su única satisfacción habrá sido el Premio del Colegio Notarial de Madrid, con que ha sido galardonada la obra. Pero creo que pueden congratularse habiendo levantado una inquietud ante el texto de «encima de la mesa». El que se proponga estar seguro de qué dice realmente el Código, se cuidará de hoy en adelante de cotejar su edición con el texto crítico.

La obra es de un rigor científico al que no estamos acostumbrados en España; es resultado de una labor ingente de trabajo callado y concienzudo, pero lo que se ofrece es un texto de investigación y de trabajo de una impresionante calidad. Precedido de las Leyes directas e inmediatamente relativas a la formación y publicación del texto, y conteniendo también íntegramente las Leyes modificativas posteriores, con unas notas suficientes, pero no farragosas a pie de página, un índice analítico al final, seguido por el índice de las disposiciones transitorias y el índice general, constituye algo que no debería faltar en ninguna biblioteca jurídica seria. Y ello no solamente en España, sino con un alcance general: se han tenido en cuenta los textos correspondientes a Filipinas, Cuba y Puerto Rico, donde sigue rigiendo el Código, prueba de su vitalidad y de su fuerza. Creemos que está claro que es una obra necesaria para toda labor de investigación en materia de Derecho positivo español en que haya que tener en cuenta el Código civil; y, entroncada con la edición del Anteproyecto, a que antes hicimos referencia, es obra utilísima porque simplifica el manejo de las fuentes con la garantía de estar frente a textos liberados de la «paulatina degeneración» producida por las ediciones comerciales que, como dice el Profesor DE CASTRO en el prólogo, por vía de copias, habían ido acumulando al texto original una peligrosa ganga conducente a la corrupción de su fidelidad al «tenor literal» del verdadero Código.

VICENTE ESPERT.

DE LOS MOZOS, José Luis: *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en Derecho civil español*. Barcelona. Bosch, 1965. 305 páginas.

En la Introducción el autor declara su propósito de precisar las aplicaciones del principio de la buena fe en el Ordenamiento jurídico español, renunciando a ofrecer un concepto general, ya que el principio es análogo y no unívoco, y, por tanto, no necesita tal concepto general, sino una determinación metodológica. Por otra parte, la carencia de unifor-

midad en el legislador pone serias dificultades a toda clasificación, por lo que el autor distingue sólo con criterio metodológico y no dogmático, dos campos de aplicación: en el sujeto (como buena fe subjetiva o sublegitimante) y en la relación misma (como buena fe objetiva u obcausante), lo que no exime de la consideración de la fuerza normativa en virtud del sentido de la remisión legal.

Bajo el epígrafe *Presupuestos metodológicos*, en el capítulo I, y partiendo del realismo actual de la conciencia jurídica, después de conducir al lector al núcleo del moderno planteamiento de la «tópica», acepta que el concepto de buena fe debe ser considerado como «tópico» por su misma inestabilidad y porque su contenido se nutre de la «tópica», retórica aristotélica o estoica, en la jurisprudencia romana, o de la retórica escolástica en el *mos italicus*. Lo que no obsta para reconocer un valor sistemático al principio de la buena fe, aceptando el concepto de Esser de sistematismo como «encuadramiento necesariamente consecuente del individuo con su inminente vinculación a problemas permanentes de un complejo problemático determinado y real» (págs. 20 y 21). De estas consideraciones deduce el autor la imposibilidad de dar un concepto general de la buena fe. Sólo cabe, a su juicio, establecer una serie de criterios de orientación que requieren en cada caso una precisión distinta (según contenido y posición en el ordenamiento), ya que el valor lógico de la formación del sistema es una cosa y otra la lógica discursiva, dialéctica, esencialmente tópica de su aplicación.

En la diversidad de aplicaciones de la buena fe, que el autor expone en panorámica desde el Derecho romano, ve DE LOS MOZOS dos aspectos: objetivo y subjetivo, correspondientes a la doble estructura ontológica del Derecho. A continuación examina el autor los matices del comportamiento exigido al sujeto para que obre «de buena fe». Entiende superada la disputa de los pandectistas del siglo XIX sobre el contenido psicológico o ético de la buena fe, dando prevalencia al segundo, según la opinión que se ha impuesto. Las noticias sobre la disputa y los argumentos son muy completas. Acto seguido explora la estructuración formal del principio, y trata de precisar la diversidad de funciones que puede alcanzar en cada caso de aplicación, lo que realiza con base en la distinción de Esser entre principios axiomáticos, problemáticos y dogmáticos. Establece la naturaleza de la buena fe como problemático, verdadero *topos*, de donde concluye el alcance de esta caracterización siguiendo a Díez-Picazo (*Doctrina de los actos propios*, pág. 139), como principio de interpretación, norma supletoria y valor de las derivaciones inmediatas del principio general, a su vez, como principio general.

Después de pasar revista a las clasificaciones propuestas por la doctrina, se afirma en el reconocimiento de dos formas de la buena fe, ya apuntadas antes: *objetiva* (obcausante, porque la adecuación a la buena fe hace posible la juridicidad del negocio) y *subjetiva* (sublegitimante, porque provoca en el sujeto la adquisición de una cualidad).

El capítulo II se intitula *Consideraciones dogmáticas de índole general y previa*, y en él se propone estudiar el autor el campo de actuación de las diferentes formas de buena fe, sus relaciones con otros principios y algunas condiciones generales para su actuación.

La buena fe objetiva actúa en el campo del Derecho de Obligaciones y teoría general del negocio jurídico. La norma general que establece el principio es el artículo 1.258 del Código civil, en el que la buena fe adquiere función de norma dispositiva, interviniendo en la configuración de la norma del negocio jurídico (de ahí su naturaleza objetiva). DE LOS MOZOS cree, con Cossío, que la buena fe es aquí una fuente de normas objetivas que ha de actuarse mediante la aplicación de los principios generales (contra la opinión del Profesor Díez Picazo, quien ve en la

buena fe un «standard» jurídico, en lo que insistirá más adelante). Para distinguir la buena fe de los «standard» jurídicos, establece una separación entre «buena fe en general», no identificable con el «standard» (ya que, como principio del Derecho, no procede de una determinada concepción ni suministra criterios, al contrario que el «standard») y «buena fe en concreto», aplicada al campo del Derecho de obligaciones, que en cuanto suministra un criterio de reciprocidad guarda cierta semejanza con el «standard» jurídico al referirse a una conducta tipo. Esta diferenciación, congruente con las opiniones del autor, especialmente con su concepción de una buena fe objetiva separada (aunque sólo formal y metodológicamente) de la subjetiva, se presta, sin embargo, a cierta confusión. Y ello porque acaso se pudiera pensar que la remisión legal a la buena fe se refiere, en general, a un arquetipo de conducta, especialmente en el campo de lo que el autor llama «buena fe subjetiva». Una precisión de lo que se deba entender por «buena fe en general» (habida cuenta de la naturaleza tópica del principio) sería, a nuestro modesto juicio, deseable en todo caso.

La relación entre buena fe objetiva y voluntad negocial viene calificada por el autor como similar a la existencia entre voluntad y norma dispositiva. La voluntad sigue siendo la única capaz de crear el negocio. La buena fe viene a disciplinar la actuación de la autonomía privada.

En cuanto a la buena fe subjetiva, que se refiere a la correcta situación del individuo dentro de la relación jurídica, entraña la conciencia del individuo respecto a la propia situación (creencia e ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el derecho) o de la ajena (fundada en la apariencia jurídica, como error o creencia en la situación de la contraparte).

Pasa, a continuación, al examen de los límites internos de la buena fe, distinguiendo acertadamente entre mala fe y dolo o culpa y de los límites externos, que dependen de la norma que remite o no a la buena fe y de la intervención de principios superiores (especialmente el Orden público, sentido que hay que dar a la imposición determinada por una norma de *ius strictum*). Importante es especialmente la investigación de la naturaleza del error legitimante. El autor, con pleno acierto, señala que se trata de una disposición psicológica que se refiere a un contenido moral. Considera que el error de derecho puede también dar lugar a buena fe, lo que razona claramente y precisa que el error inexcusable no puede fundamentar la buena fe, porque tal error es culpable y la culpa excluye la actuación del principio; debe tratarse de error propio y se descarta la duda como situación intermedia.

Al distinguir entre buena fe y equidad, plantea las relaciones entre Equidad y Derecho, aceptando una distinción formal, que considera compatible con la opinión de DE CASTRO. De ahí que la buena fe, que de ordinario se nutre de criterios jurídicos, pueda nutrirse de criterios de equidad, a través del mismo Derecho, incluso. Así sirve la buena fe al progreso jurídico, ya que a su través penetra la realidad.

El capítulo III está dedicado a la *Formación histórica de los principales tipos de buena fe en la técnica jurídica*. En él comprueba el autor la unidad conceptual de la buena fe y su dispersión técnica, arrancando del paradigma de la *emptio* romana, prescindiendo de las consideraciones sobre el fundamento ético o psicológico de la *fides* (distinción superada especialmente desde BONFANTE). Se refiere extensamente al problema de la generación de la categoría general del contrato basada en la *fides* romana renovada por la influencia del pensamiento cristiano, en el marco del Derecho común, renovando el concepto de causa y configurando la base de la buena fe objetiva en la época de los glosadores y sigue su curso hasta el Derecho moderno, a través de la evolución del

concepto de causa. Insiste en las aportaciones germánicas (sobre la apariencia) y la influencia del Derecho canónico.

En el capítulo IV inicia el estudio de la *Buena fe objetiva*, deslindando el campo de actuación entre la buena fe y la voluntad negocial con base en el fundamental precepto contenido en el artículo 1.258 del Código civil, muy bien analizado. Así va exponiendo las distintas funciones (integradora, correctora, interpretativa y modificativa) de la buena fe y la distinta función que, con respecto al Derecho alemán, derivándolo de la distinta importancia de la autonomía privada, ya que una recta interpretación del 1.258 no es posible sin tener en cuenta el artículo 1.255 (lo que, sin embargo, no autoriza a considerar que la buena fe sea obra de la voluntad). Las consecuencias de la buena fe se establecen según la naturaleza del contrato al que las partes hayan dirigido su intento práctico. Todo lo expuesto sobre la función de la buena fe es comprobado a través de un detenido repaso de la jurisprudencia; lo que conviene adelantar aquí es una de las virtudes de la obra y se repite para cada problema concreto. El artículo 57 del Código de comercio contiene una diferencia de matiz respecto de la buena fe objetiva civil, en el sentido de que la mercantil es casi coactiva (configurativa) y no del todo dispositiva, lo que muy bien pone de relieve el autor.

Respecto del principio del *favor negotii*, aunque significado por razón del campo como principio independiente, arranca de la buena fe en su origen romano y es, a juicio de DE LOS MOZOS, un supuesto de la buena fe en sentido amplio. Así en la conversión del negocio jurídico, nulidad parcial y conversión formal. No en la conversión legal y en la reducción y ampliación del objeto del negocio, en que los efectos nacen de una norma coactiva, ni en la confirmación y conversión voluntaria, cuyos efectos derivan de la autonomía de la voluntad, ya que se requiere que los efectos deriven de una norma dispositiva que actúe la buena fe o de la misma buena fe en función de norma dispositiva.

Las aplicaciones particularizadas del principio en el campo de los Derechos reales son estudiadas por el autor en el capítulo V (*Buena fe objetiva. Cont.*), bajo el epígrafe «La buena fe objetiva inspiradora del ejercicio de los derechos», analizando por separado las manifestaciones de la buena fe como «regla de comportamientos» (así, en materia de servidumbres y de comunidad) y las aplicaciones tipificadas en normas jurídicas concretas establecidas por el Código civil como Ley que ha recibido la materia propia del principio (así, la regla del 1.173 sobre imputación de pagos, el incumplimiento de la condición por el obligado —artículo 1.119—). A continuación se estudia la posible fundamentación en la buena fe de la cláusula *rebus sic stantibus*, a través de un planteamiento riguroso, bien sistematizado y con gran aportación doctrinal, en que se recoge la doctrina negativa a su admisibilidad en nuestro Derecho formulada por BELTRÁN DE HEREDIA y las corrientes que fundamentan su admisión en un motivo (monistas) y las pluralistas. Muy interesante el análisis de la jurisprudencia, en especial de la sentencia de 6 de junio de 1959, que establece el estado actual del problema de la admisión de la cláusula como excepción al principio *pacta sunt servanda* en nuestra jurisprudencia. El autor se inclina por la admisión basándose en la fundamentación pluralista de LARENZ (que admite la existencia de una base objetiva y subjetiva del negocio jurídico), cuyo fundamento para la revisión del contrato es la buena fe.

Explica seguidamente el funcionamiento de la buena fe en la interpretación, distinguiendo con buen criterio entre interpretación (que se refiere al contenido de la declaración de voluntad) e integración (en que la buena fe viene a completar el cuadro de los efectos del negocio). Concluye a este respecto que sólo en la interpretación integradora actúa la

buena fe objetiva impropia, ya que la buena fe objetiva propia es normalmente normativa, integradora. Cierra el capítulo con unas consideraciones en torno a la doctrina de los propios actos, con base en la obra del Profesor Díez Picazo y a la actuación de la buena fe en este campo, que es indudable, pero resulta imposible, a juicio del autor, reconducir la materia a ninguno de los dos campos (objetivo y subjetivo), lo que no tiene gran importancia—estima—, dado el tratamiento específico que esta materia recibe de la doctrina y jurisprudencia, no desempeñando la buena fe una función autónoma.

En los capítulos VI y VII procede al estudio de los supuestos en que actúa la buena fe subjetiva, sistematizados en tres grupos: situaciones en que la buena fe viene en auxilio de la efectividad del contrato, disposiciones que tiene como portada general la buena fe en el cumplimiento y supuestos que corresponden a las obligaciones extravcontractuales. En el primer grupo se considera el saneamiento por vicios y la responsabilidad que de tal obligación se deriva (arts. 1.484, 1.485 y 1.486 del Código civil), reiteración del paradigmático precepto del artículo 1.124 del Código civil. La disciplina del supuesto del artículo 1.520 del Código civil, la disolución de la Sociedad por renuncia o separación de un socio, etc., reciben el análisis desde el punto de vista de actuación de la buena fe.

En cuanto al cumplimiento de las obligaciones, se examinan los supuestos de liberación de la responsabilidad de daños y perjuicios al deudor de buena fe (art. 1.107 del Código civil) y el del acreedor de buena fe que hubiera consumido o gastado las cosas fungibles en que se hubiera hecho el pago (art. 1.160 del Código civil), supuesto en que certeramente se distingue del pago de lo indebido (art. 1.895 del Código civil). Como «otros aspectos de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones» se consideran el cumplimiento parcial, la doctrina de la *Verwirkung* y los deberes accesorios al cumplimiento.

El tercer grupo señalado, referente al juego del principio en las obligaciones extracontractuales, comprende el supuesto del cobro de lo indebido que el acreedor hubiere gastado o consumido de buena fe (implícación entre los artículos 1.160 y 1.895), los supuestos normales de cobro o pago de lo indebido; también los tratos preliminares del contrato son posible campo de aplicación del principio estudiado.

En el capítulo VIII son sometidos a análisis los supuestos de aplicación de la buena fe subjetiva en el campo de los Derechos reales, centrado en el núcleo de la posesión de buena fe, en que, siendo concedida la protección jurídica en beneficio del *ius possidendi*, la buena fe suple su falta con la creencia de parte del titular de que tiene tal derecho a poseer. Distingue el autor entre la buena fe posesoria general (art. 433 del Código civil) y la buena fe *ad usucapionem* del 1.950 del Código civil, así como la posesión de buena fe de la posesión *non vitiosa* (que se refiere a la ausencia de vicios externos) y con este enfoque afina los conceptos de *corpus* y *animus*.

Al reiterar, un poco más adelante, consideraciones sobre el error que da lugar a la buena fe y su naturaleza, declara el autor, después de afirmar que la buena fe es incompatible con la culpa grave, a la que se reconduce el error inexcusable generalmente, que «la consideración del error como excusable o inexcusable introduce en éste un elemento valorativo sobre su licitud o ilicitud, y entonces tendremos que esta consideración es ajena a la cuestión de la buena o mala fe...» (pág. 237). La solución es defendible, dado que de cualquier manera que se enfoque (con o sin intervención de la culpa) es claro que el error inexcusable no puede fundamentar la buena fe. Sólo que cabría pensar que la valoración del error no es ajena a la buena o mala fe, ya que el elemento psicológico del error nos conduce al plano ético, pues si el sujeto pudo

salir de su error por los medios normalmente exigibles, ¿cabrá pensar que obra de buena fe? Además, esta consideración nuestra es plenamente congruente con lo que el propio DE LOS MOZOS afirma al hablar, en las consideraciones generales, de la naturaleza del error legitimante, haciendo referencia al contenido moral de la buena fe (asi, capítulo I, páginas 29 y 30, y capítulo II, pág. 73).

Trata a continuación el autor el resto de las cuestiones que plantea la actuación de la buena fe en la posesión y en la accesión y, de modo especial, en la usucapión, en que aclara la relación entre buena fe y título (equilibrio), y en la transmisión posesoria a título hereditario (artículos 440 y 442 del Código civil), siendo de destacar la explicación del régimen especial del artículo 442 a partir de la distinción entre continuidad y continuación, por el carácter personalísimo de la buena fe (y por tanto, de la mala fe), de donde concluye que el legislador acoge la máxima *bona fides superveniens prodest*.

El capítulo IX, titulado *Buena fe y apariencia*, está dedicado al estudio de los aspectos en que se hace aplicación de la buena fe en base a la confianza que suscita la apariencia. Así, el pago de buena fe al acreedor aparente (art. 1.164 del Código civil), la buena fe en el mandatario y terceros para validez de los actos realizados cuando el mandato ha cesado, los efectos de la buena fe frente al ejercicio de la acción pauliana y los del matrimonio putativo, entre otros.

El capítulo X cierra la obra con unas consideraciones sobre *Las formas típicas de actuación procesal de la buena fe*, esto es, la acción publiciana y la *exceptio doli generalis*.

Apuntando unas breves—y leves—consideraciones críticas como final de este comentario, hemos de decir que el intento de sistematizar las dispersas aplicaciones del principio de la buena fe en nuestro Ordenamiento jurídico es muy estimable. La obra revela un profundo conocimiento de la bibliografía existente, cuya aportación y ordenación se ha coronado con éxito. Muy de destacar es el aporte jurisprudencial, que estimamos útil en alto grado para la doctrina y para la práctica jurídicas. La densidad—enorme—de la obra, las numerosas cuestiones abordadas y las dificultades intrínsecas a un intento de sistematización de materia tan varia y tan atomizada, producen alguna alteración en la línea discursiva, que no empaña en absoluto los méritos del trabajo. El autor—y esto es importante—consigue el objetivo que se propone en la Introducción: precisar las aplicaciones del principio de la buena fe en el Ordenamiento jurídico español. Y lo logra, a nuestro entender, con buen éxito.

VICENTE LUIS MONTÉS.

NÚÑEZ RUIZ, Miguel Angel: *Derecho urbanístico español*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1967. Un volumen de 578 páginas.

El plan general de esta obra se estructura en tres grandes capítulos. El primero de ellos se consagra al estudio del urbanismo, en el sentido de introducción a la especialidad jurídica que constituye el derecho urbanístico. El segundo ofrece una compleja y enjundiosa teoría de los principios del Derecho urbanístico, a los que dedica un abultado comentario de unas 300 páginas. Y, finalmente, el capítulo tercero desmenuza prolijamente toda la dogmática económica y jurídica de la parcelación.

El urbanismo constituye la jácena maestra de todo este tinglado jurídico-ecológico. Y representa una de las realidades sociales de inevitable

instalación en el vivir estandarizado y compacto de nuestra época. Porque el urbanismo postula la adecuada organización del espacio social como medio en el que ha de desenvolverse el desarrollo de la persona humana. Estudia también las estructuras urbanas y su medio de influencia para lograr una organización más perfecta de la ciudad y de los pueblos. Es, pues, objeto del urbanismo el planeamiento de la dinámica ciudadana del espacio para satisfacer las exigencias funcionales de la urbe y del agro en interdependencia de la estructura económico-social de la comarca con vistas a conseguir el bienestar del individuo inserto en la vida comunitaria. Por ello la problemática urbanística se ordena en torno a la idea de organización racional de la morfología urbana en el tiempo y en el espacio.

Para estos estudios es necesario contar con la interdependencia existente entre el elemento demográfico y el funcional y con esas veleidosas mudanzas que se proyectan en la apreciación social del uso de la tierra y en la consiguiente especulación. La vitalidad ecológica se visibiliza ostensiblemente en los movimientos intestinos de la población y en el interior de las áreas urbanas en los llamados procesos de «infiltración» e «invasión» que suponen el desplazamiento social de un grupo por otro con valores culturales dispares.

El urbanismo se nutre de savia dispositiva. No engendra un derecho absoluto de imposición coercitiva. En 1962 se presentó una Memoria encaminada a preparar un futuro Plan Nacional de Urbanismo y en ella se subrayaba que el mismo contenía un planeamiento de naturaleza indicativa, tendente a ilustrar públicamente sobre la apariencia a escala nacional de los problemas urbanísticos. Solamente tendrá carácter vinculativo la parte del plan que comprende las disposiciones legales, los programas de actuación y la materia de inversiones.

La ciudad que acapare una pluralidad de funciones por encima de las ciudades más pequeñas se convierte en cabeza de la región, en polo de desarrollo de la economía coetánea, con una vitalidad operante espacialmente.

Del urbanismo se pueden tener diversas concepciones. En primera línea nacional aparece el urbanismo formal, meramente estético. Sub-orticalmente, más en la entraña de lo social, se vislumbra el urbanismo integral o humano, que es aquel que se visibiliza a través de los oficiales planeamientos, dirigidos a lograr el bienestar de los individuos en la comunidad ciudadana. Este urbanismo esencial, al propender a corregir las disfunciones del ente urbano en aras al logro de un pleno desenvolvimiento de los sujetos hacinados en un vivir medianero y vertical. Este urbanismo coadyuvará al pleno desarrollo de las personas asumiendo un papel responsable en multitud de problemas de orden moral, educativo, sanitario... El urbanismo puede asumir importantes cometidos en cuanto se le ponga al servicio de la perfectibilidad humana, si bien forzosamente ha de restringir sus desvelos al sector terrestre confinado por el área urbana. Esta es una concreción insoslayable. El urbanismo está comprimido por la existencia del casco urbano y a lo más puede extender sus prescripciones hasta ese terreno asurcano, denominable área de «reserva humana» y que está en funciones de la potencial expansión de la villa. Pero este desbordamiento de la ciudad hacia el agro propincuo no debe admitirse como posibilidad ilimitada y en futura progresión geométrica. Más allá de unos crecimientos acompañados debe frenarse la expansividad urbana y a este respecto puede llevar un cometido embriador el necesario cinturón verde.

De puertas adentro está el problema de la perfecta organización de la ciudad moderna. Los especialistas inclinan sus preferencias a favor de la urbe polinuclear, macroagrupación de diversos núcleos urbanos.

El urbanismo estético, jugado por los Estados Unidos al retrancar la ciudad de Washington y por Carlos III de España en sus europeístas construcciones, busca la armonía de los espacios y de las perspectivas bajo el dominio de la luz. Hoy la preocupaciones siguen otros derroteros. Se pretende la prestación de las varias funciones que puede demandar el vivir ciudadano. Y esta organización funcional está en interdependencia con las estructuras económico-sociales de la región.

En el proceso de urbanización interviene decisivamente la fuerza de atracción de la ciudad frente al perimundo colindante.

La ciudad atómica representa un sentido revolucionario del urbanismo. La función prevalente de las mismas—la fabricación de ingenios atómicos—configura a la total organización que trasciende a los varios núcleos: viviendas, almacenes, oficinas y edificios de producción.

GASTÓN BARDET nos brinda una transparente y esquemática definición del urbanismo como ciencia de la organización de las masas sobre el terreno.

Al urbanismo le afecta un problema de desajuste, de inarmonía entre las caducas estructuras urbanas y la vitalidad cambiante del ser urbano en constante renovación. Y es que no puede olvidarse la circunstancia medular de que el hombre es la medida de la ciudad y por tanto la ordenación de ésta debe salvaguardar las urgencias materiales y morales del individuo y también las exigencias de elementales grupos sociales. Por ello el buen urbanista ha de tener presente las premisas de superficie y altura de los edificios, pero también ha de dedicar superficies concretas a las llamadas áreas libres, donde tienen su marco los servicios sociales y colectivos.

El señalamiento de espacios verdes contribuye eficazmente a que pueda realizarse un exigente urbanismo. Los especialistas en la materia fijan el radio de los mismos entre los 400 y 800 metros para el habitante máximo de unas quinientas familias.

También es muy eficaz la división funcional. El crecimiento anárquico y sin discriminación de viviendas, industrias y comercios era contraproducente. También lo era la tacaña utilización del espacio. Para vencer este último inconveniente se fijan coeficientes de edificabilidad, con lo que se evita que pululen progresivamente una gran masa de población sobre las mismas hectáreas de inmuebles. Los planeamientos parcelan la ciudad en varios sectores: zona industrial, zona comercial, zona residencial, zonas especiales (cuarteles, hospitales, puertos, aeropuertos...) y zonas agrícolas. Precisamente, y como protectora tierra de nadie entre la zona industrial y la residencial, se sitúa el espacio verde, asegurando así la máxima diferenciación funcional.

* * *

El capítulo II se inicia delimitando la noción del derecho urbanístico, como aquel Ordenamiento jurídico que regula el planeamiento de la ciudad, conforme a sus exigencias funcionales con el fin de lograr el bienestar público. La consagración legislativa de esta especial rama jurídica tiene su marco, dentro del Derecho español, en la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956. Especial hincapié se dedica en esta parte de la obra al planeamiento urbanístico, con la debida separación entre los planes provinciales, los comarcales, los municipales, los planes especiales y el Plan Nacional.

Después de pasar revista a los principios urbanísticos: el de cooperación, que se plasma en la recepción de la iniciativa privada y en la colaboración de los particulares, prevista en la Ley del Suelo, y el de subsidiariedad, visible a través de la expropiación urbanística y de la

municipalización del suelo, se estudian los aspectos complementarios del suelo, principalmente la materia referente a su valoración. Motivo de preocupación para el legislador es la materia referente a las plusvalías, en cuanto las mismas no se deben a un esfuerzo del propietario, sino al juego de las funciones que impulsan a la ciudad. Por tanto, se trata de un supervalor perteneciente a la sociedad.

Por lo mismo constituye un valor que debe quedar fuera del comercio.

El prurito especulador motiva que el mercado se convierta en un oligopolio, en cuanto los particulares acumulan terrenos para controlar la oferta. Ello es posible por el hecho de que el terreno es un bien limitado, y cuando crece la apetencia hacia el mismo se produce un desajuste entre la oferta y la demanda. Queda, generalmente, un exceso de demanda insatisfecha que trae como resultado el alza paulatina del precio de los solares. Y por otra parte está ese aumento del valor del suelo que se produce cuando se proliferan los servicios de que está dotado. En esto consisten precisamente las plusvalías. Representan éstas riquezas no ganadas con el esfuerzo del propietario, sino producidas por la situación urbanística de la finca. Es la ciudad, en cuanto logro colectivo, la que origina esas crecidas axiológicas. En definitiva, toda esa población que, en fenómeno colectivo, se concentra hoy en las ciudades.

La plusvalía puede depender de muchas causas:

1.^a De la prestación de servicios públicos y de la ejecución de urbanizaciones. En este caso el plusvalor del terreno se debe a una actividad de los entes públicos y lógico por ello es que revierta a ellos.

2.^a De trabajos y esfuerzos económicos, lícitamente realizados por los propietarios particulares, cuando, por ejemplo, llevan a cabo urbanizaciones. Es lógico, en estos casos, atribuir la ganancia inherente a la plusvalía de los sujetos privados factores de ella.

3.^a De planes de ordenación o modificación urbana. Plusvalía atribuible a la entidad municipal, que es quien, con su burocracia y sus servicios, hace nacer, psicológica y realmente, el más valor.

4.^a De constituir el suelo un bien de valor más estable que el del dinero y no estar tan expuesto a la depreciación monetaria, lo que estimula la inacción de los propietarios, confiados en que será el mero transcurso del tiempo el que revalorice sus patrimonios inmobiliarios. Esta actitud pasiva implica un perjuicio para la comunidad, porque tal plusvalor representa la usurpación de algo no perteneciente al dueño.

En la Ley del Suelo se brindan medios para evitar la especulación:

1. Por la ejecución de reparcelaciones, que posibilitan el paso del valor inicial al valor urbanístico.

2. Por la expropiación de las plusvalías, aceptando como valor del solar en venta forzosa la estimación urbanística, prescindiendo del valor del mercado, para lo cual se comienza con determinar la calificación jurídica del suelo como «urbano», «de reserva urbana», o «rústico», cuyo enjuiciamiento trasciende fácilmente a la valoración del suelo. Constituyen las «reservas urbanas» los espacios de terreno incluidos en un Plan General de Ordenación para ser urbanizados en previsión de un futuro desarrollo de la ciudad, con la finalidad de frenar la especulación, que se produciría si la edificación precediese a la urbanización. En el suelo rústico sólo está permitido edificar un metro cúbico por cada cinco metros cuadrados de superficie. El valor del suelo rústico es el que corresponde a su aprovechamiento. Tratándose de fincas urbanas juegan otros dos valores: el valor urbanístico y el valor expectante.

Bajo la rúbrica general de «La reparcelación» se agrupan los varios subcapítulos de la parte tercera de la obra. En la reparcelación juegan varios principios: el de la nueva ordenación del suelo, mediante polígonos; el del condicionamiento de la propiedad privada ante la función social de la misma; el de la distribución proporcional de los beneficios y cargas de la ordenación entre los propietarios del polígono, ante la necesidad de revertir gran parte de los gastos del plan de ordenación sobre quienes se benefician de él.

La reparcelación tiene por objeto la configuración de solares y la distribución de los beneficios y cargas de un plan parcial, mediante la adjudicación de nuevas parcelas a los titulares de parcelas antiguas enciavadas dentro del perímetro de un polígono, las cuales se consideran legalmente en comunidad.

La reparcelación viene impuesta por la naturaleza misma de la parcelación, definida por la Ley del Suelo como la división de terrenos en dos o más lotes cuando uno o varios de ellos hayan de dar frente a alguna vía pública o privada o esté situado en distancia inferior a cien metros del borde de la misma. Lógicamente, se comprende la dificultad de que en la fase de parcelación la red de viales y espacios verdes se adecúen a la propiedad existente. La rectificación de las desigualdades producidas por el planeamiento en la propiedad exigen la reparcelación, la nueva fragmentación del terreno anteriormente parcelado para distribuir equitativamente las cargas y configurar los solares. Los Ayuntamientos podrán imponer la rectificación de límites para normalizar la configuración de fincas en superficie inferior a la manzana. La normalización procederá cuando mediante ella pueda resolverse la falta de accesos, la desproporción de dimensiones, una configuración inadecuada u otras situaciones análogas. No podrá imponerse la normalización cuando el valor de las fincas o el volumen edificable resultare alterado en proporción superior al 15 por 100, sin perjuicio de tramitar la reparcelación, caso de que proceda.

Todos estos extremos legales son suficientemente resaltados por el autor en su detenido estudio. También se refiere a la reparcelación voluntaria, que tendrá lugar siempre que lo soliciten los interesados para redistribuir más adecuadamente la propiedad en una zona delimitada.

La obra, por su perfecta sistemática, por el acabado estudio que realiza de todos los problemas urbanísticos, constituye un material inapreciable en las bibliotecas administrativas y un buen punto de apoyo para los profesionales que hayan de recorrer los caminos legales del urbanismo. Un libro completo en su especialidad que bien pronto—nos atrevemos a augurar—será clásico en la materia.

JOSÉ MENÉNDEZ.

PALAZZO, Antonio: *La filiazione fuori del matrimonio*, Giuffrè, Milano, 1965, 399 páginas.

El interés que la moderna doctrina italiana ha venido mostrando de forma continuada por el tema de la filiación, desde una época que muy bien puede fijarse en las primeras publicaciones de Cicu sobre el Derecho de familia, continúa vigente en nuestros días. Más aún, se observa que de unos años a esta parte se ha incrementado.

El libro de PALAZZO se coloca en esta línea y, aunque su aportación no sea reseñable entre las más destacadas, sirve, desde luego, como

prueba de esa orientación que, cada vez con mayor insistencia, se plantea el problema de la reforma del actual sistema, en orden a la adecuación de los criterios legales con la cambiante realidad social y de la necesidad de hacer efectiva la equiparación de los *status* de filiación—siguiendo una tendencia universalmente sentida—en el marco del artículo 30 de la Constitución.

Tales observaciones—que el propio autor recoge en el capítulo I, bajo el título de «El problema de la equiparación de los *status de filiación*»—sirven como justificación y punto de partida a su estudio.

Ya desde las primeras páginas, al criticar la doctrina dominante que, en lugar de analizar las diversas especies de procreación como elementos de una categoría unitaria, las considera como presupuestos del reconocimiento, de forma que sólo este último (*accertamento*) desempeña la función determinante de los efectos del *status* jurídico, sienta PALAZZO una de las premisas fundamentales desarrollada a lo largo de la obra.

Pasa a considerar en el capítulo II la naturaleza jurídica de aquellos actos por medio de los cuales se verifica la fijación (*accertamento*) de la procreación dentro de la filiación ilegítima (de la que el reconocimiento, en su opinión, representaría solamente uno de sus componentes o elementos).

Observa que «igual función tienen en el ámbito del hecho de la filiación ilegítima el reconocimiento del padre natural (art. 250) y la declaración judicial de paternidad (art. 269) o maternidad natural (art. 272)» (pág. 28).

Si a esta equivalencia de función corresponde una estructura igual de los actos, es un problema previo cuya solución requiere el estudio, primero aislado y luego comparativo, del reconocimiento y la declaración judicial.

Para ello va a realizar el autor—y éste es uno de los méritos a destacar en su investigación—un exhaustivo análisis crítico sobre las múltiples teorías elaboradas para explicar el reconocimiento, llegando a la conclusión de que se trata de un acto de fijación (*accertamento*) cuyo efecto preclusivo es análogo al de la sentencia declarativa de paternidad o maternidad antes de que sea firme.

Ofrece un particular interés la crítica del conocido sistema propuesto por Cicu, del que rechaza la configuración del reconocimiento como título de estado y la contraposición entre *status* y título, observando cómo su doctrina no acierta a explicar que, antes del reconocimiento, el hijo sea titular no del *status*, sino del derecho a obtener el título de estado.

De otra parte, afirma, la distinción entre acciones de estado y acciones referentes al título de estado implica un dualismo inadmisibles desde el momento en que la eliminación del título lleva aparejada la eliminación del estado.

Con palabras del propio PALAZZO, «la Ley, más que distinguir entre *status* y título de estado, distingue entre *status* natural y *status* jurídico y, en los límites de la certeza técnico-jurídica, tiende por medio de su sistema de reconocimiento a la mayor coincidencia y veracidad del estado natural y del estado jurídico» (pág. 110).

A todo ello hay que añadir una observación ulterior: que si la impugnación y la reclamación presuponen una situación de incerteza objetiva, es preciso negar relevancia, consiguientemente, a la distinción entre acciones de impugnación y reclamación de un lado y acciones de reconocimiento de otro.

La distinción de los diversos grados de preclusión y su distinta relevancia tanto desde el punto de vista procesal como del sustantivo, permite afirmar al autor que «el reconocimiento de la prole natural pre-

senta todos los caracteres del acto de fijación (*accertamento*) con efectos preclusivos de grado mayor e intermedio» (pág. 127).

Planteado el examen en torno a la sentencia que fija (*accerta*) la procreación en los casos previstos por el artículo 279, entiende que se trata, igualmente, de un acto de fijación, preclusivo de grado mayor e intermedio, cuyo objeto es un *status* y no un mero acontecer físico.

De aquí se deduce la existencia de «una disciplina análoga a la de la procreación reconocible, de la que se diferencia solamente por el hecho de que la sentencia tiene una publicidad distinta a la que se produce mediante la inscripción en los Registros del estado civil» (pág. 145).

Están dedicadas las últimas páginas de este amplio capítulo al estudio de determinadas cuestiones sobre reconocimiento desde la perspectiva del Derecho internacional privado, así como de los ordenamientos francés y alemán.

En el siguiente (capítulo III) se centra la atención del autor en torno al concepto de *status* de hijo natural. Como punto de partida, vuelve a la premisa inicial, según la cual el hecho natural de la procreación no es un presupuesto, sino un elemento esencial del hecho jurídico de la filiación fuera de matrimonio.

Por ello sostiene que «la procreación es un elemento del hecho jurídico de la filiación legítima o de la procreada fuera de matrimonio; es el elemento central que, para producir sus efectos, está condicionado al nacimiento de las presunciones o de los actos de fijación (*accertamento*)» (pág. 181).

Si tal afirmación—y la crítica que la misma implica para un gran sector doctrinal—parece sostenible con los argumentos que PALAZZO esgrime, ya no lo es tanto aquella otra según la cual el reconocimiento de la filiación natural desempeñaría el papel de una *condicio iuris*, mientras la procreación es de *causa*. En efecto, ni aclara convenientemente en qué sentido ha de emplearse esta noción tratándose de relaciones de filiación, ni explica de forma convincente cómo puede operar en este campo el concepto de *condicio iuris*.

Tampoco parece aceptable, en general, la reconstrucción que ha llevado a cabo del concepto de *status*, identificado de un lado con el mismo hecho jurídico de la filiación (págs. 186 y sigs.) y considerado, de otro, como un bien jurídico.

En relación con esta última idea y tras un detenido examen de la doctrina alemana, llega a la conclusión de que el padre natural no es responsable por el hecho de haber procreado fuera de matrimonio, pues, a diferencia de lo que ocurre con el derecho a la vida y a la integridad física, el *status* no es connatural a la persona humana, sino que está en función del tipo de procreación y de su correspondiente fijación (*accertamento*).

Analizando después la posición del legislador italiano tendente a hacer coincidir la veracidad del hecho natural de la procreación con el *status* técnico-jurídico vuelve a rechazar la distinción entre estado y título de estado, a propósito de aquel supuesto—que es preciso configurar como de legitimación fundada en el reconocimiento presunto—en que el hijo haya nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio.

Refiriéndose al «principio de compatibilidad» sancionado en el artículo 30, párrafo 3.º, de la Constitución («La Ley asegura a los hijos nacidos fuera de matrimonio toda tutela jurídica y social, compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima») cree inadmisibles la afirmación de Ciru, según la cual, como salvaguarda de la familia legítima, sería preciso mantener en todo caso un régimen de inferioridad

para los ilegítimos, con independencia y al margen de la coexistencia de hijos legítimos.

En el último capítulo (IV) ha estudiado PALAZZO las consecuencias de la filiación natural en base al Código civil y su relación con el mencionado artículo 30 de la Constitución; concretamente, en orden al derecho de alimentos, patria potestad y derechos sucesorios.

Entiende que no es correcto hablar de una diversidad cualitativa, es decir, de naturaleza, en los efectos jurídicos de los diversos supuestos de filiación, sino, simplemente, de una diversificación cuantitativa de acuerdo con el grado de ilegitimidad; la progresiva eliminación de ésta implicará también la equiparación cuantitativa en los efectos. Pero añade que si esto es cierto respecto de las consecuencias de los «hechos jurídicos de filiación» no ocurre lo mismo tratándose de las que derivan del *status* natural simplemente probado, ya sea directa o indirectamente.

Concluye el libro poniendo de relieve la necesidad de desarrollar el actual sistema de colaboración entre la asistencia pública y la asistencia paterna o materna, así como la necesidad de una reforma de la adopción y justificando la oportunidad de ciertas limitaciones al ejercicio de la patria potestad por parte de los padres naturales.

En resumen, y como decía al principio de esta apretada síntesis, la aportación de PALAZZO al tema de la filiación—muy de actualidad y no sólo en Italia—ofrece un indudable interés. Y ello no tanto por la originalidad de su construcción o la coherencia y claridad de todas sus conclusiones, sino por haber sabido apuntar con penetración y agudeza hacia algunos de los múltiples problemas que la filiación natural presenta.

Ya he observado y he de repetir ahora que la parte más meritoria y quizá mejor elaborada se encuentra en la inteligente crítica que ha llevado a cabo en torno a la tradicional distinción entre *status* y título de estado.

Aunque no es, desde luego, la primera vez que la doctrina se ha ocupado del problema los resultados alcanzados por PALAZZO son, en cierta medida, originales y perfectamente admisibles, al menos en base al ordenamiento italiano.

Es preciso señalar que *La filiazione fuori del matrimonio*, incluso para el lector familiarizado con el mundo jurídico de Italia, es en ocasiones de difícil lectura; de una parte, por la frecuente equivocidad de ciertas nociones básicas (piénsese, por ejemplo, en los términos «*fattispecie*» y «*accertamento*»), lo cual, ciertamente, no es imputable al autor; de otra, por un exceso de abstracción conceptual que ha oscurecido y desdibujado las cuestiones fundamentales.

La abundante y actualizada bibliografía citada (que, siguiendo una tendencia poco común hasta época reciente en este tipo de monografías, no se ha limitado a la literatura jurídica italiana) puede servir al lector español como punto de referencia muy útil para el conocimiento del estado de la cuestión en otros ordenamientos.

JOSÉ MARÍA LEÓN GONZÁLEZ,
Profesor Adjunto de Derecho Civil
en la Universidad de Salamanca.

PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo IV, volumen I, *El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes*. Bosch, Barcelona, 1967, 877 páginas.

La significación usual de la *familia* como unión y asociación de personas nos lleva en un plano superior a la idea de institución universal, es decir, al resorte de que dispone la sociedad para la protección, cuidado, educación de los hijos y transmisión de la propiedad por herencia. Así considerada, la familia es objeto de relaciones jurídicas para cuya producción de efectos reviste una sustancial trascendencia la distinción entre sus dos posibles vertientes de legitimidad e ilegitimidad, ya que tan sólo en la primera podrá propiamente constituirse con la plenitud de los medios necesarios para realizar su misión. Sin embargo, en nuestro Derecho esta entidad no aparece dotada de personalidad jurídica, carencia debida no sólo a la tradición derivada de varios siglos de individualismo, sino a la íntima estructuración personal de la relación familiar, como lo prueba la vinculación de los derechos familiares a los miembros de la misma y en especial a uno de ellos, al que ejerza su dirección.

Quizá la característica más acusada de los negocios jurídicos que se constituyen dentro del ámbito del Derecho de familia, sea a juicio de Díez PICALZO, la de que por incidir sobre el «*status* familiar» tengan un contenido limitado y a veces rigidamente tipificado hasta el extremo de excluir a la verdadera representación, pues como máximo se permite no que el representante configure con su propia voluntad la del representado, sino que se limite a transcribir la voluntad plenamente formada y manifestada por aquél. A idéntica motivación se debe, sin duda, el que en sus negocios predominen las formas solemnes y la intervención de la autoridad sin que por ello dejen de integrarse dentro del Derecho privado y a que se rechace por regla general el juego del término y la condición—arts. 1.116 y 792 del Código civil—. También a diferencia de lo que ocurre en el campo del negocio jurídico, la causa de los negocios familiares no puede ser otra que la admitida y configurada en cada caso por la Ley, lo cual origina que no existan negocios atípicos dentro de este Derecho, siendo otro de sus rasgos esenciales el especial sentido de la atribución de los derechos subjetivos familiares, que por ser derechos-deberes configuran los medios idóneos para el cumplimiento de las obligaciones de aquélla. En estas notas distintivas se ha basado la debatida cuestión, en la actualidad prácticamente superada, de si el Derecho de familia reviste carácter público o privado, que se resuelve en el sentido de integrarlo en el campo privado, ya que—como señala ROYO MARTÍNEZ—concerne a un sector importantísimo de nuestra vida en cuanto simples personas y no en cuanto súbditos o miembros de la comunidad nacional u organización política denominada Estado, careciendo, por consiguiente, del concepto clave del Derecho público que es la soberanía.

En la regulación del Derecho de familia el Código civil español ofrece, al igual que los Códigos elaborados en el pasado siglo, la característica de dedicar más atención a sus aspectos patrimoniales que a los personales, con lo que da lugar a una serie de incorrecciones como la de tratar del régimen matrimonial en el libro dedicado a los contratos, olvidando que aquél puede existir, y es el caso más frecuente, sin necesidad de estipulación. A este fraccionamiento también obedecen: el escaso relieve con que se configura la posición de la mujer en la familia, la excesiva superioridad del marido en la comunidad conyugal y, sobre todo, la consolidación de las profundas diferencias entre las instituciones familiares

del Código civil y las de las regiones forales, mostrando, según indica LACRUZ, una deficientísima técnica. La Constitución de 1931, basada en el principio de separación de Iglesia y Estado, dio lugar a las Leyes de 1932 sobre divorcio y matrimonio civil, como única forma reconocida, ambas derogadas por Leyes de 1938, 1939 y disposiciones de signo semejante, que restablecieron la diferencia entre filiación legítima y extra-matrimonial—Decreto de 1938—; obligaron a consignar en las inscripciones de nacimiento la legitimidad o ilegitimidad de los nacidos; exigieron la prueba documental de no ser católicos a los que pretendieran casarse bajo la forma civil; restauraron la legitimación por concesión soberana del Jefe del Estado, y, derogaron la Ley de 1932, que declaraba sin efectos penales la falsa declaración de legitimidad de los hijos; antecedentes tras los que se llega a la Ley de 24 de abril de 1958, que adapta el Código al Concordato de 1953, al tiempo que refuerza la posición de la mujer en los aspectos personal y patrimonial del matrimonio, reforma el Derecho de adopción y regula nuevamente el matrimonio civil, remitiendo el canónico a la legislación y jurisdicción de la Iglesia.

El examen de los dos elementos capitales del Derecho de familia, como son el *matrimonio* y la *filiación*, se efectúa respecto del primero, distinguiendo su doble aspecto de institución y contrato. Mientras que en Derecho romano el matrimonio era de hecho una realidad social productora de consecuencias que el Derecho regulaba, por influjo de los glosadores—que consideraban que en toda coincidente prestación de consentimiento existía un contrato—, la concepción contractualista del matrimonio penetró en el Derecho de las decretales, si bien modernamente se destaca su aspecto de institución, que en el fondo no contradice su carácter contractual, siempre que se distinga entre el acto de celebración del matrimonio y el estado familiar constituido por aquél, ya que el negocio jurídico bilateral califica el acto constitutivo del matrimonio, mientras que la institución se manifiesta en la realidad del matrimonio ya constituido. Las clases, caracteres y fines del matrimonio se destacan especialmente en su proyección canónica, mostrando el estudio de los sistemas matrimoniales, es decir, de los diferentes criterios de organización legal seguidos en los diversos países para reputarlo válidamente celebrado, el franco predominio en Derecho comparado del matrimonio civil como única forma reconocida que ofrece además la ventaja, señala ROYO MARTÍNEZ, de que los Estados que lo adoptan no prohíben, por regla general, que antes o después de contraerlo los interesados puedan celebrar las ceremonias religiosas que deseen, pues solamente se limitan a no atribuir a éstas eficacia civil.

En el *sistema matrimonial español*, a raíz del Código civil, es el artículo 42 el que siembra la duda al declarar que el matrimonio canónico es el que deben contraer todos los que profesen la religión católica, confusión no ya en el sentido que con ironía empleaba don JOAQUÍN DUALDE en sus explicaciones de cátedra al señalar que si la Ley se aplicase literalmente, ningún católico podría quedar soltero, sino por el significado del término «profesar». La diversa tendencia de los Gobiernos que sucesivamente detentaron el poder dio lugar a los más encontrados criterios, llegando la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1959 a declarar la nulidad de un matrimonio civil a causa de la condición católica de uno de los contrayentes y en base de la Orden de 10 de marzo de 1941, que exigía la «prueba documental» de acatollicidad de ambos para que pudieran contraer matrimonio civil, lo cual, según BONET, equivale a considerar el no profesar por el no pertenecer. También el Decreto de 26 de octubre de 1956 y la Circular de la Dirección General de los Registros de 2 de abril de 1957, trataron de evitar que la apostasía de la religión católica se hiciera exclusivamente para poder contraer ma-

matrimonio civil, a cuyo fin dicha Circular advierte que se entenderá acreditada la no profesión de la religión católica «cuando se pruebe la concurrencia de una de estas dos condiciones: 1.^a No haber sido bautizado en la Santa Iglesia Católica o no haberse convertido a ella de la herejía o el cisma; 2.^a Haber apostatado formal y materialmente (1).

En la actualidad el Derecho vigente está integrado por la legislación del Registro Civil—Ley de 8 de junio de 1957 y su Reglamento de 14 de noviembre de 1958—y por el artículo 42 del Código civil, reformado por la citada Ley de 1958, que elimina en sentido negativo las dudas acerca de la posibilidad del matrimonio civil cuando uno solo de los contrayentes no profesa la religión católica. En resumen, señala LACRUZ, la forma canónica obliga civilmente cuando al menos uno de los contrayentes esté bautizado en la Iglesia Católica o se ha convertido a ella de la herejía o del cisma, aunque sea indiferente y aun hostil a la práctica de la religión, admitiéndose el matrimonio civil para los siguientes «sujetos» (siempre que no vayan a celebrarlo con un obligado a la forma canónica): 1. Los que no son súbditos de la Iglesia, esto es, los «infieles» en sentido estricto. 2. Los súbditos de la Iglesia que están exentos de la forma canónica, es decir, los bautizados fuera de la Iglesia y no convertidos. 3. Los súbditos de la Iglesia Católica a los que el Estado no impone la forma canónica por su apostasia cualificada. El procedimiento para este último supuesto se recoge por el artículo 245 del Reglamento, en el sentido de que el encargado del Registro civil expondrá circunstancialmente el proyectado matrimonio a la autoridad eclesiástica diocesana, que, como hemos visto, será la que en definitiva decida.

Los *esponsales*, o sea, el contrato preparatorio caracterizado por la índole especialísima del acto o contrato que se trata de preparar, se diferencia esencialmente de los contratos preparatorios de Derecho patrimonial por el carácter incoercible del acto preparado o contraído, en el sentido de que el quebrantamiento de la promesa tiene limitadísimas repercusiones en el campo estrictamente jurídico, ya que como máximo sólo puede consistir en la obligación de indemnizar. En la actualidad existe en este punto una sustancial coincidencia entre la legislación civil y canónica.

El régimen del *matrimonio canónico* se somete, dada la norma del artículo 75 del Código civil, a las disposiciones de la Iglesia Católica contenidas en el *Codex Iuris Canonici* de 1917 que le considera como sacramento. Por consiguiente, su examen se realiza en la doble vertiente canónica y civil de sus requisitos previos, simultáneos y posteriores. Dentro de los primeros las Leyes canónicas exigen: el expediente de libertad y las amonestaciones o proclamas, que se completan con los requeridos por la Ley civil: consentimiento paterno o licencia familiar, artículos 45 y siguientes del Código civil, ajustados al Concordato de 1953, así como el aviso al encargado del Registro civil—art. 77 del Código civil—. A diferencia de lo que resultaba de su anterior redacción, no es ahora indispensable para la producción de efectos civiles del matrimonio canónico la

¹ Respecto a esta última condición, es de interés la citada sentencia de 1959, que en extracto declara: Que por haber recibido la recurrente el sacramento del bautismo ingresó en la religión católica, y esta cualidad de católica la acompaña toda la vida, perdiéndose únicamente por excomunión o abandono voluntario mediante la apostasia formalmente acreditada, y aunque en la recurrente concurren diversas circunstancias como la de presentar a su hijo varón a ministros acatólicos para su ingreso en la religión de éstos y en ella ser educado, y también por haber manifestado públicamente y en documentos y actos oficiales su separación del catolicismo y su ingreso en otra religión, lo cierto y positivo es que no consta que por las autoridades competentes de la Iglesia Católica se haya hecho declaración sobre ninguno de los dos extremos referidos, y habrá de considerarse a la recurrente como católica. En este sentido se producen también las sentencias de 12 noviembre 1959 y 16 febrero 1961.

presencia del funcionario del Estado, habiendo también desaparecido la prohibición de celebrar el matrimonio canónico en caso de falta de presentación al párroco del recibo del aviso, como así exigía el Código civil.

Dentro de los requisitos simultáneos, circunstancias que han de existir y concurrir en el mismo acto, se incluyen: la capacidad legal—plena aptitud física y psicológica—; el mutuo consentimiento, pues no basta que el sujeto sea capaz de consentir, sino que es necesario que conozca aquello sobre que recae su consentimiento; que éste se encuentre exento de vicios—supuestos entre otros de error de hecho y de derecho—. El primero cuando recae sobre la identidad de la persona invalida el matrimonio. Dentro del error de derecho se distingue entre el sustancial, que versa sobre la identidad del propio contrato de matrimonio, y el accidental, que se refiere a sus propiedades. El primero invalida el matrimonio y el segundo no, aunque recaiga sobre sus cualidades esenciales—canon 1.084—o sobre la validez del acto—canon 1.085—. A los diversos *impedimentos* considerados por BONA, como las circunstancias relativas a las personas que por Ley divina o humana obstan a la validez o lícita celebración del matrimonio, entre los cuales los *dirimentes* no sólo prohíben gravemente que se contraiga matrimonio, sino que también impiden que se celebre válidamente, siendo éste inválido e ilícito, y los *impedientes*, que si bien contienen prohibición grave de contraer matrimonio, éste no es nulo, aunque se contraiga, pero si ilícito, se añaden las prohibiciones de Derecho civil, que afectan al matrimonio canónico, de las que sólo el artículo 51 tiene el valor de dirimente. mientras que son impedientes el luto vidual y las cuentas pendientes de la tutela recogidos en el artículo 45, apartados 2 y 3, así como la falta de licencia familiar o de la estatal, que se exige en casos determinados—matrimonio de reyes, militares y diplomáticos—.

Finalmente, tras la celebración ajustada a forma canónica con asistencia del Registrador civil, que reviste diversas modalidades, según se trate de matrimonio por poder, por medio de intérprete, en peligro de muerte, de conciencia y de españoles en el extranjero, surgen los requisitos posteriores representados por la doble inscripción canónica y civil, esta última en cierto modo la única formalidad civil prescrita, constituye a su vez el elemento decisivo de prueba a través de la certificación del acta del Registro civil.

Para el *matrimonio civil* son requisitos previos: el expediente matrimonial compuesto de la solicitud y documentación—arts. 86 y sigs.—, la ratificación de los contrayentes y la publicación del matrimonio—artículos 89 y sigs.—, y la licencia familiar—arts. 48 y sigs.—. Dentro de los simultáneos se incluyen: la capacidad legal—art. 83—, diversificada en su doble aspecto de aptitud física y mental; el consentimiento, que aun cuando no se regula especialmente por el Código, se halla inmerso en la ratificación del artículo 89, y sobre todo del 100, que por su naturaleza excluyen el término y la condición; la inexistencia de impedimentos y la observancia de forma para la que la intervención del funcionario civil es requisito *sine qua non*. Por último, entre los posteriores la inscripción no es constitutiva ni esencial, ya que según el artículo 73 si no se hubiera levantado acta procederá aquella en virtud de expediente. También, y al igual de lo que ocurre en el matrimonio canónico, la prueba del civil se efectuará normalmente a través de la certificación del acta correspondiente.

La dualidad de formas canónica y civil obliga al examen separado de las causas que en cada una provocan la *nulidad, disolución y separación* del matrimonio. Canónicamente, la nulidad procede de causas coetáneas a su celebración y coincide con la disolución en el efecto de extinguir la vida conyugal, mientras que la separación se limita a suspender

la vida común, dejando subsistente el vínculo matrimonial. Dada la presunción de validez del matrimonio—canon 1.014—, la nulidad, que puede deberse a la existencia de algún impedimento dirimente, falta de consentimiento, defecto de forma, y cuyo conocimiento es de la exclusiva competencia de la Iglesia—art. 80 del Código civil—, surge, afirma PUG PEÑA, como un remedio extremo para cuando no puedan aplicarse ni: la convalidación simple—acto por el que se confiere validez a un matrimonio nulo en su origen, sin efectos retroactivos, excepto el de la legitimidad de la prole—, canon 1.116; la sanación en la raíz—forma de convalidación especial y extraordinaria reservada a la Sede Apostólica, canon 1.141—, que confiere eficacia retroactiva al matrimonio; ni la disimulación o cohabitación como hermanos, que no se caracteriza precisamente por ser muy recomendable.

Al igual que la nulidad, la disolución hace desaparecer también el vínculo matrimonial, con la diferencia de que se basa en causas sobrevenidas y no en la infracción de los requisitos esenciales para su válida constitución. Son estas causas: la muerte de alguno de los cónyuges, a la que se equipara la declaración de fallecimiento a través de la información canónica; la dispensa del matrimonio rato y no consumado, y la disolución en virtud de la profesión religiosa solemne, que exige también que no se haya consumado el matrimonio.

La separación provoca tan sólo el que la vida conyugal quede en suspenso, repartiéndose la competencia de esta materia entre la Iglesia—determinación de los casos en que procede, conocimiento de sus causas—y el Estado—adopción de medidas previas, arts. 67 y sigs. del Código civil, inscripción y ejecución de los efectos civiles derivados de las sentencias y resoluciones firmes de la jurisdicción eclesiástica—.

También el Código civil sigue el criterio favorable al mantenimiento del vínculo matrimonial a base de establecer las causas de nulidad de manera taxativa que rechazan su interpretación extensa. Aun cuando el Código habla únicamente de matrimonios nulos y de nulidad del matrimonio—arts. 101 al 103—, puede distinguirse entre: inexistencia, que no necesita declaración judicial ni es susceptible de convalidación, y nulidad, que ha de ser objeto de la correspondiente declaración judicial. La inclusión en uno u otro de estos amplios conceptos se examina respecto del matrimonio celebrado con quebrantamiento de sus formas esenciales; entre personas del mismo sexo; con ausencia total de consentimiento; la inexistencia sobrevenida después de dictada la sentencia de nulidad; matrimonios civiles entre bautizados; matrimonios civiles contralidos por quienes estaban casados canónicamente y se divorciaron al amparo de la Ley de 1932; matrimonio en caso de bigamia.

Las causas de nulidad del matrimonio civil son en sustancia las mismas que las señaladas para el matrimonio canónico, y las de disolución—salvo la muerte—propriadamente no existen, ya que no se admite el divorcio vincular, con excepción de la que pueda resultar del «curioso» Privilegio Paulino, recogido por el art. 80 del Código civil y 262 R. R. C. Por la separación se modifica el *status familiar*, ya que la vida en común queda en suspenso y se alteran el régimen paterno-filial y el económico-matrimonial, incumbiendo íntegramente al Estado el conocimiento de sus causas y efectos (arts. 104 y sigs. del Código civil).

Tanto la nulidad como la separación producen una serie de *efectos civiles comunes a ambas formas de matrimonio* derivados, en primer lugar, de la presentación y admisión de la demanda: medidas provisionales para la separación de los cónyuges—art. 68—; uso de la vivienda común, que plantea, según BATLLÉ, las cuatro hipótesis de que la mujer quede provisionalmente en la casa propiedad del marido—situación similar señala Díez Picazo a la del titular de un derecho real de habitación, por

lo que en caso de venta, el tercer adquirente habrá de soportar la carga de la ocupación mientras dure el litigio—; que sea el marido quien permanezca en casa propiedad de la mujer—que se hallará siempre a cubierto de una posible venta maliciosa por parte de la mujer al necesitar ésta la autorización judicial del art. 68-4 del Código civil—; que los cónyuges ocupen la vivienda a título de arrendamiento—supuesto muy frecuente, en el que será difícil admitir una transmisión de los derechos arrendaticios, por lo que será deudor de la renta el cónyuge titular, aunque no ocupe la vivienda, con derecho a repetir contra el otro las cantidades que por este concepto satisfaga—; finalmente, que se trate de casa también ajena, pero ocupada por los cónyuges por razón del cargo o servicio que desempeñen ambos o uno de ellos—en este caso es de suponer que el Juez no pueda autorizar la permanencia en la vivienda del que no desempeña el cargo—. A estas medidas se añaden las relativas al cuidado de los hijos del matrimonio, que podrán dar lugar a un supuesto de privación o suspensión de la patria potestad no previsto en los arts. 169 y 170 del Código civil, dada la peculiaridad de que se producen antes de que se dicte sentencia de nulidad o separación; las medidas provisionales en cuanto a los bienes del matrimonio que no suponen modificación del régimen de bienes; las relativas a los alimentos y *litis expensas*, con determinación de estas últimas de su cuantía y persona obligada al pago.

Los efectos de las sentencias de nulidad y separación se examinarán respecto a las personas de los cónyuges, a los hijos, a los bienes del matrimonio y a los derechos sucesorios, a la vez que se determinan en cuanto a la separación las causas que dan lugar a su extinción y los efectos que producen: disolución del matrimonio, vencimiento del plazo y reconciliación de los cónyuges.

El régimen del *matrimonio putativo* del art. 69 del Código civil se traduce en una serie de efectos basados en el principio de la buena fe: para la legitimación de los hijos naturales; para la atribución de los derechos sucesorios viduales mientras no se anule el matrimonio; para la emancipación e igualmente para la conservación de la nacionalidad adquirida por la mujer al casarse. La disparidad de criterios en torno a los arts. 69 y 51 del Código civil se resuelve en el sentido de considerar a aquél como la regla general que atribuye cierta eficacia al matrimonio nulo, mientras que el art. 51 será la excepción que establece un régimen especial cuando la nulidad se deba a una de las causas concretas que pueden determinarla.

Al lado de la separación legal se encuentra la *separación de hecho*, en la que el *status* de cada cónyuge continúa siendo el de la convivencia conyugal, ya que su nota distintiva es la falta de trascendencia jurídica, salvo algunos efectos que puede producir de modo excepcional—art. 1.441 del Código civil, que recoge los casos de ausencia, interdicción, enajenación mental, marido prófugo o rebelde, para los que se dictan las reglas de los arts. 1.442 y sigs.—. En este sentido también se producen: la Ley de Contrato de trabajo de 1944, que autoriza a la mujer separada de hecho el que pueda contratar la prestación de servicios; el art. 9.º del texto refundido de Procedimiento Laboral, etc. El Código civil en el artículo 58 se refiere a la separación de hecho, pero sin regular sus efectos: «Los Tribunales podrán eximir a la mujer de su obligación de seguir al marido en los cambios de residencia»; en el art. 855: «Para que las causas que dan lugar al divorcio lo sean de desheredación es preciso que no vivan los cónyuges bajo un mismo techo». La separación de hecho no reconocida ni regulada es la que comprende la mayor parte de los casos, que, a su vez, pueden obedecer a una conducta arbitraria—abandono—o a un *convenio de separación amistosa* entre los cónyuges, entre

los que cabe diferenciar: pactos de previsión cuyo fin es señalar las reglas que deberán observarse cuando cese la convivencia por desavenencia de los cónyuges y pactos de separación debidos al hecho de una incompatibilidad manifestada, uno y otro desconocidos por el Código civil.

Es el artículo 56 del Código civil el que contiene el principio de la obligación recíproca de los cónyuges a la vida común, fidelidad y auxilios, es decir, los *efectos personales del matrimonio comunes a los esposos*, a los que habrá que añadir aquellos que imprimen un carácter unitario a la familia, como la nacionalidad—arts. 21 y 25 del Código civil—; vecindad civil—art. 15 del Código civil—, domicilio—art. 58 del Código civil—, honores—art. 64 del Código civil—y el de la emancipación—artículo 315 del Código civil—.

La *organización de la unidad familiar* se centra en el Código sobre una base jerárquica con atribución al marido y mujer de diferentes papales. Así, al marido se le confiere una posición de cierta primacía en el conjunto de las relaciones domésticas—autoridad marital—, el derecho de representar a la mujer, el de levantar la prohibición legal que afecta a la misma—concesión de licencia—y la administración de los bienes de la sociedad conyugal. La exigencia de la potestad marital se basa en la necesidad de mantener la unidad en la dirección familiar; el derecho del marido de representar a su mujer—art. 60 del Código civil—actúa en la práctica como una presunción rebatible de estar autorizado el marido por la mujer para actuar en nombre de ella, pero sin privar a la mujer de la posibilidad de obrar directamente por sí misma con licencia de aquél; la administración de los bienes de la sociedad conyugal no sólo deja a salvo el principio de la libertad de pacto, sino que incluso en la hipótesis normal de marido administrador esta posición, en cierta medida, la comparte la mujer, que habrá de prestar consentimiento para los actos de disposición de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles, solicitar que se adopten las medidas de aseguramiento que procedan e impugnar los actos dispositivos en contravención del Código o en fraude de sus derechos. Por consiguiente, la mujer es plenamente capaz, ya que la necesidad de obrar con licencia marital implica una prohibición que reconoce su capacidad, pues de otro modo habría de actuar siempre por medio de representante legal. Asimismo el marco de la gestión doméstica—art. 62 del Código civil—permite la actuación de la mujer como órgano de gestión de la comunidad familiar, con posibilidades de comprometer los bienes de la sociedad conyugal que normalmente administra el marido, según el artículo 59 del Código civil. Además, el propio Código—arts. 63, 60, 1.384, 1.343, entre otros—determina los actos que la mujer casada puede realizar sin licencia, que con carácter general puede suplirse por la autorización judicial cuando no sea posible obtenerla o cuando el marido se niegue injustamente a prestarla.

No existe matrimonio sin *régimen matrimonial*, mientras que, por el contrario, existen muchos matrimonios sin capitulaciones matrimoniales. De ahí, señala LACRUZ, deba rechazarse la antigua opinión de que el régimen legal—impuesto por la Ley al matrimonio cuando los contrayentes nada han estipulado—deriva de un contrato tácito. No existe tal voluntad tácita, que verdaderamente es voluntad, sino que podría hablarse a lo sumo de voluntad presunta que de voluntad no tiene más que el nombre. Es una ficción considerar régimen convencional a uno en el cual los dos cónyuges no han pensado, pues cuando se casan ordinariamente desconocen su existencia y efectos; la imposición del régimen legal es un efecto de la Ley a falta de voluntad eficaz de los cónyuges.

El artículo 1.315 del Código civil parte del principio de libertad de

estipulación, y en defecto de contrato sobre los bienes somete el matrimonio al régimen de la sociedad legal de gananciales; como sistema legal subsidiario de segundo grado establece el régimen dotal—art. 1.364 del Código civil—, además de un sistema legal excepcional de separación de bienes—art. 1.432 del Código civil en relación con los arts. 45 y 50—. Como norma de conflicto, el artículo 1.325 del Código civil se aplica a los matrimonios celebrados en el extranjero, ofreciendo una solución coincidente con la fijada por la Convención de La Haya de 17 de julio de 1905.

El régimen matrimonial de bienes, incluso el legal, se caracteriza por la nota de su inmutabilidad después de celebrado el matrimonio—artículo 1.320 del Código civil—, y se rodea de una insuficiente publicidad, ya que falta un Registro dedicado exclusivamente a tal fin, reflejándose en el Registro de la Propiedad respecto de inmuebles, en el Registro Mercantil respecto de los comerciantes y en el Registro Civil, cuya publicidad, por consistir en la mera indicación de los regímenes matrimoniales, se encuentra sometida a la derivada de los Registros anteriores, basada en la inscripción y en la decisiva protección a los terceros.

El contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio se subordina a la celebración de éste, gozando de eficacia a partir de tal momento; la forma exigida de escritura pública—art. 1.321 del Código civil—será también anterior al matrimonio, admitiéndose únicamente la forma excepcional del artículo 1.324 del Código civil. La característica, además, de estos contratos es la de que en ellos sólo pueden ser partes los futuros cónyuges, que pueden actuar por medio de un *nuncius* que se limite a anunciar la voluntad ya fehacientemente expresada por su principal; de ahí, señala Lacruz, que el supuesto mandato habrá de contener el texto íntegro de la capitulación proyectada. En materia de capacidad, el artículo 1.318 plantea la duda de si se refiere a todos los menores, que ha de resolverse enlazándolo con el artículo 45-1 del Código civil, en el sentido de que si el menor está emancipado por anterior matrimonio no tendrá necesidad de tal consentimiento para otorgar el contrato sobre los bienes. El amplio contenido que pueden revestir las capitulaciones matrimoniales es susceptible de diversificarse: en disposiciones o pactos propiamente capitulares—admisión del sistema legal con pactos compatibles con él—; disposiciones motivadas por la futura celebración del matrimonio, pero diferentes de la regulación general del régimen de bienes—donaciones por razón de matrimonio, mejoras y promesas de ellas, etc., así como otros actos ajenos que puedan formalizarse en documento público—reconocimiento de hijo natural—: pero en todas estas modalidades habrán de tenerse en cuenta las limitaciones de los artículos 1.316 y 1.317 del Código civil, bajo sanción de nulidad.

Siguiendo el orden del Código civil, se analizan a continuación las *donaciones por razón de matrimonio*, en las que si bien su motivo determinante es el de la celebración de éste, dicha futura celebración no actúa como condición en sentido técnico, ya que, indica Lacruz, la donación es perfecta y las nupcias tan sólo configuran una especie de modo cuyo incumplimiento da derecho a la revocación.

Respecto a la *contratación entre cónyuges*, son escasas las prohibiciones de contratar contenidas en el Código civil: de ellas, la prohibición de la compraventa—art. 1.458—tiende a evitar los dudosos efectos que resultarían del contrato entre dos titulares de un patrimonio común, de ahí que se permita cuando medie separación de bienes. La figura de la permuta, aun cuando no plantea el peligro de donación oculta entre los cónyuges por ser imposible la simulación de entrega de la cosa permutada, presenta este riesgo cuando la contraprestación consista en dinero que incluso puede ser un precio confesado, extremo que justifica el ar-

título 1.541 del Código civil. La equiparación de la transacción a una enajenación hace que ésta se estime prohibida entre los cónyuges, pues se presta incluso mejor que la compraventa, a encubrir una donación, pero señala LACRUZ, si los cónyuges pueden contratar salvo determinadas excepciones, deben poder transigir, al menos sobre la materia del contrato, en caso de controversia. En lo relativo a sociedades la prohibición es clara respecto a las universales, y en cuanto a las restantes clases, los cónyuges podrán asociarse en una empresa común de carácter patrimonial, sin que ello les permita modificar las reglas de la comunidad de gananciales y conseguir que los bienes tengan un destino distinto del establecido por el Código. La prohibición de donaciones entre cónyuges se recoge en la regla general del artículo 1.334 y la interposición de persona y consiguiente prohibición de donación indirecta en el artículo 1.335.

Partiendo de la distinción entre la *dote* propiamente dicha—aportación patrimonial—y el régimen dotal—independiente de la dote hasta el punto de que puede existir sin ella—, se destaca la escasa justificación actual de la primera que podría suplirse por la entrega de los bienes parafernales a la administración del marido. Tras el examen de sus diversas clases: formalidades de constitución; publicidad; garantía; dote obligatoria y confesada; estimada e inestimada; la especialidad de la constituida sobre bienes muebles; hipoteca dotal; restitución de la dote; se detalla el régimen dotal del artículo 1.364, que entre todos los regímenes de separación es el que ofrece el menor grado de disociación de intereses, porque al imponer un régimen de dotalidad absoluta deja completamente subordinados los intereses de la mujer a los del marido hasta el extremo de suponer un régimen usurario para aquélla.

De los *bienes privativos de los cónyuges* la categoría de los parafernales o bienes de la mujer se desarrolla a base de diferenciar los siguientes supuestos: derechos de la mujer y del marido sobre tales bienes; el caso de que sean administrados por la mujer que no precisará de licencia marital para tal administración; la situación más frecuente de que estén administrados por el marido a la que serán aplicables las reglas del mandato, dado el mandato tácito en cuya virtud la mujer ha encargado al marido tal administración. Precisamente esta situación intermedia entre la administración de los parafernales por la mujer y la de los mismos bienes por el marido cuando le han sido entregados a tal fin bajo fe de Notario—art. 1.384 del Código civil—ha sido reconocida por la jurisprudencia en sentencias de 9 de junio de 1933 y 16 de marzo de 1954. Este apartado se completa con el examen de la determinación de los frutos de los bienes parafernales: su destino y obligaciones de que responden; la responsabilidad a que están afectos; su enajenación y gravamen; y por último, con el de los bienes que componen el capital del marido.

La comunidad de adquisiciones llamada *Sociedad de gananciales*—artículos 1.392 y sigs.—ha provocado numerosas teorías que pretenden explicar su naturaleza jurídica. Entre ellas destaca la sostenida por ROYO MARTÍNEZ, que la considera como una verdadera sociedad civil adaptada a las peculiaridades del Derecho de familia. Esta tesis, que tiene su apoyo en el hecho de que el Código no hable de comunidad, sino de sociedad de gananciales y en la remisión del artículo 1.395 a las reglas de la sociedad civil, parte del criterio de que marido y mujer al contraer matrimonio con aceptación expresa o tácita del régimen de gananciales ponen en común sus fuerzas y aptitudes de trabajo y los frutos de sus bienes propios, para obtener los medios económicos que sirvan al cumplimiento de sus deberes matrimoniales, y para dividir las ganancias si las hubiere cuando llegue el caso de disolución de la sociedad. De esta

manera la sociedad de gananciales estaría comprendida en el tipo de sociedad universal de todas las ganancias—arts. 1.671 y sigs. del Código civil—. La cuestión de las normas que rigen a esta sociedad; la determinación del momento en que comienza a regir y hasta cuando subsiste; su carácter irrenunciable se examina seguidamente, basándose la radical separación entre bienes comunes y propios de los cónyuges en los siguientes criterios: 1. Reglas dedicadas a determinar los bienes propios de cada cónyuge—art. 1.396 del Código civil—a base de desarrollar los supuestos que en el mismo se contienen: que se trate de bienes aportados como propios; adquiridos a título lucrativo; adquiridos por derecho de retracto o permuta con otros bienes propios, o comprados con dinero exclusivo de la mujer o del marido.

El *patrimonio ganancial* se caracteriza por formarse con bienes determinados y no con valores contabilizados, de ahí que la comunidad exista con referencia a ciertos objetos adquiridos por los cónyuges cuando la adquisición ha tenido efecto por un título que ordinariamente corresponde a una ganancia. Aunque, como señala LACRUZ, sería más justo que los cónyuges tuviesen en común el aumento de valor del patrimonio, e incluso parece que algunos artículos como el 1.392 y el 1.404 del Código civil responden a este criterio, el sistema general del Código es contrario a ello y no juega en absoluto la comparación entre el valor inicial y el final de la fortuna de cada cónyuge. El examen concreto de los bienes que son gananciales se realiza, de acuerdo con los artículos 1.401 a 1.407, distinguiendo: 1. Gananciales por naturaleza o por la razón de ser de esta sociedad, dentro de los que algunos casos plantean la duda de si corresponden al concepto de «remuneración del trabajo» del artículo 1.401-2 del Código civil, entre los que destacan: las indemnizaciones por daños en las personas de los cónyuges; derechos de propiedad intelectual e industrial, concesiones de minas y demás derechos de carácter administrativo; plusvalías incorporadas a bienes por efecto del trabajo o actividad de uno de los cónyuges; traspaso de establecimiento mercantil; donaciones remuneratorias. Las hipótesis de frutos naturales y civiles—art. 1.401-3—comprenden los casos de: ganados, bosques, minas, laudemios y participaciones del propietario en los traspasos, rendimientos de valores mobiliarios o de la participación en el capital de sociedades—dividendos y derecho de preferente suscripción—. 2. Gananciales por adquisición a título oneroso y por subrogación real. 3. Los bienes gananciales por determinación de la Ley fundada en razones de oportunidad o conveniencia: a) adquiridos fortuitamente: juegos, rifas y apuestas; tesoro y hallazgo; b) beneficios derivados de los contratos de seguro y renta vitalicia; c) adquisición de bienes por usucapción; d) aumentos de valor en los bienes propios; e) edificación en suelo ganancial. 4. Bienes gananciales por presunción legal con especial referencia al problema de la eficacia que puedan tener las declaraciones de los cónyuges sobre el carácter privativo de los bienes.

El Código civil trata, en los artículos 1.408 a 1.411, de las *cargas y obligaciones* de la sociedad de gananciales, y en los artículos 1.412 a 1.416 se ocupa de la *administración* de dicha sociedad en el amplio sentido de gestión y disposición. Aunque contraer obligaciones y realizar actos de disposición son conceptos perfectamente diferenciados—quien contrae una obligación no dispone, sino afecta los bienes de su patrimonio, mientras que quien realiza un acto de disposición atribuye directamente a la otra parte contratante derechos sobre algún bien de su patrimonio—, en el tema de bienes gananciales esta diferencia disminuye y se hace en la práctica bastante relativa. En las obligaciones a cargo de la sociedad de gananciales se examina por separado la legitimación del gestor de la sociedad para contraer responsabilidad frente a terceros, y el supuesto

de las deudas que el Código dispone que sean efectivamente de cargo de la sociedad, ya de manera directa o definitiva, ya de modo condicional o restringido, incluyendo a continuación la tercería de dominio como posible defensa de los bienes gananciales.

Después de la Ley de 1958 los intereses de la mujer en la administración de la sociedad de gananciales gozan de una más eficaz protección, ya que ha de dar su consentimiento para que el marido pueda realizar actos de disposición sobre inmuebles y establecimientos mercantiles, así como pedir que se adopten las medidas de aseguramiento procedentes para los actos dispositivos sobre bienes distintos que entrañen grave riesgo para la sociedad. Las dos principales teorías en torno a la naturaleza de la intervención de la mujer son la de considerarla como una codisposición o como un consentimiento a la disposición ajena, problema que tiene una gran importancia práctica, ya que de la conclusión a que se llegue ha de derivarse la trascendental cuestión del grado de posible ineficacia que afecte al acto de disposición marital sin concurrencia de tal consentimiento. Esta falta de consentimiento que en el Código carece de sanción expresa, se ha considerado por el Tribunal Supremo como no determinante de la nulidad de pleno derecho del acto dispositivo realizado por el marido, sino únicamente de su anulabilidad, que únicamente podrán instar la mujer o sus herederos. La manera de suplir el consentimiento de la mujer; los actos que no necesitan de tal consentimiento, como ocurrirá cuando el marido se limite a cumplir una obligación legal—retracto, expropiación forzosa, cancelación de hipoteca, etc.—, se examinan a continuación, en unión de los párrafos 2 y 3 del indicado artículo 1.413. A diferencia también de lo que ocurre en los actos o negocios a título oneroso en los que el marido es normalmente el titular de disposición, cuando se trata de disposiciones a título gratuito, salvo los casos previstos en el artículo 1.415, nos encontramos ante una codisposición en el sentido de que el consentimiento de la mujer tendrá el mismo valor que el del marido.

Por último, tras el estudio de la disposición de los bienes gananciales por la mujer, a título oneroso y con consentimiento del marido; de los casos especiales de ejercicio del comercio por la mujer casada; de la facultad de disposición que a ésta le corresponde en las situaciones anormales del matrimonio; de los actos de disposición otorgados después de disuelta la sociedad y antes de su liquidación; de la inscripción de las adquisiciones a título oneroso—art. 95 del Reglamento Hipotecario—; inscripción de los actos dispositivos—art. 96 del Reglamento Hipotecario—; anotaciones de embargo e inscripción de enajenaciones forzosas—art. 144 del Reglamento Hipotecario—, se detallan las causas de disolución de la sociedad de gananciales; el procedimiento de su liquidación; las reglas complementarias en materia de alimentos—art. 1.430—; la liquidación de dos o más sociedades—art. 1.431—, los diversos regímenes de comunidad que pueden pactarse al amparo del 1.315 del Código civil; finalizando este volumen con el examen del régimen de separación de bienes: separación voluntaria; legal o forzosa; judicial; determinación de sus causas, requisitos y efectos; y el supuesto especial de la administración de los bienes del matrimonio por la mujer—arts. 1.441 y sigs. del Código civil—.

Además de las oportunas referencias a las legislaciones forales y Códigos americanos, especialmente Puerto Rico y Filipinas, se añaden los apéndices sobre la Compilación del Derecho civil aragonés, y sobre la Ley, regulando el ejercicio del derecho civil a la libertad en materia religiosa, que son seguidos de los índices: alfabético de conceptos, de sentencias y resoluciones, y del índice general.

EUGENIO FERNÁNDEZ CABAILEIRO.

WAYMEL, Jean Pierre: *Les formes du testament olographe et le maintien de ces formes jusqu'au décès du testateur*. Editions Montchrestien, 1966.

El libro que vamos a comentar es la tesis doctoral de su autor, Notario francés, y constituye un estudio muy profundo sobre los problemas que plantea el aspecto puramente formal del artículo 970 del Código civil francés, que dice: «Le testament olographe ne sera point valable s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur; il n'est assujéti à aucune autre forme». Va precedido de un prefacio del profesor Jacques Flour, en el que se recuerda que el Tribunal ante el que se efectuó la lectura de la tesis afirmó ante la respuesta que dio el doctorado a una de las objeciones: «Usted hará un excelente Notario».

Y es que el problema del testamento ológrafo, aun teniendo la misma importancia doctrinal en España que en Francia, plantea allí un número de problemas que normalmente no han surgido en España debido a la preponderancia que en nuestro país tiene, afortunadamente, el testamento notarial. Mientras procedía a la lectura del libro, un ilustre colega de Burdeos me manifestó la evidente preferencia que el notariado francés siente por el testamento auténtico. «Entre otras cosas—dijo—, porque con él se perciben dobles honorarios que por la custodia de un testamento ológrafo». No creo que sea un problema de honorarios: es un problema de calidad. El testamento notarial presenta unos caracteres de tecnicismo, certeza y seguridad que lo hacen infinitamente superior al testamento ológrafo, favoreciendo el cumplimiento de la voluntad real del testador, asegurando la eficacia de los derechos sucesorios de los favorecidos por el mismo y contribuyendo de un modo decisivo a la paz jurídica en general con indudable beneficio para la sociedad entera.

En el mismo prefacio se hace una referencia a la circunstancia de que la doctrina francesa no presta todavía la atención que merecen los estudios jurídicos que aparecen en las revistas notariales francesas. Quizá sea ello debido a que el sistema de reclutamiento del notariado francés, de una parte, y de otra, el hecho de su mayor participación en el aspecto económico de los problemas en que intervienen, no les ha hecho hasta ahora acreedores de un suficiente mérito científico. Sin embargo, el libro que vamos a comentar muestra una suficiente preparación jurídica para que pensemos que las cosas están cambiando muy favorablemente.

Sin embargo, conviene hacer notar que he observado una clara autarquía bibliográfica: El autor cita una gran cantidad de autores franceses y de estudios jurisprudenciales, pero no aparece ningún autor extranjero, excepto una cita de pasada al Código alemán.

Si esta autarquía se debe a que el autor ha querido concentrar su trabajo en aquello que es exclusivamente francés, quizá haya contribuido a la utilidad de la obra como instrumento de trabajo para un profesional del Derecho francés, pero, opinamos, que una obra de tesis debería ofrecer una panorámica, aunque fuera breve, de Derecho comparado o, al menos, confrontar los estudios de los autores franceses con lo que se haya dicho en los países de mayor significación jurídica de Europa.

La redacción del libro no es absolutamente clara por la gran condensación con que se ofrecen las citas jurisprudenciales, si bien está escrito en un excelente francés jurídico de una gran precisión y tecnicismo.

El autor divide la obra en dos partes fundamentales: la primera la dedica al estudio de las condiciones de forma del testamento ológrafo que se exigen para su confección; la segunda la dedica al estudio del

respeto de las formas del testamento ológrafo desde su confección hasta su ejecución. Toda la tesis podría concretarse en lo siguiente: «El formalismo que ha querido el legislador en la redacción del testamento ológrafo debe ser estrictamente respetado, pero el intérprete no debe añadir ni quitar nada a estas exigencias formales».

Partiendo de la base de que las normas sobre exigencia de forma deben ser interpretadas en sentido restrictivo, regla que tiene su apoyo en la misma dicción literal del artículo 970 del Código civil francés, el autor dedica el capítulo primero de la obra a contemplar el problema de la exigencia de la escritura llevada a efecto por la propia mano del testador, exigencia que pertenece al terreno de la forma y no simplemente de la prueba. Este capítulo está dividido en secciones y va estudiando las razones de ser y la noción de las exigencias legales relativas a la escritura. Teniendo en cuenta que el escrito testamentario debe emanar todo él del testador y haber sido realizado por entero por él mismo, considera que las razones de esta exigencia son, de una parte, garantizar la libertad del testador y la seriedad de su libertad testamentaria y, en segundo lugar, servir como elemento autenticador del testamento. Se plantea el problema de hasta qué punto puede considerarse escritura la estenografía y la criptografía. Respecto de la primera, opina que los Jueces que juzguen el fondo del problema, Jueces de primera instancia, diríamos nosotros, deben indagar si el escrito estenográfico revela una intención seria de testar y cita un autor que se pronuncia abiertamente por la validez del sistema. Por el contrario, no considera suficientemente serio el sistema de criptografía, al que prácticamente equipara al caso de un escrito testamentario con letra totalmente ilegible. Admite, como es lógico, la validez del testamento ológrafo en lengua distinta al francés, problema que nuestro Código civil resuelve ya explícitamente en sentido afirmativo.

Al contemplar el problema de la necesidad de que la escritura permita identificar o autenticar el testamento estudia muy a fondo la posible validez de los testamentos mecanografiados y de la posibilidad de empleo de la escritura Braille para ciegos. También se plantea el problema de que el testador se ayude de un modelo llamado «falsilla».

Muy interesante también es el estudio que hace respecto de la posibilidad de un testamento ológrafo escrito por un testador que sólo sepa leer y que se limite a copiar, pero comprendiéndolo, un escrito redactado por otro, lo que, en definitiva, no está muy claro si es propiamente escribir o dibujar. Resuelve afirmativamente la posibilidad de que teste en esta forma ológrafa el sordomudo que sabe leer y escribir y negativamente el ciego que sabe escribir, pero que no puede comprobar por sí mismo la corrección y exactitud de su escrito. Por ello distingue entre la ayuda material que puede recibir el testador y la ayuda intelectual, incliniéndose por la validez o invalidez del testamento, según que en definitiva se pueda decidir que el testamento ha sido hecho sustancialmente por el testador tanto intelectual como físicamente o no.

El testamento ha de ser escrito enteramente por el testador, y ello da lugar al estudio de las adiciones o interlineados hechos por terceras personas.

Respecto de las formas exteriores del escrito testamentario plantea los problemas relativos a los instrumentos posibles a utilizar, tales como pluma, tinta o lápiz, así como el testamento hecho en varios ejemplares, o todo él en un solo ejemplar, pero en varias hojas o escrito en lugares diferentes, para cuya validez exige la exigencia de un lazo intelectual y material entre todo el escrito testamentario. No es muy exigente respecto del tipo de papel que puede utilizarse, ya que prácticamente toda

sustancia capaz de recibir un escrito le parece admisible siempre que el escrito reúna las cualidades antes citadas.

El capítulo segundo lo dedica, también dividido en diferentes secciones, al estudio de la firma, diciendo que la firma tiene varios significados jurídicos y sociales: es un signo mediante el que se indica la propiedad de algo; tiene un sentido testimonial y, por último, más jurídicamente, es una manifestación o una adhesión, impregnando de una cierta solemnidad el documento en que se estampa.

Por ello estima que las razones legales de la exigencia de la firma son dos: la identificación del testador y su aprobación de las disposiciones contenidas en su testamento.

Contempla el elemento material de la firma que debe ser suficiente para constatar por sí misma la presencia física del testador, si bien no es necesario que la firma sea legible, ya que ello incapacitaría para testar a la mayor parte de las personas que, precisamente por el uso continuo de este medio de identificación, han sufrido una deformación en su firma. Y contempla también el elemento intelectual de la firma, que está integrado por el carácter de adhesión o manifestación de voluntad al contenido del documento en el que se estampa. Según el autor, cuando se prueba que hay una voluntad, no se está probando necesariamente que haya una firma, pero dada la significación sociológica que ha adquirido la firma, la existencia de ésta lleva implícita la existencia de una manifestación de voluntad. En este sentido estima el autor que para que haya firma basta un signo «distintivo y personal» estampado en el escrito testamentario y que identifique a su autor. No considera que la huella digital sea suficiente. Se inclina por una definición finalista de la firma, definición que no puede prescindir de la costumbre: Habrá o no habrá tal firma, según que haya o no un signo distintivo y personal estampado por el testador, reconocido por la costumbre como hábil para constituir tal firma y que responda a los dos fines de ésta, es decir, identificación por el grafismo (más que por lo que está escrito) y manifestación de voluntad.

Hace un estudio bastante casuista de lo que se puede considerar firma habitual y rúbrica y la posible exigibilidad de las mismas. La necesidad o no de utilizar el nombre familiar o apellido o bien los simples nombres de pila, la firma por la mujer casada utilizando el apellido de su marido o el suyo de soltera y los otros modos de firmar, tales como el uso simple de las iniciales, la indicación del cargo que ocupa el testador o su profesión, o el lazo de parentesco que le une al beneficiario del testamento. No considera suficiente la firma que indique solamente la profesión o el cargo, porque entonces parecería ser un testamento vinculado al hecho de que al morir el testador siguiera ocupando dicho cargo o ejerciendo dicha profesión, pero si considera suficiente la firma que indique un lazo de parentesco muy preciso, como es, por ejemplo, «tu madre», pero no cuando el lazo de parentesco deja en la penumbra la identidad del testador, como es «tu tío».

El capítulo tercero y último de esta primera parte lo destina al estudio de la fecha. Considera insuficiente la opinión dominante en la doctrina francesa sobre las razones de ser desde un punto de vista legal de las exigencias respecto de la fecha. Según esta opinión dominante la fecha tiene por objeto apreciar la capacidad del testador y, además, determinar el orden cronológico de testamentos sucesivos. DEMOLOMBE añade otro motivo que es permitir determinar si ha habido o no sugestión o violencia ejercidas sobre el testador al tiempo de testar. SALEILLES considera que la fecha perfecciona integralmente el acto testamentario transformando la apropiación de su contenido en una verdadera entidad jurídica. El autor hace suya la definición de la fecha de M. SAVATIER, con-

siderándola como «la indicación del día en que el testador se coloca para dar definitivamente a sus disposiciones la fuerza de un testamento, debiendo esta indicación ser escrita por el propio testador en el escrito testamentario».

Considera que es suficiente la indicación del día, mes y año, hecha con palabras o con cifras y de un modo directo, o de un modo indirecto, como es el caso del testamento de un suicida, cuya fecha fuera: «Adiós a la vida. Me echo al pozo». En esta indicación la jurisprudencia consideró como cierta la fecha del suicido del testador.

En base de que no hay que añadir por vía de interpretación ningún requisito nuevo a los exigidos por el artículo 970, antes citado, cree que es innecesario el añadir la hora del testamento o el lugar de su redacción, si bien reconoce que en el caso de varios testamentos hechos en el mismo día la ausencia de hora crea problemas.

Se plantea los problemas conexos con el lugar donde debe estar colocada la fecha y el modo de escribirla, así como los efectos que pueda tener la fecha incompleta o incierta.

Un tema muy interesante es el que se refiere a la noción de la fecha, ya que el artículo 970 sólo requiere una fecha exacta. Todos los autores están de acuerdo en determinar que la fecha tiene que ser exacta, y el mismo criterio impera en la jurisprudencia, que siempre declara nullos los testamentos con fecha falsa. Sin embargo, no está claro qué es una fecha exacta, y el autor examina las posibilidades que ofrece la potencial exactitud de la fecha. ¿Es la fecha en que se ha redactado el escrito testamentario? ¿Es la fecha en que ha sido firmado? Parece haber mayores posibilidades, según algunos autores, de admitir la fecha anticipada que la postdata, pero se llega a la conclusión de que no hay acuerdo definitivo sobre el problema. En todo caso si que parece cierto que un testamento postdatado puede producir por vía indirecta una irrevocabilidad del mismo durante el periodo entre el momento de su efectiva redacción y la fecha consignada en el mismo. Sobre este mismo punto examina la jurisprudencia belga, según la cual la determinación de la fecha del testamento es algo que corresponde al testador, de la misma manera que la forma de manuscibirlo. Se permite, pues, la fecha anticipada y la postdata, salvo casos en que concurra dolo o fraude. Y en estos casos la anulación se funda no en la falsedad de la fecha, sino precisamente en el dolo o en el fraude.

En materia referente a la autenticidad que deba concederse a la fecha del testamento ológrafo y a la carga de su prueba, considera que no es aplicable el artículo 1.328 del Código civil francés, que tiene un contenido semejante al 1.227 del nuestro, al decir que «los documentos privados no tienen fecha contra terceros más que desde el día en que son registrados, desde el día de la muerte del que los ha suscrito o desde el día en que su sustancia ha sido constatada en documento redactado por funcionarios públicos, tales como atestados o inventarios». En cuanto a la prueba de la falsedad de la fecha, aunque esta falsedad lleve consigo, como lleva, la nulidad del testamento, no cree, en contra de la opinión dominante, que tenga que ser única y exclusivamente una prueba intrínseca.

La segunda parte del libro, que consta de dos capítulos, subdivididos a la vez en secciones, está destinada al estudio del respeto de las formas del testamento ológrafo desde su confección hasta su ejecución. Plantea el problema inicial de que, redactado el testamento, y antes de la muerte del testador, surge un derecho eventual del beneficiario y de la posibilidad de que el testador quede incapacitado para testar, convirtiendo en irrevocables las disposiciones contenidas en aquél. Nos encontramos más que ante las últimas voluntades del difunto, ante las últimas voluntades legalmente expresadas.

El primer capítulo lo dedica al estudio de los efectos de las adiciones y tachaduras posteriores a la confección del testamento ológrafo, que pueden ser emanando de un tercero: pudiendo distinguirse según que hayan sido realizadas con asentimiento o sin consentimiento del testador. Asimismo pueden ser obra del mismo testador: según SALEILLES, serán válidas con tal de que hayan sido escritas por el testador. Otra solución, que parece ser la jurisprudencial, es la que considera válidas las que tienen un valor puramente interpretativo, pero no las que tengan un valor modificativo. La tercera solución no admitirá más que las adiciones posteriores en la medida en que ellas mismas estén fechadas y firmadas. Esta solución es la que le parece al autor como la más de acuerdo con el carácter solemne del testamento ológrafo y la consecuencia lógica de las exigencias formales del artículo 970 del Código civil. El testamento ológrafo, según dicho precepto, está constituido por tres elementos: la íntegra manuscrición, la fecha y la firma, y, juntas, constituyen una entidad que ya no se puede tocar, sea con el objeto de recortar las disposiciones o de adicionarlas.

Contempla algunos supuestos muy especiales, como son la adición de tachaduras que hagan el testamento total o parcialmente ilegible, y también examina los problemas de prueba que plantean las adiciones.

El segundo capítulo de esta segunda parte, último de la obra, se dedica al estudio de los efectos de la destrucción del testamento antes de su ejecución.

Ello da lugar a preguntarse si la destrucción del testamento constituye una revocación tácita del mismo, afirmando que la Ley francesa no se plantea el problema. En esta materia cita el artículo 225 del Código civil alemán, el 510 del Código civil suizo y los artículos 1.940 a 1.943 del Código civil portugués (evidentemente, no del vigente, sino del anterior al actual, de 26 de noviembre de 1966). Creemos recordar que es ésta la única referencia de Derecho comparado que contiene la obra. En general, no cree que la destrucción sola lleve consigo por sí misma la «parálisis» del testamento: cree que otras condiciones deben cumplirse. Partiendo de la idea de que casi es un acto reflejo el afirmar que la destrucción de un testamento ológrafo debe ser considerada como una revocación tácita del mismo, analiza los autores favorables a esta idea y la posición de la jurisprudencia dominante. Examina la posibilidad de que la destrucción querida o conocida por el testador revoque el testamento, la insuficiencia de la sola destrucción, la insuficiencia de la sola intención revocatoria, así como los problemas que se derivan de la eficacia del testamento destruido sin conocimiento y sin voluntad del testador. Concluye que la teoría de la revocación tácita se funda en dos afirmaciones, de las que la primera (el testamento ológrafo es un acto jurídico completo desde que las condiciones del artículo 970 se han cumplido) no está completamente demostrada; y la segunda (que los modos de revocación previstos por la Ley no son limitativos) es fuertemente discutible.

Una idea muy sugestiva es el planteamiento de la posibilidad de que el beneficiario de un testamento destruido por un tercero contra la voluntad del testador tenga una acción de daños y perjuicios contra el culpable de la destrucción. En este caso se consideraría que el testamento le había concedido *une chance*, una oportunidad de heredar, y que esta oportunidad quedaba única y exclusivamente al arbitrio del testador, que podría o no ejercitar su facultad revocatoria. La injerencia de un tercero destruyendo esta oportunidad debía ser reprimida y compensada mediante una acción por dolo o culpa.

De todo cuanto antecede podemos concluir que la lectura del libro que hemos comentado es francamente interesante, porque plantea una

abundancia de supuestos acerca del testamento ológrafo, muy ilustrativa para una doctrina que, como la española, tiene un poco en olvido dicha forma de testar, dada su relativa infrecuencia práctica.

Y es que el testamento ológrafo, sin negar las ventajas de secreto, baratura y facilidad que ofrece, es un verdadero avispero jurídico, del que sólo se pueden esperar complicaciones y quebrantos, a menos que se utilice por personas muy técnicas en Derecho. El testamento notarial afirma cada día su preponderancia y su utilidad por su evidente baratura, la intervención de funcionarios totalmente capacitados para su redacción y la seguridad que ofrece su custodia. El sistema del Registro General de Actos de Última Voluntad perfecciona el esquema a extremos que causan la admiración de los juristas que nos visitan, cosa que podemos afirmar por propia experiencia.

Quizá sería deseable la supresión de los testigos, que son, si conocidos del testador, una formalidad peligrosa para el secreto testamentario. Y si no son conocidos del testador, una formalidad inútil.

En todo caso, el testamento ológrafo va perdiendo crédito, y hoy día es una institución, creemos, que marcha francamente hacia el desuso.

VICENTE ESPERT,

Doctor en Derecho. Notario

WULF, Christian de: *The trust and corresponding institutions in the civil Law*. Etablissements Emile Bruylant. Bruselas, 1965.

El libro que vamos a comentar es una obra de Derecho comparado en el que se hace un estudio paralelo y comparativo del trust y de las instituciones basadas en la fiducia; el trust lo estudia el autor como institución y figura central del Derecho anglo-americano; la fiducia la toma del Derecho francés, con especial referencia a la detentación por el marido de bienes pertenecientes a su mujer o a la sociedad conyugal, y a la sustitución fideicomisaria (que no creo que en Derecho español sea una situación verdaderamente fiduciaria, dados los rigurosos deberes de conservación y restitución que tiene el sustituto fideicomisario).

Conviene advertir que al hablar de las instituciones homólogas del «Civil Law», el autor no está pensando en la distinción conocida en el Derecho anglosajón entre «Common Law» y «Civil Law», sino que esta última frase quiere decir más bien Derecho continental.

Creo que es interesante comentar el presente libro por varias razones: en primer lugar, se ha dicho que el Ordenamiento jurídico anglosajón es, juntamente con el romano, los dos únicos sistemas originales del Derecho: por ello debe ser útil a los juristas continentales asomarnos al otro sistema original para tomar de él cuanta inspiración nos pueda ser útil; en segundo lugar, la institución que contemplamos, figura central del sistema, tiene un interés particularísimo en los tiempos modernos, en que tantas veces se acude a interposiciones de personas con los más variados fines; en tercer lugar, empieza a advertirse en la doctrina española un interés, todavía naciente, pero ya apreciable, por el Derecho anglosajón, al que hace unos años ni siquiera se le nombraba (PUIG BRUTAU, FEDERICO DE CASTRO); en cuarto lugar, porque la circunstancia de nuestra apertura financiera, económica y turística al exterior nos impone el familiarizarnos con las instituciones jurídicas

inglesas que hemos tenido que empezar a manejar y que, probablemente, tendremos que manejar más intensamente en el futuro. Por último, hay una razón fundamntal de tipo general, como expresa Jean LIMPENS en el prólogo de la obra, cuando dice que la ciencia del Derecho no tiene fronteras y que un sistema legal puede beneficiarse de la experiencia de otro. Además, el mismo prologuista dice que Roma hizo una síntesis del Derecho de los contratos; Francia, del Derecho de daños, e Inglaterra, del Derecho de las relaciones fiduciarias, y que debemos creer que una síntesis fundamental requiere tal calidad de inteligencia y tenacidad que una civilización determinada difícilmente puede hacer más de una al mismo tiempo.

No obstante el carácter comparativo de la obra, sólo vamos a fijarnos en el Derecho anglosajón, ya que consideramos más conocida la relación fiduciaria del Derecho francés, y los límites de espacio nos obligan a abreviar. Por otra parte, más que un comentario queremos hacer una especie de «digest» de la obra en el aspecto que nos interesa, que servirá de guía a los que quieran profundizar en el tema.

«Trustee» es la persona que detenta un título legal de propiedad bajo el acuerdo expreso, tácito u oculto de aplicar dicha propiedad y sus productos en beneficio de otra persona, que es llamada beneficiario o «cestui que trust». El «trustee» controla la propiedad para el beneficiario. La persona que crea el trust es llamada «settlor». A pesar de que un trust es una institución tripartita—«trustee», «settlor» y beneficiario—, no siempre es necesario que intervengan tres personas diferentes, puesto que una de ellas puede ostentar dos posiciones (el estableciente puede ser también «trustee», y puede ser beneficiario el mismo estableciente, o el «trustee»).

Los trust pueden ser creados con cualquier fin: en beneficio de menores, de personas sin total capacidad mental o pródigos, incapaces de administrar sus bienes por sí mismos. También pueden crearse por quienes, siendo capaces de administrar sus propios asuntos, desean librarse de la carga de la administración, como viudas, médicos, abogados y personas absortas en actividades profesionales.

El trust nace mediante una declaración unilateral del «settlor», «intervivos» o «mortis causa», y no requiere aceptación del «trustee» o del beneficiario. Tiene existencia legal mediante la sola declaración del estableciente. Es una especie de patrimonio de destino. Los trusts sobre bienes muebles pueden ser constituidos verbalmente y probados ante los Tribunales simplemente mediante «oral evidence». Respecto de bienes inmuebles, la «Law of Property Act, 1925, sección 53», establece que una declaración de trust concieniente a inmuebles o derechos sobre ellos debe consignarse por escrito con la firma del «settlor».

El trust no está sujeto a reglas de publicidad, y las terceras partes y los acreedores no tienen medios para conocer su existencia.

Un trust es nulo cuando infringe la Ley o viola principios de orden público, incluyendo las reglas morales que los Tribunales han desarrollado. Un trust es anulable cuando se establece a consecuencia de error, fraude, dolo, violencia o cuando hay una total desaparición del fin del trust. Las reglas de administración de la propiedad sujeta a trust y los poderes y facultades del «trustee» están a menudo especificados en el instrumento de constitución, y en su defecto rigen las reglas de la «Trustee Act, 1925».

El «trustee» debe actuar como un buen padre de familia y no obtener, como regla general de «equity», ningún beneficio personal, aunque el ocuparse del trust le ocasione molestias y pérdida de tiempo (esta última regla actualmente tiene abundantes excepciones en la constitución del trust o por decisión judicial).

Además de un «jus in personam» contra el «trustee», el beneficiario tiene también una especie de «jus in rem» en la propiedad sujeta, que puede ser perseguida frente a terceros si ha sido enajenada contra el trust y si el tercero no había pagado una «valuable consideration» por ella (adquirente gratuito), o había tenido conocimiento del incumplimiento del trust (adquirente de mala fe).

El beneficiario puede también perseguir los bienes que hayan sustituido a los que estaban sometidos al trust (subrogación real), siempre que lo obtenido con la enajenación de los bienes sometidos al trust sea aún identificable.

Cuando un «trustee» cae en insolvencia aparecen varias partes interesadas: el beneficiario, que reclama su propiedad; los acreedores ordinarios, que desean que la propiedad fiduciaria integre la masa de responsabilidad, e incluso el tercer adquirente de la propiedad sujeta a trust, que desea conservar dicha adquisición. Para resolver estos problemas el Derecho anglosajón ha elaborado las «doctrines of notice».

Si la propiedad sujeta a trust va a parar a manos de alguien que no tenga nada que ver con el trust, este tercero será un simple «trustee» para el beneficiario, a menos que haya adquirido la propiedad por una «valuable consideration» (causa onerosa) y sin haber tenido conocimiento previo de la existencia del trust. Los Tribunales sostienen que haber conocido el trust no es solamente haber sabido efectivamente el incumplimiento del «trustee», sino también cuando según las circunstancias del caso debería de haberlo sabido. Se aplica ampliamente un criterio referido al «contratante medio». La simple falta de precaución no es bastante para imputar un conocimiento al tercero, sino que se requiere un cierto fraude o una negligencia consciente en descubrir los hechos que denunciaban la existencia del trust. La línea divisoria entre la protección del tercero y del beneficiario es extremadamente difícil y los Tribunales se inclinan por una postura realista que tenga en cuenta las circunstancias fácticas de cada caso. La aplicación de la «doctrine of notice» requiere mucha investigación, ya que a veces el fraude se descubre años después del acto fraudulento y la presencia de la prueba testifical implica el riesgo de que por perjurio de los testigos se llegue a un resultado injusto. Para esta doctrina, cuando interviene un mandatario, se ha sentado el principio de que el conocimiento que tenga el mandatario equivale al conocimiento que tenga el mandante. Evidentemente, se exige una mayor diligencia en una actitud investigadora del contratante medio respecto de los bienes inmuebles que respecto de los muebles.

En general se puede decir que el sistema inglés de «notice» no protege al beneficiario cuando el tercer adquirente ha actuado como un hombre razonable, lo que es el caso más frecuente, y tampoco le protege mucho cuando el trust se refiere a propiedad mueble, por las razones antes aducidas.

En el conflicto entre acreedores ordinarios del «trustee», cuando éste ha devenido insolvente y el beneficiario, se plantea también problema, dado que el trust sobre bienes muebles no requiere ninguna publicidad o registro e incluso no aparece en el título de la propiedad sujeta al trust y por ello los acreedores ordinarios habían confiado en la aparente riqueza o solvencia del «trustee». Por regla general, los acreedores ordinarios (sin garantía) son impotentes, a pesar de su acción personal, contra la prueba, muy fácil, del trust, ya que tanto el beneficiario como el «trustee» pueden declarar que la propiedad está sujeta a trust, y los Tribunales normalmente les creen, en base de que lo normal es que un hombre diga la verdad. Solamente hay dos excepciones claras. La primera es la llamada «reputed ownership rule», basada en una Ley

de 1623, según la que «si alguna persona o personas caen en quiebra y en tal tiempo, con el consentimiento y permiso del verdadero propietario, tuvieran en su posesión y a su disposición mercancías o bienes muebles, los insolventes serían considerados como propietarios y considerados como autorizados para disponer y vender tales bienes en beneficio de los acreedores». Esta regla es de interpretación estricta y no se aplica a inmuebles. La segunda excepción es la del «illegal trust»; según esta regla, los acreedores pueden perseguir y ejecutar la propiedad sujeta a trust sobre la base de que éste es ilegal, fundamentalmente cuando tenía por objeto crear una especie de responsabilidad limitada. Cuando existe un caso de insolvencia o quiebra y existe una constitución de trust por la que previamente el deudor se desprendió de toda parte de su propiedad, el Tribunal puede sostener que el trust era ineficaz, porque tenía por objeto defraudar a los acreedores. Se trata de una vaga noción de fraude, algo semejante a la acción pauliana.

Todo este problema está conectado con el Derecho procesal, y es que un acreedor ordinario para ejecutar la propiedad del deudor tiene que obtener del Tribunal una orden de ejecución, pero había varios tipos de orden de ejecución: una respecto de mercaderías y bienes muebles; otra para el embargo de tierras; una tercera para los frutos y beneficios procedentes de las tierras, y una cuarta y más grave que permitía encarcelar al deudor. Esta diversificación de los procedimientos de ejecución no cubría toda clase de propiedades y menos todavía el patrimonio como un todo. Hasta 1838 la orden de ejecución sobre tierras sólo permitía a los acreedores ordinarios ejecutar la mitad de los bienes inmuebles del deudor. Claro que existía un procedimiento indirecto de ejecución general, que consistía en obtener la prisión por deudas del deudor hasta que éste voluntariamente entregase las propiedades que no podían ser ejecutadas. No existe un sistema de prueba diferente cuando se trata de un conflicto entre partes («trustee» y beneficiario) o un conflicto entre terceros («trustee» y acreedores o beneficiarios y acreedores), como podría ocurrir en el continente de acuerdo con la inoponibilidad a terceros de ciertos documentos (arts. 1.227 del Código civil español y 1.328 del Código civil francés). Los Tribunales anglosajones no temen investigar a fondo cada caso, aunque las pruebas consistan solamente en testigos («oral evidence»). El Derecho inglés es muy poco formalista. Al revés que en el continente, la «duda residual» perjudica en Inglaterra a los acreedores.

No obstante, la legislación anglosajona evolucionó un poco hacia la prueba documental, siendo pieza principal en esta evolución el «Statute of Frauds and Perjuries» de 1676, que estableció para determinados contratos en que el peligro de reclamaciones no fundamentadas era mayor, la exigencia de prueba escrita y firmada para que los Tribunales pudieran decidir en un sentido u otro. Concretamente, la sección séptima del «Statute» exigió que el establecimiento de un trust sobre tierras debería constar en documento escrito, entre vivos o «mortis causa», firmado por la persona legitimada para declarar la existencia del trust. La práctica jurídica, sin embargo, debilitó mucho la aplicación estricta del «Statute».

Un problema interesante se produce cuando el propietario de ciertos bienes cae en insolvencia y para preservar estos bienes frente a los acreedores declara con falsa fecha anticipada la existencia de un trust sobre dichos bienes. Si se consigue probar el fraude, constituye un delito de felonía, gravemente castigado por las leyes criminales; pero es muy difícil de probar, ya que en Inglaterra la fecha de un documento privado hace prueba por sí misma al no existir un artículo o una nor-

ma como la contenida en el artículo 1.323 del Código civil francés o 1.227 del Código civil español.

También se estudia ampliamente en la obra todo el problema relativo a la persecución de los bienes del trust indebidamente enajenados y la subrogación que se opera respecto de lo obtenido con la enajenación, que, en principio, debe quedar sujeto al trust. El problema es particularmente grave cuando se trata de trust sobre sumas monetarias que están depositadas en cuentas bancarias, en las que también hay dinero del «trustee» y no hay una distinción entre lo que es del «trustee» y lo que pertenece al beneficiario. Para determinar lo que pertenece a cada uno, los Tribunales pueden utilizar algunas normas de presunción, como son las siguientes: la «minimum—balance—rule», según la que en trust sobre dinero no se puede perseguir en una cuenta indistinta más allá del saldo más bajo que en ella tenía el «trustee» durante el período en que el dinero estaba mezclado y el momento de la insolvencia. En segundo lugar, está la regla «first—in—first—out—», que separa el dinero del «trustee» del del beneficiario, diciendo o presumiendo que el primer dinero que ingresó en la cuenta es el primero que ha sido retirado. En esta materia el autor hace una referencia al sistema que se sigue en los Estados Unidos y Africa del Sur para resolver el problema.

Hasta aquí, primera parte del libro, se hace un análisis vertical. En la segunda parte es un análisis horizontal del trust, explicando las diferentes funciones que cumple en la vida real, fundamentalmente en materia de trusts familiares, trusts en materia de caridad o benéficos, trusts en la vida mercantil como equivalentes a sociedades, trusts cumpliendo la función de sindicatos de obligacionistas, trusts equivaliendo a sindicaciones de acciones para votar en sociedades y trusts en funciones de sociedad de inversión mobiliaria.

En materia de trusts familiares explica el sistema clásico y antiguo inglés de concentrar la propiedad de las tierras en el hijo primogénito, concediendo una serie de derechos de tipo usufructuario y parcial sobre dichas tierras en favor de los otros hijos hasta que llega un momento en que estos derechos usufructuarios y parciales absorben el contenido económico de la propiedad, la inmovilizan y terminan produciendo efectos contrarios a los que se pretendía. Contra ello reaccionan las «Settled Land Act» de 1882 y la de 1925, que conceden cada vez más ampliamente a los titulares la posibilidad de vender integramente la propiedad contra los deseos de los titulares de los derechos parciales y temporales. Por medio de un trust puede transmitirse la propiedad a un «trustee» con instrucciones de vender la tierra teniendo en cuenta el conflicto de intereses y de derechos que en ella inciden, ponderando la situación de los titulares del dominio y de los titulares de los derechos parciales y temporales. Con ello se evitan los inconvenientes de los amplios poderes concedidos a los titulares dominicales por las «Settled Land Act», que les permitan despreñar o perjudicar los derechos limitados incidentes. Una vez vendida la tierra por el «trustee», el valor obtenido podrá dividirse o gravarse equitativamente según dichos intereses coincidentes.

Dentro de los trusts familiares se señalan los trusts que tienen por objeto conservar la propiedad o, más bien, el valor de la propiedad, dentro de la familia, o proteger como beneficiario del trust a un pródigo o a alguien insolvente (en este caso el insolvente beneficiario sólo puede librar los bienes que se asignan en el trust si no ha pagado el establecimiento ninguna «valuable consideration» (recordemos nuestro artículo 1.807 del Código civil). En esta línea de trusts familiares es interesante el llamado «discretionary trust», cuya finalidad es evitar impuestos sucesorios por el procedimiento simple de no entregar los bienes al beneficiario. El autor opina que lo que se pierde en impuestos mediante

las trusts lo gana el Estado por el hecho de que muchas veces los fondos de los trusts son invertidos en bonos o cédulas de inversión emitidas por el Estado, que obtiene así interesantes capitales para sus fines.

Muy importante ha sido la utilización del trust con fines caritativos, constituyendo lo que nosotros llamaríamos un patrimonio de destino. Como consecuencia de la Reforma de la Iglesia de Inglaterra, la gente comenzó a prescindir de las instituciones religiosas para hacer obras de caridad, y en lugar de legados pios, etc., empezó a utilizar la constitución de trusts para fines de beneficencia. Existe en este tipo de trust una intervención gubernamental más intensa que en los otros y funcionan de un modo semejante a nuestras fundaciones, si sustituimos el concepto de patrono por el de «trustee». Sin embargo, el «trustee» tiene una agilidad, flexibilidad e independencia que no tienen los patronos.

También ha servido el trust para que clubs y asociaciones puedan funcionar sin constituir personas jurídicas.

Desde el punto de vista comercial, los trusts han jugado un papel importante. Muy llamativo es el trust utilizado para evitar la aplicación de las leyes antimonopolio, como ocurrió en Norteamérica a partir de la «Sherman Act» de 1890: se consiguió mantener una agrupación y actuación convergente de empresas, sociedades y capitales que no se hubiera podido conseguir sin la utilización de esta figura. Pero, más institucionalmente, el trust ha jugado un gran papel como puente entre el antiguo sistema inglés de constituir sociedades, completamente libre, terminando catastróficamente por la immoderada especulación de acciones, sistema al que puso fin la «Bubble Act» de 1719, exigiendo para la constitución de nuevas sociedades una concesión del Parlamento o de la Corona, y el moderno sistema de constituir sociedades, que comenzó en la «Companies Act» de 1844. Durante el tiempo intermedio se pudo lograr la concentración de capitales que sustituía a las sociedades comerciales, difíciles de constituir, mediante la utilización de trusts. Aun hoy, en Derecho norteamericano se utiliza mucho el trust en sustitución de compañías comerciales, con objeto de evitar las más estrictas reglas que rigen las personas jurídicas debidamente constituidas, la creciente presión fiscal sobre ellas, las dificultades y lentitudes de constitución, etc.

No podemos detenernos, dado el espacio de que disponemos, en la explicación de la utilización del trust en las tres últimas aplicaciones que señala el autor, y que son el «The Debenture Trust», «The Voting Trust» y el «The Investment Trust», y que corresponden prácticamente al sindicato de obligacionistas, a los grupos sindicados para votar en las juntas generales de las sociedades y a las sociedades de inversión mobiliaria.

Con lo expuesto, y con lo que ha quedado sin exponer, que son las instituciones francesas que sirven de elemento de comparación a las inglesas explicadas, es fácil advertir que se trata de una obra, la que comentamos, de un interés evidente en su lectura y que tiene un cierto valor en la formación jurídica profesional. Sin abandonar ni despreciar el Derecho alemán o el Derecho italiano, creo que ha llegado el momento de que los juristas continentales aprendamos inglés y nos dediquemos al estudio de la doctrina y del sistema anglosajón de derecho, porque, una vez familiarizados con él, nos daremos cuenta de la enorme carga de sentido común que tiene y el ligero bagaje de conceptos que utiliza, resultando un sistema muchísimo más ágil de lo que aparentemente podría creerse. Es fundamental tener en cuenta que el Derecho anglosajón se basa en una mayor confianza en el hombre que en la técnica. Casi podríamos decir que es un Derecho pensado para comu-

nidades más honradas que las latinas. En el Derecho español, por ejemplo, todo el que administra bienes ajenos, de fundaciones, menores, etcétera, es, en principio, un ladrón potencial. Y lo malo es que, a veces, es cierto. Esta actitud de defensa esteriliza los poderes de administración de los guardadores. En el Derecho anglosajón se presume que todo hombre es honesto y dice la verdad; y hay que demostrar muy positivamente lo contrario para invalidar esta actitud inicial. Si el Derecho es reflejo de la sociedad que rige, creo que debemos preocuparnos un poco de esta disparidad de actitudes. En el periodo de degradación moral y de intenso fariseísmo que vive la sociedad cristiana occidental, un cambio en las estructuras jurídicas es impensable actualmente. ¿Podrán alguna vez los países latinos tener fe en el hombre, en su honestidad, en su buena fe? Es un problema que depende de si el cristianismo u otras fórmulas de convivencia podrán despegar un poco más al hombre del barro que lo forma.

VICENTE ESPERT,

Doctor en Derecho. Notario

Mélanges offerts à René Savatier. Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Poitiers. Publié avec le concours du Centre National de la Recherche Scientifique. Paris, Librairie Dalloz, 1965 (tela, VIII + 973 páginas, 48 artículos).

Siguiendo la pauta dada por el homenajeado en *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui*, inténtase ofrecer un conjunto de trabajos que reflejen las transformaciones sociales y jurídicas de las distintas ramas del Derecho, con especial atención a las evoluciones jurisprudenciales.

Elle ALFANDARI: *Droits alimentaires et Droits successoraux* (págs. 1-22).

Siempre con un abundante acopio jurisprudencial, se hacen resaltar sus rasgos diferenciales y sus caracteres comunes. Figuran entre los primeros, su distinto fundamento y procedencia; su distinta naturaleza, al encuadrarse en las categorías de derechos subjetivos, por ser los derechos sucesorios, pecuniarios, renunciabiles y de carácter real, y los de alimentos, inherentes a la persona, indisponibles y de carácter obligatorio. Con todo, se han apreciado recientemente importantes aproximaciones entre unos y otros: repercusión de las reformas legislativas sucesorias sobre los alimentos, con acentuación de su paralela finalidad; discusiones doctrinales sobre la transmisibilidad de la obligación de alimentos y repercusiones de las prestaciones alimentarias sobre la sucesión. Todo ello marca un cambio de perspectiva rico en consecuencias. Puede decirse en suma que ambos se encuentran en el confin entre los derechos individuales y los familiares, entre los derechos naturales y los políticos, entre los valores humanos y los contables.

Philippe ARDANT: *La famille et le juge administratif* (págs. 23-44).

Hace el autor una sistematización de las decisiones de la jurisprudencia administrativa francesa tocantes a situaciones o derechos familiares, en los que entra de modo más o menos accidental para resolver luego cuestiones de fondo; de este modo se han originado importantes innovaciones, dado su mayor deseo de flexibilidad y realismo.

J. M. AUBY: *Profession médicale et profession pharmaceutique* (páginas 45-62).

A. BALLARÍN MARCIAL: *El arrendamiento y la aparcería en España (Orientaciones generales)* (págs. 63-75).

Apretada síntesis del sistema jurídico español: Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935; sus antecedentes, ideario y filosofía. Situación actual de pluralidad de regímenes: arrendamientos familiares, no protegidos y especialmente protegidos. Carácter necesario de las normas. Estabilidad y principio de conservación del contrato. Intervención administrativa y judicial. Carácter institucional y de reconocimiento de intereses

comunes de las partes. La aparcería, contrato de confianza y de estructura asociativa. Acceso a la propiedad.

Ciérrese el trabajo con una consideración de las perspectivas que con ello se abren al Derecho agrario, que propende a ser «profesional» o «colectivo».

Henri BATIFFOL: *L'oeuvre constructive récente de la jurisprudence française en Droit international privé* (págs. 77-88).

Intenta el autor superar la creencia de que la obra jurisprudencial francesa no obedecía a principios unitarios. Ya empezaron a mostrar lo contrario H. y J. DONNEDIEU DE VABRES, y lo cierto es que a partir de 1945 se llega a posiciones realmente constructivas.

Examinanse cuestiones de gran interés: la distinción entre efectos del orden público en cuanto a la adquisición de derechos en Francia y su eficacia atenuada respecto a los derechos adquiridos en el extranjero, con sus puntos cardinales de 1860, 1945, 1953 (sentencia «Rivière») y 1964. La extensión progresiva de la competencia de los Tribunales franceses, basándose en la nacionalidad francesa de una de las partes, por medio de una interpretación flexible de los artículos 14 y 15 del Código civil (sentencias de 1955, 1959 y 1962). Ejecución de sentencias extranjeras. Carácter imperativo o facultativo de la regla *locus regit actum*, con su preferencia por la última solución (sentencias de 1909 y 1963). Responsabilidad delictual, con aplicación de la *lex loci commissi delicti* (sentencias de 1948 y 1963). Admisibilidad de medios probatorios, pudiendo el Juez reconocer a las partes el derecho de utilizar los medios del lugar de celebración del acto, aparte de los del foro (sentencias de 1959 y 1963). Interpretación más flexible del artículo 11 de Código Napoleón, reconociéndose a los extranjeros el ejercicio de derechos familiares y mercantiles antes rechazados. Ley aplicable a los esposos de diferente nacionalidad (asunto «Ferrari») y a la filiación legítima, etc. Muestras son todas ellas de valiosos pasos hacia una auténtica comunidad jurídica entre naciones.

Henry BLAISE: *La formation au XIX^{ème} siècle de la jurisprudence sur les donations deguisées* (págs. 89-114).

Estúdiase esta cuestión de las donaciones simuladas fijándose primeramente en el principio afirmativo de su validez, tal como fue establecido jurisprudencialmente en el siglo XIX, antes y después del Código Napoleón; la interpretación doctrinal del artículo 843; las dificultades que ofrece la práctica en la determinación de la validez o nulidad; relación de la figura con la noción de fraude; distintas modalidades de simulación, etc.

J. BRETHER DE LA GRESSAYE: *Le Droit du crédit* (págs. 115-133).

Intenta el autor—y lo consigue con gran agilidad—realizar una síntesis de esta capital noción jurídica, extrayendo el concepto de *crédito* simultáneamente del Derecho civil, el Derecho mercantil y la Economía política y financiera.

El derecho común del crédito vendría constituido en primer lugar por el estudio de la venta a plazos y del préstamo, con el estudio accesorio de los intereses, las cláusulas de estabilización y el pago por subrogación. En cuanto a la venta, distínguese la de bienes muebles corpora-

les (bienes de consumo y de equipo) de la de inmuebles y establecimientos mercantiles. Respecto al préstamo, aparecen estudiados los hipotecarios, pignoratícios y los préstamos a la construcción, junto con toda la gama de préstamos mercantiles y operaciones bancarias (apertura de crédito revocable e irrevocable, descuento, crédito documentario, *warrant*, etc.; junto con la función crediticia del cheque y letra de cambio); los empréstitos públicos y los valores mobiliarios.

Una segunda parte viene constituida por el estudio de las garantías convencionales: mobiliarias (prenda, prenda sin desplazamiento, hipoteca mobiliaria) e inmobiliarias y especiales (hipoteca, hipoteca naval).

Con todo ello pueden obtenerse los principios jurídicos generales en la materia.

Jean CARBONNIER: *Vs Famille. Législation et quelques autres* (páginas 135-156).

Es éste un ensayo de sociología jurídica, que trata de seguir las motivaciones y evolución vital de las instituciones familiares, incluso acudiendo a lo anecdótico y humorístico. De esta forma aparecen análisis: el denominado «Efecto *Assiduis*» de la actividad legislativa, cuando ésta se mueve a impulsos de los interesados, con respecto a la reforma francesa de 1963 sobre la cuota disponible entre cónyuges. La «Teoría de Burgess» o evolución de la familia desde las relaciones institucionales o de autoridad a las de camaradería. El «Principio de las disociaciones». La evolución de la familia y del divorcio. La importancia de los grupos de presión en esta materia legislativa. El *Habitat* de las estructuras familiares. La «Teoría de las tres K» o «de Bismarck». Las últimas mutaciones legislativas. El «Efecto Macedoniano». El Derecho natural de la familia. El empequeñecimiento del grupo familiar. Salario y retribución del hombre casado. El llamado «Complejo *Uxorius*» del legislador, etc.

El tono del trabajo es sumamente curioso, y, en ocasiones, dado su contraste con los demás ensayos jurídicos del volumen, francamente sorprendente.

Gérard CORNU: *La lettre du Code à l'épreuve du temps* (págs. 157-182).

Exhaustivo análisis del origen, historia y mutaciones del Código Napoleón. Distingúense tres etapas. La primera de escasas modificaciones (1804-1884). La segunda, de reformas desiguales, importantes algunas como las del divorcio y condición de los hijos naturales; mas en general la evolución se hace veladamente (1884-1937). La tercera (desde 1938), de grandes cambios revolucionarios: particiones, efectos del matrimonio y divorcio, publicidad inmobiliaria, privilegios e hipoteca, adopción, patria potestad, y tantas otras (en 1938-1939, 1942, 1945, 1955, 1958, etc.).

Resta, sin embargo, la parte más sustancial: la de las profundas modificaciones introducidas por la jurisprudencia a lo largo de las épocas (por ejemplo, en la paternidad natural, dote mobiliaria, responsabilidad por hecho de las cosas, abuso de derecho; incluso en las reglas generales de las obligaciones). También se examina el problema de las Leyes especiales y Códigos nuevos, con respecto a la cuestión de la unidad del Derecho privado.

Entrase luego en la cuestión de la revisión o abrogación del Código, en sus distintas vertientes (reformas parciales, nueva edición, Código nuevo, etc.), inclinándose el autor por soluciones flexibles y moderadas, dado el gran número de riquezas jurídicas y terminológicas que el actual

aún encierra. Mucho tienen que decir en todo esto las directrices de política legislativa, incluso bajo una perspectiva europea.

El trabajo termina con unas completísimas tablas sobre el estado actual del Código.

Jean DABIN: *Droit et Politique* (págs. 183-218).

Desea el autor examinar las relaciones entre lo jurídico y lo político en las distintas ramas del Derecho; tema que ha merecido las respuestas más divergentes.

La primera parte dedícase a consideraciones de Filosofía del Derecho, acerca del significado de los términos «Derecho positivo» y «Política». Entrando ya en el núcleo del trabajo, examinase la situación respecto al Derecho público, tradicionalmente el más sensible a los influjos políticos (Derecho constitucional: el Estado y sus elementos, organización de los poderes, etc.). Mas no hay que olvidar las consideraciones de oportunidad o conveniencia políticas, que incluso en Derecho administrativo han tenido su reflejo con la famosa teoría de los «actos de gobierno». Otras cuestiones analizadas en este punto son las de los derechos humanos, los grupos de presión y las alteraciones del régimen constituido.

Capítulo aparte dentro del Derecho público merecen el Derecho fiscal y el procesal judicial. El fenómeno fiscal responde a una necesidad primaria de todo grupo político, con la importante función además de la redistribución de la renta. El Derecho judicial está íntimamente ligado a la organización de los poderes del Estado y reglamenta un auténtico servicio público.

El Derecho privado parece el más alejado de consideraciones políticas. Mas no escapa del todo a las mismas. En primer término, la fuente de que procede es estatal. En segundo lugar, su contenido viene determinado por consideraciones de estructura de los grupos sociales, y su orientación no escapa al fenómeno general de la socialización. Es cierto que el legislador del pasado siglo quiso mantener el Derecho privado apartado de la política, para así servir el exclusivo interés de los particulares. Mas esta orientación responde también a una ideología imperante en la época, y que en nuestros días ha sufrido diversas rectificaciones, con el aumento de las normas imperativas y de orden público. Con esta tendencia hay que conectar además el nacimiento del Derecho del Trabajo y del Derecho económico.

Un tercer apartado viene consagrado al Derecho internacional. Por lo que atañe al Derecho internacional privado, indudable es que la nacionalidad y la condición del extranjero se encuentran bajo el fuerte influjo de intereses nacionales, singularmente la primera. Distinto es en los conflictos de leyes en el espacio: los intereses fundamentales son aquí los particulares, y sólo secundariamente, de la comunidad jurídica interestatal; mas también aquí ocupa un importante papel la excepción de orden público en la aplicación de las normas, si bien advierte el autor que debe estar siempre coonestada con el principio de respeto a los derechos adquiridos y al comercio internacional.

Una cuarta y última sección viene destinada al Derecho penal. Indudable es el paralelismo entre el orden social en cada momento definido y las penas y medidas de seguridad encaminadas a defenderlo: trátase del fin del Estado, eminentemente político, de la «defensa social».

En conclusión, estima el autor que ciertamente existe una relación de dependencia del Derecho a la Política. O más bien, es una parte de la misma. El peligro estribará en tratar de confundir aquella con una

política determinada, cuyos fines pueden llegar a una desvirtuación del orden jurídico.

René DAVID: *Arbitrage du XIX^{ème} et arbitrage de XX^{ème} siècle* (páginas 219-234).

Muestra el autor la evolución seguida por la institución. Venía ésta concebida en 1806 en el Código de procedimiento francés como un modesto medio de arreglo de diferencias, muy distante de la plenitud de la jurisdicción estatal. Y en 1856 vióse prácticamente desplazada. Mas todo este panorama desaparece con la llegada del siglo xx. Reconócese en 1925 la validez de la cláusula compromisoria en materia comercial. Así llegamos al actual arbitraje, caracterizado por dos notas: institucionalización y formulación previa al nacimiento de todo posible conflicto. Ello quiere decir que no es ya una institución accesoría, sino que goza de su propio campo de acción. En efecto, en nuestra época el derecho estricto y los principios técnicos no llenan todas las exigencias. En muchos casos conviene acudir a personas peritas en otras cuestiones. No es el arbitraje un mero remedio a deficiencias de la Justicia oficial.

Todo lo dicho adquiere mayor relieve en la esfera internacional. La existencia de un punto de conexión de una operación a una determinada legislación no satisface al comercio internacional. De esta forma, la función del arbitraje evita desde el comienzo toda duda: las partes saben que han de atenerse a las normas por ellos reconocidas como satisfactorias para el caso en cuestión, como verdadera *lex mercatoria*. Pueden, pues, suplirse deficiencias de los Derechos nacionales. Y es que realmente no siempre los métodos usuales de interpretación y aplicación del Derecho (a la manera del Derecho común) satisfacen las exigencias de las relaciones comerciales, a las que a veces no convienen nociones demasiado abstractas y generales. (De lo cual se resienten no sólo los sistemas continentales, sino también el anglosajón.) La idea de justicia es antes que la idea de Derecho. De ahí que se haya señalado la superioridad del arbitraje para cuestiones entre personas ligadas por vínculos especiales, y mayormente si son de larga duración. Muestra de esta flexibilidad es sin duda la corriente utilización del arbitraje, históricamente, en el Derecho del trabajo; en las comunidades sociales con minorías bajo organización diferente, y actualmente en los países socialistas para las cuestiones del comercio exterior; también es fácil descubrirlo a veces bajo la figura del *trust* inglés.

En una palabra: la institución parece sumamente útil para una época como la presente, sometida a tantos cambios y a circunstancias enteramente nuevas.

Simone DAVID-CONSTANT: *L'influence de la Sécurité sociale sur la responsabilité civile* (pág. 235-248).

Siguiendo una sugerencia del propio SAVATIER, muestra la autora cómo han influido las nuevas normas de seguridad social sobre la clásica responsabilidad civil, y en qué medida han ocupado su puesto; no obstante, demuéstrase cómo esta última noción tiene aún un muy importante papel.

Henri DESBOIS: *Les Droits dits «Voisins du Droit d'auteur»* (págs. 249-264).

Régimen de las producciones de radiodifusión y fonografía en el Derecho francés (Ley de 11 de marzo de 1957 y evolución jurisprudencial)

y en el Convenio internacional de Roma (26 de octubre de 1961), bajo el auspicio de la UNESCO y de la Unión de Berna.

T. J. DORHOUT MEES: *La revindication de meubles perdus ou volés contre le possesseur de bonne foi* (págs. 265-270).

Estudio de Derecho comparado, con especial atención a la actual situación holandesa y a las innovaciones del Proyecto MEIJERS.

Paul ESMEIN: *Méditation sur les conventions d'irresponsabilité au cas de dommage causé à la personne* (págs. 271-276).

Ante el creciente favor otorgado a las cláusulas de irresponsabilidad, plantéase en este campo una delicada cuestión, y en el ámbito de los contratos de transporte. Para algunos, deben rechazarse sin más; para otros, sólo en los casos de responsabilidad delictual (seguido por la *Cour de Cassation*). Mas el autor estima que es difícil delimitar este campo del puramente contractual y que se debe ir con muchas precauciones.

François DE FONTETTE: *L'article 4 du «Décret infâme» de 1808: le prêt consenti par un juif* (págs. 277-290).

En torno a la cuestión central de las medidas discriminatorias contra determinadas personas, a veces con influencias considerables en lo jurídico, trátanse puntos de interés, como el de la retroactividad de las disposiciones, la evolución en el régimen del contrato de préstamo y la noción de fraude.

Christian GAVALDA: *Le secret des affaires* (págs. 291-316).

La cuestión del secreto de los negocios estúdiase primero en relación con los Poderes públicos: esto es, ante la justicia penal (comerciante acusado en general, casos de quiebra) y civil (como parte o testigo; exhibición de los libros de comercio); ante la Administración, financiera o económica (inspecciones fiscales, autoridades crediticias y de organización de empresas).

Un segundo apartado destinase al secreto de los negocios y las relaciones entre particulares. Aparecen estudiados los casos en que éstos ostentan derechos en cuanto a la información de los negocios (indivisión convencional o sucesoria, comunidad matrimonial, sociedades de personas, y, más acentuadamente, el derecho de información del accionista en las Sociedades de capitales). Modalidad especial la constituye la participación de los trabajadores en la gestión o beneficios de la empresa.

En cuanto a terceros extraños al negocio, se estudian los casos de los técnicos y profesionales obligados a guardar secreto; los terceros en general y los propios miembros de la empresa, que tienen obligaciones especiales respecto a las técnicas de fabricación, o en el supuesto de establecer negociaciones con otras personas.

Claude GOURDON: *Une nouvelle forme d'appropriation de l'immeuble d'habitation: les sociétés de gestion* (págs. 317-340).

Considéranse estas entidades en cuanto Sociedades de construcción que ejercen una actividad continuada. Estúdiase el supuesto de que estas Socie-

dades conserven la propiedad del inmueble (naturaleza de las acciones, derecho de retirada del accionista, etc.) y también cuando la Sociedad transfiere el goce del inmueble a los asociados (naturaleza de este derecho, participación en los gastos sobrevenidos, modos de administración, ventajas e inconvenientes).

P. HÉBRAUD: *Des contrats passés entre un futur «de cuius» et son héritier présumé* (págs. 341-374).

Estudio jurisprudencial de los beneficios que el futuro causante puede otorgar a sus herederos por medio de donaciones o bajo cualquiera otra forma contractual. Muestra las repercusiones de la cuestión sobre el principio de igualdad de los herederos; el problema de la anticipación y de la equivalencia de beneficios; tratamiento jurídico, etc. (Con especial atención a los actos celebrados entre cónyuges).

Benoit JEANNEAU: *Autour de l'arrêt «Commune de Gavarnie»: La responsabilité du fait des règlements légalement pris* (págs. 375-394).

Una primera parte viene dedicada al tema de la responsabilidad del Estado por razón de su función legislativa, consagrada por el *Conseil d'État* en dos célebres pronunciamientos de 1932 y 1938, después continuados.

La siguiente parte destinase a analizar las diferencias entre la responsabilidad del Estado legislador y la resultante de decisiones administrativas. Evidentemente, el reglamento no puede en este punto ser equiparado a la legislación, dada su tradicional subordinación a ésta; mas cada vez (desde 1958) cobran mayor papel los reglamentos independientes. Y en todo caso, los intereses en juego pueden ser muy importantes.

En otra sección se estudia el régimen jurídico de esta responsabilidad por razón de reglamentos, tal como fue abierta, tras diversas vacilaciones, por el Consejo de Estado en la sentencia arriba citada de 22 de febrero de 1963. Dicho régimen difiere totalmente del seguido con las leyes. La Administración entiéndese siempre enteramente responsable, no cabiendo presunciones en contrario como en el caso de la Ley. Ahora bien, las condiciones exigidas respecto a la naturaleza del perjuicio son válidas para ambos casos (gravedad y especialidad del daño causado). Queda, sin embargo, excluido por el Consejo francés el amolísimo campo del intervencionismo económico; criterio que el autor no sigue.

En cuanto a la finalidad de la medida impugnada, aparece como criterio determinante el de la desigual distribución de cargas en la colectividad.

En suma: entiende el autor que el nuevo sistema debe ser estudiado en relación con el general de la responsabilidad por decisiones administrativas. Sin duda supone un incuestionable progreso jurídico.

Michel DE JUGLART: *Vers une agriculture de groupe?* (págs. 395-403).

Con ocasión de recientes declaraciones del Ministerio francés de Agricultura, comenta el autor la nueva perspectiva del Derecho agrario en su país, para propietarios y arrendatarios, bajo el prisma de la «agricultura de grupo».

Pierre KAYSER: *Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile* (páginas 405-422).

Tras el planteamiento del tema, ocúpase el autor de la fragmentaria protección que el Ordenamiento jurídico ofrece y que sobre todo se refiere a lo penal. Resulta ello insuficiente, siendo preferible una protección unitaria y el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo al secreto de la vida privada.

Dos aspectos puede ofrecer la cuestión: la investigación indiscreta y la divulgación. Por lo que a ésta respecta, se estudian los supuestos referentes a cartas confidenciales, afecten sólo a autor y destinatario o también a terceros; de la publicación de la imagen de la persona o de los acontecimientos de la vida privada. Dejando aparte los supuestos constitutivos de delito, se ha intentado explicar esa protección acudiendo a la noción de propiedad y, con mucho más acierto, a los derechos de la personalidad. Es por otra parte evidente que se trata de una de las dimensiones del estatuto personal (éste será su régimen en los conflictos de Leyes). A lo dicho sigue un detenido estudio jurisprudencial, separándose los casos en que se ha intentado buscar aplicación de la responsabilidad contractual (incluso en base a la existencia de un convenio tácito) o extracontractual.

En cuanto al otro aspecto (investigación), alúdese primero a los poderes de la autoridad pública. Y respecto a los particulares, entiende el autor que debe ser afirmada la existencia de un deber jurídico general de no inmiscuirse en la intimidad ajena, de no mediar expresa autorización.

Marcel LABORDE-LACOSTE: *Les métamorphoses du louage des immeubles de 1804 à 1964* (págs. 423-490).

Este exhaustivo estudio resulta de interés por el indudable paralelismo existente con la situación española en arrendamientos urbanos y rústicos: surgieron primero soluciones provisionales, para pasar poco a poco a una gran pluralidad legislativa, en la que paulatinamente se han debilitado las notas tradicionales del Derecho civil para pasar a las del Derecho social. (Resulta aquí imposible reseñar todos los puntos abordados).

Gastón LAGARDE: *Le Droit des affaires, Droit sentimental?* (págs. 491-510).

Encuétrase un poco en la línea de los estudios de «jurisprudencia en serio y en broma». «Legislación sentimental», «jurisprudencia sentimental» y «disensiones entre una y otra», son los tres aspectos considerados.

Paul LAGARDE: *De quelques conséquences de la décolonisation sur le Droit français de la nationalité (Étude comparative de la Loi du 28 juillet 1960 et de l'Ordonnance du 21 juillet 1962)* (págs. 511-544).

Ante el hecho de la independencia, primero del Africa Central y Ecuatorial, con Madagascar, y de Argelia después, surgieron las dos disposiciones citadas, que suponían importante alteración en el Código francés de la Nacionalidad. A sus efectos quedan establecidas dos categorías: franceses de pleno derecho y franceses bajo condición de reconocimiento. Condiciones para esta última modalidad son la transferencia del domi-

cilio a Francia, el registro de la declaración del solicitante y la no oposición del Gobierno francés, efectuado todo ello dentro del plazo de opción. Finalmente se estudian la naturaleza jurídica y los efectos de este «reconocimiento de nacionalidad».

Raymond LEGAIS: *L'évolution des solutions françaises de conflits de lois en matière pénale* (págs. 545-558).

Estúdiase la reforma operada en los artículos 689 a 696 del Código de procedimiento penal francés en 1959: *Crimenes y delitos cometidos en el extranjero*. Dentro del tradicional principio de territorialidad de la Ley penal encuéntranse aquí interesantes innovaciones, poco subrayadas por la doctrina.

Un primer apartado destinase al estudio del lugar de la infracción. El segundo se consagra a las excepciones al principio de territorialidad, siendo objeto de amplio comentario el artículo 692: «Todo el que se haga cómplice en territorio francés de un crimen o delito cometido en el extranjero puede ser perseguido y juzgado si el hecho es penado a la vez por la Ley extranjera y la francesa, a condición de que medie una decisión definitiva de la jurisdicción extranjera.»

J LIMPENS: *La théorie de la «relativité aquilienne» en Droit comparé* (págs. 559-582).

En toda época los juristas han tratado de adoptar las normas de responsabilidad civil a las necesidades del momento. En Francia y Bélgica dióse una nueva interpretación al artículo 1.384-1.º del Código civil; en Holanda admitióse no sólo el acto dañoso contrario a Ley, sino también al derecho no escrito; en Gran Bretaña se configuró el *tort of negligence*. También en Alemania se completó la cuestión de la responsabilidad por culpa.

Por su parte, la teoría de la *relatividad aquiliana* intenta situar la responsabilidad civil en límites razonables; reservando la acción de reparación sólo a los protegidos por la norma en cuestión y alcanzando únicamente los daños cubiertos por tal norma (aspectos personal y material).

Nacida la teoría en Alemania (*Schuldnormtheorie*, pfº 823 BGB), alcanzó importantes aplicaciones en Holanda, aun sin contar con un texto escrito (ahora recogida en el último proyecto de Código civil). Asimismo, en Gran Bretaña y Estados Unidos (*torts of breach of statutory duty, torts of negligence*) y en Suiza. En cambio, resulta desconocida en Francia y Bélgica. En la primera, la doctrina la silencia con la notable excepción de PLANIOL, sin que la jurisprudencia le haya prestado el menor apoyo. Y lo mismo en Bélgica. Sin embargo, la cuestión puede tener interés para el nuevo Derecho de las Comunidades europeas.

En conclusión: afirma el autor que la noción es utilizable ante una disposición legal expresa, pero es dudosa tratándose del deber general de prudencia que a todos obliga. El verdadero centro de gravedad de la cuestión debe situarse en el examen de la relación de causalidad.

Pierre LOUIS-LUCAS: *Vérité matérielle et vérité juridique* (págs. 583-601).

En este original trabajo enlázanse las hipótesis tomadas de las diferentes ramas del Derecho. Su primer capítulo lleva por título «Las posi-

ciones del Derecho positivo con respecto a la verdad material», subdividido en tres epígrafes: casos en que el Derecho busca la verdad material; casos en que la deforma (por influjo de las reglas de la lógica o de la verosimilitud); casos en que la simplifica y casos en que la rechaza. El segundo capítulo denominase «Los procedimientos de elaboración del Derecho positivo con respecto a la verdad jurídica», que se deben a la preocupación del legislador por lo razonable o lo estable y a la aplicación del Derecho por los prácticos y los Tribunales.

Philippe MALAURIE: *La jurisprudence combattue par la Loi* (págs. 603-620).

Es un estudio de las realizaciones que la jurisprudencia ha hecho al margen de los textos escritos e incluso contra los mismos, y de las reacciones, confirmativas o negativas, que ha encontrado en el legislador. El estudio es hecho bajo dos ángulos: el factor tiempo y el factor político.

Albert MAYRAND: *L'évolution de la notion de puissance paternelle en Droit civil québécois* (págs. 621-644).

Expónese con claridad y detalle la situación de la provincia canadiense de Quebec, fiel al sistema del Derecho francés, codificado, frente a las otras nueve que se rigen por el *Common Law*. En el Código civil de aquella existe una concepción de la patria potestad similar a la francesa, bajo el principio de autoridad. Sin embargo, en su interpretación ha ido sufriendo alteraciones, en un sentido más liberal y flexible, por influjo del medio social, cultural y político y también de la organización judicial (existe un Tribunal Supremo único en la Federación); e incluso por medidas legislativas protectoras de los menores. Así lo ha ido fijando la jurisprudencia, principalmente en supuestos de guarda, custodia, educación, etc., de los menores (litigios de los padres entre sí, con terceros, etc.), y también en casos de responsabilidad culposa del padre por hechos del menor.

La conclusión del autor es que la evolución de la institución es paralela a la habida en todos los países. Ahora bien, rechaza enérgicamente toda tentativa de reducirla a algo vacío, por ser algo sumamente conforme a la naturaleza humana; peligro que podría darse en su país de extremarse la situación.

Henri MAZEAUD: *La responsabilité contractuelle des entrepreneurs et la réception des travaux* (págs. 645-658)

Dedicado el trabajo al moderno Derecho de la Construcción, examínense primero los principios generales de tema, y después las reglas excepcionales de los artículos 1.792 y 2.270 del Código francés, tal como son interpretados por la jurisprudencia (responsabilidad en casos de reparaciones importantes o secundarias, en supuestos de peligro para el edificio o de poca entidad; por vicios ocultos o manifiestos, etc.). La tendencia general es la de aumentar el ámbito de responsabilidades de arquitectos, empresarios y constructores.

Hans MERZ: *Des buts visés par les lois sur les cartels* (págs. 659-680).

Estudio de Derecho comparado sobre la represión de las prácticas monopolísticas y restrictivas de la competencia, con especial referencia a la Ley federal suiza de 22 de diciembre de 1962. Estas normativas tienen

todas un fin general, mas difieren en cuanto a sus consecuencias más o menos energicas: o bien atacan directamente las agrupaciones monopolistas o bien sólo los efectos que pueden producir en el mercado.

Debe buscarse la defensa de la libertad de competencia por tratarse de un verdadero derecho de la personalidad; pero haciéndola compatible con el postulado de la autonomía privada que permite la libre actuación en el mercado y el poder agruparse.

Henri MOTULSKY: *L'évolution récente de la condition de la Loi étrangere en France* (págs. 681-706).

Fin del trabajo es señalar el acercamiento de la jurisprudencia francesa hacia la consideración de la Ley extranjera como verdadera norma jurídica, huyendo de conceptualizaciones simplistas que la catalogan como mero hecho; siguese de lo antedicho la aplicación de oficio por el Juez, defendida por el autor y por el propio SAVATIER.

El punto concreto de que parte el trabajo lo constituyen las críticas doctrinales prodigadas a la solución del «caso Bisbal» en 1959 por la *Cour de Cassation*, habiéndose dado lugar a un divorcio de españoles según la Ley francesa, bajo la justificación de que las normas de conflicto que reclaman la aplicación de una Ley extranjera no tienen carácter de orden público, por lo que corresponde a las partes, y no al Tribunal, instar su aplicación.

Existen, sin embargo, casos en que la judicatura francesa debe tener en cuenta la Ley extranjera: por ejemplo, cuando la Ley francesa hace depender una solución de la posición que adopte la Ley extranjera («aplicación indirecta»).

Evidentemente, se ha tratado de buscar paliativos a la citada posición de la *Cour*, pero no son satisfactorios. Realmente, existe una confusión entre los términos «derecho imperativo» y «derecho obligatorio para el Juez». El primero es el que se impone necesariamente a la voluntad de las partes. Mas ello no quiere decir que el Juez pueda desconocer el derecho puramente dispositivo; podrán las partes hacer uso de él o descartarlo, mas de no adoptarse un régimen distinto debe el Juez necesariamente tenerlo en cuenta. Y en este punto—continúa el autor—no puede entenderse el silencio de las partes como renuncia a tal Derecho: hará falta un acto inequívoco en tal sentido.

Todo ello conduce a una revisión de las ideas acerca de la prueba o determinación del contenido de la Ley extranjera. Pues evidentemente, aunque la Ley extranjera es verdadero Derecho, no se encuentra cubierta por la presunción de general conocimiento. En esta determinación de la Ley extranjera no puede hablarse de una carga de la prueba para las partes.

Si la norma no es determinada por las partes, se aplicará subsidiariamente la *Lex fori*. Mas siempre tendrá el Tribunal facultad para inquirir su contenido por todos los medios a su alcance. ¿Y cuál será la fiscalización a ejercer por el Tribunal de Casación? Hay que extremar el análisis, pues en muchos casos habrá violación de la propia norma de conflicto, plenamente salvaguardada por la casación. Pero incluso la misma norma extranjera podrá ser salvaguardada en los supuestos de reciprocidad legislativa y en los de desnaturalización, esto es, cuando se desconoce un sentido claro y preciso de tal Ley.

Roger NERSON: *Observations sur quelques espèces particulières d'indivision* (págs. 707-721).

Tras algunas consideraciones generales sobre el concepto de indivisión, el capítulo I lleva por título «Cesación de la indivisión compleja», con atención a cuestiones sucesorias. El II denominase «Mantenimiento de la indivisión forzosa», sobre cuestiones sucesorias y de propiedad inmobiliaria (Medianerías, servicios comunes del edificio, etc.). En las conclusiones se postula una razonable libertad judicial para apreciar las situaciones.

Charles OFTINGER: *L'évolution de la responsabilité civile et de son assurance dans la législation suisse la plus récente* (págs. 723-737).

Comienza el artículo con unas consideraciones generales: en Suiza la responsabilidad por culpa es la regla, y la objetiva la excepción, si bien ha ido extendiéndose en el Código civil, Código de las Obligaciones y Leyes especiales. Sus soluciones, sin embargo, no son idénticas a las alemanas. Existen abundantes presunciones de responsabilidad. Búscanse generalmente soluciones unitarias, sin distinciones ante la existencia o no de un vínculo contractual. Se declaran nulos todos los convenios que excluyan o restrinjan de antemano la responsabilidad civil. Y, en general, a todo seguro sobre la misma se le dedica gran importancia.

La siguiente sección destinase al examen de las Leyes especiales. Rápidamente aludidas las de Navegación Marítima y Aérea, por reproducir normas de otros cuerpos o de tratados, se pasa a la Ley sobre Circulación por Carretera de 1958; ésta consagra ampliamente la responsabilidad por riesgo. Sigue luego la Ley sobre Energía Atómica de 1959; en ella se da una gran concentración de la responsabilidad, por recaer exclusivamente sobre quien explota tal energía, sin responsabilidad solidaria alguna de otras personas. Finalmente, la Ley sobre Conducciones de Combustibles o Carburantes de 1963 está basada en la existencia de un riesgo específico y considerable; la responsabilidad puede derivarse del empleo de la conducción, o en su defecto, por vicios de instalación o falta de reparaciones.

Observaciones finales del autor son; la falta de homogeneidad de la legislación suiza, su carácter casuístico, la protección acentuada del lesionado, la modificación del sistema clásico de las cláusulas de exoneración y la canalización de la responsabilidad sobre determinadas personas.

Michel PÉDAMON: *L'or au regard du Droit* (págs. 739-762).

Una exposición histórica del asunto figura como introducción del trabajo. El capítulo I estudia el oro en cuanto garantía de los créditos, tratándose ampliamente de las cláusulas-oro y valor-oro en la jurisprudencia francesa, régimen que el autor califica a la vez de rígido y simple (ilicitud en las relaciones internas y validez en las internacionales); con un estudio del orden público monetario y de su profunda evolución desde 1939 (alúdese también a los problemas de las cláusulas monetarias y de escala móvil, y los derivados de las divisas extranjeras). Últimamente puede hablarse—dice el autor—de un verdadero renacimiento de estas cláusulas en materia de estabilización. Por vez primera, en diciembre de 1962, la jurisprudencia ha considerado lícita una cláusula valor-oro en las relaciones internas. De todos modos, existen aún diversas limitaciones.

El capítulo II estudia el oro como objeto de propiedad (lingote, joya, moneda), apareciendo inmediatamente las restricciones a aquélla (reglamentación de los cambios, en épocas normales y de excepción; siendo el régimen actual francés el establecido por Ley de 1948; en lo interno no existen propiamente límites a su propiedad; sí, en cambio, en transacciones internacionales). Restricciones ligeras a ciertas formas de propiedad son las que en cada época resultan de la transformación de piezas en lingotes o lingotes en piezas.

También se hace un estudio del sistema de patrón-oro y sus perspectivas actuales.

Bernard PERRIN: *L'installation et le «baptême» du «proximus pubertati» en Droit pénal romain classique* (págs. 763-778).

Se exponen diversas cuestiones en torno al *pubertati proximus*, o persona que, aun no habiendo alcanzado la plenitud física, no es ya intelectualmente un irresponsable, derivándose ciertas consecuencias de sus actos.

André PONSARD: *Sur quelques aspects de l'évolution du Droit des actes de l'état civil* (págs. 779-806).

Síguese aquí la evolución de los Registros de Estado Civil en Francia desde la Ley de 20 de septiembre de 1792 hasta la de 1 de marzo de 1963, en una tendencia que el autor califica como de constante retroceso del formalismo, cosa natural por su necesaria adaptación a las nuevas realidades, dentro de su doble dimensión de publicidad y de prueba. Lo deseable es siempre que no se abandonen a un deseo de perfección técnica los intereses privados familiares y personales.

Pierre RAYNAUD: *La puissance paternelle et l'assistance éducative* (páginas 807-820).

Estudiase el nuevo sistema abierto con la «Ordonance» de 23 de diciembre de 1958 en materia de protección del menor, con un considerable crecimiento de los poderes del Juez, inclidiendo sobre las facultades paternas, especialmente de corrección. Puede ello entrañar algún peligro, por haber entre los poderes paternos decisiones absolutamente discrecionales, que escapan de por sí a fiscalización.

Jean RIVERO: *À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui: démocratie et administration* (págs. 821-833).

En una introducción y cuatro capítulos realiza el autor una comparación entre las nociones de democracia en la política y la administración. Realmente, se dan en esta última algunas manifestaciones: la información previa, la explicación, incluso la participación del administrado; pero siempre en un plano reducido en relación con lo político, ya que siempre quedan fuera los procesos de ejecución, y, además, por considerarse que al estar por principio la Administración subordinada a la Ley, no era necesario ir más allá. Sin embargo, el autor entiende que para un buen funcionamiento administrativo y para acomodarse a una concepción humanista del papel del ciudadano, debe irse más allá.

Mario ROTONDI: *Evoluzione ed involuzione dell'autonomia del diritto commerciale in Italia* (págs. 835-862).

Quiere el autor explicar los motivos de la codificación unitaria italiana, quizá todavía no perfectamente apreciados. Anteriormente, la actividad mercantil era definida, por imperativo legal, en virtud de un criterio objetivo de acto de comercio, que había quedado falto de justificación por no responder a la realidad económica. Tuvo ciertamente la autonomía del Derecho mercantil una razón histórica, dadas las circunstancias de la realidad medieval que hacían precisos un Derecho, una organización y una jurisdicción distintos de los ordinarios. Esta dimensión subjetiva y profesional se fue objetivando poco a poco, hasta llegar a los siglos XVIII-XIX. A comienzos del XX inició VIVANTE su campaña en pro de la unificación, dividiéndose profundamente los pareceres. Realmente, las circunstancias eran muy distintas, y las experiencias legislativas, italianas y extranjeras, así lo demostraban. El Proyecto VIVANTE viose finalmente abandonado (1922), manteniendo el Proyecto D'AMELIO la bipartición del Derecho privado (1925), aunque con una arbitraria distribución de materias. Siguiéron muchas discusiones durante la etapa fascista, lo que demuestra que en ella no hubo una única ideología oficial que culminara en 1942 (el Proyecto GRANDI todavía mantenía la división), y que las razones del Código actual fueron totalmente técnicas.

Termina el autor examinando brevemente el Código y su resonancia en el mundo, y concluyendo que no puede propiamente hablarse de una autonomía del Derecho mercantil italiano, por ser una parte como otra cualquiera del Derecho privado (entre las que éste puede dividirse).

Jean SAVATIER: *Du domaine patriarcal à l'entreprise socialisée* (páginas 863-881).

Toda la exposición aparece centrada en dos puntos: la separación actual de actividades domésticas y profesionales, y la autonomía del patrimonio familiar respecto del afecto a la empresa. De esta forma se explica el alejamiento de la empresa del concepto clásico de propiedad individual, pasando a ser noción autónoma.

Denis TALLON: *Considérations sur la notion d'ordre public dans les contacts en Droit français et anglais* (págs. 883-892).

Es evidente que esta noción es problemática en ambos ordenamientos, lo que puede originar efectos perturbadores.

En Derecho francés se ha operado una constante ampliación de la noción que ha llegado a producir su crisis: ya no existe un aspecto unitario, incluso en esta materia de la contratación. Puede aceptarse la caracterización de MALAURIE, que habla de un orden público legislativo, conservador, y de otro judicial, innovador y dinámico. En el Derecho clásico de contratos, la noción tenía un carácter restringido: hoy, en cambio, junto a las normas imperativas, existe todo un orden público virtual: continuamente se acude a él en la legislación económica.

En el Derecho inglés, la noción de *public policy* ha experimentado menos contradicciones. (No existen, por ejemplo, nociones contiguas como fraude a la Ley y abuso de derecho.) Trátase de una institución exclusivamente judicial, aunque a veces intervenga en función del espíritu de la legislación escrita. Además, los jueces ingleses siempre han usado de

la misma con moderación. Y aunque se discute el papel del precedente, se acepta por lo general que hay zonas que sólo la Ley podría modificar, mientras otras dependen de las circunstancias.

Este carácter exclusivamente judicial del orden publico quizá fuera ejemplo de utilidad para el Derecho francés, y resultando innecesario calificar como de orden público toda norma imperativa. Desaparecerían así muchas de las actuales contradicciones.

No ha de creerse, sin embargo, que las concepciones de ambos Derechos son equivalentes. De ahí las dificultades surgidas en las relaciones internacionales.

A TUNC: *Le vote cumulatif pour l'élection des directeurs de la société anonyme dans le Droit des États-Unis* (págs. 893-902).

Posibles ventajas de la adaptación en Francia del sistema, dada la similitud del campo de las sociedades anónimas en los diferentes países.

Michel VASSEUR: *Pour une société de type européenne* (págs. 903-920).

Expone los argumentos favorables, los proyectos habidos y las posibilidades que una sociedad específicamente europea podría encontrar no sólo en el ámbito de Mercado Común, sino de todo el continente. Para mayor facilidad, no sería preciso que las legislaciones internas alterasen las clases de sociedades que conocen, pues podría funcionar junto a ellas.

Georges VEDEL: *L'obligation de l'Administration de couvrir les agents publics des condamnations civiles pour fautes de service* (págs. 921-939).

El régimen actual francés encuéntrase en la «Ordonnance» de 4 de febrero de 1959: cuando un funcionario es perseguido por un hecho del servicio, la Administración debe, en la medida en que no se trate de una culpa personal, separable de sus funciones, cubrir al funcionario frente a condenas por responsabilidad civil. Este régimen se presta a muchas deficiencias, ampliamente estudiadas, frente al que podría llamarse «tradicional».

Pierre VOIRIN: *Interprétation judiciaire et interprétation administrative en Droit social* (págs. 941-958).

Labor del Tribunal de Casación, del Consejo de Estado y de la Administración.

Marcel WALINE: *Quelques facteurs sociologiques de l'évolution actuelle du Droit* (págs. 959-967).

Influjo en las disciplinas jurídicas de la gran revolución política y tecnológica de nuestra época.

PEDRO A. FERRER SANCHÍS.

REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Octubre-diciembre de 1967.

La familia en la Compilación de Derecho Civil de Aragón, por Francisco Palá Mediano, páginas 697 a 722.

Introducción a la Compilación de Derecho Civil de Aragón, por Luis Martín Ballesteros y Costea, páginas 651 a 673.

Tras poner de manifiesto la realidad foral aragonesa y la conveniencia de su actualización, el autor analiza minuciosamente la gestación del nuevo cuerpo legal y brevemente las modificaciones introducidas. Se ha recogido, dice, la tradición foral con fidelidad, sin que esta fidelidad haya sido obstáculo para amoldar algunas de sus principales instituciones a los supuestos sociales y a las nuevas condiciones de vida que hay que afrontar. Ha procurado mirar, tanto al pasado como al presente y al futuro, haciendo de la familia el eje de su tradicional y actual derecho.

Antecedentes y panorámica de la Compilación aragonesa, por Manuel Batalla González, págs. 675 a 696.

Estudiando de propósito una abrumadora cita de Fueros y Observancias, el autor, miembro de la Comisión redactora del Proyecto y, por tanto, buen conocedor de sus trabajos y desvelos, hace un examen crítico de las innovaciones que la Compilación introduce en el viejo Apéndice.

La Compilación de Derecho Civil de Aragón presenta un Derecho de Familia, basado en las tradiciones vivas, adaptado a las actuales realidades sociales, inspirado en los nuevos conceptos filosóficos y morales, y trabajado con los instrumentos de la moderna técnica jurídica. Habrá que esperar algún tiempo para que pueda formularse una crítica de resultados, y por ello de momento el autor se limita a intentarla en cuanto a la historia de la Compilación, a su proceso de reorganización, y a sus resultados formales.

El Derecho de familia en la nueva Compilación aragonesa, por José Luis Lacruz Berdejo, págs. 723 a 754.

En orden a las relaciones entre ascendientes y descendientes, destaca el autor la creación en el nuevo texto de una administración única a cargo del padre y subsidiariamente de la madre. El sistema de delación de la tutela es el mismo del Código, con la salvedad de ser válida la deferida por cualquier instrumento público, y de elegir el Consejo de familia al tutor más idóneo, cuando se hayan designado varios para un mismo menor por distintas personas: ya no hay, pues, delación por el Consejo, sino elección de entre varios tutores nombrados. Especialmente relevan-

te es, en cuanto, al régimen económico-matrimonial, la exclusión legal de los muebles y valores identificables. En fin, se mejora mucho la regulación del usufructo viudal, tanto respecto de los Fueros y Observancias como del Apéndice, comenzando por la distinción entre el derecho expectante y el usufructo en ejercicio, cada uno con sus preceptos particulares sobre nacimiento, vida y extinción.

La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón, por Francisco de Asís Sancho Rebullida, págs. 755 a 818.

En el aspecto substantivo, la Compilación, aunque fiel al espíritu del derecho histórico, trata de adaptar la institución a la realidad social y a los planteamientos económicos de nuestros días, reflejando lo más destacado de las aspiraciones manifestadas por vía dispositiva durante la última época de vivencia de la misma. En el orden técnico, la nueva regulación goza de mayor densidad normativa. Finalmente, su lenguaje es claro y sencillo, ganando en vigor y precisión terminológica.

Los pactos sucesorios, por Santiago Pelayo Hore, págs. 819 a 865.

La Compilación que, en general, se ha mantenido fiel al propósito de facilitar el futuro Código, no ha seguido este criterio respecto a institución tan discutible como la sucesión contractual. Posiblemente, dice el autor, se ha dejado impresionar en exceso por tres elementos: la costumbre, el principio *standum est chartae* y los modernos códigos germánicos. El Derecho consuetudinario no daba pie para apoyar en él los pactos sucesorios extra-capitulares, pues el hecho de que algo ocurra muy rara vez y en lugar determinado, difícilmente puede merecer la consi-

deración de costumbre general. La libertad de disposición *mortis causa*, por otra parte, puede sacrificarse en el altar de la familia, pero no en el del principio mencionado. Finalmente es de esperar, dice, que el fino sentido jurídico de los aragoneses, dejando a un lado las tendencias germanizantes importadas de Alemania y Suiza, les haga atender a sus propias costumbres antes que a novedades extrañas.

REVISTA DE DERECHO ESPAÑOL Y AMERICANO

Número 16, abril-junio de 1967.

Norma jurídica y conocimiento jurídico, por Juan-Carlos Smith, páginas 11 a 48.

Las nacionalizaciones en el Derecho Internacional, por Alberto J.-Leonart, págs. 49 a 68.

Limitaciones a la Propiedad Territorial de los extranjeros en zonas de especial interés militar, por José Meliá Pericas, págs. 69 a 100.

El Notario y la jurisdicción voluntaria, por Mario Aguirre Godoy, páginas 101 a 124.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA

Número 70, julio-agosto de 1967.

Explotación agrícola y contribución territorial, por Jaime García Año-veros, págs. 533 a 605.

Número 71, septiembre-octubre de 1967.

La eficacia de la política fiscal en la coyuntura económica, por Sebastián Masó, págs. 773 a 800.

Número 72, noviembre-diciembre de 1967.

Introducción a una teoría económica del coste social como fundamento de responsabilidades jurídico-privadas y de obligaciones tributarias, por J. L. Pérez de Ayala, págs. 1.029 a 1.067.

Régimen Fiscal de las viviendas de protección oficial, por Narciso Amorós Rica, págs. 1.069 a 1.097.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Números 57-58, julio-diciembre de 1967.

El derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal, por Vicente Font Bolx, páginas 7 a 62.

Examina el autor ambas figuras en cuanto procedimientos de sobre-elevación de edificaciones, excluyendo, por tanto, el derecho superficiario sobre el suelo, sobre plantaciones, y la llamada propiedad separada. Las relaciones entre el derecho de vuelo y la propiedad horizontal son íntimas, pues sólo se concibe el primero para terminar en la segunda. No son tan claras las del derecho de superficie, si bien, admitida una propiedad superficiaria sobre un edificio cuyo goce se atribuya a los diversos superficiarios por pisos de manera exclusiva y singular y los llamados elementos comunes (excepto el suelo, gravado con el derecho de superficie y dividido por cuotas) de

manera solidaria, se produciría una situación económica igual a la que crea la propiedad horizontal.

Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas, por Joaquín Sapena Tomás, págs. 63 a 97.

Las urbanizaciones privadas aparecen con fuerza entre los nuevos hechos sociales que reclaman una regulación jurídica autónoma. Hasta tanto ese objetivo se alcance es preciso extraer por analogía de la legalidad vigente, su estatuto jurídico. A efectos registrales, la solución aplicable ha de ser similar a la prevista para la propiedad horizontal: la finca general, sujeta a los estatutos y normas de urbanización, puede y debe ser una sola, de la que se separará para formar fincas independientes las parcelas de propiedad particular en ella integradas y sujetas a la reglamentación que el Registro acoge en el folio de la finca matriz.

La capacidad de las personas «in potestate» en Derecho romano, por Emilio Valiño, págs. 99 a 177.

¿Puede desheredarse parcialmente o bajo condición?, por Juan Vallet de Goytisolo, págs. 179 a 197.

Según el autor no hay razón dogmática, histórica, o teleológica que obligue a excluir de plano la desheredación parcial, ni inconveniente para que los bienes hereditarios que el desheredante pueda asignar al desheredado a título de alimentos, se imputen al tercio de legítima. En orden a la desheredación condicional, distingue los diversos supuestos determinantes de la condición: causa futura, causa probada, causa dimanante de sentencia y conducta del desheredado posterior al testamento, entendiéndose que no cabe en el primero, pero si en cambio en los demás.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Febrero de 1968.

La empresa pública en el Derecho español, por Fernando Garrido Falla, págs. 117 a 127.

Característica típica del estado de nuestros días, es su activa participación en las funciones de la vida social, convirtiéndose en productor, comerciante o distribuidor de los bienes del tráfico. La empresa pública constituye una de las formas del moderno intervencionismo estatal, lo que tiene evidentes puntos de contacto con el fenómeno de la nacionalización, si bien entre ambos hechos sólo existen una conexión circunstancial. Sobre estos presupuestos, el autor estudia las diversas formas de creación de empresas públicas en España, empleando como criterio clasificatorio la medida en que las actividades del sector privado quedan afectadas por aquéllas.

La tecnificación del concepto de responsabilidad jurídica (su reflejo en el Derecho tributario), por José María Martín Oviedo, páginas 128 a 140.

El concepto responsabilidad, aun a despecho de su origen moral, presenta en el Derecho un neto carácter técnico, especialmente acusado en el ámbito de los entes colectivos. En apoyo de esta tesis estudia el autor el tránsito de la responsabilidad del campo de la moral al del derecho en las personas físicas, cronológicamente anteriores a las jurídicas; y el abandono también en cuanto a éstas del sentido moral primitivo de la responsabilidad, con sustitución del principio de la culpa por el del riesgo, dando origen a la mal llamada «responsabilidad objetiva».

Marzo de 1968.

La prestación y la causa debitoria, por Francisco Bonet Ramón, páginas 205 a 232.

La obligación como limitación de la libertad humana, presupone siempre una causa o razón de ser del deber de cumplir que tiene el deudor. La causa en las obligaciones voluntarias es una razón plausible, dotada de un cierto valor social y referida por tanto a la voluntad privada y a la voluntad pública (de la Ley), mientras que en las no voluntarias sólo va referida al ordenamiento jurídico, el cual de ciertos hechos hace derivar la obligación contra o al menos independientemente de la voluntad del sujeto. Por eso, en las primeras se distingue una fuente (ej., el contrato) y una causa (ej., las singulares obligaciones); en cambio en las segundas no parece haber lugar a esta distinción, se tiene sólo un hecho del que el ordenamiento jurídico deriva una obligación con independencia de la voluntad del sujeto.

Sobre la posibilidad de que el disfrute de los servicios comunes pueda corresponder por distintos títulos a los propietarios de edificios sujetos al régimen de propiedad horizontal, por Mariano Fernández Martín-Granizo, páginas 232 a 241.

Entiende el autor que el supuesto a que hace referencia el epígrafe de este trabajo puede surgir, en algún caso, como excepción a la regla general del artículo 3.º, apartado B de la Ley, y examina concretamente el de la construcción de varios grupos de viviendas o inmuebles independientes, en los que el complejo calefactor común queda en propiedad de la empresa constructora o de un tercero.

Abril de 1968.

Contador-partidor y personas a quien válidamente puede adjudicar bienes, por Buenaventura Camy, págs. 311 a 328.

La necesaria preexistencia de un testamento no excluye la posibilidad de que el contador-partidor tropiece con arduas dificultades a la hora de determinar los destinatarios concretos de la atribución hereditaria, si la disposición, como ocurre con cierta frecuencia, aparece modalizada por una sustitución vulgar, un derecho de representación, o un derecho de transmisión. El autor estudia las facultades del contador-partidor, caso de concurrir alguna de estas figuras jurídicas, separando en cuanto a las dos primeras los diversos supuestos de renuncia o premoriente del heredero, desheredación de un legitimario, e incapacidad para suceder.

Observaciones sobre aplicación de la cláusula «Rebus sic stantibus» ante las medidas devaluatorias de nuestro signo monetario, por Manuel Cid López, págs. 329 a 335.

El autor se plantea el dilema de si es aplicable la cláusula a los supuestos de devaluación, como medidas extraordinarias no previsibles que alteran substancialmente las circunstancias del contrato en perjuicio de uno de los contratantes y beneficio del otro; propugnando la creación de una adecuada normativa, hoy inexistente, y un organismo compensador para atender a estas situaciones; y hasta tanto estas medidas se lleven a efecto, la aplicación de la famosa cláusula.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Enero-febrero de 1968.

Principios y realidades de la Ley del Suelo, por Jesús González Pérez, págs. 13 a 40.

Limitaciones y modificaciones de los derechos reales inmobiliarios por razón de turismo, por José Luis de los Mozos y Federico-Carlos Sáinz de Robles, págs. 41 a 62.

Técnicas jurídicas, clásicas y modernas, de utilización del subsuelo y del espacio, por Michel Despax, págs. 63 a 82.

Marzo-abril de 1968.

La especulación del suelo en la problemática general urbanística, por José Martín Blanco, págs. 15 a 68.

Notas sobre el proyecto de Fiscalidad Especial del Suelo y las empresas urbanizadoras, por Félix Pastor Ridruejo, págs. 69 a 78.

Derecho urbanístico y Realismo Administrativo, por Ramón Martín Mateo, págs. 79 a 86.

Fiscalidad especial del Suelo y Régimen Local, por Antonio Carceller Fernández, págs. 87 a 104.

Fiscalidad del Suelo. Determinantes urbanísticos y económicos, por Rubén Enriquez, págs. 105 a 126.

La exención del impuesto sobre transmisiones patrimoniales «inter vivos» de las edificaciones en polígonos de nueva urbanización o de reforma interior, por Francisco Perales Madueño, págs 127 a 139.

Por polígonos de nueva urbanización o reforma debe entenderse el ámbito territorial comprendido dentro de los Planes Parciales de extensión o de reforma interior; refiriéndose la exención, según el autor, a las transmisiones de edificios que se levanten en los polígonos incluidos en la Ley del Suelo, siempre que cumplan el requisito del plazo que señala la disposición fiscal.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Número 61, octubre-diciembre de 1967.

Problemática del desarrollo comunitario en España, por Juan Maestre Alfonso, págs. 7 a 28.

Iniciativas para el desarrollo comunitario en comarcas rurales, por Marco Marchioni, págs. 29 a 66.

La promoción y selección de líderes locales en el marco del desarrollo comunitario, por Roberto Sancho Hazak, págs. 67 a 84.

Consideraciones sociológicas sobre la adaptación de la empresa agraria en el secano minifundista, por Demetrio Casado, págs. 85 a 96.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Números 280-281, enero-febrero de 1938.

Derecho romano en Gregorio López de Madera, por Fermín Camacho-Evangelista, págs. 2 a 8.

Números 282-283, marzo-abril de 1968.

La Jurisdicción militar, por Luis Portero García, págs. 194 a 204, y 290 a 305.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Sobrevivencia de los «Úsatges» de Cataluña en el Rosellón, por André Loumague, págs. 7 a 22.

Los derechos de autor sobre el «film» cinematográfico, por Luis Martínez Ruiz, págs. 23 a 50.

Jurisprudencia de Andorra, por Francisco Soto Nieto, págs. 51 a 68.

TEMIS

Número 22, año 1967.

La «conventio in manum» e il matrimonio romano, por Eduardo Volterra, págs. 11 a 28.

La conservación «inter vivos» de la concentración parcelaria, por Agustín Luna Serrano, págs 29 a 44.

El desenvolvimiento de las normas conservadoras sobre concen-

tración parcelaria, presenta una problemática muy distinta según se trate de actividades políticas «inter vivos» o «mortis causa», matización que no recoge la vigente Ley. El autor concreta su estudio al primer supuesto, con examen particularizado de las fincas indivisibles; del valor, alcance objetivo y efectos de la prohibición de divi-

dir, y de las excepciones a la regla general de indivisibilidad.

Compraventa a plazos de bienes muebles, por Ascensión Forníes Baigorri, págs. 45 a 54.

F. M. C.

