

CENTENARIO DE LA LEY DEL NOTARIADO.—*Sección segunda: Estudios de Derecho notarial.*—Volumen II.—Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid, 1965.

Este volumen comprende varios trabajos, que se distribuyen en dos grupos: el primero, denominado «Estudios», y el segundo bajo el epigrafe de «Ponencias y Comunicaciones».

I.—ESTUDIOS.

1. *Los protocolos de más de cien años y su conservación*, por José A. García-Noblejas.

La importancia que tienen los protocolos notariales es resalta-da acertadamente por el autor, pues constituyen un verdadero tesoro documental de gran valor histórico, jurídico, social y, en definitiva, de la vida de toda España. Legalmente ha sido reconocido así, pues el Decreto de 24 de julio de 1947 los comprende en el Patrimonio Histórico de la nación, diciendo que constituye el patrimonio histórico documental y bibliográfico de España, cuya conservación y acrecentamiento es inexcusable deber del Estado, el conjunto de manuscritos, impresos y encuadernaciones de interés histórico, bibliográfico o artístico, cualquiera que fuese su poseedor (art. 49).

Considera el autor que la documentación notarial centenaria constituye la más copiosa masa documental en España para la investigación histórica; que es precisa una ordenación sistemática permanente de la misma, y que la importancia y volumen de esta documentación exige un ingente esfuerzo técnico para su catalogación científica, que debe correr a cargo del Estado.

El fundamento de la conservación de los protocolos notariales radica no tanto en razones jurídicas (porque la fe pública notarial es imprescriptible y no decae o pierde vigor por el transcurso del tiempo), como en consideraciones de índole histórica, unido esto a un interés público y en general de carácter informativo; de ahí que los protocolos notariales que sobrepasan una cierta antigüedad tengan dos notas características: la pérdida de su carácter jurídico y su creciente valor como fuente de investigación histórica.

Presupuesto el interés público en la conservación de los protocolos notariales, nada de extraño tiene que la reglamentación de su conservación se remonte a tiempos muy antiguos en España; ya las Partidas y el Fuero Real contienen disposiciones al efecto, reiteradas constantemente por las Cortes de la Edad Moderna y declarado sin lugar a dudas en la vigente Ley Orgánica del Notariado de 1862.

Hasta la publicación de esta Ley se dice con frecuencia que los protocolos eran de propiedad privada de los escribanos. El autor reconoce que erróneamente participó de esta opinión, pero que no existe ninguna disposición anterior a dicha Ley de 1862 en la que se reconozca que fueran propiedad privada de los escribanos. Antes al contrario, hay multitud de disposiciones de las que directa o indirectamente puede sacarse la conclusión de que siempre fueron considerados de propiedad estatal. Lo que tuvieron los escribanos, a juicio del autor, fué un derecho de carácter administrativo sobre los protocolos, consecuencia del estado posesorio de su Oficio público.

La formación de los Archivos de protocolos debe su origen a la Real Cédula de 5 de marzo de 1764, por la que se disponía que en tal archivo ingresarían los registros y protocolos de todos los Escribanos Reales que fueren falleciendo; y de tal forma se puso en práctica la nueva reglamentación, que subsistió hasta la Ley Orgánica de 1862, siendo origen y antecedente inmediato del actual archivo de protocolos de Madrid. Antes de esta Ley, el importante proyecto de 1829 ya preveía la creación de archivos generales de distrito. Después de diversas modificaciones legislativas, hoy existen las tres siguientes clases de Archivos: 1.^a, en los Colegios Notariales, a cargo de los mismos, servidos por Archiveros Facul-

tativos; 2.^a, en los Históricos y Provinciales (del Ministerio de Educación Nacional), como Sección independiente de ellos, bajo la dirección y custodia del Notario Archivero, y servidos también por funcionarios del Cuerpo Facultativo. A estas Secciones se pueden incorporar protocolos seculares de otros distritos de la misma provincia; 3.^a, en los archivos de cada distrito notarial, a cargo del Notario Archivero, que deberá formar el catálogo con asesoramiento del Cuerpo Facultativo. A tales archivos, pues, corresponde la conservación de los protocolos de más de un siglo.

Finalmente, señala el autor los puntos críticos de la legislación actual:

a) El escollo que supone el principio del secreto del protocolo (que se remonta a la Ley de Partidas) y que no distingue para nada la antigüedad de la fecha de los documentos, que aplicado rígidamente haría imposible pudieran servir para cualquier labor histórica o científica.

b) Funcionarios a quienes debe encomendarse su custodia. Si por un lado corresponde al Notariado conservar los protocolos, por otro lado debe reconocerse que el Cuerpo Facultativo de Archiveros es el administrativamente idóneo para ordenar su técnica. El autor cree que deben superarse perjuicios profesionales y de cuerpo en esta materia, dando a cada uno lo suyo: técnica a los Archiveros profesionales y fe pública al Notariado.

c) Los Archivos de distrito notarial en su mayor parte deben ser suprimidos y refundidos en los Históricos provinciales; especialmente en aquellas cabezas de partido que no puedan contar con los funcionarios Archiveros tan necesarios para la organización técnica de tales archivos.

2. *El Notariado como Corporación*, por Juan M. A. Alvarez Robles.

El autor realiza un intento de considerar al Notariado como Corporación, llevando a sus últimas consecuencias esta idea. Mucho se ha escrito sobre el corporativismo, pudiendo definirse la Corporación, con MÜLLER, como organización unitaria de segundo

grado de las fuerzas vitales o funcionales de la nación. En esta definición existen tres ideas fundamentales: la de función, que señala el fin; la idea de organización, que señala el medio para el logro de este fin, y la idea de nación, que señala el ámbito.

El autor afirma que el Notariado español, y mucho más una vez instaurada por Decreto de 2 de febrero de 1951 la Junta de Decanos, es una auténtica Corporación nacional, puesto que es una organización unitaria de todos los Colegios Notariales, ordenada al ejercicio de una función de ámbito nacional, de carácter evidentemente público y con un contenido que la Ley concreta en la dación de fe, conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales. Concurren, pues, las tres ideas características de toda Corporación. El Notariado español es persona jurídica, a juicio del autor, y así es reconocida expresamente por la Ley su Junta de Decanos.

Termina con dos anexos: uno, relativo a la lista de Notarios españoles publicistas en activo el 27 de mayo de 1962 (que arroja un total de 278); y el otro, relativo a un anteproyecto de regulación de la Corporación Notarial, en el que destaca la consideración de que será regida, como órgano supremo, por la Junta de Decanos.

3. *El Notario como funcionario, como técnico en Derecho, consultor y asesor*, por D. Danés y Torras.

Una auténtica historia del Notariado está por escribir, dice el autor; no obstante, hay datos que permiten conocer que la función se remonta a tiempos muy antiguos. Por lo que respecta a España, no cabe duda que la Institución Notarial se introdujo por los romanos una vez conquistada la Península.

Es en el año 641, fecha en que se promulga el Fuero Juzgo, cuando se encuentran ya expresamente nombrados en el título V, que versa «De los que falsan los escriptos» y numerosas Leyes o disposiciones posteriores se refieren a los Escribanos y Notarios.

Después de examinar las teorías de los diversos autores, no resulta claro que el Notario sea funcionario público; a juicio del autor, parece que el Notario tiene carácter público y privado al

mismo tiempo; que es un funcionario público y un profesional del Derecho, o sea, un funcionario del Estado y un funcionario de los particulares, todo a la vez. Todos los Reglamentos notariales han reconocido el carácter de funcionario público del Notario (y el vigente de 2 de junio de 1944, en sus artículos 1, 60, 64, 65 y 71), por lo que el concepto de funcionario público atribuido al Notario en el distrito de su Notaría es indudable.

El ser considerado funcionario público tiene ventajas e inconvenientes; pero estima el autor que para el Notario ser funcionario público resulta algo así como de orden secundario, pues debe prevalecer en él el carácter de técnico profesional del Derecho y el de consultor y asesor de quienes reclamen su ministerio. Además, la moralidad es tan necesaria en el Notario como la ciencia.

La ciencia (conocimiento del oficio) que debe tener el Notario, saturada de moral, como anteriormente se dice, lleva al autor a considerar que la Notaría es arte que enseña a redactar con precisión y claridad y con arreglo a las Leyes, los actos y contratos de los particulares. Para mejor redactar los instrumentos públicos se recurre a los formularios, porque las fórmulas vienen a ser como una condensación de la ciencia y teoría; si bien a veces pueden apartar del estudio (a que siempre debe estar entregado el Notario) y fomentar la pereza.

El particular que reclame el ministerio notarial produce en el profesional la consecuencia de inducirle a asesorar al público; por esto, con el asesoramiento comienza el quehacer del Notario y es donde primero se percibe la importancia de su condición de perito en Derecho.

En España el Notariado está rodeado de cierto prestigio social, de todos conocido y por todos considerado. Trata de estructurar las relaciones jurídicas de modo «sano y seguro», haciendo prevalecer el espíritu sobre la fría letra de la Ley (según dijo Su Santidad Pío XII en su mensaje al Notariado latino en 1958).

4. *Las notificaciones notariales y sus efectos en la relación jurídica sustancial*, por F. Palá Mediano.

El interesante tema de las notificaciones en sus diversos aspectos, la esencia de las mismas, clases, requisitos, fases que contiene y efectos es examinado por el autor en este intresantisimo estudio con gran profundidad.

Partiendo de que los hechos juridicos afectan a todos los hombres, todos han de respetar los efectos que el ordenamiento juridico les atribuye, y algunos han de disfrutar o sufrir directamente tales efectos, se deduce la importancia que tiene el conocimiento de las normas de los hechos y de las situaciones jurídicas.

Afirma que la comunicación propiamente dicha o notificación es una actividad tendente a dar a conocer hechos jurídicos a sujetos determinados o determinables. Así la notificación puede ser personal o pública. La notificación puede constituir un acto procesal, de Derecho público, canónico, administrativo y aun penal. El resultado de la notificación formal es el conocimiento legal, admitido como sucedáneo del conocimiento real o como equivalente al mismo.

En el campo de la notificación extrajudicial, objeto primordial del estudio del autor y a la que se refieren los párrafos que siguen, se distinguen en Derecho español entre notificaciones y requerimientos, entendiendo por éstos aquellos que tienen una función excitativa de la voluntad del requerido para que haga o se abstenga de hacer algo o para que formule una declaración, una afirmación o una negación. No obstante, cree PALÁ que tal distinción entre notificaciones y requerimientos no tiene demasiada trascendencia doctrinal ni práctica.

Las notificaciones, en este sentido amplio, se hallan reguladas principalmente en los artículos 202 al 207 del Reglamento Notarial, cuyos preceptos no agotan las normas aplicables a las mismas. Debemos entender que en la notificación no entra la comunicación de una propuesta negociable, oferta de contrato, al menos en principio. Su contenido tanto puede ser una declaración de voluntad, referente a un hecho propio, como una manifestación de querer, como de conocimiento de un hecho, etc.; en

definitiva, pueden ser notificaciones de voluntad o notificaciones de presentación o representaciones. Así, existe una variada terminología referente a las notificaciones: intimación, conminación, oposición, interpelación, ofrecimiento, separación, denuncia, indicación, elección de instrucciones u órdenes, de intento, citaciones, convocatorias, avisos, información, etc.

En el proceso notificativo cabe considerar los siguientes elementos:

1) El sujeto activo, notificante, que es la persona que impulsa o promueve el procedimiento, ya sea obrando en su propio nombre y por su propio interés o en interés o en nombre ajeno. Su actuación puede ser una carga, un deber, o una simple facultad. En punto a capacidad de este sujeto, si bien en principio no se le exige la negocial, no obstante habrá que distinguir en cada caso para determinar si basta con una capacidad meramente natural.

2) El sujeto pasivo de la notificación es su destinatario, si bien el receptor puede ser persona distinta de este sujeto pasivo. El derecho que reconoce la legislación notarial de contestar por parte del notificado, supone una situación fuera del proceso de notificación propiamente dicho. En principio la capacidad que ha de tener el notificado será la meramente natural; pero bien entendido que la incapacidad natural o jurídica del interesado no puede impedir el desarrollo y fin del proceso notificativo. No obstante, en aras al principio de la buena fe, debe imponer al notificante un comportamiento especial cuando conoce la incapacidad del notificado.

En la relación entre los sujetos de la notificación, debe tenerse en cuenta el principio jurídico fundamental de la buena fe, ya que ésta es regla de convivencia, conducta y colaboración que impone a los sujetos de una relación jurídica un comportamiento activo y se traduce en derechos y obligaciones accesorios al derecho o deber, pretensión o prestación.

La transmisión de las notificaciones puede realizarse por muchos medios. Notarialmente, interesan las formas especiales del acta de protesto, del requerimiento de pago en los procedimientos hipotecarios, de la cesión del crédito hipotecario, etc., etc.; pero

el procedimiento de notificación en sí debe ajustarse en todo caso a las reglas del derecho notarial.

En cuanto a la recepción, las reglas de nuestra legislación son muy amplias, pues se confía en la discreción y experiencia de los Notarios su desarrollo y aplicación en la práctica en cada caso (protestos, requerimientos de pago, etc.), regulándose la necesidad de entregar copia del contenido de la notificación o simple cédula en cada caso.

La actividad del comunicante llega hasta colocar su declaración en situación de ser recibida y poder ser conocida por el destinatario; y si al comunicante no se le puede pedir más, puede ocurrir que existan hechos y actos posteriores a la recepción que puedan influir en la notificación, o en la relación jurídica a que ésta se refiere. Ya se ha indicado antes cómo la contestación dada al requerimiento es algo externo a la notificación propiamente dicha.

Pero hay que considerar también que las notificaciones pueden adolecer de vicios, defectos o irregularidades. Tales son las que se refieren al error en la transmisión, para cuyo caso el autor cree debe distinguirse entre la declaración emitida erróneamente y la transmitida inexactamente, haciendo aplicación del artículo 1.281 del Código civil. Entre las irregularidades que pueden producirse en el proceso de notificación hay que tener en cuenta: la falta de personalidad o de legitimación en el comunicante; el error en la persona del destinatario y domicilio; la comunicación incompleta; la recepción tardía o fuera de término.

El efecto primordial e inmediato de la notificación es el de producir una situación de cognoscibilidad para el destinatario. Tal conocimiento adquiere relevancia jurídica cuando mediante Ley o por pacto se ha establecido que por tal fenómeno se opere en la situación o relación sustantiva preexistente una modificación, un efecto jurídico. Los efectos de la notificación se producen unas veces en la esfera jurídica del propio comunicante, otras en la del destinatario y aun en las de ambos. Aunque no existen en nuestro Ordenamiento normas generales que determinen los efectos jurídicos de las notificaciones, se pueden adelantar algunas consideraciones, tales como: mediante la notificación el notificante puede oponer al destinatario el hecho comunicado; cuán-

do por Ley o por pacto ha de realizarse en un determinado tiempo una manifestación; a veces se exige la notificación como requisito de eficacia del acto comunicado. Pero nunca, repite el autor, puede considerarse la notificación como constitutiva de un negocio jurídico. A veces la Ley impone la necesidad de notificar: son las notificaciones debidas o la obligación de notificar, de la que, sin embargo, a veces por consideraciones especiales, se exceptúa a algún sujeto.

En definitiva, dadas las características del funcionario que las autoriza, las notificaciones notariales presentan «a priori» los caracteres de una comunicación bien hecha, y ofrecen las garantías necesarias para fundamentar la presunción del conocimiento del destinatario.

5. *El acta de protesto de letras de cambio*, por M. Guimerá Peraza.

Una de las materias por las que muestra predilección GUIMERÁ PERAZA es esta del protesto, por lo que el presente trabajo no es, ni mucho menos, el primero que escribe, con su habitual maestría, sobre el tema. Diferentes aspectos y problemas son tratados y solucionados por el autor, quien tiene la valentía de exponer, fundamentado, su criterio en las cuestiones debatidas y de difícil solución.

Si bien el protesto es un acta notarial destinada a hacer constar la falta de aceptación o de pago de las letras de cambio, su carácter le hace diferir sustancialmente de las actas notariales comunes de notificación o de requerimiento. Además, se rige fundamentalmente por las normas del Código de Comercio, de suerte que los preceptos del Reglamento notarial sólo tienen el carácter de complementarios.

Que el protesto es necesario se deduce de los artículos 481, 516 y 521, y especialmente 502 y 509, del Código de Comercio. Pero surge el problema de la validez y eficacia de la cláusula sin gastos.

En cuanto a la validez de tal cláusula, el autor la considera fuera de duda (arts. 1.255 y 4 del Código civil, aplicables por el 50

del Código de Comercio). Problema distinto es el de su eficacia. Frente a la opinión de su ineficacia total, considera el autor que produce determinados efectos; por de pronto, si se levantara el protesto, los gastos que ocasione serán de cuenta del tenedor. Además, si se quiere evitar la estampación de esta cláusula, puede ponerse la de «con gastos», que si bien normalmente no añade nada (pues, como hemos dicho, el protesto es necesario), sin embargo impide que posteriormente se estampe la cláusula de sin gastos o sin protesto.

Analiza el autor posteriormente algunos problemas relativos a los requisitos del protesto. En cuanto al Notario autorizante, cree que será competente el del domicilio consignado en la letra, o aquel en que corresponda hacer el protesto, según luego aludiremos. En cuanto al tiempo, señala que nada impide que el protesto pueda realizarse el mismo día del vencimiento de la letra, pues el plazo que el Código fija es «hasta» las veinte horas del día siguiente; y con relación a los días hábiles, reconoce la falta de claridad y de determinación de los que son festivos y los que son hábiles.

Aunque ya no es necesario dar fe del conocimiento de la persona con la que se entienden las diligencias, puede surgir alguna duda en cuanto a la capacidad de dicha persona y el concepto de vecino. En este aspecto, por casa abierta debe entenderse tanto la vivienda como la tienda o local abiertos al público.

La determinación del lugar del protesto nos coloca ante el problema más arduo que en la práctica tiene planteado el protesto. GUIMERÁ cree que domicilio de pago y domicilio de protesto se identifican, como consecuencia natural del principio de que allí donde se faltó a la obligación de pagar la letra, allí deberá levantarse el acta que constate tal incumplimiento.

De los requisitos formales que debe tener el acta notarial de protesto (no se exige comparecencia, ni dación de fe de capacidad ni de conocimiento del requirente), el uso ha introducido la supresión de la firma del requirente, tenedor o portador de la letra. En cambio, la reseña literal de la letra constituye un verdadero testimonio notarial; impide que se realicen en el texto de la letra alteraciones posteriores. En cuanto al derecho del requerido a contestar, entiende que la Ley concede esta facultad a la

persona con la cual se haya entendido el protesto, y no al librado, si no ha sido el requerido. Aunque el artículo 505 del Código de Comercio sigue hablando de copia, no cabe duda que esto se les pasó a los reformadores de 1945, y debe entenderse en el sentido de cédula, pues así lo dice reiteradamente el artículo 504.

Hay casos especiales, que son agrupados por el autor en:

1) *Por razón del tiempo* en que se realicen. Aquí incluye aquellos protestos verificados antes del vencimiento de la letra, así como los verificados después del vencimiento; tal es el caso de la letra perjudicada, protesto que, una vez advertidos los interesados por el Notario, puede levantarse, e incluso puede tener utilidad para el caso del artículo 460 del Código de Comercio.

Interesante es el protesto de la letra con dos vencimientos, supuesto que en la práctica se da con alguna frecuencia, y que para resolverlo, el autor señala reglas concretas

2) *Por la cantidad* objeto del protesto, distingue la aceptación o pago parcial de la letra, para cuyo caso entiende que si bien la aceptación parcial es admisible, el pago parcial requiere convenio expreso entre el librado y el tenedor o el librador, por ser aquí de preferente aplicación el artículo 1.169 del Código civil, y teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 494 del Código de Comercio. Se ocupa asimismo de la persona que debe correr con los gastos del protesto de la letra, distinguiendo los supuestos de aplicación.

3) *Por razón de otras personas obligadas* en la letra, aquí distingue el protesto al indicatario, el protesto con intervención, señalando la importancia de la notificación del protesto, especialmente a los efectos del artículo 517 del Código de Comercio. Analiza seguidamente la importancia de la reforma introducida por la Ley de 16 de diciembre de 1954 en los artículos 521 del Código de Comercio y 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento civil. En resumen, la ejecución se despacha mediante el reconocimiento de las firmas en las diligencias preparatorias de ejecución, y lo que ocurre ahora es que tal reconocimiento puede ser sustituido por la diligencia previa de legitimación de las firmas de la letra de cambio, con lo que entiende que la diligencia judicial ha sido sustituida por la extrajudicial. En caso de que exista avalista cam-

biario, entiende que después de la Ley de 1954, habiendo quedado equiparado el avalista al librador y endosante, se hará preciso el reconocimiento judicial de su firma en diligencias preparatorias de la ejecución.

En cuanto al timbre de la letra en base a la Ley de 11 de junio de 1964 (art. 175), cree que el deficiente reintegro de las letras de cambio sólo tiene por efecto la carencia de eficacia ejecutiva, y no es por sí solo suficiente para estimar que contiene una prohibición de levantar el protesto.

6. *El título constitutivo de la propiedad horizontal*, por J. L. Alvarez Aivarez.

Con este notable estudio contribuye su autor a esclarecer diversos puntos dudosos o sometidos a controversia en la doctrina y práctica española en tema tan interesante como es el de la propiedad horizontal. Expone la posición de los autores que directa o indirectamente se han referido a la materia, así como la práctica observada más comúnmente, lo que no es obstáculo para que exponga con claridad su punto de vista, justificando el camino que cree más certero. Todo esto hace que su trabajo resulte de gran utilidad.

Parte del hecho de que diversos pisos de un edificio pertenezcan a distintos propietarios, lo que constituye una realidad viva y la Ley de 1960 no ha hecho más que venir a regular esa realidad; lo que explica que ya en la Exposición de Motivos de la Ley se diga que es una ordenación «ex novo» de la propiedad por pisos. La Ley fija unos límites a la voluntad negocial, quita flexibilidad a la propiedad horizontal a cambio de darle seguridad, publicidad y generalidad. En adelante la propiedad horizontal necesitará de un título constitutivo, mientras que antes la propiedad horizontal podía surgir espontáneamente y como consecuencia de una comunidad de tipo incidental.

El acto de constitución de la propiedad horizontal cree participa de la naturaleza de un negocio jurídico, que puede ser unilateral o plurilateral; de tipo configurativo, pero que no es propiamente un negocio de disposición; más bien se trata de un ne-

gocio que afecta al dominio, pero no tiene carácter ni valor de enajenación o gravamen. En otro sentido, es un típico negocio de administración.

Examina los elementos de capacidad, objeto y forma del acto constitutivo. En cuanto a la capacidad, dependerá de que se constituya por actos «inter vivos» o «mortis causa». El marido, en bienes gananciales, no necesita el consentimiento de la mujer; el padre, respecto a los bienes de sus hijos en patria potestad, no precisará autorización judicial; el tutor precisará de la autorización del Consejo de familia (art. 269, núms. 5.º y 7.º, del Código civil); el menor emancipado no necesita el consentimiento del padre o madre; la mujer casada mayor de edad necesita, en cuanto a sus bienes parafernales, licencia del marido, y si es menor, pero mayor de dieciocho años, regirá igual regla; pero si es menor de dieciocho años, además de la licencia marital necesitará el consentimiento de su padre, madre o tutor; el representante del ausente no necesitará autorización judicial para otorgar el título constitutivo; el fiduciario también podrá hacerlo por sí mismo; el usufructuario carece de tales facultades; el nudo propietario puede realizar el acto constitutivo de la propiedad horizontal sin intervención del usufructuario, siempre que no resulte perjudicado el usufructuario en sus legítimas facultades; el contador partidor puede formalizar el título constitutivo de la propiedad horizontal; el apoderado con facultades para realizar actos de dominio y de disposición puede constituir la propiedad horizontal; pero el apoderado con facultades de administrar solamente no puede constituirla, y en los casos de que se trate de poderes con facultades intermedias será cuestión de interpretación en cada supuesto.

El objeto de la propiedad horizontal recae sobre un edificio que tenga pisos susceptibles de aprovechamiento independiente, siendo irrelevante que la finca haya tenido o no acceso al Registro. La Ley de propiedad horizontal será la más adecuada para regular algunas situaciones anómalas como: propiedades independientes superpuestas horizontalmente; pisos construidos mediante autorización del propietario de un edificio a otra persona para que los levante (art. 16 del Reglamento Hipotecario); fincas discontinuas con diversas edificaciones relacionadas dentro de un

perímetro que, cual sucede en zonas residenciales, playas y lugares de turismo, gozan de ciertos servicios en común; bloques de viviendas que, estando formados por diversas casas (entendiendo por tal aquellas que tienen número independiente de una calle de la ciudad), tienen en algún aspecto una situación unitaria.

La forma de título constitutivo de la propiedad horizontal normalmente será el otorgamiento de la escritura que contendrá el título constitutivo de la propiedad y pudiendo contener también los estatutos y las ordenanzas; pero sólo es preciso que contenga el referido título, y deberá describir el inmueble y los pisos, «independizando» éstos. No es que esté prohibida ni la división ni la segregación por la Ley, pero ya no es necesario hacerlo; basta con constituir la propiedad horizontal (independizando los pisos).

Como requisitos del título constitutivo señala:

1) Descripción del inmueble (que habrá de hacerse conforme a los artículos 9 de la Ley Hipotecaria, 51 de su Reglamento y 170 del Reglamento Notarial), con expresión de las instalaciones y servicios con que cuente el edificio. Deberá determinar además los elementos comunes, que el autor distingue en naturales y accidentales. Estos vienen a ser reconocidos por vía indirecta en el artículo 4.º de la Ley, y son tales ciertos locales, pisos o incluso servicios (por ejemplo, garajes) creados de intento para el servicio o utilidad común, y que para su alteración se precisará la unanimidad de los titulares. La forma ideal será comprender estos elementos en los servicios.

2) Descripción de los pisos o locales.—Necesitará cumplir los requisitos de la Ley y Reglamento Hipotecarios y del Reglamento Notarial, expresando el edificio en que se encuentra. En la superficie convendrá distinguir la parte que pertenece al piso propiamente dicho, distinguiendo la superficie total de la útil, la superficie de terrazas más o menos cubiertas y la de anejos. Los linderos deberán expresarse por la derecha, izquierda y fondo, pudiendo consignarse también el lindero inferior y el superior. Aunque sea un piso alto, puede expresarse que linda con un solar contiguo al inmueble a que pertenece el piso. Es dato indispensable el expresar la planta en que se encuentra el piso.

Los anejos son una dependencia en el edificio aislada de los pisos, que depende o sirve como accesorio a un piso y que tiene acceso directo desde un elemento común. La Ley de Propiedad Horizontal habla de ellos en el artículo 3.º, en el 5.º y en el 8.º Es importante que sean consignados en el título de constitución de la propiedad horizontal, pero no se les atribuye cuota de participación. El anejo tiene aptitud natural para convertirse en independiente, y aunque lo normal es que se encuentre en el edificio del piso a que pertenece, puede ocurrir que se encuentre en otro distinto, pero deben estar registrados en la misma finca. Por lo demás, el anejo puede ser privativo de un piso o en proindivisión de dos o más.

3) El número correlativo que debe asignarse a cada piso o local, a que se refieren los artículos 5.º de la Ley y 8.º de la Ley Hipotecaria, debe ser fijado, pero su utilidad es muy dudosa; incluso si no consta, puede ser atribuido por el Registrador.

4) La cuota.—Es requisito que debe constar en el título constitutivo, por lo que parece que se excluye la aplicación del artículo 393 del Código civil; se ha de fijar en centésimas precisamente y ha de ir referida al valor total del edificio. Opina el autor que puede establecerse una cuota que represente el valor del piso en relación con el inmueble y porcentajes especiales para el pago de determinados servicios. La determinación de la cuota, a falta de acuerdo unánime, será determinada judicialmente, por el procedimiento sencillo de equidad de la regla 2.ª del artículo 16. Para variar las cuotas se requiere acuerdo unánime de los titulares de la propiedad horizontal.

5) El título puede contener además los Estatutos y las Ordenanzas (normas de régimen interior); pero ni unas ni otras son indispensables.

Titulos constitutivos especiales.—El autor distingue:

A) *Por la situación del edificio:*

1) Edificios no empezados a construir.—Se trata de pisos meramente proyectados, por lo que lo normal y correcto será que no se hable de propiedad horizontal. Si se hiciere una declaración

en tal sentido, carecerá de trascendencia registral, ni siquiera será una declaración de obra nueva.

2) Edificios en construcción (edificación comenzada).—A ello se refiere el número 4.º del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria. De esta forma se permite constituir una propiedad horizontal «ab initio». En contra puede argüirse que el dinero de cada partícipe se hace fungible con el de los demás, que no existe régimen de propiedad horizontal típico, que actúan como comuneros normales. No obstante la seguridad del tráfico jurídico, la posibilidad de negociar los pisos, la facilitación de trámites (piénsese que se acoge la casa en construcción a las Leyes protectoras), justifican que en estos casos se pueda constituir la propiedad horizontal.

Que los pisos concluidos necesitan tener fijada su cuota, es indudable; más dudoso es que la precisen los meramente proyectados. Parece que con reservarles una cuota global será suficiente.

3) Edificios terminados.—Para el caso de que no todos los titulares quieran constituirse en propiedad horizontal, defiende el autor que no es obligatorio que formen fincas independientes todas y cada una de las partes del edificio que idealmente podrían llegar a ser propiedad separada por tener aptitud para ello; bastará con describir las partes que se hacen independientes, fijándoles una cuota a cada una, pudiendo quedar el resto en proindivisión, pero todo el edificio deberá considerarse constituido entonces en régimen de propiedad horizontal.

B) *Por razón de su origen:*

4) Títulos constitutivos que surgen al mismo tiempo que el edificio, o sea, con la declaración de la obra nueva.

5) Por actos sucesorios.—Lo normal aquí será perfeccionar la propiedad horizontal en cuanto a la forma, llenando los requisitos que exige la Ley; pero no en cuanto a la existencia si el testamento ya determina que un edificio se constituirá en régimen de propiedad horizontal. Parece que en principio el contador partidor tendrá facultades para la constitución del régimen.

6) Por transformación de una comunidad proindiviso sobre una casa.—Se prevé expresamente en el párrafo añadido al ar-

ticulo 401 del Código civil por la Ley de 1960, posibilidad que ya declaró la sentencia de 9 de febrero de 1951. El título entonces contendrá una pluralidad de otorgantes, con dos actos: la disolución de la comunidad privativa y la constitución de propiedad horizontal; las cuotas en la comunidad y en la propiedad horizontal es preferible que coincidan, pero no es preciso que ello sea así; es necesaria la unanimidad de todos los comuneros.

Se plantean algunos problemas prácticos muy interesantes, especialmente en relación con los derechos de preferente adquisición que determina la Ley de Arrendamientos Urbanos. Si solamente es alguno de los comuneros el que desea que se le atribuya un piso o local, lo lógico sería entender que las consecuencias de la disolución de comunidad afectan sólo al comunero que la pretende, mediante el procedimiento de adjudicarle algún piso o local de modo separado e independiente, dejando el resto de la casa sin atribuir por pisos concretos; sin perjuicio de que todo el edificio esté constituido en régimen de propiedad horizontal.

Situaciones de derecho transitorio.—Es el supuesto de las casas que al tiempo de publicarse la Ley estaban ya en propiedad horizontal, aunque no se hubiesen constituido formalmente.

En el caso de que existieran ya Estatutos, pero sin existir pluralidad de propietarios, lo aconsejable es hacer la escritura de constitución de propiedad horizontal con los requisitos exigidos por la Ley.

En el caso de que existieran pisos vendidos al momento de publicarse la Ley, existe de hecho la propiedad horizontal, a la que habrá que aplicar el párrafo 1.º de las disposiciones transitorias de la Ley. Exigir la intervención de todos los propietarios para constituir el título y conseguir la inscripción de los pisos tiene grandes inconvenientes, especialmente de orden práctico. En la práctica, la solución a esta situación se halla en aceptar que el propietario de los pisos, a medida que los vaya enajenando, otorgue escritura de segregación o independización, con los requisitos que exige la Ley, y haciendo constar que se empezaron las segregaciones antes de la Ley de 1960.

Por último, existen casas en que se habían vendido todos los pisos, Todas estas comunidades tienen obligación de adaptar sus

Estatutos; pero, a juicio del autor, no de otorgar ahora una escritura que reúna los requisitos del título constitutivo (porque de éste no cabe hablar, puesto que la constitución está ya hecha, y es perfectamente válida y legal). No obstante, cuando se pretenda poner al día la propiedad horizontal, deberá ser otorgada escritura por la unanimidad de partícipes; unanimidad que cree el autor podrá lograrse por el procedimiento que señala el artículo 16, 1.º, de la Ley.

Modificación del título constitutivo.—Conviene precisar que no es lo mismo título que documento, es decir, hay que distinguir el título en sentido sustantivo y en sentido formal. El título en sentido formal puede contener menciones o circunstancias que no se refieran al título en sentido material. No serán títulos, aunque figuren en el mismo documento, lo que no sean las menciones que exige el artículo 5.º de la Ley. La consecuencia inmediata es que la unanimidad, a que se refieren los artículos 5.º, párrafo último, y 16, regla 1.ª, de la Ley, sólo afecta al título en sentido estricto o sustantivo.

Las modificaciones pueden afectar o a la copropiedad, o a la propiedad separada, o a la colectividad.

En cuanto a las modificaciones de la copropiedad, pueden afectar a la descripción del edificio o a los elementos comunes. Referente a estos últimos, el autor distingue entre elementos comunes naturales y accidentales; pero advierte que en los naturales hay una serie de actos que no se pueden realizar ni aun con acuerdo unánime, porque en realidad se trataría de actos «contra legem» (asi, párrafo 2.º del artículo 396 del Código civil).

Caso singular lo constituye el de la construcción de nuevas plantas sobre el vuelo, en el supuesto frecuente de que éste sea elemento común. Puede darse el caso de que esas nuevas plantas tengan una situación independiente a efectos jurídicos registrales, conforme al artículo 16 del Reglamento Hipotecario, pudiendo figurar en folio independiente, pues la Ley de Propiedad Horizontal no debe pensarse que ha derogado o quitado vigor al artículo 16 del Reglamento Hipotecario. Será necesario en todo caso señalar la cuota que corresponderá a los nuevos pisos, tomando

el pertinente acuerdo por unanimidad que previene el artículo 11 de la Ley.

Las modificaciones referentes a las propiedades separadas pueden afectar a la descripción del piso, a los anejos, a la cuota y al titular. Esta, o sea, la referente al titular, no es modificación del título.

La modificación de la descripción del piso puede tener, conforme al artículo 7.º de la Ley, distinta transcendencia, e incluso constituir una división, segregación o agrupación, pero habrá de tenerse presente en tales casos el artículo 8.º de la Ley. La colindancia exigida en las agregaciones conviene advertir que puede ser tanto horizontal como vertical. De los requisitos que exige el artículo 8.º para practicar estos actos, ofrecen especial dificultad los referentes a la aprobación de la Junta, pues cabe dudar si el acuerdo habrá de tomarse por unanimidad o bastará la mayoría, inclinándose el autor por esta solución, si bien desde el punto de vista práctico aconseja se observe la unanimidad, puesto que reconoce que el asunto es dudoso.

En el caso de que pretendan independizarse los anejos para constituir un local independiente, posibilidad que no cabe duda se halla en el espíritu de la Ley, es dudoso si será necesaria la unanimidad o bastará la mayoría de los partícipes, y habrá de fijarse en todo caso a tal anejo una cuota en la participación de la comunidad, que implicará alteración de la de los pisos reformados, pero sin alteración de las cuotas de los restantes.

En lo referente a las modificaciones de la colectividad, especial relevancia presenta la adaptación de los Estatutos anteriores a la Ley, ya que ha de ser interpretada la primera disposición transitoria. Exigir para la mera adaptación del acuerdo unánime, es considerado por el autor poco práctico, pues debería haber bastado la mayoría. Señala que han transcurrido ya esos dos años que para la adaptación determina la Ley, y no cabe duda que existen muchos Estatutos sin adaptar a cuyas comunidades no les ocurrirá nada, seguirán viviendo, en tanto no haya nadie que inste la adaptación.

La inscripción del título constitutivo.—Antes de la Ley existía una gran variedad de posibilidades en cuanto a la inscripción

de los pisos en situación de propiedad horizontal. La Ley de 1960 ha venido a establecer una regulación que implica una adecuación del sistema inmobiliario. No obstante, como existían pisos inscritos, incluso en situación anómala, hemos de hacer la siguiente distinción:

a) *Inscripción de casas que nacen a la propiedad horizontal después de la Ley.*

Si se hallan terminadas, habrá de cumplirse el artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, en los números 4.º o 5.º Para este último caso cree el autor que a pesar de que nada beneficia a la hoja principal, se habrán de describir en ella todos los pisos o locales y después volverlos a describir en sus respectivas hojas.

Si los edificios se hallan en proyecto y, por tanto, sin comenzar, para nada puede hablarse de propiedad de pisos, pues la construcción ha de estar, por lo menos, comenzada.

Si los edificios se hallan en construcción, cabe la inscripción, conforme al artículo 8.º de la Ley. Ahora bien, parece que no será necesario se inscriban los pisos proyectados con todos sus datos, sino sólo hacer las indicaciones precisas, siendo dudoso, por tanto, si deberán tener su cuota, extensión y linderos.

b) *Inscripción de casas que ya tenían propiedad horizontal antes de la entrada en vigor de la Ley.*

Aquí cabe, a su vez, diferenciar: Casas que no están inscritas en el Registro, de las que lo están. Respecto de las primeras, lo adecuado es el otorgamiento del título constitutivo con los requisitos que señala el artículo 5.º de la Ley; es decir, otorgando el título constitutivo. Dudoso es si cabe la inscripción cuando no se otorga ese título y se pretende la inscripción presentando al mismo tiempo todos los títulos de cada uno de los partícipes; inscribibilidad que admite V. TRAVESER y que rechaza F. MONET. Realmente, se trata de un problema de derecho transitorio y, como tal, de difícil solución, pues la disposición transitoria 1.ª de la Ley se ha prestado a diversas interpretaciones. Cree el autor que la Ley de Propiedad Horizontal se mueve entre una retroactividad de grado medio y de grado mínimo, por lo que se aplicará a los efectos de una relación jurídica regulada según la legislación an-

terior, que nazcan después de estar vigente la nueva Ley (retroactividad de grado mínimo), y en algunos casos, cuando razones de orden público lo abonen, o no exista perjuicio ninguno de derechos adquiridos, incluso se aplicará la nueva Ley a efectos nacidos ya durante la vigencia de la Ley derogada sólo en cuanto hayan de ejecutarse después de la vigencia de la nueva Ley (retroactividad de grado medio). En consecuencia, parece necesario otorgar el título constitutivo, para lo que se requerirá la unanimidad, redactando la escritura que cumpla los requisitos del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, describiendo el edificio, los pisos, su cuota, extensión, linderos y situación.

Lo que no cabe es inscribir un piso solamente (tanto si está ya inscrita la casa, como si no lo está) sin que se inscriba el título constitutivo de la propiedad horizontal del edificio entero, con los requisitos que la Ley determina.

Respecto de las casas que ya están inscritas en el Registro de la Propiedad con su propiedad horizontal, ofrecerá especial consideración el caso de que no figuren inscritos todos los pisos, sino sólo algunos de ellos, pues la cuestión es la forma de ingresar en el Registro el resto de la casa que está en propiedad horizontal. No cabe duda de que el propietario de este resto podrá describir cada uno de los pisos, y parece, a juicio del autor, que también podrá distribuir entre ellos la cuota que globalmente le correspondiera, pues aunque no haya norma que autorice expresamente esto, tampoco se violenta ninguna otra con tal solución, y además se respetan los derechos adquiridos, criterio que debe prevalecer aun cuando el artículo 16 y disposición transitoria 1.ª de la Ley pudieran conducir a opinión distinta.

Finalmente, si la casa se hallare inscrita en el Registro con su propiedad horizontal, pero le faltara algún requisito que exige la nueva Ley, será preciso adaptar sus estatutos y régimen a lo en ésta establecido, cuando se realice algún acto sobre cualquiera de los pisos.

II.—PONENCIAS Y COMUNICACIONES.

1. *Conflictos de Leyes en materia de regimenes matrimoniales y sucesiones*, por J. Vallet de Goytisolo.

Regimenes matrimoniales.—La visión panorámica previa que realiza el autor le inclina a admitir como principio fundamental la autonomía de la voluntad, antes y después de contraído el matrimonio; como dato decisivo indicativo, a falta de pacto expreso y formal, la Ley nacional del marido, sin posibilidad de indagaciones acerca de la voluntad tácita de los contrayentes; y, como primer corolario, la inmutabilidad, si no es con expresa conformidad de ambos cónyuges, del régimen inicial por circunstancias ulteriores, sean de tipo móvil o transitorio.

Nuestro Derecho no tiene normas que resuelvan claramente la cuestión, y no por falta absoluta de precedentes, pues ya la Ley 24, título XV de la 4.^a Partida se refería a ella. El criterio del domicilio del marido (que se impuso desde el siglo xvi en la doctrina y en la práctica), fué modificado por la sentencia de 27 de noviembre de 1868, que fué seguida por el Código civil (artículos 9 y 1.325), explicando la referencia a los bienes inmuebles como regidos por la «lex rei sitae», según la sentencia de 28 de enero de 1896. Finalmente, la doctrina de la Resolución de 10 de noviembre de 1926 debe ser considerada como inadmisibile. Y es que además existe en España disparidad de normas en cuanto a la modificación de capitulaciones matrimoniales, pues mientras en el régimen común del Código sólo se permiten antes de celebrado el matrimonio, en numerosas legislaciones forales se permiten tanto antes como después de contraído, si bien respetando los derechos legitimamente adquiridos por terceros (artículos 9 de la Compilación de Cataluña; 58, párrafos 2, 3 y 4 del Apéndice aragonés, etc.). Además, todo esto interfiere a otra cuestión, cual es la de que los regimenes conyugales suelen estar conexos con los derechos sucesorios viduales.

En definitiva, el autor, discrepando de la mayor parte de la

doctrina patria, que sigue la opinión de la Ley personal, admite la posibilidad de aplicar la Ley del matrimonio como más idónea en multitud de casos.

Finaliza esta parte estableciendo las contestaciones, muy interesantes, al cuestionario propuesto a la Ponencia.

Sucesiones.—Hay que distinguir las normas que deben regir el fondo de las sucesiones, la forma y las operaciones de testamentaria.

Las reglas referentes al fondo, o sea al fenómeno sucesorio en sí mismo considerado, han sufrido una importante evolución: criterio de los Estatutos, Ley personal del difunto, Ley de su domicilio, etc.; y todo ello bajo la influencia del orden público territorial. Además, hay que tener presente que las materias relativas a la sucesión contractual, donaciones establecidas en capitulaciones matrimoniales y los heredamientos, deben seguir la Ley del régimen matrimonial de bienes. Las donaciones «mortis causa» deben regirse por la Ley que regula la sucesión del donante. En testamento puede el testador señalar la Ley que debe complementarlo, dando así entrada al principio de autonomía de la voluntad, salvo que por este medio se eludan Leyes de carácter imperativo; y debe regir el principio de unidad de la sucesión, de modo que cualquiera que sea la jurisdicción, se deben aplicar las mismas Leyes, sean varias o una sola, aunque mejor una sola, a una misma sucesión en su totalidad.

Respecto de la Ley de la forma, el principio de la regla «locus regit actum» ha sufrido una evolución que culmina en la Convención de La Haya de 5 de octubre de 1961, cuyo artículo 1.º admite indistintamente las Leyes del lugar del otorgamiento, de la nacionalidad, del domicilio o de la residencia habitual del testador; y en la doctrina va ganando partidarios la idea de que la regla «locus regit actum», de ser un principio imperativo se convierta en una mera norma permisiva. Más discutible es la norma que debe regir el testamento mancomunado, pues hay legislaciones que, como la española y la italiana, consideran es cuestión de fondo. El artículo 4.º de la citada Convención determina que si varios testadores, que conforme a su Ley personal pueden otorgar testamento mancomunado, podrán hacerlo según

las formalidades extrínsecas de otra Ley que sea competente para testar en general, según el artículo 1.º

El principio del tratamiento uniforme de la sucesión requiere que las operaciones de testamentarias se verifiquen en una sola jurisdicción.

Nuestro Derecho positivo se refiere a las reglas de fondo de la sucesión en el artículo 10 del Código civil, aplicando la Ley personal del causante. No obstante, contiene una excepción para los vizcaínos en el párrafo tercero de este precepto, la que, a juicio del autor, debe ser entendida en el sentido de que los que conserven la regionalidad vizcaína, sea cualquiera el lugar de su residencia, tienen libertad de elegir heredero único, están sujetos a la legítima colectiva y les será aplicable la sucesión intestada troncal.

La doctrina suele considerar en nuestro Derecho materias de orden público territorial las de limitación de los fideicomisos, vinculaciones y prohibiciones de disponer (hasta el segundo grado, artículo 781 del Código civil, pero hasta cuatro generaciones para Navarra y Cataluña). El testamento mancomunado se estima sometido a la Ley de fondo y no de forma; así el artículo 669 del Código civil, 17 del Apéndice Aragonés y 242 del Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra. También se considera cuestión de fondo y dependiente de la Ley personal, el poder testatorio o testamento por comisario, admitida en Aragón, Vizcaya, y más limitadamente en Cataluña y Baleares; así como los testamentos sacramentales, como se deriva del artículo 103 de la Compilación catalana.

La regla «locus regit actum» rige en nuestro Derecho la forma de los estamentos (artículos 11, párrafos 1.º y 2.º; 732 y 734 del Código civil). En cuanto a la posibilidad de que un Notario español autorice el testamento de un extranjero con arreglo a las formalidades de la Ley nacional de éste, no hay norma alguna que la autorice, pero tampoco hay ninguno que directamente lo prohíba; solamente se reconoce en el Reglamento notarial la redacción a doble columna del idioma nacional y del propio del extranjero (art. 150).

El autor finaliza asimismo esta parte con unas interesantes conclusiones.

2. *Validez internacional de los instrumentos de habilitación de los incapaces*, por J. Vázquez de Castro y Sarmiento.

Entendida la capacidad de obrar como la cualidad jurídica de la persona que determina—conforme a su estado—la eficacia jurídica de sus actos, existen restricciones a esa capacidad que exigen lo que el autor denomina «instrumentos de habilitación», o sean aquellos medios jurídicos que complementan y hacen posible (habilitan) la actuación personal del incapacitado con capacidad relativa, o sea de los llamados por CARNELUTTI «semicapaces» o «hipocapaces».

Hay situaciones habilitantes; así, la emancipación por matrimonio (art. 50), o por concesión de la patria (D.-L. de 7 de marzo de 1937), del hijo que vive independiente (art. 160), así como la llamada mayoría de edad laboral. Otros supuestos lo son de habilitación expresa (emancipación, declaración de mayoría o habilitación de edad), que se realizan mediante negocio jurídico o acto de autoridad. Otras veces se admite como válida la actuación del incapaz extranjero, cuando muestra una apariencia de capacidad conforme con el lugar de la celebración del acto, en beneficio del tráfico jurídico; si bien en España la doctrina se muestra contraria a esta desviación de la Ley personal.

La representación de los incapaces en España se atribuye, según los casos, al padre, a la madre, al defensor judicial, al tutor, al protutor, al Consejo de familia o al Ministerio Fiscal.

En todo caso, la Ley aplicable a la capacidad e incapacidad es la personal (art. 9 del Código civil y art. 15 del Código de Comercio, que ha sido aplicado sin vacilaciones por la Jurisprudencia).

Finaliza el autor con una exposición de las limitaciones a extranjeros en cuanto a la adquisición de bienes inmuebles en España.

3. *Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial*, por A. Rodríguez Adrados.

Partiendo de la afirmación de que el documento notarial es una «cosa» mueble, el autor hace unas consideraciones muy interesantes relativas a que la grafía es lo que distingue al documento de las demás cosas, para convertirle en «documento escrito», pues con arreglo a nuestro Derecho notarial, la grafía ha de ser, por hoy, escrita, lo que otorga al documento el carácter de ser resultado de una actividad humana—«opus»—; pero aclarando que el confeccionador material del documento no es su autor.

Respecto a la estructura del documento notarial, pasa revista a las principales teorías: de la expresión, de la representación, de la reflexión, etc.; pone de relieve que la forma notarial actúa como forma de la declaración, porque lo que constituye el negocio jurídico es la exteriorización de la voluntad. De ahí que existan formas de ser, formas de valer y formas probatorias. La distinción del Derecho español entre escrituras y actas lleva a la consecuencia de la inaplicabilidad de la teoría representativa para nuestro Derecho.

En cuanto a la función del documento notarial, son de señalar las dos principales teorías al respecto: la procesalista (que carga el acento en ser medio de prueba) y la civilista (que sin desdeñar la prueba, considera de capital importancia el aspecto «ad substantiam» del documento).

La autoría del documento notarial ha producido las teorías de la firma, de la redacción o compilación, del que les da forma jurídica, del causante de su formación, de la imputación (persona a quien es imputable el documento), de la Ley (o sea, a aquel que le atribuye la Ley), del mandato, del pensamiento, etc. El autor, con la mayor parte de la doctrina española, se adhiere a ésta, precisando que autor del documento notarial es el Notario, siendo conveniente distinguir el autor del documento, del autor de la declaración de voluntad en él contenida.

El documento notarial es siempre y en su totalidad documento público, por tener por autor a un funcionario público, el Notario,

en el ejercicio de su función pública y con arreglo a los cauces formales por que se rige. Es también y en toda su integridad documento auténtico, porque su origen público genera su eficacia de hacer fe o autenticidad.

En Derecho español hay conceptos especiales de documento auténtico: así, en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria o en el 34 de su Reglamento.

Finaliza su notable aportación al documento notarial con unas conclusiones.

4. *La formación del contrato en el Derecho español* (Comunicación que el Ilustre Colegio de Notarios de Barcelona presentó al 62 Congreso Nacional de los Notarios de Francia, celebrado en Perpignán los días del 30 de mayo al 6 de junio de 1964).

Cuando los Notarios redactan los instrumentos públicos interpretando la voluntad de los otorgantes y adaptándola a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia, según el artículo 147 del Reglamento notarial, sin duda las partes ya están de acuerdo acerca del contrato que se va a otorgar en escritura pública. Son de examinar, pues, las negociaciones preliminares, la oferta y aceptación, contrato preparatorio, opción, arras y pena convencional, porque hasta su plasmación en documento notarial, el contrato recorre un camino negocial y de pactos de sumo interés, pero de diversa repercusión respecto del Notario autorizante del definitivo contrato.

Así, carecen de importancia, a este respecto, la oferta en sentido propio, la aceptación (siendo de distinguir la oferta de la invitación a hacer ofertas), la oferta con cláusula «sin compromiso», el cruce de ofertas, los problemas de la contratación entre ausentes, etc. En cambio, tiene especial trascendencia, por lo que debe ser claramente reflejado en el documento notarial en los casos de subasta notarial, si el subastador simplemente invita a que los sucesivos postores formulen ofertas que él pueda aceptar o rechazar, o si formula la oferta de vender al mejor postor, cualquiera que sea el precio de la postura.

Asimismo en el terreno notarial tiene mucha más importancia la problemática del contrato preliminar o precontrato que los escuetos problemas de oferta y aceptación. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha resuelto de modo distinto la cuestión en las sentencias de 9 de julio de 1940 y 16 de abril de 1941 que en las posteriores, cambio radical iniciado con la sentencia de 1 de julio de 1950, en cuya línea se encuentran también las de 2 de febrero de 1960 y 5 de octubre de 1961.

La cláusula de opción, que suele incluirse en muchos contratos, tiene especial importancia. A ella se refieren el artículo 14 del Reglamento Hipotecario y las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1961 y 23 de febrero de 1962.

Finaliza esta «Comunicación»—interesante, aunque breve—con las diferencias y diversas funciones que cumplen las arras y la cláusula penal.

RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS.

Privilegios y ordenanzas históricas de los Notarios de Barcelona, recopiladas por el Colegio Notarial de Barcelona, bajo la dirección de Raimundo Noguera Guzmán y José María Madurell Marimón. Centenario de la Ley del Notariado. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Barcelona. 1965.

Parten los autores de la importancia de un análisis histórico de la función notarial y, sobre todo, de un análisis referido a las distintas regiones españolas. Con dicha finalidad realizan un estudio que hace de introducción a los documentos que se transcriben en el libro, referentes a los Notarios de Barcelona, y que son tan numerosos que permiten examinar la progresiva organización de los Notarios, la creación del Colegio a finales del siglo xiv y su actuación hasta la publicación de la Ley de 1862.

Durante la Alta Edad Media, los diplomas Carolingios y los emanados de los que pretendieron ser continuadores del Sacro Romano Imperio, sancionaron el derecho que ostentaban el Papa y el Emperador a nombrar Notarios («scriptores»), posteriormente extendido a los Reyes y a ciertos feudatarios y ciudades. Dichos

«scriptores» eran en esta época solamente personas que sabían escribir, generalmente clérigos; su intervención no confería efectos jurídicos particulares a los documentos, cuya autenticidad y eficacia debían ser probadas por los medios ordinarios. Pronto se sintió la necesidad de disponer de una documentación dotada de autenticidad que garantizara derechos y produjera efectos procesales; para ello era necesario que los Notarios fueran nombrados por la autoridad de cuya jurisdicción dependían, autoridad que en un principio fueron los Señores, cuyas facultades disminuyeron poco a poco para ser el Rey el que hiciera dichos nombramientos. Todo ello sin perjuicio de la autoridad que seguía teniendo la Santa Sede como consecuencia de haber sido los clérigos los que, instalando las primeras Notarías, iniciaron la actividad notarial. Esta facultad de la Santa Sede dió origen a conflictos, sobre todo al romperse las relaciones entre el Papa y Pedro el Grande.

La competencia de estos Notarios se establecía con notoria imprecisión, como consecuencia de la complicada confusión de jurisdicciones, y daba lugar por ello a colisiones entre éstos. Al considerarse el oficio como una renta, era delegable y transmisible. El Rey o los Señores percibían un censo, que fué suprimido por el «*Recognoverunt proceres*». Paulatinamente los Notarios se fueron uniendo para formar Colegios profesionales, que fueron integrados en la representación corporativa ciudadana.

En 1258 el Rey Jaime I renuncia a donar o conceder escribanías especiales en Barcelona. Sin embargo, este privilegio de la ciudad fué incumplido frecuentemente, lo que dió lugar a persistentes quejas de los Notarios barceloneses.

El «*Recognoverunt proceres*» estableció que el Notario podía autorizar los testamentos hallándose a solas con el testador, sin necesidad de testigos. En 1294 Jaime II ordena a los Notarios que autoricen cuantas escrituras se le pidan, bajo pena de perder el oficio. Por otra parte, los Notarios gozaban de bastante independencia; así se desprende de la negativa de un Notario a autorizar indebidamente un documento a requerimiento de este Rey, y de la actitud de éste de no imponer su opinión.

Respecto al acceso al cargo de Notario, se va modificando el sistema anterior de nombramiento. Alfonso II prohibió en 1289

que se nombrara para este cargo a quien no tuviera conocimientos suficientes en ciencia y costumbres o a los menores de veinticuatro años. Esta disposición fué ratificada por Alfonso III en 1333.

Los documentos originales se entregaban a los particulares; el Notario únicamente conservaba unas notas en sus libros, las cuales se llevaban de una forma distinta por cada Notario. Como consecuencia de ello surgieron grandes problemas, para solucionar los cuales algunas disposiciones establecieron la transcripción íntegra que debían realizar los mismos en sus libros dentro de un determinado plazo.

Unos capítulos aprobados en 1301 por Jaime II modificaron la situación anterior, sobre todo en lo referente a la remuneración de los Notarios y a las condiciones para serlo: solamente podían nombrarse entre los «jurisperiti et advocati». En 1337 se regula la composición de los tribunales examinadores, que debían estar formados por dos jurisperitos y dos o tres Notarios. Sin embargo, continuaron existiendo y nombrándose Notarios reales, a consecuencia de lo cual se produjeron numerosas protestas de los Notarios de la ciudad, que veían así dañados sus intereses.

La delimitación de los asuntos atribuidos a la competencia notarial, la forma de autenticarlos y la obligación de conservarlos eran en esta época en sustancia los mismos que en la actualidad. Para investigar si se cumplían las normas legales se pretendió obligar a los Notarios a la exhibición de los libros, y ante la negativa de éstos, en 1380 se les otorgó la facultad de negarse a dicha exhibición. En 1394 aparecen unas ordenanzas, dictadas únicamente por los organismos de la ciudad, en las que se recopilan las disposiciones antes citadas y se imponen sanciones a los que las infrinjan.

En 1395 se crea por Juan I el Colegio de Notarios públicos de Barcelona. Se les otorgan diversos privilegios, como consecuencia de la importancia de la función que desempeñan, privilegios que luego serían concedidos a otras ciudades como Lérida y Tarragona. En 1416 se determinan las facultades del Colegio. Su creación supuso un gran avance en la lucha contra los Notarios reales y la resolución del problema agrario catalán.

De acuerdo con el sentido patrimonial de la época, el Proto-

colo se consideraba propiedad del Notario; pero poco a poco se fueron estableciendo limitaciones a dicha propiedad en aras del interés público.

La actividad profesional fué constantemente controlada, y así la Ordenanza de 1439 estableció la libertad de los particulares para elegir Notario, y la de 1485 prohibió a éstos tener abierto más de un despacho. Ninguna de estas normas fué lograda pacíficamente. También se controló la tendencia de los mismos a constituir un cuerpo cerrado, de tal forma que los hijos de Notarios fueron obligados a demostrar sus conocimientos, si bien tuvieron determinadas ventajas.

Durante todo el siglo xvi continúa esencialmente la situación anterior.

En 1607 se aprueban nuevos aranceles y se determinan las horas de apertura y cierre de los despachos. Poco a poco va decayendo el espíritu corporativo, si se observa la insistencia en exigir compensaciones económicas para cumplir deberes corporativos, anteriormente considerados como honoríficos. Pero, por otra parte, los Notarios van ganando estima en la opinión pública y en los organismos oficiales, como se deriva del hecho de que tanto ellos como el Colegio fueron consultados por los Tribunales en materias referentes a la contratación.

En 1736 y 1755 se vuelve a insistir en la obligatoriedad de redacción íntegra de los documentos en el Protocolo.

Termina este trabajo con una somera alusión a los Notarios reales y a su paulatina equiparación a los de la ciudad.

Con el final de la Guerra de Sucesión se disolvieron los Colegios Notariales, al igual que los demás organismos catalanes. Habrían de transcurrir varios años después de la publicación del Decreto de Nueva Planta antes de que pudiera ser reanudada la vida colegial bajo un signo y siguiendo unas orientaciones bien diferentes.

Este interesante trabajo va seguido de la exposición de todos los documentos que en él se citan. Creemos que vale la pena leerlo para un conocimiento más completo de la institución notarial que tan merecido prestigio tiene en nuestra Patria.

JOSÉ POVEDA DÍAZ.

Estudios de Derecho privado. Tomo II. Bajo la dirección de Antonio de la E. Martínez-Radio. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1965 (642 págs.).

La cláusula resolutoria y el pacto comisorio.—Domingo Irurzún Goicoa.

Del Derecho romano nos proviene la frase «lex commissoria», que es propicia al equivoco. «Lex» significa «pactum» o «contractus», y «commissoria», reforzar un contrato o «cadere in commissum».

El instituto de la resolución se da en el ámbito de los contratos sinalagmáticos. La tutela jurídica tiende a que el enriquecimiento de cada una de las partes no se considere definitivo mientras no se produzca el correspondiente. Esta tutela se logra, entre otros medios, mediante la resolución.

A pesar de la elemental justicia de este instituto, su conquista fué muy lenta. En Roma nació con el remedio pretorio de la «exceptio mercis non traditae» (para la compraventa), y la jurisprudencia lo extendió a todos los contratos bilaterales: «exceptio non adimpleti contractus». En un principio tuvo el carácter de pacto condicional suspensivo, convirtiéndose después en cláusula con valor resolutorio. Admitida su función resolutoria, desembocó en otros pactos, difícilmente calificables hoy de resolutorios («adictio in diem», «pactum de retrovendendo» y «pactum displicentiae»).

Estos principios pasaron al Derecho intermedio, casi sin alteraciones. En el Droit Coutumier se establecieron dos importantes desviaciones, apareciendo la «lex commissoria» tácita y la resolución por pronunciamiento judicial («délai de grâce»). Este régimen pasó al Código francés y a nuestro artículo 1.124.

La licitud no puede negarse a la vista del 1.255, y viene presu- puesta por el 1.504. La jurisprudencia ha afirmado que el artículo 1.124 sólo juega cuando no existe pacto especial. La cláusula resolutoria es de evidente utilidad, porque el artículo 1.124 sólo se refiere a las obligaciones recíprocas básicas, y la cláusula podrá aplicarse entre obligaciones accesorias o complementarias. El ar-

tículo 1.124 carece de aplicación en materias específicas (verbigracia, arrendamientos rústicos y urbanos); conforme a este artículo, la resolución es obra del juez, quien puede conceder nuevo plazo; la cláusula, en cambio, es el cauce de la autotutela privada, y nada digamos si, como es frecuente, se le añade una cláusula penal.

El supuesto de hecho implica el incumplimiento determinado específicamente. El efecto es un poder resolutorio, encuadrable en la categoría general de los derechos de impugnación y ejercitable mediante declaración recepticia.

En los contratos de ejecución simultánea las partes deberán restituirse lo recibido (1.123), pero frente a terceros la retroactividad, si es que existe, tiene excepciones graves (464 y 1.124 del Código civil y 85 del Código de Comercio). En los de ejecución continua y periódica no tiene lugar la retroactividad, pero en cuanto a los aleatorios, aunque en el contrato de seguro no hay duda (431 del Código de Comercio), es más controvertido el caso de la renta vitalicia.

En la compraventa debemos diferenciar. En caso de inmuebles sin pacto comisorio (1.504), el requerimiento será el cauce procedimental del derecho potestativo de resolución. Con pacto comisorio no plantea problemas específicos. En la venta de muebles (1.505) también la resolución se supedita a que el acreedor ejercite su derecho (cfr. 1.505, «en interés del vendedor»), pero sin emplear el cauce formal del requerimiento.

El pacto comisorio es un derecho potestativo de apropiarse una cosa ajena, objeto de un contrato, con fines de garantía. En el Derecho quirritario y clásico aparece como lícito y de uso frecuente. Constantino lo prohibió en términos de rigor excepcional, sancionando el producto vivido de una nueva conciencia religiosa, moral y jurídica. Esta posición pasa al Codex. En la Alta Edad Media reaparece la fiducia en su forma germánica y la licitud del pacto comisorio. Se prohíbe en las Decretales. Así se mantiene en la recepción del Derecho romano y pasa a la mayoría de los Códigos modernos. El nuestro sigue los precedentes históricos (Partidas) en los artículos 1.859 y 1.884, siendo más satisfactoria la fórmula del segundo. No podemos olvidar los artículos 1.872 del Código civil y 129 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

Las principales teorías del fundamento de su prohibición son: A) Tutela jurídica del deudor; B) Tutela económica del deudor; C) Tutela de los acreedores; D) Enriquecimiento injusto; E) Negocio inmoral; F) Contradicción técnica, y G) La ejecución privada.

En caso de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento y prenda mercantil, se aplica la prohibición del 1.859, en el primer caso por el juego de la disposición adicional 3.ª de la Ley de 16 de diciembre de 1954, y en el segundo, por la generalidad del artículo 1.859 y el sentido de los artículos 321 y 323 del Código de Comercio. En la prenda irregular existe neta incompatibilidad con el pacto comisorio. En el pacto con fiador algunos autores se han inclinado por la licitud del pacto, pero no creemos que lo que al acreedor principal se le prohíbe pueda permitírsele al fiador.

La prohibición del pacto determinará la nulidad del mismo, pero no la del negocio (tesis de la nulidad parcial). Así opina la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, hallándose fuerte apoyo para esta tesis en el artículo 1.884. La acción para exigir la nulidad del pacto parece que debe ser imprescriptible y que además de los legitimados podrá denunciarla el juez de oficio.

En su función de garantía autónoma constituye un contrato atípico de garantía y se considera ilícito, pues sin duda le alcanza a este pacto comisorio la ratio de los artículos 1.859 y 1.884; pero si la «hyperocha» se salva, debe admitirse el pacto, y en este caso el título de adquisición no estará en la dación en pago, la obligación alternativa, la cláusula penal o la compraventa con fines de garantía, sino más bien en la compraventa bajo condición suspensiva, o mejor aún en el ejercicio por el acreedor de un derecho de opción.

El pacto comisorio oculto integra dos figuras íntimamente unidas: la transmisión fiduciaria y la venta a pacto de retro.

En la enfiteusis no hay pacto (sino atribución legal de una acción), ni comiso (sino recuperación de lo propio por disolución del contrato). En la superficie no hay pacto comisorio, sino tal vez más analogía con el arrendamiento, para lo que puede servirnos de base la norma del 1.655 del Código civil. En caso de rescate de una póliza de seguros, la posición es polémica. Para unos, el pacto co-

misorio sobre el valor de rescate es prohibido (LOJACONO); para otros, lícito (LORDI). En todo caso habremos de admitir que no se trata de un caso de prenda irregular.

El pacto comisorio.—Celestino Mas Alcaraz.

La historia del pacto comisorio es prácticamente la historia de su prohibición. En Derecho griego aparece en no pocos fragmentos. En Derecho romano quiritarario era lícito y practicado cotidianamente en los negocios por una razón de moral utilitaria y por su estrecho ligamen con un instituto típico de garantía del Derecho romano, la «fiducia cum creditore». En cambio, en el Derecho postclásico, por el potente influjo de la moral cristiana y sobre todo una vez que se introdujo el derecho de venta de la cosa pignorada, se hubo de poner de manifiesto que el comiso podía ocasionar un gravísimo perjuicio para el deudor, y el emperador Constantino sancionó su prohibición en una Constitución (año 320) que recogió el Código de Justiniano. En Derecho intermedio, la influencia del Derecho canónico reforzó la prohibición, prohibiéndose asimismo la usura, y siendo acogida esta posición por las Partidas y la generalidad de los derechos nacionales, con lo que pasa así a los Códigos modernos.

El Código civil mantiene una clara prohibición en sus artículos 1.859 y 1.884. En nuestro Derecho hay que considerar también nulos el pacto obligatorio y el «ex intervallo» (además de serlo los prototipos: el real y el «in continenti»).

La ratio de la prohibición del pacto comisorio hay que buscarla en la necesidad de tutelar al deudor; por ser el pacto comisorio contrario a la naturaleza de la garantía; por la necesidad de tutelar tanto al deudor como a los demás acreedores del mismo; por ser un negocio inmoral y por la misma idoneidad del pacto comisorio para convertirse en un pacto de estilo. En conclusión, al prohibirlo se quiere evitar una posición de injustificada especulación a favor del acreedor, que se traduciría en un constante abuso económico en daño del deudor.

La naturaleza jurídica puede reconducirse a diferentes teorías:

teoría de la compraventa, teoría de la dación en pago o teoría de la enajenación en garantía.

Los efectos que deben estudiarse son, no los del pacto comisorio prohibido, sino los de su nulidad, y aunque el Código civil carece de una norma reguladora general, debemos calificarla de nulidad parcial (sólo del pacto comisorio), en base al tenor literal de los artículos 1.859 y 1.854; al principio de conservación del negocio jurídico que puede existir válidamente sin dicho pacto y a la protección de la parte más débil. Están legitimados para pedir la declaración de nulidad todos los que tengan interés en ella (deudor y sus otros acreedores, incluso el propio acreedor), y puede y debe ser declarada de oficio por el juez. La acción de nulidad es imprescriptible, pero el acreedor puede adquirir la propiedad de la cosa por usucapión extraordinaria.

Supuestos controvertidos de pacto comisorio. El pacto con fiador es ilícito por su identidad de ratio y el tono del 1.839. El pacto impropio es ilícito por ser tan inhumano y dañoso como el propio y porque su reconocimiento brindaría al acreedor un fácil medio de eludir la prohibición legal. El pacto marciano es reconocido como lícito si la estimación del bien se efectúa a partir del incumplimiento por el deudor.

Pacto comisorio oculto. La llamada venta con fin de garantía, en Derecho español ha tenido y sigue teniendo frecuente aplicación en la práctica notarial por diversas razones de todas conocidas, ventajas fiscales, titulación no inscrita... Su naturaleza jurídica se reconduce a la fiducia «cum creditore», y en cuanto a si esta venta entraña o no violación de la prohibición del pacto comisorio, se niega.

El pacto comisorio en la compraventa se conceptúa como un medio de resolución del contrato y no como un negocio de enajenación, que es la función del pacto comisorio en los derechos de garantía.

La historia del pacto comisorio en la compraventa es la historia de su reconocimiento legal. En Derecho romano el pacto comisorio nació en la práctica contractual y en los contratos innominados (aparecidos en la época justiniana) se concedió el derecho de rescisión, dándose junto a la «actio praescriptis verbis» la «conditio ob causam datorum». En Derecho intermedio desaparece

la teoría de la resolución de los contratos por incumplimiento, adquiriendo especial importancia el pacto de retrovendo, casi desconocido en Derecho romano. A fines del siglo xvii vuelven otra vez a aparecer en los contratos cláusulas resolutorias, y el movimiento codificador se encuentra, de una parte, con el pacto de retroventa, considerado como retracto convencional, y de otra, el principio general de la resolución de los contratos por incumplimiento.

El Código francés establece la regla general de resolución; en cambio, los Códigos alemán e italiano regulan separadamente la resolución de los contratos, según se haya pactado o no expresamente.

En Derecho español, los preceptos básicos son los artículos 1.124, 1.504 y 1.505 del Código civil y el 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento.

CASTÁN reconoce dos formas de pacto comisorio: el tácito (1.124) y el expreso (1.504 y 1.505); pero la mayoría de la doctrina sólo reconoce como pacto comisorio el expreso (el 1.124 es acción rescisoria y el 1.505 presenta escaso interés notarial).

El fundamento inmediato se halla en la voluntad de las partes y en la del vendedor, pero el mediato es el fundamento de la resolución en general, que por la doctrina moderna suele centrarse en el concepto de «sinalagma funcional».

La naturaleza jurídica se ha configurado con arreglo a la teoría de la condición resolutoria expresa (doctrina tradicional), de la cláusula resolutoria expresa («la que, a nuestro parecer, configura correctamente el pacto comisorio del artículo 1.504») y la de la enajenación en garantía (tesis de MONEDERO).

En contraste con la acción resolutoria del 1.124 (que sólo produce efectos «inter partes»), el pacto comisorio de los artículos 1.504, 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento, produce también efectos especiales frente a terceros. Efectos especiales en cuanto a la retención de precio; en Derecho romano las soluciones fueron contradictorias. Las Partidas lo admitieron, pero la cuantía de la «paga» jugaba un papel decisivo. En nuestro Derecho no pueden darse soluciones generales. El artículo 1.504 nada previene, pero quedará sujeto al comiso, dado su carácter de pena convencional, a la facultad de moderación que a los Tribunales concede

el artículo 1.154 del Código civil. Es digna de mención al respecto la sentencia de 19 de mayo de 1958.

La cláusula de reserva de dominio.—Celestino Mas Alcaraz.

El «*pactum reservati dominii*» es una estipulación frecuente en la venta a plazos de bienes muebles, de gran difusión actual por la doble utilidad que proporciona a comprador y vendedor.

CANDIL lo define como «una convención de garantía de uso corriente en el contrato de compraventa, por la cual el vendedor se reserva la propiedad de la cosa vendida hasta el integro pago del precio». Nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de junio de 1958 (ponente, Bonet Ramón), después de reproducir en su primer Considerando la definición formulada por DEGNÉ, añade en un Considerando posterior que consiste en «una estipulación expresa de las partes por virtud de la que el dominio de la cosa no se transfiere al comprador mientras no se realice el pago total de precio» («*viniendo a constituir simplemente una garantía del pago*»).

Cumple para el vendedor una función de garantía del pago del precio y no constituye una figura independiente, sino una cláusula que puede darse en cualquier tipo de contrato traslativo de dominio, y tiene como esencial la existencia de un plazo, siendo de ordinario éste el total pago del precio.

Es una figura impuesta por la práctica a la dogmática. La admisibilidad de la figura en Derecho romano depende de la solución que se acepte respecto a la determinación del momento en que tenía lugar, en la compraventa romana la transmisión de la propiedad de la cosa vendida; pero podemos concluir afirmando la posibilidad de dicho pacto dentro de las normas generales del Derecho romano.

En Derecho medio se arraiga y difunde por dos razones: para excluir la presunción justiniana de la «*fides de pretio*» y para remediar los inconvenientes de la hipoteca romana. En un primer periodo se aplica a los inmuebles. En el siglo XIX, por las mismas exigencias se aplica también a los bienes muebles.

En las legislaciones modernas su admisión, lógicamente, no

plantea dificultades en aquellas que configuran la compraventa como un negocio obligacional.

En nuestro Derecho, ni el Código civil ni el Código de Comercio la regulan, pero el Tribunal Supremo, en abundantes fallos, ha proclamado su validez en base al artículo 1.255 (sentencia de 10 de junio de 1958).

En tema de naturaleza jurídica debemos destacar la posición negativa (basada en la tesis de la transmisión real) y las positivas (que condicionan, a su vez, la compraventa o la transmisión de la propiedad). La mayoría de nuestra doctrina y el Tribunal Supremo lo han calificado siguiendo la tesis de la condición suspensiva afectante a la transmisión del dominio.

Para los elementos personales rigen las reglas generales. Por regla general, su objeto lo constituyen bienes muebles no consumibles; los inmuebles, en la práctica, caen en órbita de hipoteca. Es frecuente el precio a plazos, pero no hay inconveniente en admitirla en la «*solutio*» única diferida. En caso de impago del precio y habiéndose girado letras de cambio, podrá el vendedor valerse de la cambial y realizar esta especie de ejecución sobre cosa propia, porque basta la relación de la cosa con el obligado en una nueva relación de posesión. No tiene especial requisito de forma.

Pendiente la condición, el vendedor es propietario de la cosa (bajo condición resolutoria) y acreedor del precio (aplazado); el comprador es poseedor en nombre propio y con título legítimo, deudor del precio y padece los riesgos de la cosa desde que la recibe. Cumplida la condición (el pago), se transfiere automáticamente la propiedad, sin ulterior declaración. Incumplida, además de las propias consecuencias (1.124, 1.501, 1.504 y 1.505), despliega su eficacia el pacto, que suele acompañar al de reserva de dominio, de resolución automática del vínculo contractual. La cláusula, llamada de caducidad, por su carácter de pena convencional, quedará sujeta a la posible moderación judicial (1.154 del Código civil).

En cuanto a los acreedores del comprador, a falta de regulación específica debemos entender que, para evitar confabulaciones, el triunfo de la pretensión del vendedor dependerá de la autenticidad con que demuestre que ha retenido la propiedad de la cosa embargada. Tal es el criterio del Tribunal Supremo. En cuanto a los subadquirentes del comprador, CANDIL afirmó que el vendedor

tenía que retroceder ante el artículo 464; MELÓN INFANTE admite la posición inatacable del tercer adquirente que ignoraba la existencia del pacto, y PUIG BRUTAU, con base en la seguridad de las transacciones, exige que sea el vendedor con reserva de dominio (primer vendedor) quien demuestre que el tercero conocía o pudo conocer por medios racionales la existencia de dicho pacto. En la quiebra del comprador, si los síndicos no asumen la ejecución normal del contrato, el vendedor tiene derecho de separación «ex iure dominii».

La compraventa de cosa futura.—Francisco Rovira Jaén.

Explicitamente permitida en el artículo 1.271 de nuestro Código civil. Debe ser de probable realización, de tráfico lícito y determinable en cuanto a su especie. Algún sector doctrinal (DE MARSICO, BARASI, SALIS) sienta varios criterios para diferenciar la cosa futura y la «rei speratae», pero la moderna doctrina (RUBINO y GAZZARA) no las distinguen. La específica voluntad de las partes se explica como una venta condicional suspensiva (WINDSCHEID) o «conditio iuris» (LORENCI), como una promesa de venta (GABBA), un contrato en vía de formación (DE MARSICO y SALIS), un negocio con el consentimiento anticipado (RUBINO) o un contrato obligatorio (GAZZARA). No puede admitirse la teoría de los negocios en vía de formación interna, sino externa. Es un negocio compuesto de venta obligatoria (existencia) y «evento ex post» (eficacia).

Los autores patrios para explicar el juego de la venta de cosa futura acuden a la solución de la condición del contrato, pero se condicionarían sólo las obligaciones que tienen relación con la cosa. La cosa, que es elemento estructural, no puede ser al mismo tiempo el acontecimiento condicional, y los efectos son «ex nunc», siendo típica de la condición su retroacción.

Efectos. Fase de pendencia. Por tener relación con la cosa se hallan suspendidas las obligaciones de entregar la cosa y de sanear por vicios o defectos ocultos. Por no tenerla, tienen plena eficacia la irrevocabilidad; las obligaciones relativas al futuro nacimiento de la cosa, ya sean de tipo negativo (no impedirlo), ya positivo (procurarlo), y su incumplimiento puede producir resolución

de la obligación y resarcimiento de daños o exigir su cumplimiento y la indemnización; la obligación de pago del precio, por ser una obligación que no está en relación con la cosa, es plenamente eficaz.

Fase de cumplimiento. Al nacer la cosa futura nacen las obligaciones suspendidas que tenían relación con la cosa: entrega de la misma (que se regirá por las normas ordinarias, pero exigiéndose la tradición por excluirse la instrumental); saneamiento por evicción y vicios ocultos (que se regirá por normas ordinarias, pudiendo excluirse por pacto expreso y no implicando renuncia al saneamiento la venta de cosa futura); si al nacer la cosa fuese de calidad inferior, será aplicable por analogía el 1.471 (pero deberá tenerse en cuenta la doctrina de la culpa del 1.101).

Fase de incumplimiento. No se produce la concausa de eficacia. Existe un incumplimiento por parte del vendedor y la obligación del comprador (sinalagma) deviene ineficaz, quedando liberado de pagar el precio o pidiendo la restitución del mismo, porque si continuara obligado a pagarlo, estaríamos en tema de la «emptio spei».

La «emptio spei» es una expresión que ha gozado de una aceptación quizá mayor de la que se merece. Usada en un fragmento de POMONIO (que cita como ejemplos el producto de la caza y pesca y el lanzamiento de monedas en las festividades públicas), se ha repetido por autores antiguos y modernos para expresar aquella venta en la que el comprador se obliga a pagar el precio, aunque la cosa no nazca.

Ha sido muy discutida en la doctrina la distinción de esta figura con la «emptio rei speratae». Nos inclinamos por configurarla como una compraventa de cosa futura con cláusula aleatoria, y el mismo Código civil nos da base para este aserto en el artículo 1.447. Para diferenciarla de la compraventa de cosa futura habrá que interpretar la voluntad de las partes, y en la duda, presumir la venta de cosa futura por el juego de los artículos 1.286 y 1.289.

Entre las aplicaciones prácticas más importantes hay que citar la venta de frutos naturales futuros (pendientes o aún no nacidos). La obligación de transmitir tiene lugar cuando la cosa tiene existencia jurídica autónoma (desde que se alzan o separan). Antes de la separación, en caso de venta del inmueble, el compra-

dor de los frutos sólo tendrá acción contra el vendedor, pero no contra el comprador del inmueble; en caso de prenda sin desplazamiento, hipoteca o anticresis, prevalecerá el derecho de estos titulares frente al obligacional del comprador de los frutos. Después de la separación de los frutos, la venta será eficaz y el comprador adquirirá el dominio por la tradición.

Otro caso de gran interés es la venta del apartamento del edificio que se construirá. Es muy interesante diferenciarlo del contrato de arrendamiento de obra (entre otras razones, por los plazos del saneamiento). Si prevalece el trabajo será contrato de obra y en otro caso venta, pero habrá que acudir a la voluntad de las partes o a la apreciación de los Tribunales, porque la valoración de estos elementos objetivos es una cuestión de hecho. Debe también diferenciarse de la permuta de cosa futura (a efectos de posibles tanteos y retractos); puede también configurarse como venta de cosa presente (solar) por precio futuro en especie o dación en pago (apartamento futuro). Si el vendedor es el constructor, se aplicará el 1.591, cuando estipuló primero la venta en vista de la futura construcción. En otro caso, el comprador procederá contra el vendedor como tal, y por el 1.591, contra el constructor.

Nuevas orientaciones en materia de arrendamientos urbanos.—
José Luis López-Amo Marín.

El problema de los arrendamientos urbanos tiene su origen en dos cuestiones totalmente distintas, pero intimamente unidas: el diferente tratamiento jurídico que la Ley especial da al arrendamiento frente al Código civil, y el problema de la vivienda que trasciende del campo jurídico e invade el socio-político.

En realidad, sólo nos interesa el aspecto jurídico del arrendamiento, y vaya por delante la afirmación de que el enorme problema de la vivienda se puede resolver con fórmulas jurídicas, sin tocar el aspecto técnico-económico, aunque éste sea muy necesario.

En España el problema es antiguo (según han demostrado ARAGONESES y PASCUAL NIETO), y ya en 1842 se dictó una Ley arrenda-

ticia para todo el territorio, además del importante auto acordado de 31 de julio de 1792.

Ante el hecho cierto de haber menos viviendas que inquilinos y en consideración a la debilidad económica de éstos, el legislador adopta una cómoda medida: congela rentas y prorroga indefinidamente el contrato; pero con ello el verdadero problema no se resuelve y los inquilinos sin casa se quedan sin casa. Todo ello crea dos bandos: el de los inquilinos que defienden su posición protectionista (la legal), y el de los propietarios, que replican que la renta legal no responde al valor del edificio, y que la prórroga forzosa hace al arrendamiento muy gravoso, por lo que arrendar es peor que hipotecar.

La solución legal, mirada sin apasionamientos, conduce a funestos resultados, porque no se reparan convenientemente los edificios, no se construyen nuevas fincas, disminuye el número de habitaciones para alquilar, muchas habitaciones para alquilar están deshabitadas, resultan protegidos muchos inquilinos de economía próspera, incluso los titulares de negocios y las personas jurídicas; esta exagerada protección es fuente de negocios inmorales y el número de litigios sobre arrendamientos urbanos supone el 60 por 100 del trabajo de la Justicia municipal.

De todo lo dicho puede deducirse que el arrendamiento urbano tiende a desaparecer como institución vivida. La misma protección al inquilino agudiza la crisis de la vivienda. El problema de la vivienda se reduce a un problema de renta. Se protegen demasiadas cosas que no necesitan protección.

La legislación vigente concede al arrendamiento: renta tasada y posible revisión y reducción (arts. 96 y 103); continuidad en el arrendamiento para el propio arrendatario y para terceras personas (24, 29, 57, 58, 59 y 60); limitación en las facultades dispositivas del propietario (47 y ss., 52, 53, 54, 57, 81 y ss. y Ley de 22 de julio de 1958); prohibición de convertir la vivienda en local de negocio (disp. adic. 1.^a) y alquiler obligatorio de viviendas (disposición adicional 2.^a).

La consecuencia de estos sobrecogedores caracteres es una absoluta derogación del régimen civil del arrendamiento, convirtiéndose en un verdadero censo nacido de una institución diferente al contrato y con un contenido legal.

Existe una atenuación de esta tendencia proteccionista en la propia Ley, por la posibilidad del pacto en contrario. El artículo 6 reglamenta un acto de autonomía de la voluntad referente al contenido de la relación jurídica arrendaticia.

En tema de renta podemos diferenciar la renta libre en locales y viviendas de nueva construcción o de los antiguos desocupados (a salvo el derecho del inquilino de vivienda de revisarla ante la Junta de Estimación); los aumentos de renta legales por cambio de arrendatario (arts. 42, 60 y 98), y la revisión periódica (cada cinco años) de rentas, en atención al aumento de coste de la vida.

La extinción del contrato puede darse por negativa de prórroga (art. 62), aunque todas estas causas están muy condicionadas y dificultan el ejercicio de la acción, o por causas de resolución a la vista de la conducta ilegal del arrendatario (art. 114).

Como limitaciones a la continuidad indefinida podemos citar la subrogación de vivienda «inter vivos» (art. 24), las sucesiones «mortis causa» (art. 59) y el retracto en el traspaso de local de negocio (arts. 35 y 36), que más parece un derecho de rescate enfiteúutico (OGAYAR).

Algo se ha ganado con la admisión de la doctrina del abuso del derecho, aunque la Ley se produce con bastante oscuridad y le da un alcance meramente procesal. También la jurisprudencia ha suavizado la Ley (cfr. las sentencias del Tribunal Supremo en cuanto a la transmisión «mortis causa» de la cualidad de arrendatario de local de negocios, 9-XII-59, 20-II-60 y 6-V-60) incluso forzando su literalidad para conseguir en un alarde dialéctico evitar la vinculación indefinida y devolver a la propiedad su carácter de libre.

La doctrina es polémica entre «inquilinizistas» y «propietaristas». Se ha escrito mucho, pero sin profundizar y ciñéndose a simples reflexiones sobre un caso concreto. No se intentó un estudio constructivo y desapasionado del problema. Actualmente se aprecia un deseo general de reforma y de liberalización de la propiedad, pero aún no está maduro el tema para decretar, de un plumazo, la vuelta al sistema de libertad del Código civil. El mantener la estabilidad es perfectamente compatible con el mantenimiento de la reciprocidad de las prestaciones, especialmente en cuanto a la renta; lo más sano de nuestra doctrina coincide en afirmar que resuelto

el problema de la renta, está todo resuelto. En el extranjero el problema se ha enfocado con mayor objetividad y se considera que el inquilino individual abusa, a veces, de la protección legal; que ésta debe dirigirse a la masa de inquilinos; que beneficia más cierta libertad de rentas que no la absoluta congelación; que el capital privado debe tener un rendimiento adecuado, y que el Estado, además de fomentar la iniciativa privada, debe planificar a gran escala según grandes planes nacionales.

Para resolver el problema bastaría con copiar la legislación alemana o la italiana; pero una cosa es la solución jurídica y otra el problema de hecho, que entra en el campo socio-económico. Paradójicamente, en Alemania es difícilísimo encontrar vivienda, y en España («pais en donde peor se ha tratado jurídicamente la cuestión») es donde el problema tiene más fácil solución, si es que no está ya prácticamente arreglado, porque gracias a la abundante legislación de protección a la vivienda, se solucionó el problema por vía de propiedad, no por vía de arrendamiento, que prácticamente quedara relegado a las viviendas suntuarias y a los locales de negocio.

La solución, por vía de arrendamiento, debe hallarse en la objetividad que proteja por igual a las dos partes, y podía basarse en los siguientes puntos: una renta adecuada (único estímulo para edificar), fijada libremente o según módulos por metro cuadrado y atendiendo a la clase de viviendas y a otras condiciones; la propiedad comercial debe liberalizarse, bastando una relativa estabilidad durante cierto plazo; las viviendas de lujo no necesitan protección alguna, y los arrendamientos concertados por personas jurídicas no pueden equipararse a los de viviendas para uso doméstico.

Los contratos de mediación.—Juan Lázaro Pérez.

La mediación es un fenómeno tan antiguo como la vida y el comercio y resulta de evidente utilidad, especialmente en la vida rural. Hasta la literatura se ha hecho eco de la importancia de esta actividad («Babbitt», de SINCLAIR LEWIS).

Supone etimológicamente la interposición de una persona en-

tre dos o más procurando su acuerdo o avenencia; pero no podemos construir sobre esta base el concepto jurídico que atribuye al mediador el superar las dificultades objetivas (falta de contratante) o subjetivas (falta de consentimiento).

BONET cita como precedente el contrato «aestimatorius», pero quizá resulte algo forzada esta conexión y además la mediación debe calificarse de consensual (así se califica por el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de enero de 1922). Por otra parte, la constitución familiar romana hacía superflua la función de la mediación (Azzolina). En la evolución posterior se alternan etapas de libertad con otras de monopolio de la actividad mediadora. La mayoría de los Códigos modernos admiten su libre ejercicio, pero algunos diferencian los mediadores colegiados y los no colegiados y atribuyen mayor importancia a la función de los primeros. Esta es la posición de nuestro Código de Comercio, aunque los que se denominan agentes mediadores (en su triple modalidad) son realmente, comisionistas y fedatarios públicos.

Muchas soluciones se han dado al problema de su naturaleza jurídica. Hecho social (Carta y Ferri); hecho jurídico (Carraro); «negotiorum gestio» (Sueco); mandato (Borsari); arrendamiento de obra (Carnelutti-Azzolina) o contrato de agencia. Promesa unilateral (Tumedei); contrato con tres contratantes (Bolaffio) o con dos (Vivante y la posición de nuestro Tribunal Supremo). Económicamente quizá pueda calificarse de accesorio, pero jurídicamente es principal; aunque puede—también—calificarse de preparatorio como lo hace el Tribunal Supremo.

Intervienen necesariamente el que da el encargo (mediado) y el que lo recibe (mediador). La persona con la que se pretende concluir el negocio principal (mediatario) resulta extraña en principio. Constituida la mediación, el mediatario puede permanecer ajeno o participar en ella. En el primer caso se admitirá incluso el consentimiento presunto (verbigracia, en caso de tratar, sin reserva alguna, con el mediador). En el segundo caso parece más acertado admitir que existen dos contratos de mediación.

Son elementos reales las prestaciones principales de cada una de las partes; la actividad para conseguir la celebración del negocio y el pago de corretaje respectivamente. La causa del contrato mediado es distinta de la mediación, pero si es contraria a

la Ley, la moral o el orden público, produce la nulidad de la mediación, por el carácter instrumental de ésta. En este punto debe hacerse especial mención de la mediación privada en el contrato de trabajo y la mediación matrimonial.

Es un contrato consensual y ante el artículo 12 del Reglamento de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria hemos de ver un documento «ad probationem».

El mediador tiene como obligación principal, según AZZOLINA, la promesa de hacer concluir el contrato. A nuestro juicio, su obligación es desplegar su actividad para conseguirlo, pero nunca prometer un resultado. La actividad es muy variada y no puede encasillarse en un Código; habremos de atender a lo pactado, a los usos negociales y a la clase de mediación interesada para poder determinar si el corredor ha cumplido o no sus obligaciones. El contrato queda sujeto a los artículos 1.258 y 1.287 del Código civil. Como obligaciones accesorias tiene las de información, discreción e imparcialidad. Una muestra de la primera se encuentra en el artículo 12 del Reglamento de Agentes. La segunda tiene apoyo legal en el artículo 95 de nuestro Código de Comercio. La tercera es fundamental para BOLAFFIO, y si actúa en interés de alguna de las partes deviene en mandatario. Más exacta es la opinión de AZZOLINA, quien afirma que en principio nunca es imparcial. Caso distinto es cuando el mediatario se adhiere a la mediación.

El mediado debe pagar el corretaje. Obligación pura para AZZOLINA; condicional para nosotros. El criterio determinante debe ser la satisfacción del interés mediado y puede ocurrir que el contrato sea inválido y el corredor tenga derecho al corretaje y a la inversa. La cuestión del nexo causal entre la mediación y la conclusión del contrato es de las más delicadas y de gran repercusión práctica. No es imprescindible que la actuación del mediador sea la única ni siquiera la principal. Lo dicho tiene enorme interés en los casos que la doctrina denomina de fraude al mediador. En cuanto al reembolso de gastos el Código italiano reconoce derecho al mediador, salvo pacto o uso en contrario, aunque el negocio no haya tenido lugar. En nuestro derecho se llega a solución contraria, precisamente por los usos existentes. El mediador sólo tendrá derecho a ellos si se pactó expresamente.

Las causas de extinción guardan un acusado paralelismo con las del mandato.

Revocación. La mediación se basa en la fides y el mediado puede en cualquier momento revocar el encargo, pero deberá proceder con lealtad y buena fe y responder frente al mediador de los gastos y perjuicios causados por una revocación injustificada o dolosa, sin perjuicio de conservar el corredor el derecho al corretaje si el contrato se perfeccionó a sus espaldas y la revocación fué en su fraude. Para defenderse de revocaciones inoportunas es frecuente incluir en el contrato la cláusula de mediación exclusiva por un plazo determinado. Presume la existencia de este pacto el artículo 13 del Reglamento.

Renuncia. En cualquier momento que lo crea conveniente. Se justifica por el carácter aleatorio que para el mediador tiene el contrato, pudiendo repetirse lo indicado «ut supra» sobre la buena fe y evitando todo perjuicio al mediado por lo que el mediador deberá comunicar inmediatamente su decisión al mediado para que éste provea, en evitación de daños graves (verbigracia, en caso de productos agrícolas).

Muerte. La del mediado no debe ser causa extintiva porque frente a él las relaciones derivadas tienen acusado carácter patrimonial y pueden perfectamente pasar a sus herederos. En cambio, en la elección de corredor juegan razones personales y su posición no es trasmisible «mortis causa».

Prescripción. En defecto de norma especial se aplicará el plazo general de quince años.

Teoría general de los negocios parciarios.—Antonio Uribe Sorribes.

Es una categoría, perfilada por algunos civilistas modernos, que incluye todos aquellos contratos por los que una persona promete ciertas prestaciones a otra, a cambio de una participación en las ganancias que obtenga ésta.

Un grupo de teorías le niegan la consideración de categoría autónoma: teoría de las subespecies de contratos típicos de cambio (cfr. el *Elemento parciario*, de CROMÉ) o la teoría del contrato

mixto (de ENNECERUS-LEHMANN, RUDOLF y PÉREZ Y ALGUER). Otra teoría intermedia los considera autónomos, pero dentro de la categoría de los asociativos (BARASSI y ROSSI). Finalmente, son reputados autónomos con categoría intermedia entre los de cambio y los asociativos (BREGLIA) o intermedia estructuralmente entre los conmutativos y los aleatorios y funcionalmente de cambio (IRRI).

Admitimos la existencia autónoma de los negocios jurídicos parciarios como contratos de intereses concordantes; bilaterales; onerosos, fiduciarios y como categoría intermedia entre los aleatorios y los conmutativos; son contratos de tracto sucesivo y de estructura «sui generis» y pueden ser considerados de estructura asociativa imperfecta. Son contratos dirigidos al desenvolvimiento de una actividad económica, en los que las partes no se hallan en el mismo plano de igualdad. El empresario tiene derecho a la prestación prometida y el parciario a la participación en las utilidades; el primero se encuentra en situación dominante y el segundo subordinado y no hay común participación en la dirección de la empresa. La prestación del parciario puede revestir múltiples modalidades, pero la contraprestación del empresario siempre es cuota de producto (en natura o metálico). Son contratos en los que no existe fondo común ni crean una personalidad jurídica. El contrato parciario, en algunos casos, puede ser uno de los «ciertos contratos» de que habla el artículo 609. El que haya o no traspaso de la propiedad de la cosa dependerá de las particularidades del caso concreto. Esto tiene un gran interés desde el punto de vista práctico (a efectos de riesgos, titularidad de disposición, quiebras...). Al notario corresponde dar verdadero sentido, según su indagación de la voluntad de los interesados, a las incoloras palabras «cede» o «entrega».

El «dominus negotii» es el que desenvuelve determinada actividad económica; el parciario es el que aporta alguna prestación, precisamente para el desenvolvimiento de esa actividad. En cuanto a capacidad habrá que atenerse «in casu» a la naturaleza de la prestación. Las aportaciones del dueño de la empresa y del parciario podrán tener la más varia naturaleza; las utilidades o rendimientos habrán de repartirse según lo pactado. Los contratos parciarios no están sujetos a ninguna formalidad «ad solemnitatem».

No hay puesta en común, sino transmisión al dueño por el parciario de un capital o un elemento de producción y un derecho del partícipe a los frutos y rendimientos, que puede recaer sobre los mismos frutos o sobre su valor. El derecho a una «cuota de valor» otorgará un simple derecho de crédito contra la otra parte. El derecho a los frutos (principalmente en la hipótesis de aparcería) ha planteado discusiones, sobre todo en cuanto al modo y tiempo de la adquisición. La diversidad de tipos de negocios parciarios impide dar una regla general. Las doctrinas tipo son «*accentratice nel proprietario*»; «*accentratice nel colono*» y copropiedad. En la primera teoría el aparcerero tiene derecho a los frutos desde la división; en la segunda, desde la separación; en el tercer caso, desde la separación se crea una copropiedad, que se disolverá por la división. Creemos que esta última es la más acertada, por responder mejor a la autonomía que se asignó al contrato parciario y porque así se deduce del artículo 48 del Decreto de 29 de abril de 1959. Respecto de terceros el «*dominus*» actúa con plena libertad, y por ello en los negocios parciarios que implican una transmisión de propiedad a favor del dueño del negocio se crea, respecto de éste, una legitimación especial.

Extinción. Además de las normas generales, por ser contratos «*intuitu personae*», adquiere especial relevancia la quiebra, concurso, interdicción o incapacidad de alguna de las partes, sobre todo del «*dominus negotii*» y por ser contratos de tracto sucesivo a su extinción, normalmente, seguirá un periodo de liquidación.

En órbita del Derecho civil hemos de citar la aparcería en sus tres tipos y algunas modalidades de los contratos de edición, trabajo, corretaje, préstamo y contrato de obra.

En mercantil: cuentas en participación; tanto de capa, acciones o bonos de disfrute y formas especiales de remuneración al factor o a los administradores de la Sociedad Anónima.

La diversidad de tipos de contratos parciarios impide señalar reglas generales, por lo que tienen razón **ROCA SASTRE** y **PUIG BRUTAU** cuando hablan de la inutilidad de los conceptos excesivamente generales, que aunque facilitan la dogmática y la didáctica, traicionan a la compleja realidad.

El depósito irregular.—Rafael Flórez Micheo.

Es una realidad jurídica tan llena de tradición histórica como de vida actual. El llamarlo irregular nada resuelve en cuanto a su naturaleza jurídica, sobre la que permanecen las graves y antiguas controversias de la doctrina y de los Códigos, que en su mayoría deciden subsumirlo en el mutuo, aunque sin verdadero convencimiento. La realidad nos demuestra que desde antes de Roma hasta nuestros días, y hoy más que nunca, se viven millones de contratos de depósito de tipo irregular. La vida actúa por el «consensus omnium gentium» y por el «propter homines constitutum est». Las figuras de depósito regular e irregular son especies de un mismo género.

Los primeros rastros aparecen en Babilonia. En Egipto parece que no devengaban interés. En Grecia son los templos los primeros en admitirlos, pero con el tiempo se hallan en manos de auténticos banqueros. En Roma los argentarii les asignaban un pequeño interés. Un texto de ALFENO lo admite junto al arrendamiento irregular. Se diferenciaba del mutuo por la intención de los contratantes; diversa función económica; diverso tipo negocial; por el momento de la devolución de la suma depositada y por la exigibilidad de los intereses en caso de demora. En derecho intermedio subsiste para escapar a las prohibiciones del préstamo. JASON DE MAINE, un postglosador, sigue la construcción de ACCURSIO. lo expone con bastante profundidad y lo denomina depósito irregular.

En el «Liber judiciorum», aunque sin datos de garantía, parece que no fué desconocido. En el Fuero Real aparece en su forma más pura («recibir en encomienda»). Las Partidas regulan sus características; el comentario de GREGORIO LÓPEZ es muy breve (sin duda por lo incontrovertible de la figura). El Proyecto de 1851 descartaba la figura y GARCÍA GOYENA en la glosa explica los motivos.

En Derecho moderno, mientras que en civil se le da escasa importancia y se le confunde con el mutuo, en mercantil se le desarrolla fundamentalmente en materia de depósitos bancarios.

Puede desconocerse la figura; embeberla en el mutuo; calificarse de negocio mixto o remitirla a la disciplina del depósito regular. Al examinar las teorías de la custodia (DALMARTELLO); de la disponibilidad (BRACCO); del transporte de bienes en el tiempo (GRECO), y del aplazamiento (SIMONETTO), se ve que, salvo en tema de la custodia, los caracteres de ambas figuras son idénticos y pueden considerarse los dos depósitos como subespecies de un tipo único o forma central consistente en la función que el depositario presta al depositante de restituir cuando éste quiera y de aliviarle la carga de la conservación de la cosa.

En las dos figuras de depósito existe una relación real de entrega y devolución y un aplazamiento entre los dos actos. La entrega en ambos depósitos tiene un mismo sentido (que al depositante se le restituyan las cosas, aunque para ello haya tenido que entregarlas), totalmente distinto del mutuo (el mutuuario aspira a que le entreguen las cosas, aunque luego deba restituirlas). Cuando el aplazamiento se hace en interés del acreedor, tenemos el depósito irregular (negocio de crédito «sensu» amplio), si lo es en interés del deudor, el mutuo (negocio de crédito «stricti sensu»).

El paso de propiedad y el uso de las cosas es indiferente para la calificación de la figura y junto a la función del depósito irregular se añade la función colateral del uso de las cosas por el depositario. Hay que inclinarse por su gratuidad, porque el goce compensa al depositario en lo económico de su prestación de depósito en lo jurídico, que es naturalmente gratuita. Es módico el interés que los bancos pagan a los depositantes en cuenta corriente. Es necesario expresar a quién beneficia el término; si nada se dice, se presume a favor exclusivo del depositante, quien puede renunciarlo; puede fijarse en interés del depositario no por la prestación de depósito, sino por la colateral de uso y no naturalmente, sino por pacto; el término «ad libitum» del depositario sólo es admisible fijándose una fecha tope, en otro caso se transforma en donación indirecta o se anula por el juego del 1.256. No se admite la compensación de créditos, y así se pronuncia nuestro Código civil, por ser relaciones heterogéneas; por contradecir la función y mecánica del depósito; porque de admitirla se abocaría en la prenda irregular y por el argumento «a fortiori» de la prohibición del pacto comisorio. La restitución, aunque formalmente

diversa, presta en los dos tipos la idéntica función de que el depositante recobre la efectiva disposición de las cosas.

El Código civil. Influido en su redacción, por el Código de Napoleón, incluye la declaración terminante de los artículos 1.767 y 1.768. Si se usa sin permiso, de la cosa depositada, se incurrirá en responsabilidad civil (aunque no criminal, cfr. 535 del Código penal). Si se usa con permiso no existe responsabilidad, pero tampoco existe depósito. Este artículo 1.768 también comprende al comodato (*sic* GARRIGUES). No faltan preceptos que suponen el depósito irregular (1.200 y 1.770), pero lo rotundo del 1.768 no admite dudas, y así se ha pronunciado la jurisprudencia posterior al Código.

El Real Decreto de prenda agrícola de 1917; la Ley de 5 de diciembre de 1941 y la de hipoteca mobiliaria de 16 de diciembre de 1954 admiten indirectamente el depósito irregular y crean la anomalía del depósito de cosa propia.

El Código de Comercio no lo rechaza categóricamente (el 310 destruye un tanto el efecto del 309), pero aunque lo hiciera se manifestaría en la vida mercantil española (GARRIGUES).

En el proyecto de reforma para que exista se requiere que sea de numerario y por tiempo indeterminado; que el depositario sea banquero y el depositante conozca previamente las garantías especiales que el depositario afecta al cumplimiento de sus obligaciones. Se prohíbe el depósito de valores y se da al depósito irregular un contenido obligacional.

Es el único de los contratos irregulares sobre el que hace muchos años se discute sin interrupción, porque es un disconforme con nuestra estructura mental. Es un gran perseguido jurídico, porque quiere ser justo y adecuarse a la necesidad que el hombre sólo satisface por su vía. Sufrir persecución por la justicia y debemos procurarle, a lo menos, el limbo de los Códigos.

La renta vitalicia y el pacto contrario al artículo 1.805.—Augusto Gómez Martinho Faerna.

Es una figura jurídica poco frecuente porque como contrato de larga duración se ve afectado por la inestabilidad monetaria; sufre desfavorable trato fiscal y concede escasa garantía al pensionista. Es un contrato aleatorio, consistiendo el alea en no precisar la proporcionalidad entre las prestaciones de las partes. De tracto sucesivo; existe un contrato único del que se derivan muchas obligaciones, por lo que deben distinguirse las acciones, según afecten al contrato (único) o a las prestaciones (múltiples). En derecho romano fué un contrato innominado real «do ut des»; los Códigos modernos lo consideran consensual; nuestra doctrina lo consideró tradicionalmente real y unilateral por la dicción del 1.802, pero los términos que acuñan el contrato real en los artículos 1.740, 1.758 y 1.863 son muy diferentes al desafortunado «desde luego» y el pago de la renta es el cumplimiento de una obligación previa. Es un contrato oneroso, no de onerosidad objetiva (equivalencia de las prestaciones), pero sí de subjetiva (correspectividad en las prestaciones).

Es real (tesis de DEL MORAL). Argumento histórico: la renta vitalicia se deriva del censo vitalicio. Gramatical: las expresiones de los artículos 1.802 y 1.807. Lógico y sistemático: de no admitirse su naturaleza real quedaría desamparado el pensionista y en las relaciones jurídicas de largo tracto la Ley establece siempre una garantía real. En esta posición el artículo 1.805 es perfectamente inútil y hay que entenderlo referido al caso en que la transmisión consista en bienes muebles o en dinero. El pensionista tiene, pues, un derecho de realización de valor equivalente a la hipoteca del artículo 157 de la Ley Hipotecaria.

Es derecho personal para la doctrina mayoritaria y el Tribunal Supremo y Dirección General porque la palabra «carga» no siempre se usa en el Código civil con valor técnico; porque el artículo 1.802 se refiere a muebles e inmuebles y el 1.805, que no establece distinción, debe entenderse referido a todos; porque el Código civil silencia el censo vitalicio y porque para no desampa-

rar al pensionista cabe el remedio de la hipoteca de renta u otra forma de garantía real.

Supuesto que «per se» no sea real, ¿puede serlo por pacto? La Dirección General se ha pronunciado por la negativa porque el derecho de hipoteca es el más adecuado; porque el Código silencia el censo vitalicio y porque no cabe aplicar, en este caso, la doctrina del «numerus apertus». La solución dependerá de la que se dé a la cuestión fundamental de la libre creación de los derechos reales.

El artículo 1.805 no se considera justificado (WAHL) o se justifica por razones de tipo económico y práctico (AZURZA) o por el carácter unitario del derecho a la renta (ENNECERUS-LEHMANN). La posición más convincente es presumir que las partes miran más a la renta conjunta (acto de previsión) que a las pensiones singulares (acto de prestación). Este artículo está fundado en una simple presunción de voluntad de las partes, no trata de proteger el interés de un débil y es una excepción al artículo 1.124.

Hay que diferenciar el pacto resolutorio (el deudor podrá exigir la devolución de capital) y el comisorio (podrá retener, además, las pensiones satisfechas). En cuanto al pacto resolutorio la Dirección General, en la única resolución que abordó directamente el problema (31 de mayo de 1951), negó su validez por la naturaleza del contrato, por la naturaleza del derecho del pensionista y por los términos del 1.805, pero a favor de su posibilidad se esgrime que es un contrato bilateral, y aunque es aleatorio puede pactarse la resolución, el argumento del 431 del Código de comercio, el 1.805 es más dispositivo que imperativo, y en cuanto al derecho del pensionista, más que problema de naturaleza es de inscribibilidad del pacto. En tema de pacto comisorio se argumenta a favor con base en el 1.255 y en contra por razón de equidad. La retención puede pactarse como sustitutiva, como daños y perjuicios; los mismos efectos del comiso pueden obtenerse admitiendo la irretroactividad de los efectos de la resolución por pacto expreso; si se le da el carácter de cláusula penal no podría ser moderada por los Tribunales y serían de aplicación analógica los artículos 1.859 y 1.884.

Pactada la resolución por incumplimiento, sin determinar expresamente sus efectos, si una parte ha cumplido (lo normal en

el caso de renta vitalicia) para evitar el enriquecimiento injusto se acude al mecanismo de la retroactividad que se justifica en los artículos 1.120 y 1.123; pero esta retroactividad admitida para los contratos de ejecución simultánea es negado en los de ejecución periódica. No creemos sostenible esta opinión porque la resolución tiene por objeto la relación jurídica unitaria de renta vitalicia; porque la retroacción es un efecto natural de la resolubilidad; porque admitir la compensación supone reconocer el juego de la retroactividad y porque siendo el 1.805 una excepción del 1.124 el pacto en contra de aquél hará revivir éste. No se trata de «condición» resolutoria, sino de «facultad» resolutoria expresa que afecta a las relaciones «inter partes» (art. 1.123), pero frente a terceros habrá que estar al párrafo último del artículo 1.124.

De las razones en contra debe rechazarse la de analogía con los artículos 1.859 y 1.884, porque obedecen a distinta finalidad; en cambio, si es posible asimilarlo al pacto de igual clase en la compraventa y asimilarlo a una cláusula penal admitiendo su juego como pena sustitutiva compensatoria o como pena acumulativa (1.152), y en todo caso como obligación susceptible de ser moderada por los Tribunales (1.154). Esta solución fué la admitida por el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de enero de 1945. Si únicamente se ha pactado en contra de la retroactividad, sin mencionar el comiso, la solución ha de ser la misma, porque los artículos 1.120 y siguientes son dispositivos. En resumen, se infiere la posibilidad del pacto comisorio, quedando sólo en pie de las razones alegadas en su contra la razón de equidad, pero el enriquecimiento injusto puede estar legitimado por el carácter aleatorio del contrato y considerada como cláusula penal cabe la reducción equitativa por el Juez.

El contrato es a término y el pago de las pensiones también y nada obsta que se pacte el plazo esencial en los pagos de la renta, ya que atienden a la subsistencia de una persona, aunque el término no será siempre «per se» esencial y los efectos de su incumplimiento serán análogos a los originados en el caso de condición resolutoria expresa. En nuestra doctrina sólo se ocupó del problema VICENTE y GELLA, y con referencia a los contratos mercantiles. En nuestro derecho positivo será de posible aplicación analógica el artículo 1.504.

El matrimonio civil de bautizados. El matrimonio civil de los españoles en el extranjero.—José Bautista Montero-Ríos.

La competencia de la Iglesia en materia de matrimonios de bautizados se extiende a todas las cuestiones relativas al mismo, en cuanto éstas le conciernen, y la potestad del Estado se limita a los efectos puramente civiles (art. 1.º del Concordato y Principio II de la Ley Fundamental del Reino). El Codex establece en el canon 1.099 las personas que han de guardar la forma eclesiástica en su matrimonio, y el «Motu proprio» de Pío XII de 1 de agosto de 1948 aclaró este punto. Ante el Concordato, GARCÍA CANTERO y MALDONADO estimaron que el Estado asumió la obligación de concordar ambas legislaciones; MIGUÉLEZ, FUENMAYOR y la mayoría de la doctrina y el Tribunal Supremo estiman que el criterio del Gobierno es considerar que el Concordato nada ha alterado.

En España impera la unidad católica hasta la Constitución de 1855, la de 1869 y Ley del matrimonio civil de 1870, que suprimieron los Reales Decretos de 22 de enero y 9 de febrero de 1875. Al discutirse el Código civil, la Santa Sede toleró las disposiciones sobre matrimonio de heterodoxos, y nació el antiguo artículo 42, cuya exégesis se hizo por Real Decreto de 28 de diciembre de 1900. La regulación no estaba de acuerdo con las normas canónicas, y después de las Reales Ordenes de 17 de agosto de 1906, 28 de febrero de 1907 y 28 de junio de 1913, y la Orden de 10 de febrero de 1932, se dictó la Ley de matrimonio civil de 1932, que fué derogada en 12 de marzo de 1938, volviendo al sistema del Código civil en su interpretación del año 1900.

La Orden de 10 de marzo de 1941 buscó una mayor concordancia con la doctrina canónica, exigiendo que ambos cónyuges no pertenecieran a la religión católica, que la acatolicidad se entendía sólo en los no bautizados y que había de probarse documentalmente o por declaración jurada, imponiéndose en otro caso sanción de nulidad. Se inició una doctrina más laxa a partir de la resolución de 17 de diciembre de 1954.

La reforma del Código civil de 24 de abril de 1958, la del Registro civil de 14 de noviembre de 1958 y la Instrucción Circular de

la Dirección General de 2 de abril de 1957 constituyen la legislación actual.

La no profesión de la religión católica no sólo se refiere a los no bautizados, sino a los apóstatas. La resolución de 4 de marzo de 1961 marca algunos criterios indiciarios de la apostasía. La prueba de la acatolicidad es el punto más delicado de toda la reglamentación; el apartado III de la Instrucción Circular especifica los medios de prueba: la confesión—aun bajo juramento—no basta por sí sola, es posible la certificación negativa de bautismo o el acta de notoriedad de apostasía, la más adecuada es la prueba testifical, y «a ser posible con intervención de testigos no elegidos por las partes». Tratándose de bautizados, exige el artículo 245 del R. R. C. que se comuniqué al Ordinario del lugar, y no se verificará el matrimonio hasta que no transcurra un mes. Este requisito fué aclarado por la Instrucción Circular y por Carta de la Nunciatura de 25 de marzo de 1957. La incorrecta doctrina, desde el punto de vista teológico, de la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1959 fué corregida por la Resolución de 18 de mayo de 1961. La Circular declaró en vigor el artículo 83, número 4, del Código civil, y así lo estimó la Resolución de 8 de marzo de 1950.

El Tribunal Supremo ha diferenciado los matrimonios contraidos bajo la Ley de matrimonio de la República y bajo el Código civil. En cuanto a los primeros, sienta, acertadamente, el criterio de la no retroactividad de la Ley de 12 de marzo de 1938; en cambio, la enumeración del 101 no es exhaustiva, y el deber impuesto a los católicos es un deber jurídico. En cuanto a los segundos, se declararon nulos los matrimonios civiles por la condición católica de uno de los contrayentes. La prueba de acatolicidad es formalidad previa, y en cuanto al grado de ineficacia del matrimonio nulo no ha hecho el Tribunal Supremo pronunciamiento expícito, pero entrarán en el área del artículo 69 (tesis de JORDANO y de CASTRO).

A la vista del artículo 51, el problema se plantea cuando con posterioridad al matrimonio civil uno de los cónyuges pretende contraer nupcias religiosas con otra persona. Al derogarse la Ley de matrimonio civil por la del 38, no se le confirió eficacia retroactiva (salvo en caso de matrimonio de ordenados, religiosos

profesos o de las consecuencias de nulidad de las sentencias de divorcio dictadas por los Tribunales al amparo de la disposición adicional 3.ª de la Ley de 23 de septiembre de 1939). Opinión distinta mantuvieron FERNÁNDEZ REGATILLO, ELOY MONTERO y DEL AMO. El Tribunal Supremo, que en principio no consideró la bigamia, cambió de criterio a partir de la sentencia de 14 de enero de 1955. En este supuesto habrá que aplicar la ineficacia «relativa», porque la jurisprudencia civil no puede anular un matrimonio canónico que producirá su eficacia cuando se disuelva el civil por muerte de uno de los cónyuges.

En el matrimonio civil de los extranjeros en España la capacidad se rige por la Ley nacional de los contrayentes, pero puede aplicarse la española por vía de orden público; en la forma se aplicará la Ley española, con la especialidad del artículo 92 del Código civil, y por costumbre internacional y principio de reciprocidad se admite celebrar el matrimonio ante el funcionario consular del país correspondiente, pero sólo será válido si ambos son extranjeros. Estos matrimonios no serán inscribibles en el Registro; pero si se trata de personas nacidas en España, tendrán acceso por nota marginal (art. 39, L. R. C.).

En el matrimonio civil de españoles en el extranjero no hay problema si se celebran ante funcionario diplomático o consular español (art. 100, C. c., *in fine*), pero sí en caso de celebrarse ante funcionario civil del Estado extranjero. Del juego de los artículos 9, 11 y 42 resulta que la no profesión de la religión católica integra las Leyes relativas a la capacidad de las personas, pero la forma planteará aguda problemática. La Ley de matrimonio civil de 1870 y el artículo 70 de la L. R. C. diferenciaban claramente los problemas de capacidad y los de forma, pero faltaba la calificación por el encargado del Registro y se inscribían uniones civiles válidas según la «Lex loci», pero con impedimentos dirimentes establecidos por la Ley española. La doctrina y la jurisprudencia adoptaron una actitud prohibitiva; pero a partir de 1945 se admitió la transcripción en el Registro español de las actas de matrimonios civiles contraídos por españoles según la «lex loci», anteriores a 10 de marzo de 1941 y los posteriores si se justifica su acatolicidad. La L. R. C. soluciona el problema reconociendo facultad calificadora al encargado del registro; reconociendo la validez del matri-

monio contraído en el extranjero según la «Lec loci», pero exigiendo expediente para su inscripción y admitiendo un tipo de asiento (anotación) con efectos puramente informativos.

El Reglamento completó y aclaró esta doctrina. Es válido el matrimonio celebrado según la «Lex loci», rigiendo la Ley española para los requisitos de capacidad, entre los que se comprende la acatolicidad, se atribuye a funcionario español y el expediente podrá ser previo o posterior a la celebración del matrimonio, pero siempre previo a la inscripción, aunque no a su anotación.

La solución legal es la más conforme al espíritu de las normas del Derecho internacional privado y a las necesidades prácticas por la forzosa limitación del servicio consular en proporción con la diáspora de los españoles.

El embargo de bienes gananciales.—Rafael Ruiz Gallardón.

Entre las muchas e importantes modificaciones del Reglamento Hipotecario puede destacarse la reforma del artículo 144, que apenas nacida fué muy criticada, por la inadecuación e incluso oposición a normas civiles y procesales de rango superior y por las dificultades creadas de orden práctico.

El embargo puede considerarse como actividad y como situación específica de los bienes. Como actividad es un acto procesal del juez, aunque a instancia de parte. Como situación es considerado como sustantivo, por la mayoría de la doctrina española, porque modifica el derecho de crédito del ejecutante y el de propiedad sobre los bienes trabados. Requiere obligaciones susceptibles de ejecución o de prevención de ejecución e imputables al deudor ejecutado; bienes patrimoniales, alienables, embargables y pertenecientes al deudor al practicarse el embargo y anotación preventiva en el Registro de la Propiedad.

La sociedad de gananciales, a base del artículo 1.392 del Código civil, completado con otros, puede definirse como la sociedad que la Ley declara existente entre los cónyuges, a falta de estipulación en contrario, por la que se hacen comunes y divisibles por mitad, a la disolución del matrimonio, las ganancias y beneficios obte-

nidos indistintamente por cualquiera de ellos durante el matrimonio.

Han surgido muchas teorías sobre su naturaleza jurídica. Patrimonio con personalidad jurídica atenuada (BONNECASE). Sociedad civil (ROYO MARTÍNEZ). Patrimonio de uno de los cónyuges, generalmente del marido (ROGUIN). Comunidad romana (BAS Y RIVAS). Comunidad germana (ROCA SASTRE). Comunidad con gestión unificada (TEDESCHI). Patrimonio colectivo (MESSINEO). Comunidad sobre un patrimonio dinámico (LACRUZ). Comunidad de bienes, especial, de tipo familiar (BELTRÁN DE HEREDIA).

La posición de nuestro Tribunal Supremo no ha sido uniforme y clara, frente a la de la Dirección General, que, salvo en algunas resoluciones antiguas (personalidad jurídica), pronto se orientó de modo uniforme (comunidad germana).

Las obligaciones a cargo de la sociedad de gananciales se regulan en los artículos 1.408 a 1.411 del Código civil, pero se plantea la más interesante problemática en el número 1 del 1.408.

Además, no todos los gananciales quedan igualmente afectados (cfr. 1.386). Las facultades de administración son muy amplias (1.412). En las de disposición hay que diferenciar las «mortis causa» (1.414), y en las «inter vivos», las gratuitas (1.415) y las onerosas (1.413). Este último artículo, en su reforma reciente, ha provocado enorme literatura.

El consentimiento «uxoris» puede considerarse un poder de codisposición (DE CASTRO) o un requisito habilitante y una limitación de los poderes dispositivos del marido, participando de la licencia marital y encajando en los negocios de asentimiento (CÁMARA y RODRÍGUEZ ADRADOS). Se admite por algunos autores que pueda prestarlo la mujer anterior, simultánea o posteriormente al acto de disposición y que puede ser especial o general.

La autorización judicial subsidiaria procederá cuando el no realizar el acto dispositivo suponga peligro o grave daño para la sociedad (DE CASTRO), o cuando el realizarlo no suponga perjuicio (CÁMARA). La autorización deberá ser previa al acto o a su consumación, aunque podrá celebrarse bajo condición suspensiva (CÁMARA). El autor admite que puede ser posterior, por analogía con el consentimiento «uxorio». Siempre deberá ser especial.

La falta de consentimiento y autorización produce una anula-

bilidad especial (CÁMARA), o una ineficacia relativa (RODRÍGUEZ ADRAPOS). Los que contratan con el marido no pueden alegar ignorancia. Los terceros de buena fe tendrán la protección general.

La determinación de las medidas de aseguramiento oportunas. se deja al recto proceder judicial.

Aparte de las acciones específicas que puedan ostentar, la mujer y sus herederos podrán impugnar los actos prohibidos en base del 1.413 *in fine*, y si existen terceros de buena fe, se dará una responsabilidad directa del marido y una obligación de colacionar.

La mujer, en casos normales, sólo puede obligar los gananciales con el consentimiento del marido (1.416), y en los gastos diarios, bajo su tolerancia (1.362). En situación especial, de ejercicio de comercio, habremos de diferenciar si lo hace con licencia (10 C. c.) o sin ella (12). En el caso excepcional de que sea la administradora de la sociedad conyugal (por darse alguno de los supuestos de los artículos 225 y 1.441 del C. c.), tiene idénticas facultades e idéntica responsabilidad que el marido (1.442), con las limitaciones que le impongan los jueces y las del 1.444. La necesidad de licencia judicial se predica de todos los bienes, porque precisamente se parte de ello para dejar integrados los valores públicos y privados.

Los bienes deberán ser efectivamente gananciales (1.401 a 1.407), aunque por el juego de los artículos 1.421 a 1.423 parece deducirse que el capital del marido responde de las dudas gananciales; los bienes presuntivamente gananciales provocarán la tercera de dominio, pero, según reiterada jurisprudencia contenciosa y registral, no basta con la aseveración del marido.

La reforma dió una redacción más amplia al artículo 95 del Reglamento y añadió un párrafo al 94. La L. E. C. materializa la garantía de la traba en la administración judicial, depósito y anotación preventiva, y esta anotación se cita en los artículos 38, 42, 43 y 44 de la Ley y 140, 141 y 144 del Reglamento.

El 144 antiguo, aunque con defectos de técnica procesal, pero su contenido estaba bastante claro con las tres situaciones perfectamente diferenciadas. La nueva redacción mantiene la misma normación de la situación segunda y tercera, pero en la primera, además de los requisitos exigidos, añade que la demanda se haya dirigido contra ambos cónyuges y que, llegada la enajenación for-

zosa, se cumplirá lo dispuesto en el 1.413 del Código civil, en relación con el 96 del Reglamento Hipotecario. Es muy discutible esta exigencia de codemandar. Quizá el único autor que comentó favorablemente la reforma fué LA RICA, que manifestó su concordancia con la nueva redacción del 1.413, pero intuyendo las dificultades procesales, añade: «basta que la mujer sea parte o, por lo menos, citada...». CÁMARA critica la reforma, porque en las enajenaciones forzosas no hay verdadero acto de disposición, y bastaría «notificar» a la mujer el procedimiento, antes de anotar el embargo, y porque en muchos casos la mujer no está legitimada pasivamente para ser demandada. Los temores de las posibles dificultades prácticas se han puesto ya de relieve, como realidades, en dos informes del Consejo Superior Bancario.

Nos hallamos ante un problema de responsabilidad y un acto de disposición, pero no propiamente del marido, porque la escritura de venta también podrá ser formalizada por el ejecutor, y en buena técnica procesal, ni podrá notificarse la interposición de la demanda a la mujer, que no será parte en el proceso.

La anotación, sea o no constitutiva, es obligatoria (43 L. H. y 1.453 de L. E. C.), y no parece el 144 aplicable a los bienes comunes de los derechos forales.

Donaciones esponsalicias y donaciones entre cónyuges en Derecho común y Derecho catalán.—Luis Roca-Sastre Muncunill.

Pueden considerarse de uso universal los regalos de los prometidos entre sí, o de parientes o extraños, en ocasión de esponsales y en consideración al futuro matrimonio.

En Derecho romano se denominaban esponsalicias porque eran su ocasión los esponsales. No se les comprendía en la prohibición de la Lex Cincia y estaban exceptuadas de la «insinuatio». En lo demás se regían por las normas de las donaciones en general y de las donaciones matrimoniales en particular.

En Derecho germano se conocen los esponsales y las donaciones esponsalicias, preferentemente de los prometidos a las prometidas.

El Fuero Juzgo y el Fuero Viejo recogen parcialmente las Constituciones 15 y 16 de Constantino. Los Fueros Municipales contenían reglas parecidas. El Fuero Real reproduce la Ley 16, pero rechaza la devolución si el prometido «hubo que ver con ella». Las Partidas reproducen las Constituciones 15 y 16, pero alterando la primera. La Ley 54 de Toro establece cierto confusionismo al extender el efecto del ósculo en todo caso, prescindiendo de la noción de culpabilidad. Las Pragmáticas de Don Carlos y Doña Juana y de Felipe IV prohíben dar a la prometida más de la octava parte de la dote aportada por ella.

El Código civil las regula como institución única, refundiendo las esponsalicias «*stricti sensu*» y las demás otorgadas en contemplación del primer matrimonio, pero la fusión normativa no implica que hayan perdido su tipicidad.

Son liberalidades de uso, otorgadas en ocasión de una promesa recíproca de futuro matrimonio, supeditadas a su celebración y consistentes en regalos, obsequios, presentes u otros dones de cosas muebles de valor módico proporcionado, hechas por los prometidos entre sí o por terceros a favor de alguno de ellos o de ambos.

Capacidad: 1.329. Presupone que se otorgan en el contrato antenuptial, lo que es conforme con las donaciones matrimoniales «*stricti sensu*», pero no con las esponsalicias. El complemento de capacidad responde a la regla «*habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*».

Aceptación: 1.330. El Código deroga la norma general para evitar el desistimiento del donante mientras la aceptación no sea conocida (623) o al menos emitida (629). El donatario puede rechazar la donación. Algunos autores entienden que se dispensa la aceptación expresa, pero subsiste la presunta. Otros consideran que la regla general cede ante el «favor matrimonii». Lo dicho será irrelevante, salvo si el donante es un tercero.

Limitación: 1.331. En cuanto a bienes presentes, sólo juega entre prometidos. En los futuros no afectan a las donaciones esponsalicias por razones obvias.

Liberación: 1.332. Raras veces actuará en materia de donaciones esponsalicias; además, la liberación no siempre será posible, por requerir el consentimiento del titular de la carga.

Revocación: 1.333. El matrimonio juega como condición suspen-

siva (SÁNCHEZ ROMÁN), resolutoria (DE BUEN) o «iuris» (PUIG BRUTAU). En las donaciones matrimoniales «stricti sensu» hay más bien una «condictio facti» suspensiva, y en las esponsalicias el matrimonio es una presuposición de tipo resolutorio. La restitución procede, cualquiera que fuese la motivación que impidió el matrimonio y siendo independiente de la acción del artículo 44. Está sometida a la prescripción ordinaria. La fórmula del Código (que no sigue al Derecho romano ni al antiguo castellano) funciona a la perfección, atendido al tipo a que responden en puridad las donaciones esponsalicias, tal como las entendemos.

En el incumplimiento de la condición hay un modo causalizado. Ante la duda habrá que estar al «favor matrimonii». En la falta de licencia para el matrimonio (arts. 45 y 46) no entra el emancipado por matrimonio, y la revocación juega como una sanción, que no es muy ortodoxa en las esponsalicias.

En caso de nulidad del matrimonio con mala fe, el donante queda autorizado para revocar; pero si la mala fe es de ambos, no habrá posibilidad de neutralizarse. La dispensa canónica de «matrimonio rato» equivale a disolución. Se incluyen aquí por algunos (v. gr., CASTÁN) los casos de separación judicial y de la viuda que casa antes del tiempo fijado en el artículo 45.

Por remisión del 1.328, quedarán sujetas a la pauliana; serán reducibles por inoficiosidad legitimaria y colacionables.

En Derecho catalán se regían por el Derecho romano, pero el ósculo como solemnidad había desaparecido y la mujer hacía suyas el anillo de prometida y otras joyas, y los regalos de los parientes del esposo tenían el carácter de parafernales.

La Compilación da preferencia al pacto sobre sus normas. Las define destacando su carácter de liberalidad de uso. En cuanto a la aceptación, se aviene al Código civil. No establece la obligación de liberar gravámenes. Los efectos de la no celebración del matrimonio se adaptan al Código civil, pero el prometido culpable pierde definitivamente lo donado, y si ambos lo son, ninguno podrá revocar lo donado.

En Derecho romano nace la prohibición en derecho consuetudinario después de la Ley Cincia y se encuadra en la legislación augustea. La prohibición implicaba la nulidad radical. La tendencia jurisprudencial es hacer de la prohibición una interpreta-

ción más benigna. La «valiente medida» de la Oratio Severi se mantiene hasta Justiniano, que extiende la validez a otros supuestos e instaura la retroacción de la donación convalidada.

El Fuero Juzgo las prohibió durante el primer año de matrimonio; después debían hacerse por escrito y con testigos. El Fuero Real reproduce lo anterior, pero pasado el año sólo lo permite si no hay hijos. Las Partidas reproducen la evolución del sistema romano. El Proyecto de 1851 seguía el sistema de nulidad, con las excepciones de modicidad y regocijo de la familia.

El Código civil adopta el sistema de nulidad absoluta. El 1.334 establece una norma de «ius cogens» y el 1.335 sienta una presunción «iuris et de iure». Para que juegue la nulidad se precisa que la donación se otorgue durante el matrimonio. Si es declarado nulo, recobra validez la donación. Si es putativo, nos atendremos al artículo 69. La modicidad es un criterio de hecho, al arbitrio de los Tribunales. El regocijo familiar se presta mucho a la simulación, pero cabe la reiterabilidad sospechosa. VALLET estima que el 1.334 nos lleva a un criterio parecido a la Oratio Severi (posible convalidación). FUENMAYOR niega la sagaz argumentación. Nos inclinamos por esta última posición. En otro caso, el Código se hubiese expresado con claridad.

En Derecho catalán rigió el sistema romano-canónico de nulidad con posible convalidación. La Compilación sigue la misma línea en sus artículos 20, 21 y 22, dedicando el 23 a la presunción muciana. Ha de tratarse de donaciones entre cónyuges hechas durante el matrimonio y fuera de capitulaciones matrimoniales. En principio serán nulas, pero se admite convalidación retroactiva. La facultad revocatoria es «ad libitum». La convalidación se admite por «silentium» del donante o por «confirmatio testamentaria». De la nulidad se exceptúan las liberalidades de uso y regalos módicos; las destinadas a reparar fincas amenazadas de ruina; las de mero uso de una cosa; las «mortis causa» y el «excreix».

Los heredamientos simple, cumulativo y mixto.—José Luis Pardo López.

Es de importancia el tema por el auge moderno de la sucesión contractual, que hoy renace como instrumento de estabilidad de la explotación rural y por haberse regulado por vez primera en un cuerpo legal, lo que tradicionalmente se abandonó a la costumbre y al pacto.

El Código civil en principio sólo admite la sucesión legal y la unilateral, pero a lo largo de su articulado se encuentran manifestaciones de la contractual. Las legislaciones forales admiten paralelamente la testamentaria y la contractual.

La contractual, históricamente, precede a la testamentaria y sigue a la legal. La tradición latina es contraria al pacto sucesorio, en el que ve peligros contra la libre circulación de la riqueza. Esta tradición encaja con el liberalismo y el mercantilismo del siglo XIX y se recoge en nuestro Código civil. La germánica ve más ventajas que inconvenientes, y hoy es la más aceptada por responder a las modernas tendencias de la propiedad como función social, y en especial a las posiciones actuales del Derecho agrario. En Derecho foral, precisamente por consideraciones sociales, se admitió siempre la importancia del pacto sucesorio.

La sucesión contractual tiene tres modalidades: pacto de disposición de la sucesión de un tercero; pacto de «non succedendo» y el de sucesión. A esta última categoría pertenece el heredamiento.

Se definió tradicionalmente como «donación "inter vivos" de la herencia futura». Roca lo conceptúa: «institución de heredero, hecha en contrato, por causa de matrimonio». Es una figura compleja de contenido sucesorio, formalización contractual y causa legitimadora matrimonial.

Como institución de herederos, concede esta cualidad y revoca el testamento anterior. Como contrato es irrevocable, salvo que el heredante se hubiere reservado la facultad de revocar. Como institución legitimada por el matrimonio, es una transacción histórica entre el principio prohibitivo del pacto sucesorio y el de protec-

ción de la familia y su patrimonio. El régimen varía según las regiones forales y las modalidades. En general: capacidad de contraer matrimonio, contenido de testamento y forma de capitulaciones matrimoniales.

Los heredamientos en Cataluña eran una institución de derecho consuetudinario y de técnica notarial. La Compilación los regula con amplitud, como corresponde a su importancia.

El matrimonio puede considerarse: del heredante y heredero (mutual); de los heredantes («a favor de los hijos de los contrayentes») y del heredero (instituyéndolo en capitulaciones matrimoniales cualquier persona, generalmente sus padres). El efecto básico es la atribución irrevocable del carácter de heredero, en el último; en los otros dos se subordina a la sobrevivencia o al nacimiento. Produce otros muchos efectos secundarios. La modificación se acordará a las reglas sobre modificación de capitulaciones matrimoniales. En la extinción juegan los dos principios de irrevocabilidad y de mantenimiento del orden del patrimonio.

El heredamiento a favor de los contrayentes puede ser simple, cumulativo y mixto. El simple confiere únicamente la cualidad de heredero contractual, y por implicar la menor transmisión de derechos, la presunción está a su favor. El mutual produce los mismos efectos. En vida del heredante, no puede éste disponer de sus bienes a título lucrativo, salvo para regalos módicos y liberalidades de uso; legar lo que se hubiese reservado y dotar y acomodar a los hijos, según el poder de la casa y costumbre del país. Puede disponer a título oneroso, pero los actos serán anulables cuando se otorguen en fraude del heredamiento y el adquirente no sea ajeno al fraude. En tema de facultades dispositivas del heredante, a falta de consentimiento del heredero, será necesaria la autorización judicial. El heredero posee esta cualidad, inalienable e inembargable; si premuere al heredante, transmite el derecho a sus hijos; pudiendo designar—en testamento—qué hijo le sustituirá o haciéndose la designación por el heredante. Si no hay hijos o no son herederos, queda sin efecto el heredamiento, pero subsisten los derechos concedidos a otras personas. Fallecido el heredante, se produce la sucesión sin necesidad de aceptación ni posibilidad de renuncia.

El cumulativo y mixto, salvo su diferencia inicial, son de efec-

tos análogos. En vida del heredante se transmiten por heredamiento simple, salvo pacto en contrario; en el cumulativo, los bienes adquiridos después de la donación, los muebles de uso personal, los adscritos a la explotación familiar y los reservados; en el mixto, todos los no comprendidos en la donación. En los bienes transmitidos de presente puede reservarse el heredante derechos y facultades para sí o terceras personas y establecer pactos reversionales. Si el heredero premuere al heredante o incurre en indignidad, transmite a sus sucesores los bienes adquiridos de presente, salvo pacto reversional; en cuanto a las deudas anteriores (al heredamiento), sólo responde con los bienes transmitidos de presente y previa excusión de los reservados; de las posteriores no responde ni con los bienes donados ni con los propios. Fallecido el heredante, surten los efectos del heredamiento simple.

En el Código civil los pactos sucesorios, excepcionalmente admitidos, no son encuadrables en el heredamiento. El 174 es heredamiento simple, pero por causa de adopción. El 831 será, más bien, heredamiento a favor de los hijos de los contrayentes en su modalidad de preventivo y de libre elección.

En Derecho aragonés, el artículo 34 autoriza el heredamiento amplio, pero el 58 parece limitarlo a la regulación de la «sucesión de los cónyuges y de su descendencia». El Anteproyecto admite la sucesión contractual «sensu amplio». En Derecho vizcaíno el testamento por comisario responde, más bien, a la idea de testamento que de heredamiento. En Derecho navarro, la donación «propter nuptias» equivale al heredamiento cumulativo catalán. En el balear, por influencia de la región catalana, se practican los heredamientos universales en sus diferentes tipos.

La responsabilidad «intra vires» y «ultra vires» en la herencia y en los legados.—Francisco Javier López Contreras.

Todos los ordenamientos modernos admiten la subsistencia de las deudas «post-mortem», salvo las personalísimas. Lo que varía es el sistema de liquidación, que podrá ser por un liquidador especial o por el sucesor. En el terreno especulativo hay tres sistemas fundamentales de responsabilidad del sucesor: «ultra vires»;

«ultra vires» para las deudas e «intra vires» para las cargas o «intra vires». Este último puede funcionar «cum viribus» (limitación de responsabilidad cualitativa) y «pro viribus» (cuantitativa).

Aunque en Derecho romano arcaico parece que no existió la transmisión «mortis causa» de las deudas, ya se halló—ésta—consagrada en las XII Tablas, con responsabilidad «ultra vires». Se fundamenta en las teorías de la «successio» personal o jurídica o en la «adquisitio» de la «universitas». La confusión de patrimonios podía perjudicar a los acreedores del causante (por deudas del heredero) o a los del heredero (por deudas del causante). Se arbitraron como remedios: repudiación, «ius abstinendi», «separatio bonorum» y beneficio de inventario.

En Derecho germano parece que existió responsabilidad «intra vires» y «cum viribus», después «pro viribus». También se podían abandonar los bienes a los acreedores.

Los Derechos anglo-americanos instauran una especial liquidación de la herencia por el ejecutor. La herencia se convierte en un activo líquido, que se reparte entre los herederos, quienes nunca responden de las deudas del causante.

En un sistema sucesorio como el nuestro, de raigambre romana (cfr. resolución de 30 de junio de 1956), la responsabilidad es ilimitada «per se» y limitable por beneficio de inventario. El verdadero fundamento está en la Ley, que esgrime razones de solidaridad familiar y de protección a los acreedores del difunto. En caso de pluralidad de herederos, no se sigue el principio romano de la mancomunidad, sino el de la solidaridad, del Proyecto de 1851. El 1.084 genera esta responsabilidad, una vez hecha la partición. GINOT, GONZÁLEZ PALOMINO y alguna sentencia del Tribunal Supremo sostienen que nace con la aceptación. LACRUZ mantiene la aplicación de la norma general (1.337), en perfecta concordancia con el Derecho romano.

Pero hay supuestos de limitación de responsabilidad «ipso iure» (957, 992 y 996). Para GINOT, sólo es indudable el caso del Estado. El heredero que utiliza el beneficio de inventario es un auténtico sucesor con responsabilidad limitada «intra vires» y «cum viribus». Esta tesis de VALLET y LACRUZ se deduce además de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los artículos 1.023, 1.026 y siguientes del Código, especialmente del 1.029.

En tema de la responsabilidad del legatario, la «Lex Furia» prohíbe los legados superiores a mil ases; la «Lex Voconia» prohíbe que el legatario adquiera más de lo recibido por el heredero, y la «Falcidia» reserva, en todo caso, para el heredero una cuarta parte de la herencia y considera nulos a los legados que la sobrepasan. En Derecho justinianeo se desnaturaliza porque puede ser derogada por el testador o por el heredero si paga voluntariamente, y para gozar de ella el heredero debe formalizar inventario dentro de ciertos plazos. El Derecho intermedio tiende a limitar la responsabilidad del heredero «intra vires». En España, frente a la tesis de ROCA y CÁRDENAS, la mayoría se inclina por la responsabilidad «ultra vires», y ello por razones históricas (Partidas y Proyecto de 1851) y jurídicas (1.003, 1.023 y 858 a contrario). En contra pueden citarse los artículos 764 y 887. Es lógico el criterio legal, pues los intereses de los legatarios no pueden dejarse en manos de los herederos, y no es suficiente la protección de la anotación preventiva. El legatario no es sucesor, sino adquirente; por ello no responde de las deudas del causante, aunque le afectan, puesto que los acreedores son preferentes. La responsabilidad será, pues, «intra vires» y «cum viribus», aunque admitiendo la subrogación del valor y existiendo heredero no tendrán responsabilidad directa, sino «de rebote» (VALLET). La posibilidad de gravar al legatario con cargas o sublegados no ofrece dudas. La responsabilidad será «intra virus» y «pro viribus». En caso de la herencia distribuida en legados, hay división de opiniones. Sientan la tesis de la responsabilidad «cum viribus» o «pro viribus» LACRUZ y VALLET, y solidaria o no, SÁNCHEZ ROMÁN y VALLET o MANRESA y SCEVOLA.

En cuanto a la responsabilidad del legitimario, admitida la tesis de VALLET (de la «pars debita»), las consecuencias serán diferentes, según la fórmula en que se reciba. El legitimario heredero, salvo el uso del beneficio de inventario, responderá ilimitada y solidariamente. El legatario no responde, aunque le afectan las deudas, y si aparecen deudas posteriores, responderá «intra vires». El instituido en cosa cierta y determinada responderá como heredero. El donatario no responderá ni le afectan las deudas, salvo «in casu», el 642 y 643. El legitimario al que se le deja su legítima con palabras comunes, será considerado legatario de parte alicuota.

(tesis de VALLET, frente a la de PORPETA), y no responde de las deudas, pero le afectan.

En Aragón, el artículo 44 es claro, pero no lo es tanto su clase de responsabilidad, que el autor califica de «intra vires», «pro viribus». En Cataluña el heredero responde por deudas «ultra vires» y mancomunadamente, pudiendo usar del beneficio de inventario; la responsabilidad será «cum viribus»; también se recoge la separación de patrimonios; la responsabilidad por legados se rige por las normas de la «Lex Falcidia». En Vizcaya la única especialidad es la referente al pago, por el juego de la troncalidad. En Baleares, la especialidad referente a la «Falcidia» es semejante a Cataluña, y como en Vizcaya, se aplica, en defecto de especialidad, el Código civil. En Navarra, el Proyecto recoge como única especialidad que la aceptación de la herencia se entienda hecha a beneficio de inventario, sin necesidad de formalizarlo, salvo que expresamente se haya aceptado pura y simplemente.

El beneficio de separación de patrimonios.—Manuel Ramos Armero.

El sistema sucesorio universal puro produce inicialmente la confusión de patrimonios que puede acarrear graves riesgos en una herencia con un fuerte pasivo. El derecho ha buscado los medios de tutela adecuados. En cuanto al sucesor, la repudiación de la herencia y el beneficio de inventario. Los acreedores de la herencia el «beneficium separationis». Los del heredero no tienen beneficio especial y directo.

El beneficio de separación es un derecho que se concede exclusivamente a los acreedores del causante, para que frente al riesgo de un heredero sobrecargado de deudas puedan hacer efectivas las prestaciones que se les deben. Son sus notas más significativas: no tener ninguna relación con cualquier otra separación de bienes que tenga distinto fin, aunque pudiera hallarse semejanza en los efectos y nacer de situaciones sucesorias en las que el heredero responda «ultra vires».

En derecho romano se creó por edicto pretorio, al lado de la «cautio heres suspectus». Se manifestó para los acreedores del

causante y posteriormente para los legatarios señalados por éste. El estudio de los textos del Digesto inclina a considerarlo separación absoluta, con todas sus lógicas consecuencias.

Pueden pedir la separación los acreedores del causante (y los de la herencia que se deriven de la última enfermedad) y los legatarios (aunque no tendrá objeto para los de cosa específica). Pasivamente está legitimado el heredero que haya aceptado la herencia pura y aun a beneficio de inventario (en este caso cabe la petición «ad cautelam»).

La separación tiene por objeto el patrimonio relicto con todas sus relaciones activas y pasivas, frutos, rentas, accesiones y adquisiciones por causa de herencia y los bienes enajenados por el heredero a título gratuito antes de la petición de separación; en cambio el juego de la subrogación real era de aplicación muy limitada en Derecho romano.

El «beneficium» parece que se originó como una incidencia dentro del proceso universal de ejecución contra un heredero, pero la situación evolucionó hasta adquirir propia substantividad, lográndose por procedimiento rogado ante el pretor y decretándose la separación por sentencia judicial, nombrando un curador para la herencia, con el fin de pagar a los acreedores.

Es potestativo, pudiendo existir acreedores con él y otros sin él; no altera la situación de los acreedores separatistas entre sí. Los acreedores del causante, como principio general, son siempre preferentes a los legatarios. Entre los legatarios separatistas y los no separatistas subsisten las preferencias de la Ley o las señaladas por el causante.

Se extingue por pago de los acreedores o agotamiento de los bienes; por reconocimiento del heredero como deudor por parte del acreedor y por alegar ignorancia por causa justísima e impetrar la venia el acreedor que solicitó el «beneficium».

Las Partidas recogieron la doctrina romana de la confusión de patrimonios y regulan el beneficio de inventario, omitiendo el de separación. GARCÍA GOYENA se ocupó ampliamente de él, pero el Código lo silencia y la doctrina o lo olvida (SÁNCHEZ ROMÁN) o limita su utilidad (MANRESA) o lo considera apuntado en el artículo 1.082 (DE DIEGO). ROCA, en sus *Notas al Kipp*, afirma que «el beneficio de inventario produce el efecto de un «beneficium sepa-

rationis...». La autoridad del autor produce un desenfoque del problema que es revisado por LACRUZ, LÓPEZ JACOISTE y CASTÁN. ROCA en un reciente trabajo, parece reprobar tácitamente su anterior posición. El artículo 1.034 no responde a la idea de producir un beneficio a los acreedores del causante, sino que es casi la traducción del «Codex» (6-30-22, pág. 4), y como dice WAN WETER: «El beneficio de inventario supone la solvencia de la herencia. El de separación la del heredero».

Hay que estar con Roca cuando rechaza la posibilidad de obtener los resultados del beneficio de separación con el 1.082 del Código. La influencia del Proyecto de 1851 se refleja en los artículos 1.038-4.º, 1.053 y 1.093 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La separación es relativa y temporal. Problema especial el artículo 1.053.

Están legitimados los acreedores del causante. No existe legitimado pasivo, en cuanto que la solicitud se hace al Juez que previene el juicio por sí mismo. Incide sobre el patrimonio total del causante, con aplicación de la subrogación real. Los créditos deberán acreditarse por título escrito cumplidamente y la separación no es objeto de declaración expresa, sino efecto natural del procedimiento. El pago se hará según las normas ordinarias del Código civil o de comercio y se sujetará a las normas de prelación correspondientes. Antes pagar que heredar. Se extingue por la satisfacción de los créditos, agotamiento del caudal o acuerdo común de los interesados.

La Ley de Enjuiciamiento Civil concede la misma facultad que a los acreedores, a los legatarios de parte alicuota, que tendrán prelación sobre los acreedores del heredero, pero serán pospuestos a los del causante y sólo ejercitarán su derecho sobre el patrimonio de éste, excluido totalmente el del heredero. En cuanto a los demás legatarios la anotación preventiva tiene un juego análogo a la hipoteca y muy lejano a la constitución de la masa que tipifica el beneficio de separación.

En conclusión, el beneficio de separación existe en nuestro derecho, defectuoso, incompleto, falto de normas materiales, pero existe a través de un procedimiento lento y costoso.

Nada aparece en Aragón, Baleares ni Vizcaya. En el anteproyecto navarro se ha impuesto, incluso en el caso de aceptación

pura. En Cataluña se conservó la institución romana a través del Derecho común y se recoge en el 264 *breviter*, lo que parece indicar que se deja al arbitrio del Juez la decisión de las medidas convenientes.

El usufructo testamentario. El acrecimiento en el usufructo sucesivo.—José Antonio Molleda Fernández-Llamazares.

La constitución testamentaria del usufructo es la forma más frecuente y tradicional. Es más, se ha dicho que el origen histórico del usufructo se halla vinculado a la figura del legado.

El usufructo puede ser unipersonal o plural; sobre cosas o derechos, sobre parte alicuota o sobre toda la herencia y puro, a plazo, condicional o «sub modo».

En el universal no hay duda si no existen herederos forzosos. En otro caso entra en juego el artículo 820 y puede admitirse si dichos herederos lo quieren. (Neta aplicación de la cautela *Socini*).

La configuración, del beneficiario, como heredero o legatario dependerá del criterio subjetivo u objetivo que se sustente para diferenciarlos y ni siquiera está claro en nuestro Código cuál es el criterio a seguir. Habrá que atenerse, en nuestra opinión, a un criterio voluntarista (o mejor será llamarlo interpretativo), pero modalizado por la norma del 510, de donde se deduce que en principio siempre será calificado de legatario.

En el pseudo-usufructo hay un legado actual de usufructo universal conjuntamente ordenado con una institución de heredero necesariamente aplazada y condicional, por referirse a «*non-dum concepti*». Se aplicarán los artículos 801-804.

Aunque el usufructo de disposición y el fideicomiso de residuo han sido identificados por algunos, se diferencian (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1954), como se diferencian el usufructo y la sustitución fideicomisaria. Todo el problema radica en una base falsa: la legalidad del usufructo de disposición. Una recta interpretación del 467, en la línea de la tradición, nos lleva a la «excepcional e impopular» posición de negarlo. Se pueden alcanzar sus mismos resultados prácticos a través de una adecuada aplicación del fideicomiso de residuo.

. El legado de usufructo simple. No se da el derecho de representación, pero se admite la sustitución vulgar y puede someterse a condición suspensiva o resolutoria. Existe la peculiaridad del 793, párrafo 2. Quedará ineficaz en los casos de incompatibilidad, transformación sustancial, enajenación o perecimiento por aplicación del 869.

Se adquiere (el puro) por muerte del testador, sin necesidad de aceptación y con posible repudiación según las reglas generales de los legados. Es, salvo disposición contraria del testador, un legado con eficacia real.

En tema de entrega se aplicará en principio el 885, pero podrá tomar posesión por sí en caso de autorización del testador o de usufructo universal. La apreciación deberá ser hecha conjuntamente y de común acuerdo por los legitimarios y el legatario o acudir al arbitrio judicial. En principio no responde del pago de las deudas y cargas hereditarias. El testador puede imponerle cargas, modos o legados, su responsabilidad será «intra vires, pro viribus» (858-2.º). También las cosas pueden estar, con anterioridad, afectas a gravámenes (juego del 867-3.º y 504). Si el usufructo es sobre la herencia, estimamos que se disloca en tantos cuantos elementos queden una vez liquidada, teniendo el usufructuario todas las facultades que van ligadas a cada tipo de usufructo, (cfr. 476, párr. 1.º) y el ejercicio de los poderes de adquisición o readquisición, así como de las previas relaciones jurídicas, siempre que no modifiquen el contenido inicial del usufructo. En el aspecto pasivo hemos de referenciar los artículos 508 y 510. El usufructuario no responderá del capital de las deudas, pero sí de los intereses y anualidades (867-3.º y 504), y si pagare las deudas, se subrogará (1.210, 2.º y 3.º, y 867, párr. 2.º), su responsabilidad al pago de legados se ajusta al 858-2.º y puede librarse de su responsabilidad por la renuncia (513-4.º).

El usufructo testamentario conjunto es permitido en el artículo 469, bajo la forma de legado de usufructo conjunto. Deben diferenciarse dos fases: la dinámica, hasta que se acepta por todos los destinatarios, y la estática, cousinguato encuadrable en los artículos 392 y siguientes. En tema de extinción, aunque el usufructo es divisible para la efectiva división de la cosa, sólo estarán legitimados los nudo-propietarios. Resultarán tantos usu-

fructos sobre cosas independientes como cotitulares. En otro caso quedará la vía de vender el usufructo y repartir el precio.

El usufructo testamentario sucesivo se concreta por vía de donación (640) o de testamento (787). La configuración plantea un problema básico: ¿hay un solo usufructo con llamamientos sucesivos o varios usufructos sucesivos? En nuestra opinión, puede ordenarse en cualquiera de sus modalidades, pero la que debe presumirse es la propia: auténtica sustitución fideicomisaria en el usufructo. Regirán, pues, las normas de dicha sustitución, salvo las modalizaciones por el estatuto legal del usufructo (verbi-gracia, atribución de dividendos en la Sociedad anónima, resolución de arrendamientos..., etc.).

El acrecimiento en el usufructo sucesivo requiere diferenciaciones. Si los llamamientos son singulares, es imposible hablar de acrecimiento. Si son plurales, el acrecimiento, en sus dos modalidades, tendrá aplicación dentro de cada escalón, excluyendo el paso al siguiente, siempre que concurren los oportunos requisitos generales. Así se pronuncia la resolución de 1 de diciembre de 1960.

El fideicomiso de residuo «eo quod supererit» y «si quid supererit».

Vicente Font Boix y Antonio de la E. Martínez-Radio.

Existe una escala de situaciones jurídicas hereditarias que comienza con el heredero normal en plena disposición y acaba en el heredero encargado de transmitir la herencia a otro, sin ninguna facultad de goce ni disposición. En medio de ambos extremos hay una serie de situaciones que el testador puede manejar por razones de afecto a los destinatarios de sus bienes y su deseo de reforzar la jefatura doméstica y el patrimonio familiar.

En Derecho romano el fideicomiso de residuo alcanzó gran importancia merced a la actuación pretoria. Se diferencia del fideicomiso común en que el momento de restitución se centra en la muerte del fiduciario; en que éste devenía dueño de los bienes con facultades de goce y disfrute y con facultades dispositivas, incluso discutiéndose si alcanzaban a los actos «mortis causa». La contradicción entre estas facultades y las expectativas

del fideicomisario se intentaron resolver con el criterio de la «bona fides» y la reserva de la cuarta indisponible, y sólo sobre ella prestaba caución el fiduciario. Este no podía deducir o dejar de restituir lo que debía al finado mientras la deuda no excediera de aquello que disminuyó el caudal. No hay cuarta trebeliánica, porque no se requiere estimular la aceptación. La cuarta reservada al fideicomisario es diametralmente opuesta a la trebeliánica.

En la evolución posterior en las regiones de Derecho romano se mantiene la indisponibilidad de la cuarta; en los Derechos nacionales se produce primero el retorno al sistema de la buena fe y después el paso a la libre disponibilidad. Se mantiene la figura en Francia e Italia, por no ser considerado sustitución fideicomisaria, y en Cataluña, por aplicación de la doctrina romana que pasa a la Compilación. En el Código civil, ante el silencio de éste, se producen dos grupos de opiniones: no está prohibido, pero su «sede legis» se halla en la institución condicional de heredero y se refiere a él en el 783, sede de sustitución fideicomisaria.

ROCA, con base en el 781, define la sustitución fideicomisaria como la institución de un heredero, con el encargo de conservar y transmitir, todo o parte de la herencia, a un segundo o ulterior heredero. El encargo de transmitir es propio del fideicomiso romano puro. El Código civil quiso decir «obligación terminante» (cfr. 783 y 785). La obligación de conservar se interpretó como inalienabilidad y como obligación de custodia. El fiduciario no «transmite», sino que «transporta» (GONZÁLEZ PALOMINO); entrega materialmente bienes que ya pertenecen a otra persona (LACRUZ). La Compilación catalana habla de «hacer tránsito». En conclusión, el 781 no define la sustitución fideicomisaria, cuya característica esencial es «implicar un orden sucesivo establecido por el testador» (JERÓNIMO LÓPEZ). Se dijo que era una especie de institución condicional de heredero (DE DIEGO), pero actualmente se están recortando las diferencias entre la sustitución fideicomisaria y el fideicomiso de residuo.

Diferencias entre el fideicomiso «eo quod» y «si quid». La muerte en el primero parece estimarse como un plazo, y en el segundo, como una condición (DE DIEGO). El Tribunal Supremo, en sentencia de 7 de enero de 1959 (en relación con Catalu-

ña), centra la diferencia en la amplitud de facultades; si no puede disponer de toda la herencia («eo quod»), en otro caso («si quid»). En realidad, esta sentencia invierte los términos y confunde los dos figuras. En la tesis de FERRARA, el «eo quod» será de vocación pura y delación condicional (llamada jurídica cierta y adquisición económica incierta), y el «si quid», de vocación condicional. En la Compilación catalana, el «eo quod», en el fondo, se conceptúa como fideicomiso a término, con facultades de transformar la sustancia, y el «si quid» como condicional.

En la tesis DE DIEGO. En el «eo quod» el fideicomisario adquiere los derechos al fideicomiso por muerte del testador, y el fiduciario puede disponer de los bienes fideicomitidos «inter vivos» y «mortis causa». En el «si quid», los adquirirá por la muerte del fiduciario, si existen. El fiduciario podrá disponer de los bienes con igual amplitud.

En la tesis de FERRARA (aceptada), la adquisición del derecho se realiza en el «eo quod» por la muerte del testador, y en el «si quid» a la muerte del fiduciario, si existen bienes. Las disposiciones «mortis causa», según la opinión común y el Supremo, son admitidas con autorización expresa del testador. Es admisible la tesis en terreno común, pero en el régimen catalán tal atribución desnaturaliza la figura. En tema de subrogación real, a falta de voluntad expresa del testador, la doctrina y la jurisprudencia adoptan diferentes posturas. Nuestra opinión es que en principio no actúa.

En la Compilación catalana. A «sensu contrario» se deduce que la sustitución no se subordina a la existencia de bienes, por el juego de la subrogación real. Actúa la sustitución vulgar tácita. El fiduciario tiene las facultades de goce y administración y las especiales de disposición (211, 212 y 213). El valor de los bienes de que hubiera dispuesto el heredero o legatario se imputará a lo que por legítima, trebeliánica u otros derechos pretendan contra el fideicomiso. Se deduce que si el fiduciario no dispuso de bienes, tiene derecho a la cuarta trebeliánica o a completarla en otro caso. Lo dicho se predica del «eo quod». El «si quid» parece condicional, parece también que debe actuar la sustitución vulgar tácita. El fiduciario puede disponer por actos «inter vivos» a título oneroso, sin más limitación que la intervención de per-

sonas designadas por el testador. No actúa la subrogación real. En cuanto a los créditos y a la cuarta, nos remitimos a lo dicho «ut supra».

En el Código no aparece clara la distinción entre las dos figuras, y a esta insuficiencia se une la disconformidad doctrinal y jurisprudencial. La Compilación catalana ha desarrollado una amplia gama de modalidades, algunas innovadoras.

Lo que parece seguro es que la voluntad del testador—ley básica de la sucesión—puede, con apoyo del 783, establecer con claridad los efectos deseados, siendo necesario redactar el testamento de modo que esta voluntad, con independencia de las posiciones doctrinales, quede clara.

Albaceazgo de realización y albaceazgo de entrega.—Enrique Alpañés Domínguez.

La ejecución testamentaria, en nuestra técnica civil, es el género y el albaceazgo, junto con los comisarios y contadores-partidores (que estimamos una misma cosa) constituyen las dos especies. Quedan al margen los que no «ejecutan» la voluntad, sino que la «forman», pudiéndose englobar en el concepto general de «cláusulas de confianza»: artículos 115 de la Compilación catalana; 29 del Apéndice aragonés; 15 de la Compilación de Vizcaya y Alava; 223 del proyecto de Fuero de Navarra; el «distribuidor» balear y el 831 del Código.

Podemos dar como válida la definición de albacea de OSSORIO MORALES: «aquel ejecutor testamentario encargado de que tenga efectividad lo dispuesto por el causante en su testamento».

En la adquisición directa, la propiedad se adquiere sin interposición de organismo ni persona alguna. En la fiduciaria (régimen anglosajón), un complejo organismo recibe la herencia (no como universalidad, sino como «complexus» de cosas inconexas), la liquida y la entrega a los destinatarios, de parecida forma a como se regula en el Código de Comercio la disolución de una sociedad. Un tercer sistema es el de la investidura; los bienes pasan directamente al heredero, pero se requiere previa investidura judicial y posterior entrega posesoria (sistema austriaco).

Falta en el Derecho sucesorio romano la idea de un ejecutor, ajeno al heredero. En Derecho germano debemos distinguir el período en que el estamento no es conocido, el «salmann» es una figura interpuesta, y cuando es conocido, actúa como defensor del mismo. Es reconocida la poderosa influencia canónica en el albaceazgo por respeto a la voluntad individual y por la inserción del quinto proánima en las sucesiones testadas. CAILLIMER ha puesto de relieve esta influencia. Cuando el testador no nombró albaceas, éranlo los obispos. ROGUIN ha dicho que el albaceazgo es una institución creada por la Iglesia.

En Derecho español ya se encuentra en el Breviario de Alarico («proxecutor») y en los Fueros Municipales («manumissores»). La influencia canónica pervive (Fuero Real y Partidas) hasta que la Novísima Recopilación y el Decreto de Unificación de Fueros secularizan el cargo.

En tema de naturaleza jurídica del albacea la teoría del oficio se basa en la calificación de un oficio legal de carácter privado con preferencia del «munus» y con una actuación en interés ajeno y en nombre propio.

La teoría del Derecho considera prevalente la posición del heredero simplemente controlado por el ejecutor, que es de nombramiento testamentario, requiere la aceptación y muerte del testador y queda investido de un interés propio, si bien formal.

A la teoría del mandato (del testador o mandato especial) se le han puesto como objeciones principales: la falta de acuerdo de voluntades; el nacer precisamente al extinguirse el mandato; que no podría ser tácito; que implica un esquema legal de facultades, y que se trataría de un mandato irrevocable.

Quizá la fórmula más perfecta sería la que combine la teoría del mandato, que nos daría la razón lógico-jurídica y la fuente, y la del oficio privado, que nos explicaría su contenido y su entronque con instituciones afines. En el Supremo predomina la tesis del mandato (que fué unánime hasta 1935). En la Dirección (en base al 20 L. H) se recurre a teorías representacionales.

Albaceazgo particular. El artículo 902 del Código civil sólo contiene un esquema legal y una norma dispositiva derogable, en base del 901. En la Compilación catalana se requiere la existencia de heredero, y su cometido será el señalado, o en su defecto: cuidar

del entierro, funerales y píos sufragios y pedir el cumplimiento de los modos.

Albaceazgo universal. En Cataluña es una figura importante, regulada con gran cariño por la Compilación, que sistematiza un derecho vivido intensamente y contrasta, en su perfección técnica, con la pobreza del Código civil. Se diferencia del fiduciario, en el fideicomiso puro, en que no es heredero, ni tiene derecho a la trebeliánica; del heredero de confianza, en que nunca es heredero, y de la institución de heredero, porque a pesar del juego de los artículos 109 y 236, podemos afirmar que no hay identidad, sino sustitución, para evitar la nulidad del testamento.

Facultades (237): posesionarse de la herencia, con posesión excluyente de la del heredero; administrarla con los amplios poderes ínsitos en toda administración de patrimonios; disposición de bienes, cuyo ámbito se expresa según sea albaceazgo de realización o de entrega; la realización de los actos necesarios para cumplir su cometido y lo dispuesto en el testamento (el albacea del Código vigila sobre la ejecución; el catalán ejecuta); legitimación procesal excluyente en las cuestiones suscitadas sobre los bienes hereditarios, fines del albaceazgo, validez del testamento, codicilo, memoria testamentaria o heredamiento e interpretación del título sucesorio que normalmente se realizará fuera del proceso.

En el de realización, la enumeración de facultades es enunciativa; tiene, en general, facultad para «efectuar todos los actos necesarios para la realización dineraria de los bienes de la herencia, dando al dinero obtenido la inversión o destino ordenados por el testador». Esta facultad excluye los derechos dispositivos de los herederos mientras subsista el albaceazgo. En el Derecho continental no hay un albaceazgo de tal extensión; en cambio coincide con los poderes del «executor» anglosajón. En el de entrega, las facultades son las anteriores, pero en la medida necesaria para verificar los pagos y abonos de gastos correspondientes. Tiene como facultad específica la de realizar la partición si no hay contador nombrado. En caso de duda se estimará que nos hallamos ante albaceazgo de entrega.

Albaceazgo universal en el Código. Es atípico. Sin legitimarios puede admitirse al amparo del artículo 901 y también de los ar-

tículos 763-1.º y 907. Con legitimarios, pueden adoptarse tres posiciones: innecesidad de su intervención (GONZÁLEZ PALOMINO, SANZ, ROYO); necesidad (FUENMAYOR, CASTÁN, PORPETA, LACRUZ, ROCA y la Resolución de 19 de julio de 1952), o que las limitaciones impuestas al albacea sólo afectarán a la cuota legitimaria. Albaceazgo de realización «ex lege» hay un caso claro (747) y uno dudoso (749).

En conclusión: la Compilación catalana regula la institución prescindiendo de dogmatismos jurídicos y se inspira en el respeto más profundo a la voluntad del difunto. En el futuro Código será muy difícil el ingreso de esta figura cuando existan legitimarios; dificultad insuperable si subsiste el tono del artículo 806.

* * *

Lo que comenzó con idea de juicio crítico, dado lo apasionante de los temas monográficos y la densidad de los trabajos seleccionados, acabó en notas-resumen para mi utilidad profesional. Quede, pues, como el mejor juicio crítico la exposición sintética de esta gran obra. El sagaz lector emitirá su juicio de valor.

ELÍAS IZQUIERDO.

Estudios jurídicos de arte menor.—Dos volúmenes.—Universidad de Navarra, 1964. Glosa apretada a la obra de José González Palomino.

El título de la obra sólo responde a la modestia de su autor. Su contenido y su «narratio» merecían otro título. Algo así como, verbigracia, «Lecciones mayores de Arte Jurídico» o «Summa Artis de Jurisprudencia».

El volumen I comprende: «Prólogo a unos cursillos»; «Apéndice navarro al Prólogo» (el trabajo inédito); «Salutación a Carnelutti»; «La adjudicación para pago de deudas»; «La liberación de cargas y el Registro de la Propiedad» y «La acción pauliana y el Registro de la Propiedad».

El II y último: «La compensación y su efecto»; «Estudios de arte menor sobre derecho sucesorio» y la «Enajenación de bienes pseudo-usufructuados».

«Prólogo a unos cursillos» es el discurso inaugural de los Estudios de Derecho Privado de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, de Santander, en septiembre de 1950. Estudia la iniciativa y desarrollo de estos cursillos, elogia a la Universidad «de cine» en oposición al «caserón oscuro, destartelado, triste y polvoriento de la calle de San Bernardo, de Madrid», y traza un maravilloso estudio sobre «la formación del jurista práctico», con la moraleja de «realizar honradamente y lo mejor posible la obra de cada día o de cada muchos días». Resumiendo su denso contenido: el jurista práctico es un eficaz servidor de la Justicia y su tragedia es la de que sólo puede servir a la Justicia a través y por medio del derecho positivo; en la realidad jurídica sólo es real lo que puede probarse, y el jurista práctico no actúa aislado por el ancho mundo; el jurista práctico no debe estudiar el derecho «insularmente», sino sistemática y completamente», debe poseer cultura «de cocido» y no de «tapas», y, finalmente, el jurista que no sepa más que Derecho no será jurista completo.

«Apéndice navarro al Prólogo». Es una charla con los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, en la que explica la aparición de la obra que glosamos en la Colección de Publicaciones del Estudio General de Navarra, y justifica su «peligrosidad» con la graciosa narración de su «escándalo jurídico» (su obra prohibida: «Negocio y documento»). En el discurso del método «trata de enseñarnos a no perder el tiempo», y en su maravilloso esbozo de pedagogía universitaria jurídica acaba con los diez mandamientos del estudiante, que se encierran en dos: «ser devotos de Santa Rutina» y «dar clase particular con el maestro Machaca». En la Bibliografía, como causa limitativa de la capacidad de obrar, clasifica los libros en gordos y flacos, para ser enseñados y para enseñar, para ser citados y para citar, hechos y por hacer y, siguiendo a Cicerón, da tres normas-guía para escribir un libro: tener algo que decir, saber decirlo y saber callarse a tiempo. En vocación de nuestro siglo para la legislación, estudia la «inflación legislativa» de nuestra época, y para el futuro investigador, cita «algunos efectos de carambola de

ciertas protecciones quijotescas»: a) fomento de la mala fe; b) selección al revés; c) malogro de finalidades sociales, y d) desamparo de la mujer casada. Aconseja a los legisladores proteccionistas que estudien economía política para considerar no solamente los efectos inmediatos de cualquier disposición, sino también los más remotos, calculando las repercusiones de tal política no sólo sobre un grupo social, sino sobre todos los sectores. Teoría y práctica del incumplimiento de las leyes es «una charla casuística y con proyecciones de casos prácticos» sobre «el incumplimiento funcional de las leyes mediante las diversas profesiones jurídicas». Estudia con «diapositivas»: a) la propensión a la literalidad; b) la propensión a la requisitez, y c) la propensión a la finalidad. Entra en un estudio magistral de dos actividades que tienen algo que ver con el Derecho, pero no son profesiones jurídicas: la función legislativa y la función docente, y después las profesiones jurídicas parciales que han de ejercerse como completas o dejan de ser jurídicas: jurisprudencia jurisdiccional y la cautelar, concluyendo con una cita de Biondi que «hay una multitud de juristas que sin pretender pasar por hombres de ciencia ni tener la presunción de descubrir ninguna novedad, pasan a la Historia, mientras que nuestros científicos probablemente sólo pasarán a la... Bibliografía».

La «Salutación a Carnelutti» (leída en la Academia Matritense del Notariado el 17 de mayo de 1950) es un modelo de bien decir, apretado, delicado. «Ahora van de nuevo los españoles a Roma en busca del Derecho, por los caminos del Arte y de la Fe. Y en Roma, al final de cualquiera de los dos caminos, podrán encontrar a Carnelutti».

«La adjudicación para pago de deudas» (Conferencia en la Academia Matritense del Notariado el 22 de marzo de 1943) es un magnífico trabajo que nos ha hecho pensar y sonreír mucho y muchas veces. Dedicada a Manuel González Rodríguez (que en paz descanse), Notario de Madrid, «cuyo vivo recuerdo me enseña que cuando se siente amor por el Derecho, se pueden tratar temas jurídicos sin ponerse petulantemente serio». Tesis: la adjudicación para pago de deudas no tiene por finalidad el pago de las deudas, sino el de la asunción de las deudas.

«La liberación de cargas y la nueva Ley Hipotecaria» (a pro-

pósito de una conferencia de Vicente Flórez de Quiñones). En este trabajo no se sabe qué apreciar más, si el «tema sinfónico» o «la obertura». La formación del Notario es un finísimo estudio sobre los dos tipos de profesionales prácticos del Derecho, los críticos y los dinámicos. Es estupendo el estudio de las características de un Notario modelo: conciencia, ciencia y experiencia. La conciencia no hay manera de controlarla. Como a los militares el valor, se les supone. La ciencia es lo menos discutible del Notario español. La experiencia quedaba y queda... a la buena de Dios.

«La acción pauliana y el Registro de la Propiedad». Es una nota incluida en el comentario al artículo 37 (de los «Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria», de Sanz Fernández), que se basa en una triple sugerencia: a) prescindir del rango de las adquisiciones; b) hablar de adquirente cómplice en el fraude, y c) eliminar la discordia de plazos entre la Ley y el Código, dando la razón a éste.

«La compensación y su efecto» (Conferencia en el Ilustre Colegio Notarial de Barcelona. Año 1947). Es, para nuestra opinión, de lo más profundo y de lo más gracioso del autor. El «¿Quién es ella?» es inolvidable. Las sucesivas lecturas le hacen ganar en interés y en gracejo. La conclusión—lógica en su desarrollo—tiene «dos reservas legales», la compensación no opera por ministerio de la Ley y no tiene efecto retroactivo; ni lo uno ni lo otro lo mandó Justiniano en su Constitución ni lo aceptó el Código civil en su artículo 1.202.

«Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio» (A. A. M. N. Tomo II, 1946). Diagnóstico y tratamiento del «pseudo-usufructo testamentario» (Nota a la Resolución de 12 de enero de 1944). Estudia ocho casos, que «no agotan, ni mucho menos, la cosecha», y afirma que «con todos los respetos habidos y por haber, en términos generales, tanto la Dirección General como el Tribunal Supremo, al enfrentarse con el pseudo-usufructo testamentario, han tocado la tecla de al lado. A veces suena la nota exacta, por rozamiento: casi, casi, por equivocación».

Resumen: en una sustitución fideicomisaria, con segundo llamamiento puro, puede el fideicomisario, de acuerdo con todos los fideicomisarios, anticipar el momento de la devolución de la herencia; pero en una sustitución fideicomisaria, cuyo segundo lla-

mamiento esté afectado por una condición de supervivencia (referida, nada menos, que a la determinación de los fideicomisarios), no puede la fiduciaria anticipar la devolución..., ni tener otro sentido (la devolución intentada) que el de una cesión (o abandono) de sus derechos de posesión y disfrute.

El acrecimiento en la mejora (Tema con variaciones). Hace la apología del «llamado» derecho de acrecer; estudia el acrecimiento y el derecho de acrecer en Derecho romano («Capítulo prestado»), y en el castellano anterior al Código civil, «con otras cosas que bien pudieran excusarse», y frente a las exposiciones de «tipo único», que exigen tres requisitos (1, porción vacante; 2, conjunción de llamamientos, y 3, inexistencia de sustitutos y representantes), sienta el autor como requisitos necesarios: a) llamamiento solidario; b) momento adquisitivo unitario, y c) vacante de persona. En fundamento y fundamentos trata del enfoque: a) histórico; b) voluntarista, y c) objetivo. El fundamento verdadero es el llamado solidario. Trata, después, de la «verdadera función de la Ley y de la voluntad en el acrecimiento»; de la «famosa porción vacante»; de los problemas de matemáticas recreativas; del legado de parte alicuota y de la adquisición «cum onere»; «de la definición del acrecimiento..., tratándose, por añadidura, de la naturaleza de la legítima en el Código civil»; de los «casos especiales, reales o dudosos, de acrecimiento (desde la herencia en que esté interesado un ausente hasta la adquisición de la nuda propiedad con derecho a acrecer»; «la mejora considerada desde el punto de vista contrario» y el acrecimiento en la mejora, concluyendo con la afirmación de que «el acrecimiento se da en la mejora, como en todas partes, cuando concurren sus presupuestos».

Una nueva cláusula de estilo: la de no estorbar (nota concentrada a la Resolución de 2 de junio de 1945). Su tesis: aun habiendo muchos herederos y comisario-partidor testamentario que haya aceptado su cargo y esté en pleno plazo de ejercicio de sus funciones, es posible y válida la actuación particional de los herederos, si todos («nemine discrepante») están de acuerdo en partir y en el cómo partir. Más aún: en tal caso es válida la actuación de los coherederos y no la del comisario». Y aquí viene la cláusula de no estorbar, que dice así: «Los nombramientos que antece-

den (de albaceas, comisarios, administradores y representantes de la herencia en juicio y fuera de él) los ha hecho en interés de **sus herederos**, quienes podrán ejercitar unánimemente todas y cada una de las funciones y facultades expresadas. Y si notificaren formalmente a los nombrados su común acuerdo de actuar por sí, quedarán aquéllos en suspenso en el ejercicio de las funciones y facultades conferidas, y dejarán de correr los plazos de caducidad de las mismas, mientras la unidad de los herederos subsista».

«Enajenación de bienes pseudo-usufructuados» (Conferencia en la Semana Notarial de Santander, verano de 1948). Plantea el caso con su gracejo inigualable y calificándolo de «pseudo-usufructo» (es decir, de sustitución fideicomisaria condicional), trata de los tres obstáculos: a) prohibición de disponer; b) incompetencia de la jurisdicción voluntaria para dispensar el impedimento, y c) falta de previa inscripción a favor de los fideicomisarios en el Registro de la Propiedad. Estudia, luego, los cinco estímulos que actúan sobre el jurista práctico: a) voluntad del testador; b) interés público; c) interés del fiduciario; d) interés del fideicomisario, y e) su propia función de jurista práctico. Bosqueja en su completo cuadro (que califica de «mariposeo histórico»), «lo que pasaba, de verdad, antes del Código civil», para realizar una «meditación» y un sabroso estudio del «Fiduciario-centrismo» y el «Fideicomiso-centrismo», y acaba con tres excelentes capítulos, cuyo título es su mejor glosa: «De cómo se desmorona el primer obstáculo»; «De cómo el segundo obstáculo no vale, porque es ilegal», y «De cómo el tercer obstáculo no ha existido nunca».

Hasta aquí la obra. Del autor diremos, con palabras suyas: «Yo soy un hombre serio y, por tanto, de buen humor... Trato siempre en serio de cosas serias. Mas cuando el asunto me divierte (y aviado está quien no goce con su quehacer), dejo que la toga se extienda en larga afarolada».

Sólo un ruego a José González Palomino: los juristas —teóricos y prácticos— aún esperamos más lecciones de «Arte Mayor», con hondura, sagacidad y buen humor..., y es obra de misericordia enseñar al que no sabe. Que así sea.

ELÍAS IZQUIERDO.

NEPPI, Vittorio: *La rappresentanza. Saggio di una ricostruzione critica*. Giuffrè. Milano, 1961. 103 páginas.

Empieza el autor criticando la concepción doctrinal más acreditada: aquella que identifica a la representación con el hecho de que un sujeto actúe en nombre de otro con efecto para éste, y fija el núcleo esencial en la sustitución puesta de manifiesto al tercero; estimando, además, que tal sustitución no es *sólo física, sino también jurídica*, en el sentido de que la producción de los efectos jurídicos del acto se debe, como a su causa—dando a este término el mismo significado que se le atribuye en las ciencias de la naturaleza—*al querer de los sujetos que participan*. Estima que tal concepción no responde a la verdad, pues la explicación que se da de la institución no se funda en consideraciones que sean reflejo de su íntima esencia. Ello se debe a que no se ha tomado como centro la actividad representativa, sino el negocio que la precede, la *procura*. Con ello se permanece *en el exterior de la representación*, en cuanto que ésta está constituida por la referida actividad. Considera que para obtener resultados más satisfactorios es necesario colocar la actuación del representante como tal, tomada en su simple materialidad, frente a la Ley, y preguntarse cuál sea el comportamiento adoptado por ésta respecto a tal actuación.

Adoptado el referido planteamiento, la primera parte del volumen se dedica a la determinación de la especie de *causalidad* de que debe hablarse a propósito del nacimiento de los «efectos jurídicos». Previamente aclara que no cabe confundir la «causa jurídica», en el sentido que él le atribuye, esto es, el de nexo entre el querer del legislador y los efectos por él predipuestos, con la causa de los contratos.

Tratando de determinar lo que sea realmente la «causalidad jurídica», es decir, el modo peculiar de producirse los efectos jurídicos, señala que un examen de la literatura nacional italiana, formada después de la promulgación del Código civil de 1865 hasta la actualidad, permite recoger la existencia de las cuatro fases siguientes:

1.^a Los autores en ésta comprendidos, admitiendo que el evento humano-social no es idóneo para producir el efecto jurídico, terminan, no obstante, reconociendo que el referido evento, en cuanto que la Ley le atribuye la necesaria capacidad, aparece como la causa del efecto señalado. Como ha dicho expresivamente SANTORO-PASSARELLI, la norma jurídica «rende causativo el hecho».

2.^a El efecto jurídico viene considerado como el fruto de la acción combinada del hecho (causa inmediata o próxima) y del ordenamiento jurídico (causa mediata o remota).

3.^a La fuerza creatriz de los efectos jurídicos reside únicamente en la norma; el hecho, siendo indispensable para su producción, constituiría sólo una condición. Siguen esta orientación BARBERO, RUBINO y PUGLIATTI.

4.^a La tendencia de origen más reciente, en la cual deben incluirse CARNELUTTI, BETTI, CICALA y D'ANTONIO, aspira a sacar a la luz el papel que corresponde a la Ley en la génesis de los efectos jurídicos.

Después de analizar y criticar las referidas fases, concluye el autor estimando que la doctrina italiana se ha inspirado sustancialmente, al tratar el problema de la causalidad jurídica, en un *criterio materialístico*, y que tal criterio aparece, a la luz de una sana lógica, privado de fundamentos serios.

Comparando la causalidad física y la jurídica, caracteriza a la primera por las notas siguientes, que—según demuestra—, no se encuentran en la relación causal del mundo jurídico: 1.^a La necesidad o uniformidad de la relación de dependencia entre los dos hechos; 2.^a La sucesión temporal del efecto a la causa; 3.^a Equivalencia entre los dos términos de la relación.

El autor, después de condenar el método inductivo, que se venía empleando en la investigación que trata, y propugnar el recurso a un método neta y exclusivamente deductivo, empieza a exponer su doctrina sobre la producción de los efectos jurídicos y la causa de los mismos.

El ciclo a través del cual—dice—los efectos jurídicos llegan a realizarse, tiene como momento fundamental e inicial a la Ley, pues ésta representa la única fuente de aquéllos. Entre el momento inicial y el final (de realización del efecto) se inserta la verifica-

ción del hecho; pero para una recta comprensión del entero proceso, el último debe considerarse en su puro valor lógico, no en su entidad real. El ciclo se desarrolla por entero en un plano ideal, no en parte ideal y en parte empírico. La dificultad se concreta en la determinación del modo en que la formación del efecto jurídico puede perfeccionarse sin salir del terreno ideológico donde se ha iniciado. Fija la atención, al respecto, en el carácter condicional e hipotético del mandato contenido en la norma. La actuación de tal mandato está siempre subordinada a la efectiva realización de un supuesto de hecho concebido abstractamente. Más exactamente, tal supuesto de hecho está puesto por la norma como condición de su aplicación, bien entendido que el vocablo «condición» se utiliza en un sentido meramente lógico-formal y no en sentido sustancial.

Los sujetos singulares pueden devenir titulares de las consecuencias jurídicas, establecidas en relación con el supuesto de hecho legal abstracto, en cuanto que son destinatarios sustanciales de los mandatos emanados de la norma y se ligan al supuesto de hecho legal a través del concreto y semejante supuesto de hecho de que son sujetos empíricos. En congruencia con lo anterior, los efectos jurídicos, por estar conformados a los esquemas típicos legales, tienen un carácter abstracto, carácter que conservan aun después de entrar en contacto ideal con un sujeto singular.

Tratando de configurar la «causa», término al que—según advierte—se le debe atribuir un significado y un valor diversos de los adoptados en las ciencias experimentales, de los efectos jurídicos, afirma que cualquier ordenamiento jurídico positivo se basa en una valoración del actuar humano en sociedad contemplado en abstracto. Tal valoración se inspira en la exigencia de alcanzar determinados fines sociales y éticos. Por ello, la creación de los efectos jurídicos por parte del sistema no puede ser casual o arbitraria, pues estando los dichos efectos ordenados a satisfacer la referida exigencia, deben tener siempre una impronta más o menos racional. Es la misma *razón jurídica de existencia* de los efectos lo que sirve para establecer un nexo constante entre los últimos y el ordenamiento; tal nexo puede ser designado, sin inconveniente, con el término «causa». El repetido nexo hay que considerarlo sub-

sistente no tanto en relación con los principios fundamentales de un sistema legislativo, cuanto con los *finés particulares* por los cuales se haya creído oportuno disponer un determinado grupo de efectos en vista de una determinada materia. Los fines serán más o menos numerosos, pero están intimamente ligados y subordinados a un fin que constituye la síntesis de todos ellos. Tal fin es esencial y basta por sí solo para integrar la idea de causa jurídica. Por consiguiente, la «causa» propia de los efectos jurídicos se identifica con el fin esencial inmediato en virtud del cual el ordenamiento emite sus mandatos.

El valor del «hecho» en la creación de los efectos jurídicos es diverso según se considere bajo el aspecto dialéctico u ontológico. En el primero, el supuesto de hecho concreto se presenta como el *origen o punto de partida exterior* de la formación de la norma y, por tanto, también de la creación de los efectos. En el segundo aspecto, aparece simplemente como *objeto mediato* (objeto inmediato es el supuesto de hecho abstracto) de la prescripción de los efectos, es decir, como aquello sobre lo cual los últimos deberán recaer y tener vigor. Además, para comprender todo el valor del hecho en la creación de los efectos, es preciso tener en cuenta que aquél es la más genuina expresión de las necesidades que se muestran en la vida de un pueblo y que el legislador debe hacer que sus mandatos, y los efectos jurídicos ordenados, respondan al estado de tales necesidades para conseguir su satisfacción.

Señalado el concepto de «causa jurídica», pone de relieve su valor como medio de interpretación, para lo cual basta considerar que la búsqueda de la misma en cada supuesto de hecho típico tiene por resultado la mejor y más completa comprensión de los preceptos normativos correspondientes. Previamente, en la introducción, había ya puesto de manifiesto que el «elemento causal» de la norma como medio de interpretación no puede confundirse con el llamado elemento lógico, pues éste mira a determinar cuál es la razón de ser de una o más normas, razón que se liga a las mismas relaciones sociales contempladas por el legislador, es decir, se sitúa en el exterior del precepto. Por el contrario, el empleo del elemento causal postula la existencia de un conjunto de reglas conexas entre sí, en relación con las cuales el referido elemento cumple el oficio de crear una síntesis, apta para determinar, entre

dichas reglas, las fundamentales o esenciales. Por consiguiente, la causa cumple su función en el interior del sistema legislativo. Define su función peculiar del siguiente modo: *descubrimiento del oculto germen vital, entendido ideológicamente, de un instituto jurídico, germen susceptible de ser obtenido de la reducción a unidad orgánica de todos los efectos que en conjunto concurren a formar la trama del instituto mismo.*

Fijado el concepto de causa como nuevo medio de interpretación, el autor trata de probar su eficacia aplicándolo a un instituto singular. Por ello, la segunda parte del volumen se dedica al estudio de la representación a la luz de la correspondiente causa jurídica.

Formula el fin esencial inmediato de la representación, o sea, su «causa jurídica», de la manera siguiente: *favorecer la conclusión de negocios jurídicos o de actos jurídicos en sentido estricto, permitiendo que se pongan en existencia mediante la sustitución del interesado por otro sujeto, realizada manifiestamente y de modo que todos los efectos concernientes se verifiquen en relación, no de quien ha actuado (sustituto, representante), sino del mismo interesado (sustituido, representado).*

La primera nota decisiva para trazar una imagen del instituto de la representación es la que se refiere a la sustitución de un sujeto por otro en el cumplimiento de un acto jurídico. Tal sustitución tiene un carácter material, pues el «poder de representación» reviste precisamente tal carácter, lo cual significa que su existencia aparece ligada, no a un querer ideal, sino a un querer material y concreto. Por lo tanto, el «poder de representación» es un poder de voluntad, entendido psicológicamente, que, no siendo idóneo para producir el efecto representativo, termina por manifestarse como uno de sus presupuestos de hecho, en cuanto que el ordenamiento postula su intervención para reconocer aquel efecto al acto del representante.

La función del poder de representación en el total desarrollo de la actividad representativa se ofrece bajo dos aspectos diferentes. Por aquel que puede llamarse *objetivo y formal* se hace consistir tal función en una «legitimación» al negocio o acto representativo. El segundo aspecto se designa como *subjetivo y sustancial*; por él el representante está en grado de actuar frente a los terceros con

efecto exclusivo para el interesado en virtud de una previa «autorización» emitida por el último.

Considera el autor que la concesión del correspondiente poder asume un oficio de *preparación* respecto al origen del fenómeno de la representación, y que, como el poder de representación aparece normalmente concebido en términos más o menos generales, esto es, más o menos abstractos, el investido con el mismo se encuentra, al desarrollar la actividad representativa, en la necesidad de integrarlo. Por todo ello, el centro de gravedad de la representación se desplaza hacia la actuación del representante.

Abundando en estas ideas, señala que la sustitución, que se produce en la representación, es integral, pues la emisión de la procura y la manifestación de voluntad del representante no son simultáneas y además tienen carácter diverso, ya que una es abstracta y la otra es siempre concreta. Por otra parte, la determinación volitiva necesaria para cumplir el acto representativo es por entero debida al representante, de lo cual resulta que el referido acto debe ser configurado como obra exclusiva del mismo.

Refiriéndose a la segunda nota de la representación, es decir, al nacimiento de los efectos jurídicos del acto en relación con el interesado, critica la tesis de NATTINI—expresión enérgica, dice, de la doctrina dominante—, según la cual los efectos jurídicos se crean en virtud del querer del representante. Después éste los excluye de su persona. En la tercera fase, los pone a disposición del representado y, finalmente, el último se los apropia en fuerza de la procura emitida a su tiempo. Señala que la referida tesis choca con uno de los axiomas más seguros de la ciencia jurídica, el que dice que los efectos jurídicos se verifican siempre en el mismo instante en que hayan tenido lugar todas las condiciones empíricas establecidas por el ordenamiento. A continuación enfoca el problema de la producción de los efectos jurídicos del acto representativo a través del concepto de causa jurídica tal como lo ha configurado previamente. De este modo llega a la conclusión de que los efectos jurídicos del acto se realizan en fuerza únicamente del precepto legal. Todo ello se produce en relación con el interesado, extraño al acto mismo, de manera idéntica a como habría sucedido cuando la operación la hubiera ejecutado en su propio nombre.

Finalmente, como tercer carácter de la representación se refiere a la «*contemplatio domini*», esto es, a la necesidad de una exteriorización del querer del representante con el fin de poner en conocimiento del «tercero» la identidad del sujeto con el que tendrá que entenderse después del cumplimiento del acto.

Los apartados finales están dedicados al estudio y confrontación de algunas formas de representación: legal y voluntaria, directa e indirecta, activa y pasiva. Aquí nos limitamos a recordar que, respecto de la legal, estima que no es auténtica representación, pues considera que en ella los representantes actúan en lugar de los interesados, ocupan sus puestos, pero no los sustituyen.

En cuanto al ámbito de aplicación, señala en primer lugar que la actividad representativa se da siempre con referencia a uno o más terceros. Además, el acto del representante deberá ser lícito. Reconoce la aplicabilidad de la representación en materia de negocios jurídicos—exceptuados los de derecho de familia, «*mortis causa*» y donación—y actos jurídicos en sentido estricto, haciendo la aclaración respecto de los últimos de que cuando el acto sea obligatorio para el sujeto no será posible el empleo de la representación, pues ésta postula como elemento esencial que el representante tenga que decidir sobre la conveniencia o no de desarrollar la actividad encomendada por el interesado.

La obra resulta atractiva, está escrita con fino y penetrante estilo jurídico. La idea de «causa jurídica» construida por el autor es interesante en cuanto que para determinar la esencia de una institución se atiene a la «reducción a unidad orgánica de todos los efectos» que forman la trama de la misma. Cabría, tal vez, señalar que, si bien el «elemento causal» de la norma, aplicándolo a cada una de las instituciones, puede ser de evidente utilidad para lograr un conocimiento penetrante del entero sistema legal, es, sin embargo, insuficiente para conocer la entera realidad jurídica; pero esta observación no descubriría seguramente nada nuevo al autor.

O. V. TORRALBA SORIANO.