

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LX • Septiembre-Octubre 1984 • Núm. 564

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Juan-José Benayas y Sánchez-Cabezudo.
D. Pfo Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. Narciso de Fuentes Sanchiz.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Manuel Amorós Guardiola.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección: Príncipe de Vergara 72.—28006 Madrid.—Teléf. 411 26 28

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

J. SAN JOSE, S. A.—Leganitos, 24.—28013 Madrid

SUMARIO

	<i>Págs.</i>
IN MEMORIAM	1067
ESTUDIOS:	
«El jurista y la perspectiva: Reflexiones sobre Derecho Matrimonial», por TOMÁS RAMOS OREA	1073
«Nacionalidad de las sociedades», por RICARDO EGEA IBÁÑEZ	1155
«El interés, el justiprecio y el enriquecimiento injusto», por J. ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPÍ	1183
ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO:	
«La vigencia del asiento de presentación en nueva Ley Hipotecaria de Puerto Rico», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	1197
NOTAS:	
«Breve análisis de las capitulaciones matrimoniales en sus relaciones con el Registro de la Propiedad», por ALFONSO PRESA DE LA CUESTA.	1221
«El retracto arrendaticio en la disolución de comunidad (arts. 47.3.º, 48 y 55 de la L. A. U.)», por JOSÉ ALONSO CASADO	1233
JURISPRUDENCIA:	
I. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Nota- tariado, por JOSÉ M.ª CHICO Y ORTIZ	1253
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ QUESADA SEGURA, CATALINO RA- MÍREZ RAMÍREZ, JOSÉ CERDÁ GIMENO y FRANCISCO CASTRO LU- CINI	1267

LIBROS:

- | | |
|--|------|
| «Derecho inmobiliario registral», de LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ | 1303 |
| «Mateo Seoane y la introducción en España del sistema sanitario liberal (1791-1870)», de J. M. ^a LÓPEZ PIÑERO, por MARIANO PESET. | 1305 |

IN MEMORIAM

El día 24 de julio de este año fallecía, en Santander, Mariano Hermida Linares, Publicista hipotecario, Registrador de la Propiedad y colaborador de la «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario».

Nuevamente la doctrina jurídica, en general, y el Cuerpo de Registradores de la Propiedad, en particular, están de luto por la desaparición de este ilustre jurista, que acaece poco después de las de Tirso Carretero García, que tuvo lugar en el mes de agosto del pasado año, y de Bartolomé Menchén, ocurrida recientemente.

Los grandes hipotecaristas de nuestro Cuerpo mueren en verano, cuando la diáspora de las vacaciones disgrega a los amigos y compañeros. Parece que quieren desaparecer discretamente, tal como vivieron, sin llamar la atención y con la modestia que acompaña siempre a las personas de verdadero talento. Recuérdese que Ramón de la Rica y Arenal moría un 10 de agosto del año 1968.

Pero no por ello estamos legitimados para silenciar la infausta noticia y dedicarle un emocionado recuerdo a quien, sin ninguna clase de hipérbole, dedicó su vida y su inteligencia al servicio y desarrollo de nuestra institución registral.

Nació Mariano Hermida Linares el día 14 de febrero de 1906, en el pequeño y viejo pueblo de Tama, partido judicial de Potes, en Santander, hoy Cantabria, casi a los pies de los Picos de Europa, tierra de ásperas y duras crestas y suaves y verdes praderas, que forman un conjunto de impar belleza, forjadora de gente recia, bien dotada para la lucha por la vida, y de una familia de rancio abolengo montaños.

Fue un autodidacta. Estudió por libre el bachillerato, examinándose en el Instituto de Segunda Enseñanza de Bilbao. También por libre cursó la carrera de Derecho, obteniendo los títulos de la Licenciatura y del Doctorado en la Facultad de Oviedo. Preparó en su casa de Tama las oposiciones, ingresando en el Cuerpo de Regis-

tradores de la Propiedad en el año de 1933, y por el Registro de Potes, su patria chica.

La guerra civil le sorprende sirviendo el Registro de Motilla del Palancar, y a su término es destinado a Ceuta. Sus destinos posteriores fueron, por el orden con que se enumeran, los siguientes: Puenteareas, Vinaroz, Montoro, Estella, Albacete y Madrid, donde en el Registro Mercantil se jubila, después de una fecunda vida profesional jalonada por éxitos, reconocidos en cierto aspecto por las condecoraciones que le fueron otorgadas.

Como hipotecarista, su contribución doctrinal para la más recta interpretación de las normas y principios del sistema es muy importante y siempre fortalecedora de la posición registral frente a la civilista, con argumentos de gran autoridad.

Creo que es el hipotecarista que ha propuesto las soluciones más pertinentes a los problemas fundamentales del Derecho inmobiliario registral, que son:

- a) La inscripción de títulos sin tradición cuando ésta es necesaria para la adquisición;
- b) Efectos que produce la inscripción del título en el supuesto anterior, y, por consiguiente,
- c) Las relaciones entre tradición e inscripción.

Sus trabajos entre estas materias son indispensables para un profundo conocimiento de las mismas, ya que sus argumentos jurídicos son prácticamente incontrovertibles.

También clarificó los efectos que producen las inscripciones de las resoluciones judiciales que afectan a la capacidad civil de las personas, que la doctrina anterior había tratado con literatura pésimas, según sus palabras.

Basta ya; temo alargar demasiado lo que por principio debe ser sucinto, y ruego me sea perdonada la falta en aras al afecto que profesaba a Mariano Hermida Linares.

Queda por enumerar sus principales trabajos, publicados en esta «Revista Crítica» desde el año de 1949, fecha del primero, hasta el año de 1969, en que se publicó el último. Los títulos son los siguientes:

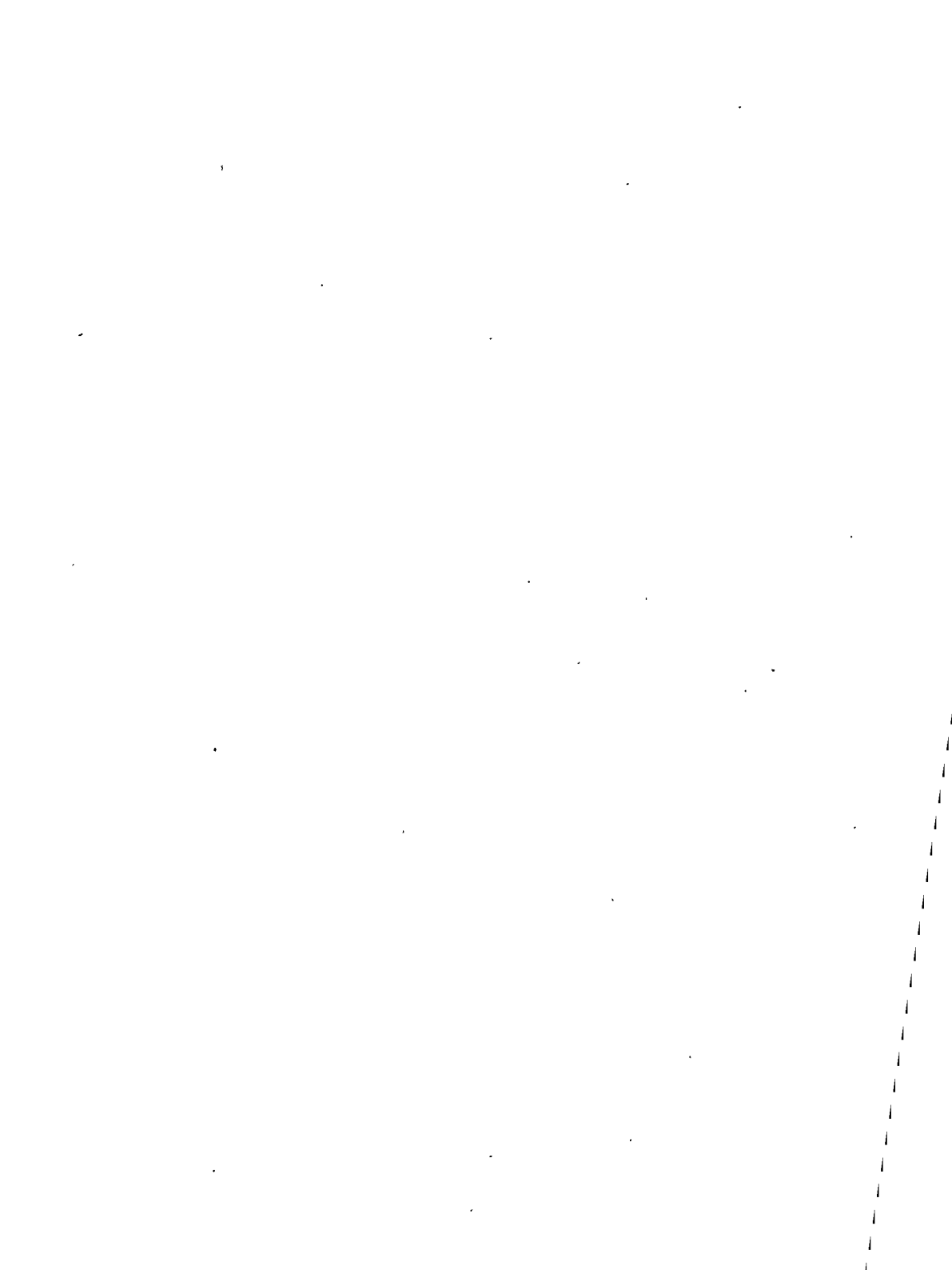
1. «¿Es constitutiva la inscripción en el derecho real de hipoteca?»
2. «Los modos de adquirir y el Registro de la Propiedad».

3. «La inscripción de resoluciones judiciales que afecten a la capacidad civil de las personas». Primera parte.
4. «La inscripción de resoluciones judiciales que afecten a la capacidad civil de las personas». Segunda parte.
5. «Inscripciones constitutivas».
6. «Interpretación de los artículos 1.278, 1.279 y 1.280 del Código Civil».
7. «La inscripción de resoluciones judiciales que afecten a la capacidad civil de las personas». Tercera parte.
8. «Reforma de los Reglamentos Hipotecario y Notarial en relación con la inscripción de bienes de la sociedad conyugal». Ponencia presentada al Congreso de Derecho Registral de 1961.
9. «La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles».
10. «Problemas fundamentales de Derecho hipotecario».

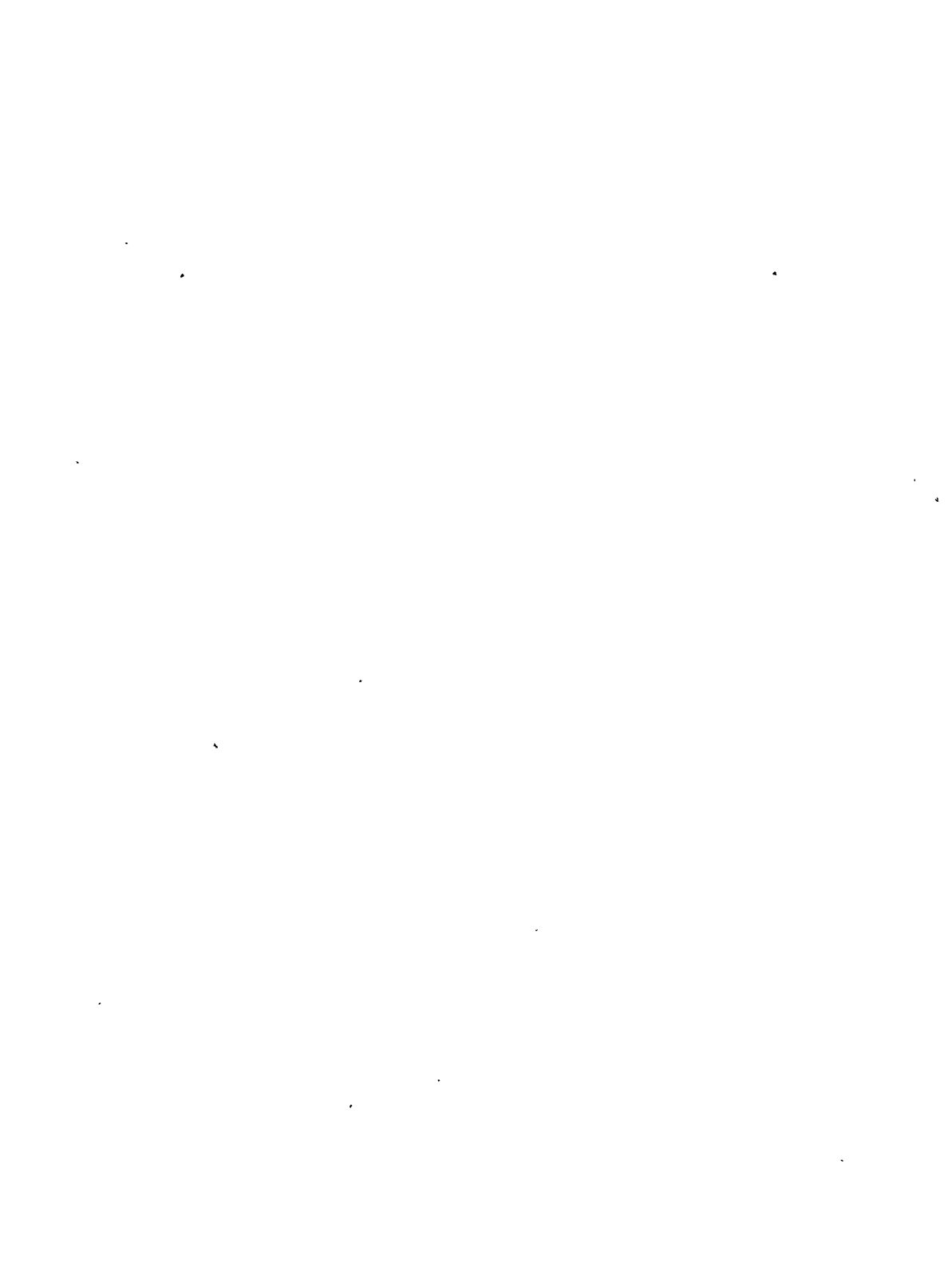
Todos estos trabajos fueron recogidos en un volumen que publicó el Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, en el año de 1973.

Fue un hombre cabal, de trato cortés, bondadoso talante y buen cristiano, por lo cual todos nosotros, que fuimos sus compañeros, debemos elevar una plegaria por su eterno descanso.

RAMON DE LA RICA



ESTUDIOS



El jurista y la perspectiva: Reflexiones sobre Derecho Matrimonial

SUMARIO: I. *Concepto aproximativo de perspectiva, del cual se parte.*—II. *Porosidad y carácter interdisciplinar de los presupuestos que articulan el Derecho de familia.*—III. *El tortuoso camino de nuestro antiguo artículo 42 del Código Civil y materias concordantes, y el juego de la perspectiva.*—IV. *El malicioso manejo de las estadísticas.*—V. *La noción de orden público y conceptos afines: Fundamentos sociocriteriales de su aplicación.*—VI. *Otras secuelas y deformaciones doctrinales que arrancan de una carencia de perspectiva.*—VII. *Indicios de flexibilidad en la nueva normativa canónica: Precedentes.*—VIII. *Aportación crítica. El período que discurre entre el Concilio de Trento y 1975 no se enjuga tan fácilmente.*—IX. *Reflexión final. Brevísimos haz de conclusiones.*

I. CONCEPTO APROXIMATIVO DE PERSPECTIVA DEL CUAL SE PARTE

Se intentó en un principio que este trabajo quedara confeccionado y publicado en 1983, año en que se conmemoraba el centenario del nacimiento de Ortega y Gasset, bajo cuya advocación mediata confiesa alojarse el espíritu de lo que aquí se expone. Claro que las palabras de Ortega sobre la perspectiva trascienden de homenajes y centenarios y siguen prestándonos su formidable y siempre lozana validez:

¿Cuándo nos abriremos a la convicción de que el ser definitivo del mundo no es materia ni es alma, no es cosa alguna determinada, sino una perspectiva? Dios es la perspectiva y la jerarquía: el pecado de Satán fue un error de perspectiva¹.

¹ JOSÉ ORTEGA Y GASSET: *Meditaciones del Quijote*, en *Obras* (Madrid: Espasa-Calpe, 1932), pág. 12.

Pero ¿qué es la perspectiva, aplicada específicamente al mundo de lo jurídico y, aún más concretamente, al predio del Derecho matrimonial? Si por perspectiva entendemos una «percepción conceptual y autorreferenciada desde la que se articulan las posibles configuraciones volitivas y ejecutivas de la persona respecto de todo lo demás» (RAMOS OREA), nos daremos cuenta de la superlativa importancia que tal noción tiene para el campo del Derecho que hemos elegido. No ignoramos que para una mente exclusivamente positivista nada de lo que intentamos decir tuviera acaso un adarme de sentido. La tenebrosa sentencia de VON KIRCHMANN parece retumbar aún en las lobregueces de un universal pesimismo:

Tres palabras de rectificación del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papel viejo.

El hecho de que voces autorizadas se hayan alzado claramente contra tal maximalismo de criterio² no merma su terrible vigencia. El camino

² JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN: «Tres palabras de rectificación del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papel viejo [*Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848, pág. 17; que decía que los juristas, como los gusanos, viven de madera podrida». En FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España. Parte general*, tomo I, Libro Preliminar: *Introducción al Derecho civil*, 3.ª ed. (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955), pág. 65].

Creemos asimismo de interés, en relación con el tema, las siguientes consideraciones de JOAQUÍN GARRIGUES:

Es dudoso que pueda llamarse hombre de Derecho el que ejercita su derecho sin contemplación alguna, es decir, sin el ideal de perseguir la justicia. A este tipo pertenece un personaje creado por SHAKESPEARE en su famosa obra dramática *El mercader de Venecia*: el judío prestamista Shylock. La conducta de este personaje en el famoso proceso iniciado en Venecia para la reclamación por tal prestamista usurero de un préstamo de 3.000 ducados, dio lugar a una famosa polémica entre dos eximios juristas: IHERING y KOHLER. Recordemos que en aquella obra, el prestamista, alegando no haber sido pagado por su deudor al vencimiento del préstamo, debía cobrarse cortando una libra de carne del cuerpo de su deudor. A ello le autorizaba su contrato de préstamo, que era válido en las Leyes de Venecia. «Exijo la Ley —decía—. Si me lo negáis, pobre de vuestra Ley. Entonces el Derecho de Venecia no tiene ningún valor.» IHERING apoyaba esta tesis porque veía en ella la lucha por el propio Derecho (recordemos su obra fundamental, que llevaba este mismo título), y llegó a ver en Shylock un campeón del Derecho de Venecia. Por el contrario, KOHLER, en su obra destinada precisamente al estudio de SHAKESPEARE, desde el punto de vista jurídico, exaltó la sabiduría del Juez que viola la letra de la Ley para dar paso a una norma más humana y más justa (pág. 354).

Pero ¿realmente es el Derecho una ciencia? Lo negó un Magistrado alemán en una famosa conferencia pronunciada en Berlín en 1847.

Deslumbrado por el progreso de las ciencias físicas y naturales y esclavo de la mentalidad positiva, que se extendió como plaga mortífera en su tiempo, el bueno de KIRCHMANN cayó en el error de comparar la ciencia jurídica con las ciencias naturales y llegó a una consecuencia

más cómodo para ahorrarse la exploración del *deber ser* jurídico es otorgar un omnímodo poder a la formulación del precepto positivo que la configuración o, mejor, la perspectiva jurídica vaya plasmando en cada momento. Ante aberración tal yo simplemente diría que para ese tenor fuese mejor que la ciencia jurídica no existiese. No, el jurista no se puede quedar en un mero positivismo, escindido en lo más vivo de su conciencia por la agonía impotente de contemplar que nada puede hacerse ante la norma positiva, por inicua o por carente de perspectiva que ésta fuera.

Por otro lado, un sutil quiebro de matiz podría acomodar nuestra reflexión en un término medio, perfectamente equidistante de las posturas positivista y perspectivista a ultranza. Esta situación media es la que vendría a ocupar la concepción abiertamente relativista y pragmática que se ocupara sin más de que las cosas discurrieran por sus carriles establecidos por la mayoría. Tal concepción no es extraño que se haya detectado en el Nuevo Mundo:

Algunos juristas norteamericanos han llegado a decir (PUTIG BRUTAU, trad. de LOEVINGER, *Una introducción a la lógica jurídica*) que «el Derecho, en el fondo, no es más que la previsión de lo que los Tribunales fallarán en un momento determinado»³.

Tal inclinación de criterio se conforma perfectamente a las condiciones sociales de un pueblo como el de los U. S. A., donde bajo diferencias de mentalidad más bien nimias y de detalle subyace una uniformidad sólida respecto de la necesidad y vigencia de las instituciones, independientemente de cuál sea el partido político en el poder⁴.

desoladora: la falta de valor de la jurisprudencia como ciencia (*Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*). «Un pueblo podrá vivir sin ciencia jurídica, pero no sin Derecho», decía KIRCHMANN.

Esta tesis pesimista de KIRCHMANN se basa en una falsa equiparación de la ciencia jurídica con las ciencias naturales, olvidando la distinción, claramente establecida desde WILDEBAND y KICKERT, entre las ciencias naturales, como ciencias de leyes, generalizadoras, y las ciencias culturales, como ciencias de hechos individuales, valorativas. A estas últimas ciencias pertenece la ciencia jurídica (pág. 355).

JOAQUÍN GARRIGUES: *Temas de Derecho vivo* (Madrid: Tecnos, 1978), en especial «Consejos a unos jóvenes diplomados en la Escuela de Práctica Jurídica» (conferencia pronunciada en la Universidad de Alcalá de Henares el 23 de junio de 1978), págs. 352-360.

³ Pórtico: «El Derecho y el órgano supremo de administración de justicia», *Revista Jurídica de Cataluña* (enero-marzo 1978), págs. 3-4.

⁴ En este preámbulo, por así decirlo, de nuestro trabajo, y como corresponde a una realidad multi-referenciada, como lo es el Derecho matrimonial, estamos empleando un lenguaje asimismo interdisciplinar. Tal vez nos conviniera recordar que:

II. POROSIDAD Y CARACTER INTERDISCIPLINAR DE LOS PRESUPUESTOS QUE ARTICULAN EL DERECHO DE FAMILIA

Voy a tratar de poner de manifiesto que el campo del Derecho matrimonial y, en general, de familia, por su especial naturaleza interdisciplinar, está más que ningún otro conformado por una interacción de criterios donde la recta (o desviada) impronta de lo que aquí entendemos por perspectiva se patentiza con más clamorosas manifestaciones, con más trascendencia sustantiva; adquiere, si preferimos la expresión, las más abultadas multiplicaciones de incumbencia y concernimiento por parte de los sujetos a Derecho. Porque no podemos negar, a fuer de realistas, las frecuentes salpicaduras que deben aparecer en este trabajo venidas de campos regentados por disciplinas como la Sociología, la Filosofía del Derecho, el Derecho canónico, la Historia, el Derecho político y hasta la Psicología. No creo que exista una parcela del Derecho más porosa que la del Derecho matrimonial, en la que con sus clásicas y controvertidas características de privatismo y publicidad penetran con más o menos impurezas, con intencionalidad más o menos oportunista, nociones que prácticamente abarcan el flabelo de manifestaciones de Derecho en todos los órdenes⁵. El matrimonio, al presentar sus dos ínsitos e inseparables

Hay un lenguaje legal y un lenguaje de los juristas, y si ambos tienen que ser lógicamente operativos, tal condición no implica forzosamente que ambos deban ser *llanos*; todo lo contrario...

Como resalta KURT BALDINGER en su *Teoría semántica*, el lenguaje jurídico está entre el común y el científico; es algo híbrido. La lengua común funciona muy bien con objetos mentales a los cuales corresponden trazos de la realidad sin límites fijos, pero por eso los juristas —añade— son tan dignos de lástima, ya que sirviéndose del lenguaje común tienen que trazar límites precisos, y ello es muy difícil.

Por eso digo que la paradoja está en otra parte: el que siendo nuestro lenguaje un lenguaje difícil, nos empecinemos voluntaria o involuntariamente en hacerlo todavía más difícil utilizando una aparente llaneza que no es otra cosa más que imprecisión...

Creo que todos deberíamos irnos poniendo de acuerdo para esclarecer, desde una perspectiva metodológicamente más semiótica y a base de un lenguaje más formalizado, las diferentes dimensiones del signo o de la palabra utilizada por el Derecho, prestando un mínimo de atención a lo que escribiera BRADLEY THAYER (*Preliminary Treatise on Evidence*, 1898, pág. 190): «Si las palabras en el uso jurídico común son usadas con exactitud, es bueno saberlo; si no son usadas así, también es bueno saberlo y señalar cómo se las usa».

LLUIS MUÑOZ SABATÉ: «Sobre el lenguaje jurídico», *Revista Jurídica de Cataluña* (enero-marzo 1980), págs. 263-264.

⁵ Uno de los peligros de que la Sociología, por ejemplo, irrumpa sin más en algún campo específico del Derecho ha sido delatado aguda y brillantemente, en nuestro contexto matrimonial, por el profesor NAVARRO VALLS:

aspectos de realidad privada y pública, se instala en el centro absoluto de todo sistema jurídico, y las reverberaciones de las distintas parcelas colisionan —cuando menos interfieren— necesariamente con él. Nada menos sorprendente que detectar nociones de Sociología, Filosofía pura, Psicología, etc., etc., porque son sistemas, aunque parciales, organizados como

El *tempus* de transformación social es hoy tan intenso que puede forzar al jurista a una falta de perspectiva: interpretar las instituciones jurídicas —en este caso, el matrimonio— en función de cómo las viven los hombres, en vez de enjuiciarlas a la luz de lo que *son*. Se opera entonces una peligrosa inversión metódica en el saber jurídico, que inextricablemente se ve arrastrado a fijar su atención tan sólo en el nivel sociológico —el de los hechos— para abandonar el previo nivel filosófico —el ser mismo de la institución.

El peligro radica en olvidar que el método exclusivamente sociológico, al tener por objeto primordial el hecho cambiante del devenir histórico, aislándose e inhibiéndose de las constantes ontológicas del propio devenir..., no puede dar razón del ser más profundo de las instituciones jurídicas (pág. 189).

Al pretenderse —ante la presión real o artificial de los datos sociales— que la institución matrimonial exclusivamente está en la simple línea de los hechos, se la desconecta de cualquier «deber ser» jurídico previo, produciéndose una auténtica contienda —una dolorosa lucha en el seno mismo del Derecho— entre Sociología y Filosofía jurídicas. Cuando con exclusiva técnica sociológica se pretende estudiar la esencia del matrimonio, fácilmente se puede confundir lo que el matrimonio *es* con el hecho de cómo viven algunos titulares de la relación jurídico-matrimonial de un medio social determinado sus compromisos conyugales.

Con esta inversión metódica no puede extrañar que se postule que aquel «deber ser» se transmute, por la presión del dato sociológico, en un ser jurídico relativo, dependiente de la evolución del *entourage* matrimonial. Al sociologizarse en su totalidad el dato previo —del que sólo el más profundo nivel jurídico de atención de las instituciones puede dar razón cabal, esto es, el filosófico—, se desjuridifica, se empobrece la dimensión jurídica de la propia relación conyugal, que inmediatamente queda reducida a un hecho social más, cuya regulación jurídica no dependerá de las cosas, sino de lo que dicte la estadística sociológica, o, lo que es más anómalo, de lo que dicte una ética situacional, más atenta al fenómeno de la situación límite que no a los límites del arbitrio humano en cada situación (págs. 191-192).

Claro que un poco antes, y en la misma línea de sagacidad crítica, NAVARRO VALLS concede:

Por lo demás, no deben entenderse cómo globalmente críticas las apreciaciones que en este trabajo se hacen sobre el sociologismo jurídico, ya que comparto en medida apreciable las preocupaciones metodológicas que postulan una mayor interrelación entre Sociología y Derecho. Mis apreciaciones se tornan críticas solamente cuando dichas preocupaciones desembocan en posiciones extremas que pretenden anular cualquier razonamiento jurídico encaminado a la realización de valores anteriores a la pura facticidad (pág. 190).

RAFAEL NAVARRO VALLS: *Estudios de Derecho matrimonial*, en especial «Divorcio y Derecho» (Madrid: Editorial Montecorvo, 1977), páginas citadas.

para que la perspectiva jurídica tenga en ellos campo abonado de referencia⁶.

Una vía asimismo convincente de probar que el matrimonio como realidad jurídica *resulta* en buena parte Sociología es percatarse de que las normas de diverso matiz que pretenden regularlo tienen una buena proporción de su motivación y sentido tanto en los demás como en los propios dos interesados. Sin los próximos, sin la sociedad, los dos implicados podrían llevar a término sus funciones de manera más económica, más simple o pura si somos capaces de entender estos términos con imaginación generosa y los proyectamos al original paradigma edénico. Hágase un recorrido por los preceptos jurídicos, afectados en una u otra medida al matrimonio, y dígame si no es cierto que sin la existencia del dato sociológico las normas tenidas como necesarias para regular el matrimonio se reducirían en gran parte. Es innegable que en el *status* fáctico de «matrimonios» asumido por dos personas la incidencia operante de *los otros*, de los prójimos, es más influyente que en ninguna otra institución o manifestación jurídica. Y es cierto. La urdimbre vivencial de la institución del matrimonio, que tan denodadamente se viene zafando de una catalogación definitiva respecto de su naturaleza jurídica por parte de la doctrina de todos los tiempos, ha sido oportunamente puesta de manifiesto por más de un autor. Así VALLET DE GOYTISOLO:

Como sigue observando RADBRUCH, especialmente en el matrimonio, frente al Derecho hay una situación de hecho natural y social que el Derecho es incapaz de formular de modo absoluto, antes bien, en cierto sentido ha de acomodarse a ella.

El Derecho viene dado por circunstancias reales y por datos metajurídicos, especialmente en el Derecho de familia, en el De-

Si hemos elegido a este significativo autor como exponente certero de un juego de distinciones específicas, es porque en otros lugares de esta monografía lo volvemos a traer a nuestras páginas con la contraria finalidad de desbaratar la falacia de sus argumentaciones, lanzadas precisamente desde una atalaya carente de perspectiva.

⁶ En fecha tan pretérita como la de referencia, se nos decía:

La organización de la familia es, pues, de orden privado, a la vez que de orden público, porque sí trae su origen, en principio, de la forma puramente contractual, puesto que depende de la libre voluntad de los esposos el contraer el vínculo o no, y, por el contrario, la falta del consentimiento de aquéllos impide que se origine, llena al mismo tiempo una verdadera y propia función social por la que la necesaria autoridad de la Ley establece las condiciones y las normas relativas a la constitución, al mantenimiento y a la disolución del vínculo matrimonial.

RAFAEL ACOSTA INGLOTT: «El divorcio en Derecho internacional privado», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 115, año quincuagésimo octavo (Madrid, 1909), págs. 258-289, especialmente página 260 [Granada, 14 de abril de 1909].

recho matrimonial y en la relación paterno-filial, más que ninguna otra parte del Derecho (pág. 240).

No podemos olvidar que los fines primarios del matrimonio son transindividuales: la procreación y la educación y elevación de la prole...

Volvamos a ceder la palabra a HELMUT COING: «No puede existir verdadera comunidad cuando cada cual insiste en su derecho y no tiene capacidad de entrega más allá de la obligación de derecho. *La mentalidad jurídica y la mentalidad comunitaria son mentalidades diversas*» (subrayado mío).

Por eso puede el Derecho destruir la comunidad. Su penetración es precisamente un síntoma de la decadencia de la comunidad. Cuando el Derecho penetra en una comunidad, cuando empieza a delimitar y fijar con precisión dentro de ella las prerrogativas del individuo, la comunidad se convierte en contrato o en una relación de poder jurídicamente limitada (inauténtica): en ambos casos queda desnaturalizada. Ejemplo claro de este proceso es el matrimonio moderno.

Esto explica que en el curso del tiempo el ámbito del Derecho vaya extendiéndose a medida que el individuo se hace consciente de su peculiar situación y de sus especiales intereses en el seno de la comunidad; cuanto menos se funde el individuo con la comunidad, tanta más protección jurídica necesitará. El Derecho procede paso a paso en paralelismo con el progreso del individualismo.

Las comunidades jurídicamente reguladas no son ya auténticas y plenas comunidades. Por eso es típico que la intervención jurídica se produzca precisamente en el momento de la disolución de la comunidad⁷ (págs. 247-248).

Este campo multifronte del Derecho matrimonial, donde tiene la perspectiva quizá su más propicio y generoso banco de pruebas, no se le ha ocultado a ningún estudioso por distantes entre sí que hayan estado sus puntos de partida y sus intencionalidades. Desde la torre de observación del canonismo oficial se nos recuerda que

Los mismos civilistas suelen advertir que el matrimonio (regulado por el Derecho positivo) no es un instituto exclusivamente jurídico, sino también político, religioso, social, ético, etc., de suerte que las leyes del Estado lo regulan solamente en parte y en cierto modo solamente desde el exterior (cf. R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Messina, 1926, vol. II, pág. 509, y A. C. JEMOLO, *Il matrimonio*, vol. III del *Tratado di diritto civile*, dirigidos por F. VASALLI, Torino, 1937, pág. 266 y sigs.⁸).

⁷ JUAN VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho civil*, tema décimo: «El Derecho de familia» (Barcelona: Bosch, 1963), págs. 240-261.

⁸ Mons. Dr. JUAN JOSÉ GARCÍA FAÍLDE: «Por una acertada concepción del matrimonio», *Revista Jurídica de Cataluña*, año LXXVII, núm. 1 (enero-marzo 1978), pág. 49.

El prolífico DÍEZ-PICAZO (al que nos tendremos que referir desde ángulos e intenciones diversas en el curso de este trabajo) fija con su habitual y holgada brillantez el predio desparramado e interdisciplinar del Derecho de familia:

Una cosa es una reforma del Derecho de familia y otra, sin duda no igual, una reforma de la legislación del Derecho de familia, porque el Derecho de familia no está formado solamente, en todo caso está formado sólo en una mínima parte por las leyes incorporadas al Derecho de familia. El Derecho de familia es también una serie de costumbres, de hábitos, ¿por qué no?, de prejuicios, de creencias, de convicciones y de modelos de conducta... Las familias se rigen muy poco por el Derecho. El Derecho sólo penetra en ellas cuando antes ya ha penetrado en ellas la desintegración, cuando han dejado de ser o están a punto de dejar de ser familias.

El Derecho de familia es para la familia como un régimen dietético: nunca lo observa el individuo sano, sino el enfermo... Sólo en dosis muy pequeñas se ventilan pretensiones entre los miembros de una familia con el apoyo del Derecho...

Me parece bastante claro, por ejemplo, que el establecimiento del divorcio requerirá una Ley, y que sólo de acuerdo con una Ley el matrimonio podrá ser de uno o de otro tipo, a lo que también hay que decir, para restarle dramatismo, que no es muy probable que la organización legal del matrimonio aumente o disminuya la propensión de las gentes a casarse, a elegir uno u otro tipo de matrimonio o a unirse simplemente de manera libre (págs. 132-133).

El Derecho va siempre a la rastra del cambio social, y la reforma jurídica o bien se produce algunas veces sola, por espontáneo reajuste de los mecanismos normativos, o viene irremediablemente impuesta en virtud de demandas o de exigencias sociales⁹ (pág. 135).

Los términos más caros que estamos vertiendo en este tramo prope-
dítico parecen asimismo consolidar el criterio de otros autores, bien diferenciados, como hemos advertido, por su intención y por la fundamentación de sus planteamientos:

El tema de la familia y el del matrimonio como base de la misma posee un carácter interdisciplinar. Son múltiples las perspectivas desde las que podemos acercarnos al mismo. Pueden

⁹ LUIS DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: «Significado de la reforma del Código Civil» [conferencia pronunciada por]..., en *Curso de conferencias sobre la reforma de los Códigos Civil y de Comercio por Ley 14/1975, de 2 de mayo* (año 1977). Celebrado en el Salón de Actos del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Prólogo [del] Ilmo. Sr. Decano don NARCISO DE FUENTES SANCHIZ (Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios, 1978), págs. 131-153.

considerarse sus aspectos sociológicos, históricos, políticos, religiosos, jurídicos... Desde todos los puntos de vista se ha vertido mucha literatura, es cierto, y, sin embargo, los autores no están de acuerdo, no sólo en lo que la familia es y ha representado y ni siquiera en la función actual de la familia, sino que aún en el ámbito estrictamente normativo, en el Derecho de familia, existe disparidad de criterios no ya en los diversos ordenamientos jurídicos, sino también en el propio tratamiento doctrinal, no exento de acaloradas discusiones¹⁰.

Otras veces son las formulaciones con vocación de perennidad, a cargo de los Magistrados en ejercicio, las que nos sancionan la configuración compleja de eso que hemos dado en llamar principios de Derecho matrimonial. He aquí un interesante *Considerando*:

No olvidemos que de todas las instituciones del Derecho privado la familia es la más delicada y sede de todos los sentimientos humanos a través de la procreación y relaciones que engendra, de tal suerte que hizo proclamar a un insigne civilista español, que de todas las instituciones del Derecho privado, la familia era la menos asequible al Derecho; son los componentes de la familia los que deben hacer posible la convivencia dentro de la mayor solicitud y afecto, y cuando éste no existe o se halla en crisis, difícilmente puede ser impuesto o suplido por la norma jurídica¹¹.

Vaya un último testimonio en que, con las inevitables diferencias de matiz, se insiste en la complejidad íntima, vivencial, que se instala en las recámaras profundas del Derecho. Cuando esta intimidad es precisamente de la incumbencia del Derecho matrimonial debemos pensar que el haz de realidades sensibilizadas adquiere su más indiscutible desarrollo:

La profesión del Abogado —escribe BATLLE SALES [*El derecho a la intimidad privada y su regulación*, pág. 62]— coloca a éste en situación de confidente. Ante él, la persona que acude a pedir consejo o ayuda descubre toda una serie de actuaciones, en las cuales va implicada su intimidad... Toda divulgación de estos secretos es contraria al orden público¹².

¹⁰ NARCISO MARTÍNEZ MORÁN: «La familia y su protección constitucional», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* (I. Monográfico, 1978), págs. 115-144, especialmente pág. 119.

¹¹ Número 534. Medidas provisionales de separación matrimonial. Medidas relativas a los hijos (Badajoz. Sentencia de 8 de octubre de 1977. Ponente: Don JOSÉ TORNE DOMBIDAU). *Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales: En materia civil y penal: 1977*: segundo semestre. Recopilación, selección y ordenación realizada por la Secretaría Técnica de la Presidencia del Tribunal Supremo (Madrid: Ministerio de Justicia: Centro de Publicaciones, 1978), página 310.

¹² JAIME VIDAL MARTÍNEZ [Profesor Adjunto de Derecho civil]: «Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar», *Revista General de Dere-*

No hace falta seguir multiplicando ejemplos. El único señuelo que nos ha impulsado a confeccionar este pequeño mosaico de testimonios es el de proporcionar una cuadrícula lo suficientemente provista de validez como para permitir que la noción de perspectiva que invocamos en la apertura pueda funcionar a sus anchas, operativamente, y ayudarnos a explorar la adecuación o inadecuación de aplicar sus resortes. Espero que la configuración poliédrica de estas realidades encuadradas en ciertos aspectos del Derecho matrimonial permitan desplegar a la perspectiva del jurista unas cumplidas y panorámicas reverberaciones. Como decíamos antes, la postura mental del jurista debe operar desde una zona media, equidistante por igual de un positivismo a ultranza como de un voluntarismo fantasmagórico e inviable. La corta andadura de nuestra normativa en materia de Derecho de familia (Ley 11/1981, de 13 de mayo, modificatoria en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; Ley 30/1981, de 7 de julio, que regula el matrimonio y determina el procedimiento en las causas de nulidad, separación y divorcio, y en un orden de cosas paralelo en interés para nosotros, el *Código de Derecho canónico*, revisado, de 1983) nos proporciona una base comparativa y estable, respecto de la cual tendrá que homologarse forzosamente la perspectiva de las disposiciones anteriores, o más bien la falta de perspectiva en nuestro caso y, en consecuencia, la violencia injustificada de principios que se enseñoreó de la mente del legislador, y el contexto social que motivó asimismo esa carencia de perspectiva. Y conste que no pretendemos poner a nadie en la picota. No se conoce ningún tipo de multas, amonestaciones, reprimendas ni correctivos para los reos de lesa perspectiva. Son éstas unas especialísimas transgresiones que sólo tienen su homologación de repulsa o afecto en el corazón de los que componemos la gran familia solidaria de amantes de la justicia y de la equidad.

III. EL TORTUOSO CAMINO DE NUESTRO ANTIGUO ARTICULO 42 DEL CODIGO CIVIL Y MATERIAS CONCORDANTES, Y EL JUEGO DE LA PERSPECTIVA

Quizá no haya habido precepto en todo nuestro Derecho positivo donde con más acritud, con más impenitente obcecación haya quedado plasmada la falta de perspectiva de nuestro legislador. Desde que la Real Cédula de Felipe II de 12 de julio de 1554, que promulga como Ley del Reino los cánones del Concilio de Trento, hasta la reforma de 1981, a que nos hemos referido unas cuantas líneas más arriba (exceptuando la

cho, núms. 433-434 (octubre-noviembre 1980), págs. 1162-1188, especialmente página 1181.

bocanada de aire fresco que supuso la malograda Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932), nuestro triste y torpísimamente célebre artículo 42 ha podido compararse a esa cota histórica conquistada por el poder constituido, y que éste se ufana en presentarla al mundo como el más irrenunciable de sus logros.

Estamos concentrando buena parte de nuestros esfuerzos con el fin de ser objetivos. De ahí que para poner título al epígrafe que estamos desarrollando nos hayamos servido de alguien que de la interpretación y aplicación de la Ley hace su medio de vida¹³. Que algo perteneciente al fuero interno de conciencia de los interesados haya merecido la infamante vitola de «orden público» es algo que debe sonrojar al jurista razonable. El cometido de esto que va siendo redactado es intentar probar tales premisas.

Sabido es que, aun desde dentro y a iniciativa del propio poder constituido, se llevó a cabo mediante la reforma del Código Civil de 1958 la limadura expresiva de aquel... (¿cómo calificarlo..., lúdico, terrible?). «deben contraer» del artículo 42 («La Ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que *deben contraer* todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determine este Código»), por el que parecía pretenderse no dejar célibe ni a uno solo de los que se tuvieran por católicos, para choteo de todo jurista juicioso. De acuerdo con que el Derecho canónico hubiera invadido los predios de incumbencia del ordenamiento civil; de acuerdo con que, siempre bajo la advocación canónica, el matrimonio goza del *favor juris*. Empero, de ahí a los términos que lapídeamente se empeñó en perpetuar el precepto desde 1889, y a través de la complaciente miopía de nuestra posguerra, hay todavía un trecho elástico para la cordura. En este caso concreto me pregunto si el lector no estaría de acuerdo con nosotros en calificar con un cero en perspectiva al tan celestinesco legislador. Tal ha sido la obcecada proclividad de su espíritu desde tan antiguos tiempos.

Otra de las expresiones de más refinada e inicua equivocidad que nuestro malhadado artículo 42 encerraba era la relativa a la prueba de *no* profesión de la religión católica. ¿Se puede probar una cosa que *no* se es?, nos hemos venido preguntando. La ordalía que supuso en su momen-

¹³ El tortuoso camino seguido para la interpretación del artículo 42 del Código, dependiente de la ideología dominante en el Gobierno de cada momento, ha finalizado en lo que parecía criterio dominante en la doctrina de entregar a la conciencia de los novios la decisión de celebrar matrimonio canónico o civil.

FRANCISCO CAPÓN REY [Juez de Distrito núm. 2 de Vigo]: «El acuerdo sobre asuntos jurídicos con la Santa Sede y la reglamentación del matrimonio», *Boletín de Información*, año XXXIV, núm. 1.218 (Madrid: Ministerio de Justicia, 15 de octubre de 1980), págs. 5-12, especialmente página 6.

to probar lo imposible ha quedado recogida en dolorosa bibliografía¹⁴. Pero más dolorosamente suponemos que permanecerá en la carne del alma de todo aquel esforzado que se adentrara en semejante laberinto dantesco, suavizado únicamente, con el paso del tiempo, por las Instrucciones, Resoluciones y Circulares emanadas de lo que se ha dado en llamar «jurisprudencia menor» de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que sobre todo en su Instrucción sobre el expediente previo al matrimonio civil de 22 de marzo de 1974 facilitó la gestión de la dichosa prueba de no profesar la religión católica. Huelga decir que la irreverentemente llamada Ley de Libertad Religiosa de 1967 fue un producto de exportación para la Europa crédula y sólo papel mojado para los españoles.

El antiguo artículo 42 de nuestro Código Civil ha servido, eso sí, inmejorablemente para identificar el talante y la perspectiva con que se han adornado algunos autores establecidos. Hay aquellos para quienes deplorablemente el artículo 42 encerraba una supuesta virtualidad optativa. Por todos, MANUEL ALBALADEJO:

Es claro que prácticamente queda en manos de cualquiera casarse civilmente si, aunque de verdad sea católico, lo desea, ya que le basta comunicar al párroco que abandonó el catolicis-

¹⁴ Respecto de los que pasaron por la ordalía del matrimonio civil, el profesor ALONSO PÉREZ se pronunciaba así:

Resulta lamentable escuchar a no católicos, agnósticos o a quienes no practican el catolicismo, pero cargados de buena voluntad, el drama que han vivido para celebrar el matrimonio civil, aun después de la legislación implantada a raíz de la Ley de Libertad Religiosa de 1967: miradas raras en el Juzgado, exigencias de un sinnúmero de documentos, el Juez municipal que parece no hallar día para la ceremonia, etc. Ciertamente que en muchos Juzgados las cosas se ven ya con toda normalidad, pero es evidente que en grandes sectores de la población española la celebración del matrimonio civil por un católico no creyente forma parte de un rito propio de «ateos, comunistas y masones», esa trilogía que tanto pánico infundió al imperial o nacionalcatolicismo.

«Acerca del matrimonio civil», *Revista de Derecho Privado* (febrero 1978), págs. 34-35.

Y es asimismo elocuentísimo el clamor de congoja y de concienciación que el mismo autor lanza en otro lugar:

Y, sin embargo, la realidad, la brutal realidad, queda sin resolver en nuestra ciudad terrena: el dolor profundo, la angustia vital de algunos matrimonios de nuestros hermanos en la fe y en el amor de Cristo que, con culpa o sin ella, se han deshecho sin remedio. ¿Quién podrá llevarles alguna luz, si está absolutamente cerrada la puerta de la insolubilidad?

«Matrimonio civil y divorcio», en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Batlle Vázquez* (Madrid: EDESA, 1978), págs. 39-74, especialmente pág. 74.

mo. De modo que nuestro sistema matrimonial *de hecho* viene a ser electivo¹⁵.

Otros, desde el canonismo furibundo y en un alarde de penuria imaginativa, arremetieron contra el Derecho positivo en materia matrimonial de la Segunda República española, llegando a escribir que la Ley de 1932 suprime el artículo 42 del Código Civil. Así ALBERTO DE LA HERA:

Con esta disposición [Ley del 28 de junio de 1932, que en su artículo 12 establece que «a partir de la vigencia de la presente Ley, sólo se reconoce una forma de matrimonio, el civil, que deberá contraerse con arreglo a lo dispuesto en las secciones primera y segunda del capítulo III del título IV del libro I del Código Civil»] «ya no se trata —como ha escrito FUENMAYOR— de interpretar el artículo 42 del Código Civil: se le suprime de nuestro ordenamiento». *Desaparece el sistema de matrimonio civil facultativo, para ser sustituido por el de matrimonio civil obligatorio*, incompatible con el artículo 42 y, por tanto, derogativo del mismo»¹⁶ (el subrayado es mío).

Por cierto que, según monseñor LEÓN DEL AMO,

Fue esta Ley [de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932] una injuria gravísima a la Iglesia y un agravio tremendo a los sentimientos religiosos del pueblo español¹⁷.

Expresiones de tan ilustre prelado que hoy, con la debida perspectiva y el no menos debido respeto, nos arrancan una sonrisa de benevolencia. Sobre todo nos preguntamos, ¿qué tipo de perspectiva pueden albergar criterios que propiciaran una redacción tan poco seria del artículo 42? ¿A qué clase de sentimientos religiosos y a quiénes de entre los que formamos el pueblo español se podría referir tan alegre y gratuitamente nuestro tratadista reseñado?

Una vez más, y fiel al propósito de servirnos en lo posible de los argumentos de otros en aras de una querida objetividad, dejo que sea la pluma de FOSAR BENLLOCH la que dicte sus razones:

¹⁵ *Instituciones de Derecho civil II. Derecho de bienes, familia y sucesiones*. «17. Especial examen de la prueba de no profesar la religión católica» (Barcelona: Bosch, 1975), 2.ª ed., pág. 395.

¹⁶ «Matrimonio civil y revisión del Concordato: Cuestiones en torno al artículo 42 del Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXVIII, fascículo III (julio-septiembre 1975), págs. 639-682.

¹⁷ Mons. LEÓN DEL AMO [Prelado Doméstico de Su Santidad. Defensor del Vínculo del Tribunal de la Rota Española]: *Los matrimonios civiles durante la República: Problemas que plantean* (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954), pág. 77.

A raíz de la visita de los Reyes de España a Pablo VI en el Vaticano, el *Diario 16*, en su ejemplar de 11 de febrero [1978], hizo notar que el Pontífice «expuso ante el Rey su preocupación por hipotéticas futuras acciones en favor del divorcio y del aborto en España... El Papa... vino a afirmar... que sería preciso distinguir la reforma política de estos otros temas». Por lo visto, Pablo VI no tuvo en cuenta que la Ley del Divorcio de 1932 fue derogada por un acto puramente político del Régimen concluido el 20 de noviembre de 1975, por lo que reinstaurar el divorcio no era sino enderezar, reformar, lo que dicho Régimen había torcido, deformado ¹⁸.

Yo creo que la obcecación, las ganas de broma o algo mucho peor es lo que debió de impulsar a aquellos autores, que vieron en el precepto del antiguo artículo 42 de nuestro Código Civil un tipo de matrimonio civil facultativo. Después del infierno que ha supuesto en España contraer civilmente matrimonio dentro del fanal nacionalcatólico inquisitorial en que se ha vivido, sostener la existencia de un sistema matrimonial optativo no era, desde luego, apodícticamente falso, pero sí equivalente —en falta de equidad y de justicia— a establecer como una segunda opción de viaje, pongamos por caso, de Alcalá de Henares a Madrid, la de hacerlo vía Almería. Hay que poner en juego una fuerte dosis de templanza para no dispararse ante el estrecho gálibo de perspectiva que esgrimen ciertas mentes.

Claro que antes de que la norma positiva consumara la corrección en 1981 se levantaron voces autorizadas. La concienzuda crítica de MARIA-NO ALONSO PÉREZ en su ya citado «Acerca del matrimonio civil» es buen exponente. El único reparo que paradójicamente, y bajo el cargo de malversación de perspectiva, pondríamos a este trabajo del profesor ALONSO PÉREZ es que se haya tomado en serio el hecho de demostrar lo que para un espíritu en sus cabales es diáfano, a saber: que las supuestas opciones que «suavizaban» el venal artículo 42 eran sólo fachada, pero que no conllevaban ni entrañaban verdadera opción, ni elección ni autorización del matrimonio civil en España (véanse esp. págs. 27-35 del *art. cit.*). Discutir en serio cosas así entiendo que es dar armas al adversario y abastecerlo de criterio. No hubo nunca, pues, tales supuestas opciones permitidas por el artículo 42. Y donde no hay juego de la voluntad libérrima hemos inferido siempre que se genera un vicio radical de consentimiento, invalidante automático, siquiera del aspecto formal, del acto celebrado.

Los juristas estudiosos asistíamos a las últimas boqueadas de un cier-

¹⁸ ENRIQUE FOSAR BENLLOCH: «Apéndice a 'El matrimonio religioso, el matrimonio canónico y el matrimonio civil. El vínculo matrimonial, ¿es disoluble o indisoluble?', *Revista Jurídica de Cataluña*, año LXXVII, núm. 3 (julio-septiembre 1978), págs. 161-192.

to estado de cosas. El cambio palmariamente se iba configurando en el ambiente, en el matiz anónimo que cobran los gestos, las palabras y hasta los muñones de pensamiento como premisas larvadas en los sótanos del alma de cada cual. Eran los meses previos a la Constitución de 1978. ¡Qué gran verdad es que el Derecho, si de verdad lo es, tiene que ir necesariamente a la zaga de los hechos reales! Considero acertadas estas dos elocuentes y precisas formulaciones de SOTO NIETO, ambas envueltas en una razonable dosis de perspectiva:

El Derecho, aun antes de cristalizar en esquema de Ley, es percibido y experimentado por la comunidad, aunque de manera sentimental y embrionaria. Un pueblo —ha escrito KIRCHMAN— tiene un saber de su Derecho, inclusive sin ciencia jurídica; tal saber descansa en las regiones oscuras del sentimiento y del tacto natural. El legislador ha de posar su mirada en la comunidad, arrastrar consigo cuantos vestigios de experiencia le sean dados, erigirse fielmente en intérprete de los sentimientos sociales y sólo después decidirse a dar el paso capaz de convertir meras expectativas en proyectos serios y viables de organización social.

Estas fuerzas impulsivas, en definitiva, espíritu y sentir del pueblo, deben ser también el alma del Derecho, el aliento que trascienda en todas sus manifestaciones. Cuando el legislador solemniza el Derecho con sus dictados, es que ya lo ha encontrado con precedencia en los sentimientos o costumbres de la comunidad. El Derecho —compendia IHERING con precisión— no es un simple resultado de la reflexión del legislador; éste dicta una Ley, y aunque crea que es sólo su obra, el espíritu de la época se desliza en ella. Como la planta que parece no absorber nada de fuera y, sin embargo, se nutre de la tierra y de la atmósfera, el Derecho toma los elementos del ambiente que lo rodea [SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN, KANTOROWICZ, *La ciencia del Derecho* (Buenos Aires: Losada, 1949), pág. 254]¹⁹ (pág. 117).

En otro trabajo, salido a la luz un mes más tarde, el mismo autor, y a propósito del título preliminar del Código Civil, expresa:

El Derecho positivizado rara vez va por delante de las necesidades de la vida. Estas se acrecientan y suceden ajenas a las contadas previsiones legislativas. Por muy prolífico y presciente que se sienta el legislador, siempre acusaremos algún desnivel entre las exigencias y las soluciones. Las previsiones —escribe

¹⁹ FRANCISCO SOTO NIETO [Presidente de la Audiencia Provincial de Gerona. Miembro de número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña]: «El cambio social y el Derecho»: Discurso de recepción del académico de número Ilmo. Sr. D. FRANCISCO SOTO NIETO, y contestación por el Ilmo. Sr. D. JOSÉ J. PINTÓ RUIZ, leídos en la sesión del día 30 de enero de 1979, *Revista Jurídica de Cataluña* (enero-marzo 1979), año LXXVIII, núm. 1, págs. 103-145.

LLEWELLYN— casi nunca se anticipan a la realidad, sino que el gran tema del Derecho consiste en el proceso de adaptación a las necesidades modernas de conceptos que brotaron a impulso de otras necesidades ya desaparecidas. Parece como si correspondiera a la misma entraña de la vida social la falta de adecuación entre el ímpetu juvenil de los problems y la decrepitud de las soluciones previstas ²⁰ (pág. 311).

En esta misma clave de pensamiento, y decididamente aplicado al tema que presta contexto natural a nuestro trabajo, se alinea el testimonio editorialista, según el cual

la realidad sentida es la que a la larga prevalece, sin que el legislador haga otra cosa que convertir en fuente formal lo que la conciencia jurídica ya estima vigente, practica y respeta como obligatorio. Por esta razón —y pensemos en la próxima Ley del Divorcio— más que presionar al legislador, si acaso hay que educar a los protagonistas que viven las instituciones jurídicas, con resortes éticos y sociológicos que ordenen sus actuaciones a nobles ideales siempre estimables y respetables. Si los matrimonios quiebran por falta de cimientos, amor e ideales, las sucesivas uniones que se constituyan ignorando el primer vínculo continuarán igual, sin o con Ley del Divorcio; la única diferencia es que sin tal Ley, se llamarán concubinatos y serán más libres y más libremente extinguiibles o novables ²¹.

Efectivamente, hay cosas que con su presencia real o intuitiva colman el ámbito. Hay variaciones en la actitud psicológica y vivencial de las comunidades que tienen necesariamente que acompañarse de la norma que encaje en los bastidores propuestos. No hacerlo así supone una de las más características vulneraciones de la perspectiva. A medio camino entre la inoportunidad coyuntural y el sano deseo de producir una obra de fuste se halla, en opinión particular nuestra, la abultada y alardeante aventura editorial de los *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* ²², donde, y para el volumen en cuestión reseñado en la anterior

²⁰ FRANCISCO SOTO NIETO: «La interpretación de las normas en el nuevo título preliminar del Código Civil», *RGLJ* (abril 1979), págs. 295-321.

²¹ Pórtico: «La reforma del Derecho de familia», *Revista Jurídica de Cataluña* (enero-marzo 1980), pág. 4.

²² Dirigidos por MANUEL ALBALADEJO. El tomo II (EDERSA, Jaén, 1978) contiene: Título IV. Del matrimonio. Sumario: I. El matrimonio civil en sentido moderno: El matrimonio cristiano antes y después de la Reforma. II. Los factores de la secularización. III. Los sistemas matrimoniales. IV. El Derecho civil español sobre el matrimonio: sus etapas. Comentado por los catedráticos SANCHO REBULLIDA y FUENMAYOR CHAMPÍN, comprende los antiguos artículos 42 a 107 del Código Civil.

La rentabilidad académica y jurídica de estos *Comentarios* está por ver. No es ya que la Ley positiva nueva convierta en papel mojado metros cúbicos de letra impresa. No. Se trata de justificar la presunta carga de credibilidad que pudiere

nota, si bien la filiación católica de los autores de los comentarios es bien patente, se observa, sin embargo, una cierta mesura en el tono de lo redactado, como correspondiera a los tiempos que corrían. Con una Constitución —como decimos— cocinándose y con un cambio social empapando hasta los regatones del más coriáceo o distraído, haber enconado el contenido de esta, por otra parte, meritoria enciclopedia hubiera sido un ensanche innecesario de la falta de perspectiva.

Queda sancionada nuestra Constitución, y una de las más certeras e inmediatas consecuencias que se desprenden del espíritu de nuestra Ley fundamental, respecto del nefando artículo 42 del Código Civil, es la bienhechora y refrescante Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de diciembre de 1978 (*B. O. del E.* del 30, página 29429).

Interpretando los artículos 32, 1.º; 16, 2.º, y 16, 3.º, en relación con el 14, todos ellos de la Constitución de 27 de diciembre de 1978, llega a la conclusión de que todos pueden acudir a la celebración del matrimonio civil con plena libertad de elección y sin necesidad de hacer declaración alguna sobre su religión, respecto de la cual el Juez o Cónsul no puede preguntar. Por tanto, se acuerda que a partir de la entrada en vigor de la Constitución, que fue inmediata a su publicación en el *BOE* de 27 de diciembre de 1978, han de entenderse modificados en el sentido indicado los artículos 42 y 86 del Código Civil, lo mismo que los preceptos concordantes que los desarrollan del Reglamento del Registro Civil, y que, por tanto, los Jueces y Cónsules encargados de los Registros Civiles deben autorizar los matrimonios civiles de las personas que lo deseen sin indagación ni declaración alguna sobre las ideas de los contrayentes.

Esta benemérita Instrucción nos hizo respirar más abiertamente a muchos y nos invitó a creer en serio que se había arrumbado definitivamente y para siempre tanto disparate histórico a expensas del artículo 42 del Código Civil.

Ahora bien, el que un nuevo e imparable orden de cosas surja y pretenda estabilizarse (vgr., legislación divorcista en general, etc., etc.) no quiere decir que no siga habiendo nostálgicos furibundos de la vieja ola; no quiere decir, por desgracia, que desaparezcan por ensalmo todas las falanges de cavernícolas obsoletos que pululan impunemente por la república del pensamiento jurídico exentos de imputabilidad. Lo mismo que con otras manifestaciones de la realidad humana: se puede seguir publicando indefinidamente libros sobre el aspecto jurídico o sociológico que

conllevar el acometer unos «Comentarios al Derecho de familia antiguo», siquiera después de 1975, año de la desaparición de nuestro gran autócrata.

fuere y comprobar el escaso o nulo aporte original que significan. Después de que GALILEO dejara patente que el planeta Tierra era lo que era, siguieron durante mucho tiempo apareciendo escritos y aireándose opiniones en defensa precisamente de lo contrario: de que la Tierra era el centro magnífico de los orbes. La contrariedad más enfadosa (y al mismo tiempo, ¿por qué no?, más emocionante) con la que hemos pugnado y seguimos pugnando es la de carecer de autoridades que se hayan declarado, para los aspectos más cardinales y menos negociables de nuestra investigación, siquiera tímidamente en la línea de nuestras conclusiones. Forzando un paso más en el engranaje lógico de las cuestiones jurídicas estudiadas, nos ha correspondido a nosotros la labor de transformar en consecuencias palmarias lo que en la mayoría de los autores estudiados nos ha parecido que estaba en forma de larvada premisa. En tal sentido, el acarreo a veces de un título más de trabajo o de libro ha merecido un interés menor por nuestra parte que la reflexión crítica y creativa sobre cómo llevar a sus últimas consecuencias la concatenación lógica de los elementos jurídicos dispersos.

Existe, pues, un derecho al pataleo; un derecho a la típica razón de la sinrazón, y un cerrarse en banda a todo lo que signifique escozor en el propio orgullo. Un ejemplo de recurso del pataleo lo protagonizó el catedrático GARCÍA AMIGO a costa de la citada Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de diciembre de 1978 (*Boletín Oficial del Estado* del 30, pág. 29429) en estos términos:

La Instrucción es claramente anticonstitucional, pues el precepto constitucional directamente aplicable no son los mencionados por la Instrucción de referencia [art. 16, 2.º-3.º], sino el 32, 2.º, donde se dispone que «la Ley regulará las formas de matrimonio...», y la Instrucción ciertamente no es la Ley a que se refiere la Constitución en el precepto específico en la materia; por tanto, mientras no se modifiquen, «la Ley» serán: la de Libertad Religiosa de 1967 y el artículo 42 del Código Civil. En cualquier caso, parece excesivo que una Dirección general, mediante Instrucción, pretenda cambiar un sistema basado en el matrimonio civil subsidiario en un sistema electivo; más aún: la Instrucción va firmada por un Letrado de la Dirección general, que no es el Director general, con lo que la Instrucción, tal como está publicada, es formalmente nula²³.

Sin entrar en técnicas jurídicas, respecto de las cuales nuestro autor puede contar desde este mismo momento con todo el crédito del mundo, ¿no es un tanto agria su crítica?; ¿no es su tono más bien intransigente,

²³ MANUEL GARCÍA AMIGO [Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza]: *Instituciones de Derecho civil. I. Parte general* (Madrid: EDESA, Sociedad Anónima, 1979), pág. 456.

reaccionario y poco «amistoso»? Y, sobre todo, ¿no era poco piadosa su actitud de volver a hacer pasar al sufrido súbdito español matrimoniable por el calvario del artículo 42, como si el Concilio de Trento hubiera sido cosa de anteayer? Y todo ello a unas alturas históricas en que tales consideraciones debían de sonar lastimosamente, doblemente ociosas y estériles a todos los juristas de buena voluntad.

El profesor SALVADOR CARRIÓN OLMOS, en su importantísimo y trascendental trabajo «Reflexiones sobre el nuevo sistema matrimonial portugués y el Derecho español», nos explica erudita y precisamente cómo nuestros mal comprendidos y silenciados vecinos han resuelto de una vez por todas, y a nivel realmente europeo, este problema bizantino, de espíritu (pues así se empeñan muchos en seguir presentándonoslo) tercermundista. Nuestro autor es doctor desde julio de 1976 por su tesis *Historia y futuro del matrimonio civil en España* (Madrid: EDESA, 1977). Pero transcribamos lo que nos interesa del artículo en cuestión:

«b) *El Decreto-ley número 261, de 27 de mayo de 1975.* Transcurridos escasamente tres meses desde la firma del Protocolo modificador del artículo XXIV [Protocolo adicional de 15 de febrero de 1975. El Convenio consta de tres disposiciones: por la primera de ellas se modifica el citado precepto del Texto concordatario, que ha quedado redactado en los siguientes términos: «Celebrado el matrimonio católico, los cónyuges asumen por ese mismo hecho, ante la Iglesia, la obligación de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en particular, de respetar sus propiedades esenciales. La Santa Sede, reafirmando la doctrina de la Iglesia Católica sobre la indisolubilidad del vínculo matrimonial, recuerda a los cónyuges que han contraído matrimonio el grave deber que les incumbe de no valerse de la facultad civil en pedir el divorcio»¹⁷.

¹⁷ (De conformidad con lo expuesto en el preámbulo, la segunda de las disposiciones del Protocolo adicional declara expresamente en vigor los restantes artículos del Concordato de 7 de mayo de 1940), el 27 de mayo, el *BOE* luso insertaba un Decreto-ley de consecuencias verdaderamente trascendentales en orden a la configuración del sistema matrimonial de la vecina república.

[Exposición de motivos]. Como se ha dicho muchas veces, los contrayentes pueden casarse católicamente por simple conformismo o respeto humano, así como también pueden dejar de ser católicos, y la Ley no debe vincularlos, por tanto, a las consecuencias de una opción religiosa que ya no es o no ha sido nunca una fe verdaderamente suya. Por lo demás, incluso cuando los contrayentes sean y continúen siendo católicos, esta solución no nos parece que sea justificable. La indisolubilidad absoluta del matrimonio no es entre nosotros un valor civil, un valor propio del Estado, puesto que el legislador portugués admite el divorcio para los matrimonios civiles. Es un puro valor religio-

so. Y no siendo el Estado portugués confesional, no se entiende que el legislador defienda valores específicamente religiosos, imponiendo a los católicos el cumplimiento de un deber —el deber de no pedir el divorcio— que no deberá ser para ellos más que un deber de conciencia. Nótese, por último, que la solución del Derecho portugués es casi única en el mundo: solamente existente en la República Dominicana y entre nosotros...

... Continúa reconociéndose valor y eficacia de matrimonio al matrimonio católico, en los términos del artículo 1.587, 2.º, del Código Civil, pudiendo los católicos, como hasta aquí, optar entre las dos modalidades de matrimonio. Simplemente, una vez celebrado el matrimonio, civil o católico, éste será regido, en cuanto a los efectos, por una única Ley —por la Ley del Estado—, cualquiera que haya sido la forma de su celebración.

Sujeto a la Ley del Estado, en lo que concierne a los efectos, el matrimonio católico pasará, por tanto, a poder ser disuelto por los Tribunales civiles, en los mismos términos y con los mismos fundamentos con que puede ser disuelto un matrimonio civil.»

A partir, pues, de la entrada en vigor del Decreto-ley citado, el matrimonio canónico ha quedado convertido, ante el ordenamiento civil lusitano, en una simple forma de celebración matrimonial, cuyo carácter facultativo dimana de la posibilidad de que los contrayentes católicos manifiesten su consentimiento, bien ante el Ordinario del lugar, párroco o sacerdote delegado por uno u otro y ante dos testigos, por lo menos, etc....

Se trata, pues, exclusivamente, de una libertad de elección de forma o de rito, que no tiene consecuencias de ningún tipo, por lo que se refiere al Derecho sustantivo, que sigue siendo el mismo, cualquiera que haya sido la forma de celebración elegida por los contratantes...

... No deja de ser sorprendente el comprobar cómo la diferenciación entre el sistema facultativo de tipo católico y el protestante ha venido pasando muy desapercibida para un amplio sector de la doctrina, no obstante su abrumadora trascendencia, que llega a convertirlos en sistemas radicalmente distintos, cuya única nota común es la posibilidad de que los contrayentes elijan libremente una u otra forma de celebración²⁴.

Por mi parte sólo me resta añadir que me produjo hasta vergüenza constatar cómo hasta los portugueses nos sacaron ventaja en estas cuestiones vivenciales. Sin duda que pese a su pobreza de renta y bienes de consumo entrarán antes que España en cualquier organización supranacional donde se valoren líneas de criterio aperturista y coherente y donde hayan perdido todo su secular predicamento las posiciones anacrónicas, cavernícolas e inviables.

²⁴ *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CXXXVI, núm. 5 (mayo 1977), págs. 399-434, especialmente págs. 407 y sigs.

Ya en su día nos permitimos especular en plan optimista con una reglamentación de desarrollo de nuestro esperanzador artículo 32 de la Constitución que no se opusiera a su espíritu. Decíamos que en cualquier caso todo dependería de las intenciones *reales* del legislador. La trágica frase atribuida al Conde de Romanones: «Vosotros hacéis las leyes y dejadme a mí los reglamentos», desgraciadamente guarda en la esquilma y picaresca historia de algunas de nuestras instituciones una fresquísima y aleccionadora vigencia. El tiempo en esta ocasión no nos ha defraudado, y aunque a trancas y a barrancas, ahí está nuestra normativa de 1981 sobre Derecho de familia, y con la que se puede echar a andar. No todos, empero, fueron de la misma opinión. El tono doctrinal de que hace gala el primer comentador en bloque —que sepamos— de nuestra Constitución, OSCAR ALZAGA VILLAAMIL, es sospechosamente indicativo:

Artículo 32, 2.º La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

Hay dos aspectos que merecen especial atención. Nos referimos a la referencia a «las formas del matrimonio» y a «las causas de separación y disolución».

En cuanto a las llamadas *formas del matrimonio*, se está admitiendo implícitamente su pluralidad, dejando abierta la posibilidad de que el legislador ordinario opte entre: a) la plena libertad de formas, en cuyo caso, «el Estado —según dice LACRUZ— reconoce todas las formas, incluso el matrimonio puramente consensual»...

En cuanto a la referencia precisa a las causas de disolución, hemos de decir que estamos en presencia de una fórmula que posibilita una legislación de divorcio, pero que no obliga al legislador a dictarla, toda vez que en Derecho se conocen causas de disolución distintas al divorcio, algunas tan elementales como la muerte. Como es sabido, no faltaron grupos parlamentarios que intentaron, sobre todo en el Congreso, la constitucionalización del divorcio vincular, lo que constituía una pretensión con escasos precedentes en el Derecho comparado, ya que, que sepamos, sólo las Constituciones de Cuba (arts. 34 a 37 del cap. III), Japón (art. 24) y Portugal (art. 36) elevan a rango constitucional esta fórmula de disolución del matrimonio²⁵.

Bien por criterio propio de nuestro autor, bien por homogeneidad de pensamiento debida a la militancia en un cierto partido político, el caso es que es difícil detectar mayor concentración de ideología reaccionaria, mayor estrechez de gálbo que en las pocas líneas de comentario que de-

²⁵ OSCAR ALZAGA VILLAAMIL [Catedrático de Derecho político. Abogado. Diputado por Madrid en el Congreso]: *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978* (Madrid: Ediciones del Foro, 1978), págs. 284-287.

dica al artículo 32, 2, de la Constitución. Bajo una presunta circunspección y tono profesoral, esta glosa a mí particularmente me provoca la evasión hacia lo lúdico. Inferir de la expresión constitucional «formas de matrimonio» algo que no sea la proverbial dualidad que comportan los órdenes civil-religioso es a todas luces desorbitado. En esta línea de tendenciosa arbitrariedad —y aquí vendría el inevitable quiebro lúdico que como automática defensa contra la indignación uno se ve forzado a poner en juego— se puede llegar a la interpretación de que entre la «plena libertad de formas» pudiera asimismo darse la de mientras se hace el pino. También la manera de razonar del catedrático y diputado ALZAGA nos parece innecesariamente pueril al decir lo que dice sobre la muerte como causa de disolución. Y respecto a que el divorcio vincular tenga escasos precedentes en el Derecho comparado, igualmente adolece de endebles y amañoamiento por el hecho de que las Constituciones tengan que haberlo mencionado explícitamente en sus textos. La Declaración de Derechos Humanos lo reconoce, y aunque muchos cuerpos constitucionales no mencionen la palabra específica *divorcio*, este concepto está conllevado necesaria e implícitamente en el de *disolución*. Otra cosa sería que ni siquiera se diera curso al término *disolución*, lo cual vendría a significar que no se autorizaba por el Estado ningún tipo de matrimonio con vocación de perdurabilidad, sacramental o no. Para *disolver* algo tiene primero que haberse consolidado y formado.

Por cierto que al hilo de la Declaración de Derechos Humanos, y con el fin de demostrar la «objetividad» de que parecen blasonar ciertas mentes, sirva de ejemplo la edición, a cargo de JAVIER HERVADA y JOSÉ M. ZUMAQUERO, de *Textos internacionales de Derechos Humanos* (Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S. A., 1978). Transcribimos y comentamos:

Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

Artículo 16. 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio (pág. 146).

Los autores, que han plagado diligentemente de notas a pie de página en apretada letra pequeña cada artículo transcrito, las más de las veces con glosas impertinentes, por obvias, en este artículo 16 no dedican, claro, ni una palabra al extremo de *disolución del matrimonio*. Es todavía más cargante cuando los autores sustituyen impunemente la palabra *diso-*

lución por separación al confeccionar el índice referencial de materias. Ejemplo: en página 998, de la sección de *Índice de términos*, y bajo la rúbrica de «Protección de los hijos en caso de separación», remiten a los párrafos 1.443, etc., etc. El párrafo 1.443 textualmente dice:

Los Estados partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidad de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos [*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en su resolución 2.200 A (XXI). Entró en vigor el 23 de marzo de 1976] (págs. 569-570).

Cuando nuestros autores tan alegremente cambian *disolución* por *separación*, ya nos podemos hacer una idea del gálibo criterial que esgrimen.

En descargo de todo ello, justo es reseñar aquí, por vía asimismo de ejemplo, el interesante trabajo de ANGEL MESTRES TIBAU, «A propósito de las II Jornadas de Derecho Matrimonial», *Revista Jurídica de Cataluña*, año LXXVII, número 3 (julio-septiembre 1978). en Tercera Parte: Miscelánea jurídica, págs. 241-249:

Este trabajo —nos dice su autor— no pretende otra cosa que comunicar las ideas —buenas, malas o regulares— que en el autor han suscitado las ponencias de aquellas II Jornadas [8-10 de mayo de 1978], y el conocimiento que a través de ellas hemos podido adquirir de los textos preparados hasta ahora por la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia.

Podemos asegurar nosotros que está lleno de interés. Se subdivide en los siguientes epígrafes: I. ¿La futura Ley de divorcio? II. Causas de divorcio para los matrimonios consumados. III. El matrimonio no consumado. IV. La búsqueda de una idea central. V. Procedimiento: A) Procedimiento de nulidad. B) Procedimiento de separación. C) Procedimiento de divorcio. VI. Final.

Igualmente, y en línea de expresión inequívoca,

El Tribunal Supremo, en el Auto de la Sala 1.^a de 24 de octubre de 1979, señala que la Constitución permite la disolución del vínculo matrimonial..., y por ello, por integrar la Constitución la cúspide del orden jurídico, en el cual se subsume el orden público, es evidente la necesidad de afirmar que no choca con él la resolución judicial extranjera que decreta la *disolución* del vínculo conyugal²⁶ (subrayado mío).

²⁶ ENRIC PICAÑOL I ROIG: «La eficacia de sentencias extranjeras de divorcio

Hemos intentado (y el estudioso lector calibrará si con fortuna o no) presentar un corimbo de testimonios, indicativo del ajuste o de la falta de perspectiva que se ha esgrimido respecto del antiguo artículo 42 del Código Civil y materias concordantes. En este estadio de nuestra indagación, y siempre refiriéndonos al artículo 42, ¿nos basta con hablar de «tortuoso camino» (CAPÓN REY) o de «larga marcha»? (ALONSO PÉREZ). Ojalá cobrara fortuna la inédita expresión, que desde aquí proponemos, de *iti-neración circense de un desventurado artículo*.

IV. EL MALICIOSO MANEJO DE LAS ESTADÍSTICAS

Un buen punto de mira para hacer una cala en la perspectiva que acompaña a la mentalidad y a los escritos de ciertos autores sin duda que nos lo presta el tema de las estadísticas. Dentro de la realidad sociopolítica en que una colectividad está inmersa, acaso no haya un factor de multiuso tan cualificado como las estadísticas. Con terminología templada hemos significado de malicioso el manejo que de ellas puedan hacer todos aquellos individuos o comunidades que tengan interés en demostrar algo, en defender una postura a contrapelo. Desde luego que las estadísticas respecto de su cuantificación admiten matizaciones más o menos dirigidas de antemano. Desde luego que en asuntos tan tabú como los que han acompañado a todo intento de colocar al matrimonio en su justa dimensión histórica y jurídica las estadísticas en España han sido prácticamente inviables. Lo menos perjudicial es reconocerlo así y no empeorar las cosas. En 1976 podíamos leer:

El número de separaciones ha aumentado en los últimos años de forma prodigiosa, y aunque no tengo estadísticas, el hecho de haber pasado en Madrid de dos a ocho los Tribunales eclesiásticos en el transcurso de muy pocos años, lo demuestra ²⁷.

Esta versión resignada pensamos que era lo único honrado que podía ofrecerse en el mejor de los casos, pues nos cuesta trabajo creer que a la autora de este artículo le falta interés profesional en procurarse informa-

en matrimonio canónico: Antes y después de la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 6 de abril de 1979», *Revista Jurídica de Cataluña* (Barcelona, abril-junio 1980), págs. 237-242. Segunda parte. Estudios prácticos, página 242.

²⁷ MARÍA TELO NÚÑEZ [Abogado del Ilustre Colegio de Madrid]: «Situación jurídica de la mujer» [constituye el texto de la ponencia presentada al Congreso-Seminario de la Asociación Internacional de Jóvenes Juristas, celebrado en Madrid durante los días 13 a 19 de diciembre de 1976], *Pretor*, núm. 94 (octubre-diciembre 1976), págs. 133-154, especialmente pág. 140.

ción fehaciente sobre tan primordial extremo. Pero no es ella sola. Hablando de la separación de hecho se nos dice un año más tarde:

Esta forma de separación se ha impuesto en la realidad y su vigencia es cada vez mayor, si bien no disponemos de datos estadísticos fiables que permitan conocer con exactitud el número de matrimonios que utilizan la separación consensual o convencional como medio de solución a su conflicto conyugal²⁸.

Y todavía un año después, y en la misma secuencia de realidades, de no poder echar mano de estadísticas o de desestimarlas por su escasa fiabilidad, tocante a ciertas cuestiones, escribe ENRIQUE TAULET RODRÍGUEZ-LUEÑO:

Decía MERCEDES BALLESTEROS en *ABC* que los Tribunales civiles y eclesiásticos no dan abasto a despachar la creciente clientela de parejas en discordia de matrimonios jóvenes...

... Nunca ha habido tantos casos de separación convencional, lo que confirma el profesor ROYO cuando escribe: «Sin exageración, en la vida real son muchos más los matrimonios separados de hecho que los separados judicialmente»²⁹.

En los tiempos inmediatamente anteriores a la reforma de nuestro Derecho de familia, según FOSAR BENLLOCH:

Es difícilísimo cuantificar el número de rupturas matrimoniales en España: el desconocimiento oficial del divorcio impide que se lleven estadísticas al respecto. Además, nunca coincide el número de rupturas matrimoniales con el de separaciones de hecho de los esposos, pues subsisten unidos multitud de matrimonios llamados «de cáscara vacía», en que la convivencia matrimonial se ha roto, aunque subsista la yuxtaposición física de los miembros de la ex pareja en el mismo domicilio. Tal fenómeno social no es cuantificable, por obvias razones de pudor de los que lo experimentan...

... Es claro que el número de separaciones matrimoniales y de rupturas matrimoniales ha aumentado en el último decenio...³⁰.

Somos, efectivamente, muchos quienes reclamamos de la pretendida eficacia incontestable de las estadísticas, a menos que éstas vengan a per-

²⁸ BERNARDO ALONSO RODRÍGUEZ [Fiscal del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España]: «Notas sobre las causas de separación conyugal», *Pretor*, núm. 98 (octubre-diciembre 1977), págs. 37-72, especialmente págs. 64-65.

²⁹ ENRIQUE TAULET RODRÍGUEZ-LUEÑO [Decano de honor del Colegio Notarial de Valencia: Notario]: «La separación de hecho en el matrimonio», *Boletín de Información*, año XXXII, núm. 1.149 (Madrid: Ministerio de Justicia, 15 de noviembre de 1978), págs. 3-12, especialmente pág. 4.

³⁰ ENRIQUE FOSAR BENLLOCH: «El matrimonio religioso, el matrimonio canónico y el matrimonio civil. El vínculo matrimonial, ¿es indisoluble o disoluble?», *Revista Jurídica de Cataluña*, año LXXVII, núm. 2 (abril-junio 1978), págs. 65-146, especialmente pág. 67.

filar un hecho de todos conocido o una realidad establecida en el ambiente, y a la cual sólo falta aplicar una labor de cuantificación o de simple discernimiento con vistas a su aplicación metodológica. El mismo FOSAR BENLLOCH, acabado de citar, afirmaba:

La Sociología también está demostrando la opción abrumadoramente mayoritaria de los españoles en pro del reconocimiento del divorcio vincular, como lo demuestra la encuesta Foessa [*Estudios sociológicos sobre la situación social de España*, 1975. Fundación Foessa, Editorial Euramérica, 1976], de que di cuenta en el apartado 1.º de esta segunda parte. Desconocer desdeñosamente los datos de la encuesta no es pretender dar una solución al problema: como afirmé, es cerrar el problema con llave y arrojar la llave al mar. ¿Por cuánto tiempo todavía?

(«El matrimonio religioso. », cit., pág. 99)

Sí, el tema de las estadísticas es delicado, aleatorio, y viene siendo oportunistamente enarbolado por unos y otros según las conveniencias de turno. El único método posible, a la vista de tanta flagrante contradicción, es el de efectuar una cala en un vector de la sociedad, y por extensión inductiva y analógica llegar, respecto del panorama nacional, a la conclusión que fuere. Me interesa en las páginas que siguen hacer lo más rigurosa posible mi reseña a algunos autores, cuyos métodos de dirigir e interpretar ciertas estadísticas hacía el gran público los considero vituperables. Y quiero probarlo.

El profesor GABRIEL GARCÍA CANTERO, en su trabajo «Divorcio... y fantasía», *ABC* de 28 de marzo de 1978, sección «Tribuna pública», comenta de un lado las declaraciones del diputado italiano FORTUNA:

Entre separaciones legales, de hecho y consensuales, y entre nacimientos de hijos ilegítimos o naturales, se calcula que el número de *italianos que viven fuera de la Ley sea de varios millones.*

y de otro las del diputado LENOCI en el Congreso como ponente de la Ley Fortuna-Baslini sobre el divorcio:

No menos de cinco millones de personas están involucradas en el drama de la indisolubilidad y sufren actualmente sus consecuencias...: *una décima parte de la población italiana* (ambas citas están tomadas de LELIO BARBIERA, *Divorzio*, Bologna-Roma, 1971, págs. 222 y 246).

El profesor GARCÍA CANTERO, cuyos parecen ser los subrayados de las anteriores citas, prosigue:

Quien escuchara imparcialmente voces tan autorizadas sobre el problema de las crisis conyugales en Italia no tendría más remedio que pensar, una vez aprobada la Ley de Divorcio en el año 1970, que los súbditos de aquel país formarían colas ingentes ante los Tribunales de justicia para regularizar su desdichada situación familiar, y que los órganos judiciales no cesarían de poner sentencias otorgando la libertad a esos millones de ciudadanos.

Pero ¿qué ha sucedido en la realidad durante los años de vigencia de la Ley FORTUNA-BASLINI? Si nos atenemos a los datos oficiales publicados en el *Anuario di Statistiche Demografiche* y en el *Bolletino Mensile di Statistica*, cabe establecer el siguiente cuadro de demandas de divorcio presentadas y estimadas durante el primer quinquenio de aplicación de la Ley:

AÑO	<i>Demandas presentadas</i>	<i>Demandas estimadas</i>
1971	55.615	17.164
1972	55.761	17.182
1973	21.272	32.627
1974	14.087	15.355
1975 (hasta noviembre).	10.970	7.822
TOTAL	157.705	90.150

Debe observarse que si en algún año se pronuncian más divorcios que demandas han entrado, ello se debe a los asuntos acumulados que se arrastran del año anterior.

¿Qué conclusiones cabe obtener del hecho de que poco más del 3 por 100 de presuntas víctimas de la *indisolubilidad* hayan hecho uso de la posibilidad de ruptura legal del vínculo? A mi modo de ver:

O esos cinco millones de italianos se encuentran muy a gusto en su ilegalidad matrimonial (y entonces la Ley no era necesaria).

O la Ley es mala, pues no sirve para resolver los auténticos problemas de las parejas italianas en dificultades.

O los datos manejados para impresionar a la opinión pública en los momentos del debate parlamentario eran falsos.

Creo que también los españoles podemos obtener algunas enseñanzas de estas trapisondas estadísticas. Ante todo, que el Gobierno no se intimide ante las exigencias divorcistas que parten de grupos minoritarios, que no representan los auténticos intereses del pueblo español.

He transcrito tan sólo aproximadamente la mitad del artículo. A partir de las premisas sentadas tan por las buenas, el profesor GARCÍA CANTERO se dedica a vapulear inmisericordemente a todo criterio divorcista que desde ese momento en adelante pueda emerger en España. Y si bien

estoy de acuerdo con el ilustre catedrático respecto a la poca fiabilidad de las estadísticas (aunque, claro, muy al revés de sus conclusiones), disiento, sin embargo, con el contenido y el espíritu de este trabajo, que en el uso ponderado de nuestra reflexión nos decidiríamos a calificar de lamentable, por las razones que siguen.

La interpretación de las estadísticas, en ciertos aspectos vivenciales de la humana realidad, hay que efectuarla con imaginación creadora, y sólo cuando uno sea lo suficientemente humilde y probo como para estar dispuesto a admitir que puede equivocarse. Lo primero, y muy en contra de la gratuita asunción del doctor GARCÍA CANTERO, es que los italianos sí que han debido de formar colas, no sabemos si ingentes, pero en todo caso nutridas, ante los Tribunales de Justicia. ¿Cómo explicar si no el hecho de la acumulación de un año para otro de las demandas estimadas? Yo me siento seriamente sobrecogido ante la cifra 157.705 demandas presentadas como cifra absoluta que partiendo del cero también absoluto antes de la puesta en marcha de la Ley Fortuna-Baslini hay que considerar. Por otra parte, el hecho de las acumulaciones de demandas evidencia que los Tribunales no han dado abasto a la clientela divorcista. ¿Cuál hubiera sido la cifra de demandas tramitadas de haber existido en Italia un sistema de Tribunales avezado, entrenado y agilizado?

Empero, y aun admitiendo, como quiere el profesor GARCÍA CANTERO, que los supradichos súbditos italianos no formaran colas ingentes para la resolución de sus situaciones irregulares, ello se explica por el efecto protector reflejo, y no perentoriamente inmediato, directo, que la ley ejerce sobre los sujetos. El hecho de que haya ciertamente cinco millones de italianos en situación matrimonial irregular —según las estadísticas de los diputados FORTUNA y LENOCI, vituperadas por el catedrático GARCÍA CANTERO— se compatibiliza perfectamente con el de que las demandas presentadas no alcanzaran ni muchísimo menos tal número de súbditos por parejas en la dicha situación irregular. De momento, si se tiene en cuenta que hay que computar a *dos* personas implicadas o afectadas por cada demanda ya se obtiene, en mi opinión, una cifra importante; así que, también de momento, el porcentaje que tan descuidadamente sanciona el profesor GARCÍA CANTERO habría de ser cabalmente doblado.

Pero es que además el profesor GARCÍA CANTERO parece no querer distinguir maliciosamente entre orden jurídico ideal y mera supervivencia convivencial de las gentes. ¿Pues qué? ¿Es razonable esperar que cuando la ley dé un quiebro respecto de un estado de cosas (por muy injusto que fuere antes del quiebro) vayan todos los súbditos, necesitados supuestamente de esa ley, a agolparse para que se disparen los efectos de la misma? ¡No! Eso sería, en primer lugar, la demostración de que la si-

tuación pasada mal podría calificarse, ni en la más rudimentaria de las versiones, de Estado de Derecho. La tendencia, el privilegio irrenunciable del hombre a formar pareja tiene toda la prioridad del mundo sobre la situación coyuntural histórica que fuere. ¡Bueno estaría que las porciones de Humanidad que componen los diferentes pueblos y países adecuaran sus idiosincrasias, sus propias sustancias individuales, a los intereses del legislador de turno! Ello sería tan absurdo como admitir que la parte es mayor que el todo; que los hombres están hechos para las instituciones (y no al revés), etc. Cuando a alguien se le niega de mal grado, por ejemplo, la aspiración legítima de casarse con derecho a divorcio, un gran porcentaje de ese «alguien» *pasa* necesariamente de interés, deja de sentir necesidad de ejercer la prerrogativa legal del divorcio a unas alturas en que los recursos de su propia existencia se han encargado con creces de suplir aquello que la ley no quiso facilitarle a su debido tiempo. ¿Por qué habrían de hacer uso del divorcio *todos* los italianos que al tiempo de matrimoniarse carecieron de él? ¿Es que eran tan inútiles como para no haber tenido tiempo de organizar en la práctica su propia vida durante tantos años *sin* divorcio? Por otra parte, y en caso de que algún perezoso mental lo haya olvidado, la ley es costosa y no todo el mundo tiene ganas de pleitear («más vale una mala avénencia que un buen pleito»), por mucho que les pese a los avispados picapleitos de turno, cosa toda ella muy distinta de encontrarse o no «muy a gusto en su ilegalidad matrimonial». También la protección más valiosa que la ley puede dispensar es la de *saber que está ahí* y que podemos contar con ella; que la tenemos, aunque no provoquemos que sus efectos se materialicen respecto de nosotros inmediatamente. Las cosas se añoran y se ansían cuando no se tienen. Y por eso mismo, la justificación de la existencia constatable de una buena ley no debe basarse en el uso masivo que los particulares vayan a hacer de ella (enriqueciendo de paso a mucho arribista desaprensivo), lo mismo que el principio de la justicia lo entendemos independientemente de todos sus presuntos y potenciales transgresores. Y, por último, no creo, ni mucho menos, que la Ley Fortuna-Baslini sea *mala* (en la acepción poco piadosa empleada por el profesor GARCÍA CANTERO) cuando en un tramo que no llega a cinco años, y con las restricciones forenses arriba apuntadas, ha desplegado un poder de convocatoria tocante a la incumbencia de más de *trescientos mil* ciudadanos.

Sí, yo también creo que «los españoles podemos obtener algunas enseñanzas de estas trapisondas estadísticas». Sólo que precisamente al revés. Y como era dable suponer, el Gobierno (no precisamente vanguardista) muy razonablemente consideró que no se trataba de «intimidaciones», sino de la realidad tal y como la venían denunciando «grupos

minoritarios» de muchos millones de españoles. Por lo visto, no había sido suficiente escarmiento el varapalo que sufrieron los cavernícolas italianos (esos ciertamente sí «grupos minoritarios») el 12 de mayo de 1974 cuando sometieron a referéndum abrogatorio la Ley Fortuna-Baslini, realidad ésta que le hace decir a FOSAR BENLLOCH:

Con un siglo de retraso creo se dan en la Iglesia católica —entre los canonistas conservadores y los fieles que los siguen, por muy diversos motivos— los temores, las campañas propagandísticas —fue lamentable la que ciertos partidos hicieron contra la Ley FORTUNA-BASLINI— e incluso los infundios que se vertieron en Europa occidental al advenimiento de los ordenamientos divorcistas...

(«El matrimonio religioso...», pág. 101)

En vista de lo leído, ¿a quién le parecería cruel darle al profesor GARCÍA CANTERO un suspenso en perspectiva?

En cuanto al uso que el profesor NAVARRO VALLS hace de los resultados estadísticos sobre el divorcio, a lo que llega en sus *Estudios de Derecho matrimonial*, mi crítica es igualmente severa. Junto a magistrales captaciones como:

No es infrecuente en las etapas de reforma de las instituciones jurídicas el recurso a la estadística sociológica para pulsar la opinión del cuerpo social sobre los llamados «temas polémicos». Tal ocurre hoy con el divorcio vincular. Sin embargo —abstracción hecha de los resultados de esas estadísticas, no siempre rigurosamente representativas—, no hay que olvidar que las estadísticas de opinión «por sí mismas no pueden conducirnos a resultados jurídicamente válidos: de ahí la prevención contra las impurezas metódicas; las estadísticas reflejan *voluntades* más o menos condicionadas, pero no *conocimientos* de realidades naturales extrínsecas al sujeto» (SANTO REBULLIDA, «El fundamento jurídico de la indisolubilidad», trabajo destinado al libro-homenaje a don FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Nuestro Tiempo*, septiembre-octubre 1975, pág. 31).

(*Estudios...*, págs. 190-191)

Junto a estas magistrales captaciones de su obra o de la de otros, decimos, contrastan cosas que sumen en irritación al lector desprevenido³¹. El profesor NAVARRO VALLS, al hilo del tema del divorcio, hablaba de

³¹ Véase la reseña que hace al libro de GABRIEL GARCÍA CANTERO: *El divorcio* (Madrid: BAC, 1978), en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXI, fascículo II (abril-junio 1978), págs. 371-372 de la sección de «Bibliografía».

El tono de la reseña es elogioso, inciensante, incidiendo una y otra vez en los tópicos que arrancan de una ceguera medular para distinguir *vocación* y *realidad* resultada.

«la desproporción que existe, tanto en términos absolutos como relativos, entre el número de litigios matrimoniales judicialmente planteados en los países que admiten el divorcio y en aquellos que lo desconocen» (*Estudios...*, pág. 245). A continuación de la cita nuestro autor concluye que en España hay diez mil veces menos matrimonios que marchan mal que en otros países (!!). Habría que preguntarle al profesor NAVARRO VALLS si sabe que precisamente en tales países divorcistas, en tanto dura, mucho o poco, el matrimonio que sea, los cónyuges suelen ser absolutamente fieles y leales, unidos, porque saben que pueden dejar el asunto legalmente cuando lo estimen justificado y oportuno. No así en España, donde la presunta indisolubilidad generaba la tan sabida esposa sagrada y la querida viciosa, y, por consiguiente, una sociedad cancerosa y mema. Y, además, seguimos preguntando, ¿cómo se hubiera podido comparar un proceso de divorcio —en tiempo y dinero— de cualquier país divorcista, con la declarada impudicia e inutilidad de ciertos procesos de nulidad o separación en nuestra España recientemente pasada?

También nos dice el profesor NAVARRO VALLS:

Según uno de los más minuciosos estudios estadísticos realizados en nuestro país, el número de matrimonios celebrados en España durante el período de 1953 a 1969 fue de 3.573.173; en el mismo período, el número total de procesos de separación y nulidad iniciados ante los Tribunales eclesiásticos fue tan sólo de 16.131. Es decir, durante esos quince años la proporción *estadísticamente comprobable* de matrimonios en crisis irreversible no llegó al 4,5 por 1.000. ; en 1974, el número total de causas matrimoniales introducidas ante los Tribunales eclesiásticos en España fue exactamente de 3.902, lo que supone aproximadamente un 1 por 100 de matrimonios celebrados.

(*Estudios...*, pág. 245)

Sin comentarios. Aplíquense los ya hechos al profesor GARCÍA CANTERO en su lugar oportuno. Desde otra atalaya crítica, e igualmente para poner de manifiesto la tendenciosidad de sus asertos y su carencia de perspectiva, volveremos a ocuparnos de los profesores NAVARRO VALLS y SANCIO REBULLIDA más adelante. Empero, y dado que el sentimiento de nostalgia no parece agotar sus existencias, todavía se puede leer algún artículo trasnochado defendiendo la conveniencia de derogar la así llamada Ley del Divorcio de Derecho de familia español, por ser innecesaria, dada la falta de clientes que su poder de convocatoria ha arrojado (!!).

Si, por un lado, pensamos con ORTEGA Y GASSET que:

A la esencia de la verdad son indiferentes las vicisitudes del sufragio universal. La coincidencia de todos los hombres en una misma opinión no daría a ésta un quilate más de verdad, sólo

nos proporcionaría una mayor tranquilidad y confianza subjetivas, porque, en el fondo, somos los hombres humildes y débiles y nos aterra quedarnos con nuestro criterio ³²,

y, por otro, estamos asimismo de acuerdo con la reflexión que DESCARTES establece en su *Discurso del método*, en el sentido de no suponer probable el que todos los hombres se equivoquen al mismo tiempo respecto de idéntica realidad; teniendo en cuenta las reflexiones de tan insignes pensadores, yo, excepcionalmente, opto por servirme, en este caso, de la ayuda que nos brinda la simple estadística socio-demográfica: tampoco creo que anden equivocados, ni mucho menos en pecado mortal, el 98 por 100 de la población de nuestro planeta (FOSAR BENLLOCH).

Y para cerrar esta áspera sección dedicada a las estadísticas me permito traer, por último, un testimonio de UNAMUNO, siempre ingenioso, festivo, hondo, con el fin de completar este pequeño muestrario de opiniones y de datos:

No puedo resistir estos libros sociológicos de ahora; estoy traduciendo uno sobre el matrimonio primitivo, y todo se le vuelve al autor que si los algonquinos se casan de tal manera, los chipe-nais de tal otra, los cafres de este modo, y así lo demás... Antes llenaban los libros de palabras, ahora los llenan de esto que llaman hechos o documentos; lo que no veo por ninguna parte son ideas... Yo, por mi parte, si se me ocurriera inventar una teoría sociológica, la apoyaría en hechos de mi invención, seguro como estoy de que todo lo que un hombre puede inventar ha sucedido, sucede o sucederá alguna vez ³³.

Tal vez haya observado el generoso lector que lo que primordialmente he venido persiguiendo es poner de manifiesto la poca fiabilidad de las estadísticas en tema tan hipersensibilizado como lo es el matrimonio, donde los respectivos talantes de los estudiosos tiñen previamente de intencionalidad los resultados. Lo mismo que el profesor GARCÍA CANTERO pretende refutar los argumentos de los diputados FORTUNA y LENOCI, así hacemos nosotros con los argumentos de los profesores GARCÍA CANTERO y NAVARRO VALLS. Y todo ello suplico que sea tenido en cuenta en aras de una objetividad fecunda.

³² JOSÉ ORTEGA Y GASSET: *Introducción a una estimativa*. I. «Los valores no son cosas agradables», en *Obras completas*, vol. VI (Madrid: Revista de Occidente, 1964), págs. 320-321.

³³ MIGUEL DE UNAMUNO: *La novela de don Sandalio, jugador de ajedrez*, en *Obras completas*, tomo XVI, ed. de Manuel García Blanco (Barcelona, 1958), página 650.

V. LA NOCION DE ORDEN PUBLICO Y CONCEPTOS AFINES: FUNDAMENTOS SOCIO-CRITERIALES DE SU APLICACION

Dentro de la órbita del Derecho matrimonial en que aquí nos movemos, tal vez sea el artículo 1.255 de nuestro Código Civil el que de manera más paradigmática haya encorsetado en su fórmula expresiva al más sazonado haz de sugerencias que suscita la noción de orden público. Es pasmoso intentar siquiera un mínimo control sobre la avalancha de posiciones que se producen ante unos términos aparentemente tan asépticos como los que se alojan en el artículo 1.255 del Código Civil: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público». Desde el jurista de carril estrecho, para el cual todo encerraría restricciones, hasta el hombre de criterio naturista, para quien sobrarían todos los preceptos, las posiciones son incontables. En nuestra temática del matrimonio, sobre la que tantas veces hemos dicho que pesa un maléfico fetichismo de incomprensión y estrechez atávicos, no es raro haberse topado con bandas de abogados, de dudosa calificación, que hubieran hecho desistir en su tiempo a la pareja de turno de arreglar las cosas amistosamente, pretextando una de las modalidades de interpretación —la estrecha, en este caso— del artículo 1.255, y urgiendo a provocar de la Ley todo el aparato coercitivo, tan nefasto, tan impúdico y, sobre todo, tan poco eficaz en el campo de la regulación matrimonial. No vamos a extendernos aquí sobre tal particular porque ello fue objeto de la atención nuestra en contexto diferente³⁴. Sí es, en cambio, cometido nuestro tratar de baremar el grado de perspectiva que acompañó a los autores de ciertos trabajos, considerados, de una parte, en referencia articulada al momento social y político en que fueron escritos, y de otra, confrontados con el sistema de realidades ulteriormente decantado.

De entre la copiosísima cosecha bibliográfica y jurisprudencial que propician los conceptos *leyes*, *moral* y *orden público*, cuando se afectan de lleno al Derecho de familia, acaso le corresponda a «El negocio jurídico del Derecho de familia», del profesor Díez-PICAZO, una de las mayores fortunas en cuanto a influencia ejercida y difusión aceptada³⁵. Me

³⁴ TOMÁS RAMOS OREA: «Separación de hecho y convivencia de hecho en el matrimonio», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LIX (Madrid, noviembre-diciembre 1983), núm. 559, págs. 1435-1450.

³⁵ LUIS Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: «El negocio jurídico del Derecho de familia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CX (junio 1962). Segunda época. Tomo XLIX (212 de la colección), págs. 771-792.

pesa disentir de estas valoraciones. Más bien sospecho que (aun sin olvidar que el trabajo data de 1962) Díez-PICAZO arremete con dogmática ceguera contra todo lo que en aquellas calendas se opusiera al espíritu estrecho y circunstancial —esto es, carente de perspectiva— de la normativa vigente. El criterio que vierte Díez-PICAZO en este trabajo no puede patentizar de manera más definitiva, más irrecuperable, la vejez de las interpretaciones carentes de perspectiva; es como si tales interpretaciones nacieran con arrugas en el rostro, a modo de cadáveres anticipados. Intentaré esmerarme en probarlo con los testimonios que siguen y en los razonamientos que completan este apartado.

Destáquese, empero, que no estoy ni siquiera infiriendo el supuesto (de intención jurídica dudosa, por otra parte) de que a ningún jurista en sus cabales se le ocurriera estudiar o glosar una letra de ley distinta de la existente. Ello, a fuer de frívolo, sería irrelevante. La norma positiva tolera unos márgenes interpretativos, pero nada más. La inexistencia absoluta de divorcio fue principio inamovible, sancionado legalmente, hasta 1978. Inferir otra cosa, por cualesquiera presuntas argucias hermenéuticas, además de inviable, hubiera resultado, como digo, poco serio. Pero no se trata de eso. Con una norma vigente, de inequívoco contenido (v.gr., la de no admitir el divorcio), se trataría, en todo caso, de auscultar el criterio de los autores y de la doctrina en general; de qué modo los sentires y los decires de esa misma doctrina pudieran ir formando un clima que propiciara el cambio; hasta qué punto se hubiera iniciado en 1962 la formación, todo lo embrionaria que se quiera, de un relevo de actitud mental que hubiese colaborado a la transformación, todo lo lenta que se quiera también, de las instituciones. Para Díez-PICAZO, tal era la opción de 1962, igual que cada momento y cada estilo social despliega una opción equivalente para el pensador respecto de los temas que fueren.

Y la falta de perspectiva que achacamos a Díez-PICAZO es ésta: la de no sólo no contribuir con su esclarecido criterio a una virtualidad de apertura de nuestros preceptos fetichistas sobre el matrimonio, sino sancionar, aún más si cabe, con su docta pluma los fundamentos criterios de los que nuestra desventurada normativa matrimonialista ha venido nutriéndose, primero hasta la Constitución de 1978, y, por último, hasta la reforma de 1981. Ese es, en rigor, y no otro, el resorte crítico que nos mueve a considerar «El negocio jurídico del Derecho de familia» desafortunado, reaccionario en su tiempo y obsoleto ahora; una vez más: carente de perspectiva. Creemos que Díez-PICAZO podría haberse exigido él mismo ciertas salvedades suavizadoras de la norma, tal como rezaba entonces en 1962, por mucho que la Jurisprudencia, en la que el propio Díez-PICAZO se apoya, no tuviera más remedio que atenerse al Derecho

positivo y fallar conforme a su letra. Es innegable que existe para ciertas mentes una complacida proclividad acrítica y acomodaticia, un inmovilismo positivista de asignar a la *Ley* una omnímoda capacidad en cuanto a su función para con los humanos. Precisamente al jurista le corresponde la indagación luminosa, dentro de los recintos jurídicos, respecto del *ser* y del *deber ser*. Facticidad y perspectiva son las dos cotas máximas del ámbito en que se realiza el generoso ejercicio del jurista. Lo demás es optar por la vía cómoda. Pero digo que voy a intentar esmerarme en probar todos los reparos que he puesto al profesor DÍEZ-PICAZO.

La razón está, insistimos, en la naturaleza proteica y mimética de los conceptos *moral* y *orden público*. Lo que ayer, no digamos hace unos lustros, estaba proscrito del coto de la moral, hoy puede campar por él a sus anchas, y al contrario. Y respecto al orden público, igual. La realidad política, al permear tan de lleno el concepto de orden público ha hecho de él uno de los conceptos menos 'jurídicos' de todo el Derecho privado. Como en tantas ocasiones, la expresión lúcida de DÍEZ-PICAZO sale al encuentro:

Por moral y buenas costumbres se entienden los principios de carácter ético que tienen vigencia en una determinada comunidad.

Pero añade:

El límite moral tiene aplicación particularmente importante en el Derecho de familia, dado el carácter marcadamente ético que las instituciones familiares poseen. Por ello son nulos los negocios familiares contrarios a las buenas costumbres, como el concubinato o la unión sexual de personas de un mismo sexo.

(«El negocio jurídico. .», págs. 778-780)

Aunque la expresión del ilustre profesor es impecable, tememos estar de acuerdo en que conceptos como los de *moral* y *buenas costumbres* son alusiones expresivas de un significado que se mimetiza inexorablemente con el devenir social. Y la prueba está ahí: veintidós años han transcurrido desde la salida a la luz de esta monografía. «El negocio jurídico del Derecho de familia», y me atrevo a sospechar que a muchos de nosotros, instalados en la conciencia social de hoy, nos parece desproporcionado que la Ley penalizara el concubinato, sin más, o que tan siquiera declarase nulas las consecuencias derivadas de él: la legislación de algún país socialista —Cuba, por ejemplo— lo reconoce y tutela. Y hasta «la unión sexual de personas de un mismo sexo» todos sabemos que ha tenido aco-

modo, siquiera como hecho consumado y tolerado en la realidad social de ciertos países europeos.

Continúa DÍEZ-PICAZO:

Son nulos también los pactos inmorales incrustados dentro de un negocio válido, como el pacto de exclusión de la procreación o el pacto de educación irreligiosa de los hijos.

(«El negocio jurídico. .», págs. 778-780)

¿Podríamos llamar hoy día *immoral*, mejor, podría una mente flexible llamar *immoral* en 1962 a que una pareja en estado de sociedad o comunidad conyugal se abstenga de tener prole? Mirando generosamente a tantas Constituciones socialistas, ¿qué se supone que hay que entender por «educación irreligiosa de los hijos»? Si el autor quiere aplicar un calificativo de valor a tales realidades de exclusión de la prole o de específica educación de los hijos, lo más ecuánime sería evitar el término *immoral*, porque en pocos casos, como el que nos ocupa, el concepto de moralidad aparece tan modificado por la perspectiva, tan renovado en cada momento del entramado semántico que en otro tiempo ha podido informarle.

Y es que, insistimos, al jurista debiera exigírsele la responsabilidad de la perspectiva. Una mente tan aguda como la de DÍEZ-PICAZO no se salva de nuestra crítica a su trabajo «El negocio jurídico del Derecho de familia» por su despliegue pobrísimo, más bien nulo, de perspectiva. Perspectiva que debe dirigirse a separar las categorías jurídico-sociales de los módulos impuestos por la coyuntura política de turno. *Moral* y *orden público* necesitan de esa generosidad mental del jurista para no hacer depender del orden político sus contenidos autónomos. No entenderlo así provoca —creemos— un desajuste como el que estamos comentando, y la sonrisa irónica de todos los que consideren el valor de un trabajo como el de DÍEZ-PICAZO, ¡escrito veintitrés años atrás!

Sigue diciéndonos DÍEZ-PICAZO:

Limita la autonomía privada el orden público. Por orden público se entiende la íntima y radical conexión de los principios informadores de una determinada institución jurídica con los principios fundamentales de organización de la comunidad. El orden público tiene en el Derecho de familia una gran relevancia por ser la familia institución fundamental de la sociedad y ser principios esenciales de nuestra organización jurídica, reconocidos como tales en nuestras Leyes constitucionales, los de unidad e indisolubilidad del matrimonio, autoridad y jerarquía familiar, etcétera. El orden público limita la autonomía privada. Así, ha dicho la jurisprudencia que la obligación de vivir juntos los con-

yuges es de orden público y no puede ser modificada por acuerdo de los obligados...; que el pacto de separación entre los cónyuges es nulo; que es de orden público la representación de la mujer por el marido y nula la renuncia irrevocable realizada por éste...

(«El negocio jurídico .», págs. 778-780)

Una vez más, no debemos malograr ni retraer nuestra actitud crítica ante los juicios de perseverante lucidez de tan conspicuo jurista. Sus palabras han envejecido, con voz florida y elegante, eso sí, pero vejez al fin. Es más, algunas de estas palabras no debieron nunca nacer, por el hecho de nacer ancianas, caducas, a punto de fenecer. Sin entrar ya más en el fantasmagórico tema de la pretendida indisolubilidad del matrimonio, ¿cómo llamar principio de orden público a «la obligación de vivir juntos los cónyuges»? ¿Cómo sostener que el pacto de separación entre los cónyuges es nulo; que es igualmente de orden público la representación de la mujer por el marido? La propia Ley de 2 de mayo de 1975 se avino a aliviar tal desafuero machista. Las incontables separaciones de hecho existentes antes de 1981, etc., debieron superar, debieron desbordar, por así decirlo, los cauces cosmo-biopatológicos en los que, respecto de las nociones de *moral* y *orden público*, DÍEZ-PICAZO obligó a discurrir a su trabajo. Una cosa es la Ley, y otra muy distinta es la gustosa enfatización, o la repulsa crítica, del Derecho positivo por todo aquel que debe exigirse perspectiva, si no quiere perder el tren de la realidad. Lo que nos duele de tan ilustre jurista es el tono de enérgico, cómplice, que nos duele de tan ilustre jurista es el tono de enérgico, cómplice especulativo de flexibilidad que ésta pudiera consentir a favor o en contra de sus propios postulados. Asentimiento doblemente lamentable en alguien que, al hablar de la autonomía de la voluntad y de su juego en la extinción de la relación obligatoria mediante desistimiento mutuo, se cuestionaba

en qué medida y de qué manera se produce la liquidación de la relación obligatoria preexistente. Para determinarlo habrá que estar en los términos fijados por la autonomía de las partes. *Cuando las partes no se hayan referido a este punto, el problema será fundamentalmente un problema de interpretación*³⁶... (el subrayado es mío).

palabras que pueden interpretarse como una aceptación tácita de la irrenunciable urdimbre flexible de las nociones contiguas de *moral* y de

³⁶ LUIS DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *Lecciones de Derecho civil*, II (Universidad de Valencia: Facultad de Derecho, 1965), pág. 424.

orden público cuando las partes interesadas hayan estipulado pactos que se zafen del contexto previsto por la Ley. Según MUCIUS SCAEVOLA,

Si las partes establecen... un pacto especial por el que se permita llegar a la resolución [convencional], el Código no se opondría y la voluntad de los contratantes sería respetada por no haber en estos casos interés de orden público que contradiga la voluntad de las partes (MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado*, t. XIX, Madrid, 1902, pág. 673)³⁷.

Es curioso que nuestro clásico autor tampoco pueda sustraerse de mencionar el orden público como presunto valladar de la autonomía de la voluntad de los contratantes, si bien, en este caso, da por hecho su no interferencia restrictiva.

También ROTONDI, al tratar el mutuo disenso como forma de extinción de las obligaciones, declara que

este principio se extiende tanto cuanto se extienda la autonomía de los contratantes, salvo los límites excepcionales de orden público³⁸.

El orden público es así un límite en su acepción más inequívoca, de un lado, y de otro, se nos dice igualmente que es un límite excepcional. Naturalmente que a la posible gradación de esta excepcionalidad hemos venido haciendo referencia al enjuiciar lo obsoleto de ciertas nociones de moral y orden público, con motivo del repetidamente citado «El negocio jurídico del Derecho de familia». Bástenos aquí llamar la atención de nuevo hacia este trabajo de Díez-PICAZO, que fue en su tiempo un destacado exponente de agudeza retórica y de acuñación de jurídicos distinguos.

Comenzamos el desarrollo de este apartado con una especial sensibilización al haz de sugerencias que comporta la noción de orden público en inmediata contigüidad a las nociones de moral, buenas costumbres, etcétera. Quedó asimismo sentado que es en la esfera del Derecho de familia donde tales nociones parecen operar más en vivo, y donde los encargados en cada caso de plasmar la aplicación de tales conceptos, mejor pueden probar la flexibilidad de sus propios criterios dentro del marco

³⁷ Citado por RAFAEL ALVAREZ VIGARAY (en apoyo de la viabilidad de la resolución convencional de los contratos bajo un aspecto contemplado del artículo 1.124 del Código Civil), en *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento* (Granada: Universidad de Granada, 1972), pág. 185.

³⁸ MARIO ROTONDI: *Instituciones de Derecho privado*. Prólogo, traducción y concordancias al Derecho español por FRANCISCO F. VILLAVICENCIO, Catedrático de Derecho civil (Editorial Labor, S. A., 1953), pág. 393. Enciclopedia de Ciencias Jurídicas y Sociales. Sección Ciencias Jurídicas. Título de la obra original: *Instituzioni di Diritto privato*. VI edizione. Editada por Tipografía del Libro, Pavia, 1951.

y de los márgenes interpretativos que toda norma tolera. Este es el caso del Derecho matrimonial, cuando tal norma hace descansar la fundamentación más inequívoca de su existencia en un predio interdisciplinar de realidades. De ahí la práctica imposibilidad de aplicar la excepción de orden público, o las nociones de *moral*, *buenas costumbres*, etc., con una rigidez geométrica. En los años ya felizmente superados, previos a la Constitución de 1978, testimonio tan autorizado como el que sigue ilustra nuestra exposición:

Se da la paradoja de que precisamente muchas personas que por sus ideas religiosas, o mejor dicho, por su falta de ideas religiosas, deberían lógicamente contraer matrimonio civil, rehúyen esta forma y acuden al matrimonio canónico. La razón se encuentra en que el matrimonio civil se configura en España como indisoluble y que las causas de su nulidad se encuadran en una lista rígida y escasa: la contenida en el artículo 101 del Código Civil. Por tanto, quienes no creen en la institución del matrimonio, en su indisolubilidad o en sus condiciones esenciales según la concepción tradicional, prefieren contraer matrimonio canónico, puesto que ante la jurisdicción eclesiástica podrán con mayor facilidad y amplitud obtener la nulidad de su matrimonio, que queda reducido así a un verdadero «matrimonio a prueba». Incluso viene siendo relativamente frecuente en la sociedad actual que estos pseudocontratantes preparen, con vistas a la invocación posterior de la nulidad, un «contradocumento» en las fechas inmediatamente anteriores a la ceremonia religiosa, en el que afirman, por ejemplo, que su intención es contraer un matrimonio meramente disoluble o bien pactan una condición contraria a la esencia del vínculo. En algunos casos este «contradocumento» llega a plasmarse en acta notarial, a pesar de que es muy dudoso pueda el Notario autorizar este tipo de actas, visto que el artículo 145 del Reglamento Notarial le obliga a negar la prestación de su función *cuando el acto o el contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las Leyes, a la moral o las buenas costumbres*.

En todo caso, es evidente que este peligro de abuso del matrimonio canónico, que ha dejado de ser remoto para convertirse en real, no desaparecerá mientras no se admita en España el divorcio vincular del matrimonio civil o, al menos, no se amplíen prudentemente las muy reducidas causas legales de nulidad que contempla hoy nuestro Código Civil.

Piénsese, además, en el grave problema moral y pastoral que supone para los sacerdotes autorizar matrimonios canónicos cuando saben perfectamente la desvinculación de la Iglesia o incluso la hostilidad a ella de los desposados, contribuyendo en cierto modo al sacrilegio que éstos cometen. Esta burla o desprecio del sacramento sí que es un escándalo a los ojos de todo católico consciente ³⁹.

³⁹ JESÚS DíEZ DEL CORRAL RIVAS: «El matrimonio civil en España, hoy», en

Naturalmente que, en opinión nuestra, creemos que un Notario puede, sin ninguna violencia de principios, autorizar ese tipo de actas, tan sólo con que aplique un criterio generoso y perspectivista a la interpretación del mencionado artículo 145 de su Reglamento Notarial.

Es, en definitiva, el talante personal del investigador jurídico el que, mediante sus sugerencias en la dirección que fuere, propicia la modificación de las normas. Todo cambio, en principio, supone una larvación de premisas en lentísimo proceso. Las semillas y los frutos, sin duda que nunca pertenecen a la misma generación. Pero eso es lo que creemos que la posteridad reconoce y agradece: los precursores esforzados. En esta línea de interpretación aperturista y creativa, y siempre respecto del tema que nos ocupa, enjuiciáramos el trabajo de MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales»⁴⁰, en unos tiempos en que el Derecho de familia, hoy superado, estaba vigente con ejemplar severidad y virulencia. Partiendo de la base de que cualquier acuerdo, contrato o pacto tiene el valor que las partes quieran darle, y de que la Ley no dispara sus efectos contra nadie en tanto no se la provoque, argumentaba DE LA CÁMARA ALVAREZ, a tenor de los pactos privados de separación conyugal, y en contra de los agoreros de turno sermonizantes con el artículo 1.255 del Código Civil:

Los esposos saben que el valor práctico de sus convenios depende en grandísima medida, dada la hostilidad oficial hacia estos pactos, de su honorabilidad y del mutuo respeto a la palabra empeñada.

(«La separación de hecho...», págs. 7-10)

Y también:

A mi juicio, pues, el acuerdo por el cual los cónyuges acuerdan suspender la convivencia no es un acto contrario a la Ley, al interés público ni a la moral.

(«La separación de hecho...», pág. 21)

He aquí un ejemplo de postura amplia y de interpretación deseable de la norma jurídica, consentida por la realidad de los tiempos (sistema hermenéutico con varios años ya de rango legal en nuestro Código Civil). Las palabras de la segunda cita de DE LA CÁMARA parecen romper de un latigazo la obligación impuesta por el anterior artículo 56 del Código Civil [moderno 68]: «Los cónyuges están obligados a vivir juntos...». Y es que en realidad no se rompe nada. Y me alegra que no seamos los

Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro, I (Madrid: Editorial Tecnos, 1976), págs. 537-565, especialmente págs. 545-546.

⁴⁰ En *Anuario de Derecho civil*, tomo XXII, fascículo I (enero-marzo 1969), número 2, págs. 3-127, especialmente págs. 7-10 y pág. 21.

únicos en pensar así, y que tampoco a DE LA CÁMARA le falten seguidores o, por lo menos, receptores de su doctrina:

No faltan autores que muy razonablemente sostienen cierta eficacia, aunque sea modesta, a los pactos de separación de hecho. Así, CÁMARA, que demuestra que estos pactos no son, en todo caso, contrarios a la Ley, a la moral o a las buenas costumbres. Para ello parte de la base de que el deber de convivir no está tan ligado indisolublemente al estado matrimonial como lo está el de fidelidad, y admite excepciones. Desde el punto de vista moral, la conducta del cónyuge que da lugar a la separación podrá ser reprochable, pero la inmoralidad, recuerda CÁMARA, radicará, en su caso, en ese comportamiento, no en la separación misma.

Desde el punto de vista social, dice CARNELUTTI [«Separazione per accordo tra coniugi», *Revista di Diritto Processuale Civile*, II (1936), pág. 153] que «el acuerdo en la separación significa el desacuerdo en la convivencia, y una convivencia en desacuerdo es socialmente peor que una separación concorde». Y, en fin, alega CÁMARA, que si bien el Código no autoriza tales pactos, tampoco los prohíbe expresamente, y teniendo en cuenta el artículo 56, en relación con el 6.º del Código Civil, sólo será nulo cuando se pretenda atribuir al pacto la misma eficacia que a una sentencia judicial que elimine el deber de convivencia imponiendo la separación⁴¹.

Esto es a lo que nosotros llamamos amplitud interpretativa, en la que de paso se viene a demostrar que la noción de orden público es algo manca. Más acuciantemente expresado es la diferencia que hay entre el jurista profundo y esto que hoy se viene llamando, sin sordinas necesariamente minusvalorantes, «practicón» de mayor o menor calibre. ¿Cómo es posible que los mismísimos términos de un precepto legal, más aún, que la sopesación, sobre todo, de dos únicos términos, *moral* y *orden público*, inspire asesoramientos tan irreconciliables y tan perjudiciales para el cliente, en su caso, si venidos de mentes estrechas de practicones peseteros, en oposición a los sanos consejos de un jurista con perspectiva amplia? La razón está, repetimos, en la naturaleza proteica y mimética de los conceptos *moral* y *orden público*. Lo que ayer, no digamos hace unos lustros, estaba proscrito del coto de la moral, hoy puede campar a sus anchas por él, y al contrario. Y respecto al orden público, igual. La realidad política, al permear tan de lleno el concepto de orden público, ha hecho de él uno de los conceptos menos jurídicos de todo el Derecho privado.

Inevitablemente, es a nuestro más Alto Tribunal, en sus actuaciones

⁴¹ FRANCISCO DE LUCAS FERNÁNDEZ [Notario de Madrid]: «Actuaciones notariales anteriores y posteriores al matrimonio», *Pretor*, año XXVI, segunda época, número 101 (julio-septiembre 1978), págs. 5-60, especialmente págs. 19-22.

felices, a quien compete la plasmación de los límites y de la fijación de los márgenes de flexibilidad que conlleve toda norma jurídica. En el caso que ahora vamos a reseñar queda comprobado cómo se supera la excepción de orden público aducida por un Ministerio Fiscal como de perspectiva. La noción de orden público diecisiete años después de las formulaciones de un DÍEZ-PICAZO, por ejemplo, recibe un tratamiento a tenor de la altura de la época:

Considerando que tocante a la excepción de orden público, aducida por el Ministerio público, conviene puntualizar: a) Que su noción, en extremo sutil, imprecisa e indeterminada, escapa a toda definición —*omnia definitio periculosa est*— por ser su contenido móvil, flexible y fluctuante. b) Que del orden público podría darse una noción *hic et nunc*, aquí y ahora, de su sentido y alcance, siempre provisional, porque, distinto del pasado, puede ser otro su sentido en el futuro o en otra circunstancia. c) Que por ello es noción sujeta a variación y cambio, tal como del mismo modo varían las Leyes, las costumbres y la misma moral social o ética colectiva. d) Que integrado el orden público, según el ensayo de definición que dio la Sentencia de este Tribunal de 5 de abril de 1966, por los «principios jurídicos públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos necesarios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada», habría que estar, para su aplicación, al tiempo en que se vive o, como mejor dice el artículo 3.º, 1.º, del Código Civil, «a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» las normas, justamente por ese carácter relativo, dependiente de las concepciones sociales y políticas de cada momento histórico, según dice la Resolución de la Dirección General de los Registros de 6 de abril de 1979.

Considerando que la consecuencia natural que se deriva de las anteriores observaciones es que no pueda afirmarse hoy que una sentencia de divorcio extranjera, respecto de un matrimonio civil contraído fuera de España, contradiga o atente al orden público español...

Considerando que no es necesario insistir en el profundo cambio social, político y jurídico que, por influjo y mandato de la voluntad colectiva del pueblo español, aparece reflejado en la norma básica y primera del ordenamiento jurídico patrio, es decir, en los artículos 16 —atinente a la libertad religiosa y a la aconfesionalidad del Estado— y 32, que permite la disolución del vínculo matrimonial y que priva de rango constitucional al principio de indisolubilidad del matrimonio, y por ello, por integrar la Constitución la cúspide del orden jurídico, en el cual se subsume el orden público, es evidente la necesidad de afirmar que no choca con él la resolución judicial extranjera que decreta la disolución del vínculo conyugal y, consecuentemente, que su ejecución es lícita en España, como exige que así sea el artículo 954 de la LEC...

... Ha lugar al cumplimiento en España de la Sentencia dicta-

da por el Tribunal de Gran Instancia de París, de 16 de junio de 1977, que decretó el divorcio⁴².

Esta hermosa forma de expresarse, aunque con un retraso que va desde más de doscientos años con respecto a algún país, hasta otros retrasos menos abultados con respecto a otros países, supone, con todo, un saludable enderezamiento de rumbo, de media circunferencia, como para dejar ciertas interpretaciones antiguas del orden público en Derecho matrimonial arrinconadas en antipódicos cuadrantes. La falta de perspectiva es, como hemos pretendido demostrar, la causa más directa del envejecimiento o de la parálisis de los preceptos.

VI. OTRAS SECUELAS Y DEFORMACIONES DOCTRINALES QUE ARRANCAN DE UNA CARENCIA DE PERSPECTIVA

Nos proponemos en este apartado sacar a la luz, con todas sus consecuencias críticas, a algunos de los más representativos autores que, en los años inmediatamente previos a la confección y promulgación de nuestra Ley Fundamental de 1978, se nos antoja que disparaban sus últimas cápsulas en la defensa de unos postulados que estaban siendo barridos, ojalá que para siempre, del panorama de instituciones de nuestro Derecho de familia. La virulencia con que tales autores se violentaban por defender criterios indefendibles no es uniforme para todos ellos. Respecto de algunos, ya hemos fijado nuestra postura crítica al hablar del asunto de las estadísticas. Acaso precisemos volverlos a mencionar. Respecto de otros, nos interesa señalar el proceso de suavización que, ante el signo imparable de los tiempos, fueron cobrando progresivamente sus escritos. No otra cosa buscamos sino poder establecer los grados de deferencia que unos y otros han dedicado a la perspectiva, a la hora de airear sus ideologías concretas. Todo ello, naturalmente, dentro de la incumbencia del Derecho de familia, y más concretamente, del tenor del Derecho matrimonial enfrentado a la realidad del divorcio.

La doctrina canonista, que con mayor intransigencia ha encarnado en España la postura del inmovilismo ideológico, quizá sea la recogida en los fascículos de Derecho canónico de la UNED (edición de 1974 que manejamos) y el ya frecuentemente citado libro del profesor NAVARRO VALLS, *Estudios de Derecho matrimonial* (Madrid: Editorial Montecorvo, 1977). A mayor abundamiento, NAVARRO VALLS es uno de los que,

⁴² Jurisprudencia del Tribunal Supremo CIVIL. Ejecución en España de sentencia de divorcio dictada por Tribunal extranjero. En Madrid, a 24 de octubre de 1979. *Boletín de Información*, año XXXIII, núm. 1.185 (Madrid: Ministerio de Justicia, 15 de noviembre de 1979), págs. 20-22.

capitaneados por ALBERTO DE LA HERA, formaron el equipo de redactores de los referidos fascículos de la UNED. Sus criterios son, pues, los de la doctrina canonista más representativa de España. Todos ellos han venido formando la vanguardia de nacionalcatólicos: Amparados en la trinchera de sus cátedras o profesorados numerarios del calibre o denominación que fuere, y protegidos por la patente de corso que nuestro sistema político les ha venido prestando, a los dichos profesores les ha cabido la triste notoriedad de ser los expositores de una doctrina que, mucho me temo, a más de una mente ponderada le habrá parecido vejatoria para la conciencia ciudadana y desproporcionada para un verdadero espíritu jurídico.

Ni es agradable replicar a NAVARRO VALLS (a quien únicamente nos referiremos en nuestro repaso crítico de los extremos más acrimónicos del canonismo español anterior a la Constitución), ni tampoco debo considerarme yo el primero en tal réplica. La pluma tan vigorosa, tan punzonosa, tan sagaz, de ENRIQUE FOSAR BENLLOCH, ya se ha encargado de ello, para desanimar de paso a quienes estuvieran tentados de ver en mi actitud algo de manía persecutoria. Ante la manera de argumentar de RAFAEL NAVARRO VALLS sobre el tema de la indisolubilidad, FOSAR comenta:

La absoluta indisolubilidad jurídica del matrimonio rato y consumado ha sido afirmada recientemente en España por NAVARRO VALLS [*Divorcio, orden público y matrimonio canónico* (Madrid: Editorial Montecерco (*sic*), 1972), pág. 165]:

«En el inicio, pues, del estudio de las excepciones previstas por la legislación canónica al principio de indisolubilidad, no cabe más que afirmar la absoluta indisolubilidad jurídica extrínseca e intrínseca del matrimonio rato y consumado, así como la imposibilidad de una modificación del Derecho de la Iglesia sobre este punto. Muchas de las actuales corrientes revisionistas de la indisolubilidad matrimonial en el seno de la Iglesia aparecen viciadas en su raíz por un defecto metodológico que las descalifica: el estudio de la esencia y propiedades del matrimonio a través de un prisma exclusivamente sociológico, abandonando los esquemas jurídicos que protegen el contenido doctrinal dominante de su misma naturaleza y elaborado durante siglos por la doctrina. Souto lo ha puesto de relieve acertadamente: el matrimonio no está en la línea de los simples hechos, sino del deber ser. Por eso la configuración del matrimonio es, en la medida en que hay en él un factor de justicia jurídica —es un vínculo jurídico—, y aunque la conducta de los cónyuges no sea conforme al deber ser del matrimonio, no por ello rompen al matrimonio, porque son incapaces de provocar su ruptura... De ahí la insuficiencia radical del método sociológico para estudiar la esencia y propiedades del matrimonio.»

La mejor crítica que a esta posición esencialmente positivista, jurídicista, ontológica y tradicionalista acrítica puede hacerse es

remitirme a la orientación metodológica de la moderna moral matrimonial de que dejé constancia en otro estudio [«El matrimonio religioso, el matrimonio canónico y el matrimonio civil. El vínculo matrimonial, ¿es indisoluble o disoluble?», especialmente el apartado II de la primera parte, 'Metodología interdisciplinaria para analizar la realidad matrimonial', en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LII (septiembre-octubre), número 516]. Porque estimo que seguir aplicando a la realidad matrimonial la orientación metodológica de que hace gala el autor empieza hoy mismo a ser anticientífico: dentro de unos pocos años su discurso será meramente ininteligible, como lo sería hoy discutir por *sic et non* las cuestiones filosóficas como Abelardo.

(FOSAR, «El matrimonio religioso », págs. 95-96)

Y es justo que así sea. Al leer detenidamente el libro *Estudios de Derecho matrimonial*, posterior en unos años al reseñado FOSAR, junto con atisbos y formulaciones magistrales que nos hemos apresurado a reconocer desde estas páginas, el sufrido lector que haya tenido la desdicha de no pertenecer al sistema de pensamiento, y único oficial, permitido en los últimos ocho lustros, de verdad que pasa un mal rato. Además de los extremos ya comentados en la porción de esta monografía que nos ha precedido, voy a transcribir y enjuiciar algunas concepciones más de nuestro autor:

Un análisis de la normativa jurídica de los sistemas que regulan el divorcio lleva a la inevitable conclusión de que también los países divorcistas son en realidad reticentes con el divorcio. Es decir, ninguna legislación establece como norma la generalísima de permitir el divorcio sin restricciones. Todas ellas establecen una serie de supuestos más o menos explícitamente normados, que permiten, a través de cauces procesales igualmente tasados, iniciar un proceso de divorcio que eventualmente desemboca en la disolución de un concreto matrimonio...

... Incluso el Derecho soviético hubo de rectificar legislativamente aquella rotunda afirmación de LENIN según la cual «no se puede ser socialista sin la plena y absoluta libertad para divorciarse», cuando el 8 de julio de 1942 un Decreto del Presidium del Consejo Supremo de la URSS regulaba el divorcio —hasta entonces libre— a través de un procedimiento judicial, posteriormente completado por la Ley de 27 de junio de 1968, recogiendo así el criterio de KOLWANOWSKI cuando observaba que «la facilidad del divorcio tiene como consecuencia la degradación de la familia, por lo que debe ser cuidadosamente normado».

(*Estudios...*, pág. 206)

Efectivamente, son «reticentes con el divorcio», como no podía ser menos, y por el tantas veces repetido principio de que «cada cosa —afir-

ma SPINOZA— aspira a perseverar en su ser» (ORTEGA Y GASSET). El gobierno o régimen de la ideología que fuere no puede por menos de preferir que una situación inicial de matrimonio se perpetúe indefinidamente, a que quiebre. De ahí a suprimir el derecho natural al divorcio va un abismo insalvable. El hecho de que *se regule* el divorcio no es indicativo de su abandono, sino de todo lo contrario. Al reglarlo se le institucionaliza, se le reconoce más.

Si fuera exacto —siempre en el plano de los hechos— que existe un «derecho al divorcio» catalogable entre los otros derechos fundamentales de la persona humana, el divorcio debería ser concedido ilimitadamente, es decir, sin ninguna restricción, y no sólo por mutuo consentimiento de los cónyuges, sino también por simple voluntad de uno solo.

(*Estudios...*, pág. 207)

Creo que el profesor NAVARRO VALLS abandona injustificadamente el tono discursivo inteligible para tales casos, y su razonamiento quiebra precisamente a la luz de las nociones de *tendencia*, *vocación* y *consecución*, de un lado, y de *realidad* y *fantasmagoría*, de otro. «Ilimitadamente» no se puede concebir, ni mucho menos conceder nada, porque desborda el plano asequible de lo humano. Y, además, se evidencia la violentación silogística y de pura razón de ese salto de cero a infinito de nuestro autor, que viene a querer decir algo así: O todos santos o todos al infierno. Tampoco nos hace negar la libertad, como derecho y tendencia fundamental de la persona, el hecho irrefutable de que a nuestra libertad se le pongan trabas de todo tipo, y que nadie en su juicio pueda considerarse «ilimitadamente» libre. Aún más: es tanto como decir que, dado un solo supuesto de nulidad matrimonial «resultada» en el ordenamiento canónico, nada obstaría igualmente a deducir justificación de nulidad en el resto *ilimitado* de los casos, con sólo que los interesados invocaran su correspondiente pretensión ante los Tribunales eclesiásticos oportunos.

Y el caso es que NAVARRO VALLS trae a las páginas de su libro, con ánimo de refutación, la siguiente cita:

NAQUET, artífice de la Ley francesa de Divorcio de 1884, se planteaba esta cuestión: «El derecho del hijo no anula el derecho de los padres a divorciarse. Un derecho no vale más que el otro. No sería lógico que el derecho de los hijos sofocara el derecho de los padres» [NAQUET, *La Loi du Divorce* (París, 1903), página 283].

(*Estudios...*, pág. 215)

Nosotros pensamos, efectivamente, que el razonamiento es válido. Además, incide de lleno en la plasmación cosmo-antropológica del principio de prioridad: el padre es anterior al hijo, y a menos de concebir la vida concreta como una abstracción ingrávida y fantásticamente irreal, el hecho de que unos padres se divorcien o no se divorcien, no conculca la intransferibilidad de destino y tendencia a la felicidad, individualísima e irrepetible, que protagoniza el hijo que fuere. Pero sigamos:

La introducción del divorcio inevitablemente cambia el *tipo familiar* en un medio social dado, que de modo estable de convivencia se transmuta en compromiso provisional sobre el plano jurídico, ya que a los cónyuges se les sustrae la facultad de contraer un matrimonio *jurídicamente indisoluble*.

(*Estudios...*, pág. 219)

Este desafuero me parece seriamente alarmante. Según nuestro autor, al faltar esa *facultad* externa, también debería faltar toda viabilidad o posibilidad de felicidad dentro de la unión de la pareja. El disparate creo que vuelve a ser sintomático. Precisamente el tema del consentimiento y de la ínsita intencionalidad es aquí donde se desvirtúa y se minimiza, quedando reducido a una voluntad frívola que depende de un formalismo jurídico para su verificación personal. Nuestro autor parece que quiere decir esto: Que aunque dos personas vivan, se amen, se compenetren en el más total de los sentidos imaginables, ese amor, esa vida, esa compenetración comunitaria tiene que ser *a la fuerza* papel mojado por haber puesto en marcha esa comunidad de vida y amor con un *irrenunciable*, obsérvese bien, *irrenunciable* derecho natural a una eventual virtualidad de divorcio. Nuestro autor olvida —por ignorancia o por malicia— que la virtualidad ofrecida a los contrayentes no sustrae a éstos de observar la conducta que estimen oportuna. Semejante manera de argumentar de NAVARRO VALLS, en base a ilimitadas fundamentaciones abstractas que están fuera de todo módulo o de toda prueba, tendría que complementarse con el divertido supuesto de no poder computar en la Historia de la Humanidad ni un solo ejemplo de fracaso de lo jurídico, ni un solo caso de fisura en el armazón de la Ley. Y, por supuesto, ni una sola prueba de fallo en un matrimonio contraído bajo la «especie jurídica» de lo indisoluble. De nuevo, y siempre por penúltima vez, NAVARRO VALLS confunde tendencia y esencia, vocación y realidad, *sollen* y *sein* (MARIANO ALONSO PÉREZ). Se apoya en una o en otra, minimiza o potencia las categorías axiológicas de la persona, según le venga en oportunidad, pero nunca en la ecuación articulada que configuran tales conceptos si se les quiere esgrimir como premisas generadoras de criterio.

Con intención objetiva, y con el fin de que ninguna de nuestras aseveraciones, por pintorescas o desenfadadas que puedan parecer al lector poco flexible, deje de ir acompañada por la de siquiera algún tratadista, traigo en apoyo de mi repulsa a las especulaciones de NAVARRO VALLS un testimonio decimonónico, el de EMILIO REUS:

Nadie puede negar a la hora presente al Estado la facultad de establecer o no establecer el divorcio, si le parece útil y conveniente, para responder a ciertas necesidades sociales. Nada valen contra esto argumentos religiosos fundados en tal o cual ortodoxia, porque, en primer lugar, la crítica histórica da contra ellos evidentiísima prueba, sagazmente recogida por un autor francés, en una polémica ya célebre con un ilustrado sacerdote de la Iglesia católica, y, en segundo, porque si esta Iglesia se opone a la indisolubilidad del vínculo nadie obliga a que en conciencia los cónyuges católicos divorciados le consideren roto, y se les mantiene el recurso contra el cual la Ley nada intentará nunca, y puede bastar para satisfacer los gritos de su conciencia, de considerar como una simple separación de cuerpos, lo que la legislación civil califique con otro nombre⁴³.

Testimonio que nos parece un precedente válido para ilustrar nuestros conceptos de *tendencia* y *vocación*, así como de ciertas facultades axiológicas que son inherentes a la persona, en contra de los argumentos de los positivistas canónicos. La falta de perspectiva que achacamos a NAVARRO VALLS no viene tanto del lado de sus omisiones como de la concienzuda tergiversación silogística que subrepticamente esgrime según le vayan en juego sus caprichos o intereses dialécticos.

Continúa NAVARRO VALLS:

No hay que olvidar, además, que la legislación vigente aparece en este punto amparada por el elemental principio del *melior condicio possidentis*, lo que, a su vez, reclama que la carga de la prueba recaiga sobre quien afirma la utilidad social del rechazo de la indisolubilidad del matrimonio más bien que sobre los que la niegan.

(*Estudios...*, pág. 223)

¡Otra barbaridad exasperante! Con igual flema se podría decir —y decimos— que mientras que estuvo en vigor la Ley de 2 de marzo de 1932, ¡todo el que no estuviese conforme con ella debiera haberse puesto a probarlo con razones que hubieran convencido a la Ley! Seguimos:

⁴³ EMILIO REUS: «El matrimonio civil y el divorcio», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año vigésimooctavo, tomo LVII (Madrid, 1880), páginas 210-224 y 476-493, especialmente pág. 220.

No es sólida objeción aducir precisamente el carácter negocial del matrimonio como dato jurídicamente válido que justifica su disolución a través del divorcio. Como ha observado el autor que con mayor vigor ha reivindicado para el matrimonio la naturaleza de negocio jurídico de familia [DÍEZ-PICAZO, «El negocio jurídico del Derecho de familia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (junio 1962), págs. 773 y sigs.], «se olvida que la característica del negocio jurídico se encuentra no tanto en el poder de determinación del contenido de la relación jurídica que el negocio crea, como en el poder de creación de la propia relación jurídica. Piénsese que el poder de las partes no alcanza nunca al contenido esencial de la relación jurídica que crean. Las partes pueden querer otro tipo de negocio, pero el establecido han de quererlo con todo su esencial contenido. Y acontece que todo el contenido de la relación de matrimonio es esencial: que no hay matrimonio sin deber de fidelidad, sin deber de auxilio o sin indisolubilidad».

(*Estudios...*, pág. 234)

En este sutilísimo distingo del siempre respetado y lúcido profesor DÍEZ-PICAZO, encuentra pie nuestro reseñado autor NAVARRO VALLS para decirnos, si es que no entendemos mal, que todo aquel que contrae matrimonio dispone de un discernimiento magníficamente pertrechado para asumir el haz de supuestos que despliega la institución matrimonial, pero que una vez que ha contraído queda privado de ese mismo discernimiento para decidir sobre lo que quiere o para saber lo que está haciendo. El alarde retórico, por su parte, del profesor DÍEZ-PICAZO es tan sugestivo y tan notable como al que nos tiene acostumbrados. Pero quizá por ello nos sintamos en este caso particularmente coriáceos e impermeabilizados al pretendido efecto convincente de su argumento. Por debajo de la urdimbre finamente tejida de sus palabras, y tras un arriesgado pirueteo con los silogismos, constatamos que una vez más se parte de aquello a donde se quiere precisamente llegar. Para decirnos que todo el que lamentablemente ha contraído hasta hace poco matrimonio en España, contraía indisolublemente *de momento* (por haber sido la indisolubilidad una cualidad impuesta en principio o *de momento*, como decimos, al matrimonio por la Ley positiva de turno, y por el régimen político de turno), no creo que nos merezcamos los sufridos lectores el funambulismo de conceptos a que nos somete el siempre brillante y cordialmente admirado profesor LUIS DÍEZ-PICAZO.

Es ante la inevitabilidad de los preceptos constitucionales donde la cerril e intransigente expresión (que no criterio, lamentamos) de ciertos autores no tiene más remedio que ceder, sin renunciar, no obstante, a eso que candorosamente llamamos recurso del pataleo. Así, el propio NAVARRO VALLS:

Como es sabido, en los países correspondientes al área de influencia del «Common Law» sólo existe una clase de matrimonio, al que puede accederse a través de dos cauces distintos: las formas religiosas y la forma civil. Existe tan sólo una simple libertad de elección de forma o rito, pero sin resonancias sustantivas, ya que el Derecho material que regula, en todo caso, el matrimonio sigue siendo el mismo: el civil.

Por ello se ha hecho notar con razón que el denominado equivocadamente *matrimonio religioso* es, en los regímenes matrimoniales que integran el sistema de matrimonio civil facultativo de tipo protestante, una simple y pura forma de matrimonio civil, o si se quiere, un matrimonio civil en forma religiosa⁴⁴.

De entre todo lo que hemos transcrito nos vuelve a dejar perplejos una cargante lista de términos y expresiones: «Precipitación legislativa», «ambigüedades», «lugares comunes», «problemas interpretativos», «simple libertad», «denominado equivocadamente», etc. Es fabuloso, obsesivo, desquiciante, el protagonismo nostálgico que quieren arrogarse a toda costa ciertos ciudadanos. Es absolutamente atroz su falta de perspectiva y de generosidad solidaria que despliegan para con sus prójimos. Mente tan lúcida como la de NAVARRO VALLS para perfilar agudamente la distinción entre *sociología* y *axiología*, y otros conceptos jurídicos igualmente valiosos (como desde estas páginas hemos tenido la honda y sincera satisfacción de señalar y aplaudir), nos llena de estupor: *Precipitación legislativa*: Le parece poco que las cosas hayan funcionado de cierta manera desde el Concilio de Trento. *Ambigüedades*: Me temo que todo debe

⁴⁴ RAFAEL NAVARRO VALLS: «El sistema matrimonial español y la Constitución de 1978» [ponencia presentada en la XVI Semana Española de Derecho Canónico (Murcia, 1978)], *RGLJ*, año CXXVIII (febrero 1979), núm. 2, segunda época, tomo LXXVIII (246 de la colección), págs. 111-142. De especial interés, véase «El matrimonio en forma canónica», págs. 125-130, en especial pág. 126.

Por el interés indicativo que arrojan los apartados de este trabajo me permito transcribirlos. *SUMARIO*: I. Introducción. II. Precipitación legislativa y ambigüedades en el sistema matrimonial español. III. Lugares comunes en la doctrina jurídica española. IV. Problemas interpretativos que crea el artículo 32 de la Constitución de 1978. V. El matrimonio en forma canónica. VI. El matrimonio celebrado en forma religiosa acatólica. VII. La disolución del matrimonio. VIII. El sentido de la elusión de la nulidad del matrimonio.

En idéntica línea, véase la reseña que del libro *Estudios de Derecho matrimonial*, de NAVARRO VALLS, hace JUAN FORNÉS en *Anuario de Derecho civil* (abril-septiembre 1979), págs. 492-494. Se pasa revista al artículo 32 de la Constitución, a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de diciembre de 1978 y a los acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979. JUAN FORNÉS es asimismo autor de *El nuevo sistema concordatario español (los acuerdos de 1976 y 1979)* [Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S. A., 1980]. Una ojeada sobre este libro delata su fuerte filiación canonista. La bibliografía citada es esencialmente canonista, y lo mismo podemos decir de la intención crítica del autor. Obra, pues, de escaso o nulo valor en los tiempos que corren. Como ejemplo de estrechez de gálbo mental, *vid.*, págs. 88 y sigs., sobre el comentario del autor a un texto de M. PEÑA B. DE QUIRÓS.

parecer ambiguo para quien no está dispuesto a reconocer ninguna nueva opción. *Lugares comunes*: Efectivamente, es un lugar común recordar a los duros de corazón que queremos pertenecer al club en que está afiliado el 98 por 100 de la población mundial, y que queremos dejar de ser «diferentes», en el peor sentido de la palabra, de una vez por toda la eternidad. *Problemas interpretativos*: Si son del fuste criterial de los que el profesor y diputado ALZAGA enarbolaba es posible. Con todo, léase desapasionadamente el artículo 32 de nuestra Constitución. *Simple libertad*: Precisamente lo menos simple de nuestra idiosincrasia, en que nos cabe habernos apuntado el nefasto tanto histórico de tantísimo asesinato en nombre de o contra la libertad de conciencia. *Denominado equivocadamente matrimonio religioso*: Equivocadamente para usted, doctor NAVARRO VALLS, y correctísimamente denominado para todo aquel que tenga a bien ejercitar sus convicciones al tiempo de matrimoniarse o en cualquier otro menester. No se conoce, que sepamos, ningún dispositivo que permita radiografiar los sentimientos religiosos de nadie.

Tal vez pueda apreciarse que los conceptos de *divorcio/disolución*, *fin*, y *naturaleza jurídica* del matrimonio son los vértices extremos que configuran al triángulo respecto del cual se pudieran predicar la mayor parte de los despliegues y de las carencias de perspectiva. Queda un estadio de dificultad ulterior, un rizar el rizo, y es el juego que algún autor quiere dar a los anteriores conceptos si contemplados desde el así llamado Derecho natural. Es, creemos, una curiosa manera de mirar la realidad humana, volviéndose de espaldas a ella. Nos dice el profesor SANCHO REBULLIDA:

Cuando afirmamos que el matrimonio, como institución *natural* —por tanto, *todo* matrimonio—, es indisoluble por *Derecho natural*, estamos formulando una proposición de índole y naturaleza netamente jurídica. Por ello, cualquier intromisión metódica diversa sería perturbadora, oscurecedora de la cuestión propuesta ⁴⁵.

⁴⁵ FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA: *Estudios de Derecho civil*, I [la obra consta de un segundo volumen], «Consideraciones sobre el fundamento jurídico de la indisolubilidad del matrimonio» [publicado en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro* (Madrid, 1976), págs. 635-639], págs. 317-324, especialmente pág. 319. En otro lugar de este artículo, y en la línea valiosa que desarrolla NAVARRO VALLS para su distinción entre *sociología* y *axiología*, nos dice SANCHO REBULLIDA:

La estadística —prescindiendo de las manipulaciones políticas y la disciplina de partido—, por sí misma, no puede conducirnos a resultados jurídicamente válidos: de ahí la prevención contra las impurezas metodológicas; las estadísticas reflejan *voluntades* más o menos condicionadas, pero no *conocimientos* de realidades naturales extrínsecas al sujeto. Ahora bien, el Derecho positivo, como la ciencia jurídica, debe atenerse

Nosotros, y con el único propósito de hacer inteligibles estas palabras citadas, sugeriríamos respetuosamente la sustitución de *es* por *tiende a ser*. Mi crítica a este trabajo es una repetición enojosa, a saber: que el autor no parece distinguir entre *tendencia* y *realidad*. Tan absurdo es defender la supuesta indisolubilidad *a priori* del matrimonio, por Derecho natural, como negar la tendencia hacia el bien o hacia la virtud de quien fuere, por el hecho en pura praxis de que los humanos no seamos ni absolutamente buenos ni ilimitadamente virtuosos. Y el caso es que unas cuantas páginas más adelante del mismo trabajo, SANCHEZ REBULLIDA nos parece que acierta con el único término viable para este tipo de disquisiciones:

La naturaleza del hombre ante la contemplación de sus fines (y sin otros condicionamientos) *tiende* libremente a la unión indisoluble, única y vitalicia, entre hombre y mujer que se quieren, para la procreación de los hijos de ese amor y la adecuada educación de los mismos⁴⁶. [Subrayado mío.]

(«Consideraciones sobre el fundamento .», pág. 322)

Como hemos venido exponiendo, estos y otros autores situados en la cresta desde la que se inicia una rectificación de la praxis vivencial de ciertas instituciones parecen disparar sus últimos cartuchos a la desesperada; parecen entonar su último y más acongojante canto de cisne. Cosas todas ellas enristecedoras, pero merecidas por innecesarias. Qué gran favor de cara a la posteridad se hubieran hecho sólo con evitar la sistemática ocultación de fuentes, de voces de tratadistas autorizados que parecen haber clamado en el desierto:

Difícil es, si no imposible, dice un ilustre purpurado de la Iglesia, demostrar que por ley natural el matrimonio es indisoluble⁴⁷.

a estas realidades accesibles a la razón natural, aunque sean negadas por las voluntades (pág. 323).

Este artículo «Consideraciones...» fue publicado en *Nuestro Tiempo*, núms. 255-256 (Pamplona, septiembre-octubre 1975), págs. 25-33.

FÉLIX LÓPEZ hace una reseña a los dos volúmenes de SANCHEZ REBULLIDA en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (enero-febrero 1979), núm. 530, páginas 294-295.

⁴⁶ Remito al lector interesado a mi trabajo «Matrimonio y otros contratos: Aspectos comparativos, equiparables y subsumibles mutuamente», *Revista de Derecho Notarial*, núms. CXIII-CXIV (julio-diciembre 1981), págs. 239-274, donde en las págs. 246-247 podrá encontrar algunas puntualizaciones sobre el concepto *finis* del matrimonio.

⁴⁷ BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: «De la naturaleza del matrimonio», en *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 3.^a ed., tomo primero (Madrid: Librería de Sánchez, 1871), págs. 361-362.

Ignoro a qué purpurado de la Iglesia católica⁴⁸ se refiere BENITO GUTIÉRREZ, pero en todo caso la cita es sintomática. Desde la fecha en que se escribieron estas palabras hasta el momento presente, los testimonios se han sucedido en idéntica dirección. Reseñemos, por orden fielmente cronológico, a algunos de tales autores. El también decimonónico BONEL Y SÁNCHEZ se expresaba así sobre la *naturaleza jurídica* del matrimonio:

El matrimonio, esa elevadísima institución que teniendo algo de divina aun en relación con la naturaleza que muchos creen la materializa, es la base esencial de toda sociedad, debe mirarse bajo el doble concepto de sacramento y de contrato: de sacramento bajo el punto de vista moral que implica aquella unión eterna para fines determinados que han de regirse por la institución canónica, y bajo el aspecto de contrato, porque el contrato realmente es bilateral, en que cada uno de los contrayentes adquiere derechos y se impone deberes que cumplir⁴⁹.

Sobre los fines del matrimonio:

Los fines del matrimonio quedan claramente expuestos y no son ni pueden ser otros que el mutuo auxilio, la procreación y educación de la prole y el cumplimiento de las Leyes, puesto que de ser otros se cambiaría la esencia de la institución, y de ser alguno de ellos con exclusión de los demás quedaría prohibido el matrimonio entre personas de avanzada edad que por su marcada senectud dieran lugar a presumir su falta de reproducción; siendo de notar que bajo cualquier concepto que el matrimonio se mire, el fin principal es realmente el mutuo auxilio.

(*Código Civil español. Concordado...*, pág. 114)

Y, en fin, respecto de esa dosis de perspectiva sobre las cuestiones interdisciplinarias de *fines*, *naturaleza jurídica*, etc., del matrimonio, y que tanto venimos echando en falta en los autores inmovilistas aquí reseñados, gratifica leer a BONEL Y SÁNCHEZ, del que nos permitimos incorporar una suficiente muestra de perspectiva jurídica, no olvidemos, del siglo XIX:

⁴⁸ Me permito corregir, por extensión, a BENITO GUTIÉRREZ. Creo que es hora ya de que en un Estado pluralista y no confesional cada Iglesia quede identificada con su verdadera filiación inequívoca. Los españoles, tan dados a no llegar o pasarnos, caemos en pueril redundancia al hablar de la «persona humana» (¿y quién podría darnos noticia de otro tipo de persona que no sea la humana?). Asimismo es justo señalar que decir Iglesia, sin más, es quedarse a medias en la hora presente.

⁴⁹ *Código Civil español. Concordado y comentado con el Derecho foral vigente en Cataluña, Aragón, Navarra y demás territorios aforados*, con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de justicia y con los Códigos Civiles de la mayor parte de los países de Europa y América, por don LEÓN BONEL Y SÁNCHEZ, 4 vols. (Barcelona: A. López y Robert, impresor, 1890), tomo I, pág. 113.

No podemos menos de reconocer también que, para los que no tengan la fortuna inmensa de albergar en su alma creencias de cierto género, debe la Ley siempre reconocer otros medios de formar la familia, dictando reglas que pongan a todos dentro de esas relaciones sociales, que prescindiendo de las teorías religiosas positivas, dan vida al comercio y a la vida social con las contrataciones ordinarias y el trato general independiente de toda relación cuya existencia bien cabe dentro de los altísimos y rigurosos principios de moral universal y de los limitados círculos del Derecho. Y aunque no todos los Códigos han mirado bajo este concepto el matrimonio, ni necesario es que se imponga tal institución como sacramento al contrato, ni como contrato al sacramento para su perfecta validez y para que sus fines se cumplan debidamente; lo cierto es que valiera más que dejando a todos en libertad de adoptar el matrimonio que tuvieran por conveniente, religioso o civil, se establecieran reglas fijas en las que se determinase que para el Estado no surtiría efecto ningún matrimonio mientras no se demuestre su existencia por la inscripción en el Registro Civil.

(Código Civil español. Concordado. , págs. 114-115)

Volviendo sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, perfila nuestro autor:

No es un contrato puramente civil; su principio lo encontramos en la naturaleza, que se dignó asociarnos a la magna obra de la creación; está inspirado por ella, la naturaleza misma lo impone muchas veces. No es tampoco un puro acto religioso, puesto que precedió a la institución de los sacramentos y al establecimiento de todas las religiones positivas; se eleva a más remotas épocas, está más lejos de todas esas leyes escritas, es coetáneo con el hombre.

(Código Civil español. Concordado..., pág. 116)

Por todo lo expuesto no puede menos de comprenderse que el matrimonio es y ha sido siempre un acto natural, necesario, esencial a la vida y a la sociedad, instituido por el Creador. Pero aunque esto sea una verdad indiscutible, y aunque bajo el Antiguo Régimen, no íntimamente unidas, sólo apareciesen las instituciones religiosas y civiles, sino confundidas, llegó el momento en que sosteniendo la tradición hasta cierto punto, y amparando en mucho el eclecticismo de la vida social y religiosa, no ha podido menos de separarse una y otra no para divorciarlas y hacerlas antagónicas, sino para que manteniendo sus relaciones armónicas, el estado civil de los hombres se haga independiente del culto que profesa, lo cual llegaron a reconocer como una necesidad sabios ilustres y respetables hombres públicos de todos los partidos; sintiéndose luego la necesidad de la libertad de cultos, y la secularización de las prescripciones legales en esta materia, porque aun cuando agradable sea que todos los hombres se confundan en unos ideales, no puede una nación imponer

creencias determinadas a los ciudadanos, y no porque una persona tenga ideas distintas de la generalidad de un país se le ha de condenar a vivir en el ostracismo. Las relaciones comerciales generalizadas por el mundo civilizado han templado la intransigencia política y han hecho necesaria la tolerancia religiosa, siendo hoy indispensable por ello que los buenos efectos de la desaparición de ciertas intransigencias, se traduzcan en preceptos legales bajo los cuales, con independencia de escuela y con respeto mutuo de todos los ideales, pongan al amparo sus derechos civiles todos los que concurren al fomento y adelanto de una nación.

La definición del matrimonio debe abrazar en sus relaciones esenciales al hombre en el orden físico y en el orden moral, como ser inteligente y libre, sin que el desenvolvimiento de sus teorías váyase más allá de lo que la razón humana alcance y de lo que las necesidades de la época exijan.

(*Ibidem*, págs. 116-117)

Y quizá el párrafo más significativo de la visión clara de futuro de este autor, en la que bien podrían haberse inspirado algunos de los juristas reaccionarios mencionados en las páginas de esta monografía nuestra:

Aunque los sentimientos religiosos son naturales en el hombre, esos sentimientos universales unánimes tienen una varia expresión absolutamente libre, y por ello, aunque el matrimonio se eleve a la dignidad de sacramento, no deja de ser un contrato civil sometido, como cualquier otro, a la autoridad pública; y los legisladores que se despojan de ese poder por mal entendidos respetos y lo sujetan al dominio de la jurisdicción eclesiástica, traspasan, sin duda, los límites de su objeto y confunden el elevado sacramento con el particular contrato.

(*Ibidem*, pág. 117)

Es cabalmente gratificante leer a un autor que hace nada menos que un siglo aireaba el problema que comporta el hecho de que un Estado moderno delegue una parte esencial de su cometido en la autoridad religiosa.

Siempre pivotando sobre la trunca temática de *divorcio/disolución, fines y naturaleza jurídica* del matrimonio, y la incidencia de la perspectiva en la configuración y tratamiento de ese triángulo de conceptos, nos toca señalar que la prueba más inequívoca de que el hombre esgrime su vocación de carácter y voluntad indefinida en el tiempo es que, al hallarse enamorado de alguien en grados de «enamoramiento» los mide de manera refleja o negativa, si se quiere; o sea, calibrando su estado de absoluta incapacidad de enamorarse o de amar a otra persona que no sea aquella que *ahora* precisamente le está motivando *su tendencia* a lo indisoluble, a lo perpetuo, esencia medular del consentimiento. Algo parecido nos expresa JOSSERAND:

La unión legítima debe ser considerada como *perpetua* por su naturaleza, pero no como necesariamente indisoluble: la *perpetuidad* se pronuncia para el principio, para el espíritu de la institución; la *ruptura posible* lo hace, en cambio, para los casos excepcionales, para los accidentes⁵⁰.

Y con la Constitución de 1978 ya en ciernes, DE LA CÁMARA ALVAREZ postulaba:

No olvido, por supuesto, que para la Iglesia católica —todavía tan influyente en nuestro país— el matrimonio, como regla general, es indisoluble. Pero esta postura, hoy día controvertida dentro del seno de la propia Iglesia, aunque oficialmente no haya cambiado, sólo puede justificarse en función del valor carismático que, según la religión católica, tiene el matrimonio entre bautizados. Pero claro es que, de conformidad con este planteamiento, el problema de la disolubilidad o indisolubilidad ha de quedar confiado al fuero, personal e intransferible, de la propia conciencia. Proclamada la libertad religiosa y aceptada la aconfesionalidad del Estado, parece evidente que la concepción del matrimonio indisoluble en función de su carácter sacramental no puede proyectarse en modo alguno sobre la articulación jurídica positiva del instituto...⁵¹,

mientras que un poco más adelante, con idéntico criterio, precisaba categóricamente:

Los antidivorcistas se apoyan mucho más en la retórica que en la lógica. La indisolubilidad del matrimonio —se dice— es de Derecho natural. Extraña que quienes formulan esta afirmación sin demostrarla, no se acuerden de que la Iglesia católica, a la que todos ellos dicen pertenecer, admite en toda una serie de supuestos, bien que excepcionales, la disolución del vínculo, lo que se compadece mal con su supuesta indisolubilidad extrínseca.

(«Ante la reforma del Derecho de familia», pág. 22)

El cambio social, imparable, de los tiempos tiene que hallar eco constructivo y razonable en todo aquel que quiera ser equitativo con las co-

⁵⁰ LOUIS JOSSERAND: *Derecho civil*, revisado y completado por ANDRÉ BRUN, tomo I, vol. II: «La familia», traducción de SANTIAGO CUNCHILLOS Y MONTEROLA (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950), pág. 144. [El presente volumen constituye la traducción del texto especialmente completado y revisado por el Profesor ANDRÉ BRUN de la obra francesa de LOUIS JOSSERAND: *Cours de Droit civil positif français*, sobre la tercera edición de la misma publicada por Librairie du Recueil Sirey, Société Anonyme, 22 rue Soufflot, Paris V^e, 1938, y comprende la segunda parte del tomo I de dicha obra.]

⁵¹ EXCMO. SR. D. MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ [Notario de Madrid y Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación]: «Ante la reforma del Derecho de familia». Conferencia pronunciada el 30 de junio de 1978 (La Coruña: Ilustre Colegio Notarial, 1978), pág. 21).

sas. Tan sólo los patológicamente contumaces continúan publicando sus trasnochadas elucubraciones. Muy al principio de esta monografía recordábamos que no hay procedimiento entre los hombres que prive a uno solo, o a una comunidad de ellos, de ejercer sus convicciones; de comulgar con sus creencias, por incompatibles que ellas sean con el muestrario de evidencias incontestables que las realidades proporcionan. El hecho de quedar demostrado que nuestro minúsculo planeta Tierra no era el centro de los empíreos sin márgenes, no supuso que la tal peregrina idea se erradicase de la mente y de los corazones de muchos. Así con los temas objeto de nuestro artículo. Seguirán y seguirán haciendo gemir las prensas los que no se avienen a consentir que la verdad anide en nada ni en nadie que no sea ellos mismos.

Con todo, aquí nos interesan los criterios razonables, que son los que, a la larga, con su generosa diástole, hacen subir de altura a la Historia. Si hacemos una cala en varios catedráticos de Derecho civil españoles, tendremos un muestreo indicativo de cómo la realidad de los tiempos va quedando reflejada en sus escritos. Del profesor LÓPEZ Y LÓPEZ entre-sacamos, en primer lugar, una reflexión sobre realidad política y confesionalidad estatal, afectando todo ello al tema del matrimonio:

Como se ve claramente, todo el planteamiento ha de estar muy condicionado por la postura del Estado ante las confesiones religiosas de sus conciudadanos (lo que implica el tema de sus relaciones con la jerarquía de esas confesiones, tema que también es multiforme, alcanzando el mayor grado de concentración problemática cuando el propio Estado acepta como propia y oficial una de ellas)⁵².

Y una segunda reflexión sobre lo que bien pudiéramos llamar concepto de experiencia o fundamento de perspectiva jurídica:

Se ha dicho con especial lucidez... que acaecer histórico, razón política y coherencia técnica son momentos de una reflexión unitaria al interpretar la experiencia jurídica.

(«Reforma y criptorreforma. .», págs. 247-248)

De mayor elocuencia demostrativa hacen gala los destacados catedráticos Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS en dos de sus textos de Derecho civil para uso primordialmente universitario. En 1974 publicaban esto:

⁵² ANGEL MANUEL LÓPEZ Y LÓPEZ. «Reforma y criptorreforma del sistema matrimonial español», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (septiembre 1977), págs. 229-248, especialmente pág. 230.

III. *El matrimonio y la familia*.—La familia exige como condición previa e inexcusable la existencia del matrimonio. Pero qué sea el matrimonio, cuáles sus fines y su naturaleza jurídica, no lo vamos a tratar nosotros aquí, pues existiendo en los planes de estudio de las Facultades de Derecho una disciplina (el Derecho canónico) donde se estudia ampliamente la institución matrimonial, sería una redundancia innecesaria⁵³.

De esta forma tan gaya ventilan nuestros autores el tema, significando veladamente, creemos, estas dos cosas: que el único matrimonio *prácticamente* permitido en España era el celebrado y reglado por la Iglesia católica, y que cuando las cosas evolucionaran, entonces se podrían molestar en hablar del asunto, no antes. Es sólo cuatro años más tarde, en 1978, cuando en el mismo marco de un texto concebido preferentemente para el estudiantado universitario, y sin que haya, ni mucho menos, desaparecido «en los planes de estudio de las Facultades de Derecho una disciplina...», etc., se nos ofrece un buen conjunto de reflexiones más a tenor de los tiempos. El factor religioso, como ingrediente de cierto peso, entendemos que permea la sensibilidad de los autores cuando dicen:

IV. *Familia y sacralización*.—Hay que destacar como característica muy notable del modo de pensar, de organizar y de vivir los grupos familiares, la influencia que en ellos ejercen factores de índole religiosa. El mantenimiento y la estabilidad, tanto de la familia como institución cuanto de cada una de sus parcelas, se ha concebido durante siglos como algo necesariamente enmarcado en un marco de sacralización. Se establece de este modo una muy estrecha conexión entre los institutos familiares y el conjunto de creencias y comportamientos religiosos de la sociedad. Las iglesias recaban para sí la organización del matrimonio y le imprimen un sello sacral (sacramento). El deber de respeto y obediencia de los hijos a los padres se considera como mandamiento de la «ley de Dios».

La existencia de estos factores de sacralización en la vida familiar determina unas consecuencias muy importantes. Los impulsos y las motivaciones de orden religioso o ético son imperativos más importantes a veces que los jurídicos en la adopción de los comportamientos, por lo que el Estado no puede muchas veces legislar en materia de familia a espaldas de los sentimientos o convicciones generales. En ocasiones, el Estado entra en conflicto con las iglesias y aparece un pluralismo normativo cuya conciliación no siempre es fácil. Finalmente, a medida que la sociedad va adquiriendo un mayor grado de laicismo y a medida que gana terreno la idea de la libertad religiosa, que relega la

⁵³ LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN: *Instituciones de Derecho civil*, volumen II (Madrid: Tecnos, 1974), pág. 326.

religión a la conciencia del individuo, los fundamentos sacrales del orden familiar se ponen en cuestión y la crisis se acentúa.

V. *La familia como institución jurídica: El Derecho de familia.*—En cuanto se organiza jurídicamente y es objeto de una reglamentación legal, la familia es una institución jurídica. No se debe, sin embargo, profesar en este punto un panjurismo o un juridicismo excesivo. Algunos autores señalan con acierto que, a pesar de estar regulada por el Derecho, la familia recurre al Derecho muy pocas veces. Normalmente se mueve y desarrolla en función de otras pautas, de otras reglas o de otros impulsos, ligados con las creencias y los usos sociales, hasta el punto de que se puede decir que normalmente la familia recurre al Derecho sólo para constituirse y para disolverse⁵⁴.

La familia posee una realidad más social que jurídica:

Se puede incluso decir que aun siendo la familia una realidad social innegable y estando constituida por un grupo de personas o siendo ella misma un grupo, el grupo en cuanto tal carece de unidad jurídica, pues no es ni una asociación, ni una comunidad, ni un organismo. Jurídicamente hay sólo relaciones interindividuales, de manera que la superestructura es social y no jurídica.

(*Sistema...*, vol. IV, pág. 41)

Eluden una definición de matrimonio, pero sí ensayan la correspondiente posición respecto de su naturaleza jurídica:

Las Leyes positivas, en general, y, en particular, el Código Civil, no definen, porque no es propio de las Leyes el definir, qué sea el matrimonio. Se limitan a recoger un concepto social preexistente.

El matrimonio puede ser considerado bajo dos aspectos distintos: como un acto jurídico que determinadas personas realizan y como un vínculo o una relación jurídica que de aquel acto deriva y que por virtud del mismo se crea.

Como acto jurídico, el matrimonio, según nuestra opinión, es un negocio jurídico de Derecho de familia, que está formado por la concorde voluntad de los contrayentes y por las declaraciones que éstos emiten, dirigidas a «unirse en matrimonio». La necesaria intervención de ministros de un culto o de funcionarios del Estado no priva al acto jurídico de su carácter negocial.

La tradición jurídica canónica configura el acto de celebración del matrimonio como un contrato entre los contrayentes, en la medida en que se forma por el concurso de las voluntades de los dos. Y esta caracterización es, a nuestro juicio, exacta. Si se prefiere reservar la categoría del contrato para aquellos negocios bilaterales de carácter patrimonial, puede decirse que

⁵⁴ LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV: «Derecho de familia. Derecho de sucesiones» (Madrid: Tecnos, 1978), págs. 39-40.

el acto de celebración del matrimonio es un convenio, una convención o, más estrictamente, como ya hemos dicho, un negocio jurídico de Derecho de familia.

(*Sistema...*, IV, pág. 69)

Hacen concurrir en el matrimonio el carácter de institución:

Por ser una de las formas o figuras básicas y típicas de la organización social concurren en el matrimonio los caracteres de una institución, y puede hablarse, sin ningún género de dudas, de la institución del matrimonio.

(*Ibidem*, pág. 69)

Ahora sí ensayan una definición del matrimonio:

Para definir el matrimonio puede decirse que es una unión o comunidad de vida formada por dos personas de sexo distinto, dirigida a la plena realización del amor conyugal y a la creación de una familia.

(*Ibidem*, pág. 70)

Y en cuanto a la separación Estado-Iglesia, cuestión por la que hemos traído prioritariamente a estos autores a nuestro elenco de testimonios:

A nuestro juicio, desde el punto de vista político, para reordenar esta materia hay que partir del principio de la total separación de la Iglesia y el Estado y de la soberanía del Estado en su propia esfera de competencia. Por ello, el sistema que nos parece preferible es el de un único tipo o forma de matrimonio desde el punto de vista de la legislación estatal, a la que deben someterse todos los súbditos del Estado —el llamado matrimonio civil—, con independencia de que *a posteriori* puedan los interesados celebrar las ceremonias religiosas que consideren convenientes en uso de su libertad. Un sistema de total separación entre la esfera estatal y la religiosa es el único que garantiza plenamente el derecho a la libertad de religión y el derecho a la igualdad de los ciudadanos ante la Ley, derechos ambos que deben ser considerados siempre como derechos fundamentales del hombre.

(*Sistema...*, IV, págs. 79-80)

Habría observado el lector el maravilloso efecto de comunicatividad y erudición que propician en ciertos autores tan sólo cuatro años de despertar social e institucional.

El profesor DORAL GARCÍA, catedrático de Derecho civil asimismo, aun en unos momentos tan próximos a la entonces inminente reforma legislativa del Derecho de familia, parece no poder apearse de los resabios inveterados de la época precedente. Si, por un lado, intenta recortar la

inevitable realidad fáctica de la disolución del matrimonio. por otro, parece como descalificar la fundamentación bio-antropológica que asignamos al divorcio:

No puede, de ninguna manera, equipararse la libertad para romper el vínculo contraído con la libertad para celebrar matrimonio. Mientras que la libertad para contraer matrimonio se presenta en todos los ordenamientos como un bien con carácter expansivo, como un derecho de la personalidad, el divorcio, incluso donde se admite, es un mal, no se funda en la libertad de elección de un estado, sino en otras consideraciones, en la idea de remedio, de sanción, de accidente familiar⁵⁵.

A lo que nosotros, obviamente, sin ningún afán polémico a estas alturas, responderíamos que naturalmente que no pueden equipararse una y otra libertad, uno y otro consentimiento, porque cada uno de ellos opera sobre distintas realidades: el primero, sobre una vocación o virtualidad sobre la que se carece de dato alguno; el segundo, sobre una situación o estado constituido. El carácter del primer consentimiento ha de ser necesariamente expansivo, como instancia que es, como vocación vectorial que es en busca de una realidad o encarnadura, mientras que el segundo consentimiento ha de ser, asimismo necesariamente, restrictivo o negativo, porque sigue dirección contraria: de lo constituido, al estado previo a la constitución de nada. Lo cual no inhabilita para que la fuente y la naturaleza del consentimiento sean idénticas, si bien afectadas o aplicadas a situaciones distintas.

Ponemos punto final a este apartado con el testimonio ameno, riguroso y concienzudo de RUIZ VADILLO, que, desde su condición de Juez y Fiscal, creo que despliega una buena dosis de perspectiva respecto de una variedad de cuestiones. Destacamos su acierto esclarecedor al referirse a la separación que debe existir entre aspectos de conciencia religiosa y cuestiones de Estado a la hora de enjuiciar civilizadamente el divorcio:

Una cosa es la conciencia religiosa de los ciudadanos, respetabilísima, y que no tiene por qué entrar en colisión con las normas jurídicas del Estado, y otra, la ordenación jurídica a nivel de sociedad civil. Lo digo con el máximo respeto a quienes piensan otra cosa, en cualquiera de sus posiciones, y sin otra autoridad que la contemplación de la realidad social a través de mi condición de Juez y de Fiscal durante más de veinticinco años: el divorcio no será jamás causa de rupturas matrimoniales, si su regulación responde a un mínimo principio de pruden-

⁵⁵ JOSÉ ANTONIO DORAL GARCÍA: *Principios de Derecho de familia* (Universidad de Granada: Facultad de Derecho, 1980), pág. 51.

cia y sensatez. El divorcio no es otra cosa, o no será otra cosa, que la consecuencia de una ruptura irreversible del matrimonio. El legislador, respetando la evidente trascendencia de la institución del matrimonio, debe regularla de manera que sea un instrumento de paz individual y social⁵⁶.

VII. INDICIOS DE FLEXIBILIDAD EN LA NUEVA NORMATIVA CANÓNICA: PRECEDENTES

Nos cumple ahora auscultar, mediante el oportuno sondeo de algún aspecto concretísimo del consentimiento matrimonial, el grado de flexibilidad que la normativa canónica haya reflejado en la versión de su nuevo *Código de Derecho canónico* de 1983. No nos engañemos, sin embargo. Cuando se habla de aperturismo, flexibilidad o conceptos equiparables afectados a la realidad del Derecho canónico, no hay que perder la perspectiva; no hay que olvidar que se trata, en todo caso, de potenciar ciertas modificaciones de matiz, de procedimiento o hasta de criterio dentro de las inamovibles categorías teóricas que encierran la concepción canónica del matrimonio/sacramento y de su pintoresca indisolubilidad, siempre que no medie impugnación o denuncia conducente a una declaración de nulidad que, igualmente, y en todo caso, pertenece a la Iglesia católica en exclusiva, estimar, procesar y dictar.

Con esta puntualización pretendemos valorar en su justa medida las innovaciones aperturistas del Derecho canónico en cuanto a la ampliación teórica de las causas de nulidad. Eso es lo que queremos poner de manifiesto señalando que prácticamente desde veinte años antes de la nueva versión del *Codex* de 1983, algunos testimonios inequívocos, respecto de una corriente preponderante dentro de los estudios canónicos, apuntaban, por vía de inducción analógica, a una ampliación pacífica de las causas de nulidad, por deterioro, insuficiencia o suplantación de consentimiento. Lo que indudablemente no puede protagonizar la Iglesia católica es una sustanciación interpretativa de su norma positiva, que haría saltar en pedazos la propia fundamentación del Derecho canónico. La Iglesia católica somete de continuo a un proceso de adecuación sus manifestaciones y usos, para armonizarlos con el pulso social que evidentemente prime en el momento histórico que sea. No es extraño así que a la par que la normativa matrimonial civil estrenaba su andadura sustantiva en 1981,

⁵⁶ ENRIQUE RUIZ VADILLO [Doctor en Derecho; Letrado del Ministerio de Justicia; Juez, Fiscal y Profesor de la Universidad, excedente; Vocal permanente de la Comisión General de Codificación]: «Hacia una reforma en profundidad del ordenamiento jurídico», *Revista General de Derecho*, año XXXVI, núm. 423 (Valencia, diciembre 1979), págs. 1202-1213, sección doctrinal, págs. 1211-1212.

el *Codex* se hiciera eco de ciertas líneas de flexibilidad respecto de la normativa matrimonial en la esfera del Derecho canónico.

Los precedentes de esta plasmación normativa del *Código* de 1983 pueden rastrearse. Una de las grandes paradojas ya de estos últimos lustros en España es que aun los menos creyentes encontraban hasta lógico contraer matrimonio por la modalidad canónica, ya que la creciente funcionalidad de los tribunales eclesiásticos permitía la obtención de una nulidad de matrimonio con menos dificultades, aun siendo éstas grandes, que en el campo de lo exclusivamente civil. En efecto: el testimonio de DÍEZ DEL CORRAL, incorporado en páginas anteriores, y correspondiente a su trabajo «El matrimonio civil en España, hoy» (véase *nota* 39), ilustra suficientemente lo dicho. Puesto que ambos sistemas, teóricos, de matrimonio, canónico y civil, en la etapa preconstitucional hacían de la indisolubilidad el principio por excelencia que primaba sobre toda otra propiedad, y puesto que *en la práctica* ya hemos señalado que no cabía mucha opción, no puede extrañar (aparte del tremendo trance de la celebración civil, en los improbabilísimos casos en que ésta prosperase), no puede extrañar, decimos, que la gente encontrara hasta normal la única modalidad canónica, aunque sus conciencias estuviesen a años luz de distancia de toda identificación o incumbencia en materia religiosa. Y todo por la sencilla razón de que en aquellos momentos la Iglesia católica, abriendo progresivamente la válvula de sus encomiendas, concedía nulidades más y más graciosamente, por mucho que un buen práctico del tema afirmara:

Existe la idea, falsa, de que la anulación del matrimonio puede ser conseguida con dinero, pero el complicado mecanismo que la Iglesia ha montado nos asegura que las anulaciones no pueden ser compradas, sino falladas en razón de las circunstancias concurrentes por varios Tribunales eclesiásticos, aunque, como es natural, ello puede encarecer el proceso ⁵⁷.

Sin embargo, no era menos cierto que al dominio público trascendía con todo lujo de detalles la fundadísima creencia de que una buena parte de las nulidades que habían prosperado lo eran de matrimonios de «famosos», estrellas de cine, gente más bien acaudalada que lo contrario, o simplemente, gente que había podido permitirse un proceso largo, y generalmente costoso, sin un irreparable detrimento de su hacienda. El salto al gran público de estos temas se generalizaba más y más, de manera abierta y dentro de un clima de la mejor comprensión y templanza. En un espacio de TVE, unos cuantos días antes del 6 de diciembre de 1978, previsto para el referéndum constitucional, un conocido locutor y perio-

⁵⁷ JOSÉ MARÍA ALEMANY GAL-BOGUÑÁ: *Todo sobre matrimonio y separación: Guía legal práctica para todos* (Barcelona: De Vecchi, 1971), pág. 15.

disto español llevaba a cabo su programa de respuestas (a preguntas formuladas sobre la Constitución) por un muestrario de personas de todo el territorio nacional. Los encargados de contestar las preguntas eran destacados prohombres de los distintos partidos políticos y, en general, personalidades relevantes. En una intervención del profesor RAMÓN TAMAMES se nos dijo con lucidez y rotundidad todo esto: Que se diera el nombre que se diera a los hechos, la realidad era que el sistema de nulidades que la Iglesia católica estaba propiciando en aquellos bastantes últimos años constituía claramente una forma de *desvinculación*. Por supuesto que nadie se alarmó con la respuesta, sino todo lo contrario. Los tele-espectadores nos alegramos de ver formulado tan galanamente en boca de un líder político español lo que en la conciencia de todos nosotros andaba barruntado desde siempre. Y era muy cierto. Lo expresado ante la prensa y cámaras de TVE repetidas veces, también aparecía expuesto en la mayor fijación que le prestaba el texto escrito:

La propia Iglesia, aunque siga sin rectificar sus criterios dogmáticos, no ha tenido más remedio que buscar un expediente que, de algún modo, los haga más flexibles. Para nadie es un secreto que merced a una laxa interpretación de la disciplina sobre nulidades matrimoniales se están consumando verdaderos divorcios, arropados bajo la apariencia de una supuesta nulidad. Solución a todas luces recusable no sólo por lo que tiene de excesiva, sino porque el éxito de la misma viene a depender de toda una serie de factores aleatorios, cuando no inconfesables. La «praxis» de los Tribunales eclesiásticos cambia con la geografía, y es necesario, para lograr el éxito, contar con asesores duchos, influyentes y, en general, caros. Con lo que este tortuoso camino sólo resulta asequible a ciertos iniciados económicamente fuertes. En fin, como hasta ahora el éxito de estas nulidades artificiosas depende, *de facto*, del acuerdo entre los cónyuges, el desenlace queda a las expensas de su propio arbitrio, lo que no sólo es profundamente contrario a la esencia de la institución matrimonial, que con tanto celo se quiere defender, sino que, por si fuera poco, brinda opciones incontrolables al abuso, a la mala fe y al chantaje.

(DE LA CÁMARA ALVAREZ, «Ante la reforma del Derecho de familia», cit., págs. 21-22).

Los ejemplos son más numerosos. Véase, por todos, el suplemento dominical de *El País*, 20 de mayo de 1979 (págs. 28-35), donde el interesante trabajo «Boda ayer, divorcio mañana», firmado por INMACULADA DE LA FUENTE, nos vuelve a repasar el flabelo temático que asimismo motiva, en parte, esta sección de nuestra monografía. El lector encontrará en este artículo de *El País* los mismos alegatos que se vinieron repitiendo desde

que la autocracia teócrata española propició un comienzo de «desenganche del poder» (Mons. TARACÓN). Ya he dejado obviado en algún otro lugar que por muy pintorescas o desenfadadas que pudieran parecer algunas de mis expresiones vertidas en esta monografía, me cabe el descargo de remitir al estudioso a diversas autoridades que se han pronunciado previamente sobre idénticos extremos. Igualmente, remito al lector interesado a este artículo, «Boda ayer, divorcio mañana», del que, por el inquestionable interés que despierta su lectura, me voy a permitir confeccionar una selección temática de su contenido:

1. Imaginación y picaresca: Superdivorcios.
2. Anteproyecto de la Ley de Divorcio.
3. Mentalidad actual de algunos futuros contrayentes.
4. Incremento del número de tribunales eclesiásticos en España, y flexibilidad de los mismos.
5. Tribunales eclesiásticos norteamericanos y centroafricanos.
6. Corruptelas, picarescas y sobornos. Supuestas declaraciones de Monseñor DEL AMO en *Revista de Derecho Canónico*.
7. Dos millones de españoles que están separados de hecho o tramitan anulaciones y separaciones.

El enunciado de estas rúbricas, sin dejar exhaustivo el trabajo, es el que con más precisión se adecúa al desarrollo de esta sección de mi monografía presente. El lector puede libremente constatar, por contraste, lo mesurado de mis juicios.

El Tribunal eclesiástico de Brooklyn, que ha alcanzado una bien ganada notoriedad, parece ser uno de los más adelantados protagonistas de la puesta en práctica de un cada vez más amplio espectro de motivos potenciales de nulidad⁵⁸. Con muy atinada expresión recoge JOSÉ MARÍA SERRANO RUIZ esta corriente expansiva:

Pienso que nada impide a las partes pedir la nulidad de su matrimonio por falta inicial de amor en el consentimiento. Es principio admitido por nuestra jurisprudencia que no corresponde a las partes, sino al Juez, dar nombre jurídico a los hechos que aporten los titulares de la controversia⁵⁹.

⁵⁸ Véase MANUEL VILLAR ORTIZ: «El funcionamiento del Tribunal diocesano de Brooklyn», en *El consentimiento matrimonial hoy. Obra en colaboración de varios especialistas: Trabajos de la XV Semana de Derecho Canónico* (Barcelona: Banchs Editor, 1976), págs. 313-320.

⁵⁹ JOSÉ MARÍA SERRANO RUIZ: «Aspectos jurídico-canónicos del amor conyugal en las causas de nulidad de matrimonio», *RGLJ*, año CXXV, núm. 1 (julio 1976), págs. 5-28, especialmente pág. 25.

Lo cual, si no nos equivocamos enteramente, viene a querer decir que no existe un *numerus clausus* en las causas de nulidad tipificadas que se puedan aducir, sino una tendencia imparable de ampliarlas. Ese es precisamente el espíritu que predominaba en los tratadistas más atentos a la realidad social, inmediatamente anterior al nuevo *Codex* de 1985. Entre todos se ha coadyuvado a la introducción de un nuevo matiz en la revisada redacción del canon 1098, que pasaremos a examinar más adelante. Encaminemos ahora nuestro propósito a presentar ante el lector un muestrario de testimonios en apoyo justificativo del amplio espectro que virtualmente subyace en la causa de nulidad canónica. De momento, comienza a abrirse paso la noción cardinal de *convivencia*, como realidad fáctica hacia la que apunta cualquier otro presupuesto de los futuros matrimoniantes:

Pero al contraer el matrimonio no es fácil conocer perfectamente las cualidades de la comparte con la que se quiere crear una comunidad de vida, y mucho menos conocer el alcance de determinadas cualidades de la persona para una convivencia en común. *La preparación del matrimonio no lleva consigo ninguna prueba del valor de las cualidades en orden a una convivencia.* Puede decirse que aun sin mala voluntad, en muchos casos los futuros cónyuges se engañan. No quizá en lo sustancial, pero sí en determinadas cualidades que después van a tener una importancia fundamental en el matrimonio ⁶⁰ (subrayado mío).

Y en cuanto al tema del *error*, que propiamente presta sustentación temática al trabajo del profesor ARIZNABARRETA, me voy a permitir espigar con alguna extensión en la disertación de nuestro tratadista:

El año 1966 la jurisprudencia dio un giro de 180 grados en la valoración de las cualidades y su eficacia en la nulidad del matrimonio. Pero, como se verá, no se daba un valor sustantivo a las cualidades, sino que se consideraba que determinadas cualidades eran una parte sustancial de la persona, al menos en orden a contraer el matrimonio. Y si se daba un error en esas cualidades, se daba un error que redundaba en la persona. En esta perspectiva, la persona no se consideraba en su concepción abstracta, filosóficamente considerada, sino en su realidad concreta y existencial, tal y como se da en la realidad matrimonial, y que es la que ha

⁶⁰ GERARDO M.^a ARIZNABARRETA UGALDE [Doctor en Derecho civil. Abogado. Profesor Ayudante de la Universidad de Deusto (Bilbao)]: *El error de hecho en el matrimonio canónico (la equivocación en el matrimonio)*. Contribución al esclarecimiento del estado actual de la cuestión y planteamiento de una nueva reglamentación en orden al futuro nuevo *Código de Derecho Canónico*. Prólogo de ANTONIO ARZA ARTEAGA, S.J. [Doctor en Derecho civil y canónico. Profesor de Derecho canónico de la Universidad de la Iglesia de Deusto (Bilbao)] (Pamplona: Editorial Aranzadi, 1979), «Prólogo», pág. 14.

de formar parte de la convivencia mutua. Pero todavía se reducía el error en cualidad al error en persona.

Indudablemente, se tenía en cuenta la persona en su totalidad, que es como se ha de entregar a la otra parte en el matrimonio. Y en la totalidad existencial concreta, que es como se entrega la persona en el matrimonio para formar una comunidad de vida con la comparte. Si a la persona se le consideraba en esa totalidad, el error en una cualidad importante para esa comunidad de vida llevaba prácticamente a un error en persona.

Pero con todo, la jurisprudencia no se inclinó masivamente en favor de esta nueva concepción de la persona y de sus consecuencias en orden a la nulidad del matrimonio por error en cualidad. En gran parte siguió la doctrina clásica y siguió dando como válidos matrimonios en los cuales había habido graves errores en cualidades, aunque otros Tribunales, en casos semejantes, los declaraban nulos.

Ante esta actitud de la jurisprudencia canónica, la doctrina también se dividió en dos teorías: una, la clásica, defensora de que el error en cualidad sólo redundaba en persona cuando esa cualidad es única y exclusiva de una determinada persona, y un error sobre esa cualidad equivale a error en la misma persona, y otra, que admitía que la persona asume en sí las cualidades, sobre todo cuando son importantes en orden a aquello que se considera la persona, y que, por lo mismo, si había error en una cualidad de ese género, había ya un error que redundaba en persona y el matrimonio era nulo.

(*El error de hecho* ..., pág. 16)

La definición de compendio del matrimonio más indiscutiblemente aceptada también se señala aquí:

Desde este nuevo concepto del matrimonio, basado en la comunidad de vida y amor de los cónyuges...

(*Ibidem*, pág. 17)

Sigue una erudita y desmenuzada disquisición sobre el *error redundans*, que transcribimos:

a) El *error redundans* como cualidad individuante: La persona física concreta con la que realmente quiere contraer el nubente decepcionado, únicamente está identificada en su entendimiento a través de una cualidad individuante y determinativa de aquella persona singular deseada. De aquí que sean precisos dos requisitos para apreciar el *error redundans* así concebido: a') desconocimiento personal directo previo al matrimonio, y b') cualidad objetivamente individuante o determinativa de una persona singular y que no se verifica en ninguna otra persona.

b) El *error redundans* como cualidad puesta *sub-conditione*: Caso de que la existencia de una cualidad de la persona, cualquiera que sea ésta (cualidad individuante o genérica), se ponga por

un acto de voluntad como condición *sine qua non* para la validez del matrimonio, si falta, el matrimonio será nulo, pero no por el error (entendimiento) sufrido, sino por la voluntad condicionante puesta antes de contraer y que perseveró, al menos virtualmente, hasta el momento mismo de la celebración.

c) El *error redundans* como cualidad «único fin» del matrimonio. Una determinada cualidad (o cualidades) de la contraparte (cualidad individuante o genérica) es el único y exclusivo fin que se pretende con el matrimonio, o lo que es lo mismo, el matrimonio es sólo el medio para obtener ese fin: la cualidad que se supone en la contraparte.

d) El *error redundans* como cualidad *directe et principaliter intenta*. En este supuesto, el contrayente quiere directa y principalmente la cualidad que supone posee la otra parte, pero no quiere sólo esto exclusivamente, sino que indirectamente y menos principalmente también quiere el matrimonio con ella o, al menos, no lo excluye ni explícita ni implícitamente.

(*Ibidem*, págs. 129-135)

El objeto del matrimonio se concibe ahora como algo henchido de valores:

Considerado el objeto del matrimonio, al menos jurídicamente, como una simple comunidad de vida sexual (c. 1081, 2.º), es evidente que sólo será sustancial aquel error sobre lo que constituye la esencia del contrato: la persona física, hombre o mujer, con las necesarias cualidades para formar esa comunidad de vida sexual que es el objeto del contrato matrimonial. Pero considerado el objeto del matrimonio como una comunidad de vida total, con la rica gama de valores o aspectos que incluye la donación del yo y la aceptación del «otro» en todos los ámbitos de la vida (comunidad moral, social, jurídica, religiosa, etc.; comunidad de amor, en suma), parece también evidente que será sustancial el error sobre lo que constituye la esencia del contrato, sobre aquellas cualidades de la persona que la definen en orden al matrimonio, en orden a poder formar con ella una comunidad de vida total que es el objeto del contrato matrimonial. Así entendidas las cosas, el error que versa sobre aquellas cualidades de la contraparte que la definen en orden al matrimonio, es efectivamente sustancial, y la persona así considerada en orden al matrimonio, es una persona diferente, de donde en este sentido el error en esas cualidades redundará en error acerca de la persona misma.

(*Ibidem*, pág. 203)

Una captación de la realidad frondosa que conlleva el concepto de persona, termina nuestra reseña:

1. La persona no se concibe tan sólo como algo físico y visible, como individuo genérico: hombre o mujer, como ente abstracto compuesto de alma y cuerpo, sino como ser humano antropo-

lógicamente o plenamente considerado en todas sus facetas o potencias psicosomáticas con las que puede establecer relaciones inter-personales con otro ser humano de distinto sexo, que también tenga un correcto desarrollo intra-personal.

2. Las cualidades sobre las que versa el error han de ser de gran importancia, en el sentido de que su existencia (si es cualidad negativa) o defecto (si es cualidad positiva) en la otra parte hagan muy difícil o perturben gravemente la vida matrimonial.

(*Ibidem*, págs. 266-267)

La brecha expansiva que se va abriendo en la relación de supuestos de nulidad por falla del consentimiento es sintomática de los aires aperturistas y revisionistas que corren. Si el Derecho va siempre a la zaga de la realidad social, y es en buena parte una consolidación de los principios de convivencia que han de regir para tal realidad social, el Derecho de un cierto colectivo religioso, como es la Iglesia católica, toma de ese estado general de actitudes sus líneas maestras de identidad y de aplicación. Y así los testimonios se suceden. LUIS ZARRALUQUI, Abogado del Tribunal de la Rota, rompe una buena lanza a favor de que un error de elección en el matrimonio no tenga que significar la desgracia de por vida de los desventurados contrayentes:

El matrimonio no es el final feliz de la historia, sino su comienzo. Lo que estamos tratando de señalar es que en el difícil mundo actual, árido, lleno de soledades y rechazos, inundado de luchas y contiendas a todos los niveles, los ojos se vuelven a la intimidad de la familia, y dentro de ésta, muy fundamentalmente, a la pareja. Al matrimonio es al que se le pide más, porque al cónyuge se le exige que cumpla las funciones de amante, de amigo, de confidente, de compañero, de crítico, de soporte, de enfermero, de defensor. Por eso no vacilamos en decir que nos encontramos ante un auge del matrimonio como tal, porque el verdadero matrimonio es esto...

Pero esto no quiere decir que ese matrimonio haya de ser el irreversible, eterno, perpetuo, inamovible, sin escapatoria, sin posibilidad de rectificación. Es más, si el matrimonio tiene esas características, a causa de ellas mismas ha de producir rechazo entre quienes sintiéndose enormemente atraídos por él y quizá deseosos de compartir su existencia con la persona elegida, se sienten aterrados ante la posibilidad de que un error sin solución pueda llevarles a la desgracia de sus vidas⁶¹ (subrayado mío).

Además del juicio ponderado (si bien fuera de toda discusión a estas alturas normativas y emocionales) que hace nuestro autor del divorcio,

⁶¹ LUIS ZARRALUQUI: *El divorcio, defensa del matrimonio* (Barcelona: Bru-guera, 1980), págs. 196-197.

nos ha llenado de satisfacción encontrarnos con la felicísima expresión que hemos tenido a bien subrayar, y en que sagazmente se capta al matrimonio por lo que tiene de comienzo y arranque *hacia* algo, y no por un supuesto hallarse en nada definitivo o estático, a todas luces inexistente, y que es lo que, en definitiva, está por ver ⁶².

Siempre en esta línea que estamos siguiendo, de asedio crítico, de esclarecimiento jurídico del consentimiento matrimonial, contamos con un texto triplemente interesante del profesor PANIZO ORALLO:

Se pretende, por un lado, que el «favor *iuris*» del matrimonio sea sustituido por un más justo y racional «favor *veritatis*». Y en cuanto a la presunción de una intención prevalente de los bautizados de hacer lo que hace y quiere la Iglesia, cuando se trata de personas que opinan de modo diferente a como lo hace la Iglesia, debe matizarse mucho habida cuenta de la realidad sociológica actual y del sentido desacralizante moderno.

[En el Derecho procesal matrimonial actualmente en vigor en la Iglesia (el *Motu Proprio*, «causas matrimoniales» y las normas especiales concedidas a Norteamérica —norma 23, 2.º— y a Canadá y Australia —norma 3.º—) hay indicios de dicha sustitución, si se tiene en cuenta la matización que se hace respecto del contenido y alcance del *munus* del defensor del vínculo: puede no apelar contra la sentencia declaratoria de la nulidad del matrimonio *in casibus exceptionalibus*..., *si de indicio defensoris, vinculi nec non Ordinarii loci appellatio a priore sententia superflua appareat*; asimismo, se dice en el *Motu Proprio* que.. «ante el Tribunal de segunda instancia, el defensor del vínculo presente sus observaciones indicando si tiene algo que objetar o no a la decisión de primer grado» (norma VIII, 2.º). Con ello, a nuestro entender, se altera el contenido del *munus* del defensor del vínculo, que de ser defensor del matrimonio, a tenor del canon 1968, 3.º («alegar razones contra la nulidad del matrimonio y pruebas en pro de su validez»), pasa más bien a ser defensor de la verdad, se encuentre la misma en la validez o en la nulidad] ⁶³.

Llamamos triplemente interesante a este fragmento: Primero, por la decisiva puntualización que se hace respecto al valor y operatividad sustantiva a que debe dirigirse, en todo caso, la prestación del consentimiento. Estamos de acuerdo en que debe ser la verdad la realidad primante en

⁶² Considero fascinante la recta captación del haz sugestivo que se esconde tras las nociones aludidas de proceso en marcha, estatismo, etc. Para una exposición interdisciplinar, crítica y bibliográfica del tema, reconduzco al lector a mi ya citado trabajo «Matrimonio y otros contratos: Aspectos comparativos, equiparables y subsumibles mutuamente», *Revista de Derecho notarial*, núms. CXIII-CXIV (julio-diciembre 1981), págs. 239-274, especialmente págs. 253-256.

⁶³ SANTIAGO PANIZO ORALLO [Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid]: «Mentalidad divorcista y simulación conyugal», *Revista de Derecho Privado* (abril 1980), págs. 353-378, especialmente pág. 361.

todas estas cuestiones. Segundo, por cooperar tan discreta y económicamente en la separación de incumbencias de los órdenes estatal y religioso. Y tercero, porque muchos lectores habremos tenido la triste oportunidad de volver a tener por muy sabido lo de que «España es diferente»; diferente en el sentido de que en nuestros tribunales eclesiásticos es norma apelar por medio del defensor del vínculo *siempre* en primera instancia, norma de la que son discrecionalmente eximidos los tribunales eclesiásticos de USA, Canadá y Australia. ¡Hasta en cosas así se plasma el tercermundismo!

Pero es el protagonismo señero del amor en el consentimiento la calidad que con mayor fuerza parece estar abriéndose camino a la hora de valorar el fundamento de una nulidad de matrimonio. Es al profesor MANUEL LÓPEZ ARANDA a quien, hasta ahora, que sepamos, debemos las calas más inequívocas y enérgicas en el papel que desempeña el amor en la configuración del consentimiento:

Se pide expresamente que el amor conyugal sea considerado como fin propio del matrimonio, a igual rango de coesencialidad y coprimariedad de la procreación y educación de la prole⁶⁴.

El elemento amor no puede ser considerado solamente como elemento extrínseco psicológico, capaz de impulsar como medio la convivencia feliz de los esposos, sino que es necesario considerarle entidad propia del elemento interno y esencial del conyugio, al estilo de la *affectio maritalis* en el Derecho romano, aunque con la sustancial diferencia de la indisolubilidad.

(*Ibidem*, pág. 529)

Los nuevos cánones del proyecto de reforma del Derecho matrimonial, al distinguir dentro de la finalidad propia y natural del matrimonio el *bonum prolis* y el *bonum coniugum*...

Naturalmente, esta doctrina habría de verterse en el ámbito del consentimiento. Y en este sentido, hemos distinguido el consentimiento como acto y el consentimiento en relación con su objeto formal.

(*Ibidem*, págs. 529-530)

Opinamos que el amor ha de estar presente en el acto del consentimiento, como elemento esencial especificativo del mismo. Acto de consentimiento y acto de amor, aunque sean conceptos formalmente distintos, se integran igualmente en la esencia del pacto conyugal. De ahí la relevancia jurídica de su presencia en el acto de consentimiento.

(*Ibidem*, pág. 530)

⁶⁴ MANUEL LÓPEZ ARANDA: *El amor conyugal en el fin y en el consentimiento del matrimonio*. Trabajo para la obtención del grado de doctor, presentado por el Licenciado MANUEL LÓPEZ ARANDA y realizado bajo la dirección del Profesor Dr. D. JOSÉ LUIS SANTOS DÍEZ, Catedrático Director del Departamento de Derecho canónico, Granada, 1980, 2 vols. [inérita, que nosotros sepamos], pág. 527.

El derecho perpetuo y exclusivo a una comunidad de vida y de amor, juntamente con el *ius in corpus*, constituye el objeto formal pleno del consentimiento matrimonial. Consiguientemente, el derecho al amor, en el sentido mantenido en nuestro trabajo, forma parte del objeto formal del consentimiento.

Como consecuencia de todo ello, concedemos al amor conyugal una relevancia no sólo psicológica o moral, sino también propiamente jurídica. De tal forma que la exclusión del derecho al amor conyugal, igualmente que la exclusión del *ius in corpus*, lleva consigo la nulidad del matrimonio.

Por tanto, la relevancia jurídica del amor conyugal no es solamente procesal, como se ha venido interpretando doctrinal y jurisprudencialmente en casos de simulación y de coacción o miedo. Se trata también de una relevancia autónoma, en virtud del valor intrínseco esencial que el derecho al amor tiene en la estructura del matrimonio.

(LÓPEZ ARANDA, *ibidem*, pág. 531)

Por esas impensadas confabulaciones que espontáneamente advienen, hemos aquí engolfados en el tema del amor, algo sobre lo que el maestro ORTEGA Y GASSET (bajo cuya advocación de perspectiva, por cierto, confiesa alojarse este trabajo) tuvo mucho que decir. La definición que nos dejó del amor con elementos conceptuales tomados del psicólogo ALEXANDER PFÄNDER, y formulada en el castellano burilado que en ORTEGA era costumbre, continúa siendo paradigmática en transparencia y síntesis:

Acto centrífugo del alma que va hacia el objeto en flujo constante, y lo envuelve en cálida corroboración, uniéndonos a él y afirmando ejecutivamente su ser⁶⁵.

En la bibliografía sociológica que hemos manejado como inevitable orquestación interdisciplinar de nuestro tema de Derecho civil, hemos tenido ocasión de detectar en los autores algún que otro desarrollo riguroso de la noción de *amor* como marco previo, existencial, para entender los ulteriores sentidos que el matrimonio pueda ofrecer, abordado desde la perspectiva que fuere. El síntoma creemos que es positivo, por operar —así se nos antoja a nosotros— como se predica en los dictados de una metodología sensata: desde dentro hacia fuera. Es, sin duda, confortador comprobar el creciente tratamiento que se va dedicando a la noción cardinal de *amor* para, a partir de ahí, proseguir con el aspecto que fuere del matrimonio. El varias veces citado trabajo de FOSAR BENLLOCH: «El matrimonio religioso, el matrimonio canónico...» (véase, en especial, el apartado IV: «Indisolubilidad existencial del vínculo matrimonial: el

⁶⁵ JOSÉ ORTEGA Y GASSET: *Estudios sobre el amor*, «Facciones del amor», en *Obras completas*, VI (Madrid: Revista de Occidente, 1970), pág. 559.

propósito firme de la perennidad del amor», págs. 72-77), es ciertamente gratificante por la aportación, tanto del propio autor como de doctrina ajena incorporada críticamente, que dedica al esclarecimiento del concepto de amor como fundamento existencial, pre-sacramental y pre-jurídico, que da su razón de ser a todo lo otro. En sentido equiparable, el fino jurista JEAN CARBONNIER, al hablar de las comunidades, nos dice:

La doctrina moderna atribuye a este término una acepción especial y se sirve de él para designar a las agrupaciones de seres humanos nacidas de móviles naturales, espontáneos y, sobre todo, afectivos (a la hora de consolidar la vida de la comunidad, el amor prevalece sobre los vínculos jurídicos). El prototipo vendría constituido por la familia⁶⁶.

No es de incumbencia de esta monografía entrar ni en profundidad ni en extensión en aspectos incardinados más de lleno en otras disciplinas con rango de especialidad, y, sobre todo, y a mayor abundamiento en este caso, aspectos que han sido tratados ya con rigurosa competencia. Una vez cumplida la cortesía de dejar constancia de mi conocimiento de los tales, me cabe, si acaso, alguna puntualización personal. De eso simplemente se trata ahora. Percibo en muchos de los autores leídos, civilistas y canonistas, cierta desatención a algunos matices que en la bibliografía española han movido las plumas y los corazones de pensadores insigues. Por lo pronto, queremos decir que si muchos se niegan a llamar *amor* a eso intenso, inevitablemente fugaz a veces, que se puede sentir en más de una ocasión (monogamia separada o sucesiva) en el curso de una vida cualquiera, también nos repugna a muchos de nosotros llamar *amor* a cierto tipo de convivencia rutinaria de todos los días. No creo que la clásica definición de amor de ALEXANDER PFÄNDER, que ORTEGA Y GASSET castellaniza y que nosotros hemos incorporado en estas páginas, dé cobijo bajo sus supuestos a una gran mayoría de parejas constituidas. Otro gran titán español del pensamiento, UNAMUNO, nos dejó algo escrito sobre el tema, con su típica y acuciante sagacidad:

Porque los hombres sólo se aman con amor espiritual cuando han sufrido juntos un mismo dolor, cuando araron durante algún tiempo la tierra pedregosa uncidos al mismo yugo de un dolor común. Entonces se conocieron y se sintieron, y se consintieron en su común miseria, se compadecieron y se amaron.

⁶⁶ JEAN CARBONNIER: *Derecho civil*, traducción de la primera edición francesa con adiciones de conversión al Derecho español por MANUEL ZORRILLA RUIZ, tomo I, vol. II: *Situaciones familiares y cuasi-familiares* (Barcelona: Bosch, 1961), página 341. Título de la edición original: *Droit civil*, tome premier: *Institutions judiciaires et Droit civil* (Paris. Presses Universitaires de France).

Porque amar es compadecer, y si a los cuerpos les une el goce, úneles a las almas la pena.

Todo lo cual se siente más clara y más fuertemente aún cuando brota, arraiga y crece uno de esos amores trágicos que tienen que luchar contra las diamantinas leyes del destino, uno de esos amores que nacen a destiempo o desazón, antes o después del momento o fuera de la norma en que el mundo, que es costumbre, los hubiera recibido. Cuantas más murallas ponga el destino y el mundo y su ley entre los amantes, con tanta más fuerza se sienten empujados el uno al otro, y la dicha de quererse se les amarga y se les acrecienta el dolor de no poder quererse a las claras y libremente, y se compadecen desde las raíces del corazón el uno del otro, y esta común compasión, que es su común miseria y su felicidad común, da fuego y pábulo, a la vez, a su amor. Y sufren su gozo gozando su sufrimiento. Y ponen su amor fuera del mundo, y la fuerza de ese pobre amor sufriente bajo el yugo del destino les hace intuir otro mundo en que no hay más ley que la libertad del amor, otro mundo en que no hay barreras porque no hay carne. Porque nada nos penetra más de la esperanza y la fe en otro mundo, que la imposibilidad de que un amor nuestro fructifique de veras en este mundo de carne y de apariencias.

Y el amor maternal, ¿qué es sino compasión al débil, al desvalido, al pobre niño inerte que necesita de la leche y del regazo de la madre? Y en la mujer todo amor es maternal.

Amar en espíritu es compadecer, y quien más compadece más ama. Los hombres encendidos en ardiente caridad hacia sus prójimos es porque llegaron hasta el fondo de su propia miseria, de su propia apariencialidad, de su nadería, y volviendo luego sus ojos, así abiertos, hacia sus semejantes, los vieron también miserables, aparenciales, anonadables, y los compadecieron y los amaron.

El hombre ansía ser amado o, lo que es igual, ansía ser compadecido...

...La compasión es, pues, la esencia del amor espiritual humano; del amor que tiene conciencia de serlo; del amor que no es puramente animal; del amor, en fin, de una persona racional. El amor compadece, y compadece más cuanto más ama⁶⁷.

Y también:

No hay verdadero amor sino en el dolor, y en este mundo hay que escoger o el amor, que es el dolor, o la dicha. Y el amor no nos lleva a otra dicha que a la del amor mismo, y su trágico consuelo de esperanza incierta. Desde el momento en que el amor se hace dichoso, se satisface, y ya no es amor. Los satisfechos,

⁶⁷ MIGUEL DE UNAMUNO: *Del sentimiento trágico de la vida en los hombres y en los pueblos*, cap. VII: «Amor, dolor, compasión y personalidad», en *Obras completas*, ed. de Manuel García Blanco, tomo XVI (Barcelona, 1958), páginas 260-265.

los felices, no aman; aduérmense en la costumbre, rayana en el anonadamiento. Acostumbrarse es ya empezar a no ser.

(UNAMUNO, *ibidem*, págs. 331-333)

Me ha extrañado desde siempre no haber visto citados textos así. Cualquiera que sea la mira sociológica o jurídica que el autor de turno esgrima respecto al tema del matrimonio, me ha parecido idóneo traer a mis páginas los testimonios de ORTEGA y de UNAMUNO e insertarlos en el muestrario ideológico interdisciplinar desde el que cada vez con más frecuencia se va partiendo para saber a qué atenerse cuando se trata de entender la noción de amor como fundamento subyacente de cualesquiera interpretaciones sobre el matrimonio, y muy en especial de las virtualidades de indisolubilidad a él aparejadas. Si el amor, como desde aquí lo entendemos nosotros, incorpora en su propia entidad ese «ir hacia el objeto en flujo constante» para que la situación constituida que fuere no colapse, igualmente debemos entenderlo como parte fundamentalísima en la conformación del consentimiento matrimonial, entendido éste como tendencia, como vocación indefinida o perpetua en el tiempo, orientada hacia el otro contrayente. De ahí que la redacción del canon 1098, en la versión del nuevo *Código de Derecho canónico*: «Quien contrae el matrimonio engañado por dolo provocado para obtener su consentimiento, acerca de *una cualidad* del otro contrayente, *que por su naturaleza* puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal, contrae inválidamente», contiene la interesante expresión *cualidad que por su naturaleza puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal*, apta para tolerar cualquier interpretación ulterior por vía expansiva. El espectro de cualidades que se atesoran en los compartimientos subyacentes de toda personalidad son prácticamente infinitos, y «no corresponde a las partes, sino al Juez, dar nombre jurídico a los hechos que aporten los titulares de la controversia» (SERRANO RUIZ).

Ahora bien, lo que parece indiscutible es que el *amor* adquiere una primacía señera en el elenco de cualesquiera posibles cualidades o motivaciones que concurren en el consentimiento. ¿Qué otra cualificación más relevante puede esperar y exigir un contrayente del otro, sino que su consentimiento tenga en el amor su más justa e inequívoca justificación? Así pues, dentro de la restricción que comporta todo aquello que tiene a una tradición *cuasi* dogmática como frontera (como lo es el matrimonio confesional romano-católico), el canon 1098, en su nueva redacción, ha dejado en manos de la Jurisprudencia matrimonial una vía libre para el desarrollo justificativo de indefinidas e inéditas causas de nulidad.

VIII. APORTACION CRÍTICA. EL PERIODO QUE DISCURRE ENTRE EL CONCILIO DE TRENTO Y 1975 NO SE ENJUGA TAN FACILMENTE

En las páginas que anteceden hemos hecho un esfuerzo de síntesis; hemos, asimismo, desplegado una sinopsis imaginativa, tratando de conjuntar el dato con la plasticidad de alguna realidad social, con el fin de ofrecer al lector estudioso un recorrido de actitudes, normas, experiencias, módulos consuetudinarios, etc., en donde el concepto de perspectiva que hemos acuñado aventuradamente pudiera medir sus quilates de adecuación o de rechazo. Si hay algo que no nos corresponde hacernos son ilusiones. Y si hay algo de lo que quisiéramos colmar nuestros juicios, ello es de perspectiva. De ahí la rúbrica que preside este apartado. Varias generaciones habrán de consumirse antes que, en mi opinión, el criterio de esta apasionante y plural colectividad que entendemos por España disponga de una cosmovisión a tono con los tiempos. Respecto de nuestros más cercanos y prósperos vecinos europeos nos separan hasta siglos en algunos aspectos sustantivos (estoy pensando en Francia), y sólo con manejar unas cuantas fechas de manual de Historia podemos satisfacer nuestra más exigente curiosidad.

Por otra parte, es un hecho demostrado que los parámetros convivenciales por los que discurre un país laico, al menos oficialmente, son más prometedores y sugestivos. Siempre teniendo presentes aspectos de Derecho matrimonial, en la colectividad española de hoy se disfruta de una flexibilidad equitativa de la que era simplemente quimérico pensar años atrás. La tolerancia reinante, en cuantificaciones comparativas, es sencillamente espectacular. No se olvide, como nos recuerda un autor en múltiple recensión de citas, que:

Desde la vertiente civil se ha llegado a afirmar que «un matrimonio religioso sin acto jurisdiccional estatal exterioriza un concubinato desde el punto de vista de la Ley civil, tal como a la inversa juzga la Iglesia» [DÍAZ DE GUIJARRO, «Un concubinato civil con matrimonio religioso», en *Jurisprudencia Argentina*, 1958, III, pág. 490, cit. por IRIBARNE, *El matrimonio civil comparado con el canónico*, Buenos Aires, 1965, pág. 54]⁶⁸.

Pero nada de esto viene ocurriendo, sino muy al contrario. Con una tardanza secular, como ya hemos delatado, los juzgados civiles de distrito

⁶⁸ MARIANO LÓPEZ ALARCÓN: «Matrimonio civil y matrimonio canónico: Ordenamiento actual en España y legislación comparada», *Pretor*, núm. 98 (octubre-diciembre 1977), págs. 5-35, especialmente págs. 6-7.

están tomando conciencia de su papel y comienzan a adecentarse, a engalanarse a veces, para ser marco de una ceremonia que debe hundir su trascendencia y su sintonía sustantiva en la jovialidad deportiva y en las rectas intenciones de los interesados. Tendrán que sucedernos y sucederse varias generaciones para enjugar esa histórica falta de perspectiva por la que una ceremonia matrimonial de juzgado parecía rebajada en quilates, si comparada a la celebrada en un local de culto. Sirviéndome de mis experiencias directas, debo de reseñar aquí el fragantísimo y risueño efecto que me produjo, en mi primera visita a Moscú, contemplar a numerosas parejas de recién casados por la Plaza Roja, inundándola con la nota jovial y deportiva de su presencia y de los bellísimos vestidos blancos de las muchachas. Supuse que se trataba de alguna ceremonia colectiva y de ninguna manera sujeta a la tiranía de confesionalidad alguna. Por curiosidad de turista y de profesional, pregunté por la razón de aquel despliegue. Me dijo mi amiga acompañante, que me servía de guía, que acababan, en efecto, de celebrar el matrimonio estatal, sin perjuicio de que las parejas que así lo desearan pasasen en otra ocasión (o aun en el mismo día) por la iglesia de su respectiva confesionalidad a dar a su matrimonio civil laico el refrendo puramente simbólico de sus creencias sentimentales. Pero lo que sí me interesa recalcar es que la pompa litúrgica y la ostentación afectiva que en España han insistido en reservar a la celebración del matrimonio «por la Iglesia» (en contra, claro, del panorama adusto y sombrío que nos habían impuesto, como contrapartida, de la celebración «por lo civil»), en la Unión Soviética esta orquestación de trajes y de conciencia emotiva acompañan a la ceremonia estatal. Aquel incidente y mi conocimiento comprobado de la separación absoluta de las esferas estatal y religiosa en la URSS me aclararon aún más algunos puntos medulares sobre las cuestiones que voy aquí exponiendo. E inevitablemente, *novia* es una de las palabras en ruso que mejor creo tener aprendidas.

La inteligible hermosura de todo esto radica en que no están vedadas la pompa y la ostentación de la liturgia confesional a quien así lo desee. Un Estado laico no debe interferir ni con asuntos de conciencia, ni con cuestiones de bolsillo. Y, por último, la sola ceremonia religiosa igualmente recibe la sanción y el reconocimiento del Estado sólo con que los contrayentes cumplan con el deber cívico, de urbanidad o de cortesía, de inscribirse, como ciudadanos que son, en el Registro Civil. Ahora, entre otras muchas cosas, nos toca hacer entender al pueblo llano que la distinción de antaño, aun en el plano teórico, sobre si casarse por la Iglesia o por lo civil era inexistente y absurda: la Iglesia católica era el Estado, y el Estado, la Iglesia católica.

Pero no se enjugan cuatro siglos y medio de teocracia con un puñado de voluntades, unas cuantas ejecutorias ejemplares y un sistema de teorizaciones programáticas. Las añoranzas y las estrecheces mentales sólo han empezado a estrenar un ambiente que sin serles violentamente hostil, no está a su favor, no apuesta por sus mismas teleologías. Hemos visto los patinazos circenses que ejecutan cuando manejan las estadísticas. Siguen apareciendo en la prensa diaria descargas (afortunadamente más y más desacreditadas cada vez) de personajillos que no parecen vivir tranquilos sin lesionar la paz de espíritu y la intimidad de conciencia de sus congéneres.

Agarrado al pretil, asomándose a la baranda de un imaginario observatorio donde me es muy grato hacerme la ilusión de que habite la diosa Perspectiva, repito y repetiré que cuatro siglos y medio no se liquidan así de pronto. Tendremos que seguir consumiendo nuestra paciencia jóbiana, tendremos que seguir escuchando a algún trasnochado y presunto padre de la Patria razonamientos pueriles como éste: «Si la NATO es buena para otros países de Europa, ¿por qué no lo va a ser para España?» ¿Y qué es lo que impulsa a ciertas mentes —preguntamos nosotros— a buscar para España esos ejemplos europeos, y no las muchas instituciones, los muchos usos, costumbres, convenciones, disciplinas, sistemas, exigencias, etc. que los han despegado de nosotros y que, sin embargo, hemos estado despreciando durante siglos? Respuesta: Lo que impulsa a esas mentes a tal tipo de descarríos mentales es su falta de perspectiva. Tendremos que seguir escuchando al mismo energuménico y presunto padre de la Patria increpar al Gobierno respecto de tal o cual propuesta de Ley presentada al Parlamento, con el estremeccedor y sin par descubrimiento descalificativo de que «diez millones de votos no suponen estar en posesión de la verdad», y zarandajas por el estilo; a lo que un estudiante aprovechado de primero de Universidad podría contestarle con las palabras de ORTEGA Y GASSET que hemos recogido en nuestra nota de pie de página número 32. Se comprenderá que con este tipo de estra-bismos criterios no se va a ninguna parte.

Pero no es menos cierto que esto forma comparsa del juego y de la dosis de veneno que, a modo de vacuna, tenemos que empezar a acostumbrarnos a ingerir para que la fisiología del cuerpo social funcione. Los ejemplos de estas dosis de veneno que tenemos que ir dejando mezclarse con nuestra sangre son continuos, pueriles, enrabietados, y, en todo caso, demuestran el gálibo criterial periclitado de sus promotores. Otro ejemplo: Con motivo en Granada de una exposición de *comics* (que yo no visité, para más desentendimiento partidista), a denuncias de algún alma sensible intervino el Ministerio Fiscal porque «del *comic* exhibido puede

resultar escarnio o ultraje a una confesión religiosa y constituir un delito contra la libertad de conciencia» (Granada: *Ideal*, 23 enero 1984, página 1). Mi comentario es que, en todo caso, se debería únicamente haber calibrado el buen o mal gusto del *comic* exhibido, su calidad o su delez-nabilidad, y si merecido, haberle puesto un cero en estética. Pero nada más. Como si durante siglos no se hubiese pisoteado, ultrajado, la sensi-bilidad no de una, sino de *todas menos una* de las confesiones religiosas. Nuestro diagnóstico de tales explosiones de nostalgia, recursos del pata-leo, rabietas y puerilidades convivenciales, sigue siendo, el mismo: falta de perspectiva.

IX. REFLEXION FINAL. BREVISIMO HAZ DE CONCLUSIONES

No iba descaminado el presocrático PROTÁGORAS cuando hace veinti-cinco siglos sentó su principio de que el hombre es la medida de todas las cosas (*Homo mensura est*), existentes o inexistentes. Como todos los grandes principios, me temo que cada cual le haya dado la interpretación que mejor convenga a sus particularísimos deseos. En ello radica de mo-mento la universalidad de las formulaciones humanas: en servir de pre-texto o acicate a la imprevisible secuencia posterior de réplicas que la original formulación provoca. A lo que únicamente ponemos objeción es al acaparamiento dogmático-interpretativo por algunos, de ciertos princi-pios, que quedan así intencionalmente inservibles, excepto para lo que ha previsto el interés de sus esgrimidores. La formulación de PROTÁGORAS es, en opinión nuestra, una formulación universal, bien que perspecti-vista, que enaltece a la totalidad del género humano. Quien la malinter-preté con el cicatero propósito de tergiversar las cosas, que se prepare a recibir la sanción correspondiente en su limbo privado. El hallazgo de PROTÁGORAS se refleja más en lo que de ampliación fecunda y futura permita su pensamiento, que en el sentido privativo y cerrado que mu-chos puedan asegurar que conlleva. Es un juicio luminosísimo, que irradia su inmarcesible vigencia, menos por la univocidad concreta de sus térmi-nos, que por el dique de sentido común que opone a especulaciones aco-modaticias o frívolas. En un contexto ajeno a los misterios del Cristia-nismo, creemos que PROTÁGORAS, en tan temprana fecha, sancionó la in-cumbencia humana (incompartible e intransferible) respecto de las cues-tiones humanas. El hombre, como sustancia que protagoniza sobre el uni-verso conocido un papel de múltiple relación con los demás hombres, es la medida de todas las cosas, existentes o inexistentes, que le concier-nen: de las cosas que son, por eso mismo, porque son, y de las que no son, le incumbe asimismo que la postura mental que cada uno de los

demás hombres pueda libre y gratuitamente adoptar, no le interfiera, no le vulnere humanamente *a él*, al cada cual concreto. Sobre todo, claro, en contra de su consentimiento.

Lo que tan antigua y clásicamente dejó formulado PROTÁGORAS acaso encuentre su correspondencia con el aforismo árabe: «Nunca conseguirás adelantar a tu propia sombra», o con el brocardo del pensador romántico y trascendentalista norteamericano EMERSON: «Toda institución es la sombra de un hombre». Se pretende mediante estos testimonios tan distantes en el tiempo y en la latitud ideológica esmaltar el funcionamiento y alcance necesariamente *humanos* de la voluntad que el hombre pone en juego, por ejemplo, cuando se trata de prestar su consentimiento para un proyecto matrimonial. Nuestro planteamiento, que hemos denominado cosmo-antropológico, consiste abiertamente en no poder aceptar que ninguna institución humana pueda ir más allá de los límites que la misma capacidad *humana* haya establecido conscientemente para ella. Con EMERSON, no nos parece aceptable partir de unos presupuestos teóricos que, en nuestro caso, hagan del matrimonio una institución que trascienda de las capacidades convivenciales y existenciales con que el hombre cuenta para la consecución inteligible de cualesquiera que puedan ser sus fines sobrenaturales. Hemos insistido en que la tendencia vocacional que los interesados matrimoniantes despliegan al tiempo de contraer, en orden a convivir indefinidamente, no se distingue en esencia de cualquier otra instancia que en el momento de su puesta en práctica por los protagonistas está catapultada vocacional-tendencialmente hacia una perdurabilidad asimismo indefinida en el tiempo. En el momento de ser contraído, el matrimonio —lo mismo que otras muchas instancias volitivas del hombre— proyecta hacia adelante una vocación tendencial de vigencia indefinida o perpetua en el tiempo. Que coincidan vocación y durabilidad, tendencia y realidad, es algo que se escapa de la sustancia y de la naturaleza humanas. El hombre que *se encuentra* enamorado humanamente de una mujer, no asocia, no puede asociar racionalmente, mientras se halle en ese estado de ánimo, que se vaya a sentir nunca desprovisto de lo que *ahora* motiva su estar enamorado. De ahí a inferir (o imponer) que ese hombre siga, *en efecto*, enamorado eternamente media la misma diferencia que entre la realidad y la fantasmagoría. Todo el que contrae matrimonio es porque en esa fase de inicial albedrío, motor de su así actuar, su voluntad se impulsa hacia adelante con una presunción indefinida, con una proyección vocacional catapultada hacia lo sin límites. ¿En qué se diferencia, pues, *consentir* en un proyecto de comunidad de vida y amor, de cualquier otro acto responsable, en lo que respecta a esgrimir una volición hacia enfrente?

El negocio jurídico de matrimonio queda acogido en los ordenamientos divorcistas como una institución con vocación tendencial de absoluta perdurabilidad. Por inalienable principio de irrenunciabilidad, todo acto humano tiene como tope el infinito. No es de extrañar que el juego de la nulidad produzca cierta desazón mental en más de un espíritu crítico. Ello es así porque mientras que cualquier eventual interesado no *reclame* la supuesta o fundamentada nulidad de su matrimonio, tal matrimonio está *operando*, por así decirlo, como indisoluble, como indesvinculable. ¿Cómo es, pues, posible que el principio de identidad se parta en dos pedazos: que una cosa *sea y pueda no estar siendo* —válganos este amago de galimatías— al mismo tiempo? Y, sin embargo, bien sabemos que ése es precisamente el fundamento jurídico del principio de nulidad que, autonómicamente, se autoafecta el ordenamiento canónico. Por el contrario, la concepción civil del matrimonio como institución negocial de Derecho para humanos, no recela en tratarle con esa carga normal e indiscutible de acto vocacional tendente a infinito, pero sin dejar por ello de estar sujeto a las limitaciones, previsiones y decisiones humanas. Una vez más: «El hombre es la medida de todas las cosas», y, sobre todo, diríamos nosotros, de las que le conciernen directamente. Y siendo ello así, lo que nos parece imposible de defender a estas alturas de la humana experiencia es que un colectivo minoritario de esos mismos hombres pretendan arrogarse la invención, sanción y administración en exclusiva de una noción tan *sin medida* como es precisamente la nulidad matrimonial.

Con todo lo expuesto queremos, finalmente, significar que tanto el legislador como el jurista tienen en los años de falta de perspectiva pasados un ejemplo de lo que, por su vertiente negativa o reprochable, no se debe de hacer. El Derecho, o sea, los individuos respecto de cuyos usos, costumbres y actuaciones el Derecho obtiene la fundamentación para su normativa, acaba tomando represalias de cualesquiera estrecheces se le hayan impuesto anteriormente, produciendo así una impresión de ruptura en sus desarrollos positivos que no son sino la inevitable recuperación del perspectivismo malogrado. Quienes, con evidente falta de generosidad solidaria, se sorprendan de las tímidas medidas correctoras que el Derecho de familia español ha tenido que implementar para siquiera intentar desfacer los más abultados entuertos bajo la égida anterior, están en la misma proporción identificándose como especímenes carentes de perspectiva, indignos de figurar en un elenco ponderado de quienes pretendan componer la república del espíritu del Derecho.

Nacionalidad de las sociedades (*)

SUMARIO: *Introducción.—Derecho comparado (Países anglosajones, Derecho francés).—Código Civil (Italia).—Sistema jurídico de Derecho español.—El control de las sociedades y su nacionalidad.—Conflictos de nacionalidad en materia de sociedades.—Cambio de nacionalidad de sociedades. Adquisición por una sociedad extranjera de la nacionalidad española.—Adquisición por una sociedad española de la nacionalidad extranjera.*

INTRODUCCIÓN

El tema de este discurso es el criterio o los criterios para la calificación de lo que son sociedades españolas y sociedades extranjeras. Dentro de este tema, la sociedad que se va a considerar es la sociedad anónima. La sociedad anónima tiene una superior capacidad de financiación y no sólo respecto a su capital monetario destinado a la industria o al comercio, sino de su capital financiero que permite la gestión y participación en otras sociedades. Es un tipo de sociedad que por estas razones tiene la máxima posibilidad de ser operativa en el extranjero y plantea así con exclusividad el problema jurídico de las sociedades extranjeras.

GARRIGUES-URÍA, en sus comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, señala cómo no es propio del texto de esta Ley determinar cuándo una sociedad anónima es española o extranjera. En el artículo 15 del Código de Comercio y artículo 28 del Código Civil, se encuentran los preceptos básicos en materia de nacionalidad de sociedades y la doctrina española los ha tomado como base para su trabajo. Ahora bien, además de los textos citados, artículo 15 del Código de Comercio y artículo 28 del Código Civil, el problema de las sociedades extranjeras ha de ser tratado en relación con los artículos 84-2.º, 87, 88 y 89 del Reglamento

(*) Constituye el presente trabajo el discurso de recepción, leído el 26 de junio de 1984, como Académico de número de la de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, que se publica con el beneplácito del Presidente de la misma.

del Registro Mercantil (RRM), que no han sido utilizados hasta ahora, a nuestro juicio, en su debida forma, y esto es parte de este trabajo.

Hay que tener en cuenta la ausencia de manuales de Derecho mercantil internacional en el Derecho español, salvo el antiguo de GUAL VILLALBÍ: *Tratado de Derecho mercantil internacional*, publicado en 1913. El Derecho mercantil internacional ha tenido una exposición parcial en el *Derecho internacional privado*, de MIAJA DE LA MUELA, parte especial, capítulo IV, y en el *Derecho internacional privado*, de VERPLAETSE, en la tercera parte, título II.

En el Derecho extranjero, el Derecho mercantil internacional aparece como un cuerpo total de doctrina en el libro de DIENA: *Trattato di Diritto commerciale internazionale*, publicado en 1900. CAVAGLIERE publica en 1936 su *Diritto internazionale commerciale*. En el Derecho francés, aparece en 1948 el *Precis de Droit international prive*, de ARMINJON, y la más reciente obra, a nuestro juicio, la más completa, que es el *Droit international de commerce*, de LOUSSOUARN y BREDIN, de 1969. No pretendo acumular en este punto la bibliografía, sino sólo exponer estos datos como ejemplo.

El tema de este discurso es un tema de Derecho internacional privado; toda referencia jurídica sobre otras normas no tiene más que una consideración instrumental para explicar de una manera más fácil los problemas que plantean el examen y la calificación de lo que sean sociedades españolas o extranjeras.

El Código Civil determina claramente quiénes son los españoles en los artículos 17 al 26 de este texto legal. Todas aquellas personas que no sean españolas son extranjeros, salvo los supuestos de apatridia y doble nacionalidad. En el tema de sociedades no hay una normativa de conjunto, como ocurre en el Código Civil con las personas naturales. El análisis y la diferencia de una sociedad española y una sociedad extranjera exige operar sobre la base de los artículos 15 del Código de Comercio, 28 del Código Civil y 84-2.º, 87, 88 y 89 del Reglamento del Registro Mercantil.

El Código Civil parte del supuesto de que la sociedad tiene una nacionalidad, y esto queda claro en el artículo 9-11 del Código Civil, cuando dice que la Ley personal que corresponde a una persona jurídica es determinada por su nacionalidad; así pues, toda persona jurídica y, por tanto, toda sociedad anónima, tiene una nacionalidad y, como consecuencia, ha de ser calificada como sociedad española o sociedad extranjera.

La expresión nacionalidad de la sociedad es admitida desde hace tiempo por la doctrina y la jurisprudencia; ahora bien, dice BATTIFOL que si la nacionalidad es la dependencia de una persona natural en relación

con un Estado, es necesario reconocer que el problema se complica cuando en vez de personas naturales aparecen personas jurídicas. Pero no es inexacto hablar de la nacionalidad de las personas jurídicas, ya que si el término nacionalidad tiene defectos en materia de sociedades, tiene la ventaja de poderse utilizar la analogía en la resolución de los problemas de las personas jurídicas.

Ahora bien, fijada la nacionalidad de una persona jurídica, han de determinarse dos cuestiones. Qué criterio sigue un sistema jurídico para decir si una sociedad es propia o es extranjera, es decir, qué criterio tiene el Derecho español para decidir que una sociedad es española o es extranjera. Pero fijado esto, considerado con arreglo al Derecho español que una sociedad es extranjera, hace falta determinar a qué Estado extranjero pertenece. Esto no puede resolverse con el empleo del Derecho nacional, sino con la aplicación del Derecho extranjero. El Derecho español sólo puede decidir con arreglo a su normativa que nos encontramos ante una sociedad española o, por el contrario, ante una sociedad extranjera. Por el Derecho español no puede calificar si esta sociedad es francesa o italiana. Por el contrario, hay que acudir al Derecho francés para determinar si la sociedad es francesa; al Derecho de Italia para saber si la sociedad es italiana. El Derecho extranjero es el único competente, en su caso, para atribuir a una sociedad extranjera su propia nacionalidad.

Para la mejor exposición de este discurso exponemos previamente los criterios fundamentales en orden a la determinación de la nacionalidad de las sociedades. Se sigue en esto la obra de LEFEBRE D'OVIDIO (1): *La nazionalita delle societa commerciale*. Estos criterios serán examinados con más detalle al tratar esta cuestión en materia de Derecho comparado, pero como introducción vamos a examinarlos previamente:

1. Teoría de la constitución o incorporación exclusiva de los derechos anglosajones (*incorporation*). Las sociedades tienen la nacionalidad del Estado en que se constituyen. La constitución en un Estado determinado lleva como consecuencia la sujeción de las Leyes de ese Estado. La nacionalidad de las sociedades se determina, por tanto, en razón del Estado donde han sido constituidas. Hay que tener en cuenta que en la doctrina anglosajona ésta es una teoría absolutamente dominante.

2. Teoría del domicilio social. Bajo este criterio se considera que la nacionalidad de una sociedad corresponde al Estado donde está situado su domicilio social. Este criterio, sin embargo, plantea los problemas derivados de que el domicilio social tiene en teoría y en la práctica una amplia interpretación. Se puede considerar que el domicilio social es el

(1) LEFEBRE D'OVIDIO: *La Nazionalita delle Societa Commerciale*, 1939, pág. 4.

fijado en los Estatutos, o bien el lugar donde se reúne la Junta General o el sitio donde lo hace el Consejo de Administración de la sociedad; todo esto plantea problemas en las decisiones de los Tribunales.

3. El criterio económico. Este es un criterio más amplio y tiene por objeto determinar todo tipo de conexión político, económico o social de una sociedad mercantil en relación con un Estado; dentro de este criterio se considera el centro de explotación de la sociedad o bien dónde se realiza el objeto principal de ella. El criterio del control de la sociedad se funda sobre el dominio de una sociedad, bien por los accionistas o bien por los miembros del Consejo de Administración. Se trata de una sociedad cuya nacionalidad no ofrece duda, pero, sin embargo, la mayoría de los accionistas o los administradores de la sociedad están constituidos por personas de otra nacionalidad. La sociedad tiene una nacionalidad, pero el dominio económico de ella pertenece a personas extranjeras.

Estos son los criterios básicos que se usan para fijar la nacionalidad de una sociedad, y sobre la base de estos criterios vamos a hacer un examen del Derecho comparado para poder presentar mejor los criterios y la calificación dentro del Derecho español.

DERECHO COMPARADO

Países anglosajones

La nacionalidad de las sociedades en el sistema jurídico anglosajón está unida a la incorporación a un Registro público. Para explicar mejor esta cuestión vamos a seguir el procedimiento. Para obtener el Registro, hay que presentar el memorándum de la sociedad. Como consecuencia de esto, la sociedad obtiene un certificado de incorporación; incorporación al Registro público, y desde esta fecha la compañía aparece como una persona jurídica, puesto que puede acreditar que ha cumplido todos los requisitos legales. El certificado de incorporación (*incorporation*) demuestra que la compañía es una persona jurídica separada y distinta de los socios. CHARLESWORT y CAIN.

Este sistema jurídico anglosajón, y, por tanto, del Reino Unido, sigue el criterio de que la sociedad tiene la nacionalidad del Estado donde ha quedado registrada o incorporada. Las sociedades creadas o registradas en Inglaterra son inglesas; las sociedades creadas o registradas en el extranjero son sociedades extranjeras. CHESIRE reconoce que en el Derecho inglés una sociedad ha de ser examinada en relación a sus efectos jurídicos, viendo los vínculos que le unen con un Estado, que son presencia,

residencia, domicilio y nacionalidad como datos o conceptos jurídicos distintos. Pero pese a eso la nacionalidad en el Derecho inglés está determinada por su inscripción en un Registro de Inglaterra. PALMER dice que la Ley determina que la nacionalidad depende del Estado donde la sociedad ha sido registrada o incorporada, teniendo en cuenta que de su incorporación al Registro depende su personalidad jurídica. Si en todo lo relativo al Derecho, toda traducción jurídica es dada por aproximación, ello es más relevante en los Derechos anglosajones debido a su lenguaje y a sus instituciones peculiares (2).

DERECHO FRANCÉS

El Derecho francés ha puesto de relieve que la teoría de la nacionalidad ha sido aplicada a las personas físicas y a las personas jurídicas. La regulación de las sociedades aparece en Francia en la Ley de 24 de julio de 1966. El artículo 3.º de esta Ley dice textualmente que las sociedades cuya sede social está situada en territorio francés están sometidas a la Ley francesa. Este criterio tenía sus antecedentes en la jurisprudencia francesa anterior a 1966. Dicha jurisprudencia había declarado que las sociedades cuyo domicilio social estaba en Francia eran francesas, con la condición de que dicho domicilio fuera real y no ficticio. RIPERT señala cómo la Ley de 1962 ha seguido el criterio de esta jurisprudencia. En el Derecho francés hay un criterio claro: hay sociedades francesas y sociedades extranjeras.

El texto básico sobre el derecho de sociedades lo constituye la citada Ley de 24 de julio de 1966; el artículo 3.º-1.º declara sometida a la Ley francesa toda sociedad que tenga su domicilio social en Francia, pero esto resuelve sólo una parte de la cuestión, puesto que hay que ver, en primer lugar, qué se considera como domicilio social y si además de este criterio, la doctrina o jurisprudencia ha admitido otro.

BATIFFOL expone que el mejor criterio para determinar la nacionalidad de una sociedad en el Derecho francés es la de considerar el domicilio social de esta sociedad. La jurisprudencia ha ido aceptando con más firmeza este criterio. Es la solución mantenida por el Tribunal permanente de Arbitraje Internacional y, además, la que recoge el texto citado de la Ley de 1966.

(2) PALMER'S: *Company Law*, 1959, pág. 70.

PENNIGTON: *Company Law*, 1969, págs. 32 y 37.

CHARLESWORTH and CAIN: *Company Law*, 1983, pág. 20.

WOLFF: *Derecho internacional privado*, traducido por MARÍN LÓPEZ, 1948, página 286.

CHESIRE: *Private International Law*, 1965, pág. 182.

NORTHEY and LEIG'S: *Introduction Company Law*, 1981, pág. 18.

Pero el domicilio social de una sociedad requiere una mayor precisión; se puede definir, según SAVATIER, como domicilio social el lugar donde radica el principal órgano de la sociedad y constituye el centro de su vida jurídica; en el domicilio social de una sociedad está la dirección jurídica, administrativa, financiera y técnica de ella.

Esta doctrina de que la nacionalidad de la sociedad está vinculada al domicilio social no resuelve en la práctica todas las conexiones o relaciones de la sociedad con el Estado. Bajo un aspecto liberal, se puede considerar domicilio social el que se designa en los Estatutos, pero también es válido el criterio que considera como sede social el establecimiento principal de la sociedad. Sobre la base del artículo 3.º-2.º de la Ley de 24 de julio de 1966, la jurisprudencia francesa, como indican LOUSSAOUAN y BREDIN, ha exigido que el domicilio social tenga los siguientes requisitos:

A) Carácter real de domicilio social. El domicilio de una sociedad se basa sobre realidades y cuestiones de hecho. La determinación de la realidad del domicilio social es una apreciación de los Tribunales sobre las pruebas que se pueden presentar sobre estos hechos. Una simple agencia no es suficiente para considerarla como domicilio de la sociedad.

B) El domicilio de la sociedad ha de ser un domicilio que responda a la existencia de la sociedad, es decir, que no exista fraude; la Ley de 1966, ya citada, reguladora del sistema jurídico, no dice nada sobre este punto, pero la jurisprudencia determina que siempre que exista simulación en el domicilio de una sociedad se ha de considerar que no existe domicilio social, o puede haber ningún tipo de fraude o simulación en el domicilio de una sociedad domiciliada en territorio francés.

BATIFFOL y LAGARDE, en su fundamental obra *El Droit international prive*, dicen que el criterio de la sede social parecía un sistema jurídico ya establecido, cuando surgieron las dificultades sobre el control de las sociedades durante la guerra 1914-1918 y apareció, como consecuencia, la doctrina de considerar la nacionalidad de una sociedad anómala en virtud de su control económico. Bajo este aspecto aparece un nuevo concepto. Para determinar la nacionalidad de la sociedad aparece un nuevo concepto. Para determinar la nacionalidad de la sociedad hay que ver los agentes económicos o personales que tienen el control de dicha sociedad, ya sean accionistas o ya se trate de personas que ocupen el Consejo de Administración. El control de la sociedad queda determinado por la naturaleza o procedencia de los capitales extranjeros invertidos o por la nacionalidad de las personas que ocupan el Consejo de Administración de una sociedad.

Ambos criterios se combinan en el sistema jurídico del Derecho francés, aunque el criterio de la doctrina y de la jurisprudencia de considerar como regla general el domicilio social para determinar la nacionalidad es la regla general. Aparece como una excepción, pero, por supuesto, aplicable en determinados tiempos y en determinadas situaciones la teoría del control social (3).

CÓDIGO CIVIL

Italia

El Código Civil italiano regula la nacionalidad de las sociedades en los artículos 2.505 a 2.510. El título de este texto legal se refiere a las sociedades constituidas en el extranjero o que operan en el extranjero. Sobre esta cuestión, CAPOTTORTI señala que el Código Civil elude el hablar sobre nacionalidad de sociedades, es decir, no establece un criterio para determinar cuándo una sociedad es italiana o es extranjera. Por otra parte, a pesar de la técnica jurídica que representa el Código Civil italiano de 1942, BALLADORE PALLIERE, en su *Diritto internazionale privato*, ha reconocido la desafortunada redacción y la dificultad de interpretación que presentan los artículos 2.505 a 2.510. De todas formas, el Código Civil italiano tiene ya una regulación jurídica sobre este tema, de la que carece el Derecho español.

Sobre la base del Código Civil italiano, FERRARA concreta la situación de las sociedades bajo el siguiente criterio:

Se consideran sociedades extranjeras aquellas que reúnan las siguientes condiciones: 1. Que estén constituidas en el extranjero. 2. Que la sociedad tenga en el extranjero su domicilio social. Y 3. Que tenga en el extranjero el objeto principal de la sociedad.

Considera este autor como sociedades italianas: 1. Las sociedades constituidas en el territorio del Estado cuya actividad se realiza en el extranjero. 2. Las sociedades constituidas en el extranjero, pero que tienen dentro del territorio del Estado su domicilio social. 3. Las sociedades constituidas en el extranjero que realizan en el territorio del Estado el objeto principal de la sociedad.

(3) RIPERT y ROBLOT: *Traite D. Commercial*, tomo I, 1980, pág. 698.

MAYER: *D. International Prive*, 1977, pág. 700.

BATIFFOL y LAGARDE: *D. International Prive*, tomo I, 1981, pág. 802.

LOUSSOUARN y BOUREL: *D. International Prive*, 1980, pág. 801.

LOUSSOUARN y BREDIN: *Droit de Commerce International*, 1969, pág. 253.

ARMINJON: *Precis de Droit I. Prive Commerciale*, 1948, pág. 55.

HAMEL y LAGARDE: *Droit Commercial*, tomo II, 1980, pág. 69.

Pero este criterio no es compartido. Para BALLADORE PALLIERI el Código Civil italiano parte de la base de que lo decisivo para calificar la nacionalidad de una sociedad es el lugar de su constitución. Este es el criterio más seguro y no el del domicilio social, que aparece más difuso y en muchos aspectos de difícil localización. En el Derecho italiano es irrelevante la nacionalidad de los socios según el artículo 2.510 del Código Civil. Es irrelevante el objeto social, artículo 2.509, y es irrelevante el domicilio social, artículos 2.505 y 2.506 del Código Civil.

BALLADORE PALLIERI clasifica la situación jurídica de las sociedades en el Derecho italiano en dos categorías:

A) Sociedad constituida en el extranjero que tiene en Italia su sede social o el objeto principal de la empresa. El artículo 2.505 del Código Civil de Italia dice que la sociedad extranjera que tiene en el territorio del Estado el domicilio social o el objeto principal de la empresa está sujeta, en cuanto a los requisitos de la validez del acto constitutivo, a las disposiciones de la Ley italiana.

Para FERRI, en esta hipótesis de una sociedad constituida en el extranjero, la Ley nacional italiana se aplica en todo lo relativo al acto constitutivo, a la materia de publicidad del Registro y en todo lo relativo al ejercicio del objeto social, es decir, a la actividad de la empresa. Para FERRI la sociedad constituida en el extranjero, cuyo domicilio social y cuyo objeto están en Italia, no tiene por qué disolverse y volverse a constituir nuevamente; la sociedad deberá inscribirse en los Registros que el Derecho italiano requiera, pero FERRI dice que pese a los textos legales no se aclara en este supuesto si la sociedad es extranjera o se convierte en italiana al cumplir todos los requisitos del artículo 2.505 del Código Civil.

En cambio para BALLADORE PALLIERI la sociedad que cumpla los requisitos del artículo 2.505 del Código Civil italiano es una sociedad extranjera. Se trata de una sociedad constituida en el extranjero que tiene su domicilio y su objeto principal en Italia, pero sigue siendo una sociedad extranjera a la que se aplica en casi todo la normativa jurídica del Derecho italiano. Pero las normas sobre disolución y liquidación se rigen por su Ley nacional y no se les puede aplicar el Derecho de Italia. La sociedad ha de sujetarse a todas las normas imperativas del Código Civil italiano, pero sigue siendo para este autor una sociedad extranjera.

La interpretación del artículo 2.505 del Código Civil ha resultado difícil de asimilar para la doctrina, y otro autor, MONACO, dice que el artículo 2.505 lo que hace es nacionalizar la sociedad extranjera; se trata de una sociedad extranjera pero que queda sometida a la Ley italiana en cuanto a la validez del acto constitutivo y a las formas de publicidad.

Con esto se termina la exposición de esta parte del Derecho italiano, de interpretación difícil para su propia doctrina, y que no se encuentra nada parecido en el Derecho español. Con sus inconvenientes, el Código Civil italiano tiene una regulación sobre esta materia.

B) La sociedad extranjera puede encontrarse dentro de la normativa italiana en una segunda situación, la que determina el artículo 2.506 del Código Civil. Se trata de una sociedad extranjera pero con una sede secundaria en el territorio del Estado italiano. Esta sociedad tiene la cualidad jurídica de extranjera, se le aplica su Ley nacional, pero en las actividades que ejercen en Italia a través de sus sedes secundarias o sucursales se les aplica la Ley italiana. Esta situación sí tiene relación con el Derecho español, dado que las sociedades extranjeras pueden crear sucursales en España según el artículo 84, 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil (4).

Esta introducción de Derecho comparado tiene como objeto la preparación del análisis que se ha de hacer sobre el Derecho español. Como dice RODIÈRE, *Introduction au droit comparé*, el Derecho comparado es ajeno a la materia del Derecho internacional privado, pero el Derecho comparado tiene dos funciones: primero es una fuente de interrogación y de crítica de nuestro propio Derecho y a la vez nos facilita la comprensión del Derecho nacional porque nos permite la adquisición de unos niveles intelectuales parecidos (5).

SISTEMA JURÍDICO DE DERECHO ESPAÑOL

El examen del Derecho español lo vamos a hacer sobre los textos y las obras jurídicas de la materia que han tratado el tema de la nacionalidad de la persona jurídica, el Derecho mercantil en materia de sociedades anónimas y el Derecho internacional privado, también en materia de nacionalidad de personas y sociedades.

En Derecho civil, la base de los argumentos, como vamos a ver, son los artículos 15 del Código de Comercio y el 28 del Código Civil, pero

(4) BALLADORE-PALLIERI: *Diritto Internazionale Privato*, 1974, pág. 145.

BALLARINO: *Diritto Internazionale Privato*, 1982, pág. 599.

FERRARA: *Gli Impreditore e la Società*, 1971, pág. 625.

AULETTA y SELANITRO: *Diritto Commerciale*, 1977, pág. 233.

FERRI: *La Società*, 1971, pág. 49.

CAPOTORTI: *La Nazionalità della Società*, 1957, pág. 190.

SANTA MARÍA: *La società nel Diritto Internazionale Privato*, 1970, pág. 145.

DIENA: *Trattato di D. Commerciale Internazionale*, tomo I, 1900, pág. 271.

CAVAGLIERI: *Il Diritto Internazionale Commerciale*, 1936, pág. 145.

(5) RODIÈRE: *Introduction au Droit Compare*, 1979, pág. 64.

hacemos notar aquí que la doctrina española ha tratado, a nuestro juicio, de una manera incompleta una reglamentación parcial de las sociedades extranjeras que aparece en el Reglamento del Registro Mercantil, artículo 84, 2.º, sobre creación de sucursales de sociedades extranjeras, artículo 87 del Reglamento del Registro Mercantil sobre sociedades españolas con intervención o participación de personas naturales y jurídicas extranjeras, el artículo 88 del Reglamento del Registro Mercantil, que regula los requisitos de la inscripción de las sucursales de las sociedades extranjeras en España, y el artículo 89 del Reglamento del Registro Mercantil, que trata de la adquisición de la nacionalidad española por una sociedad extranjera.

Dentro de la teoría del Derecho civil, DÍEZ PICAZO expone cómo es un hecho ineludible que las personas jurídicas tienen una nacionalidad, artículo 9.º, 11, del Código Civil, y su importancia radica en que la Ley personal de una persona jurídica queda determinada por su nacionalidad y rige todo lo relativo a la capacidad, constitución, representación, transformación, disolución y extinción de la persona jurídica.

Sin embargo, este autor reconoce que el criterio de atribución de la nacionalidad a una persona jurídica es dudoso en nuestro Derecho. El artículo 15 del Código de Comercio sigue el criterio de la constitución de la sociedad; según este artículo, son extranjeras las sociedades constituidas en el extranjero. Por otra parte, el artículo 28 del Código Civil, las asociaciones reconocidas en la Ley y domiciliadas en España gozan de la nacionalidad española siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código. Las asociaciones domiciliadas en el extranjero tendrán en España la consideración y los derechos que determinen los tratados y leyes especiales.

De los artículos 15 del Código de Comercio y del 28 del Código Civil, DÍEZ PICAZO considera que para que una sociedad tenga la nacionalidad española es necesario que se constituya con arreglo a la Ley española, es decir, constituida en España, y tenga su domicilio dentro del territorio nacional.

Pero este criterio de constitución y domicilio en el territorio nacional para calificar una sociedad como española no es admitido por otros autores dentro del Derecho civil.

GARCÍA AMIGO, en sus *Instituciones de Derecho civil*, dice que la nacionalidad es un vínculo que une a una persona con la organización del Estado. El sistema de la nacionalidad de la persona jurídica tiene dos aspectos.

La nacionalidad formal de la persona jurídica. Después de decir que hay un sector doctrinal, URÍA y DÍEZ PICAZO, los cuales atribuyen la na-

cionalidad española a una sociedad cuando se den los dos requisitos ya citados: que constituya con arreglo al ordenamiento jurídico español y cuando tenga su domicilio en España, considerando que cuando falte cualquiera de estos requisitos nos encontramos ante una sociedad extranjera, GARCÍA AMIGO dice que la Ley sólo exige que el domicilio esté en España para que una sociedad tenga el carácter de española. El requisito de la constitución en territorio español no puede considerarse como tal requisito del examen de los textos legales.

La nacionalidad formal de las personas jurídicas, con independencia de las personas que las componen o de los capitales invertidos en ellas, es un principio general dentro de la teoría jurídica de las sociedades españolas. Pero hay excepciones que sin romper el dato formal de la persona jurídica pasan a considerar los elementos personales o el capital invertido en las sociedades, y en este sentido cita el Decreto de 31 de octubre de 1974 sobre inversiones de capital extranjero en España y la Ley de 12 de marzo de 1975 sobre zonas de interés para la defensa nacional. GARCÍA AMIGO no hace en su obra un análisis pero ya plantea el problema de la adquisición derivativa de la nacionalidad española por una sociedad extranjera conforme al artículo 89 del Reglamento del Registro Mercantil, y que es uno de los aspectos a tratar en este discurso

Y en este mismo criterio de identificar nacionalidad con domicilio, es decir, que son personas jurídicas españolas las domiciliadas en España, es el que sigue COSSÍO en sus *Instituciones de Derecho civil* y ALBALADEJO. CASTÁN dice que el régimen legal de la nacionalidad de las personas jurídicas se basa sobre el texto del artículo 28 del Código Civil, y sobre este texto son personas extranjeras las domiciliadas en el extranjero y personas jurídicas españolas las domiciliadas en España; y este mismo criterio es el mantenido por GARCÍA VALDECASAS en su *Derecho civil, parte general* (6).

Derecho mercantil.—En esta materia la doctrina sigue un criterio más uniforme que la teoría del Derecho civil. URÍA, en *Derecho mercantil*, deduce del artículo 28 del Código Civil los datos fundamentales para considerar que una sociedad es española cuando está constituida en España y está domiciliada en el territorio nacional. El artículo 28 reúne los requisitos legales para llegar a esta calificación de sociedades españolas.

(6) GARCÍA AMIGO: *Instituciones de Derecho civil*, 1979, pág. 501.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, tomo I, 1982, pág. 656.

PEÑA: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, 1978, página 780.

COSSÍO: *Instituciones de Derecho civil*, tomo I, 1977, pág. 128.

ALBALADEJO: *Derecho civil*, tomo I, 1983, pág. 422.

CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, tomos I-II, 1982, pág. 450.

GARCÍA VALDECASAS: *Parte general de Derecho civil*, 1983, pág. 263.

Y como consecuencia de esto, para URÍA son sociedades extranjeras: primero, las sociedades domiciliadas en el extranjero, cualquiera que sea el lugar de su constitución, es decir, aunque se haya constituido en España, y por aplicación del artículo 28 del Código Civil, y segundo, las sociedades constituidas en el extranjero, cualquiera que sea su domicilio, es decir, aunque su domicilio esté en España, por aplicación de los artículos 15 y 21 del Código de Comercio.

SÁNCHEZ CALERO, otro autor que en sus *Instituciones de Derecho mercantil* sigue el mismo criterio. El discutido sistema de determinar la nacionalidad de las sociedades se resuelve en el Derecho español sobre la base de que una sociedad es española cuando está constituida en España, artículo 15 del Código de Comercio, y está domiciliada en España, artículo 28 del Código Civil.

Como consecuencia, son sociedades extranjeras: primero, las sociedades que se hayan constituido fuera de España, artículo 15 del Código de Comercio; segundo, las sociedades que se hayan constituido en España pero tengan su domicilio en el extranjero, artículo 28 del Código Civil, y tercero, por otra parte, una sociedad extranjera puede adquirir la nacionalidad española conforme al artículo 89 del Reglamento del Registro Mercantil.

CÁMARA, en sus *Estudios de Derecho mercantil*, dice que los preceptos de la Ley respecto al reconocimiento de la nacionalidad de las sociedades no son precisamente diáfanos dentro de nuestro sistema legal, aun reconociendo que la Resolución de la Dirección General de los Registros de 17 de agosto de 1953 en materia de nacionalidad aceptó el sistema de los dos requisitos, es decir, de constitución en España y domicilio en España, para decir que una sociedad es española cuando está constituida en España según el artículo 5.º de la Ley de Sociedades Anónimas; lo que ocurre es que una sociedad constituida en España y que tiene la nacionalidad española tiene a su vez la obligación de que su domicilio esté sito dentro del territorio nacional, artículo 5.º de la Ley de Sociedades Anónimas (7).

Derecho internacional privado.—Dentro de este tema era donde debía estar situada la teoría general de la nacionalidad de la persona jurídica y, como consecuencia, de las sociedades mercantiles. Pero el razonamiento en los libros de Derecho internacional privado viene a ser parecido a los que hemos expuesto: E. PÉREZ VERA parte de la base de que la ge-

(7) URÍA: *Derecho mercantil*, 1982, pág. 131.

SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones de Derecho mercantil*, 1981, pág. 149.

GARRIGUES-URÍA: *Sociedades Anónimas*, 3.ª ed., revisada por MENÉNDEZ y OLIVENCIA, tomo I, pág. 141.

CÁMARA: *Estudio de Derecho mercantil*, tomo I, 1977, pág. 692.

neralidad de las legislaciones distinguen entre sociedades nacionales y sociedades extranjeras, y tal distinción aparece como una realidad jurídica ineludible. Ahora bien, las disposiciones fundamentales sobre este tema siguen siendo los artículos 15 del Código de Comercio y 28 y 41 del Código Civil, tan citados a lo largo de este tema. El artículo 15, al decir que son extranjeras las compañías creadas en el extranjero, parece adoptar como criterio para determinar la nacionalidad el sistema anglosajón de la constitución o incorporación de la sociedad. Por otra parte, según el artículo 28 del Código Civil, aparece como criterio decisivo el del domicilio en España, pero pese a la redacción del artículo 28, hay que considerar que la nacionalidad española de una sociedad se encuentra condicionada por su constitución con arreglo al Derecho español. MARÍN LÓPEZ considera que sobre la base del artículo 28 del Código Civil, se puede decir que para que una sociedad tenga la nacionalidad española es necesario que esté constituida y que tenga su domicilio en España. GONZÁLEZ CAMPOS considera que la nacionalidad española está determinada por su constitución en España; lo que ocurre es que toda sociedad constituida en España tiene como obligación, y esto se ve claro en el artículo 5.º de la Ley de Sociedades Anónimas, tener su domicilio dentro del territorio español. Se puede considerar que para este autor son sociedades españolas las constituidas y domiciliadas en España (8).

Todo este conjunto de doctrina obtenida sobre la base de los textos de Derecho civil, Derecho mercantil y Derecho internacional privado tiene, a nuestro juicio, una limitación: que la aportación doctrinal se hace fundamentalmente sobre los datos legislativos de los artículos 15 del Código de Comercio y 28 del Código Civil. El examen de estos textos jurídicos y además de los artículos 84, 2.º, 87, 88 y 89 del Reglamento del Registro Mercantil permiten un examen más completo y resolver con más claridad una serie de cuestiones que afectan, como vamos a ver, a las sociedades españolas y a las sociedades extranjeras.

Primero, no hay duda de que son sociedades españolas las constituidas en España y domiciliadas en España, y que son sociedades extranjeras las constituidas en el extranjero y domiciliadas en el extranjero. Pero el esquema legal no se agota aquí. Vamos a examinar los supuestos más controvertidos, y el primero es el caso de una sociedad extranjera constituida en el extranjero y domiciliada en España.

(8) PÉREZ VERA: *Derecho internacional privado*, 1980, pág. 275.

MARÍN LÓPEZ: *Derecho internacional privado*, tomo I, 1984, pág. 104.

GONZÁLEZ CAMPOS: *Derecho internacional privado*, 1984, pág. 149.

AGUILAR NAVARRO: *Lecciones de Derecho civil internacional español*, 1982, página 92.

MIAJA DE LA MUELA: *Derecho internacional privado*, 1982, pág. 98.

En 1947 publicaba GARRIGUES su *Tratado de Derecho mercantil*, y después de decir que son sociedades españolas las constituidas en España y domiciliadas en territorio nacional, se hacía la primera pregunta de si una sociedad extranjera, es decir, constituida en el extranjero, podía tener su domicilio en España. Para GARRIGUES esto era posible si no había Ley en contra o tratado internacional opuesto a ello, pero decía este autor que una sociedad extranjera y con domicilio en España seguía teniendo la nacionalidad extranjera.

Este problema tiene su solución cuando se publica el 14 de diciembre de 1956 el Reglamento del Registro Mercantil; a partir de este momento aparece a nuestro juicio claro que una sociedad constituida en el extranjero no puede tener su domicilio en España, sino que sólo puede crear sucursales.

Esta doctrina ya tenía su antecedente en el artículo 21, 12, del Código de Comercio, cuando dice que las sociedades extranjeras que quieran establecer sucursales en España deberán presentar los documentos requeridos para las españolas junto a un certificado del cónsul de que están constituidas con arreglo a las leyes de su país respectivo.

El artículo 84, 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil establece claramente que en los libros de sociedades se inscriben las sociedades extranjeras que establezcan sucursales en España conforme a los artículos 15 y 21 del Código de Comercio; aparece, pues, claramente que lo único que puede hacer una sociedad extranjera en España es el establecimiento de una sucursal.

El artículo 88 del Reglamento del Registro Mercantil regula la inscripción de las sucursales de sociedades extranjeras. Se hace constar en la inscripción la sede de la sucursal, es decir, el domicilio social de la sucursal, que evidentemente no puede ser el domicilio social de la sociedad constituida en el extranjero. Una cosa es el domicilio social de una sociedad extranjera constituida en el extranjero y otra cosa es el domicilio de la sucursal de esta sociedad en España. El modelo XV del Reglamento del Registro Mercantil sobre inscripción de sucursal de sociedad extranjera está redactado en este sentido. La sociedad constituida en el extranjero tiene su domicilio social en el extranjero. No hay normativa jurídica en que se pueda apoyar que esta sociedad puede tener su domicilio social en España.

Y este razonamiento queda completado por el texto del artículo 89 del Reglamento del Registro Mercantil. Así como una sociedad extranjera si puede crear sucursales en España, lo que puede hacer también dicha sociedad extranjera es adquirir la nacionalidad española cumpliendo los requisitos que determina el artículo 89 del Reglamento del Registro Mer-

cantil, y uno de estos requisitos es que la sociedad extranjera que adquiera la nacionalidad española ha de tener su domicilio en España. El artículo 89 del Reglamento del Registro Mercantil demuestra claramente que para que una sociedad extranjera pueda tener su domicilio en España es necesario que adquiera la nacionalidad española. Sólo las sociedades españolas tienen su domicilio en España. Las sociedades extranjeras sólo pueden crear o establecer sucursales.

Segundo, las sociedades constituidas en España y con domicilio en España tienen la nacionalidad española, pero no parece posible que una sociedad constituida en España pueda tener su domicilio en el extranjero. El Decreto-ley de 17 de julio de 1947, en su artículo 1.º, dice que las sociedades españolas, cualesquiera que sean sus componentes, la situación física y jurídica de los bienes que integran su activo social y el lugar donde desempeñan sus actividades, deberán tener su domicilio en territorio de soberanía española. Posteriormente se publica en 1951 la Ley de Sociedades Anónimas, que dice que las sociedades de nacionalidad española tendrán su domicilio dentro del territorio español, y el año 1953 se publica la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que dice que las sociedades de nacionalidad española tendrán su domicilio necesariamente en territorio español.

No se puede constituir en España una sociedad cuyo domicilio esté en el extranjero. Una sociedad constituida en España y con domicilio en el extranjero no podría inscribirse en el Registro Mercantil. Los artículos 5.º de la Ley de Sociedades Anónimas y 4.º de Sociedades de Responsabilidad Limitada, antes citados, lo dicen expresamente.

En la escritura de constitución de una sociedad anónima, y dentro de sus estatutos, artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas, se hace constar el domicilio social, y este domicilio social se inscribe en el Registro Mercantil, artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil. Consecuencia de esto es una sociedad anónima constituida en España y con domicilio en el extranjero; no puede ser inscrita en el Registro Mercantil según los artículos 1.º y 5.º de la Ley de Sociedades Anónimas y 102 del Reglamento del Registro Mercantil.

Y así la escritura pública de constitución de una sociedad anónima no se inscribe en el Registro Mercantil y carece de personalidad jurídica, artículo 6.º de la Ley de Sociedades Anónimas; sólo desde el momento de la inscripción la sociedad anónima tiene personalidad jurídica, y si no está inscrita y carece por tanto de personalidad jurídica, la sociedad no tiene nacionalidad, ya que la nacionalidad en el Derecho español se da con relación a las personas naturales y a las personas jurídicas, artículo 9.º, 11, del Código Civil.

La doctrina italiana, sobre la base del artículo 2.509 de su Código Civil, se encuentra en un supuesto parecido que nos permite explicar mejor la anterior situación jurídica. El artículo 2.509 del Código Civil italiano habla de sociedades constituidas en Italia, pero el objeto fundamental o principal de la sociedad está situado en el extranjero. El Código Civil italiano regula una sociedad constituida en Italia cuyo objeto principal está en el extranjero, pero no se aplica a una sociedad constituida en Italia y cuyo domicilio social está en el extranjero. Un autor, BALLADORE PALLIERI, dice que esta hipótesis no puede darse en el Derecho italiano; no se puede constituir una sociedad anónima en Italia cuyo domicilio social esté en el extranjero.

El examen de ahora es sobre si las sociedades españolas con domicilio en España pueden tener sucursales en el extranjero. El Reglamento del Registro Mercantil regula las sucursales de las sociedades extranjeras en España, artículo 88, pero reconoce la posibilidad de que una sociedad española establezca sucursales en el extranjero.

Aunque el artículo 11, 3.º, de la Ley de Sociedades Anónimas dice que se hace constar en los estatutos el domicilio social y los lugares donde se vayan a establecer sucursales, agencias o delegaciones, y no se habla para nada de las sucursales en el extranjero, el artículo 102, e), del Reglamento del Registro Mercantil amplía esta cuestión y señala que se hará constar en dicho Registro el domicilio social y el lugar fuera o dentro de España en que vaya a establecer sucursales o agencias. El artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil reconoce la posibilidad de que una sociedad anónima constituida en España y con domicilio social dentro del territorio español inscriba los lugares o territorios de dentro o fuera de España donde puede establecerse una sucursal.

Por otra parte, la existencia de sucursales de sociedades españolas en el extranjero están vinculadas a las necesidades de la inversión de capital español fuera de España, y reguladas actualmente por el Decreto de 14 de septiembre de 1979 y Ordenes de 15 de octubre de 1979 y de 23 de enero de 1981. Estos textos legales reconocen que las inversiones españolas en el extranjero pueden hacerse: 1.º A través de participación en sociedades extranjeras; y 2.º En el ejercicio de una actividad empresarial mediante la creación de agencias y sucursales.

Esto demuestra que es válida la constitución de la sociedad anónima en España con domicilio social en España pero con sucursales en el extranjero sobre la base de la normativa legal de los artículos 5.º de la Ley de Sociedades Anónimas y 102 del Reglamento del Registro Mercantil.

EL CONTROL DE LAS SOCIEDADES Y SU NACIONALIDAD

Toda la doctrina de Derecho internacional privado en materia de nacionalidad de sociedades ha tenido en cuenta que una cosa es la nacionalidad de una sociedad en su aspecto jurídico formal y otra es el control económico a que puede ser sometida una sociedad. Vamos a ver hasta qué punto el Derecho español utiliza el control de una sociedad como determinante de su nacionalidad.

El tema del control económico y nacionalidad de las sociedades tuvo su origen en la Primera Guerra Mundial (1914-1918). BATIFFOL dice que la determinación de nacionalidad de las sociedades por razón de su domicilio social parecía como un sistema claramente establecido cuando nacen las dificultades de la guerra de 1914-1918. La noción de control desaparece cuando termina esta situación de conflicto y aparece nuevamente como criterio determinante de la nacionalidad de la sociedad el domicilio social. Pero la teoría del control se impone nuevamente a causa de la Segunda Guerra Mundial. Se consideran como sociedades extranjeras y se le secuestran los bienes a aquellas sociedades cuya nacionalidad aparece como francesa, pero que notoriamente el capital de ella pertenece a naciones en estado de guerra con Francia. BATIFFOL señala respecto a esta teoría del control la incertidumbre que lleva su aplicación por las dificultades que plantea la prueba del origen de los capitales y la influencia de las personas que administran las sociedades.

La jurisprudencia anglosajona también ha admitido la teoría del control en la fundamental decisión *Daimler Corporation Ltd.* La Cámara de los Lores considera como enemiga una sociedad constituida en Inglaterra, y por tanto que tiene la nacionalidad inglesa, pero los directores de dicha sociedad y el capital son alemanes. La *Trading With the Enemy Act* inglesa en 1939 considera como enemigas dentro de la Ley aquellas personas que por supuesto tienen la nacionalidad inglesa pero están controladas por personas que pueden considerarse como enemigas.

AGUILAR NAVARRO dice que la teoría del control en el Derecho español tiene la misma finalidad que acabamos de ver: desvelar una nacionalidad aparente y proceder a revelar las personas o los bienes que controlan dicha sociedad. En el Derecho español podemos examinar los siguientes textos: el Decreto-ley de 5 de mayo de 1945 y la Ley de Minas de 1973, pero sobre todo la Ley y el Reglamento de Inversiones Extranjeras de 31 de octubre de 1974 y el Reglamento de 10 de febrero de 1978 para la ejecución de la Ley de 12 de marzo de 1975 de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional.

Respecto al Reglamento sobre Inversiones de Capital Extranjero, el

artículo 32 dice que la Dirección General de Transacciones Exteriores, atendiendo al criterio de la inversión extranjera, publicará en el *Boletín Oficial del Estado* mediante una resolución la lista de las sociedades españolas que tengan capital extranjero. A partir de la publicación de la citada resolución estas sociedades habrán de declarar en el Registro de Inversiones del Ministerio de Comercio las inversiones que efectúen las sociedades españolas. Se trata, por supuesto, de sociedades constituidas en España y con domicilio en España y por tanto de nacionalidad española.

Respecto al Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, el artículo 37 dice que queda sujeta al requisito de la autorización militar la adquisición, cualquiera que sea el título jurídico, de fincas rústicas o urbanas por personas extranjeras o por personas jurídicas extranjeras. El control aparece perfectamente definido en el artículo 39, 1.º, del Reglamento citado, en cuanto se requiere la autorización militar en los casos de adquisición de fincas rústicas y urbanas por sociedades españolas pero cuyo capital pertenezca a personas físicas o jurídicas superior al 50 por 100.

El concepto de control económico es difícil de definir. Los conceptos económicos son mucho más amplios que los conceptos jurídicos; en éstos es más fácil fijar sus límites, sea a través de la dogmática jurídica, sea a través de los procedimientos judiciales.

La fisonomía del Derecho de control va naciendo de la confrontación jurídica de los conceptos del Derecho de bienes en relación con el poder económico. Se puede decir que el control económico de una sociedad es el derecho de disponer como un propietario sobre dicha sociedad, de tal forma que sea el dueño de la actividad económica de la empresa.

Pero el control no parece que pueda tener una naturaleza jurídica; se trata de actividades de hecho; se trata de datos o efectos económicos que se revelan al jurista por medio de indicios, y cuya apreciación corresponde, en definitiva, a los Tribunales.

La regulación más importante del control económico, tal y como la hemos definido, aparece en el artículo 7.º, 3.º, del Reglamento de Inversiones Extranjeras; en este artículo se dice: «Excepcionalmente se computará como participación extranjera al 100 por 100 la que efectúe una sociedad española con participación extranjera igual o inferior al 50 por 100 pero superior al 25 por 100 de su capital cuando los socios extranjeros tengan una situación de dominio o prevalencia en la empresa derivada de cualquier circunstancia que permita comprobar a la Administración la existencia de una influencia decisiva de los socios extranjeros en la ges-

tión de la sociedad; dicha comprobación se efectuará de acuerdo con los trámites previstos de la Ley de Procedimiento Administrativo» (9).

CONFLICTOS DE NACIONALIDAD EN MATERIA DE SOCIEDADES

CAFLISCH, en su *Estudio sobre nacionalidad de sociedades*, publicado en el *Anuario suizo de Derecho internacional*, expone esta materia. Así como en las personas naturales aparece una normativa que determina claramente los conceptos de nacional y extranjero, además de los supuestos de doble nacionalidad y apatridia, en el Derecho de sociedades no se cuenta con preceptos de Derecho positivo sobre este tema. El tema de los conflictos de nacionalidad se puede examinar bajo el siguiente criterio:

Conflictos negativos de nacionalidad: Apatridia. En el supuesto de sociedades anónimas, estos conceptos no aparecen en la normativa legal; por otra parte, es poco frecuente que se dé el supuesto de apatridia en las sociedades anónimas. WOLFF, en su *Derecho internacional privado*, señala cómo se pueden dar casos de apatridia en relación con los distintos supuestos y criterios para determinar la nacionalidad de las sociedades. Una sociedad constituida en Francia y con domicilio social en Inglaterra es una sociedad que carece de nacionalidad, ya que no tiene la nacionalidad francesa, puesto que su domicilio social está en Inglaterra, y como hemos visto, en el Derecho francés la nacionalidad se determina por el lugar del domicilio social. Pero tampoco tiene la nacionalidad inglesa, ya que aunque tenga su domicilio en Inglaterra, no se puede considerar como sociedad inglesa, ya que con arreglo al Derecho de este Estado, no hay más nacionalidad que aquellas sociedades que han sido incorporadas o creadas en Inglaterra.

Conflictos positivos y doble nacionalidad o nacionalidades múltiples. La doctrina del Derecho internacional privado admite que una sociedad anónima puede tener doble nacionalidad. CAFLISCH considera que una sociedad anónima que haya sido creada en Inglaterra con arreglo a este estado tiene la nacionalidad inglesa bajo la teoría de la creación e incorporación. Pero si constituye su domicilio social en Francia, adquiere por este hecho la nacionalidad francesa, puesto que para el Derecho francés una sociedad tiene la nacionalidad de su domicilio social. No se encontra-

(9) BATIFFOL y LAGARDE: *Obra citada*, tomo I, pág. 237.

MAYER: *Obra citada*, pág. 790.

LOUSSOUARN y BREDIN: *Obra citada*, pág. 267.

WOLFF: *Obra citada*, pág. 295.

CHESIRE: *Obra citada*, pág. 175.

CHAMPAUD: *La Pouvoir de Concentration de la Societe par Actions*, 1962.

mos, por tanto, ante una sociedad con doble nacionalidad: inglesa y francesa.

Para resolver los conflictos de doble nacionalidad se siguen los siguientes criterios: Un Estado puede siempre rechazar la nacionalidad extranjera de una sociedad cuando a su vez posee la de este Estado. Otro principio es que los Tribunales consideren como nacionalidad la del Estado donde tenga su domicilio social, su actividad financiera, industrial o comercial (10).

CAMBIO DE NACIONALIDAD DE SOCIEDADES.
ADQUISICIÓN POR UNA SOCIEDAD EXTRANJERA
DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

El cambio de nacionalidad requiere en principio el examen de dos supuestos distintos cuyas consecuencias jurídicas son diferentes. El primer supuesto cuando ambos Estados siguen el criterio de que la incorporación determina la nacionalidad de las sociedades y el segundo caso cuando ambos Estados siguen el criterio de que el domicilio social determina la nacionalidad de las sociedades.

- Si el criterio seguido por las dos legislaciones es el de la constitución o incorporación típico del Derecho anglosajón, la solución es la siguiente: No CABE para que una SOCIEDAD pierda la NACIONALIDAD de un ESTADO, y adquiera la de otro ESTADO, que la disolución de la sociedad, en su primer ESTADO, y la CONSTITUCION de nuevo en su segundo ESTADO. Bajo el sistema jurídico de la creación o incorporación no se pierde una nacionalidad y se gana otra, permaneciendo idéntica la misma sociedad, es decir, conservando su personalidad. Se extingue en el extranjero y se constituye nuevamente en el nuevo Estado donde va a operar jurídicamente.

Este criterio está expuesto por LEFÈBRE D'OVIDIO, el cual dice que si el sistema para determinar la nacionalidad de una sociedad es el acto de su constitución, no cabe cambio de nacionalidad; esto no es posible. No cabe más que la disolución de la sociedad primitiva y la nueva constitución de la sociedad, que queda sujeta a la Ley del Estado, donde está nuevamente constituida. El mismo criterio es el de CAVAGLIERI; en los supuestos de que la nacionalidad se determine por el sistema de incorporación no es posible la continuación de la misma sociedad; es necesario disolver la sociedad en su antiguo Estado y crear la sociedad en el nuevo Estado bajo las leyes de éste.

(10) CAFLISCH: *Le nationalité des Sociétés en Droit I. Privé. Annuaire Suisse de Droit International*, 1967, pág. 142.

La cuestión aparece, pues, clara: en los sistemas donde la nacionalidad de las sociedades está vinculada a la teoría de la creación o incorporación, no es posible el cambio de nacionalidad de una sociedad permaneciendo idéntica, es decir, conservando su personalidad jurídica.

No hay más solución que la extinción de la sociedad con arreglo a las leyes del antiguo Estado y la creación de otra sociedad nueva bajo su nuevo ordenamiento legal.

Pero las dificultades y los problemas se dan cuando el cambio de nacionalidad se verifica entre dos Estados cuyo criterio para determinar la nacionalidad es el domicilio social. En este supuesto la sociedad anónima ha perdido una nacionalidad y ha adquirido otra pero la sociedad es la misma, porque su personalidad jurídica permanece idéntica. Para el estudio de esta cuestión vamos a seguir el esquema de la obra de LOUSSOUARN, que aparece, a nuestro juicio, como más completa.

A) *Condiciones de validez del acuerdo de transferencia de nacionalidad.*—Es un problema típico de Derecho internacional privado: El conflicto de leyes. Cual es la Ley competente que se aplica a la transferencia del domicilio social y como consecuencia al cambio de nacionalidad. LOUSSOUARN dice que no cabe aplicar exclusivamente la Ley del domicilio social nuevo. Para que se produzca el cambio de nacionalidad es necesario que se cumplan los requisitos de ambas leyes. Se aplica la Ley del domicilio social antiguo, que corresponde a la nacionalidad que se pierde, y también se aplica la Ley del domicilio social nuevo, que corresponde a la nacionalidad que se adquiere. Este cambio de domicilio social lleva consigo un cambio de nacionalidad: se pierde un domicilio social y una nacionalidad y se adquiere un nuevo domicilio social y, como consecuencia, una nueva nacionalidad.

Es por tanto necesario sobre la base de esta distinción señalar el dominio de aplicación de las dos leyes. No es dudoso que la Ley del domicilio social nuevo se aplica a la escritura y a los estatutos de la sociedad, que deberán estar de acuerdo con las leyes de su nuevo domicilio social, o sea, del nuevo Estado.

B) *La adaptación de los estatutos.*—La transferencia del domicilio social y, como consecuencia, el cambio de nacionalidad lleva consigo la necesidad de adaptar los estatutos de la sociedad a su nueva nacionalidad, es decir, están sujetos al nuevo Estado. Los estatutos de la sociedad que han cambiado de nacionalidad tienen necesidad de adaptarse a la nueva legislación, bajo la cual se encuentra sometida la sociedad. No se trata de constituir una nueva sociedad; se trata de reconocer la antigua sociedad, cuya personalidad jurídica permanece idéntica, pero esta misma sociedad

tiene la necesidad de poner de acuerdo su escritura y estatutos con su nueva Ley nacional.

La doctrina ha calificado el cambio de nacionalidad de una sociedad de diferente forma. Para STREIT el cambio de nacionalidad de una sociedad como consecuencia del cambio del domicilio social, permaneciendo idéntica la personalidad jurídica de la sociedad, requiere los siguientes requisitos: primero, que el cambio de nacionalidad sea permitido por las leyes del Estado antiguo; segundo, que se respeten las leyes de orden público del Estado originario y del nuevo, y tercero, que la sociedad cumpla todos los requisitos legales en el país donde adquiere la nueva nacionalidad. Para RUNDSTEIN el supuesto de cambio voluntario de nacionalidad es válido cuando entre ambas nacionalidades existen convenios o tratados sobre este tema.

Pero esta tesis no es admitida siempre aun en los supuestos de cambio de nacionalidad por cambio de domicilio social. Según ASSER, para que exista cambio de nacionalidad es necesario que la sociedad se extinga en su antigua nación y se cree una nueva en su nuevo país. FEDOZZI dice que cuando una sociedad cambia de nacionalidad lleva consigo su disolución inmediata. Y WEISS considera que no se puede hablar respecto a las sociedades de cambio de nacionalidad, sino de la sustitución de una sociedad extranjera por una nueva sociedad nacional. NUSSBAUM, como opinión prevalente, estima que todo cambio de nacionalidad de una sociedad lleva consigo la extinción de ésta y la creación de una nueva en su nuevo Estado.

Este criterio es el mantenido por RÜHLAND, que empieza por decir que la doctrina y la jurisprudencia alemana consideran que cuando una sociedad transfiere su domicilio social a un país extranjero tiene como consecuencia la pérdida de su nacionalidad y de su personalidad jurídica, y, por tanto, la sociedad aparece en la situación de una sociedad en liquidación; según este autor, en el momento que una sociedad ha decidido por medio de un acuerdo llevar su domicilio social al extranjero, la nacionalidad y la personalidad jurídica de la sociedad cesan al mismo tiempo. La sociedad no solamente pierde su nacionalidad, sino que como consecuencia se produce su extinción como tal sociedad, pues esta sociedad se sustrae al ordenamiento jurídico al cual debía su existencia (11).

La doctrina francesa aparece en este punto dividida. Para NIBOYET no es posible que una sociedad domiciliada en un Estado pueda transferir por medio de acuerdos sociales su domicilio a otro Estado y como consecuencia adquirir la nacionalidad de este nuevo Estado manteniendo su

(11) RÜHLAND: *Academie de Droit International Prive. Cours 1933*, III, página 431.

identidad, o sea, conservando su personalidad jurídica. En estos casos, para este autor no cabe más que una solución: disolver la sociedad en su antiguo país y volverla a crear de nuevo en su nueva nación, y este es el criterio de HAMEL y LAGARDE.

Pero este criterio no es mantenido por otra parte de la doctrina francesa; para BATIFFOL el cambio de nacionalidad por alteración de domicilio social no supone modificación de la sociedad, la cual permanece idéntica, es decir, continúa siendo la misma. LOUSSOUARN y BREDIN, en su importante obra del *Derecho comercial internacional*, estiman que la mayoría de la doctrina francesa es la de considerar que el cambio de nacionalidad de una sociedad por razón de cambio de su domicilio no altera la personalidad jurídica de ésta, ya que continúa siendo idéntica; considera que las sociedades existen antes de ser reconocidas por la Ley (12).

Derecho español.—El cambio de nacionalidad de una sociedad extranjera que adquiere la nacionalidad española lleva consigo el cambio de la competencia legislativa. La sociedad extranjera se ha convertido en sociedad española y se encuentra por tanto sujeta a las leyes del Estado español, y como consecuencia de esto, procede adaptar los estatutos y la escritura a su nueva normativa jurídica para que pueda ser inscrita en el Registro Mercantil y, como consecuencia, obtener la personalidad jurídica y adquirir la nacionalidad española. Hemos visto cómo el cambio de nacionalidad de una sociedad supone la aplicación de dos tipos de leyes: la Ley de su antigua nacionalidad y la Ley de su nueva nacionalidad. En el supuesto del Derecho español regulado en el artículo 89 del Reglamento del Registro Mercantil se requiere una doble calificación: primero, si se han cumplido los requisitos de la Ley extranjera para acordar el cambio de nacionalidad y si se cumplen los requisitos que el artículo 89 del Reglamento del Registro Mercantil requiere para adquirir la nacionalidad española. Como hemos visto antes, en el cambio de nacionalidad de sociedades se tienen que dar o cumplir todas las condiciones de las leyes del antiguo Estado, cuya nacionalidad se pierde, y de las leyes de su nuevo Estado, cuya nacionalidad se adquiere; cada una de estas leyes debe jugar su papel en los supuestos de alteración de la nacionalidad.

Cuando se acuerda el cambio de nacionalidad de una sociedad extran-

(12) LEFEBRE D'OVIDIO: *Obra citada*, pág. 118.

CAFLISCH: *Obra citada*, pág. 151.

CAVAGLIERI: *Obra citada*, pág. 134.

BATIFFOL y LAGARDE: *Obra citada*, tomo I, pág. 231.

ARMINJON: *Obra citada*, pág. 88.

MAYER: *Obra citada*, pág. 713.

ANZILOTTI: *Scritti D. Internazionale Privato. Il Mutamento di Nazionalità nella società commerciale*, 1960, pág. 695.

V. ELST y WESSER: *Droit Prive Belge*, tomo I, 1983, pág. 253.

jera para adquirir la nacionalidad española, el acuerdo social debe adaptarse con arreglo a las leyes de su Estado originario, es decir, del Estado cuya nacionalidad se pierde, y a su vez la nueva sociedad ha de adaptarse a la normativa del Derecho español que recoge el artículo 89 del Reglamento del Registro Mercantil, y que podemos clasificar así:

Primero.—Acuerdo de cambio de nacionalidad. Se rige por la Ley del Estado cuya nacionalidad se pierde. GARCÍA AMIGO, en sus *Instituciones de Derecho civil*, dice que no cabe el supuesto de doble nacionalidad en materia de sociedades, y considera que además del acuerdo de cambio de nacionalidad de la sociedad extranjera, debe ir acompañado de la renuncia expresa de dicha sociedad extranjera a su nacionalidad de origen, sin cuyo requisito no procede la inscripción en el Registro Mercantil.

Segundo.—Se hará una primera inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad extranjera que ha adquirido la nacionalidad española, y, por tanto, la escritura y estatutos han de reunir todos los datos necesarios para la primera inscripción de una sociedad anónima en el Registro Mercantil, requisitos y condiciones que determinan los artículos 100, 101 y 102 del Reglamento del Registro Mercantil.

Tercero.—Se hará constar el domicilio de la sociedad que ha adquirido la nacionalidad española en España; este requisito se exige expresamente en los artículos 89 y 102. *e)*, del Reglamento del Registro Mercantil.

Cuarto.—Se hace constar el capital social y el valor del patrimonio líquido que resulte del balance, expresándolo en moneda española al tipo de cotización oficial.

Quinto.—En su caso se aplica la normativa del artículo 88 del Reglamento del Registro Mercantil, es decir, que se han de presentar las escrituras o actos de constitución social y los estatutos con el certificado expedido por el Cónsul español de que la sociedad que ha cambiado de nacionalidad estaba autorizada y constituida con arreglo a las leyes de su país respectivo.

Para CÁMARA el artículo 89 del Reglamento del Registro Mercantil acepta el criterio que cuando una sociedad extranjera pierde su nacionalidad y adquiere la española, la sociedad es la misma y conserva su personalidad jurídica. Esto se prueba; según CÁMARA, por las referencias que el artículo 89 del Reglamento del Registro Mercantil hace respecto al balance cerrado el día antes del acuerdo de cambio de nacionalidad al capital social y el patrimonio líquido; todos estos conceptos se pueden asimilar a la transformación de sociedades, artículos 136 y 137 de la Ley de Sociedades Anónimas. La transformación efectuada con arreglo a los

artículos citados no cambia la personalidad jurídica de la sociedad, que continúa subsistiendo bajo esta nueva forma.

Esta afirmación, como hemos visto antes, no es compartida por la doctrina, pues mientras NIBOYET sostiene que no es posible que mediante acuerdos sociales una sociedad pueda cambiar de nacionalidad si no es disolviendo la sociedad y volviéndola a crear de nuevo, nos encontramos con el criterio opuesto de BATIFFOL, que considera que cuando la nacionalidad de una sociedad está vinculada al domicilio social cabe por medio de acuerdos sociales que una sociedad traslade el domicilio social de un Estado a otro y, como consecuencia, pierda la nacionalidad de su nuevo Estado, y todo ello siendo la misma sociedad, o sea, conservando su personalidad jurídica.

ADQUISICIÓN POR UNA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE LA NACIONALIDAD EXTRANJERA

Así como en el supuesto de adquisición por una sociedad extranjera de la nacionalidad española está regulado en el artículo 89 del Reglamento del Registro Mercantil, el caso de que una sociedad española adquiera la nacionalidad extranjera carece de normativa legal concreta, y sobre esta base se intenta resolver esta cuestión.

Vamos a utilizar el Derecho comparado, que es un criterio para comprender y aplicar si es posible el Derecho español. En este aspecto volvemos a referirnos a la obra de LOUSSOUARN y BREDIN, y, por tanto, el examen se hace con relación al Derecho francés.

Cuando el legislador introduce en Francia la Ley de Responsabilidad Limitada de 7 de marzo de 1925, en su artículo 31 dice que los asociados no pueden cambiar de nacionalidad si no es por acuerdo unánime de todos los socios. El criterio jurídico no puede ser más riguroso, puesto que si se permite a las sociedades de responsabilidad limitada cambiar de nacionalidad, se requiere a su vez la unanimidad de todos los socios. La Ley de Sociedades Anónimas vigente de 1966 en Francia permite que la sociedad anónima cambie de nacionalidad, pero requiere para ello dos condiciones:

Primero.—Acuerdo de la Junta General Extraordinaria de cambio de nacionalidad.

Segundo.—Que el país que reciba esta sociedad anónima, que ha dejado de ser francesa, haya concluido con Francia un acuerdo en virtud del cual se permite la transferencia del domicilio social, que esto suponga

la adquisición de una nacionalidad extranjera y que la sociedad conserve su personalidad jurídica.

Para CÁMARA el cambio de nacionalidad española por una sociedad extranjera requiere los siguientes requisitos (13):

Primero.—Que la sociedad española deberá tomar el acuerdo de cambio de nacionalidad y a su vez renunciar a la nacionalidad española.

Segundo.—Esto lleva consigo adaptar la escritura y estatutos de la sociedad española a las leyes extranjeras cuya nacionalidad se adquiere y el traslado del domicilio social en España a la nación extranjera cuya nacionalidad ha sido adquirida.

Tercero.—Respecto a los requisitos que tiene que reunir el acuerdo de cambio de nacionalidad, para CÁMARA sirven los criterios señalados en la Ley de Sociedades Anónimas para transformación de sociedades. La transformación de una sociedad anónima deberá adoptarse en Junta General y con las mayorías que se señalan en el artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas. Y este acuerdo sólo obliga a los accionistas que hayan votado a su favor; los accionistas disidentes, artículo 134 de la Ley de Sociedades Anónimas, tienen derecho a la separación, recibiendo la parte que les corresponda en el patrimonio social, artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas. El acuerdo de cambio de nacionalidad requiere, pues, para CÁMARA un acuerdo de transformación de sociedades para adquirir una nueva nacionalidad y un derecho de separación de los accionistas en la forma que hemos visto.

Para este autor, el cambio de nacionalidad de una sociedad española para adquirir la extranjera no comporta la extinción de la sociedad en España y su nueva creación en el extranjero. Se considera que la sociedad que cambia de nacionalidad de España al extranjero es idéntica y conserva su personalidad jurídica.

Pero no podemos aceptar en este punto la tesis de CÁMARA de que los acuerdos sociales para cambiar de nacionalidad, es decir, para que una sociedad española se convierta en extranjera, tengan una analogía con el tema de la transformación de sociedades.

Creemos que el acuerdo social de cambio de nacionalidad por una sociedad española y el acuerdo social de transformación de una sociedad anónima son dos cosas diferentes, como vamos a tratar de explicar.

La transformación de sociedades, en el caso de sociedades anónimas,

(13) CÁMARA: *Obra citada*, tomo II, pág. 708.

es una operación jurídica que consiste en que una sociedad anónima se pueda transformar en una sociedad regular colectiva, comanditaria o sociedad limitada. Esta transformación no altera la personalidad jurídica de la sociedad, que continúa subsistiendo bajo una nueva forma.

La transformación de la sociedad anónima regula un supuesto concreto: que una sociedad anónima se transforme en sociedad regular colectiva, en comanditaria o en sociedad de responsabilidad limitada, pero no parece que este supuesto tan concreto pueda aplicarse a un concepto de estructura radicalmente diversa como es el cambio de nacionalidad; una cosa es tomar un acuerdo de transformación y otra cosa es tomar un acuerdo de cambio de nacionalidad: La naturaleza de los acuerdos son diferentes y las consecuencias jurídicas son completamente distintas.

El acuerdo de una sociedad anónima de cambio de nacionalidad dejando de ser sociedad española y adquiriendo la nacionalidad extranjera y a su vez el traslado del domicilio social de España al extranjero no es nada parecido a un acuerdo de transformación de sociedades que tiene por objeto que una sociedad anónima se transforme en regular colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada.

Cuando una sociedad anónima española acuerda el cambio de nacionalidad no se produce una transformación, sino una extinción de la sociedad anónima. Para que exista una sociedad anónima es necesario, según el artículo 5.º de la Ley de Sociedades Anónimas, que esté constituida en España, que tenga nacionalidad española y su domicilio dentro del territorio nacional. El acuerdo de la sociedad anónima de adquirir la nacionalidad extranjera y de adquirir domicilio social en el extranjero suponen, a nuestro juicio, la extinción de la sociedad anónima y entrar en período de liquidación. Si es necesario para la existencia de una sociedad anónima la nacionalidad española y el domicilio en España desde el momento en que por acuerdo social no existe nacionalidad española por haber adquirido la extranjera y el domicilio se fija en el extranjero se dan los presupuestos contrarios a la existencia de la sociedad anónima española según el artículo 5.º de la Ley de Sociedades Anónimas, y por tanto se produce la extinción de la sociedad.

No cabe, por tanto, que por la vía de transformación, tal y como está regulada en la Ley de Sociedades Anónimas, una sociedad española se convierta en extranjera conservando su personalidad jurídica, o sea, manteniendo su identidad.

La sociedad anónima española que tome el acuerdo de adquisición de una nacionalidad extranjera y, como consecuencia, la pérdida de la nacionalidad española y que traslade su domicilio social al extranjero queda extinguida por aplicación del artículo 5.º de la Ley de Sociedades

Anónimas y se inicia su proceso de liquidación y de disolución; se cancelarán los asientos en el Registro Mercantil, artículo 168 del Reglamento del Registro Mercantil, y debe ser creada de nuevo bajo las leyes del Estado cuya nacionalidad ha decidido adquirir. Con esto se da por finalizado este discurso. Muchas gracias.

RICARDO EGEA IBÁÑEZ
Registrador de la Propiedad

El interés, el justiprecio y el enriquecimiento injusto

(Notas para una interpretación histórica)

A) PLANTEAMIENTO

Es generalmente sabido que en mi trabajo universitario he prestado una especial atención al enriquecimiento injusto (1). La exposición ofrecida en mi tesis sobre el enriquecimiento injusto se centra en la relación entre el enriquecimiento injusto y la dogmática del contrato. El principio fundamental que se recibe del Derecho codificado es el axioma liberal de que el contrato justifica el enriquecimiento patrimonial, y que dentro del contrato no se valora la equivalencia de las prestaciones. El axioma se funda a su vez en el principio de la libertad de la voluntad. Si es cierto que estos principios pueden considerarse más o menos vigentes hoy en día, no es menos cierto que instituciones como la teoría de los beneficios excesivos, abuso del derecho, excesiva onerosidad, etc., muestran que el Derecho patrimonial liberal está hoy en crisis. Las líneas que siguen están destinadas a exponer los orígenes históricos de los planteamientos codificados y liberales sobre el contrato, enfocados desde la perspectiva del enriquecimiento injusto (2).

Puede parecer a primera vista, y eso creía yo hasta hace poco tiempo, que el Derecho patrimonial civil es una técnica o ciencia que responde a unos criterios fijos y objetivos de justicia, desligado de una visión unitaria y uniforme de la totalidad. La radical dicotomía entre Derecho y moral introducida por la reforma protestante nos ha acostumbrado a pen-

(1) Véase, especialmente, ALVAREZ CAPEROCHIPÍ: *El enriquecimiento sin causa*, Santiago, 1979.

(2) Se hace abstracción en este comentario a la relación entre estos temas y los justos títulos de propiedad.

sar y exponer el Derecho prescindiendo de los principios o raíces religiosas del pensamiento jurídico. Por el contrario, a mi entender, todo el Derecho patrimonial, cuando se proyecta en la historia, está muy influido por las discusiones teológicas. En este tema es especialmente claro: las teorías del interés, el justiprecio y el enriquecimiento injusto sólo pueden entenderse dentro de un esquema general teológico y moral. Las presentes líneas pretenden formular una hipótesis de cómo se ha llegado al dogma de la santidad del contrato, y cuáles son los orígenes y principios de la moderna teoría del enriquecimiento injusto.

B) LA PROHIBICIÓN DE COBRAR INTERESES Y SU SIGNIFICADO

La prohibición de la usura, definida la usura como el cobro de intereses por el dinero prestado, es uno de los principios más profundamente arraigados en la tradición judeocristiana.

El Antiguo Testamento prohíbe a los judíos prestar con interés a otros judíos, prohibición que parte del principio de que sólo los pobres necesitan pedir prestado (3). PLATÓN y ARISTÓTELES, que están muy influidos por el pensamiento religioso judío (4), desarrollan también en sus obras la intrínseca inmoralidad del cobro de intereses. ARISTÓTELES añade a los argumentos comunes hasta entonces el de que el dinero no produce frutos, y que retirar el fruto allí donde es imposible producir nada es obrar contra naturaleza (5). Puede decirse también que el mal de la usura fue unánimemente denunciado por todos los escritores clásicos (CATÓN, CICERÓN, SÉNECA, etc.). Es un pensamiento común a los historiadores romanos (TITO LIVIO, etc.) que los males producidos por la usura fueron una de las causas fundamentales de las luchas sociales que ensangrentaron la República y que trajeron la dictadura militar en el Imperio.

La tradición cristiana hereda la prevención clásica contra la usura. El cobro de intereses como paradigma del afán de lucro y de actividad especulativa fue considerado por toda la tradición patristica como un pecado de idolatría e identificado con el servicio del anticristo y parte de la lucha del ídolo Mamón descrito en el Apocalipsis. Esta tradición patristica amplía el concepto de usura, que viene a definirse (por ejemplo, SAN BUENAVENTURA) como toda ganancia sin causa. La usura es intrínsecamente injusta porque el dinero es en sí infértil (no produce frutos), por lo que se define el interés como el parto monstruoso del dinero. El

(3) GARRIGUET: *Préstamo, interés, usura*, Madrid, sd., pág. 12.

(4) Véase, por ejemplo, en el libro de ELORDUY (*El pecado original*, Madrid, 1977) un interesante comentario sobre los precedentes religiosos del pensamiento clásico griego.

(5) *La política*, lib. I, cap. III, parág. 33.

préstamo con interés es intrínsecamente malo y contrario al Derecho natural, pues no sólo permite el abuso del fuerte sobre el débil, sino que permite vivir sin trabajar, y el trabajo, aunque se origina por la maldición divina a la naturaleza humana, es también el instrumento de su regeneración. La prohibición del interés se fundamenta —según la patrística— en la Revelación, especialmente en los conocidos textos Lc 6,35 y Mt 5,42, y también en el sentido de las parábolas y de la expulsión de los comerciantes del templo.

Según GARRIGUET (6), la constante crítica de la lacra de la usura se recruce a partir del siglo XII, llegándose en ciertos lugares a la excomunión y prohibición de sepultura a los usureros; en el siglo XIII se promulga una prohibición formal de la usura en todos los reinos cristianos (permitiéndose la misma sólo a los judíos como una especie de prostitución patrimonial consentida). En la práctica las prohibiciones formales de la usura se eluden por medio de complejos circunloquios, y cualquier concedor del Derecho histórico puede contrastar cómo el desarrollo de la técnica jurídica y el estudio del Derecho romano parecen estar estrechamente ligados a la búsqueda de instrumentos técnicos para burlar la prohibición de cobrar intereses.

C) LA DOCTRINA DE SANTO TOMÁS Y SU SIGNIFICADO HISTÓRICO

El cúmulo de principios morales, prohibiciones formales y proclamación de intenciones sólo llega a tener una exposición y sistematización adecuada en la obra de SANTO TOMÁS. En la *Summa Theologica* ofrece una justificación coherente y también una fundamentación dogmática. La raíz, justificación y fundamentación de la prohibición de cobrar intereses, está, según SANTO TOMÁS, en relación con la teoría del justiprecio y de los principios de justicia de los enriquecimientos.

SANTO TOMÁS expone su teoría en el tratado de la justicia, dentro de la *Summa*. En II, II, cuestión 62, trata del derecho de la restitución. El principio primero de la justicia conmutativa es dar a cada uno lo suyo y, por tanto, devolver al prójimo todo lo injustamente retenido. Esta devolución debe alcanzar también el rescate del daño causado por la injusta retención. Cualquier demora en la restitución es una injusta retención y obliga a indemnizar el daño causado de acuerdo con el doble principio del *damnum emergens* y el *lucrum cessans*.

En II, II, cuestión 77, y como una modalidad del delito de hurto (dentro de la fundamentación delictual del Derecho civil propia del Derecho intermedio y de los moralistas en general), define SANTO TOMÁS dos

(6) *Op. cit.*, pág. 17:

especies de injusticia: el fraude en la compraventa y la usura en el mutuo. En ambas se encuentra la clave para explicar la teoría del enriquecimiento injusto.

El *fraude en la compraventa*, modalidad del hurto, proviene de no respetar el justiprecio. El justiprecio se obtiene de agregar al valor de adquisición de una cosa el trabajo incorporado a la misma, negando que pueda ser causa de incremento del precio la especial utilidad del comprador o la escasez, ya que nadie puede enriquecerse con la miseria o la necesidad, pues tal ventaja se debe a «una condición especial del comprador y nadie puede vender lo que no es suyo». En II, II, cuestión 77, artículo 4.º, sale SANTO TOMÁS al paso de algunas posturas extremas, mantenidas por algún autor cristiano, aclarando que el comercio y el fin de lucro no son intrínsecamente malos siempre que se persiga un fin distinto del lucro mismo, y aclara también que comprar para revender no es en sí pecado siempre que se incorpore algún valor nuevo (transporte, provisión de futuro, riesgo, etc.).

En II, II, cuestión 78, trata SANTO TOMÁS el tema de la usura. La usura, entendida como el cobro de interés por el dinero prestado, es injusta porque se vende lo no existente. El interés sólo es lícito cuando se funda en títulos extrínsecos al mutuo: el *damnum emergens* y, excepcionalmente, el *lucrum cessans* en caso de mora. Fuera de estos supuestos el cobro de intereses es un hurto.

A mi juicio, la importancia de SANTO TOMÁS estriba en haber puesto en relación la prohibición de la usura con la teoría del justiprecio, con lo cual permite un estudio coherente de ambos. El fundamento último de ambos institutos es la justicia del enriquecimiento: el trabajo incorporado a una mercancía o la cesión de la propiedad (cuando ésta no se consume con su uso: arrendamiento). Es una modalidad del hurto cobrar por encima del trabajo producido o cobrar intereses por el dinero prestado. SANTO TOMÁS elude posturas extremas como la prohibición radical del comercio.

Todas las discusiones posteriores han girado en torno a los planteamientos sentados en la *Summa Theologica*. El *periculum sortis* (el riesgo) es admitido por S. TOMÁS como título para el incremento del precio en la compraventa pero no lo ha previsto como título para cobrar intereses. A partir del siglo XIV la doctrina católica tiende a admitir el *periculum sortis* como título para cobrar intereses (PABLO DE CASTRO). Con ello se incorpora un nuevo y peligroso matiz en la teoría tomista, pues se hace posible fundar un lucro no en el trabajo o en la renta de la propiedad, sino en el riesgo (alterándose el principio primero de una sociedad corporativa). Para SANTO TOMÁS es inmoral la *stipulatio penae* o pena con-

vencional, pactada antes de producirse el daño, porque nadie puede comprar o vender lo que no existe (II, II, q. 78, art. 2.º: La esencia del dinero es el cambio y no puede ser vendido por más dinero, pues afecta al justiprecio), aunque en este punto también a partir del siglo XIV tiende a mantenerse la licitud de la *stipulatio penae* como medio de preconstituir la prueba del daño y siempre condicionando su realidad a la prueba efectiva del daño.

SANTO TOMÁS prevé expresamente los puntos más vulnerables de su doctrina, por donde luego va a evolucionar la dogmática jurídica posterior. En II, II, q. 78, artículo 1.º, señala que es lícito cobrar una renta por una cosa que se usa sin consumir pero que no es lícito cobrar intereses por el dinero. En II, II, q. 78, artículo 5.º, aclara que es lícito invertir dinero para entrar en sociedad con un comerciante o artesano y participar proporcionalmente en los frutos o ganancias que obtenga.

La importancia de esta doctrina, que luego la Iglesia católica hizo suya, estriba en que por medio de la prohibición de cobrar intereses y por la institución del justiprecio se cierra la vía para la creación de títulos crediticios y se restringe el desarrollo de la actividad financiera. Esta doctrina se convierte en la columna vertebral de un sistema económico de producción y distribución corporativa de los bienes, y se cierra la vía a la producción y distribución en masa que exige incorporar importantes medios financieros. La sociedad corporativa se asienta en la tajante prohibición —como una forma de hurto— de toda actividad especulativa. Sólo se admiten como títulos de enriquecimiento los títulos intrínsecos (fundamentalmente el trabajo y las rentas de propiedad), pero no se admiten títulos extrínsecos (como el valor de mercado, etc.). El modelo económico resultante se organiza a través de relaciones interpersonales de producción y distribución y en ningún lugar tiene cabida el Estado como universal. El dinero como instrumento de cambio, en la teoría tomista, es un bien con valor en sí y no un título de crédito, pues una persona no se puede dar a sí misma como servidumbre; el dinero se concibe exclusivamente como instrumento de cambio y nunca como un elemento público de organización; la teoría del justiprecio y la prohibición de intereses cierra la vía a una organización universal y pública de las relaciones crediticias y financieras. La doctrina de SANTO TOMÁS es también importante porque se opone a las tesis maniqueas medievales, mantenidas por sectas de herejes como los cátaros, albigenses, valdenses, etc., que consideraban el dinero y las riquezas como intrínsecamente malas y a toda forma de comercio como intrínsecamente pecaminosa. SANTO TOMÁS condena las actividades especulativas pero no las comerciales, y la riqueza no es condenada en sí, sino en su indebido uso.

D) LA REFORMA Y SU SIGNIFICADO, EN EL DERECHO PATRIMONIAL

El individualismo de la noción de relación directa entre el hombre y Dios, y el dogma de la fe sola, están en contradicción con los principios de una sociedad corporativa. LUTERO es un teólogo y no expone un proyecto de organización social. En el punto tocante a la usura está influido por la doctrina tradicional de la Iglesia y condena el cobro de intereses en innumerables ocasiones (7). Sus ideas son respetadas por MELANCHTON, ZWINGLI y otros reformadores. Los humanistas como HUTTEN o ERASMO dudan. En esa época los principales defensores de la licitud de los intereses son los juristas; las razones son fundamentalmente dos, en primer lugar la influencia del Derecho romano y en segundo lugar su carácter de servidores del príncipe. Es un hecho hoy comúnmente admitido que el desarrollo del Estado es paralelo al desarrollo de la sociedad capitalista (8), pues, a mi juicio, el primero se funda en la segunda (y al revés) (9). Los juristas son especialmente responsables de la destrucción de la sociedad corporativa al incorporar un nuevo Derecho universal y formalmente promulgado que crea un mercado y destruye progresivamente todas las bases corporativas de la producción y distribución de los bienes. Una nueva doctrina sobre el justiprecio y la derogación de la prohibición de intereses era necesaria para consagrar socialmente el nuevo tránsito en la historia.

CALVINO es el formulador de una nueva doctrina teológica sobre el interés, y la clave de su pensamiento hay que buscarla en una nueva concepción del enriquecimiento injusto que formula en *La Institución Cristiana*. CALVINO sigue muy de cerca la exposición de SANTO TOMÁS aunque invierte las soluciones. Puede decirse que en este punto no hay nada en CALVINO que no se encuentre antes en la *Summa Teologica*. En el examen del delito de hurto que hace CALVINO en el libro II, capítulo VIII, párrafos 45 y 46, de *La Institución Cristiana* estudia el fraude en la compraventa y el justiprecio, para concluir que es injusto el enriquecimiento producido en *daño de tercero*; recordando además en ese contexto que cada uno debe cumplir con su deber de acuerdo con su situación, guardando los inferiores respeto y devoción a sus superiores y éstos solicitud hacia sus inferiores. No hay en CALVINO una teoría del justo enriquecimiento (como en SANTO TOMÁS), sino que lo que se formula es una teoría del injusto enriquecimiento. Siendo el único lucro indebido, según

(7) Sobre el tema, véase GARCÍA VILLANUEVA: *Lutero*, 2 vols., Madrid, 1973.

(8) MAX WEBER: *El científico y el político*, trad. esp., Madrid, 1972, pág. 98.

(9) Constituye el tema central del capítulo I de mi libro: *La propiedad en la formación del Derecho administrativo*, Pamplona, 1983.

CALVINO, el que se obtiene con daño de tercero, se cierra el paso a una teoría de los beneficios excesivos o a una condena de la actividad especulativa (10).

En base a esta nueva teoría del enriquecimiento injusto, CALVINO es el primero de los teólogos cristianos que liberará el préstamo a interés del oprobio moral que tenía hasta entonces. Su doctrina sobre este punto se desarrolla por primera vez en su carta a CLAUDE SACHIN, que le consultó expresamente sobre el tema (11). Empieza afirmando en la carta que la licitud de cobrar intereses es una cuestión sin respuesta clara, y que el interés no se debe ni permitir ni prohibir expresamente. Tras un examen de la Biblia llega a la conclusión de que no es el interés en sí lo que se ha prohibido, sino las maniobras fraudulentas y abusivas que acompañan a la usura; en Ezequiel 22,12 se prohíbe expresamente a los judíos, pero como medida política, no moral. Frente a la afirmación de que el dinero no produce frutos, afirma CALVINO que el dinero es una mercancía y debe poderse pagar un justiprecio; si se cobra un dinero por renta de un inmueble es absurdo no poderlo cobrar cuando se entrega un dinero para comprar un inmueble. En base a la idea de sociedad —que hemos visto formulada por SANTO TOMÁS—, afirma CALVINO que el cobro de intereses se fundamenta en todo caso en el provecho que produce el dinero. Sin embargo, no todo interés es —según CALVINO— legítimo; se debe distinguir el interés de la usura. CALVINO afirma que el interés es legítimo mientras no supere cierta tasa y siempre que se trate de un préstamo de producción. Esa misma doctrina se reitera luego en el comentario al Exodo (22,25), Levítico (25,35-38) y Deuteronomio (23,19-20).

CALVINO se da cuenta de que la tasa de interés es un valor universal que afecta al valor mismo del dinero como universal y que repercute sobre todos. Para CALVINO, por ello, la prohibición de interés es una medida de orden político y no necesariamente de orden moral. A mi juicio, además, esta nueva teoría sobre el interés está basada en la nueva naturaleza del dinero. SANTO TOMÁS contempla el dinero como valor en sí y como instrumento de cambio, mientras que CALVINO considera el dinero como un instrumento providencial de comunicación entre los hombres; se ha producido el tránsito de una sociedad corporativa a una sociedad comercial, que implica el tránsito del dinero como valor en sí al dinero como título de crédito (fundado exclusivamente en la confianza). Por eso toda aceptación de dinero en pago implica tanto un riesgo como una participación en una sociedad universal. SANTO TOMÁS prohíbe

(10) He consultado la edición *L'institution de la religion chretienne*, Geneve, 1958.

(11) Véase un estudio más detenido en BIELER: *La pensée economique et sociale de Calvin*, Geneve; 1961, pág. 456.

la especulación pero hemos visto que permite el interés cuando se funda en títulos extrínsecos al préstamo; cabe la duda de si ante la nueva naturaleza del dinero SANTO TOMÁS habría optado por afirmar la licitud del interés de forma similar a la de CALVINO (que, hemos dicho, no usa argumentos diferentes a SANTO TOMÁS) o, por el contrario, fundado en que el interés interfiere en el valor del dinero, hubiese opinado que es una forma de hurto. En todo caso puede afirmarse que no ha cambiado la doctrina, sino la naturaleza del dinero (12). Termina finalmente su exposición CALVINO con un argumento de carácter sociológico, destacando que el interés no sólo es legítimo, sino indispensable para la vida económica (13).

CALVINO continúa formalmente apegado a la teoría del justiprecio pero ésta ha perdido su fundamento ontológico, ya que el único límite moral que se pone al enriquecimiento es el daño a tercero; ésta debería ser, por tanto, la única limitación ontológica a la tasa de interés (aunque CALVINO no llega a tomar autoconciencia de ello). La teoría del justiprecio se independiza en CALVINO de la prohibición de intereses; en adelante los juristas van a examinar la teoría de los intereses en un contexto sistemático ajeno e independiente a la teoría del justiprecio. No puede decirse que la exposición de CALVINO sea absolutamente coherente, pues parece emplear criterios distintos y soluciones distintas para resolver el

(12) Los jesuitas son probablemente los primeros en admitir el derecho a recibir intereses del préstamo en los países católicos; el argumento fundamental es que no cambia la doctrina de la Iglesia, sino la naturaleza del dinero (cf. ROBERTSON: *The raise of economic individualism*, Cambridge, 1935). Las nuevas doctrinas económicas estarían fundadas en el deseo de recuperar para el catolicismo las élites económicas (cf. TREVOR-ROPER: *Religion, the reformation and social change*, Londres, 1967, pág. 35). La nueva doctrina de que el hombre puede servir a Dios como soldado, juez o negociante, y en todos los lugares está llamado a la gloria de Dios, es calificada por SOMBART (*Les juifs et la vie économique*, trad. francesa, París, 1923) como espíritu calvinista de los jesuitas. Todas estas afirmaciones son luego contestadas por el jesuita BODRIK (*The economic moral of the jesuits*, Nueva York, 1934), aunque han quedado después como un lugar común en la doctrina.

Sobre las consecuencias económicas de la prohibición de intereses en el mundo católico, el economista SAYOUS (*Calvinisme et capitalisme*, pág. 227, citado por TREVOR-ROPER, cit., pág. 56) muestra que en España, donde el préstamo a interés estaba prohibido en el siglo XVI, las tasas de interés eran más altas que en la Ginebra calvinista debido fundamentalmente al mayor riesgo y clandestinidad. La polémica de la usura se convirtió en piedra de toque entre los autores católicos y protestantes. En los ambientes eclesiásticos se censuran los libros que tratan sobre la usura, y la última prohibición formal de la misma será la de BENEDICTO XIV (*De synodo Diocesana*), cuya primera edición aparece en 1748, y la segunda en 1755.

(13) En muchos puntos continúa, sin embargo, CALVINO apegado al pensamiento tradicional. Por ejemplo, en el comentario al Salmo 15 señala la ilegitimidad del interés cuando permite una remuneración sin esfuerzo, y en el comentario a Ezequiel 18 dice que aquellos que profesionalmente se dedican a prestar son malhechores.

mismo problema: así el interés se limita sólo como medida política, se admite todo enriquecimiento mientras no dañe a tercero, y se mantiene formalmente la teoría del justiprecio. Yo entiendo que las tres instituciones están ontológicamente ligadas y esta visión unitaria le falta a CALVINO; sin embargo, su importancia estriba en haber liberado al interés del dinero de la condena moral lo que deja la vía libre a la actividad financiera y a la creación de dinero fiduciario. Las últimas consecuencias de este nuevo planteamiento no se llegaron a formular hasta el liberalismo económico; sólo entonces se llega a formular una nueva relación coherente del interés del dinero, el justiprecio y el enriquecimiento injusto: el dogma de la santidad del contrato.

Hay otro aspecto del pensamiento de CALVINO que aunque no tiene relación directa con nuestro tema conviene subrayar aquí: la consideración que CALVINO hace de las riquezas. Ya no se consideran un mal en sí mismas, o como una virtud su renuncia, sino que abandonando la ética agustiniana y tomista se vuelve a la moral del Antiguo Testamento de considerar las riquezas como un signo de predilección divina. CALVINO destaca en diversas ocasiones que la riqueza está ligada habitualmente a virtudes como el ahorro, la honradez, la frugalidad, etc. Las riquezas, como la ciencia, son instrumentos que Dios coloca en la mano de sus elegidos para el cumplimiento de sus fines. No se trata como fue presentado por MAX WEBER, de relacionar predestinacionismo con capitalismo, sino de una vuelta a la moral del Antiguo Testamento (14). CALVINO, que, no lo olvidemos, tiene formación de jurista y no de teólogo, organiza un orden social reformado (la Iglesia) en base al principio de la sola escritura y de una revelación única y consumada en la persona de Cristo, y coloca el mensaje del Antiguo Testamento al mismo nivel que el del Nuevo Tes-

(14) Después de la formulación de la conocida tesis de MAX WEBER de la relación entre capitalismo y protestantismo, se origina una fuerte polémica en los más diversos campos del saber y sobre los más variados aspectos. En lo que aquí nos interesa, si bien muchos autores parecen estar de acuerdo en reconocer la nueva moral del trabajo como «profesión» y no como un «empleo» (que tendría su origen en la traducción de la Biblia por LUTERO y en la nueva moral calvinista), parece existir también una crítica extendida a la relación weberiana entre el predestinacionismo y el capitalismo. Un buen resumen de la polémica postweberiana puede encontrarse en BESNARD (*Protestantisme et capitalisme*, París, 1970).

La vuelta a la moral y principios del Antiguo Testamento, como una constante de todos los movimientos protestantes, es una consecuencia natural del dogma de la sola escritura. Ya HUS pretende instaurar el reino de Dios sobre la tierra y su nueva capital Tabor adopta una constitución patriarcal tomada del Antiguo Testamento (PIRENNE: *Les grands courants de l'histoire universelle*, Neuchâtel, 1944/1956, tomo II, pág. 82). Un estudio de la relación entre calvinismo y judaísmo, y la concepción del calvinismo como un cristianismo judaizado, puede verse en la obra antes citada de SOMBART. En España se desarrolla un argumento similar por PARADOWSKI: *Sociología del protestantismo*, IV, «verbo», 168, septiembre-octubre 1978, págs. 119 y sigs.

tamento. CALVINO, sin formación teológica y lector de la Escritura, está particularmente influido por el Antiguo Testamento; en particular, la noción de predilección divina mostrada en las riquezas y sabiduría es propia del Antiguo Testamento, donde los patriarcas se presentan como hombres ricos, Dios bendice con riquezas a los que siguen su palabra y la entrega de la tierra prometida está fundada en la virtud de su pueblo (la donación será revocada por el pecado y el pueblo escogido entregado a la cautividad de Babilonia).

E) LA INCIDENCIA HISTÓRICA DE LAS DOCTRINAS DE LA REFORMA

El problema central del calvinismo en la historia es la falta de una autoridad instituida, que conduce a que las doctrinas calvinistas carezcan de identidad dogmática. CALVINO gozó personalmente de autoridad pero a su muerte su Iglesia se disgrega en múltiples congregaciones. Estas surgen cristalizadas alrededor de un predicador (por ejemplo, KNOX, BAXTER, FOX, PENN, WESLEY, etc.), que cuando tiene auténtica personalidad llega a fundar una auténtica Iglesia propia. Todas estas Iglesias, aunque entre ellas, y en busca de su identidad, se exasperen en discusiones sobre temas menores, tienen una inconfesada o confesada raíz calvinista. En general puede afirmarse que presbiterianos, congregacionalistas, puritanos, cuáqueros y metodistas, siendo en realidad desarrollos de un tronco calvinista, siguen las mismas doctrinas sobre la naturaleza y límites de los intereses (15).

Todas las comunidades religiosas de carácter calvinista presentan una común tendencia a la secularización derivada de su inestabilidad en el dogma y en la disciplina. El ejemplo de las comunidades puritanas en los Estados Unidos puede ser paradigmático: los puritanos, perseguidos en Inglaterra, fueron a fundar en el otro lado del Atlántico el reino de Sión, la Jerusalem liberada, a instaurar el sueño calvinista del reino de Dios sobre la tierra (16), pero su principio de la libre elección de los pastores hizo que pronto perdieran su cohesión dogmática y además se mostraron muy vulnerables a otras creencias (17). El congregacionalismo puritano degeneró en múltiples Iglesias y congregaciones hasta acabar disueltos en

(15) SAMUELSON: *Economía y religión*, trad. esp., Madrid, 1970, pág. 74.

(16) Véase, BERCOVITCH: *The puritan origins of the american self*, New Haven-Londres, 1975; SPINI: *Autobiografía de la giovane America*, Turín, 1968. Mientras América vive soñando en la liberación política del espíritu, en Rusia sólo se espera una liberación interior. Mientras el pueblo americano aún conserva el sentido de pueblo escogido de Dios propio de la tradición judía y calvinista, el pueblo ruso hereda la conciencia de pueblo maldito propio de la tradición bizantina y oriental.

(17) SCHNEIDER: *The puritan mind*, Nueva York, 1931; BUSHMAN: *From puritan to yankee*, Cambridge, Mass., 1967.

la secularización. Ejemplos similares encontraríamos en otras comunidades de carácter calvinista.

El espíritu ahorrador y ascético calvinista, cuando secularizado, produce un tipo muy característico de los países anglosajones de tradición presbiteriana: el avaricioso. También el fariseísmo es típico de esas sociedades y tiene su raíz, a mi juicio, en el principio de libertad de interpretación de la Biblia, que siempre permite encontrar un texto bíblico para fundar una opinión.

Yo creo que la exposición calvinista sobre el interés, el justiprecio y el enriquecimiento injusto es la raíz del dogma liberal de la santidad del contrato. CALVINO explica autónoma e independientemente el interés, el justiprecio y el enriquecimiento injusto olvidándose su trabazón institucional. La teoría del justiprecio se desarraiga de su fundamento último en el enriquecimiento injusto; por otra parte, el criterio del daño a tercero, como único límite para el enriquecimiento, es por inseguro, aleatorio, y, sobre todo, particular, muy deficiente desde el punto de vista jurídico para poder elaborar una teoría general. La secularización supone el desarraigo del derecho de los principios morales. El nuevo principio del Derecho patrimonial secularizado es que el enriquecimiento es justo si se funda en un contrato válido, y se destierra del Derecho positivo la teoría del justiprecio. La prohibición del interés implicaba la prohibición de toda actividad especulativa, fundaba una teoría del justiprecio y calificaba de justo el enriquecimiento proveniente de la justa retribución del trabajo o de la cesión de la propiedad; estos principios servían a su vez de modelo jurídico para la organización de una sociedad corporativa. Por el contrario, la libertad de la tasa de interés conduce finalmente al abandono de la teoría del justiprecio y a la proclamación formal del dogma de la santidad del contrato. La confusión entre justicia y derecho conduce en el ámbito patrimonial a la identificación entre enriquecimiento justo y contrato. Pero a esta conclusión última y coherente sólo se llega en la codificación.

La hipótesis planteada es, en definitiva, que la teoría del justiprecio y la limitación de la tasa de interés están estrechamente ligadas a la teoría del enriquecimiento injusto. En el derecho liberal, el dogma de la santidad del contrato está ligado al abandono de la teoría del justiprecio y a la libertad de fijación de la tasa de interés por el dinero prestado. La razón es que todo enriquecimiento que se funda en un contrato es justo. Se llega de nuevo a una formulación coherente de la relación ontológica entre las tres instituciones jurídicas. Por eso la crisis del dogma de la santidad del contrato hace aparecer nuevas formas de limitación de la tasa de interés o de valoración de la equivalencia de las prestaciones,

con lo que se asiste a nuevas formulaciones de la teoría del justiprecio desde nuevas perspectivas y nueva terminología. Todo ello incide directamente sobre la teoría del enriquecimiento injusto. Asistimos a un cambio radical del derecho patrimonial, que se anuncia como inminente, aunque, a mi juicio, faltan aún por formularse criterios alternativos adecuados (18).

JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ
Profesor de Derecho civil en la
Universidad de Navarra

(18) Me atrevería incluso a decir que en esta discusión está también implicada la naturaleza del dinero, que ha pasado de ser un valor en sí a ser exclusivamente un título de crédito (fundado en la confianza y representación del Estado como universal). Por eso la crisis del dinero —como título formal— que se observa en algunos países es, a mi juicio, una crisis general de Estado. A mi entender, todo gobernante ha de ser especialmente cuidadoso con la credibilidad del dinero, porque en ella está implicada la sobrevivencia del Estado en la forma que hoy lo conocemos. Una política económica inadecuada puede acabar terminando en una crisis general del dinero y el Estado, pues el Estado —como el dinero— es hoy por hoy pura forma. A mi juicio, el exceso de control por parte de la Administración de la vida económica y de las rentas personales puede terminar en una crisis general del dinero y el Estado, pues la única razón de subsistencia de ambos es la credibilidad de una forma.

ESTUDIOS DE
DERECHO EXTRANJERO



La vigencia del asiento de presentación en nueva Ley Hipotecaria de Puerto Rico

A Luis Moisset de Espanes, muy especialmente.

Con fecha 8 de agosto de 1979, se aprobó la Ley número 198, que deroga la Ley Hipotecaria de 1893. La nueva normativa, dirigida, según intención legislativa no expresada exactamente, a «modernizar» el sistema registral y superar los «arcaísmos» de la legislación anterior, parece crear múltiples problemas al intérprete. Ciertamente, no es ahora el momento adecuado para tratar de los mismos; pero sí puede elegirse uno de los *menores* que se ofrecen, cual es la vigencia que tenga el asiento de presentación. Que este punto pueda ser un problema, pone de manifiesto los «méritos» de la nueva normativa.

Naturalmente, esta apreciación inicial que se avanza parte de un presupuesto fundamental, cual es el impuesto por los principios de hermenéutica de un sistema de Derecho codificado, que reclama del legislador unas maneras determinadas de confección legislativa.

También es cierto que el influjo del Derecho norteamericano —pero, sobre todo, los intereses económicos que gravitan sobre los inmuebles— ha dejado profunda huella en Derecho portorriqueño, y no es menos cierto que la jurisprudencia, asumiendo una función única en cualquier sistema jurídico, al erigirse en reina y señora de qué sea eso que ella llama Derecho portorriqueño, ha venido a confeccionar un sistema, que no diré jurídico, en que la pauta jurisprudencial se sitúa por encima de la propia Ley.

Esta situación pudo permitir en su día que al modificarse el artículo 65 de la Ley Hipotecaria, para admitir la registración de los títulos con

defecto subsanable sin necesidad de subsanación alguna, al hundirse en la práctica en principio de legalidad —que se alejó de las reglas debidas del juego—, creó unas maneras de registración y de calificación incomprensibles para cualquier sistema jurídico serio. Pero esa práctica pudiera explicar el sentido de la nueva Ley, que carece de sentido ante un enfoque jurídico, por poco técnico que sea.

Aquella práctica generalizada vino en consistir, expresada a grandes rasgos, en lo siguiente. Presentado un título al Registro, y extendido el oportuno asiento de presentación, éste quedaba dilatado, sin sujeción a plazo alguno, no empeece lo preceptuado en la Ley o en su Reglamento. Con frecuencia, el título presentado adolecía de defectos, que el Registrador venía a comunicar por vía oficiosa, procediendo el Notario, ya a corregir (?), ya a ampliar la consulta al Registrador, hasta que, si había acuerdo, se procedía a inscribir, o si había discrepancia, se procedía a rechazar el título, oportunamente calificado oficialmente, a efectos del recurso gubernativo. Por su parte, el Tribunal Supremo, con competencia exclusiva respecto de dicho recurso, nunca se ha recatado de lanzar sus diatribas contra el Registrador, ante pretensiones sensatas de no acceder al Registro títulos con defectos, bajo la excusa de que «al Registro se va a buscar protección, no obstáculos».

Se explica entonces, en parte, que redactado el nuevo texto legal por Registradores no concedores de su función, hayan pretendido convertir aquella «realidad» en texto legal. Resultando así que lo que podía tener algún sentido oficiosamente, deviene en absurdo cuando se eleva a la categoría de Ley. Naturalmente, y siempre, partiendo de la premisa de que la técnica de interpretación tiene sus exigencias.

* * *

Establece el artículo 52 de la Ley que «el término del asiento de presentación caducará a los sesenta días a partir de la notificación por defecto del documento presentado» (1). Tan tajante afirmación del párrafo se-

(1) Artículo 52.—Se registrarán los documentos dentro de los sesenta días siguientes a su presentación, o de corregidas las faltas que se hayan señalado, o de radicado el Escrito de Recalificación, excepto cuando medie justa causa, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento. Dentro del mismo término notificarán las faltas y actuarán respecto de los títulos defectuosos, conforme al artículo 69.

El término del asiento de presentación caducará a los sesenta días, a partir de la notificación por defecto del documento presentado. No obstante, quedará interrumpido dicho término cuando dentro del mismo ocurran cualquiera de las siguientes situaciones:

1.º Se corrija el defecto notificado, según lo dispuesto en el artículo 69.

2.º Se radique ante el Registrador el escrito solicitando recalificación, que dispone el artículo 70.

gundo del precepto citado está, sin embargo, negada por el párrafo primero, a cuyo tenor: «se registrarán los documentos dentro de los sesenta días siguientes a su presentación o de corregidas las faltas que se hayan señalado, o de radicado el Escrito de Recalificación, excepto cuando medie justa causa, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento». Dentro del mismo término notificarán las faltas y actuarán respecto de los títulos defectuosos conforme al artículo 69 (énfasis añadido).

La combinación de ambos preceptos permite deducir que el plazo de vigencia del asiento de presentación es de sesenta días, pero que ese término puede comenzarse a computar: a) desde la presentación del documento; b) del momento en que quedan corregidas las faltas; c) de sometido el escrito de recalificación (*sic*); d) cualquier otro término que el Reglamento fijará en su momento, si mediare justa causa.

Por consiguiente, dado que el comienzo del cómputo del plazo de vigencia depende de otro factor que determina el inicio, parece obvio aseverar que, por el momento, no existe plazo de vigencia del asiento de presencia, en el sentido de un plazo exacto, general, conforme, y sin perjuicio de las ampliaciones que puedan admitirse conforme con la Ley.

Pero el párrafo segundo del artículo 52 parece abrir la puerta a un problema diverso —o quizá adicional—, al determinar la suspensión de la interrupción del plazo de vigencia de la presentación, «cuando *dentro del mismo* ocurran cualquiera de las siguientes situaciones:

1.^a Se corrija el defecto notificado, según lo dispuesto en el artículo 69.

2.^a Se radique ante el Registrador el escrito solicitando recalificación, que dispone el artículo 70.

3.^a Se tome anotación preventiva por sesenta días, dispuesta en el artículo 71.

4.^a Se recurra gubernativamente, de acuerdo al artículo 76» (énfasis añadido).

Podemos dejar de lado la enumeración, por cuanto las cuatro hipótesis no son otra cosa que cuatro fases de un mismo proceso, como se deduce claramente de la lectura de los artículos 69, 70, 71 y 76 (2).

3.^o Se tome anotación preventiva por sesenta días, dispuesta por el artículo 71.

4.^o Se recurra gubernativamente, de acuerdo al artículo 76.

El Registrador hará constar la interrupción del término, así como la caducidad, por nota fechada en el Diario al margen del asiento de presentación.

(2) Artículo 69.—Si el Registrador observare alguna falta en el documento, conforme al artículo anterior, notificará su calificación por escrito al presentante y al Notario autorizante, si así se pidiere en el asiento de presentación, dentro de se-

Pero no deja de ser curioso y problemático que el párrafo segundo del artículo 52 señale la ampliación del plazo del asiento de presentación cuando, «dentro del mismo», esto es, dentro de plazo, se corrija el defecto notificado. Porque si se corrige el defecto dentro de plazo, no se ve razón alguna para determinar la ampliación del mismo. Corregido el documento, procede la inscripción. Lo sensato es dilatar el plazo para corregir defectos por decretarse la suspensión de la inscripción misma. Ciertamente, pudiera pensarse en dilatar el plazo cuando el Registrador señala un defecto subsanable, para dar la oportunidad de subsanarlo; lo cual, si

senta días de la fecha de dicho asiento de presentación, bien por entrega personal o por correo, para que corrijan la falta durante el plazo de sesenta días, a partir de la fecha de la notificación.

La notificación deberá contener todos los motivos legales en que se basa la calificación. La notificación se hará constar por nota fechada en el asiento de presentación y al pie del documento notificado, firmando dicha nota el Registrador, cumplido lo cual quedará perfeccionada.

Si se hiciere más de una notificación, se comenzará a contar el plazo desde la última.

De no ser subsanado el defecto y expirado el plazo de sesenta días, el Registrador extenderá nota de caducidad en el asiento de presentación y al pie del documento.

Artículo 70.—No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el presentante o el interesado que no esté conforme con la calificación del Registrador podrá, dentro del término improrrogable de veinte días siguientes a la fecha de la notificación, radicar personalmente con el Registrador o remitirlo por correo certificado, un escrito solicitando recalificación, exponiendo sus objeciones a la calificación, los fundamentos en que apoya su recurso y una súplica específica de lo que interesa. Transcurridos los veinte días se entenderán consentidos los defectos señalados por el Registrador.

Si se hubiere consentido la calificación del Registrador, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior, y el interesado intentase corregir los defectos apuntados dentro del término que concede el artículo 69, sólo se podrá recurrir gubernativamente de la denegatoria al efecto de determinar si los defectos señalados fueron corregidos.

Artículo 71.—Si recibida la solicitud de recalificación, el Registrador decidiera mantener su calificación original, dentro de un término de treinta días denegará la inscripción solicitada, extendiendo en su lugar anotación preventiva sobre la finca afectada, en la cual expresará los motivos legales para tal anotación, que deberán ser los mismos contenidos en la notificación de la calificación. Esta anotación preventiva tendrá un término de duración de sesenta días, a partir de su fecha.

La denegatoria se notificará en esa misma fecha, en la forma expresada en el artículo 69, y se hará constar en el asiento de presentación y al pie del documento.

Artículo 76.—Todo interesado podrá recurrir ante el Tribunal Supremo de Puerto Rico contra la calificación final del documento hecha por el Registrador denegando el asiento solicitado. No obstante, no podrá interponer el recurso quien no haya radicado oportunamente el escrito que dispone el artículo 70, solicitando la recalificación, excepto cuando mediere el intento de corregir defectos previstos en dicho artículo.

También podrá el interesado recurrir gubernativamente cuando habiéndose inscrito el título presentado, el Registrador se negase a reconocer en el asiento, cuando le sea solicitado, todo el valor y efecto legal del título.

bien es viable aprovechando la absurda redacción del texto legal, no deja de ser sorprendente ante un artículo 67, a cuyo tenor «la calificación hecha por el Registrador de los documentos presentados será a los únicos efectos de extender o denegar la inscripción...». Pero no nos fíemos del texto del precepto, porque el artículo 68 añade que «serán faltas que de no corregirse de conformidad con las disposiciones de esta Ley, impiden la registración del título presentado...», haciéndose relación a continuación de defectos que, por la forma de enunciarse, pueden ser así subsanables como insubsanables (3).

Lo dicho, es claro, no tiene gran sentido.

Lamentablemente, el poco que podría tener (siempre en el contexto legal) parece oscurecerse algo más ante la lectura del artículo 69, a la cual invita directamente el artículo 52. Dicho artículo 69 determina que «si el Registrador observare alguna falta en el documento, conforme al artículo anterior» (esto es, de aquellas subsanables que pueden ser insubsanables), «notificará su calificación por escrito al presentante y al Notario autorizante, si así se pidiere en el asiento de presentación, dentro de sesenta días de la fecha de dicho asiento de presentación, bien por entrega personal o por correo, para que corrijan las faltas durante el plazo de sesenta días a partir de la fecha de la notificación». Añadiendo el párrafo tercero del citado artículo 69 que «si se hiciere más de una notificación, se comenzará a contar el plazo desde la última».

Ahora es ya claro de verdad que el asiento de presentación no tiene plazo de vigencia propio, porque el inicio del cómputo se hace depender de la notificación al interesado por el Registrador. Por consiguiente, si el Registrador tarda en comunicar seiscientos días, ése será el plazo de vigencia del asiento de presentación.

Contra esta posibilidad, adquiere sentido relativo el artículo 52, al ordenar que se inscriban los documentos dentro de los sesenta días siguientes a su presentación, dando así la impresión de que el Registrador

(3) Artículo 68.—Serán faltas que, de no corregirse de conformidad con las disposiciones de esta Ley, no impiden la registración del título presentado:

1. Las que afecten los requisitos formales del documento o el acto o contrato en él consignado.
2. Las que produzcan la nulidad de los mismos.
3. Las que se originen de obstáculos del Registro.
4. Las que se funden en las disposiciones de esta Ley.
5. Las que en alguna forma contravengan o no cumplan con las Leyes del país.

Dice el artículo 67: «La calificación hecha por el Registrador de los documentos presentados será a los únicos efectos de extender o denegar la inscripción, anotación, nota o cancelación solicitada, y no impedirá ni prejuzgará el juicio que pueda seguirse en los Tribunales sobre la validez de los documentos calificados, debiendo atenerse el Registrador a lo que en aquél se resuelva».

notificará siempre antes de los sesenta días de presentado el documento para cumplir con dicha obligación legal. Pero ciertamente, el propio artículo 52 previene ante tal ilusión, al advertir que esa obligación de registrar no opera si se corrigen las faltas, se somete escrito de recalificación o por justa causa.

De otro lado, un Registro que siempre ha funcionado con enorme atraso (siquiera esto sea hoy referible a varias de sus secciones, pero no a todas), no ofrece razón alguna para pensar que no vaya a continuar así por el mero y simple hecho de que se promulgue una nueva Ley, la que, destacadamente, es mucho más flexible que la anterior, al no someter el funcionamiento del Registro a plazo alguno. Por consiguiente, la pretendida obligación de inscribir impuesta al Registrador nada asegura.

Pero, además, la Ley parece presentar dos claras contradicciones en este punto. De un lado, impone la obligación de inscribir dentro de los sesenta días de extendido el asiento de presentación (art. 52, párrafo primero, proposición primera); reconoce que el asiento estará vigente por sesenta días, a contar de la notificación, o de la última si fueren varias (artículo 52, párrafo segundo), y reclama del Registrador notificar dentro de los sesenta días de la fecha de «dicho asiento de presentación» (artículo 69).

¿Qué incongruencias se encierran aquí?

Porque la expresión empleada por el artículo 69 de que el Registrador, si observare alguna falta, «notificará su calificación... dentro de sesenta días de la fecha de dicho asiento de presentación», debiera entenderse en el sentido de que esos sesenta días son el plazo del asiento; criterio que es desbancado por el artículo 52, párrafo segundo, que fija el plazo a contar de la notificación.

Pensemos ahora que el título es idóneo y el Registrador «notifica», esto es, admite el título a registro, estampando en la hoja final del documento el sello de «registrado» y su referencia. Resulta entonces que el asiento de presentación está vigente por sesenta días a contar de esa notificación.

¿Tiene sentido dilatar entonces el plazo? ¿O resulta que el legislador estima que la inscripción comunicada no es notificación?

La lectura reiterada del texto legal, aparte de que provoca conclusiones diversas y dispares en cada ocasión, permite, creo, apreciar la intención del legislador. El problema estriba en que esa intención no tiene sentido alguno y que, en todo caso, afirma el título de este pequeño trabajo: que el asiento de presentación carece de plazo de vigencia propio. Aparte que puede ser indicativa de que el legislador no conoce cómo funciona la legalidad.

Visto el texto legal desde lejos, el sentido que pretende pudiera ser el siguiente:

a) Ante un título idóneo, se inscribe —*procurando* hacerlo dentro de sesenta días a contar de la presentación—. Olvida aquí el texto legal que contra la inscripción del título es dable también recurso gubernativo si, por ejemplo, el asiento resultante no se conforma a lo solicitado por el particular, disparidad que el Registrador no indica en el sello del «inscrito». Esta posibilidad, que se recoge en el artículo 76, párrafo segundo (4), supondría, en todo caso, que el «inscrito» es una «notificación». Con lo cual, nos hallamos ante el caso de documento inscrito y asiento de presentación con vigencia de sesenta días desde la «notificación». Pero es claro, si la inscripción se conforma en todo con lo indicado por el particular, el sello de «inscrito» sigue siendo una «notificación», por lo que el plazo de vigencia del asiento de presentación se extiende por sesenta días, a contar de esa «notificación», innecesariamente, ya que el documento está inscrito y conforme. De ahí deduzco que quizá para el legislador, la «notificación» es algunas, pero no todas las notificaciones que haga el Registrador. Pero puesto que en la Ley el término notificación es unívoco, creo que sería hacer trampa la pretensión de que, según se le antoje a la jurisprudencia, unas comunicaciones serán notificaciones, pero otras no.

b) Ante un título con defecto insubsanable, el Registrador notifica, y notificará cuantas veces lo estime oportuno (art. 52, párrafo segundo), ya que la calificación deja de estar sujeta al principio de unidad del acto. Y entonces tendremos un asiento de presentación que se dilatará según las vicisitudes que deriven de dicha calificación.

c) Ante un título con defecto insubsanable, el Registrador, que sólo califica al efecto de admitir o rechazar la inscripción (art. 67), puede imputar falta que, por subsanarse, no impide la inscripción (art. 68), en cuyo caso, el plazo del asiento de presentación comenzará a contar desde la notificación de dicho defecto.

Queda entonces centrado el tema. Para responder cuál es el plazo de vigencia del asiento de presentación, será necesario determinar las diversas vicisitudes que puedan afectar a un título, para luego concluir cuál es ese plazo. Plazo que, como veremos, no tiene por qué darse. Con ello, aquella pregunta, tan simple e inocente, reclama, para que pueda ser contestada, entrar en todo el proceso de la calificación.

Adentrarse en este análisis puede requerir la determinación previa de una serie de fases (ciertamente, que todas ellas íntimamente involucra-

(4) Ver nota 2.

das), que me voy a permitir diferenciar como si fuese factible considerarlas por separado.

De entrada, se hace necesario distinguir la presentación de dos tipos diversos de documentos ante el Registro: el correspondiente a cualquier título registrable y el relativo a la solicitud de reserva de prioridad.

I. PRESENTACION DE UN TITULO REGISTRABLE

Ante la presentación de un título al Registro, la extensión del plazo de vigencia del asiento de presentación supone un vigor por sesenta días (artículo 69, párrafo primero), plazo que comienza a contarse desde la notificación que efectúe el Registrador (art. 52, párrafo segundo), o desde la última si fueren varias (art. 69, párrafo tercero). Pero ese plazo de sesenta días, aparte los que lleve extendido el asiento de presentación, puede prorrogarse *sine die*, por corregirse las faltas, por someter escrito de recalificación o por justa causa que determine el Reglamento (art. 52, párrafo primero).

Por consiguiente, ese plazo prorrogado puede extenderse:

a) A los propios sesenta días a contar de la notificación, si se corrige el defecto notificado dentro del plazo del asiento de presentación (que, en este sentido, no existe en el texto de la Ley) (art. 52, párrafo segundo, inciso primero).

b) A los días que resulten, si se presenta escrito de recalificación (artículo 52, párrafo segundo, inciso segundo), a que se refiere el artículo 70.

c) A los sesenta días adicionales, más los que puedan resultar posteriormente, por extenderse anotación preventiva, conforme al artículo 71 (artículo 52, párrafo segundo, inciso tercero).

d) A los días que resulten, por consecuencia de interponerse recurso gubernativo, cuya tramitación no está sujeta a plazo (art. 52, párrafo segundo, inciso cuarto).

Presentado el título, procede el Registrador a calificar. Y tal calificación ha de serle comunicada al particular. El Registrador debe notificar dentro de los sesenta días, ¿de vigencia del asiento de presentación? Se añade un interrogante, ya que los sesenta días podrían ser los fijados en el artículo 69, párrafo primero («dentro de sesenta días de la fecha de dicho asiento de presentación»), o tratarse de los sesenta días a que se refiere el artículo 52, párrafo primero («se registrarán los documentos dentro de los sesenta días siguientes a su presentación»). Pero este punto

concreto prefiero reservarlo en su análisis, al tratar de las vicisitudes del título con defecto subsanable.

Calificado el título, procede la notificación. Y, obviamente, dicha notificación puede ofrecer tres alternativas: que el título sea idóneo, que el título adolezca de defectos subsanables o que el título no sea inscribible por adolecer de defectos insubsanables. Veamos cada hipótesis en detalle.

A. *Tratándose de la notificación de título idóneo*, la notificación misma presupone la inscripción (art. 67). Resultando entonces que el Registrador tiene sesenta días para inscribir... lo que ya está inscrito. Naturalmente, hecha excepción de que se esté pensando en comunicar al particular la idoneidad de su título, con independencia del trámite material de extensión del asiento principal de que se trate (?).

B. *Si el título que se presenta adolece de defecto subsanable*, a tenor del artículo 67, resultaría que el Registrador tendría que callarse, admitiendo su registración, o rechazar el título, pues extender o denegar la inscripción solicitada son los «únicos efectos» de la calificación. Pero, como ya se ha dicho, el artículo 68 sale «al quite» admitiendo que pueden existir faltas que, «de no subsanarse», impiden la inscripción. En tal caso, es necesario distinguir que se produzca la corrección dentro de plazo o fuera del mismo (aunque no es conveniente preguntar ahora a qué plazo se está refiriendo la Ley), que no se produzca la corrección o que se someta escrito de recalificación ante el Registrador. Vayamos caso por caso.

1. NOTIFICACIÓN DE DEFECTO SUBSANABLE CON CORRECCIÓN DENTRO DE PLAZO

La posibilidad de corrección queda admitida por el artículo 68, refiriéndose concretamente a la misma el artículo 69, párrafo primero, proposición segunda: «si el Registrador observare alguna falta, conforme al artículo anterior, notificará su calificación por escrito al presentante y al Notario autorizante, si así se pidiere en el asiento de presentación (5), dentro de sesenta días de la fecha de dicho asiento de presentación, bien por entrega personal o por correo, para que corrijan la falta durante el plazo de sesenta días, a partir de la fecha de la notificación». Por consiguiente, cuantos quiera que sean los días que lleve extendido el asiento de presentación, parece claro que, en esta hipótesis, como el Registrador

(5) Hay que suponer que el «si así se pidiere» va referido a notificar al Notario. Si no, no habría notificación, ni término inicial para computar el plazo del asiento de presentación.

tiene que notificar sin plazo (recuérdese que el art. 52 fija sesenta días para inscribir, salvo excepciones, y fija el mismo plazo para notificar las faltas; luego si no hay plazo para inscribir, porque el mismo se comienza a computar desde la notificación, tampoco hay plazo para notificar, pues es la notificación la que señala el inicio), a contar de la notificación se extenderá el plazo por sesenta días, para que, dentro de dicho término, se corrijan las faltas (art. 52, párrafo segundo, proposición segunda), interrumpiéndose automáticamente el plazo (art. 52, párrafo segundo, inciso primero) si la corrección del defecto se produce de conformidad con lo previsto en el artículo 69, que fija el plazo de sesenta días, a contar de la notificación para que se corrijan las faltas (art. 69, párrafo primero). Interesa resaltar aquí la total falta de armonía entre el artículo 52 y el 69, pues mientras el primero impone la interrupción del plazo del asiento de presentación, si el defecto subsanable se subsana dentro del plazo del asiento de presentación, el artículo 69 extiende el plazo del asiento de presentación en sesenta días para que pueda subsanarse.

Pero ante tal hipótesis, dado que el Registrador puede efectuar cuantas notificaciones estime convenientes («si se hiciere más de una notificación», dice el art. 69), cada notificación actuará por su parte, de forma tal que, en dicho caso, quien sepa el plazo de vigencia de ese asiento de presentación puede presumir de «pitoniso» con fama bien ganada. Pero hagamos abstracción de esa incidencia, que permite la presencia de una o de diez mil notificaciones, y continuemos con la situación itinerante del título con defecto subsanable, cuya corrección acepta el particular.

Procediéndose a la corrección dentro del término que pueda existir —y que yo, sinceramente, ignoro y renuncio a averiguar—, la Ley distingue según que la corrección se efectúe dentro de término o fuera del mismo.

Si el defecto se corrige dentro de término, ¿qué ha ocurrido con el título? El artículo 52, párrafo segundo, inciso primero, refiere la hipótesis de defecto corregible al artículo 69, que, como artículo, precede al artículo 72, cuyo párrafo segundo (6) dice: «De ser corregidas las faltas

(6) Artículo 72.—En los casos de los artículos precedentes, si se corrigieren las faltas luego de caducado el asiento de presentación, se hará una nueva presentación y surtirá sus efectos desde la fecha del nuevo asiento.

De ser corregidas las faltas objeto de la anotación preventiva dentro del término de su vigencia, se hará una nueva presentación para que la anotación preventiva sea convertida en inscripción definitiva y surtirá sus efectos desde la fecha de la primera presentación. En este caso, se cancelarán de oficio los asientos de títulos contradictorios que se hayan practicado con posterioridad a la anotación.

De corregirse las faltas luego de transcurrido el término de duración de la anotación preventiva, se hará una nueva presentación y surtirá sus efectos desde la fecha del nuevo asiento.

Sobre la aparente reiteración de los párrafos primero y tercero, ver luego, en el texto del trabajo.

objeto de la anotación preventiva (7) dentro del término de su vigencia, se hará una nueva presentación» (!) «para que la anotación preventiva sea convertida en inscripción definitiva y surtirá sus efectos desde la fecha de la primera presentación. En este caso, se cancelarán de oficio los asientos de títulos contradictorios que se hayan practicado con posterioridad a la anotación».

A mí se me ocurren algunas cuestiones.

Primera. Si se está aludiendo a títulos con defectos subsanables «objeto de la anotación preventiva», como quiera que esa anotación preventiva (¿u otra?) se recoge en el artículo 52, párrafo segundo, inciso tercero, con referencia al artículo 71, y el artículo 71 supone una previa solicitud del escrito de recalificación (8), que, no admitido en su fondo por el Registrador, provoca la extensión de anotación preventiva previa al recurso gubernativo; y como quiera que el escrito de recalificación lo regula el artículo 70 (9), que vuelve a aludir al artículo 69, habrá que suponer que, ante una calificación con defecto subsanable, se extiende anotación preventiva para que el particular subsane, o que sin extender anotación preventiva, el particular subsana dentro del término señalado (esos sesenta días, a contar de la notificación), en cuyo caso, a virtud del artículo 52, párrafo segundo, inciso primero, se interrumpe el plazo de vigencia del asiento de presentación (lo que es innecesario) sin extenderse anotación alguna, lo que implica que el artículo 72, párrafo segundo, no contempla la hipótesis de corrección dentro de plazo, sino otra de corrección con anotación preventiva de falta subsanable. Y la única situación en que esto parece producirse es la hipótesis del artículo 71, que

(7) Cuál sea esta anotación, luego se verá.

(8) Artículo 71.—Si recibida la solicitud de recalificación, el Registrador decidiera mantener su calificación original, dentro de un término de treinta días denegará la inscripción solicitada, extendiendo en su lugar anotación preventiva sobre la finca afectada, en la cual expresará los motivos legales para tal anotación, que deberán ser los mismos contenidos en la notificación de la calificación. Esta anotación preventiva tendrá un término de duración de sesenta días, a partir de su fecha.

(9) Artículo 70.—No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el presentante o el interesado que no esté conforme con la calificación del Registrador podrá, dentro del término improrrogable de veinte días siguientes a la fecha de la notificación, radicar personalmente con el Registrador o remitirlo por correo certificado, un escrito solicitando recalificación, exponiendo sus objeciones a la calificación, los fundamentos en que apoya su recurso y una súplica específica de lo que interesa. Transcurridos los veinte días, se entenderán consentidos los defectos señalados por el Registrador.

Si se hubiere consentido la calificación del Registrador, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior, y el interesado intentase corregir los defectos apuntados, dentro del término que concede el artículo 69, sólo se podrá recurrir gubernativamente de la denegatoria al efecto de determinar si los defectos señalados fueron corregidos.

no se refiere al caso de corrección de falta subsanable, sino al rechazo de una recalificación por parte del Registrador y, por extensión, a la posibilidad que contempla el artículo 70, párrafo segundo, proposición última, contentiva del caso en que habiéndose corregido la falta por el particular, la corrección no coincida con el criterio que, para el Registrador, sea el adecuado, lo que permite directamente el recurso gubernativo «al efecto de determinar si los defectos señalados fueron corregidos».

Segunda. ¿Por qué, si se han corregido las faltas, debe hacerse una nueva presentación, que surtirá sus efectos desde la primera? Si todo lo indicado hasta ahora es cierto en el texto de la Ley, mucho me temo que tengamos que encargar libros diarios de cien mil páginas para poder tener acceso ocho o diez títulos, tomando en consideración que los títulos con defecto subsanable que llegan al Registro son millares, que pueden multiplicarse ante las diversas calificaciones parciales, etc.

Tercera. Si esa anotación preventiva, a que se refiere el artículo 72, párrafo segundo, es por defecto subsanable, ¿cómo se va a convertir en inscripción definitiva con la subsanación? Significaría dar traslado al asiento de inscripción del contenido de la anotación preventiva, y extenderíamos un asiento en que se señalase la necesidad de corregir un defecto subsanable. La idea de que corregida una falta, procede la inscripción y consiguiente cancelación de la anotación, no se expresa felizmente al afirmarse que se convertirá la anotación en inscripción definitiva.

Cuarta. Con qué se van a cancelar de oficio los asientos de títulos contradictorios que se hayan practicado con posterioridad. ¿Para qué sirven entonces la legalidad, la prioridad, en concreto, la calificación? Obsérvese que la expresión de la Ley no distingue entre asientos de presentación (que no tienen por qué cancelarse) y los restantes, por ello, también los de inscripción. Por consiguiente, si un título con defecto subsanable comienza su vals registral, ¿no se impide el acceso a los libros de inscripciones y anotaciones (de aquéllas, sobre todo; de éstas, por el régimen jurisprudencial, que autoriza a anotarse toda pretensión, régimen que sacraliza la nueva Ley) contradictorias, pendiente el iter definitivo del título objeto de análisis? ¿Vamos a tener un Registro en que todo tendrá acceso constante y directo, sin que el título ya presentado e inscribible, con o sin defecto, y, en su caso, con la subsanación, no va a cerrar el Registro a los contradictorios? Entonces ¿para qué el artículo 56? (10). Parodiando a CYRANO, podría preguntarse: «Eso ¿es un

(10) Artículo 56.—Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier documento mediante el cual se constituyan, transmitan, modifiquen o extingan derechos reales sobre un bien inmueble, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o que sea incompatible, por el cual se transmita o grave dicho inmueble.

Registros o es un melón?», que engorda y admite todo en su seno, aunque con deterioro de su calidad.

2. NOTIFICACIÓN CON DEFECTO SUBSANABLE CON CORRECCIÓN FUERA DE PLAZO

La hipótesis de corrección del defecto subsanable fuera de plazo está referida y contemplada en el artículo 72, en sus párrafos primero y tercero. Dichos párrafos, debe advertirse, parecen contemplar situaciones dispares, ya que si bien es cierto que el efecto previsto es el mismo, el desalojo registral, el párrafo primero alude a una corrección fuera del término del asiento de presentación, mientras que el párrafo tercero se refiere a corrección caducado el término de la anotación preventiva. Si nos atenemos a la expresión gramatical, el párrafo tercero, como alude a «en los casos de los artículos precedentes», podemos entender que se refiere a los dos inmediatos, esto es, a los artículos 70 y 71, y entonces el párrafo tercero sería contentivo de otras situaciones, por ejemplo, la aludida en el artículo 69, que se refiere a notificación por defecto subsanable, para que se corrija dentro de plazo. Y entonces, ya sabemos que la anotación preventiva, a que se refiere el párrafo tercero del artículo 72 (pero también el párrafo segundo de dicho precepto), es referible a la hipótesis de corrección de defecto subsanable dentro de plazo, que provoca automáticamente la ampliación del plazo de sesenta días, a contar de la notificación (art. 52, párrafo segundo), ampliación que es innecesaria por haberse corregido el defecto. Y sólo tiene sentido extender anotación preventiva para dar tiempo al Registrador a que, luego de corregido el defecto, haga una nueva calificación de la corrección, por si surge la posibilidad a que alude el artículo 70, párrafo segundo, proposición última, esto es, disparidad de criterios acerca de si la corrección fue la adecuada.

Pero lo que interesa destacar aquí es el efecto: «de corregirse las faltas luego de transcurrido el término de duración de la anotación preventiva, se hará una nueva presentación y surtirá sus efectos desde la fecha del nuevo asiento» (art. 72, párrafo tercero).

3. NOTIFICACIÓN CON DEFECTO SUBSANABLE NO CORREGIDO

No parece haber problemas en este caso. El artículo 69, párrafo cuarto, determina que «de no ser subsanado el defecto y expirado el plazo de

Si sólo se hubiera extendido el asiento de presentación, tampoco podrá inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el plazo que dure dicho asiento de presentación, y en todo caso, se estará a lo que se resuelva sobre la situación registral del título que primero se presente.

sesenta días, el Registrador extenderá nota de caducidad en el asiento de presentación y al pie del documento». Varias cuestiones pueden plantearse aquí. Es una: ¿Caduca el asiento por consumirse el plazo o por extenderse nota de caducidad? El término de caducidad de las anotaciones no está tan claro en la Ley como debiera estarlo luego de las dudas jurisprudenciales (11) y de la formulación que el artículo 105 da a la fe pública registral, destacadamente cuando se protege al tercero, «cuando por cualquier razón resulte inexacto el Registro» (12), pues si el Registro es inexacto por anunciar un equívoco, y porque lo anuncia, el tercero puede ignorarlo.

Otra cuestión pudiera ser: ¿En qué faltas se está pensando y cómo se está llevando el Registro (y cómo se le piensa llevar: ¿poniendo en texto de Ley lo que se «está haciendo» por antijurídico que pueda resultar?). Porque si se suspende la inscripción ante un título que presenta defecto subsanable, y es menester retirarlo para la subsanación, y resulta que no se corrige dentro de plazo, por lo que igualmente no se corrige, ¿podrá siempre el Registrador extender nota de caducidad «al pie del documento»? Yo comprendo que se ponga nota al pie del documento

(11) Dos normas se refieren al punto, los artículos 141 y el 71, proposición última.

Artículo 141.—Las anotaciones preventivas que no tengan su origen en mandamientos judiciales o disposiciones administrativas, se cancelarán cuando se extinga el derecho objeto de ellas y también cuando los interesados así lo conviniere, mediante documentos de la misma especie de los que sirvieron para efectuarlas. Las anotaciones preventivas que no tengan término de caducidad podrán cancelarse a los cuatro años de su fecha, salvo aquellas que tengan señalado en la Ley un plazo distinto. No obstante, por orden de autoridad judicial, podrá prorrogarse dicho plazo por períodos adicionales de cuatro años, siempre que la prórroga sea presentada en el Registro antes de haberse cancelado el asiento.

Para el artículo 71, ver nota 8.

(12) Artículo 105.—A pesar que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes, ni altera las relaciones jurídicas de quienes intervengan como partes en dichos actos o contratos, el tercero que de buena fe y a título oneroso adquiera válidamente algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultad para transmitirlo será mantenido en su adquisición, una vez haya inscrito su derecho, cuando por cualquier razón resulte inexacto el Registro, bien sea que se resuelva o anule el título del otorgante en virtud de causas que no consten como tales explícitamente del propio Registro, o que existan sobre la finca acciones o títulos de dominio o de otros derechos reales que no estén debidamente inscritos.

Al respecto ha de entenderse por Registro todos los asientos vigentes relativos a una finca o derecho.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que al adquirir conocía la falta de exactitud del Registro.

El adquirente a título gratuito sólo gozará de la protección registral que corresponde a sus causantes o transferentes.

En ningún caso afectarán a tercero los derechos meramente mencionados o la indebida constancia de obligaciones.

cuando se señala defecto subsanable, pero no nota de caducidad, que si opera como tal por la fecha de esa «notificación», no requiere de nada más.

4. RECALIFICACIÓN

«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior —dice el artículo 70—, el presentante o el interesado que no esté conforme con la calificación del Registrador podrá, dentro del término improrrogable de veinte días siguientes a la fecha de la notificación, radicar personalmente con el Registrador (*sic*) o remitirlo por correo certificado un escrito solicitando recalificación (*crac*), exponiendo sus objeciones a la calificación, los fundamentos en que se apoya su recurso y una súplica específica de lo que interesa...» La presentación del escrito implica, por disposición del artículo 69, párrafo segundo, inciso tercero, la interrupción del plazo de vigencia del asiento de presentación, que seguimos sin saber cuándo comienza, pero que funciona durante sesenta días, a contar de la notificación.

Ante la hipótesis de nueva solicitud de calificación, aparte de desaparecer, como se indicó, la unidad del acto, y superando las discordancias que puedan surgir ante varias notificaciones que provoquen sendas «recalificaciones», la Ley previene dos soluciones generales:

a) *Permanencia de la calificación inicial*

En cuyo caso, el Registrador, dentro de treinta días, denegará la inscripción solicitada, extendiendo anotación preventiva, en que expresará los motivos legales para tal anotación, que deberán ser los mismos contenidos en la notificación de la calificación (art. 71)... o calificaciones. Con lo cual se puede conseguir llenar de anotaciones los folios, si se extiende una para cada situación «recalificable» derivada de cada anotación, entre las ilimitadas que puede efectuar el Registrador (art. 69, párrafo tercero). Pero lo que resulta cierto es que el plazo de vigencia del asiento de presentación, cuyo inicio sigo sin conocer, suma, a los sesenta días, a contar de la notificación, otros sesenta de la anotación preventiva.

Sin embargo, el artículo 71 ofrece una nota más interesante. Parece indudable que al tiempo que extiende anotación preventiva acerca de su «recalificación», el Registrador lo *notifica*. Entonces, dado que hay una notificación, ¿aplicamos el artículo 69, párrafo primero, que concede al Registrador sesenta días, a contar del término de vigencia de la presentación para efectuarla; artículo que sigue autorizando diversas notificaciones, siendo la última (¿cuál será?) la que fije el inicio de este nuevo

término? Lo cual trae como consecuencia, conforme con el artículo 52, que se interrumpe el plazo de vigencia del asiento ante las hipótesis de sus incisos primero al cuarto.

Es aquí donde conviene enfrentar la interrogante a que aludí al apuntar, ante la presentación de un título a registración, las resultas genéricas derivadas de la calificación. Me parece que fue idea del legislador, no expresada, diferenciar unos actos, asequibles a su consideración de *notificaciones*, de otros que pudiendo ser meras comunicaciones, no tienen realidad ante la Ley. La disparidad se apunta al comparar los artículos 69, párrafo primero, quien parece concebir una notificación formal, efectuada por escrito, contentiva de todos los motivos base de la calificación, excepto los que no se incluyan por indicarse en otra notificación posterior (art. 69, párrafos primero, segundo y tercero), y respecto del artículo 52, que alude asimismo a la notificación, pensada, al parecer, con diverso alcance. El artículo 69 recoge notificaciones por defecto subsanable («si el Registrador observare alguna falta conforme al artículo anterior», dice), mientras que el artículo 52 alude a notificación por defecto, que pudiera ser así subsanable como insubsanable. Pero que este punto no es básico, se deduce leyendo el artículo 68, que concibe como faltas que podrían subsanarse a muchas que no lo serían, ya que sus términos son tan amplios, que pueden incluir nulidades y anulabilidades, defectos de forma y ausencia de forma, etc.

Pero es interesante poder discernir entre una notificación del artículo 69 y una notificación del artículo 52, pues si bien ambas provocan la aparición de un plazo de sesenta días para fijar la vigencia del asiento de presentación (?), dichos preceptos fijan momentos iniciales distintos. El artículo 52 toma en cuenta la presentación (párrafo primero), aunque también se refiere a la notificación como determinante (párrafo segundo), mientras que el artículo 69 impone el deber de notificar dentro de los sesenta días de la fecha del asiento de presentación, sin indicar si es fecha a contar de la entrada del documento o a contar de la «notificación». Artículos como el 69, 70, 71 y 73, *in fine*, parecen estar en armonía con la idea que pueda encerrar el artículo 69; artículos como el 53, párrafo primero, *in fine*, y 72, párrafos segundo y tercero, parecen orientarse hacia el artículo 52. Personalmente, lo único que puedo afirmar es que me encuentro totalmente desorientado, pues la interpretación de estos preceptos parecen convertirse en una partida de *pin-pon*, pero sin unas relaciones *USA-China* que le den sentido.

b) *Consentimiento de la calificación y objeción al modo de subsanación*

Si transcurridos los veinte días, a que alude el artículo 70, párrafo primero, no se interpone escrito de «recalificación», según el artículo 70, párrafo segundo, se entienden consentidos, por lo que sólo es procedente su corrección durante el lapso de tiempo hábil. Supuesta la corrección, aparece en la proposición última del párrafo segundo del artículo 70 otra posibilidad, cual es la de que se «podrá recurrir gubernativamente de la denegatoria al efecto de determinar si los defectos señalados fueron corregidos». Cualquier jurista un poco serio podrá sonreír ante este particularismo. A mí me produce ganas de llorar. Porque si resulta que el Registrador discrepa de la corrección efectuada, parece obvio admitir que está calificando, y que tiene que notificar, y que notifica un defecto subsanable (otro distinto al inicial, pues no es la misma falta, la falta, que la que deriva de la mala corrección de la falta, aunque ésta siga existiendo), con lo cual tendríamos que tomar en cuenta el artículo 69, etcétera, volviendo al comienzo. Al parecer, el legislador estima que, en tal hipótesis, no existirá notificación y que el particular puede acometer directamente la vía gubernativa como única posibilidad. Naturalmente, tal hipótesis referida siempre a cada notificación que surja. Sin embargo, también hemos de ver cómo esto es así..., salvo que resulte lo contrario. Y hemos de verlo al tratar del recurso gubernativo, que es otra de las posibilidades que deriven de una calificación.

5. RECURSO EN VÍA GUBERNATIVA

El artículo 52, párrafo segundo, inciso cuarto, determina la interrupción del plazo de vigencia del asiento de presentación —ese plazo que se inicia con la presentación del documento, pero que se comienza a contar a partir de la notificación—, por interposición del recurso gubernativo conforme al artículo 76. Y el artículo 76 señala como requisito imprescindible para interponer dicho recurso, junto a que la calificación sea «final» (art. 76, párrafo primero, proposición primera), lo que de suyo puede ser un problema, dado que el Registrador puede calificar «a plazos», calificar lo ya calificado y calificar si lo calificado es conforme con lo que calificó (subsanación idónea, a que se refiere el artículo 71, párrafo segundo, proposición final), que se haya interpuesto previamente el escrito de recalificación (art. 76, párrafo primero, proposición segunda) (13). Y como quiera que el artículo 70, que entiende en el escrito de recalificación, presupone la realización de la hipótesis del artículo 69,

(13) Para el artículo 76, ver nota 2.

que, a su vez, remite al artículo 68, de ahí lo dicho antes (que el artículo 52, aunque parece enumerar cuatro causas distintas de interrupción del plazo de vigencia del asiento de presentación, solamente regula una: no estar conforme, en cualquier caso, con la calificación registral, cualquiera que sea), y de ahí también que la interposición del recurso gubernativo sea fundamental para poder conocer el plazo de vigencia del asiento de presentación, que se extenderá entonces al finiquito del recurso. La única posibilidad, pues, de no acumular interrupciones de sesenta días (artículos 52, 69, etc.) es acceder directamente al recurso gubernativo en la hipótesis del artículo 70, párrafo segundo, proposición última.

C. *Si el título que se presenta adolece de defecto insubsanable*, conforme con el artículo 67, procede una notificación denegando la inscripción. La notificación en tales términos puede ser o admitida por el interesado, en cuyo caso el rechazo del título es absoluto, y el plazo de vigencia del asiento de presentación se extenderá desde cuando comenzase hasta sesenta días, a contar de la notificación, o rechazada por el mismo, en cuyo caso las cosas se complican algo más. Y, como inciso, cabría señalar que si el título era insubsanable y el particular no se opone, ¿a qué extender la vigencia del asiento de presentación? Era mejor el sistema actual, que reclamaba extensión de una anotación preventiva contra la calificación, lo que explicaba la extensión del plazo, o su finiquito absoluto si no se solicitaba dicha anotación preventiva.

Pues bien, en el caso de que el particular no esté conforme con la calificación, el artículo 76, párrafo primero, le concede el derecho de interponer el recurso gubernativo, siempre que la calificación sea final (artículo 76, párrafo primero, proposición primera) y siempre que se haya interpuesto el dichoso escrito de *recalificación* (art. 76, párrafo primero, proposición segunda), al que se refiere el artículo 70; artículo 70 que, cuando se lee, da la impresión de estar pensando en calificaciones de defecto subsanable —esas inexistentes en el artículo 67, pero que surgen constantemente en el texto de la Ley—; artículo 70 que regula el escrito de *recalificación*, que presume, pues, una calificación notificada (artículo 69). Es de suponerse, aunque no aparece en el texto, que ante una calificación que deniega la inscripción, ante una *recalificación* que insiste en ello, procede considerarse inmerso el interesado en el caso del artículo 71, procediéndose a extender anotación preventiva, que tendrá un término de «duración de sesenta días a partir de su fecha» (art. 71, *in fine*). «La denegatoria se notificará en esa misma fecha» (esos sesenta días de su fecha, al parecer), en la forma expresada en el artículo 69, y se hará constar en el asiento de presentación y al pie del documento.

Y yo pienso si entonces el plazo de la anotación y el de la notificación se computan al unísono, lo que es sensato, o cada uno por su lado, lo que es dable si la notificación al particular se retrasa «por la cantidad de trabajo en el Registro», lo que tiene sentido si el Registrador, incluso en hipótesis de rechazo del título, puede efectuar más de una notificación, conforme al artículo 69. Finalmente, llegado el recurso al Tribunal Supremo, treinta días después de éste confirmar la negativa del Registrador sabremos el plazo de vigencia del asiento de presentación..., en este caso.

II. PRESENTACION DE LA SOLICITUD DE RESERVA DE PRIORIDAD

Que la petición de reserva de prioridad es una presentación parece claro, aunque, obviamente, no provoca la extensión de este asiento, sino que genera una nota al margen del mismo. Pero, en todo caso, no parece congruente la nueva Ley, que, al referirse al destino de la solicitud de reserva, señala tajantemente que, por ser sus requisitos de estricto cumplimiento, cualquier omisión provoca que el Registrador rechace «de plano» la solicitud (art. 54, párrafo tercero, proposición tercera). Lamentablemente, se añade a renglón seguido, que en este caso sólo tiene «como único remedio el interesado la radicación (*sic*) de un recurso gubernativo de acuerdo a lo dispuesto en esta Ley» (art. 76, párrafo tercero, proposición última). Resultando así que una solicitud que nada tiene que ver con la calificación bien entendida, que no debiera provocar cierre registral más allá de su auténtica posibilidad (abrir antes el Registro para ciertos títulos), puede convertirse en una posibilidad de monopolizar el asiento de presentación. La razón de ello estriba en que, en el artículo 54, se considera que el rechazo por parte del Registrador es calificación (cuando se limita a ser contraste), por lo que es pertinente interponer recurso gubernativo «de acuerdo a lo dispuesto en esta Ley». Y «esta Ley» reclama, para poder interponerse recurso gubernativo, otras cosas: «No podrá interponer recurso gubernativo quien no haya radicado oportunamente el escrito que dispone el artículo 70, solicitando la recalificación...». Recalificación y escrito rogándola, que está pensada, en el artículo 70, para las hipótesis del artículo 69, que está pensado para los defectos subsanables, cuando la omisión de requisitos en la solicitud de reserva de prioridad, porque «son de estricto cumplimiento», tienen carácter solemne y no pueden ser subsanados. Pero esto no es óbice para que la solicitud no pueda seguir una trayectoria similar a la del documento

con defecto subsanable. Qué trayectoria sea ésta nos lo indican las páginas anteriores.

* * *

Personalmente, tengo serias dudas de que la determinación del plazo de vigencia del asiento de presentación pueda estimarse clara. Creo que la ausencia de claridad deriva de una redacción legislativa que ignora la técnica de interpretación de un cuerpo de ley armónico. Pero por ello puede ser adecuado esquematizar lo expuesto, esquema cuya ventaja es: permite apreciar la imposibilidad de conocer el plazo de vigencia del asiento de presentación. El apéndice primero tiene esa finalidad.

También es dable que mi lectura del texto legal esté imposibilitada de reflexión. Esta tal circunstancia, es aconsejable ofrecer a terceros la posibilidad de intentar su propia hermenéutica. El apéndice segundo, que transcribe los artículos 52, 54 y 67-79, está pensado para ofrecer esa alternativa, conteniendo todos los proceptos de la Ley correspondientes al tema.

Aparte de ello, ¿qué consecuencias deducir de lo expuesto?

Si en el texto legal, y según mi personal opinión, se observase solamente este fiasco acerca de la determinación del plazo del asiento de presentación, la crítica no iría más allá.

Bastaría con indicar que la pretensión de convertir en realidad jurídica lo que solamente es una mala práctica, nacida contra la propia Ley, de carácter deficiente, explica por qué no toda la «realidad» es recibida por el Derecho: porque hay realidades que, al margen del Derecho, cumplen una magnífica función (v.gr.: la consulta al Registrador), pero que juridificadas devienen en perturbadoras y en antijurídicas.

Bastaría con señalar que el sentido pretendido por el legislador, fijar una trayectoria para unos documentos idóneos, otra para los documentos con defecto subsanable, otra para los con insubsanable y una última para la solicitud de reserva de prioridad, olvida que todos esos títulos pasan por un previo asiento de presentación, que, por previo, debe tener su propia vida, con independencia de las vicisitudes posteriores que puedan afectarle o no, según casos. Y siempre que si se pretende aquella modalidad tan original, debe legislarse de manera adecuada para hacerla factible en vía de interpretación.

Bastaría con indicar, para resaltar el error, que el régimen de vigencia del asiento de presentación tiene el mismo sentido, tal como se pauta en la Ley, que fijar el momento del nacimiento de un ser haciéndolo depender en ocasiones de que contraiga matrimonio antes o después de los veintiún años; otra vez, dependiendo de que se haya afectado o no por el sarampión, etc. ¿Qué tiene que ver un instante o un lapso de tiempo,

que tiene que fijarse, con los avatares que puedan incidir en él, dilatándolo y cómo?

Pero la preocupación ante el tema deriva de que no es el único problema en la nueva Ley. El nuevo texto va mucho más allá en las dudas que plantea, al permitir indagar cuestiones de primer orden. Y por ello cabe preguntar: la reforma, ¿se ha hecho con sentido de qué se hacía o para derogar una Ley «arcaica», que en su casi totalidad es copiada nuevamente, eludiéndose, no obstante, la modernización de la reforma registral, que queda limitada, en su gran innovación, a la autorización de usar cualesquiera elementos técnicos y mecánicos o de otra clase para la llevanza del Registro? El plazo de presentación ¿es, visto como problema, mero capricho?

¿Lo será en una Ley que deja en duda si se inscriben contenidos reales o si se abre el Registro a relaciones obligacionales? Porque por mucho que en la Ley se pretenda rechazar la inscripción de cláusulas y obligaciones, se les abre ancho camino (14).

¿Lo será ante una Ley que permite inquirir si, vía laxitud de formas, serán inscribibles las relaciones jurídicas referidas a inmuebles celebradas en Estados Unidos de Norteamérica (en donde, al fin y al cabo, van el 98 por 100 de las hipotecas que aquí se constituyen), que, al amparo del artículo 46, inciso tercero, reclama simplemente la forma de las Leyes en

(14) Junto al «contrato en gestación», que es como se define la reserva de prioridad (art. 54), la constante referencia a los actos y contratos como objeto de inscripción y la posibilidad de acceder al Registro simples relaciones obligatorias (artículo 102), etc.

El artículo 102, respecto del artículo 101:

Artículo 101.—La publicidad del Registro no se extenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial. Y tanto dichos derechos como los personales que carezcan de especial aseguramiento no tendrán condición de gravámenes, a excepción de los efectos correspondientes a las condiciones suspensivas y resolutorias inscritas, así como la trascendencia real de las causas que consten explícitamente del Registro sobre la naturaleza y extensión de los derechos inscritos.

Los derechos personales que carezcan de especial aseguramiento y las menciones de derechos susceptibles de inscripción separada y especial, serán cancelados por el Registrador de oficio o a instancia de parte interesada.

Artículo 102.—No se entenderán comprendidas en el artículo anterior las restricciones y condiciones contractuales o exigidas por las entidades gubernamentales correspondientes, que afecten a los derechos reales inscritos.

Y la especial salvedad del artículo 41, que parece consciente del punto:

Artículo 41.—Salvo lo dispuesto en esta Ley, no son inscribibles la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en el artículo 38 ni, en general, cualesquiera otras obligaciones o derechos personales, sin perjuicio de que en dichos supuestos se inscriba la garantía real constituida para asegurar su cumplimiento de conformidad con la Ley.

donde se otorguen los «actos y contratos», o las de Puerto Rico? Porque el Derecho norteamericano (¿y para quién si no está pensada la salvedad?) desconoce el contenido jurídico real (15).

¿Lo será ante una Ley que no permite responder si la inscripción suple a la tradición? Porque la fórmula derogatoria de la Ley, derogar lo que no esté conforme con la misma, puede ir mucho más allá de lo pensable, ya que el nuevo texto y el Código Civil parecen carecer de armonía en numerosos aspectos.

¿Lo será ante una Ley que pone en marcha la fe pública registral de manera contradictoria, haciendo ineficaz contra tercero lo que debe serlo y viceversa? (16).

Ante tan serios problemas, bien se puede volcar interrogantes en punto tan pacífico —debió serlo, por lo menos— como el tema enunciado. Interrogantes que se incrementan en su alcance si tomamos en consideración que un texto dudoso en su significado va a ser interpretado por unos órganos judiciales que siguen sin entender para qué sirve y cómo debe funcionar un Registro técnico. Me atrevería a aventurar, sin temor a equivocarme, que los sistemas de registración técnica acaban de perder a un país miembro.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE

(15) ¿Qué pensar ante el artículo 178, que niega (pretende ignorar) todo el régimen de especialidad y la propia naturaleza de la hipoteca, o frente al artículo 158, que admite la «hipoteca» del arrendamiento (aunque no sea tal)?:

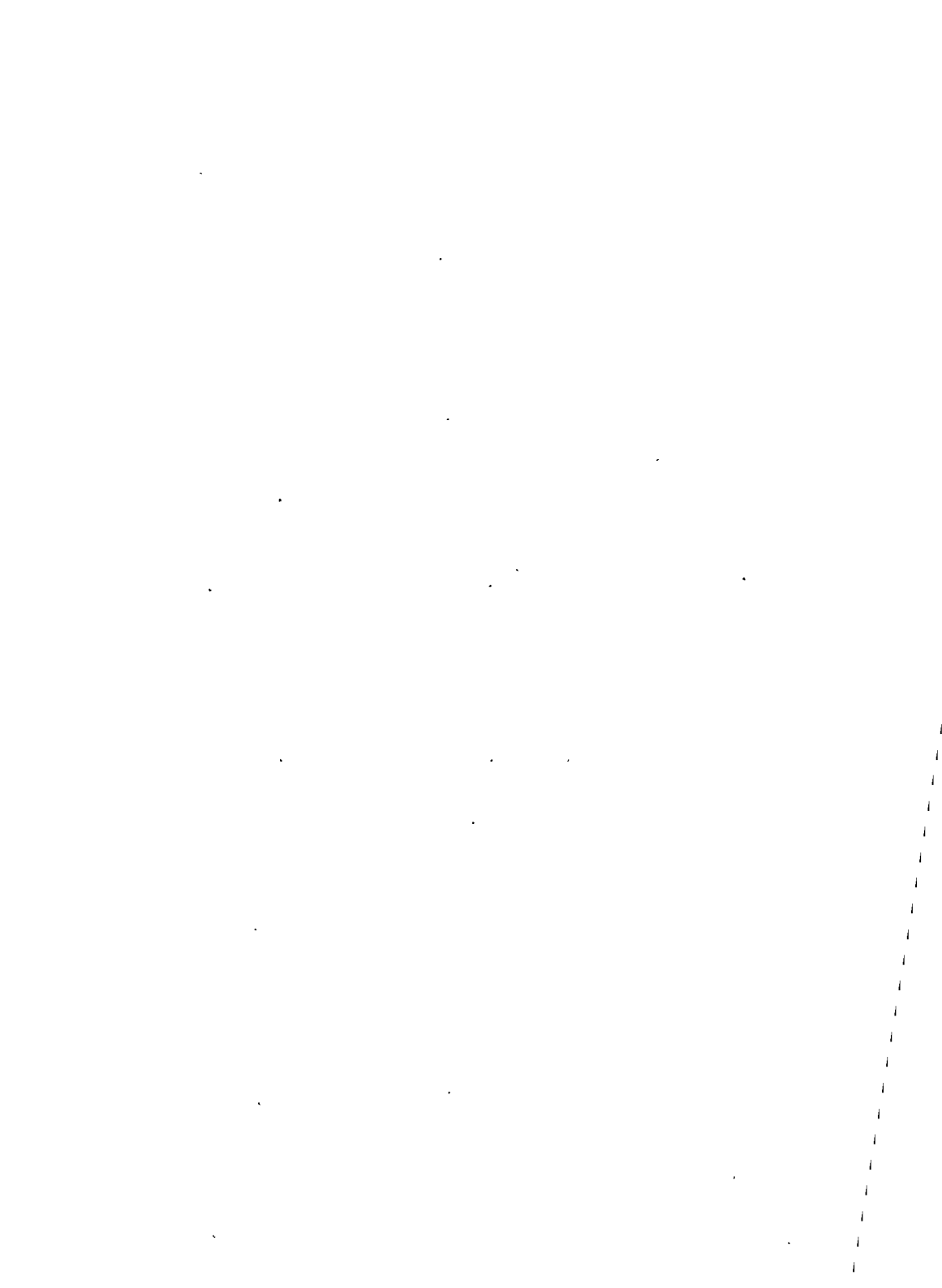
Artículo 178.—Salvo pacto en contrario, siempre que el pago de un crédito asegurado con hipoteca se dividiera en varios plazos, incluso si han sido expedidos títulos endosables o al portador, y cuando en una misma escritura se constituyeren dos o más hipotecas sobre una finca o derecho sin establecer prioridad alguna, se entenderá que ninguno de dichos plazos o hipotecas tiene preferencia sobre los otros u otras, respectivamente, y todas gozarán de igual rango y condición jurídica, a los efectos de esta Ley.

Artículo 158.—Son hipotecables: El derecho de arrendamiento inscrito, a menos que esté impedido el arrendatario de ceder o subarrendar, pero quedando sujeta la hipoteca que se constituya sobre el mismo a la resolución del arrendamiento por causas ajenas a la voluntad del arrendatario. Si la resolución fuere por causas atribuibles a la voluntad del arrendatario, el titular de la hipoteca podrá subrogarse en el lugar y grado del mismo en calidad de cesionario, bien por convenio entre los interesados o por decisión de un Tribunal competente, quien podrá así acordarlo como medida provisional de cautela o en forma definitiva, dentro de los términos del contrato inscrito, y en todo caso, determinando el Tribunal las alteraciones o modificaciones en la deuda original de acuerdo con la equidad del caso.

(16) Artículo 107, párrafo último.—El que adquiera del tercero tendrá los derechos que este artículo le concede a su causante, siempre que cumpla con los mismos requisitos y con los establecidos en el artículo 105.

Para el artículo 105, ver nota 12.

NOTAS



Breve análisis de las capitulaciones matrimoniales en sus relaciones con el Registro de la Propiedad

SUMARIO: I. *El acceso de las capitulaciones matrimoniales al Registro de la Propiedad: su fundamento.*—II. *Carácter y contenido de su inscripción.*—III. *Calificación de las capitulaciones matrimoniales.*—IV. *La actividad registral posterior. Asientos practicables: la anotación de suspensión; la inscripción directa y por vía de conversión; la cancelación*—V. *Efectos de la constancia registral de las capitulaciones matrimoniales y de sus modificaciones.*

I. EL ACCESO DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y SU FUNDAMENTO

Fue el Código Civil, antes que la legislación hipotecaria, quien primero previó el acceso de las capitulaciones matrimoniales al Registro de la Propiedad, si bien con grandes imprecisiones. Así, el primitivo artículo 1.322 sólo contempló su registración en relación a los pactos modificativos de anteriores capitulaciones, sin hacer referencia alguna al previo acceso de éstas al Registro. Hoy día, después de la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, la inscripción de los capítulos y de sus pactos modificativos viene claramente recogida en el actual artículo 1.333 del Código, el cual dispone que «en toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquéllas o éstos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria».

La legislación hipotecaria, sin embargo, no se ocupó prácticamente

del contrato capitular, únicamente el antiguo artículo 80 del Reglamento Hipotecario, hoy artículo 77, trató la materia para cuando dicho contrato contuviera algún pacto sucesorio, quedando así limitada la aplicación del mismo a los sistemas forales.

Cada vez se hacía más necesaria una reforma registral sobre esta materia y otras, sobre todo después de las modificaciones introducidas en el Código Civil por las Leyes de 2 de mayo de 1975 y la referida de 1981. Con el fin de unificar la práctica registral y, sobre todo, como dice su preámbulo, de adaptar las normas hipotecarias a las novedades civiles, se publica el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, el cual, y a los efectos que aquí nos interesan, dio un nuevo contenido al artículo 75 del Reglamento Hipotecario, estableciendo para lo sucesivo que «de conformidad con el artículo 1.333 del Código Civil, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad las capitulaciones matrimoniales en cuanto contengan respecto a inmuebles o derechos reales determinados, alguno de los actos a que se refieren los artículos 2.º de la Ley Hipotecaria y 7.º de este Reglamento. Si, en tal caso, el matrimonio no se hubiere contraído, se suspenderá la inscripción y podrá tomarse anotación preventiva de suspensión, que se convertirá en inscripción cuando se acredite la celebración de aquél, o se cancelará a solicitud de cualquiera de los otorgantes si, transcurrido un año y dos meses desde la fecha de las capitulaciones, no se hubiere acreditado que el matrimonio se celebró dentro del plazo de un año desde dicha fecha».

Así pues, la registración de los capítulos es un hecho incuestionable, pero ¿cuál es su fundamento? Creo que la respuesta es clara. Dado que el documento capitular va a ser quien determine el régimen económico-matrimonial al que van a quedar sometidos los bienes de los esposos, según resulta de los artículos 1.315 y 1.325 del Código Civil, a él habrá que estar para calificar la validez o invalidez de los posteriores actos de disposición o de administración. Por ello, cuando los bienes afectados por las capitulaciones fueran inmuebles, se hace imprescindible que el funcionario calificador las tenga a la vista para que pueda emitir su juicio sobre el documento. En definitiva, podemos decir que el fundamento del acceso al Registro de la Propiedad de las capitulaciones matrimoniales descansa en un doble aspecto:

a) Conferir a dichas capitulaciones una publicidad hipotecaria que las permita producir sus efectos frente a terceros, de conformidad con el artículo 32 de la Ley Hipotecaria.

b) Procurar la agilización del proceso registral al hacer innecesaria la presentación del documento capitular junto a todo título otorgado con posterioridad, ya que el Registrador lo calificaría conforme preceptúa

el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, por lo que del mismo resulta y de los asientos del Registro con él relacionados, asientos donde ya constarían los capítulos matrimoniales.

II. CARÁCTER Y CONTENIDO DE SU INSCRIPCIÓN

Analizando los términos en que se pronuncia el artículo 1.333 del Código Civil, parece que éste, al disponer que «si aquéllas o éstos (las capitulaciones o sus pactos modificativos) afectaren a inmuebles, *SE TOMARA RAZON* en el Registro de la Propiedad en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria», se aparta en esta materia de la regla general de voluntariedad de la inscripción haciendo tránsito a un sistema de inscripción obligatoria, pues parece prescindir de la voluntad de los otorgantes. No obstante, el Reglamento Hipotecario se pronuncia en términos mucho menos rigurosos, disponiendo en su artículo 75 que, «de conformidad con el artículo 1.333 del Código Civil, *SERAN INSCRIBIBLES* en el Registro de la Propiedad las capitulaciones matrimoniales». La terminología empleada por el precepto reglamentario da lugar a la simple posibilidad de inscripción de los capítulos, pero no a que éstos deban ser necesariamente inscritos. Mantiene así el sistema de inscripción voluntaria sin alterar la regla general.

Existe pues, al menos aparentemente, una contradicción entre ambos textos: mientras que el Código Civil parece introducir un sistema de inscripción necesaria u obligatoria, el Reglamento Hipotecario sostiene una técnica potestativa. Teniendo en cuenta que el Código es una norma de rango superior al Reglamento, debería prevalecer el sistema por aquél adoptado, esto es, el predominio de la inscripción necesaria sobre la potestativa. Sin embargo, como veremos a continuación, no existe contradicción alguna entre ambas normas, estableciendo tanto el Código como el Reglamento el sistema voluntario. Para llegar a esta conclusión hemos de fijarnos en dos aspectos terminológicos de los preceptos que analizamos:

1) Cuando el Código Civil exige la inscripción, al utilizar los términos imperativos de «se tomará razón», lo hace como el mismo artículo 1.333 se preocupa posteriormente de aclarar, como requisito imprescindible o *conditio sine qua non* para que el documento capitular pueda producir sus efectos frente a tercero, es decir, «a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria».

2) El artículo 75 del Reglamento, que, como ya hemos dicho, se mantiene en pura técnica de voluntariedad, inicia su contenido con la advertencia de su «conformidad» con el artículo 1.333 del Código Civil

y, en consecuencia, no debería existir contradicción alguna entre ambas normas.

Así es, en efecto: ambos preceptos se rigen por el sistema potestativo, manteniendo la regla general de voluntariedad de la inscripción, requiriéndose únicamente la misma para que el documento pueda producir sus efectos conforme a lo previsto en la Ley Hipotecaria. La aparente contradicción entre ambos se debe a la deficiente redacción del artículo 1.333, que utiliza los términos de «se tomará razón», en lugar de «podrá tomarse razón», con lo cual se haría innecesaria la aclaración posterior de «a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria» y se induciría menos a error.

Por lo que se refiere al contenido de la inscripción, se ajustará a lo dispuesto con carácter general en los artículos 9.º de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento, pero debe tenerse en cuenta que a pesar de la imprecisa terminología empleada por el Código Civil cuando habla de «se tomará razón», el asiento no debe ser ni una mera referencia a la existencia de los capítulos, ni una transcripción de los mismos; por ello el artículo 75 del Reglamento aclara que la registración irá referida tan sólo a los actos comprendidos en los artículos 2.º de la Ley y 7.º de su Reglamento.

Llegado a este punto, conviene hacer una breve referencia al contenido de las inscripciones posteriores en lo relativo al acta de inscripción. Según resulta de los artículos 90 (si nos encontramos ante un régimen foral), 92 (si fuera extranjero) y 93 y siguientes (si fuera ganancial) del Reglamento Hipotecario, deberá constar en el acta de inscripción la denominación del régimen económico-matrimonial; en el caso que tratamos y para el supuesto de que el sistema estipulado por los contrayentes fuera totalmente original o introdujera variantes en alguno de los regulados por la Ley, se haría necesaria la denominación del mismo, lo cual entiendo que podrá hacerse por simple referencia a la inscripción en la cual constan inscritos los capítulos. Además, desde el punto de vista práctico, el sistema de referencia ofrece una indudable ventaja: poner en conocimiento del funcionario calificador, a través de la última inscripción, la existencia de los capítulos, impidiendo así un posible descuido.

III. CALIFICACIÓN DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Como ya hemos advertido, el Registrador no resulta ser un mero transcriptor del documento capitular, debe calificarlo y excluir del Registro todo aquello que no pueda ni deba tener acceso al mismo. Así pues, se rechazarán de la inscripción, entre otros: los pactos nulos, aquellos que

tengan un alcance meramente personal, el documento caducado, etc.... Pero, en concreto, conviene analizar una serie de puntos:

1) El artículo 1.327 del Código Civil sanciona de nulidad a las capitulaciones matrimoniales cuando éstas no constaran en escritura pública, requisito que si no fuera exigido por el Código Civil, lo sería por la legislación hipotecaria a los efectos de la inscripción, es decir, no con el alcance allí determinado. Sin embargo, el efecto de nulidad, previsto en el Código, impide que el documento privado en el cual se hubiera consignado el acto capitular pueda ser posteriormente protocolizado en escritura pública e inscrito, ya que se trata de un acto nulo y, por tanto, no confirmable. Se haría necesario, pues, un nuevo otorgamiento, éste ya en documento público.

2) La nulidad de alguna estipulación dará lugar únicamente a su denegación, pero no a las de las demás, si éstas fueren válidas e inscribibles; todo ello resulta del artículo 1.328 del Código Civil.

3) Este mismo precepto declara nulas todas aquellas estipulaciones que resulten contrarias a las Leyes o a las buenas costumbres, así como las limitativas de la igualdad de derechos que corresponden a cada cónyuge. Este último aspecto resulta ser el más interesante, en cuanto nos lleva al planteamiento inmediato de una serie de cuestiones. Aquí nos plantearemos únicamente el problema de la eficacia de aquella estipulación por la que se le confiere, bajo el régimen ganancial, a uno solo de los cónyuges la facultad de realizar por sí solo los actos dispositivos sobre los bienes comunes. En principio, parece que tal pacto resulta nulo, sin embargo, creo que es preciso diferenciar dos posibles alcances del mismo:

a) Si la estipulación lo que hace es excluir la disposición conjunta por ambos cónyuges, es indudable su nulidad, pues supone una limitación de los derechos que la Ley, concretamente los artículos 1.377 y 1.378 del Código, confiere a los esposos, y aunque los derechos, en principio, son renunciables, tal renuncia debe quedar sometida a los límites establecidos en el artículo 6.º, 2.º, del Código y siempre que la Ley no la prohíba. El pacto así convenido entraría de lleno en la nulidad de pleno derecho, a que hace referencia con carácter general el artículo 6.º en su número 3.º, aparte de la declaración, en concreto, que para las capitulaciones contiene el referido artículo 1.328.

b) Si, por el contrario, el pacto sólo pretendiera agilizar la actividad económica familiar, y la facultad para disponer o administrar se le confiere a uno de los cónyuges por el otro a modo de poder, sería totalmente válido e inscribible. Sostener lo contrario llevaría a los cónyuges al

otorgamiento de un poder separado, posible al tenor del artículo 71 del Código, obteniendo el mismo resultado.

4) Los menores que con arreglo a la Ley puedan contraer matrimonio, podrán igualmente pactar sus capitulaciones matrimoniales, pero requerirán, salvo que se estipule el régimen de separación de bienes o el de participación, del consentimiento de sus padres o tutor. Así resulta del artículo 1.329 del Código Civil. El fundamento de porqué para el régimen de separación de bienes o para el de participación no se precisa del régimen de consentimientos es claro, pues por virtud de dichos regímenes la situación patrimonial del menor no se ve afectada. Además, resulta curiosa la omisión que en el precepto se hace del régimen ganancial, pero ello es lógico, dado que tal sistema rige por disposición legal mientras no determine ningún otro que lo sustituya.

Conviene hacer notar que el artículo 271 del Código Civil exige, en su número 2.º, la previa autorización judicial para que el tutor pueda realizar cualquier acto inscribible en nombre del tutelado. ¿Es necesaria, para el caso que tratamos, dicha autorización? Entiendo que no, ya que se refieren dichos preceptos a situaciones diferentes. Mientras que el artículo 271 contempla el caso en el que actúa directamente el tutor como representante legal del pupilo, el artículo 1.329 se centra en la actuación directa del menor, limitando la acción del tutor a la prestación de un simple consentimiento.

Todavía nos queda una cuestión por resolver: ¿el régimen del artículo 1.329, se aplica a todo menor o sólo a los no emancipados? Después de la reforma operada en materia de tutela dentro del Código Civil por la Ley de 1983, y según resulta del artículo 286, 2.º, de dicho texto legal, el menor emancipado cuyos padres no vivieran o se encontraran impedidos para el ejercicio de la patria potestad quedará sujeto a curatela. ¿Será preciso el consentimiento de sus padres o del curador para que pueda otorgar sus capitulaciones? El artículo 1.329 no distingue entre menores emancipados o sin emancipar, incluso habla de un posible otorgamiento capitular posterior a la boda, la cual traería necesariamente la emancipación. Por ello, en principio, parece que tal régimen será de aplicación a todo menor. Puede, además, aducirse que el artículo 1.329 contiene el mismo régimen que el artículo 323, el cual rige la capacidad del menor emancipado, y que, por tanto, es un complemento del mismo que añade un acto más a los previstos en el artículo 323. No es, a pesar de todo lo apuntado, ésta mi opinión. No debe olvidarse que tanto la Dirección General de los Registros y del Notariado como el Tribunal Supremo han declarado reiteradamente que el artículo 323 debe ser interpretado restrictivamente, limitando el régimen de consentimientos a los

actos previstos en dicho precepto sin hacerlo extensivo a ningún otro. Además, resulta absurdo que el legislador haya querido someter al mismo régimen y para un mismo acto al menor emancipado y al menor sin emancipar, cuando ello no tiene justificación alguna. Por ello entiendo que el régimen previsto en el artículo 1.329 se aplicará sólo a los menores no emancipados, por tanto, antes del matrimonio, y como el artículo 323 no contiene entre los actos para los cuales el emancipado necesita del consentimiento de sus padres o tutor el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, éste podrá otorgarlas como si fuera mayor de edad, si bien cuando las capitulaciones contengan algunos de los actos que prevé el artículo 323, se aplicará el mismo.

5) Cuando se tratara de personas incapacitadas judicialmente, el artículo 1.330 del Código exige que aquél se vea asistido de su representante legal y, en su caso, previa autorización del Consejo de Familia. Después de la repetida reforma sobre la tutela en el Código Civil, dicho precepto ha quedado implícitamente derogado. En la actualidad, dado que, según resulta de los artículos 210, 222, 287, 289 y 290 del Código Civil, será la sentencia firme declarativa de la incapacidad la que determine el alcance de ésta, a ella habrá que estar para calificar los requisitos del otorgamiento, y esto mismo regirá para el pródigo, conforme al artículo 298.

6) Las reglas generales sobre nulidad de los contratos deberán igualmente ser tenidas en cuenta, pues a ellas nos remite el artículo 1.335.

7) Si se tratara de un pacto modificativo de anteriores capitulaciones, será preciso que al otorgamiento del mismo concurren aquellas personas que comparecieron en el otorgamiento de las primeras en cuanto la modificación afecte a los derechos por ellas concedidos (art. 1.331).

8) Por último, habrá que estar al tiempo de la celebración del matrimonio en relación a la fecha de las capitulaciones, en orden a calificar una posible caducidad de éstas (art. 1.334).

IV. LA ACTIVIDAD REGISTRAL POSTERIOR. ASIENTOS PRACTICABLES: LA ANOTACIÓN DE SUSPENSIÓN; LA INSCRIPCIÓN DIRECTA Y POR VÍA DE CONVERSIÓN; LA CANCELACIÓN

Como consecuencia de su calificación, el Registrador decidirá: el acceso al Registro del documento capitular, y en este caso, si lo hace a través de una anotación preventiva o por medio de una inscripción, o el rechazo del mismo a través de la denegación. Si bien aquí trataremos de un asiento más: la cancelación de la anotación preventiva y de la inscripción. Comencemos, pues, por la anotación preventiva de suspensión.

A. La anotación preventiva de suspensión

Para su estudio, se hace necesario distinguir dos supuestos diferentes: cuando el documento es perfecto, pero no va acompañado de la correspondiente certificación acreditativa de la celebración del matrimonio, y cuando acreditándose tal hecho, sin embargo, el documento adolece de algún defecto subsanable.

a) «Anotación de suspensión por no acreditarse la celebración del matrimonio». Dispone el artículo 75 del Reglamento Hipotecario, en su párrafo 2.º, que «si el matrimonio no se hubiere contraído, se suspenderá la inscripción y podrá tomarse anotación preventiva de suspensión, que se convertirá en inscripción cuando se acredite la celebración de aquél o se cancelará a solicitud de cualquiera de los otorgantes si transcurrido un año y dos meses desde la fecha de las capitulaciones, no se hubiere acreditado que el matrimonio se celebró dentro del plazo del año desde dicha fecha».

Parece, pues, que en el caso que tratamos, la anotación preventiva de suspensión goza de un plazo de vigencia distinto del general previsto en el artículo 96 de la Ley Hipotecaria. Esto nos lleva a preguntarnos si en realidad nos encontramos ante un plazo especial de caducidad. Una lectura rápida de la norma transcrita nos llevaría a esa conclusión, pero un estudio más detenido da, a mi entender, un resultado contrario: no nos encontramos ante ningún plazo especial.

La anotación preventiva de suspensión de capitulaciones matrimoniales goza, al igual que la de cualquier otro título, del plazo de vigencia previsto en el artículo 96 de la Ley, esto es, sesenta días; lo que sucede es que el negocio capitular se encuentra sometido a la *conditio iuris* suspensiva de que el matrimonio se celebre dentro de un período de tiempo establecido en la Ley, y que en tanto éste no transcurra, no podrá iniciarse el cómputo del plazo propio del asiento, que por efecto de la *conditio iuris* quedaría en suspenso. Así pues, en mi opinión, el plazo previsto en el artículo 75 no es original, sino que resulta de la combinación de otros dos: el de un año para que se celebre el matrimonio (artículo 1.334 del Código Civil) y el de dos meses, es decir, sesenta días, en terminología del artículo 96 de la Ley (art. 96 de la Ley Hipotecaria); en tanto el primero de ellos no se hubiera agotado, no podrá iniciarse el cómputo del segundo; que es el propio del asiento.

La imprecisión creo que se debe a la deficiente redacción del artículo 75 del Reglamento y a su falta de previsión, en cuanto sólo hace referencia al plazo máximo de duración del asiento —año y dos meses desde el otorgamiento— lo cual únicamente tendría lugar en el extraño caso de que los capítulos se otorgaran, presentaran y anotaran en el mismo día.

Pero todo esto no impide llegar a una conclusión más general: el asiento tendrá una duración igual al tiempo que le falte por llegar al año y dos meses desde el otorgamiento, siempre que el documento hubiera sido presentado y anotado dentro del plazo del año previsto en el artículo 1.334; en otro caso, su duración será de sesenta días, contados desde su fecha.

La cuestión no es meramente académica, tiene sus aspectos prácticos. Así, si consideramos que el plazo del año y dos meses es de caducidad especial, transcurrido éste y en tanto no se acredite la celebración del matrimonio, no podrá practicarse anotación de suspensión alguna, ya que computándose el plazo de su vigencia con independencia de su fecha (un año y dos meses desde el otorgamiento), el asiento se encontraría, en todo caso, caducado. Si, por el contrario, sostenemos que el plazo del artículo 75 proviene de la fusión de los previstos en los artículos 1.334 del Código y 96 de la Ley, aun transcurrido el plazo del año y dos meses desde el otorgamiento podría tomarse la anotación de suspensión, si bien por el plazo general de sesenta días, previsto en el artículo 96 de la Ley, lo cual resulta mucho más lógico, dado que lo contrario supondría adoptar con el documento en cuestión un trato mucho más riguroso que con cualquier otro sin que exista justificación para ello. Pero, además, como consecuencia de lo anterior, y siempre que sostengamos la posición de la combinación de plazos, el año y dos meses podrá prorrogarse al año y seis meses, es decir, el año y sesenta días podría prorrogarse al año y ciento ochenta días, en terminología del artículo 96 de la Ley, para lo cual no veo ningún inconveniente.

b) «Anotación de suspensión por defectos subsanables distintos del anterior». Aunque el artículo 75 sólo prevea la anotación de suspensión para el caso que el mismo contempla, no cabe la menor duda de que también podrá tener lugar dicho asiento cuando conforme a las reglas generales proceda. El artículo 75 lo único que ha pretendido es poner de manifiesto la particularidad que puede presentar esta anotación para cuando se practica dentro del plazo del artículo 1.334 del Código, pero en ningún caso cerrar el paso a otras posibles causas de suspensión y consiguiente anotación. La anotación así tomada quedará plenamente sujeta al plazo del artículo 96 de la Ley.

Por último, advertir que, a mi entender, la solicitud de la anotación de suspensión debe entenderse implícita en la presentación del documento, cuando tal presentación se hubiera producido antes de la celebración del matrimonio y, por consiguiente, el objeto de la misma no pueda ser otro que la práctica del repetido asiento.

B. *La inscripción directa y por vía de conversión*

En realidad la inscripción no plantea, a mi juicio, problema alguno, debiendo ser observadas las reglas generales. Aquí simplemente advertir que para la conversión deberá estar vigente la anotación de suspensión, y este problema está íntimamente ligado con el de la duración de la misma.

C. *La cancelación*

El artículo 75 del Reglamento declara cancelable la anotación de suspensión, a solicitud de cualquiera de los otorgantes, una vez hubiera transcurrido el plazo del año y dos meses desde el otorgamiento sin acreditarse que la celebración del matrimonio ha tenido lugar dentro del plazo del artículo 1.334 del Código. En primer lugar, decir que la solicitud cancelatoria no tiene por qué verificarse de forma expresa, también puede tener lugar a través de la petición tácita del actual artículo 353 del Reglamento (antiguo 355).

Además, el precepto resulta en este punto incompleto e impreciso, ya que la cancelación procede no sólo cuando la anotación hubiera caducado, sino también en otros muchos supuestos; a título de ejemplo, podemos señalar los siguientes: el caso de revocación de las capitulaciones anotadas cuando se pruebe que el matrimonio se celebró fuera del plazo del artículo 1.334, cuando se acredite la muerte de uno de los otorgantes, etc. Los supuestos pueden ser muy numerosos, por ello hubiera sido mejor que la norma utilizara unos términos más amplios. Por otro lado, no sólo es cancelable la anotación, sino también la inscripción misma de los capítulos, en cuanto éstos son revocables y modificables, lo que dará lugar a una cancelación total o parcial, según los casos, pudiendo asimismo contener dicho asiento la inscripción del nuevo régimen al que los esposos se someten.

Creo que lo que el precepto (tono prohibitivo) pretende es evitar la práctica del desistimiento de los otorgantes cuando no exista revocación alguna manifestada en documento público, es decir, evitar que la sola petición de los otorgantes pueda ocasionar una cancelación del asiento capitular mientras éste y las capitulaciones permanezcan vigentes, a menos que se presente escritura pública de revocación de las capitulaciones anteriores dejándolas sin efecto.

V. EFECTOS DE LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LAS CAPITULACIONES Y DE SUS MODIFICACIONES

A través de su inscripción en el Registro de la Propiedad, las capitulaciones surtirán plenos efectos frente a tercero, según resulta de los artículos 1.333 del Código Civil y 32 de la Ley Hipotecaria. Por su parte, los artículos 1.317 y 1.335 contienen una serie de declaraciones al respecto, y así, el primero pone de manifiesto la protección de los terceros que hubieran adquirido algún derecho con anterioridad al documento capitular, y el segundo ampara a los terceros de buena fe para cuando se declare la nulidad del título. Todo esto y lo que a continuación veamos será válido para las modificaciones de los capítulos. Ni que decir tiene que cuando dichos terceros inscriben, su protección se verá intensificada con las normas hipotecarias.

Aquí, y sin ánimo, por supuesto, de agotar la materia, nos limitaremos a exponer un breve esquema sobre las distintas situaciones que pueden darse y sus posibles efectos. Para ello es preciso distinguir los siguientes casos:

A. *Títulos presentados antes del asiento capitular*

Dichos títulos resultarán siempre inscribibles, en cuanto no existe constancia en el Registro acerca de la existencia de capitulaciones.

B. *Títulos presentados con posterioridad al asiento, pero otorgados con anterioridad al documento capitular*

En este supuesto, creo que debe hacerse una precisión: si la última inscripción se halla practicada a nombre de los esposos o de alguno de ellos en virtud de las capitulaciones, el título en cuestión puede ser inscrito, en cuanto es válido y su titular no puede resultar perjudicado por el otorgamiento de aquéllas; pero si la última inscripción fuera contradictoria y estuviera a nombre de un tercero que no fuera ninguno de los esposos, procedería su denegación. No obstante, esto no resulta siempre cierto, si bien puede considerarse como regla general. Así, no resulta cierto, por ejemplo, en el siguiente caso: pensemos en un derecho de crédito adquirido por un tercero contra uno de los cónyuges antes que se otorgaran las capitulaciones matrimoniales; imaginemos que el crédito no es satisfecho a su vencimiento y, por tanto, se procede contra el deudor; pero ante la insuficiencia de bienes privativos de éste, se notifica el procedimiento al cónyuge con el propósito de trabar embargo

sobre los bienes gananciales y privativos del deudor; en el ínterin, se otorgan capitulaciones matrimoniales pactando el régimen de separación de bienes previa liquidación del de gananciales. Cuando el mandamiento correspondiente llega al Registro nos encontramos con que existen bienes que por virtud de las capitulaciones se encuentran inscritos a nombre del cónyuge no deudor. Independientemente de los derechos que al acreedor pudieran corresponderle, la actuación registral es sencilla: denegar el mandamiento por resultar la finca inscrita a nombre de tercera persona, contra la cual, aunque notificada, no se ha seguido el procedimiento.

C. *Títulos otorgados en el período comprendido entre el otorgamiento capitular y su constancia registral, pero presentados con posterioridad a ésta*

En este caso es claro que si el adquirente no adquiere su derecho conforme a lo estipulado en los capítulos, el acto puede ser objeto de impugnación y, por tanto, debe denegarse o suspenderse el título por contener un acto nulo o anulable, sin perjuicio de su derecho a reclamar judicialmente lo que proceda de los esposos.

D. *Títulos otorgados y presentados con posterioridad al asiento capitular*

Aquí, al igual que en el caso anterior, el título deberá ajustarse a lo estipulado en las capitulaciones matrimoniales, pero además el adquirente no podrá alegar desconocimiento acerca de la existencia de los capítulos.

ALFONSO PRESA DE LA CUESTA
Registrador de la Propiedad

El retracto arrendaticio en la disolución de comunidad (Artículos 47.3, 48 y 55 de la L. A. U.)

SUPUESTO

Varias personas compran tres solares en el año 1950, y en el año 1951 construyen un edificio en cada uno de ellos que alquilan en sus distintas plantas a diferentes inquilinos.

De los constructores-arrendadores sobrevive uno, quien, junto con los herederos de los fallecidos disuelven la comunidad que mantienen de los tres edificios, y previa constitución de los mismos en régimen de propiedad horizontal, se atribuye en pago de sus respectivas cuotas las distintas entidades de aprovechamiento independiente, correspondiendo al constructor-arrendador sobreviviente siete viviendas de un edificio de diez.

El Real Decreto de 8 de febrero de 1952 introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico el derecho de tanteo, retracto e impugnación en favor de los inquilinos en caso de adjudicación de pisos por consecuencia de división de cosa común, excepción hecha de cuando se produce la adjudicación por división de cosa común adquirida por herencia.

El objeto de esa disposición, cuyo contenido ha sido trasladado a la Ley de 13 de abril de 1956 y posteriormente a la de 24 de diciembre de 1964, que ampliaron los supuestos de excepción del artículo 2.º, 3.º, con la adición de «o legado y de adquisiciones realizadas antes del 1 de enero de 1947», claramente resulta de su introducción, derivada de la Ley de 31 de diciembre de 1946:

«... entre los problemas destaca el de la venta por pisos de fincas habitadas en régimen arrendaticio, a cuyos inquilinos otorga la vigente Ley los derechos de tanteo, retracto e impugnación, en su propósito confirmatorio enunciado en el FUERO DEL TRABAJO de hacer asequibles a ellos las viviendas que habitan..., de modo que garantizará la efectividad de ambos derechos e impedirá simulaciones o que a *pretexto* de la venta fraccionada de la finca se ejerzan coacciones inadmisibles sobre aquellos inquilinos...

Dada, por último, la equivalencia de las consecuencias jurídicas que para los inquilinos se derivan de la adjudicación de pisos o viviendas a los condóminos por *división de la cosa común*, y constituyendo este medio, que a veces se pone en práctica para *enervar* los derechos de tanteo, retracto e impugnación que para el caso de venta corresponden al inquilino, se extienden tales derechos al mencionado supuesto...»

Sabemos que el Furo del Trabajo ha sido una declaración publicada por el Decreto de 9 de marzo de 1938, en plena guerra civil, para ponerse en contacto con la realidad social y con las limitadas posibilidades de aquella época, que explica el carácter polémico y programático de sus declaraciones, propias de toda arma de lucha doctrinal, que deja percibir a través de sus declaraciones el ambiente bélico en que fue creado, como parte dogmática de la constitución del Estado nacional-sindicalista, que en su declaración XII, 2.º, asume la tarea de multiplicar y hacer asequibles a todos los españoles las formas de propiedad ligadas vitalmente a la persona humana: El hogar familiar y los instrumentos o bienes de trabajo para uso ordinario.

En la Ley se substituyó la instancia a los principios de la justicia por el impulso emocional de ternura o algo parecido, es decir, que el principio de protección al trabajador que depende normalmente de un salario insuficiente es una actitud sentimental y blanda de la que el jurista debe alejarse, y nos parece que la imposibilidad de atender con la celeridad y amplitud necesarias a tal derecho a la vivienda obligó a disposiciones de urgencia tan radicales que sacrifican los también naturales derechos de la propiedad, justificándose la medida, con la superioridad del derecho social a la vivienda, respecto de los otros, de interés individual.

En fin, el Estado, siendo incapaz de atender en forma concreta las necesidades del momento, recubrió la injusticia con oropeles coloreados de social, sacrificando la libertad contractual y los legítimos intereses del propietario-arrendador, que si bien de la realidad social en 1938 o en 1946 o en 1952 surgió la *occasio legis* para remediar las necesidades de los inquilinos con tal rigidez que llega a institucionalizar el retracto como una expropiación de valor sin indemnización, en la actualidad, desaparecidos los motivos que propiciaron la Ley, se viene restringiendo la interpreta-

ción extensiva en favor de los inquilinos, porque hoy no se puede equiparar al propietario a plutócrata y al arrendatario a hombre económicamente débil, porque en numerosas ocasiones el poder económico del segundo excede con mucho al del primero.

Lo expuesto podría considerarse intrascendente en cuanto se refiere al espíritu de las disposiciones, que no todos los juristas aprecian en su justo valor, olvidando que desde hace siglos los edictos de los pretores romanos sirvieron de fundamento al *Principio General de Derecho*:

«La letra mata y el espíritu vivifica.»

Acudiendo a este principio en lugar de al que dispone que

«Cuando la Ley no distingue, tampoco debemos distinguir.»

analizaremos el supuesto, según la regla hermenéutica contenida en el artículo 3.º, 1.º, del título preliminar del Código Civil, texto articulado aprobado por Decreto de 31 de mayo de 1974, en cuanto establece que

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

Así la letra de la Ley no nos debe detener porque no es decisiva, como lo prueba el Tribunal Supremo en sus sentencias, que se dirán, y también la propia Dirección General, cuando exceptúan el retracto en caso de adjudicación por división de cosa común adquirida por acto voluntario de donación; forma de adquirir no incluida o expresamente excluida de la letra del artículo 47, 3.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Y como el supuesto no lo hemos visto tratado por la jurisprudencia ni por la doctrina, para decidir hemos de recurrir a la interpretación histórica, a fin de precisar el pensamiento del legislador o de la norma, situándonos en el tiempo en que fue dictada para indagar con mayor seguridad el sentido de sus palabras y de las instituciones de aquella época, en armonía con el panorama de la vida jurídica y general de entonces, como dispone el ya mencionado artículo 3.º, 1.º, del Código Civil.

¿Fue la intención del legislador conceder los derechos de tanteo de retracto e impugnación en *todos* los supuestos de adjudicación por división de cosa común adquirida por cualquier título, con la única exclusión de la adquirida por acto involuntario, no preparado, como es la herencia o legado?

¿Fue la intención del legislador conceder tales derechos en los casos de adjudicación de pisos y viviendas por consecuencia de división de cosa común *adquirida sin arrendatarios* y arrendada antes de la disolución por los propietarios-disolventes-adjudicatarios-arrendatarios, desnaturalizando la esencia del retracto regulado en el artículo 1.521 y siguientes del Código Civil, o sea, sin la injerencia de un extraño en la relación jurídica arrendador-inquilino y sin salir de la cosa del dominio del arrendador, y por el solo hecho de la concreción de su cuota indivisa en una porción física diferenciada de las demás?

El propósito del legislador no debió ser otro que evitar el facilísimo *fraude* a la Ley de 1946 que se venía produciendo: Compra *pro indiviso* de toda la casa arrendada a diferentes locatarios seguida de disolución de la comunidad y adjudicación de cada piso a cada uno de los compradores.

Y esta fue, a mi parecer, su intención: Evitar que por esa solución subrepticia se llegara al mismo resultado de la venta por pisos, *enervando los derechos preferentes* de los inquilinos, nacidos de sus contratos de arrendamiento con el transmitente, por cuanto que la *ratio legis* no tuvo más finalidad que atajar el *fraude* al denegar el retracto y el tanteo donde no aparezca la posibilidad fraudulenta, exceptuando del retracto el supuesto de división y adjudicación de cosa común adquirida por actos de última voluntad, como es la herencia o el legado, esto es, por acto involuntario del causante-arrendador, y actualmente por la corriente liberalizadora de la rigidez de la Ley locataria, ampliado el supuesto a la adjudicación por división de cosa común adquirida de padres por el acto voluntario de donación según la decisión jurisprudencial del Tribunal Supremo, que siendo reiterada y uniforme la interpretación del artículo 47, 3.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya existe doctrina legal que lo complementa según el artículo 1.º, 6.º, del Código Civil. Y así lo trata la Dirección General en su Resolución de 13 de febrero de 1980.

Tanto de la Ley de 1946 como del Real Decreto de 1952 resulta la intención expuesta en sus bases, y nos bastaría su interpretación gramatical, ateniéndonos al sentido estricto de sus palabras, para llegar a aquellas conclusiones:

Ha condicionado y hecho depender el retracto legal arrendaticio a la adjudicación de pisos y viviendas por consecuencia de división de cosa común adquirida por compra o por otro contrato equivalente cuya contraprestación, no siendo personalísima, pueda ofrecer el inquilino, y cuando el derecho de éstos hubiere *nacido antes que el de los adquirentes*.

Así lo interpreta nuestro más Alto Tribunal en sus Sentencias de 8 de abril de 1959; 20 de enero de 1962 y 4 de febrero de 1975, en las que resulta:

«Que el precepto legal se construye sobre la *previa celebración de un contrato oneroso*, y así el artículo 1.521 del Código Civil lo deriva de la compra o dación en pago, y concretamente el arrendatario descansa, conforme al artículo 48 de la Ley, en la venta de piso o vivienda objeto del arrendamiento, extendiéndose esta facultad en caso de adjudicación por consecuencia de división de cosa común adquirida por herencia o legado, es decir, que esta ampliación del derecho de retraer en los casos de división creada específicamente en la Ley de Arrendamientos Urbanos tiene un *sentido excepcional*, en cuanto se aparta de las normas seculares formativas de esta institución de privilegio que siempre lo ha condicionado y *hecho depender de otro contrato de naturaleza onerosa en el que se subroga el retrayente en el lugar del que adquiere*, por lo que su recta interpretación y aplicación exige entrár en el *espíritu* de la Ley conforme al fin para que fue dictada, sin que se pueda prescindir de esta función interpretativa de la intención del legislador, puesta de manifiesto en el preámbulo del Decreto-ley de 8 de febrero de 1952, antecedente del precepto que se aplica, donde expresamente hace constar que se extiende el retracto al supuesto de división para evitar que se emplee como medio de *enervar* los derechos de tanteo y retracto. .»

La Audiencia Territorial de La Coruña, en Sentencia de 13 de mayo de 1963, publicada en la *Revista General de Derecho* de octubre de 1964, página 821, no admite el derecho de retracto en caso de división de inmueble que forma una sola unidad jurídica:

«...acreditado que A y B adquirieron el 16 de octubre de 1957 un inmueble compuesto de bajo, dos pisos y desván, estando el primer piso arrendado al actor, y posteriormente, en 8 de noviembre de 1961, procedieron a poner fin al estado de comunidad en que se encontraban, individualizando el derecho de cada uno y haciendo la distribución por iguales partes según valoración que consta en la escritura de división, sin que tal actuación implique de modo alguno la adjudicación de vivienda por consecuencia de división, que contempla el número 3.º del artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y que se lleva a cabo con *ánimo de defraudar* los derechos de los arrendatarios, sino que con esa manera de actuar, lejos de verificar una agrupación de pisos, lo que se hizo fue concretar la parte que correspondía a cada condueño en el inmueble, sin reserva alguna de derechos sobre la otra parte, creando una nueva unidad no sólo inmobiliaria, sino jurídica, si bien esa nueva unidad sea comprensiva de dos plantas, que no impide que tenga virtualidad propia y específica distinta de la simple suma de las plantas o pisos que la componen...»

La de la Audiencia de Granada de 13 de junio de 1967, publicada en la misma revista de octubre-noviembre de 1968, página 1088, respecto de adquisición de finca por derecho de accesión dice:

«...ha de tenerse en cuenta, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1964, que el retracto se estableció en la Ley de Arrendamientos Urbanos en los casos de venta de pisos o de finca en la que sólo existe una vivienda o local de negocio como medio de proteger al inquilino o arrendatario contra el propietario que para librarse de él acudiera al recurso de venta fraccionada de su propiedad, y que este aspecto es un hecho cierto que los artículos 47 y 48 de la referida Ley, en relación con el 1.521 del Código Civil y la referida doctrina jurisprudencial, exigen como requisito esencial y básico para el ejercicio retractual la *transmisión onerosa* de la propiedad, es decir, que lo fundamental es la existencia de *venta o dación en pago* con posibilidad de subrogación, y siendo evidente que aquella enunciación legislativa lleva en sí un criterio limitativo que obliga a rechazar todo intento de hacer entrar por asimilación otros actos de transmisión que no se basen concretamente en una compraventa o en su único equivalente de la adjudicación en pago de deudas, es indudable que por lo que afecta al caso de esta litis, en que ni se ha operado la existencia de alguna de dichas figuras jurídicas ni la retrayente podría subrogarse en la situación del dueño del solar que mediante el pago de la indemnización correspondiente hace suyo lo edificado por *ejercicio de su derecho de accesión*, la acción retractual resulta improsperable, y aun *prescindiendo de otros muy sugestivos temas que ofrece el supuesto controvertido, y de cuyo análisis ha de prescindirse por no haber sido materia de debate...*»

También la Dirección General en la Resolución de 13 de febrero de 1980 considera:

«...que la notificación establecida en el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, como requisito ineludible para la inscripción en los libros registrales de venta de pisos a que se refiere el artículo 47 de la misma Ley, trata de garantizar al inquilino del piso o local arrendado la efectividad de sus derechos de tanteo o retracto, y de ahí que sólo sea necesario en los casos en que al inquilino o arrendatario le estén reconocidos tales derechos, pero no hay que practicarla cuando *carece de esta posibilidad*.

Que si se examina el artículo 47 de la Ley se observa que sus dos primeros apartados reconocen la posibilidad de ejercicio de estos derechos de tanteo o retracto sólo en los casos de transmisiones onerosas y aún más concretamente en los de ventas o cesiones solutorias..., mientras que el apartado tercero, tras reconocer que gozará de esos mismos derechos el inquilino en los casos de adjudicación de vivienda a consecuencia de división de

cosa común, exceptúa, no todas las transmisiones lucrativas, como sucede en los dos primeros apartados, sino tan sólo las adjudicaciones por herencia o legado, sin enumerar la donación...

«...Que, el mencionado párrafo tercero del artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos tiene su precedente en el Decreto-ley de 8 de febrero de 1952, que justificaba en su preámbulo la novedad introducida como medio de evitar que se *enervaran* los derechos de tanteo y retracto cuando varias personas habían comprado en proindivisión y en su totalidad una finca con más de un arrendatario, con lo que eliminaban el ejercicio del retracto por parte de los inquilinos, y con posterioridad procedían los adquirentes a la división material por pisos del edificio, *con lo que consumaban de esta forma indirecta* su propósito. »

«...Que no hay que olvidar que el artículo 3.º, 1.º, del Código Civil impone que las normas han de interpretarse, entre otros, en el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, así como la realidad social, ateniéndose fundamentalmente a su espíritu y finalidad, y al interpretar los artículos 47 y 48 con arreglo al anterior criterio legal, aparece que la regla general que resulta de su contexto está referida a adquisiciones a *título oneroso* y sólo excepcionalmente a un supuesto de división de cosa común y adjudicación *cuando trata de evitar un fraude*, por lo que no debe extenderse a los supuestos en que éste no tiene lugar, dado además el carácter *restrictivo y odioso* del retracto, y, en consecuencia, entender que cuando el *origen adquisitivo del título estriba en*. »

Si la división de cosa común es declarativa y no traslativa de la propiedad, es por eso por lo que ni el legislador ni los intérpretes ven el hecho de la disolución en sí, sino el *título adquisitivo previo a la misma*, así como si cuando se produjo la *transmisión existía ya* el expectante derecho del inquilino para el caso de posterior disolución comunitaria y adjudicación de viviendas entre los condóminos que *enervaran los derechos anteriores* y preferentes de los locatarios *al* de los adquirentes.

Que aun cuando la declaración de derechos ha de proceder de los Tribunales y entender que no procede en el supuesto que tratamos, hemos de matizar si *edificio construido es edificio adquirido* a tenor de la construcción jurídica que regula la adquisición de derechos a la luz de los artículos 353 y 609 del Código Civil.

A) Dos de las formas de adquirir la propiedad son: a) *La originaria*; y b) *La derivativa*.

La originaria es aquella en virtud de la cual la adquisición no descansa en el derecho de un predecesor y, consiguientemente, no se da la idea traslativa que encadene al nuevo titular con el que deja de serlo.

La derivativa es la llamada adquisición traslativa, de la cual el dere-

cho se desplaza del enajenante al adquirente con su mismo contenido y características, de tal modo que puede decirse que lo único que en él ha variado es la figura de su titular; consistiendo esta figura en la sustitución de una persona por otra en la misma relación jurídica y como consecuencia de un negocio jurídico.

La distinción, pues, entre adquisición originaria y adquisición derivativa se fundamenta en que en aquélla falta la existencia de una relación personal entre *un precedente* y *un siguiente sujeto del derecho*, como es el supuesto de que el derecho *nazca por primera vez*.

B) Y para llegar a un resultado concluyente nos falta examinar las diferencias que existen entre la naturaleza civil de la construcción de los edificios y de la compraventa o en su único equivalente, como es la adjudicación en pago, a que se refiere el número 3.º del artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

La venta tiene por fin inmediato el cambio de una cosa por dinero; la construcción, si es por contrato, éste tiene por fin producir un resultado de trabajo por una remuneración, sin que pueda decirse que exista una enajenación de trabajo al modo de una compraventa de trabajo.

Se trata de un contrato de obra, y que por el principio de accesión van pasando a propiedad del dueño del suelo los materiales incorporados a ella, naciendo la propiedad directamente a favor del comitente a medida que los materiales son incorporados al suelo.

Las diferencias que existen entre los contratos de ejecución de obra y compraventa en orden a la transmisión de la propiedad pueden resumirse:

En la compraventa se requiere la tradición, de la cual, tratándose de inmuebles, acostumbra a ser la instrumental del artículo 1.462 del Código Civil, aunque pueda ser posterior.

En el contrato de ejecución de obra se requiere la entrega, que puede ser a medida en que son recibidas las unidades contratadas; y es por eso que el Código Civil trata el contrato de compraventa en el título IV y el de arrendamiento de obras y servicios en el capítulo III, sección 2.ª, del título VI.

La adquisición, pues, por obra nueva se produce por acto jurídico de accesión, que en nuestro Código Civil no se incluye entre los modos de adquirir la propiedad —art. 609—, pero declara que la propiedad de los bienes da derecho, por accesión, a todo lo que ellos producen o se les une o incorpora natural o artificialmente —art. 353—, como es la proveniente del trabajo u obra del hombre en sus dos formas características, como son la plantación y la edificación, esta última llamada accesión continua, que no es más que el derecho que tenemos a las cosas cuando por unirse a las nuestras como un derecho filial forman un solo cuerpo mediante la acce-

sión natural o industrial, que es el derecho que el dominio nos da sobre las ventajas, aumentos o mejoras que el mismo recibe por industria o artificio propio o de otra persona según los Principios: «Suele ceder al suelo lo que se edifica o siembra»; «todo lo que en el suelo se edifica al suelo cede»; «el edificio sigue al derecho del suelo!...».

Hemos de pasar ya a analizar los artículos 48 y 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en relación con el 37 de la Ley Hipotecaria.

En la letra C), 1.º, de la base VI de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946, creadora de los derechos de tanteo y de retracto, se dice:

«...los plazos se contarán desde que fuere inscrita la transmisión en el Registro de la Propiedad, y a falta de inscripción, desde que tuviere conocimiento de aquélla. Pero no se computará por no ser inscribible la transmisión aunque sí susceptible de anotarse preventivamente por defecto subsanable mientras no se notifique por conducto notarial al inquilino o arrendatario la venta del piso que ocupare...»

Y así lo recoge el artículo 63, confesando que no llegamos a entender la antinomia que se produce en el propio precepto. De una parte dice que los plazos se *contarán* desde que fuere inscrita la transmisión en el Registro de la Propiedad y de otra que *no se computará* por no ser inscribible.

En la Ley de 13 de abril de 1956 —arts. 48 y 55— ya se prescinde de la inscripción como fecha que inicia el cómputo del plazo y se exige que la notificación ha de hacerse en todo caso en forma fehaciente y desde la fecha de la notificación personal se cuenta el término, añadiendo el 55 que

«para inscribir en el Registro de la Propiedad los documentos de adquisición deberá justificarse que han tenido lugar las notificaciones exigidas. .»

Por tanto goza el inquilino, según el caso, del derecho de retracto legal, *con o sin inscripción*, y sólo opera como raíz inicial del plazo retraccional la notificación de la transmisión, quedando suprimidas *como tales la inscripción registral y el conocimiento de la misma*, como así viene sosteniendo reiteradamente el Tribunal Supremo, entre otras, en sus Sentencias de 27 de noviembre de 1947, 24 de junio de 1954, 11 de octubre y 23 de noviembre de 1956, 18 de marzo de 1960, 11 de noviembre de 1961 y 12 de enero de 1962.

ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, volumen III, página 660, contrariamente a las opiniones de CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, volumen IV, página 156, y a don TIRSO CARRETERO,

Revista crítica de Derecho inmobiliario, 1958, página 841, que estiman que el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos ha venido a derogar el número 3.º del artículo 37 de la Ley Hipotecaria, estándose así en el número 1.º, dice:

«...que para comprender mejor la naturaleza jurídica, así como los efectos del retracto legal, es básico partir de lo dispuesto en el artículo 37, 3.º, de la Ley Hipotecaria, según el cual se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos... —las acciones— de retracto legal en los casos y términos que las leyes establecen.

Que el precepto legal afecta a terceros adquirentes aunque estén protegidos por la fe pública del Registro que consagra el artículo 34 de la misma Ley, puesto que el retracto legal no necesita de la publicidad registral para operar, aunque esto no lo expresa dicho artículo 37 pero lo presupone, y es el criterio que inspira los artículos 26, 1.º, de la Ley Hipotecaria y 5.º, 3.º, de su Reglamento...»

Como expresa la Resolución de 4 de octubre de 1962, es reiterada la doctrina establecida por el propio Centro Directivo que el retracto legal actúa siempre con la máxima eficacia frente a los terceros aunque no conste en el Registro la causa de resolución del derecho, y, en consecuencia, quedan inermes los enérgicos resortes de defensa que la inscripción lleva consigo.

Y la Sentencia de 27 de septiembre de 1962, con referencia al retracto legal arrendaticio, expresa que el mismo integra una delimitación de las facultades dominicales estatuidas por la Ley que opera fuera o al margen del comercio o tráfico de los titulares de aquel derecho de carácter absoluto, que en su juego autónomo se desenvuelve fuera del ámbito de la legislación hipotecaria con una publicidad impuesta por la misma Ley que lo crea y de ahí *el artículo 37 de la Ley Hipotecaria en su número 3.º*, es decir, que en estos supuestos no opera el artículo 34 de la propia Ley porque de su protección quedan excluidos por expresa disposición del artículo 37 las referidas acciones.

Y debe ser así por cuanto tanto si consta como si no, la manifestación verdadera o falsa de la situación arrendaticia en el título presentado a inscripción en nada afectará a los derechos del inquilino, puesto que no interviniendo no exterioriza su conocimiento, y por tanto no existe el nexo que cual todos los contratos vincula a todos los que en él son parte y nada más, y no crea otras relaciones jurídicas que las estrictamente relativas a personas, con exclusión de cualquiera absoluta, que en el orden patrimonial privado sólo engendra el derecho real para el que se ha instituido el Registro de la Propiedad como mecanismo o dispositivo posible a

fin de que puedan conocer todas las personas indeterminadas o desconocidas obligadas a respetarlo las circunstancias de su subsistencia; notificación genérica que no vale más que respecto a terceros y en relación con los derechos reales inmobiliarios, *únicos susceptibles de inscripción*, y no con referencia a las obligaciones personales ni frente a personas necesariamente determinadas e individualmente conocidas, como son los inquilinos, para quienes la notificación ha de ser *singular y personal*.

Es por esto porque la manifestación hecha por el transmitente, caso de hacerse constar en el Registro, no goza de la fe pública registral, que sólo actúa a modo de ficción de veracidad de que la Ley inviste a los asientos practicados que constatan la existencia, extensión y titularidad de los *derechos reales registrados*. El Principio de publicidad registral, eje de nuestro sistema hipotecario, encierra en sí dos caracteres: Como legitimación registral y como fe pública, a los que no alcanza la manifestación de hallarse o no arrendada la finca; y en este sentido la Ley de Arrendamientos Urbanos reconoce que en tanto *no se practique por conducto notarial* la notificación de la venta, la *inscripción no produce* el efecto de notificación genérica y pública que a la inscripción se concede, pues ésta, por declaración de la Ley, no alcanza al inquilino, que ha de ser personal y fehacientemente notificado, como se ha dicho.

Cierto que la Dirección General en sus Resoluciones de 4 de diciembre de 1957, 17 y 25 de enero y 6 de febrero de 1958 hace constar que ha de cumplirse con el artículo 55 de la Ley arrendaticia, pero lo dice en casos tan concretos como son la venta de un piso; pero también la propia Dirección reconoce en sus considerandos:

«...que fue calificado, en general, por la doctrina como poco claro y confuso, lo que motivó las más variadas interpretaciones en orden a si era o no posible la inscripción cuando faltan las notificaciones previas para el ejercicio de los derechos del inquilino, así como en cuanto a la fijación del momento inicial para la computación de los plazos, que unos sitúan en el conocimiento por el locatario de la transmisión efectuada, otros en la notificación y *algunos en la inscripción*.

Que para evitar el reconocimiento de la posible antinomia legal que el mencionado precepto entraña es requisito de carácter imperativo la previa notificación, puesto que tal exigencia determina el momento de iniciación del cómputo del plazo para el ejercicio retractual, porque si bien es cierto que conforme al párrafo último del artículo 64 los plazos se contarán *desde que fuese inscrita la venta*, seguidamente se ordena que no se podrá computar hasta que fuese notificada, y como es obvio que este precepto va encaminado a posibilitar la adquisición por parte de los inquilinos de los pisos que ocuparen, finalidad primordial de la Ley, se convertiría en ilusorio este derecho si se permitieran inscripciones sin el cumplimiento de esta formalidad que sirvie-

ra de punto de partida para contar el plazo del retracto, ya que no sólo sería contra la ratio legal del precepto, sino que se vulneraría el expreso mandato de la norma, que prescribe que el inquilino tenga conocimiento de la venta y precisamente en forma notarial...»

Y es la propia Dirección General quien en Resolución de 30 de enero de 1980, en un caso de venta de la mitad indivisa de piso por un condueño a otro condueño, dice:

«... Que si bien el artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece en todo caso la necesidad de notificar al inquilino la transmisión efectuada y el 53 reitera esta obligación, es lo cierto que tal exigencia ha de ser entendida dentro del contexto de la propia Ley, es decir, que la *notificación es siempre necesaria para todos los supuestos en que el derecho de tanteo o retracto pueda operar*, como podría ser incluso si transmitida la cuota a un extraño se ignora si el comunero va o no a ejercer su derecho ., y *ordena la inscripción por cuanto que ésta, dice, no impide al locatario*, con arreglo al artículo 66 de la Ley Hipotecaria, el acudir a los Tribunales de Instancia para contender acerca de la validez o nulidad del título origen del acto que da lugar a la inscripción pretendida...»

El Centro Directivo, además de no ser ya contundente en la exigencia de que conste la situación locataria, no se *atreve a decir que el derecho no existe*, y desplaza la decisión a los Tribunales, que son a quienes compete la decisión o determinación de derechos, y hemos de respetar la que nos parece correcta doctrina de la Dirección, puesto que si el retracto legal se da en todo caso contra el tercer adquirente, según el artículo 37 de la Ley Hipotecaria, y el 66 de la misma Ley declara que siempre se podrá contender ante los Tribunales acerca de la determinación de los derechos de retracto, no debe ponerse obstáculos a la inscripción del supuesto que estudiamos, máxime si ésta no inicia el plazo para retraer y no conculca el posible derecho de los inquilinos, ya que éste, si lo tiene, ha de ser fehacientemente notificado conforme al artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Don JOSÉ AZPIAZU, en la *Revista crítica de Derecho inmobiliario* de marzo de 1954, página 159, dice:

«...y aquí comienza la gran ficción del retracto y el Registro. La defensa de los intereses del arrendatario —la torpe defensa creemos nosotros— impide la inscripción, con grave quebranto de la defensa de otros intereses tan sagrados como los del arrendatario, y *altera todas las normas de la publicidad registral*; pero no es sólo eso, es que ha producido la vacilación y la duda en las actividades de los Registradores frente al problema: Unos

defienden la inscripción a ultranza —y nosotros también— y no admiten más prohibiciones que las establecidas en la Ley Hipotecaria —protectora también de los locatarios frente a terceros según el núm. 3.º del art. 37—; otros ni inscriben ni anotan, en espera de que la notificación se practique, y otros, en fin, anotan, haciendo constar que la notificación no se practicó para evitar en cierto modo el desdoro que para la publicidad registral significa la no apertura del plazo registral a través de los asientos del Registro. Es más, dice, esa confusión se va propagando a otros sectores jurídicos, conociéndose una sentencia del Juez de Inca en la que se *sostiene la procedencia de la inscripción*, aun sin que se haya practicado la notificación, con la salvedad de que tal inscripción *no puede abrir el plazo retractual.. »*

No nos extraña. pues, ver con tanta frecuencia cómo en los documentos judiciales de adjudicación de locales o viviendas en procedimientos ejecutivos o de ventas en subasta judicial de piso arrendado, por ser indivisible y conforme al artículo 404 del Código Civil, no se haga constar la situación arrendaticia y en su caso la notificación a los inquilinos. Sin duda, los Jueces, que aplican la Ley, consideran la notificación en el proceso intrascendente a tenor del artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y del número 3.º del 37 de la Ley Hipotecaria.

En la escritura del supuesto que tratamos pudo adjudicarse al constructor-arrendador sobreviviente en pago de su participación las siete viviendas del edificio de diez como una sola unidad jurídica y registral, pero no se hizo así por exigencias de la Ley de Propiedad Horizontal y en méritos de la Resolución de 16 de diciembre de 1967, que declaró no ser inscribible una escritura en que se constituía en propiedad horizontal el edificio dividiéndose en tres fincas, que correspondían a los dos bajos y la tercera al resto del edificio, comprensiva de diversos pisos arrendados a doce diferentes inquilinos, por el argumento «fundamental» de que dicha tercera finca no constituía unidad física ni tampoco económica, funcional o de destino (supuesto de hotel, almacenes, etc.).

De atribuirse al condueño sobreviviente las seis plantas como una sola finca, ¿se negaría la inscripción, además de por la doctrina de la Dirección, por lo dispuesto en el artículo 55, en relación con el 47, 3.º, y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos?

Hemos de citar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que aunque no siempre mantiene un criterio uniforme pese a la misión unificadora, en este caso sí lo sostiene, e interpretando el mencionado artículo 47 dice que los arrendatarios o inquilinos no gozan del derecho de retracto arrendaticio cuando en la venta de varios pisos a un solo comprador se le venden todos los que el vendedor poseía.

Así lo razona y declara la Sentencia de 2 de marzo de 1963, último

considerando, sosteniendo que el aludido retracto arrendaticio «procede tan sólo en los casos de venta por pisos (de uno o de varios pero no de todos, como reconoce la doctrina jurisprudencial...)», lo que ya había mantenido el mismo Tribunal en Sentencia de 23 de noviembre de 1962, ya que en su segundo considerando expresa lo transcrito. Y es porque como ocurrió en el caso de la Sentencia de 16 de junio de 1962, el Tribunal Supremo entiende que «...resulta claro que cuando en la escritura la dueña de la parte derecha se la vende al demandado no lleva a efecto ninguna agrupación de pisos, sino que vende todo lo que es suyo, supuesto similar al caso de que hubiera vendido la casa entera de ser un solo dueño...».

Lo corrobora en Sentencia de 27 de enero de 1965, ya que si accede al retracto es precisamente por no constar en la escritura de compraventa si lo vendido era o no lo que en la finca pertenecía a la vendedora.

Y en caso de venta del resto de una finca compuesta de varias viviendas después de haberse segregado y vendido una planta:

Cuando el arrendador, dice la Sentencia de 9 de octubre de 1965, enajena una porción de finca mayor que lo que el arrendatario tenía arrendado no resulta posible el derecho de retracto. Así las de 7 de marzo de 1959, 22 de abril de 1969 y la de 12 de noviembre de 1960.

Cuando se venden varias plantas pertenecientes a una sola persona formando una sola unidad jurídica bajo unos linderos e inscripción en el Registro de la Propiedad puede hacerse libremente sin tener que hacer saber al arrendatario la enajenación por no corresponder al mismo los derechos de tanteo y de retracto; no se llevó a efecto ninguna agrupación de pisos, por lo que no puede estimarse la *existencia de ninguna confabulación dolosa* en contra de los inquilinos, *que es lo que la Ley y la jurisprudencia trata de evitar*.

Y que esta doctrina, ratificada, entre otras, por la Sentencia de 20 de febrero de 1960, que agrega que de darse *mayor extensión* al concepto de agrupación habría que llegar a la conclusión legalmente absurda, como contradictoria en sí misma y contraria a dicha doctrina, y como tal inaceptable, de que cuando se vende una finca totalmente se vende también por pisos agrupados unos a otros.

Si conforme a la anterior doctrina no se da el derecho de retracto en el caso de venta de todo lo que pertenece, con menor razón ha de surgir en caso de adjudicación en pago de la participación que se tiene, aun cuando para la atribución y en cumplimiento de la Ley sobre Propiedad Horizontal y la meritada Resolución de 16 de diciembre de 1967 deba constituirse formalmente el edificio en propiedad horizontal constituyendo una finca con cada entidad de aprovechamiento independiente.

El Notario don FRANCISCO ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y OLANO (*Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 462, pág. 1241), estudiando lo «Imperativo y lo dispositivo en la propiedad horizontal», cuyo comentario es anterior a la indicada resolución, dice:

«Nacimiento de la propiedad horizontal por división de cosa común al amparo del último párrafo del artículo 401 del Código Civil:

Plantea algunos problemas de importancia, entre los que cabe señalar:

A) Que los demás comuneros deseen continuar en régimen de indivisión, en cuyo supuesto, y aunque haya de constituirse la propiedad horizontal en forma plena sobre el edificio, no se ve inconveniente en que los restantes pisos y locales se adjudiquen en régimen de indivisión, o bien, si se admite la tesis potestativa en lo relativo al número de locales, tal y como se ha apuntado antes, en que se hagan tan sólo dos locales, uno que se adjudica al comunero que ha solicitado la división y otros que se adjudican a los demás comuneros y que comprenden el resto del edificio.

B) Otro problema muy agudo lo plantea la aplicación del artículo 47, 3.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que concede derecho de retracto al inquilino en caso de adjudicación de vivienda como consecuencia de división de cosa común, salvo que ésta hubiera sido adquirida por herencia o legado o antes de 1 de enero de 1947. Al dividirse la comunidad a petición de un comunero, constituyéndose en propiedad horizontal por aplicación del artículo 401 del Código Civil en su párrafo final, parece que los inquilinos tienen derecho de retracto. También parece, dice, que en este caso podrían adoptarse las soluciones que acaban de exponerse».

A nosotros nos parece, a la vista de la expresada doctrina del Tribunal Supremo, que por una *exigencia formal* de la constitución plena del edificio en régimen de propiedad horizontal no ha de darse el derecho de retracto, toda vez que si no se da en caso de venta, que es lo más, no debe darse en la disolución de comunidad, que es lo menos, y si se diere habría que permitir una sola unidad registral con varias plantas para evitar que por aquella exigencia formal se perjudiquen los derechos del propietario, hoy tan protegibles o más, en los casos de alquileres antiguos con rentas congeladas, como los de los inquilinos.

CASTÁN define el retracto legal como el derecho que por virtud de Ley compete a una persona para *adquirir la cosa vendida* subrogando en el lugar y derecho del comprador, siendo siempre el motor que lo pone en marcha una *transmisión previa* y la subrogación en el lugar de uno de los

otorgantes del contrato, en el cual el inquilino o arrendatario no ha intervenido, o lo que es igual, opera cuando el *arrendador enajena* la cosa a un tercero.

Se da, pues, en el retracto arrendaticio urbano la nota de casi todos los retractos: la *injerencia* de un *extraño* en la relación jurídica arrendador-arrendatario y adquisición de la cosa. La mente evoca como título transmisor que lo suscita el contrato de compraventa, ya que la Ley, al regular su vida, se refiere constantemente al vendedor y al comprador y al transferente o al adquirente, o a cuando el contrato es otro título o alguna modalidad de dicho contrato, o sea, a los casos de *transmisión* a título oneroso; no dándose, consecuentemente, mientras la cosa no haya *salido del dominio del arrendador*.

CONCLUSIÓN

a) Como parece que el legislador no ha visto el hecho de la disolución de comunidad, sino el título adquisitivo previo para conceder los derechos de tanteo, retracto e impugnación cuando tuvo lugar la adquisición de edificio arrendado a diferentes inquilinos con la preferencia de los derechos de éstos sobre los de los adquirentes-disolventes, no parece posible extenderlos a la disolución de comunidad de edificio construido o adquirido *sin inquilinos* y arrendado antes de la división, a tenor de la esencia del retracto regulado en el Código Civil.

b) Que en estos supuestos no vemos ni fraude ni que se enerve derecho alguno de los inquilinos. Estos y los arrendadores conservan los mismos derechos y obligaciones nacidos de los contratos arrendaticios.

c) Ante los artículos 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y 37, 3.º, de la Ley Hipotecaria, el 55 de aquélla, por pueril e infundado, no parece que deba interpretarse más allá de los supuestos a que se refieren sus correlativos y no extender su aplicación a los casos de adjudicación por división de cosa común adquirida sin arrendar.

d) Admitir a inscripción estos documentos para facilitar el tráfico jurídico, ya que con la inscripción no se conculcan los derechos de los inquilinos, pues caso de que les correspondan han de serles reconocidos por los Tribunales.

e) Como la Ley de Arrendamientos Urbanos, más que general parece casuística, el Registrador, suspendiendo o denegando la inscripción en casos ni clara ni expresamente determinados, anticipará con su calificación

el reconocimiento de unos derechos que sólo a los Tribunales compete señalar, abriendo con su decisión un portillo a pleitos que se deben evitar, ya que después de la calificación negativa, pronunciándose en favor de los inquilinos, ¿quién convence a éstos de lo contrario?

Julio de 1984.

JOSÉ ALONSO CASADO
Sustituto de los Registradores
de la Propiedad de Vigo uno

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y Sentencias

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

POR JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

DERECHO MERCANTIL

NO ES INSCRIBIBLE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA EN LA QUE EN SU DENOMINACIÓN FIGURA LA SÍLABA «BANK» O SU TRADUCCIÓN ESPAÑOLA «BANCO», YA QUE LA LEY DE 31 DE DICIEMBRE DE 1946 EXIGE PARA ELLO AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO ESPECIAL DE BANCOS Y BANQUEROS.

Resolución de 12 de enero de 1984 (B. O. del E. de 23 de febrero de 1984).

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto por don José Manuel Pérez Mingorance contra la negativa del Registrador Mercantil de Sevilla a inscribir una escritura de constitución de Sociedad anónima en virtud de apelación del recurrente;

Resultando que en escritura autorizada por el Notario de Sevilla don José María Prieto Delgado el día 19 de noviembre de 1983 se constituyó una Sociedad anónima, estableciéndose como artículo 1.º de sus Estatutos que «con arreglo a estos Estatutos, a la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y demás disposiciones de aplicación se constituye la 'Compañía Mercantil Anónima Inverbank, S. A.'»;

Resultando que presentada copia de la anterior escritura en el Registro Mercantil de Sevilla, fue calificada con nota del tenor literal siguiente:

«No practicada la inscripción solicitada porque la denominación de Banco no puede ser usada sin la previa autorización e inscripción administrativa (artículos 38 y 40 de la Ley de 31 de diciembre de 1946 y art. 2.º, párrafo 3.º, del Decreto de 9 de julio de 1948), pues si bien es cierto que no figura propiamente en la denominación, no lo es menos que la palabra inglesa 'Bank' aparece frecuentemente en las abreviaturas o contradicciones utilizadas por Bancos españoles ('Bankinter', 'Bankunión'...), lo que podría dar lugar a evidentes confusiones, máxime cuando, como en el presente caso, se enlaza (al igual que en los ejemplos propuestos) como sílaba a otras dos de una única palabra (Inverbank) que sugiere la existencia de un negocio bancario; por lo que se aprecia, en base al párrafo 2.º, inciso 2.º, del artículo 44 del Reglamento del Registro Mercantil, un defecto que se califica de subsanable; todo ello con la conformidad de mi cotitular. Y a solicitud del interesado, se extiende la anotación preventiva de suspensión por plazo de sesenta días, letra 'A', en el folio 33 del tomo 628, libro 407 de la sección 3.ª de Sociedades, hoja número 10.152. Sevilla, 13 de septiembre de 1983.—El Registrador (firma ilegible).»

Resultando que don José Manuel Pérez Mingorance, Presidente del Consejo de Administración y Consejero-Delegado de la Sociedad anónima constituida, interpuso recurso gubernativo contra la calificación registral y alegó: que si bien el artículo 40 de la Ley de 31 de diciembre de 1946 extiende la aplicación de la disciplina bancaria a las oficinas bancarias extranjeras, la Sociedad que se constituye ni es oficina bancaria ni es extranjera, sin que tal extensión, a juicio del recurrente, pueda llevarse al extremo de que una simple sílaba coincidente con una palabra extranjera que significa Banco provoque la aplicabilidad del artículo 38 de la misma Ley, que claramente se refiere a la palabra Banco, con entidad propia, distinta y existencia independiente; que el hecho de que el uso bancario se manifieste esporádicamente a través de la contracción de palabras no autoriza a realizar una interpretación restrictiva; que es corriente que en denominaciones de Sociedades no bancarias se utilice no sólo la sílaba «bank», sino incluso la de «banc»;

Resultando que el Registrador Mercantil de Sevilla dictó acuerdo en que, manteniendo íntegramente la calificación, alegó: que la legislación bancaria es clara y decididamente contraria a la adopción de denominaciones en las que figure la palabra Banco, sin que establezca distinción en orden a que se utilice aisladamente o formando parte de aquéllas, mediante su conversión en sílabas de una palabra de más larga extensión; que la denominación adoptada induce a confusión, pues, *prima facie* y sin conocimiento de su objeto social, parece que nos encontramos ante una Entidad bancaria; que es cierto que cada vez más utilizan las Entidades bancarias en sus mal llamados anagramas la palabra «bank», claramente reveladora de su naturaleza bancaria, como ocurre en los ejemplos que se citan en la nota, que en España realizan operaciones bancarias determinadas Sociedades extranjeras que en sus denominaciones utilizan, lógicamente por serlo, el término «bank», por lo que es evidente que la denominación pretendida, Inverbank, pueda en todo caso dar la impresión de que nos hallamos ante una Entidad bancaria, sin que la libertad que establece el artículo 2.º de la Ley de Sociedades Anónimas pueda llevarse al extremo de permitir denominaciones que induzcan a confusión.

Doctrina jurídica.—Vistos los artículos 44 del Reglamento del Registro Mercantil, 2.º de la Ley de Sociedades Anónimas, 37, 38 y 40 de la Ley de 31 de diciembre de 1946 y 2.º del Decreto de 9 de agosto de 1974;

Considerando que es un fenómeno habitual la creciente penetración de la terminología inglesa en el lenguaje comercial español y de modo paralelo la frecuente utilización del término «bank» en los anagramas de las Sociedades bancarias españolas;

Considerando que legalmente no se puede utilizar una denominación bancaria por la persona natural o jurídica que no se dedique a tal actividad, ya que ello induciría a un confucionismo en orden a la actividad mercantil desplegada, y porque además tal denominación está legalmente reservada, según los artículos 37 y 38 de la Ley, a quienes con habitualidad y ánimo de lucro reciben del público fondos que aplican por cuenta propia a operaciones activas de crédito u otras inversiones;

Considerando, por tanto, que una Sociedad en la que su objeto social no incluye una actividad de este tipo no puede utilizar la denominación de «Banco» y por analogía la de su exacta, homófona y extendida versión inglesa «Bank», ya que para que tal término aparezca en la denominación social se requiere haber obtenido, por estar incluida dentro de la reglamentación legal, la autorización administrativa correspondiente, así como la inscripción en el Registro de Bancos y Banqueros,

Esta Dirección General ha acordado confirmar la nota del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. S. para su conocimiento, el del recurrente y demás efectos.

Madrid, 12 de enero de 1984.—El Director general, *Francisco Mata Palarés*.

CONSIDERACIONES CRÍTICAS

La presente resolución, dictada en un recurso que afecta al Registro Mercantil, entiendo que se mueve en ese campo difícil de límites en los que entra en juego la calificación registral. ¿Hasta dónde puede llegar un Registrador Mercantil en su calificación? ¿Es admitido en este campo el juego del principio de las «conjeturas»? ¿Son las consecuencias futuras las que pueden decidir la admisión o no a inscripción de determinados actos? Creo que contestando a alguna de estas preguntas habremos dado una solución que en principio debe apartarse de la que mantiene la Dirección General. Veamos los hechos, las alegaciones y las razones jurídicas dadas en favor y en contra del criterio que mantiene el Registrador calificador.

Apunto todo lo anterior, pues si bien la nota que suspende la inscripción de la Sociedad anónima está correctamente redactada, el informe en defensa de la nota o el acuerdo que pasa el recurso a la Dirección se pierde en disquisiciones que no hacen al caso. Lo mismo sucede con el escrito del recurrente y, por supuesto, con la solución que ofrece la resolución. Aquí hay que partir de una prohibición legal de utilización de la palabra Banco o Banquero, y las razones que el legislador tuvo para ello nada añaden a la claridad del supuesto, antes bien, creo que lo ensombrecen y pueden dar lugar a confusión.

El hecho que da lugar al recurso es la presentación de una escritura de constitución (?) de una Sociedad anónima con la siguiente denominación:

«Compañía Mercantil Anónima Inverbank, S. A.». La nota registral es clara: esa denominación de Banco no puede ser utilizada sin la previa autorización e inscripción administrativa, conforme a la legislación bancaria. El escrito del recurrente alega que la sílaba «bank», coincidente con una palabra extranjera que significa Banco, no autoriza a una interpretación restrictiva. El acuerdo registral amplía su inicial decisión y extiende la prohibición no sólo a la utilización de la palabra, sino de sílabas que formen parte de otra más amplia, aparte de que la denominación utilizada induce a confusión.

Para un ligero comentario de este singular recurso creo que debe dividirse el mismo en dos partes: la primera referida a la función calificadora registral y la segunda a la prohibición legal, su vigencia y sus límites.

A) *La calificación registral: denominación y fin social*

La amplitud de la función calificadora queda perfilada en el artículo 5.º del Reglamento del Registro Mercantil, el cual establece: «Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad, con referencia a los títulos presentados, la competencia y facultades de quien los autorice o suscriba, la legalidad de las formas extrínsecas, la capacidad y legitimación de los otorgantes y la validez del contenido de los documentos, examinando si han sido cumplidos los preceptos legales de carácter imperativo. La calificación se basará en lo que resulte de los títulos presentados y en los correspondientes asientos del Registro». La fórmula es más amplia que la empleada por la legislación hipotecaria y permite moverse al Registrador en adecuación a la documentación presentada. La fórmula, al ser general, podría permitir, aun y a pesar de la remisión subsidiaria a la legislación hipotecaria (disposición cuarta, adicional), una aplicación a toda clase de documentos: notariales, judiciales y administrativos.

El proceso «discursivo» de que habla HERNÁNDEZ GIL (*El abogado y el razonamiento jurídico*), en el que los hechos han de ser condensados y definidos en su dimensión jurídica, o lo que es lo mismo, en el que los hechos y el Derecho reciben tratamientos complementarios, lleva a una última decantación de interpretación, calificación y establecimiento de consecuencias jurídicas. Este proceso es perfectamente aplicable a la labor calificadora que realiza el Registrador Mercantil: determinar la situación antecedente de un efecto jurídico. Determinar si concurre o no el presupuesto es calificar.

En el presente caso el hecho jurídico de una denominación es preciso encuadrarlo en el ordenamiento jurídico para ver si concurre o no la legalidad que lo protege. ¿Es preciso relacionar la denominación con el fin social o el objeto a que se dedica la Sociedad? Yo entiendo que no tiene nada que ver el fin u objeto social con la denominación que se adopte, aunque puede estar en consonancia. El principio de que parte la legislación de Sociedades Anónimas es el de libertad, como así parece desprenderse del artículo 2.º de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951. Dice DE LA CÁMARA (*Estudios de Derecho mercantil*) que en la actualidad no se exige —como exigía el art. 152 del Código de Comercio— que el nombre sea adecuado al objeto u objetos de la Compañía. La denominación, por tanto, como dice GARRIGUES (*Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*), puede ser de pura fantasía para llamar con mayor fuer-

za la atención del público, puede ser alusiva a los negocios que se van a explotar, puede ser coincidente con el nombre de alguno o algunos de los fundadores y puede consistir simplemente en un anagrama. Este criterio de libertad —sigue diciendo dicho autor— ha sido confirmado por la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de septiembre de 1958. Ni siquiera puede ser un obstáculo para la inscripción —dice la resolución— que la adopción del nombre esté en contradicción con algunas marcas o nombres comerciales. La libre elección del nombre tiene sólo dos limitaciones: no se puede adoptar una denominación idéntica a la de otra Sociedad y que el nombre debe contener la expresión «Sociedad Anónima», aclarando la Resolución de 19 de junio de 1967 que no hace falta que la denominación incluya la indicación Sociedad Anónima, bastando con que figure a continuación del nombre la abreviatura S. A.

Esta opinión de los autores citados viene ratificada por RODRIGO URÍA (*Derecho mercantil*) y por JESÚS RUBIO (*Curso de Derecho sobre Sociedades Anónimas*). Igualmente VELASCO ALONSO (*La Ley de Sociedades Anónimas*) opina en este sentido. Estos dos últimos autores, al precisar el alcance de la calificación registral, entienden que una cosa es el problema de la «identidad», cuestión de Derecho de Sociedades referente a la denominación de la persona jurídica, único aspecto en el que puede entrar el Registrador Mercantil, y el problema de « semejanza » de la denominación materia de posible competencia ilícita, propio de la propiedad industrial. Por ello, de este último problema, relacionado con el uso de la denominación social registrada y de la normativa de la Ley y el Estatuto de la Propiedad Industrial, debemos abstenernos, pues quedan fuera de la competencia dicha. Aquí solamente el Registrador debe exigir que la denominación no coincida con la de otra Sociedad existente a través del certificado correspondiente del Registro General de Sociedades, siendo falta subsanable dicha coincidencia, conforme al artículo 46 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Ante todo esto al comentarista se le ocurre pensar que si la legislación vigente en materia de denominación de las Sociedades Anónimas no exige más que no se adopte el de otra existente y de que en su denominación debe figurar las siglas S. A., ¿por qué se interfieren ahora los artículos 37, 38 y 40 de la Ley de 31 de diciembre de 1946 y 2.º del Decreto de 9 de julio de 1948 con su problemática de la utilización del nombre de Banco o Banquero? La explicación reside en que a pesar de la cláusula derogatoria final de las disposiciones contradictorias a la Ley, la Comisión Mixta prevista en la disposición adicional por Decreto de 14 de diciembre de 1951 declaró vigente la Ley de 31 de diciembre de 1946. Ahora nos queda ver si efectivamente esa prohibición se corresponde con el supuesto de hecho.

B) *Prohibición legal, vigencia y límites*

La prohibición legal, que como hemos visto está vigente, establece que «nadie podrá ejercer el comercio de Banca ni usar la denominación de Banco o Banquero sin figurar inscrito en el Registro de Bancos o Banqueros». Es decir, que la prohibición en base de la cual el Registrador suspende la inscripción tiene una doble proyección: de una parte se prohíbe el uso de la denominación Banco o Banquero y de otra se prohíbe el ejercicio del comercio de Banca. Una afecta a la «denominación» y la otra al

«objeto social». Ambas quedan supeditadas al requisito administrativo de una inscripción en el Registro especial.

La argumentación en su simpleza no debería haber pasado de ahí, pero en la decisión registral se añade un argumento inservible: *puede inducir a confusión*. Hemos dicho antes que la Ley de Sociedades Anónimas superó la relación denominación-objeto social, pero aun cuando esto no fuera así la confusión duraría hasta que por la delimitación del objeto se averiguase que eso no era un Banco, lo cual podría dar lugar a un hecho delictivo, pero que nada tiene que ver con la calificación. Lo tremendo del caso es que la argumentación registral la utiliza la propia Dirección General en su segundo considerando y en el tercero cae en la trampa de relacionar la denominación social con el objeto, reviviendo así el antiguo artículo 152 del Código de Comercio y desvirtuando el principio de libertad que estableció la Ley de Sociedades Anónimas.

La verdad es que la prohibición —que debe interpretarse restrictivamente como todas— prohíbe la utilización de la palabra «Banco» o «Banquero» pero nada dice respecto a su sinónima extranjera. Comprendo que la divulgación del inglés —cosa auténticamente preocupante para el porvenir del español— permite una asociación de ideas entre las sílabas «Bank» inglesas y la palabra Banco española. ¿Pero qué habría hecho el Registrador si en vez de esa denominación silábica inglesa se hubiese utilizado la alemana, la italiana, la vasca, etc.? «Inverbank» se hubiera convertido en «Inverchemel» o «Inverbant» en alemán; en italiano hubiera tenido que ser «Inverbanca», pues si hubiera sido «Inverbanco» la traducción era la de pupitre, y, por fin, en vasco «Inverbank» se hubiera convertido en «Inveralki» o en «Inverlutualki». De verdad que el supuesto ofrece al comentarista tantas posibilidades anecdóticas que debo —porque así me lo propuse al iniciar esta sección— no seguir con más denominaciones, que inducirían, más que a confusión, a risa.

Por todo ello, aun considerando que la solución puede tener un apoyo legal, no ha debido tener esas inducciones, esas conjeturas y esas previsiones de futuro delictivo. Suspendo la inscripción por no presentar la autorización administrativa o la certificación acreditativa de que esta Sociedad es un Banco o inscribo porque en el objeto social no había esta finalidad. Bueno, todo ello así me lo parece, salvo que el supuesto de hecho y la realidad que lo circunda estuviese rodeada de un entorno notoriamente conocido.

DERECHO HIPOTECARIO

NO PROCEDE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO, DIRIGIDA CONTRA LA JUNTA DE COMPENSACIÓN URBANÍSTICA, SIN QUE SE HAYA HECHO CONSTAR EN EL REGISTRO POR NOTA MARGINAL LA AFECCIÓN DE LOS TERRENOS COMPRENDIDOS EN UN POLÍGONO O UNIDAD DE ACTUACIÓN, YA QUE DICHA NOTA, APARTE DE SURTIR LOS EFECTOS DE NOTIFICACIÓN A LOS POSTERIORES ADQUIRENTES, SIRVE PARA CUMPLIR CON LA EXIGENCIA DEL TRACTO SUCESIVO Y HACER CONSTAR EN EL REGISTRO LA TRANSMISIÓN FIDUCIARIA DE LAS FACULTADES DISPOSITIVAS A LA JUNTA DE COMPENSACIÓN.

Resolución de 12 de enero de 1984 (B. O. del E. de 23 de febrero de 1984).

Hechos.—Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Florencio Aráez Martínez, en nombre de «Construcciones y Contratas, S. A.», contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 12 de Madrid a practicar una anotación preventiva de embargo en virtud de apelación del Registrador de la Propiedad;

Resultando que en autos de juicio ejecutivo número 443/82-A-2, seguidos a instancia del Procurador don Florencio Aráez Martínez, en nombre y representación de «Construcciones y Contratas, S. A.», contra la Junta de Compensación de la Unidad Urbanística I de Peñagrande, en reclamación de 8.562.915 pesetas de principal y 1.900.000 pesetas para costas y gastos, el Magistrado-Juez de Primera Instancia número 4 de Madrid expidió mandamiento ordenando la práctica de anotación preventiva de embargo sobre cinco fincas descritas en aquél;

Resultando que presentado el anterior mandamiento en el Registro de la Propiedad número 12 de Madrid, fue calificado con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la anotación preventiva de embargo que se ordena en el precedente mandamiento, por el defecto que se considera insubsanable, de aparecer las fincas embargadas inscritas a favor de personas distintas de la Entidad demandada. Se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 485, c), del Reglamento Hipotecario.

Madrid, 27 de octubre de 1982.—El Registrador (firma ilegible)».

Resultando que don Florencio Aráez Martínez, Procurador de los Tribunales, interpuso recurso gubernativo contra la calificación en nombre de «Construcciones y Contratas, S. A.», y alegó: Que si bien es cierto que son

titulares de las fincas descritas en el mandamiento personas jurídicas distintas de la demandada en el juicio ejecutivo, no lo es menos que tales personas jurídicas son las que forman la Junta de Compensación; que las fincas embargadas son propiedad de las Sociedades demandadas y están incluidas en el proyecto de reparcelación de la Unidad Urbanística I de Peñagrande; que acreditada la participación en la Junta de las Entidades cuyas fincas han sido embargadas en este procedimiento, es procedente el embargo y su inscripción en el Registro de la Propiedad, puesto que en éste aparecen con nota de inclusión en el proyecto de reparcelación de la Unidad Urbanística I de Peñagrande;

Resultando que el Registrador de la Propiedad informó que conforme a la normativa urbanística, la incorporación de los propietarios a la Junta de Compensación no presume la transmisión de la misma de los inmuebles afectados a los resultados de la gestión común; que el artículo 129 de la Ley del Suelo determina que la afección de los terrenos comprendidos en un polígono al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema de compensación se hará constar en el Registro de la Propiedad por nota marginal que se extenderá a instancia de la Junta de Compensación; que, por tanto, para que fuera anotable el embargo sobre fincas de las que no es titular la Junta de Compensación demandada en el procedimiento sería necesario que, en virtud de la presentación por dicha Junta de los documentos a que se refiere el artículo 169 del Reglamento de Gestión Urbanística, se hubiese extendido al margen de las inscripciones de las fincas aportadas a la compensación la nota marginal de afección al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la reparcelación;

Resultando que el Juez de Primera Instancia número 4 de Madrid informó igualmente, sosteniendo el carácter excesivamente restrictivo del criterio mantenido por el Registrador de la Propiedad, que no se basa en la titularidad de las fincas, sino en la ausencia de la nota marginal de afección a las responsabilidades derivadas de la compensación;

Resultando que el Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid dictó auto estimando el recurso y ordenando la práctica de la anotación preventiva de embargo denegada por considerar que los terrenos están directamente afectados al cumplimiento de las obligaciones derivadas del sistema de compensación en virtud de lo dispuesto en el artículo 157 del Reglamento de Gestión Urbanística, sin que deba quedar supeditada su eficacia a la constancia de la nota marginal de afección, que produce solamente meros efectos de publicidad formal con respecto a posteriores citaciones;

Resultando que el funcionario calificador apeló contra el auto presidencial.

Doctrina jurídica.—Vistos los artículos 20, 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, 101 y 120 del texto refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 y 102, 168 y 169 del Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978;

Considerando que en este recurso hay que resolver acerca de si procede practicar una anotación preventiva de embargo sobre varias fincas que aparecen inscritas a favor de diversas personas jurídicas, sin que conste en el Registro de la Propiedad su integración en la Junta de Compensación Urbanística, que es la que ha sido demandada en el correspondiente juicio ejecutivo;

Considerando que una de las materias en que es precisa la máxima coordinación entre las Instituciones afectadas es aquella que hace referencia a la constancia en el Registro de la Propiedad de las variadas situaciones urbanísticas que pueden producirse a causa de la legislación especial de urbanismo al objeto que la función de publicidad propia de los libros registrales muestre a todos los interesados la verdadera situación jurídica en que se encuentran las fincas afectadas y que a la vez puedan conocer las consecuencias que se derivan de este tipo de actividad y se evite de otra parte —ante su no constancia— la aparición del tercero protegido por la fe pública;

Considerando que consecuente con lo anteriormente expuesto, la Ley del Suelo exige en diversos preceptos la necesidad de reflejar estas situaciones (compruébese art. 101, 2.º y 3.º), y en lo relativo al sistema de compensación, su artículo 129, así como el 168 del Reglamento de Gestión Urbanística, establecen la afección de los terrenos al cumplimiento de las obligaciones inherentes a este sistema, e igualmente el artículo 169 del mismo texto legal señala que a instancia de la propia Junta de Compensación se extienda nota al margen de las fincas afectadas, y de esta manera se logra la coordinación registral con la nueva situación producida al llamar la atención de los terceros que consulten los asientos registrales que de esta forma quedan enterados de su contenido;

Considerando que la extensión de la mencionada nota sirve para cumplir además con la exigencia del principio de tracto sucesivo recogido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, en cuanto que al hacer constar en los folios de las fincas afectadas la transmisión fiduciaria de las facultades dispositivas de la Junta de Compensación, se concreta registralmente esta circunstancia, así como las fincas sobre las que puede actuar la mencionada Junta, sin perjuicio de los demás efectos que a la mencionada nota atribuye el Reglamento de Gestión, relativo a la no necesidad de notificación de los posteriores adquirentes de inmuebles afectados por los expedientes de reparcelación;

Considerando que en el presente supuesto no se extendió la mencionada nota de afección, lo que produce las consecuencias registrales antes examinadas, y que al estar las fincas inscritas a nombre de persona distinta de la demandada sin constancia en los libros del Registro de la situación real producida en tanto no se proceda a su concordancia no cabe practicar el asunto pretendido,

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y confirmar la nota del Registrador.

Lo que con devolución del expediente original comunico a V. E. para su conocimiento, el del recurrente y demás efectos.

Madrid, 12 de enero de 1984.—El Director general, *Francisco Mata Palarés*.

CONSIDERACIONES CRÍTICAS

En el presente recurso gubernativo, en el que se ponen en relación dos grandes instituciones, como son el Registro de la Propiedad y la legislación urbanística (dándole a ésta el carácter de institución), lo curioso del caso es que la parte recurrente pone en tela de juicio la necesaria coordina-

ción que debe existir entre el mundo de la realidad urbanística y el de la publicidad registral. El Registro de la Propiedad, que en sí es un instrumento eficaz para el logro de la seguridad al interferirse en el campo urbanístico, parece como si fuera un impedimento para el logro de los específicos fines que lleva consigo la planificación. Y no es así, como lo viene a demostrar la resolución que comentamos.

Al hilo de esta idea se me ocurre pensar en esa tremenda inexperiencia y quizá falta de conocimiento del legislador «administrativo» que al dictar normas novedosas, quizá importadas de otros países que se estiman más adelantados que el nuestro, cae en la trampa de un ordenamiento vigente, en el que aquella disposición puede provocar serias dificultades en su aplicación. Recuerdo de mis lecturas aquella famosa frase que ESSER (*Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*) decía: «En todas las culturas jurídicas se repite el mismo ciclo: descubrimiento de problemas, formación de principios y articulación de un sistema», y cuando ya nosotros hemos llegado a la formación de los principios y la articulación de un sistema aparecen los problemas. Solamente debo poner dos ejemplos: la legislación catastral, que al plantear los problemas jurídicos que el Registro trataba de solucionar ha intentado desde no hace mucho el logro de una coordinación con la institución registral. Lo mismo le está pasando a la legislación urbanística, que pretendiendo superar el contenido registral está provocando una serie de conflictos que sólo mediante una coordinación pueden resolverse. Aquí en nuestra cultura jurídica sucede todo lo contrario que lo que decía ESSER: aquí tenemos principios y sistemas, pero se resienten cuando aparecen los problemas.

El VI Congreso Internacional de Derecho Registral, en una de las formulaciones del anteproyecto de la ponencia española en su Comisión primera, decía literalmente: «Es deseable y compatible con los principios hipotecarios permitir que las situaciones nacidas de la acción de las Administraciones públicas puedan acceder a los libros registrales para dar a conocer los compromisos asumidos por los titulares de los bienes con la sociedad y advertir a los terceros adquirentes de su existencia». Entiendo que ésta puede ser la esencia en que se basa la solución dada al problema que plantea el presente recurso.

El resumen que ofrece la publicación oficial de la resolución no creo que sirva para un seguimiento pormenorizado de los hechos y las alegaciones de las partes que intervienen en el recurso, pero superando esta dificultad y rindiendo culto a la simplicidad puede deducirse de los «resultandos» que la base del recurso tiene su fundamento en que solicitada una anotación preventiva de embargo contra la Junta de Compensación de una cierta Unidad Urbanística, se rechaza por el Registrador sobre la base de que las fincas que se tratan de embargar están inscritas a favor de personas distintas de dicha Junta, pero el recurrente, aun y a pesar de reconocer este hecho, dice que no lo es menos que los titulares de dichas fincas son los que forman la Junta de Compensación.

Y aquí empiezan a ser conceptos importantes el hecho de la titularidad, la inclusión de las fincas en el proyecto de reparcelación, el embargo y su constatación registral, la nota marginal y sus efectos sustantivos, la figura de la entidad fiduciaria, etc. Al jurista le choca todo este cúmulo de problemas, pues en ellos se mezclan diversos supuestos que no tienen una cierta correlación entre sí. Existe un mundo «urbanístico» de aportaciones

a las Juntas de Compensación, existe también una facultad judicial para embargar determinadas fincas a ellas incorporadas, pero también existe otro mundo «registral» que no pone obstáculos, sino que tiende a facilitar situaciones, donde el embargo trata de convertirse en anotación y choca con el contenido registral y donde la titularidad no responde a esa alegada realidad de la aportación fiduciaria. Lo que el recurrente mantiene es la ignorancia del mundo registral para salvar a toda costa el mundo urbanístico, aun y a pesar de que en la legislación especial se recogen determinados preceptos que tratan de compaginar ambos mundos. Por todo ello creo que el examen de esta resolución debe hacerse en dos etapas: una referida a la incorporación de fincas a la Junta de Compensación y otra a los efectos registrales que puede producir dicha incorporación.

A) *Requisitos de la incorporación a la Junta de Compensación*

De todos resulta conocido el contenido de la vigente Ley del Suelo en orden a los sistemas de actuación para llevar a cabo la ejecución de los Planes de ordenación urbana, y de los tres existentes (compensación, cooperación y expropiación, según el art. 119 de la Ley del Suelo), en el caso del presente recurso se elige, según las circunstancias que así lo permitían, el de *compensación*, que exige la creación de una Junta de Compensación con naturaleza administrativa, personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, así como la aportación de los terrenos por los interesados, que quedarán afectados al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema, otorgamiento de escritura pública y otras formalidades administrativas.

Es indudable que la naturaleza jurídica que asignemos a las Juntas de Compensación puede facilitar enormemente la solución del presente caso, que la parte recurrente trata de apoyarlo en esa frase con que comienza el artículo 168 del Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978: «Constituida la Junta de Compensación, todos los terrenos comprendidos en el polígono o unidad de actuación quedarán directamente afectados al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema...». Leído el precepto en su aislamiento puede resultar un argumento favorable a la tesis del recurrente, pero el precepto debe quedar enlazado con los demás del Reglamento citado y con los que contiene la Ley del Suelo. Esta última no puede ser más clara, pues distingue la *incorporación* de los propietarios a la Junta de Compensación y la *transmisión* a la misma de los inmuebles afectados, sin que la primera presuma la segunda, pero «en todo caso» los terrenos quedarán directamente *afectos* al cumplimiento de las obligaciones inherentes, debiendo hacerse constar esta circunstancia en el Registro de la Propiedad. Se juega con tres conceptos: la incorporación de propietarios, la transmisión de los terrenos y la afección de los mismos, siendo esta última decisiva para la debida relación entre el mundo de la realidad y el mundo jurídico de la publicidad registral.

Y es aquí donde GONZÁLEZ PÉREZ, J. (*Comentarios a la Ley del Suelo*, Madrid, 1981), se plantea la duda de si la solución dada por la legislación es correcta jurídicamente. Cita a este respecto el «Informe de la Ponencia», que defendió la solución que ya había dado el Reglamento de Reparcelaciones en su artículo 40. Para este autor, así como para NÚÑEZ RUIZ (*Derecho urbanístico español*, 1967) y CARCELLER FERNÁNDEZ (*El régimen de*

las entidades urbanísticas colaboradoras según el Reglamento de Reparcelaciones, 1967, RDU), para que la Junta de Compensación puede realizar sus funciones no es necesario que ostente un derecho de propiedad sobre los terrenos de sus miembros. De las diferentes construcciones jurídicas que pueden alegarse para la explicación de la figura (mandato representativo, gestión de negocios ajenos, negocio fiduciario, persona jurídica, etc.), GONÁLEZ PÉREZ se adscribe a la del negocio fiduciario: la Junta de Compensación actuará como fiduciaria, con pleno poder dispositivo sobre las fincas pertenecientes a los propietarios que conservan la propiedad, pasando a la Junta las facultades de disposición, que las ejercerá libremente como fiduciaria.

Entiendo que sería preciso distinguir los dos casos que inicialmente se pueden plantear: que exista transmisión por haberla realizado los propietarios, por existir expropiación o porque así lo digan los Estatutos o que no exista transmisión. Si existe transmisión hay que admitir que la Junta de Compensación, al tener personalidad jurídica, se constituye en propietaria de unos bienes, con la obligación de emplearlos en la línea marcada por el Plan y los Estatutos, quedando legitimada para los actos posteriores de disposición, administración y gravamen. Quizá por esa vinculación al fin que han de destinarse los bienes quepa más la construcción de la figura como «negocio fiduciario» (art. 2.º, 3.º, de la Ley Hipotecaria) que la de la propia persona jurídica. Para el caso de no existir la transmisión es evidente que no puede hablarse de negocio fiduciario (que supone la desproporción del medio utilizado para la consecución del fin propuesto), sino de un «mandato representativo», que legitima a la Junta para esos actos antes enunciados, quedando la propiedad en manos de los antiguos propietarios.

Si aceptamos esta doble construcción creo que estaremos en vías de entender el requisito de la nota marginal para que la afección de los terrenos se realice y puedan cumplirse las obligaciones que consigo lleva el sistema de compensación. Al legislador solamente le quedaban dos caminos para la vinculación de esos bienes sitos en el polígono o unidad: que la transmisión que los particulares hiciesen a la Junta de Compensación se reflejase en el Registro por medio de una *inscripción* o que la misma pudiera ostentar una legitimación registral mediante una *nota marginal*. Se optó por esta última, aplicando un tanto la doctrina que se desprende del artículo 383 del Reglamento Hipotecario, con las variantes que impone la justificación administrativa de la constitución de la Junta y estar la finca incluida en el polígono o unidad.

Donde verdaderamente se valoran los efectos de la publicidad es en las situaciones límite que ponen a prueba el sistema. En este caso no basta con crear todo el artificio de la Junta de Compensación para que pueda entenderse legitimada la misma como sujeto pasivo de un posible embargo. La Ley facilita las cosas y entiende, como así lo ha hecho esta resolución, que es preciso cumplir el principio de tracto sucesivo, y para que puedan ser embargados los bienes que debe manejar la Junta de Compensación debe hacerse constar por nota marginal lo que la resolución llama «transmisión fiduciaria». ¿Podría anotarse preventivamente el embargo caso de solamente haberse producido la transmisión de los bienes a la Junta de Compensación? Entiendo que si esa transmisión se hizo constar por la correspondiente inscripción cabría perfectamente la anotación del

embargo. Lo que sucede es que el legislador ha sustituido el mecanismo de la inscripción por el de la nota marginal de afección. Del valor y efectos de esa nota nos ocupamos a continuación.

B) Valor y efectos de la nota marginal

Dice el artículo 169 del Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978, en su párrafo 3, que «la nota producirá los mismos efectos que señala el artículo 102 de este Reglamento para las que en dicho precepto se disponen en el procedimiento de reparcelación». Y el artículo 102 del mismo Reglamento, al exigir que la Administración solicite del Registro de la Propiedad certificación de titularidad y cargas de las fincas incluidas en la unidad de reparcelación, obliga al Registrador a extender la nota marginal acreditativa de la expedición de la certificación, rematando dicho artículo el valor de la nota al decir: «La nota marginal expresada en el apartado anterior *solamente* producirá el efecto de que los interesados que hagan constar su derecho en el Registro con posterioridad a ella no tendrán que ser citados preceptivamente en el expediente...».

La redacción del párrafo 3 del artículo 169 del citado Reglamento, al remitirse al 102 del mismo, induce a confusión, pues debería haber dicho, consecuentemente con la redacción del párrafo 1.º, que *además* de servir para hacer constar la *afección* de los terrenos a las obligaciones inherentes al sistema de compensación, sirve también o hace surtir los efectos que predica el artículo 102 del mismo Reglamento. Es decir, que aparentemente a la *nota marginal* que manejamos, el legislador parece dejarla reducida a ese efecto que la expedición de la certificación de cargas establece en el procedimiento judicial sumario la Ley Hipotecaria (art. 131, párrafo 4, regla 4.ª, y art. 233 del Reglamento Hipotecario, extendida por el art. 143 a todo procedimiento en el que exista tercer poseedor y con numerosas aplicaciones dentro de esa y otras legislaciones). Quizá en esa idea pudo basarse la parte recurrente y estar apoyado el informe del Juez y la decisión presidencial de la Audiencia. Esta última, sin embargo, parece que funda su decisión en favor de la anotación preventiva de embargo, además de en dicho argumento, en base de lo que dispone el artículo 157 del Reglamento de Gestión Urbanística, que, a nuestro entender, no desempeña ningún papel, ya que en el mismo lo único que se dice es que los propietarios del suelo «deberán constituirse en Junta de Compensación para poder aplicar el sistema». Vamos a suponer que determinado propietario que no tenga los bienes inscritos se incorpora a la Junta de Compensación. ¿Cabría practicar la anotación preventiva de embargo sobre bienes que no están inscritos, pero que potencialmente han pasado a ser de propiedad fiduciaria de la Junta de Compensación? Calificar, además, de meros «efectos de publicidad formal, con respecto a posteriores citaciones», a los de la nota de expedición de cargas resulta peligroso, al no contemplar el efecto sustantivo de la posible cancelación de las inscripciones posteriores a esa nota.

BENAVIDES (J. L.), en su trabajo «Algunas consideraciones sobre el Registro de la Propiedad y su papel en la política de urbanismo» (RCDI, 1980, página 617), se limita a citar el caso sin profundizar en los efectos que produce, aunque ya parte de la necesaria coordinación de legislaciones. Creo que el gran valor de la resolución está en haber abierto el cauce que ex-

plica la trascendencia de esa nota marginal, diciendo en su considerando cuarto que «la extensión de la mencionada nota sirve para cumplir, además, con la exigencia del principio de tracto sucesivo, recogido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, en cuanto que al hacer constar en los folios de las fincas afectadas la transmisión fiduciaria de las facultades dispositivas de la Junta de Compensación, se concreta registralmente esta circunstancia, así como las fincas sobre las que puede actuar la mencionada Junta». Es preciso fijarse en el adverbio «además», que utiliza la resolución, y en esa afirmación de la naturaleza jurídica del acto que se configura como «transmisión fiduciaria» de las facultades dispositivas al fenómeno contemplado. Es decir, que «además» de producir el efecto que el considerando citado predica en su parte final («sin perjuicio de los demás efectos que a la mencionada nota atribuye el Reglamento de Gestión, relativo a la no necesidad de notificación de los posteriores adquirentes de inmuebles afectados por los expedientes de reparcelación»), produce el efecto de la transmisión fiduciaria de las facultades dispositivas y concreta la finca o fincas que en ello sucede.

Quizá en una pureza doctrinal pudiera parecer que esa nota marginal sólo procede cuando no ha habido «transmisión» por aportación o expropiación, ya que la Dirección habla de «transmisión fiduciaria de facultades dispositivas» cuando el fenómeno es más amplio en los casos anteriores, pero de cualquier manera resulta ortodoxo el principio que perfila los efectos de la nota marginal y las exigencias que el resto de los considerandos hacen sobre la necesidad de poner en coordinación los mecanismos urbanísticos con el Registro de la Propiedad en evitación de la figura del tercero protegido que puede surgir en cualquier momento. El caso contemplado no es de terceros protegidos, pero sí de titulares registrales amparados en la eficacia publicitaria de sus titularidades, las cuales no pueden ser embargadas si el procedimiento no se dirige contra ellas.

Una vez más viene a demostrarse la imprescindible necesidad de contar con la institución registral, pieza clave en este mundo del urbanismo y que con tanto recelo se recibe por los administrativistas, que poco a poco van dándose cuenta de que la institución es un elemento más al servicio de los fines sociales que se persiguen con la normativa urbanística.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

Por JOSÉ QUESADA SEGURA,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ,
JOSÉ CERDÁ GIMENO y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

*CADA PROPIETARIO DE UN PISO PUEDE EJERCITAR LAS ACCIONES
PARA DEFENDER EL INTERES EN SU PARTICIPACION INDIVISA*
(SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—La jurisprudencia de esta Sala, atendiendo a la naturaleza de la comunidad de bienes, ha establecido como doctrina legal inconcusa la que afirma que cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a la comunidad, ya para ejecutarlos, ya para defenderlos, en cuyo caso la sentencia dictada a su favor aprovechará a sus compañeros sin que le perjudique la adversa o contraria, doctrina aplicable a la comunidad existente entre los propietarios de un edificio por pisos, regulada por la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, sobre los elementos, pertenencias y servicios comunes necesarios para el adecuado uso y disfrute de las partes privativas, pues el hecho de que el artículo 12 de dicha Ley especial confiara al presidente de la comunidad la representación de ésta en juicio, no es impositivo para que cada propietario pueda ejercitar las acciones pertinentes para defender, en caso de pasividad, e incluso en el de oposición del presidente y del resto de los partícipes, el interés, que ha de estar jurídicamente protegido, en su participación indivisa en los elementos comunes, y es lógico que así sea, ya que el disfrute de lo que le es privativo requiere

necesariamente la utilización de los elementos comunes, y si no se concediera acción a cada condueño para impugnar los actos realizados por uno de ellos, sin la previa obtención del consentimiento de los otros, se convertiría en ilusorio el derecho obstativo que a cada uno concede la mencionada norma.

LOS ARBITROS DE EQUIDAD NO TIENEN NECESIDAD DE RAZONAR NI MOTIVAR EL LAUDO (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Los árbitros de equidad, al contrario de lo que sucede con los de Derecho, no deciden con arreglo a un procedimiento prefijado ni con sujeción a Derecho, ni se les puede imputar errores *in iudicando* o *in procedendo*, por lo que su decisión sólo puede ser atacada cuando los arbitradores se extralimitan u obran con exceso de poder para anular el laudo, pero no para corregirlo, enmendarlo o suprimirlo mediante el recurso extraordinario de nulidad, siguiéndose de ello que tal ausencia de formas excluye la necesidad de razonamientos y motivación de ningún orden, bastando la manifestación de la voluntad decisoria, como tampoco les es exigible un atenimiento estricto a los términos del *tema decidendi* o interpretarlos con demasiada restricción, siempre que respeten los límites objetivos del compromiso.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE UN GRUPO DE PERSONAS POR LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR ALGUNO DE ELLOS (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1983).

Hechos.—Unos niños jugaban lanzándose entre sí pequeños trozos metálicos, uno de los cuales alcanzó a otro menor que pasaba por aquel lugar, causándole daños en un ojo. Todos los padres de los niños son condenados solidariamente a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—La circunstancia de que no se haya probado cuál de los menores hijos de los recurrentes fue el causante material de la lesión, no obsta a la responsabilidad de los demandados, ya que el Código Civil, artículos 1.910, 1.564, 1.783 y 1.784, y la Ley de Caza de 4 de abril de 1970 contemplan supuestos en que se declara la responsabilidad de ciertas personas por los daños causados por otras desconocidas, pero pertenecientes a grupos determinados (la familia que convive con el responsable, los miembros de la partida de caza, etc.); consecuencia, como pone de relieve la doctrina científica, de matiz objetivista, que desecha por inequitativo exonerar de responsabilidad por esos daños, acudiendo a la fuerza mayor, que dejaría sin indemnización a las víctimas, con lo que, además, se orillan las dificultades de prueba atribuyendo la responsabilidad al grupo a que pertenece el desconocido autor de la infracción dañosa, y, a su vez, se fundamenta la solidaridad de los responsables personalizando la responsabilidad en todos y cada uno de los miembros del grupo a través de sus representantes, en el caso contemplado, los padres de los menores causantes de los daños; solidaridad que ha declarado

esta Sala en casos en que participando varias personas en la causación de daños a terceros no es posible deslindar la actuación de cada una de aquéllas en el evento nocivo.

ARRENDAMIENTO DE OBRA: LA RECEPCION REALIZADA POR EL DUEÑO NO LIBERA AL CONTRATISTA DE SU OBLIGACION DE RESPONDER POR SANEAMIENTO (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Si bien la principal característica del arrendamiento de obra es el resultado del trabajo, de donde se deduce que la principal obligación del empresario es la ejecución de la obra convenida con las características adecuadas a su fin, para que pueda ser estimada de recibo, quedando esta declaración supeditada a resolución judicial si surge discrepancia entre las partes acerca de ella, y si la doctrina científica generalizada admite que el propietario tiene derecho, aun después de la recepción de la obra, al saneamiento por vicios ocultos, en modo alguno cabe sostener que la recepción verificada por el dueño de la obra, en la que mostró una conformidad, que por ser anterior al recibo de la obra no le permitió apreciar la imposibilidad de su ocupación, salvo que se verificaran determinadas reparaciones, libere al contratista de su obligación de responder del saneamiento por vicios ocultos, a que le obliga el artículo 1.553 del Código Civil.

EL CONTENIDO DE UNA ESCRITURA PUBLICA PUEDE SER ENERVADO POR OTRAS PRUEBAS (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—La garantía de la fe pública de la escritura no alcanza o no concede el privilegio de la veracidad intrínseca, material, a todo su contenido (salvo su otorgamiento y su fecha en cuanto a tercero), puesto que sus declaraciones —respecto de los contratantes y causahabientes— pueden ser, en cuanto a su contenido, enervadas por otras pruebas, dado el sistema libre de apreciación de los medios que la Ley consigna, sin valor preferente de unos sobre otros en general.

SON COMPETENTES LOS TRIBUNALES ORDINARIOS EN EL CASO DE DAÑOS A UN PARTICULAR POR LAS OBRAS REALIZADAS POR UN AYUNTAMIENTO (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Si bien el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado encomienda a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las reclamaciones entabladas por los particulares cuando el hecho que da origen al resarcimiento por el Estado por lesión causada a los mismos en cualquiera de sus bienes y derechos, sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, también es de tener en cuenta que el artículo 41

de la misma Ley determina que en ciertos casos la responsabilidad habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios cuando la Administración actúe en relaciones de Derecho privado, lo que determina que el supuesto ahora contemplado venga atribuido al conocimiento de los órganos jurisdiccionales, a cuya resolución ha sido sometido por los actores, ya que el resultado dañoso en realidad no es consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, sino de la realización de obras, llevadas a cabo con omisión de la necesaria diligencia que su ejecución requería, para que el servicio a que afectaban pudiera tener lugar, generando precisamente por la omisión de aquella diligencia unos resultados dañosos de índole estrictamente civil y generadora de la responsabilidad extracontractual o aquiliana.

EL PRINCIPIO DE LA CULPA OBJETIVA PRESUPONE UNA PRESUNCIÓN IURIS TANTUM (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—La objetivación de la responsabilidad ha de aceptarse moderadamente y sin excluir en modo alguno el estricto principio de la responsabilidad por culpa, como ya dijo esta Sala en Sentencia de 27 de abril de 1981, reiterando anterior doctrina; tal principio general de la culpa objetiva quiebra, como ya dijo la Sentencia de 10 de mayo de 1982, en cuanto presupone una presunción *iuris tantum*, cuando el autor de los daños demuestre que obró en ejercicio de actos lícitos, con toda prudencia y diligencia para evitarlos.

LA FALTA DE ACCIÓN AFECTA AL DERECHO SUBJETIVO PRETENDIDO (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Siendo la acción civil el derecho a exigir de otro una prestación activa, o una omisión o abstención, configurando una figura autónoma respecto del Derecho subjetivo e incluso de la acción procesal, y entendiéndose por ésta el Derecho público potestativo, en virtud del cual una persona puede dirigirse a los Tribunales de instancia para obtener una decisión jurisdiccional que implique, generalmente respecto de otra persona, constitución, declaración o condena sobre relaciones jurídicas, o un derecho de puro poder jurídico, de naturaleza potestativa, dirigido a obtener una decisión jurisdiccional mediante la actuación de la Ley, es una actividad trascendente al sujeto en exigencia de un determinado derecho, y es significativo de la posibilidad e incluso necesidad de litigar para el reconocimiento judicial del derecho pretendido como consecuencia de tal acción civil. No afectando la falta de acción a la capacidad procesal, sino al derecho subjetivo pretendido, tanto significa que para apreciarla se requiere decidir sobre el aspecto de fondo a que la acción se contraiga, dado que sin declarar la validez o invalidez, y consiguiente eficacia o ineficacia, del derecho con base en el que se pretenda dar vida a la acción ejercitada, no puede ciertamente decirse que ésta falta.

MODERACION EN LA TENDENCIA HACIA LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de objetivar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que lo ha desarrollado en un sentido moderado, preconizando una inversión de la carga de la prueba, pero sin excluir en modo alguno el principio de la responsabilidad por culpa, y en este sentido, la Sentencia de esta Sala de 22 de febrero de 1969, cuyo alcance recoge la de 27 de abril de 1981, declara que aun reconociendo y suscribiendo la tendencia de la jurisprudencia hacia una objetivación cada vez mayor, nunca total, en los casos de lesiones imprudentes o negligentes de bienes jurídicos, es ineludible el acatamiento a la situación fáctica sumi-strada por la instancia.

De los requisitos integrantes de la culpa extracontractual o aquiliana, los referidos a la culpa o negligencia y elemento causal son de índole predominantemente jurídica, pero la existencia de estos factores ha de ser inferida de los hechos que dé como probados la sentencia de instancia.

EXISTE OBLIGACION SOLIDARIA CUANDO HAY UNIDAD DE FIN DE LAS PRESTACIONES (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—La jurisprudencia fue declarando que para hallar la solidaridad no se precisa la utilización del término por modo necesario, conformándose con la idea de la misma y bastando que la voluntad se manifieste siquiera no sea con palabras si los actos reveladores son bastantes a alumbrarla y darla a conocer con claridad; pasando últimamente a prestar acogida a la concepción actual de la obligación solidaria, poniendo de relieve que aunque los créditos de los particulares deudores puedan desarrollarse hasta cierto grado con independencia, permanecen, no obstante, unidos entre sí a través de la unidad de fin de las prestaciones, que es el estar destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor, a lo que hay que añadir que el pacto expreso de solidaridad no es exigido por la doctrina científica ni en cierto modo por la jurisprudencia misma, dándose así una interpretación semicorrecta al artículo 1.137, como estímulo en el concierto y cumplimiento de los contratos, lo mismo que en garantía de los perjudicados en actos ilícitos extracontractuales, por haber en ambos casos comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones de los diversos deudores, al manifestarse una interna conexión entre ellas, descartándose la solidaridad únicamente allí donde hay una mera causal identidad de fines o de prestaciones.

CIRCUNSTANCIAS DEL ABUSO DE DERECHO (SENTENCIA DE 22 ABRIL DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—El abuso de derecho, como sancionó la Sentencia de esta Sala de 26 de abril de 1976, ha de resultar manifiesto en las circunstancias que lo determinan, es decir, las subjetivas de intención de

perjudicar o de falta de un fin serio y legítimo, o las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho.

VENTA DE FINCA CON GRAVAMENES OCULTOS (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—La facultad que el artículo 1.483 del Código Civil concede al comprador para pedir la rescisión del contrato de compraventa, o en su caso, la indemnización de daños y perjuicios, está supeditada a la concurrencia de los siguientes presupuestos de hecho: primero, que se trate de la venta de una finca gravada con alguna carga o servidumbre no aparente; segundo, que tal carga o servidumbre no se mencione en la escritura de transmisión, y tercero, que sea de tal importancia que de haberla conocido el comprador, deba presumirse que no la habría adquirido, determinando la ausencia de cualquiera de tales requisitos la imposibilidad de actuar las consecuencias jurídicas indicadas, es decir, la rescisión del contrato o la petición de resarcimiento.

DISTINCION ENTRE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA Y DE LOCAL DE NEGOCIO (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina de esta Sala la de que la Ley de Arrendamientos Urbanos al autolimitar y definir ámbito de la misma, es cierto que excluye de sus determinaciones y defiere a la legislación civil, común o foral, el llamado arrendamiento industrial o negocio, pero en forma tajante dispone en el párrafo primero de su artículo 3.º que sólo se reputará existente dicho arrendamiento cuando el arrendatario recibiere además del local, el negocio o industria en él establecido, de modo que el objeto del contrato sea no solamente los bienes que en el mismo se enumeran, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada, o pendiente de serlo de meras formalidades administrativas, de cuyo literal contexto se desprende: a) que se trata de un precepto excepcional, que sólo podrá aplicarse cuando se den todas las circunstancias de hecho que en el mismo se mencionan; b) que se exige que el arrendatario reciba, además del local, el negocio o industria en él establecido, y aun cuando el precepto no exija que aquéllos se encuentren funcionando, sí requiere que los elementos transmitidos, aun en su consideración estática, sean suficientes para aquel funcionamiento; los elementos cedidos en arriendo han de constituir una unidad patrimonial con vida propia, o sea, que estén armónicamente orientados al fin propuesto, con posibilidad de que pueda ser inmediatamente explotado el negocio o industria; para distinguir el arrendamiento de industria del de un simple local de negocio, habrá que atender a la eficiencia de los medios transmitidos junto con el local para la inmediata puesta en marcha de la industria, sin que al arrendatario le sea preciso aportar otros por su cuenta, como necesarios a tal fin.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

DESAHUCIO.—*EL DEMANDADO NO TIENE LA CUALIDAD DE CULTIVADOR DIRECTO Y PERSONAL, NECESARIA PARA ENERVAR EL DERECHO DE PRORROGA EJERCITADO POR EL ACTOR ANTES DEL VENCIMIENTO DEL CONTRATO* (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1982).

El contrato se realizó en 1973 por un plazo de seis años, y cuando faltaba más de un año para su vencimiento, se notificó el deseo de denegar la prórroga por parte del dueño por querer cultivar directamente las fincas, comprometiéndose a permanecer seis años en la explotación directa de las mismas, requerimiento al que se negó el colono, por lo que se presentó demanda de desahucio ante el Juzgado de Primera Instancia de Medina del Campo, que estimó parcialmente la demanda, declarando haber lugar al desahucio de dos de las tres fincas incluidas en el arrendamiento. La Audiencia revocó en parte la sentencia, admitiendo el desahucio de las tres fincas.

No prospera el recurso de revisión. El arrendatario demandado, aparte de labrar las 47 hectáreas de las fincas arrendadas, es propietario de 53 más de secano y siete de regadío, por lo que no puede explotarlas en cultivo directo y personal, que es lo que califica a los arrendamientos protegidos, a que se refiere el artículo 83 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, y sólo este cultivo es el que enerva el derecho del arrendador que reclama las fincas para efectuar las operaciones agrícolas, por lo que al quedar fuera de duda que el recurrente no ostenta la cualidad de cultivador directo y personal y apreciarlo así la resolución impugnada, no incurrió en el manifiesto error de hecho de que se le acusa. Tampoco es admisible que un arrendatario que posee como dueño una extensión de tierras mayor que las que lleva en arriendo pueda oponer que precisamente dedique su actividad como cultivador personal a las últimas y se excluyan las primeras, pues a unas y a otras hay que referir sus posibilidades de trabajo a los fines de calificar la cualidad que le haga o no merecedor de la protección legal.

APARCERIA.—*LA INEXISTENCIA DE ESCRITURA Y LA NO FIJACION DE RENTA O PENSION ANUAL DETERMINAN QUE EL CONTRATO SEA DE APARCERIA Y NO DE ESTABLECIMIENTO A PRIMERAS CEPAS* (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1982).

En 1969 se dio la finca en aparcería, comprometiéndose el aparcero a plantar viña en la misma. Una vez plantada, los productos se distribuirían de la siguiente forma: 60 por 100 para el aparcero y 40 por 100 para el dueño, estableciendo una duración de veinte años, a partir de 1970. En 1977 falleció el aparcero, por lo que se decidió rescindir el contrato y se interpuso demanda ante el Juzgado número 2 de Sevilla. Los deman-

dados contestaron y formularon reconvención pidiendo el abono de las mejoras, daños y perjuicios. El Juez estimó en parte la demanda, declarando extinguida la aparcería y, también en parte, la reconvención, declarando que los demandantes deben pagar por la amortización de la plantación de viñedo la cantidad que se fije en ejecución de sentencia e indemnizarlos de las labores agrícolas realizadas para el año en curso al desalojar la finca. Esta sentencia fue confirmada íntegramente en apelación.

El recurso de revisión no tiene éxito. El recurrente argumenta que el contrato de aparcería no lo es, sino de establecimiento a primeras cepas, que se caracteriza por el cultivo de la vid, la temporalidad del aprovechamiento y la fijación de un canon a favor del propietario en dinero o frutos, lo que determina la inaplicación del Reglamento de Arrendamientos Rústicos a este contrato. Sin embargo, el Tribunal Supremo estima que, en primer lugar, la falta de escritura pública al otorgar el contrato, en contra de lo que afirma el recurrente, indica con claridad que no es un contrato a primeras cepas, sino de simple aparcería, y la inexistencia de renta o pensión anual también lleva a dicha conclusión, sin que una sentencia en contra produzca jurisprudencia.

RETRACTO.—NO PROCEDE, YA QUE LA FINCA TIENE UN VALOR SUPERIOR AL DUPLO DEL HABITUAL EN EL MERCADO DE LAS DE SU NATURALEZA, POR LO QUE QUEDA EXCEPTUADO DE LA LEGISLACION ARRENDATICA (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1982).

La finca arrendada fue aportada a una sociedad anónima y el arrendatario interpuso demanda de retracto ante el Juzgado de Arenys de Mar, negando la entidad propietaria este derecho, ya que el arrendatario no lo es de toda la finca, quedando excluidos algunos aprovechamientos del contrato. Tanto el Juzgado como la Audiencia desestimaron la demanda.

Tampoco tiene éxito el recurso de revisión. El arrendamiento no es de los llamados «protegidos», ya que la renta pactada excedía de los cuarenta quintales métricos de trigo y, además, al consignar el importe íntegro de la aportación de la finca a la sociedad evidencia que el propósito de los retrayentes no es convertirse en propietarios agrícolas, sino aprovecharse de unas plusvalías ciertas y próximas, dada la calificación administrativo-urbanística de la zona, declaración del Juez *a quo* que, al no ser impugnada en este trámite, sería suficiente para quitar toda justificación a la pretensión del recurrente. Por otra parte, la finca tiene un valor superior al duplo del precio normal que en el mercado corresponde a las de la misma calidad y cultivo, lo que la excluye de la aplicación de la legislación arrendaticia. El contrato de arrendamiento y los certificados catastrales son insuficientes para desestimar el carácter de urbana que asignó a la finca el juzgador de instancia y que se fundó en el conjunto de los elementos probatorios, como son el dictamen pericial y el reconocimiento judicial, lo que no es posible desarticular con un medio aislado, como se pretende. Los retrayentes no han precisado que poseen y disfrutan en tal carácter, ya que del contrato de arrendamiento no resultó

así, sino que se excluyen una parte del edificio, los bosques y las tierras que de antiguo no se cultivaban.

DESAHUCIO.—SE HA DEMOSTRADO LA EXISTENCIA DE UN NUEVO CONTRATO QUE SUSTITUYO AL EXTINGUIDO, YA QUE SE HA PAGADO LA RENTA CON POSTERIORIDAD AL FINAL DEL PLAZO DEL ANTERIOR (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1982).

En 1970 se concertó un contrato sin fijar plazo, entendiendo el propietario que debía ser de cinco años, por lo que en 1979 se interpuso demanda de desahucio por terminación del arriendo ante el Juzgado de Denia. El demandado alegó que el actor recibió las rentas de 1977 y 1978, lo que determina la existencia no de prórroga, sino de un nuevo contrato, del cual se ha de fijar el plazo, que, lógicamente, ha de acabar en 1982. El Juez y la Audiencia desestimaron la demanda.

No triunfa el recurso de revisión. Al concluir el contrato en 1976, se celebró otro contrato, que permitió al colono continuar en la posesión de las fincas, si bien la irregularidad en el abono de las rentas hasta 1977 dio lugar al inicio de una acción de desahucio por falta de pago, que terminó con la satisfacción por el locatario de lo adeudado hasta el 24 de junio de 1978, extendiendo el oportuno recibo, en el que se hacía constar la renta anual, con base en el cual se desestimó la demanda de resolución del contrato. Contra estos razonamientos no valen los argumentos de la recurrente de que al extender el recibo no celebró un nuevo contrato, lo que no supone que no lo hubiera celebrado antes, concretamente en 1976, como se desprende de lo anterior. La relación entre las partes a partir de esa fecha no puede considerarse como de puro hecho, como alega el recurrente, ya que la sentencia declara probada la realidad de un segundo contrato que jurídicamente justificaba la postura del arrendatario demandado.

DESAHUCIO.—LA ELEVACION DE RENTA SUPONE UN ANIMO NOVATORIO EXTINTIVO QUE DA LUGAR A UN NUEVO CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ENTRE LAS PARTES (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1982).

Se arrendó una finca de 110 hectáreas por seis años en 1964, con una renta de 17.405 kilos de trigo anuales, y habiendo transcurrido el plazo sin que el arrendatario solicite prórroga, se interpone demanda de desahucio ante el Juzgado de Medina de Rioseco. El arrendatario contestó diciendo que el actor no era propietario de la finca y que concluido el contrato de 1964, se formalizó uno nuevo en 1975, que no debía acabar hasta 1981, y caso de no entenderse así, el contrato de 1964 debe considerarse subsistente por ser arrendatario protegido y amparado por los Reales Decretos de 1978 y 1979. El Juzgado estimó la demanda, pero la Audiencia la revocó, acogiendo la tesis del demandado.

No triunfa el recurso de revisión. La sentencia impugnada afirma que al variar la renta en 1975 existe una novación objetiva con alcance, ex-

tintivo del primer contrato, el cual se entiende sustituido por fuerza de la mecánica novatoria desde 1975, y con plena vigencia, por tanto, al tiempo de formular la demanda, según ha declarado reiteradamente esta Sala. En este caso, la elevación de renta ha sido tan grande que el ánimo novatorio se deduce claramente, tal y como hace la sentencia del Tribunal *a quo*, tanto más cuanto que la elevación de renta coincide con la próxima conclusión del arrendamiento primitivo, que, incluida la prórroga obligatoria, había de terminar en 1976.

DESAHUCIO.—EL ARRENDATARIO NO REUNE LA CUALIDAD DE CULTIVADOR DIRECTO Y PERSONAL, POR LO QUE NO PROCEDE LA PRORROGA PRETENDIDA (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1982).

Extinguido el plazo del arrendamiento en 1979 sin que el arrendatario hubiese solicitado la prórroga del mismo, se entabló demanda de desahucio ante el Juzgado número 2 de Jerez. Tanto éste como la Audiencia estimaron íntegramente la demanda.

El recurso de revisión no prospera. El arrendatario no tiene la cualidad de «cultivador directo y personal». El juzgador de instancia reconoce plenamente el valor de la prueba documental aportada, pero es de resaltar que, en confesión judicial, el arrendatario reconoció que cuando los necesita contrata veinte o treinta obreros para labrar la huerta, y eso ocurre una o dos veces al año, y en otras ocasiones le ayudan sus hijos, sin que la certificación catastral demuestre nada a este respecto, y el certificado del Ayuntamiento expedido con referencia al Padrón municipal, lo único que acredita es que con el arrendatario conviven dos hijos, pero no que cooperan con él en las labores que requiere la finca.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

DESAHUCIO.—EL ARRENDAMIENTO ES DE TEMPORADA, DADAS LAS CIRCUNSTANCIAS QUE CONCURREN DE LIMITARSE AL TIEMPO QUE NECESITE LA ARRENDATARIA PARA REALIZAR OBRAS EN OTRO LOCAL DE SU PROPIEDAD, POR LO QUE NO ES APLICABLE LA LEGISLACION ARRENDATICIA (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1982).

En 1973 se arrendó un local para almacén provisional por un año, sin derecho a prórroga, a no ser que se conviniera expresamente por los interesados, limitándose a la necesidad de terminar las obras que la sociedad arrendataria realizaba en otros locales de su propiedad. Antes de finalizar 1977 se notificó notarialmente a la arrendataria la intención de no prorrogar el arriendo, ya que las obras que se indicaban en el contrato habían concluido. El Juzgado de Pozoblanco y la Audiencia de Sevilla estimaron la demanda de desahucio.

Tampoco prospera el recurso de casación. El problema que se plantea es el de la naturaleza del contrato. Este se limitaba a la necesidad de ocupar el local mientras se realizaban unas obras en otro local de propiedad de la arrendataria, sin derecho a prórroga sino por voluntad de las partes. Estas obras, según la sentencia recurrida, no se ha probado que, a pesar del tiempo transcurrido, se hayan iniciado siquiera ni haya solicitado o tenga en proyecto ejecutarlas, declaración que no ha sido combatida por la vía adecuada. El arrendamiento de temporada ha de interpretarse de un modo amplio y flexible cuando se infiera que el uso u ocupación del inmueble responde a exigencias circunstanciales esporádicas o accidentales determinantes del contrato y elevadas expresamente a la condición de causa por las partes, como sucede en el presente caso; la temporalidad de la ocupación guarda relación no con el plazo de duración simplemente cronológico, sino con la finalidad a que se va a encaminar el arrendamiento, y así lo declara reiterada jurisprudencia. La temporalidad de la ocupación, además de expresarse en el contrato, se demuestra por otras pruebas, como el rótulo escrito por la propia arrendataria como expresión de la provisionalidad de la ocupación. La irrenunciabilidad del derecho a prórroga no puede admitirse, ya que al no estar incluido el contrato en la legislación arrendaticia, no tiene derecho a prórroga obligatoria, siendo susceptible de prórroga por acuerdo de ambas partes, como en el presente caso ha acaecido, que ha existido hasta la conclusión de las obras y reapertura del local habitual de la actividad comercial de la arrendataria.

RECLAMACION DE CANTIDAD.—*TODO LO REFERENTE AL ARRENDAMIENTO SE ENTIENDE COMO ACTO DE ADMINISTRACION Y, POR TANTO, SUJETO AL ACUERDO DE LA MAYORIA DE LOS PROPIETARIOS* (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1982).

Uno de los propietarios del piso arrendado propuso a la arrendataria la resolución del arrendamiento, indemnizando a ésta con la cantidad de 350.000 pesetas si desaloja el local en un plazo de cuatro meses. Llegado el plazo sin que se abonara la indemnización, a pesar de poner las llaves a disposición de los propietarios, se entabló demanda de menor cuantía ante el Juzgado número 2 de Valladolid. Los demandados alegaron que no existió más que un proyecto de negocio, que no llegó a ser perfecto, ya que faltaba la voluntad de dos de los condueños, habiéndose comprometido sólo uno de ellos a título personal sin contar con los otros. El Juzgado desestimó la demanda, pero la Audiencia la revocó.

No ha lugar a casación. Lo que se discute es si el convenio era un acto de administración, sujeto al artículo 398 del Código Civil, en cuyo caso bastaba la mayoría, o de disposición, en cuyo caso se necesita unanimidad, conforme al artículo 397 del mismo Código. El Tribunal Supremo entiende que la concertación y resolución del arrendamiento no es alteración de la cosa común, sino un simple acto de administración, para lo que es suficiente la mayoría, acreditada en este caso, pues si en el primitivo convenio figura sólo la firma de uno de los condueños, no es menos cierto que en todas las actuaciones aparecen dos que expresamente reco-

nocen su intervención en el contrato, debiendo regir también la norma del párrafo 2.º del artículo 393 del Código Civil, a los efectos del artículo 398, y, además, declara reiterada jurisprudencia que cualquier propietario pueda individualmente realizar todo aquello que redunde en beneficio de la comunidad, como es el supuesto de concertar la resolución de un arrendamiento, que permitiría o el establecimiento de uno en mejores condiciones o la demolición del inmueble y posterior construcción de otro edificio, con el que se obtuvieren mayores rendimientos.

REVISION DE RENTA.—LA APLICACION DEL REAL DECRETO-LEY DE 1976 HA DE HACERSE RESPETANDO LOS PACTOS EXPRESOS DE LAS PARTES, SEGUN LO ACORDADO POR LOS MISMOS (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1982).

En 1971 se concertó un arrendamiento de local por una renta que debía ser revisada cada cinco años, conforme a los índices del costo de la vida. Sucesivamente, se revisaría cada cinco años. Al llegar el primer vencimiento, el arrendatario alegó que no procedía la revisión de la renta, ya que existían los Decretos de 1975 y 1976 que congelaban las rentas arrendaticias, argumentando el propietario que estos Decretos se referían a viviendas y no a locales, y aunque no fuese así, existía un pacto contractual que debía prevalecer sobre los referidos Decretos; no llegándose a un acuerdo, se presentó demanda ante el Juzgado número 3 de Vigo, reclamando la cantidad procedente. El Juzgado estimó en parte la demanda, admitiendo que la revisión de renta había de tener en cuenta lo dispuesto por el Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976, que entró en vigor el 12 del mismo mes y año. La Audiencia revocó la sentencia anterior.

No tiene éxito la casación. La revisión contractual de renta nace en el momento pactado para llevarla a efecto, sin que pueda estimarse que el derecho al aumento vaya creciendo de forma continuada, pero independiente, para los diversos periodos de tiempo, pues el derecho al aumento surge sólo al cumplirse la totalidad de cada uno de los periodos, como una modificación parcial de la relación contractual que despliega sus efectos a partir de este momento. Los recurrentes intentan ampararse en las normas del artículo 3.º del Código, en relación con el artículo 8.º, 1.º, del Real Decreto-ley de 1976, con olvido del pacto contractual aludido y de la interpretación del mismo que hizo la Sala de instancia, confundiendo la interpretación de las normas legales con la de las cláusulas contractuales, que se rigen por preceptos distintos, y dando al Real Decreto de 1976 una interpretación que pugna con su texto prohibitivo de otras elevaciones de renta que las que autoriza expresamente y siempre respetando los pactos expresos de las partes, según lo acordado por las mismas. El artículo 3.º, 2.º, del Código Civil exige para que las resoluciones de los Tribunales se funden en la equidad, que la Ley lo permita expresamente, lo que no ocurre en el caso contemplado.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO PUEDE ALEGARSE LA FALTA DE PERSONALIDAD DEL DEMANDANTE CUANDO EN EL EXPEDIENTE MUNICIPAL DE DECLARACION DE RUINA NO SE IMPUGNO ESTA PERSONALIDAD DEL RECURRENTE (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1982).

Ante el Juzgado número 1 de Sevilla se siguieron autos promovidos por el propietario contra los arrendatarios sobre resolución de arrendamiento en virtud de expediente contradictorio de ruina total del inmueble, declarada por acuerdo municipal. Se oponen los arrendatarios alegando que el actor no ha demostrado su titularidad, así como que el expediente no goza de la condición de contradictorio por no haber sido citado ni oído uno de los arrendatarios. El Juzgado estimó la demanda y lo confirmó la Audiencia.

El recurso de casación no triunfa. La falta de personalidad del actor es materia de un recurso por infracción de Ley y no por quebrantamiento de forma, que es el interpuesto en este procedimiento. Por otra parte, en el expediente municipal de ruina no impugnó esta personalidad el recurrente, y en la primera instancia éste reconoció implícitamente y sin salvedad la cualidad del demandante como dueño del edificio, siendo correcta la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo declaratoria de que no puede impugnar la legitimación de un litigante quien, dentro o fuera del proceso, se la ha reconocido. La Sala de instancia tuvo por acreditada la legitimación activa del actor por un apreciación conjunta de la prueba.

REVISION DE RENTA.—HA CADUCADO EL DERECHO DEL INQUILINO A IMPUGNAR LA ELEVACION DE RENTA, AL PASAR LOS TREINTA DIAS, QUE SEÑALA EL ARTICULO 101 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS, SIN HABER CONTESTADO A LA NOTIFICACION DEL PROPIETARIO (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1982).

La Delegación Provincial del Ministerio de Agricultura en Barcelona ocupaba un local por arrendamiento de 1972, en el que se pactó la revisión de renta, según la variación del coste medio de la vida para Barcelona, según los datos del Instituto Nacional de Estadística, siendo la periodicidad de la revisión trimestral, a contar desde la fecha del contrato. No existiendo acuerdo entre las partes sobre la cuantía del incremento aplicable en 1976, se interpuso por la actora la reclamación administrativa ante la Delegación de Hacienda, que fue desestimada, por lo que se interpuso demanda ante el Juzgado número 9 de Barcelona, en el que se solicitaba el aumento procedente, teniendo en cuenta la limitación del Real Decreto-ley de 1975 en cuanto al aumento de rentas arrendaticias. El Juzgado admitió la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior, acogiendo la tesis del Abogado del Estado.

Triunfa el recurso de casación de la actora. El único punto debatido es el de la revisión de renta pactada en el contrato de arrendamiento de 1972. El aumento que se comunicó en 1976 a la Administración, ajustándose a lo dispuesto por el artículo 15 del Real Decreto-ley de 17 de mayo

de 1975, representaba un incremento del 25,20 por 100 de la renta, a lo que el arrendatario contestó que sólo aceptaba el 8,4 por 100, comunicación esta última que se hizo extemporáneamente, ya que la regla 2.ª del artículo 101 de la Ley de Arrendamientos Urbanos dispone que dentro de los treinta días siguientes el inquilino comunicará si acepta o no la obligación de pago propuesta, interpretándose su silencio como aceptación tácita, plazo que había transcurrido con exceso, ya que queda dicho que la notificación del arrendador es de 6 de mayo de 1976, lo que lleva consigo la aceptación que prescribe la Ley, no susceptible de subsanación por el comunicado tardío, habida cuenta del carácter preclusivo del término, y al no haberse aplicado el precepto, es indudable que la sentencia recurrida cometió la infracción denunciada en el motivo segundo, y se debe confirmar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

C. R. R.

IV. FAMILIA

MATRIMONIO CIVIL DE ESPAÑOLES EN EL EXTRANJERO: matrimonio de español bautizado con extranjera rusa ante funcionario competente, lex loci actus, inscripción en Registro Civil Central.—COORDINACIÓN DE LA LEY CANÓNICA Y LA LEY CIVIL: fraude de Ley.—PUELLES c. VENIAMINOVNA (1) (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1974).

ANTECEDENTES

I. Fueron declarados HECHOS PROBADOS en este litigio:

1) El *demandante*, nacido en el Norte de España y *bautizado*, pasó a la región asturiana durante la guerra civil. Fue incluido en una de las expediciones de niños españoles enviados a la URSS, cursando allí sus estudios primarios, secundarios y universitarios.

2) En la Escuela Superior de Arquitectura de Leningrado, el actor entabló relaciones con una compañera —la aquí demandada—, con la que tuvo una niña y con la que contrajo matrimonio civil ante el Registro Civil de L. el 5 de enero de 1952.

3) Con motivo de la repatriación de españoles desde la URSS en 1956, el actor se traslada a España, siguiéndole su esposa. Durante su permanencia en X. nacieron dos hijos del matrimonio.

4) El matrimonio se inscribió en 1959 en el Registro Civil Central, siendo inscritos los hijos del matrimonio como legítimos.

5) En fecha no determinada —presumiblemente en el verano de 1966— comenzaron las *desavenencias matrimoniales*.

En cuanto al *porqué* o *causa* de tales desavenencias, las razones de ambas partes eran divergentes:

(1) Consigno el nombre de la demandada tal como figura en la sentencia, aunque me parece de elemental conocimiento que tal nombre no era ni puede ser su *apellido*, ya que parece significar —en la costumbre eslava— su segundo nombre como «hija de Benjamín».

○ Para el *demandante*, «las relaciones interconyugales se des-
envolvieron ya desde el principio con tirantez y escasa cordia-
lidad, a consecuencia de las anómalas circunstancias en que se
llegó al matrimonio y, sobre todo, de la radical discrepancia de
educación y mentalidad» (*sic*) (!).

○ Para la *demandada*, «las desavenencias conyugales surgie-
ron en el verano de 1966, en que estando la familia en un *cam-
ping*, apareció por el mismo una inglesa..., la cual entabló rela-
ciones con el demandante... Al regreso de la inglesa en 1967, el
demandante le buscó un piso, que contrató personalmente, amue-
bló y acondicionó para ella... Posteriormente, pasó a vivir en
claro amancebamiento con la inglesa en otra vivienda»...

6) Después del verano de 1966, los cónyuges establecieron una *sepa-
ración de hecho* y, como consecuencia, la esposa marcha con sus hijos
a la URSS en octubre, y regresando en diciembre de dicho año. A su
regreso, por malos tratos recibidos de palabra y de obra, hubo un *juicio
de faltas*, que termina con condena al marido por el Juzgado Municipal
correspondiente.

7) Por medio de Letrados ambas partes llegaron a un *convenio pri-
vado* sobre su situación personal y la situación de los hijos.

● Para el *demandante*, «el regreso de la esposa provocó una
situación insostenible, que le obligó a plantearse seriamente su
situación en relación con la validez de su vínculo matrimonial»
(*sic*).

● Para la *demandada*, este replanteamiento de su situación
personal en relación con la validez del vínculo matrimonial era
«porque el actor no veía otra forma de desembarazarse de su
esposa y zafarse de sus obligaciones matrimoniales, ya que la
legislación española establece la indisolubilidad del matrimonio
civil basándose en el Derecho natural».

8) El *demandante* acudió al Tribunal Eclesiástico competente, *alegan-
do su condición de bautizado y solicitando* la declaración de inexistencia
de su primer matrimonio y la consiguiente libertad para volverse a casar.

El Tribunal Eclesiástico dictó decreto «*autorizando* a... para pasar a nue-
vas nupcias canónicas», sin resolver la cuestión en orden a la efectividad del
vínculo civil. El demandante insistió ante el Tribunal Eclesiástico, *formu-
lando demanda sobre nulidad de vínculo civil*, resolviendo dicho Tribunal
que «no podía admitir a trámite tal demanda ante la jurisdicción canó-
nica, por cuanto ésta había ya resuelto definitivamente en el expediente
antes referido lo que concernía al aspecto *canónico* de la cuestión, es de-
cir, la inexistencia de todo vínculo entre las partes, y que, en cuanto
a los efectos meramente *civiles* que pudieran derivarse del acta de L., no
podría resolver por no ser de su competencia».

II. La DEMANDA finaliza con la *súplica* de que se dicte sentencia
por la que se declare nulo el matrimonio contraído en L. entre el actor
y la demandada el día 5 de enero de 1952, declarando asimismo la buena
fe de ambos cónyuges y decretando, en su consecuencia, los efectos civi-

les procedentes, según disponen los artículos 70 y 72 del Código Civil, así como la anotación de la sentencia al margen del acta de matrimonio, con expresa condenación en costas a la demandada si a ello se opusiera.

III. Por el Ministerio Fiscal se CONTESTO la demanda negando los hechos y suplicando se dictase sentencia absolutoria de la pretensión articulada frente al mismo.

La demandada CONTESTO la demanda, sosteniendo —entre otras argumentaciones— la validez del matrimonio civil celebrado en L. entre actor y demandada, completamente legal, eficaz y vinculante con su carácter de indisolubilidad, y formulaba RECONVENCION con base en los siguientes hechos: 1) la existencia del matrimonio civil celebrado en L. entre ambas partes; 2) el amancebamiento con la súbdita inglesa desde 1967; 3) el abandono del hogar conyugal por el marido. Terminaba con la *súplica* de que se dicte sentencia: desestimando las pretensiones de la demanda; declarando la validez y eficacia legal del matrimonio civil contraído en L. e inscrito en el Registro Civil Central; declarando la separación legal de ambos cónyuges y la separación de bienes de los mismos, y que los hijos queden bajo la patria potestad y protección de la madre, con lo demás pertinente que establece el artículo 73 del Código Civil, que se interese en ejecución de sentencia; declarando que a la demandada le corresponde la administración de los bienes de la sociedad de gananciales y de todos los que adquiriera; declarando que procede la anotación de la sentencia de separación en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil Central, condenando al esposo a estar y pasar por tales declaraciones y, expresamente, al pago de todas las costas, por su temeridad y mala fe.

IV. El JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA dictó sentencia el 10 de octubre de 1972, por la que —*desestimando* la demanda y absolviendo de ella a la demandada, y *estimando parcialmente* la reconvención— *declaró* la validez y eficacia legal del matrimonio civil contraído en L. por el actor y la demandada ..., inscrito en el Registro Civil Central..., y *desestimó* las restantes peticiones formuladas en vía reconvencional, decretando no haber lugar, por ahora, a la separación legal de los cónyuges ni a ninguna de las consecuencias de tal separación que se interesan en la contestación a la demanda; todo ello sin especial condena en costas.

V. La AUDIENCIA TERRITORIAL dictó sentencia el 6 de junio de 1973, en la que argumentaba: «que resulta *hecho probado* que el actor *bautizado*, al contraer matrimonio en Rusia en 5 de enero de 1952 ante autoridad de aquel país, sin poder salir del mismo, pues hasta acuerdo conseguido por la Cruz Roja Internacional en 1956 no pudo volver a España, haciéndolo después su esposa, y que vuelto a España, solicitó y consiguió la inscripción del matrimonio en el Registro Civil Central de la Dirección (*sic*) el 17 de febrero de 1959, folio..., y que los hijos habidos del matrimonio en España fueron inscritos como legítimos, folios » (considerando 2.º) (2); de tales hechos *deduce* «que no pudo hacer *declaración de apostasía*, por no haber Iglesia en Rusia, y se casó con arreglo a las

(2) Se extraen estos argumentos del considerando 1.º de la sentencia del Tribunal Supremo

normas del lugar de residencia, y que al venir a España y conseguir la inscripción en el Registro Central, *quiso y dio validez* al matrimonio realizado en Rusia, y *que, por tal, el caso debatido, por no estar previsto en ellos, no está incluido* en los artículos 42 y 100 del Código Civil, *que parten del supuesto de que se pueda hacer declaración de no profesar la religión católica para la validez del matrimonio civil, y aplica el principio de que «no se puede negar eficacia a la manifestación de voluntad de contraer matrimonio con persona que lo acepta y exterioriza la suya encaminada al mismo fin, cuando esa emisión de voluntad se hizo ante el encargado del Registro Civil del lugar en que se realiza»* (3). Termina la Audiencia *confirmando* la sentencia recurrida —*en cuanto desestima la demanda* con absolución de la demandada y del Ministerio Fiscal, y *en cuanto declara válido y eficaz* el matrimonio civil contraído..., inscrito...— y *revocándola en lo demás, decretando:* la separación legal de los cónyuges, declarando culpable de ella al marido, que el actor quede privado de la patria potestad sobre los hijos del matrimonio, que serán puestos bajo la potestad y cuidado de su madre, así como la pérdida por el marido de la administración de los bienes de la demandada si la tuviere, cuyos bienes y los que correspondiesen en la liquidación de la sociedad conyugal serán por ella administrados, y que se proceda a la anotación de esta sentencia en el Registro Civil Central, sin costas.

VI. Por el demandante se interpuso RECURSO DE CASACION por infracción de Ley con base en el siguiente motivo:

UNICO (4). Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *por violación, por no aplicación*, del artículo 4.º, 1.º, del Código Civil (y de la doctrina legal contenida, entre otras, en las Sentencias de 1 de mayo de 1919, 26 de abril de 1929, 10 de febrero de 1926, 12 de mayo de 1944, 21 de octubre y 12 de noviembre de 1959, 14 de noviembre de 1963, 5 de julio de 1965 y 16 de marzo y 15 de abril de 1967), y *por interpretación errónea* de los artículos 9, 11-3.º, 42 y 101 del Código Civil, en relación con la Orden ministerial de 10 de marzo de 1941.

El artículo 4.º, 1.º, del Código Civil declara taxativamente: «Son nulos...». Y nulo en Derecho es lo carente de valor y fuerza para obligar o tener efecto alguno (Sentencias de 27 de mayo de 1949 y 24 de abril de 1952). La sentencia recurrida, al considerar válido y eficaz el matrimonio civil celebrado en Leningrado... viola por inaplicación el referido artículo 4.º, 1.º del Código Civil, pues el demandante, español y bautizado en la Iglesia católica, por imperativo de *su Ley personal*, sólo podía contraer matrimonio *válido* mediante las formalidades canónicas. Es por ello que tal matrimonio civil es radicalmente nulo (Sentencia de 1 de abril de 1931). El actor debió y pudo contraer matrimonio canónico en Leningrado, pues en dicha ciudad se puede acudir a un sacerdote católico por estar autorizado el culto católico. Precisamente por ello el Tribunal Eclesiástico decretó que «se le autorizaba a pasar a nuevas nupcias canóni-

(3) Extraído todo ello del considerando 2.º de la sentencia del Tribunal Supremo subrayados míos (J. C. G.).

(4) La redacción de este único motivo es tan abigarrada, profusa y confusa que resulta difícil seguir y adivinar la posible argumentación del recurrente. Queda extractado al máximo en aras de una correcta inteligibilidad del mismo. Los subrayados son míos (J. C. G.).

cas», ya que ni siquiera se le podía otorgar validez canónica al matrimonio civil aplicando el canon 1098 del Código de Derecho Canónico.

El artículo 42 del Código Civil (redacción anterior a 1958, redacción vigente en la fecha en que el matrimonio fue celebrado), en la interpretación dada al mismo por la Orden ministerial de 10 de marzo de 1941, impedía la válida celebración del matrimonio civil a todos los españoles que no probasen documentalmente su acatolicidad o no presentasen una declaración jurada de no haber sido bautizados. Cita las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de marzo de 1950 y 7 de julio de 1952, la nueva redacción del artículo 42 del Código Civil por Ley de 24 de abril de 1958 y el Decreto de 26 de octubre de 1956: estas últimas disposiciones son consecuencia del carácter confesional de nuestro Derecho matrimonial, que considera la religión católica como oficial del Estado, con base en nuestras Leyes Fundamentales.

El «orden público» puede definirse como el conjunto de *principios* de orden superior, no solamente jurídicos (públicos y privados), sino también políticos, económicos, morales y, algunas veces, religiosos, *absolutamente obligatorios*, por ser considerados *esenciales* para la conservación del orden social en un pueblo y una época determinados. Y a la defensa de esos principios, considerados como *intangibles* por el Derecho español, obedece la disposición contenida en el artículo 11, párrafo 3.º, del Código Civil.

La omisión de una norma imperativa del Derecho interno, bien buscada intencionadamente o por olvido o desconocimiento, como es la celebración de un matrimonio civil en el extranjero por un español obligado a contraerlo canónicamente, implica violación del orden público interno y ha de motivar la declaración de inexistencia del acto, conforme a lo dispuesto en los artículos 9.º, 11-3.º, 42 y 75 del Código Civil. Cita los artículos 101, en relación con el 100, 3.º, del Código Civil, y las Sentencias de 7 de abril de 1915, 10 de febrero de 1926 y 12 de mayo de 1944, y Resoluciones de 16 de enero de 1934, 19 de febrero de 1941 y 12 de julio de 1949.

La aplicación de las disposiciones legales invocadas como infringidas en la sentencia recurrida no puede enervarse porque casualmente coincidieran con los intereses o descos de uno o ambos contrayentes, quienes por unas u otras razones vivan separados y anhelan verse libres de su pretendida unión matrimonial, ni ello puede verificar que lleven a cabo un mutuo disenso sobre materia —cual la de estado civil— ajena a la autonomía de la voluntad; tampoco la dejación por el esposo de sus deberes como católico, si se diera el caso, le vincularía, como consecuencia del principio jurídico de los actos propios, dado que son la moral y el orden público los determinantes de la nulidad y no las conveniencias ocasionales de los litigantes.

Es constante la doctrina legal interpretando —y en aplicación— los artículos 9.º, 11-3.º, 42 y 100 del Código Civil: cita las Sentencias de 21 de octubre y 12 de noviembre de 1959; Orden ministerial de 10 de marzo de 1941, y Sentencias de 14 de noviembre de 1963, 5 de julio de 1965, 16 de marzo de 1967 y 15 de abril de 1967. En conclusión— dice—, el demandante —aquí recurrente— estaba *obligado*, por imperativo de su estatuto personal, a contraer matrimonio canónico: por lo que, al contraer

matrimonio civil sin constar su apostasía. ., dicho matrimonio civil es radicalmente nulo o inexistente.

Tales preceptos de Ley y doctrina legal expuestos *no pueden quedar sin efecto por las circunstancias, puramente de orden temporal y contingente, de que* en la fecha de celebración del matrimonio civil *no existieran relaciones diplomáticas* entre el Gobierno español y la Unión Soviética, ya que el Derecho canónico y la doctrina de la Iglesia son universales y *no puede quedar en suspenso* su obligatoriedad por una situación *de hecho* meramente política y, por tanto, transitoria. Pero es que —*aun en el caso de que* hubiere habido representación consular española y haberse celebrado el matrimonio civil *ante* el Cónsul o Vicecónsul español en Leningrado— *igualmente* hubiera sido *nulo* tal matrimonio por no poder acreditar formalmente su apostasía el contrayente varón (Sentencias de 21 de octubre y 12 de noviembre de 1959, 16 de marzo y 15 de abril de 1967). Por todo lo cual, *no cabe invocar* como de aplicación al presente caso *el artículo 6.º, 2.º, del Código Civil*, por cuanto *es exactamente aplicable* al punto controvertido los preceptos de Ley y doctrina legal expuestos como infringidos.

VII. El TRIBUNAL SUPREMO, en sentencia de la que fue ponente don Juan A. Linares Fernández, establece la doctrina que sigue en sus *considerandos*:

1.º La sentencia recurrida (CDO. 2.º) *señala* como hecho probado... (5).

2.º De tales hechos *deduce*. . (6).

3.º El *único motivo* del recurso .. (7), *motivo que*, por tratar materias dispares, sin hacerlo en otros distintos, *adolece del defecto de formulación* de los artículos 1.729, 4.º, y 1.720, 2.º (*sic*) (8), y que —aparte de estos defectos formales, que pueden determinar la *desestimación* del motivo en este momento procesal, como alegó en la vista el Ministerio Fiscal— *partiendo de los hechos* que se estiman *acreditados* en la sentencia, *es evidente*: que *las circunstancias del momento y lugar* en que los litigantes contrajeron el matrimonio civil ante el encargado del Registro en Leningrado *impedían pudieran verificarlo ante las autoridades españolas*, porque no podían trasladarse a España y por la carencia de representación diplomática de España en Rusia, *y en donde no existían facilidades para contraer matrimonio canónico* en el supuesto de que ésta hubiera sido la voluntad de los contrayentes; que *si bien es cierto* que el recurrente fue bautizado, *no aparece que haya venido profesando la religión católica* con posterioridad, *y al volver a España no intentó la confirmación canónica del matrimonio, sino que acudió a la autoridad civil*, Dirección General de los Registros, *en solicitud* de que se *transcribiera* el existente, *lo que se llevó a cabo en...*, *y ello no hubiera podido tener lugar sin la manifestación de que no profesaba*

(5) Expone aquí el Ponente los hechos, recogidos anteriormente al reseñar la sentencia de la Audiencia: ep. V precedente.

(6) Recoge aquí el Ponente la argumentación de la Audiencia: *vide* ep. V precedente.

(7) Cita el Ponente la base procesal y los artículos infringidos: *vide* ep. VI precedente.

(8) Se sobreentiende que ambos artículos son de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

la religión católica, conforme establece la legislación vigente en aquella fecha, y por si esto no fuera suficiente, inscribió en el Registro Civil, como hijos legítimos de dicho matrimonio, los habidos con posterioridad en España. Y contra esta conducta, que denota su acatolicidad, trata ahora de conseguir la nulidad, con apoyo en unas normas ya rebasadas al hacer la transcripción en España del matrimonio, cuando —según la sentencia recurrida— se ha quebrantado la paz conyugal, lo que determinó la petición reconventional de separación —formulada por la esposa y estimada por la sentencia—, que no ha sido concretamente combatida en el recurso. Todas cuyas circunstancias determinan la desestimación del motivo y, con ella, la del recurso, con costas, por ser preceptivas, y devolución del depósito constituido, por no ser conformes las sentencias.

FALLO: No ha lugar.

NOTAS

1. Introducción al tema

Nunca mejor dicho que el tema *matrimonio civil de españoles en el extranjero* ha hecho correr largos ríos de tinta. La bibliografía es tan numerosa y abundante, en cantidad y en calidad, que se hace difícil una selección, con lo relativo que resulta el hacerla; por lo cual, me remitiré a una selección personal de autores, distinguiendo cada época histórica concreta, ya que es bien sabido la serie de oscilaciones legislativas en la materia (9).

(9) Distingo tres periodos de tiempo, más inmediatos a nosotros: el derivado de la implantación del llamado 'Estado Nacional' (desde 1-4-1939), el que introduce la nueva legislación del Registro Civil (desde el Reglamento del Registro Civil de 14-11-1958) y el consecuente a la reforma del Código Civil tras la Ley 13, de 7 de julio de 1981. Referencias más antiguas pueden verse en las citas de los grandes tratados de Derecho Civil.

A partir de 1939

- A. GALLARDO RUEDA «Matrimonio civil de españoles en el extranjero», en *B I M. J.*, III, 1949, número 76, pág. 3.
- MALDONADO FERNÁNDEZ DEL TORCO «Sobre los matrimonios civiles de españoles en el extranjero», en *Revista Española de Derecho Canónico*, IV, 1949, págs. 641 y ss.
- FERNÁNDEZ VIVANCOS «Algunos problemas que plantea el doble matrimonio», en *B I M. J.*, V, 1951, número 166, pág. 4.
- PERE RALUY «Concepto de acatolicidad a efectos de la celebración del matrimonio civil», en *B I M. J.*, VIII, 1953, núm. 233, pág. 3.
- RODRÍGUEZ VALCARCE: «Matrimonio de españoles en el extranjero (Validez en España del matrimonio 'mixto' celebrado en el extranjero conforme a la Ley del lugar de la celebración)», en *Revista de Derecho Procesal*, IX, 2º, 1953, págs. 195 y ss.
- BERNÁRDEZ CANTÓN: «Declaración de nulidad de un matrimonio civil entre españoles contraído en el extranjero», en *Revista Española de Derecho Canónico*, IX, 1954, págs. 938 y ss.
- CASTILLO SANTOS: «Los acatólicos y la forma canónica del matrimonio», en *Revista Razón y Fe*, CL, 1954, II, págs. 21 y ss.
- DEL AMO: *Los matrimonios civiles durante la República*, Madrid, 1954.
- GARCÍA BARBERENA: «Matrimonios mixtos», en *Anuario de Derecho Civil*, VII, 1954, págs. 14 y ss.
- GARCÍA CANTERO: «Matrimonio civil de acatólicos», en *Anuario de Derecho Civil*, VI, 1954, páginas 141 y ss.
- FERNÁNDEZ VIAGAS: «Los matrimonios de españoles en el extranjero», en *Revista General del Derecho*, XI, 1955, págs. 101 y ss.
- AGUNDEZ: «Contribución al estudio de los matrimonios civiles de católicos», en *Revista General del Derecho*, XII, 1956, págs. 672 y ss.

Por supuesto que la reforma del Código Civil en 1981 ha hecho buena la famosa frase de KIRCHMAN y ha inutilizado buena parte de todo lo escrito sobre el tema hasta ahora, todo ello diluido por la dinámica de los cambios legislativos. Claro es que planteado el *supuesto litigioso* en unos años en que regía la legislación *anterior* a 1958, es muy conveniente enmarcar todas las referencias dentro de esa bibliografía aquí apuntada.

Si las referencias doctrinales sobre el tema son numerosas, también son numerosas las *decisiones jurisprudenciales*. Prescindiendo de otras más antiguas, cabe reseñar aquí como importantes y por su proximidad en el tiempo, las *Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1959, 12 de noviembre de 1959, 5 de julio de 1965 y 16 de marzo de 1967* (10).

La importancia de la sentencia aquí comentada es que el Tribunal

LÓPEZ ALARCÓN «El matrimonio civil de los católicos», en *Anales de la Universidad de Murcia*, XV, núms. 3-4, 1956-57, págs. 227 y ss.

FERNÁNDEZ RUIZ: «Los matrimonios mixtos en la legislación civil española», en *Revista Ecclesia*, XVII, 1957-I, págs. 185 y ss.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «Los matrimonios civiles contraídos por católicos durante la vigencia de la Ley del Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932 (Notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1956)», en *Anuario de Derecho Civil*, 1957, págs. 259 y ss.

VELLVE «Matrimonio civil de acatólicos en España», en *Revista de Derecho Privado*, mayo 1957, páginas 534 y ss.

FERNÁNDEZ ARRUTY: «El problema de la validez del matrimonio civil contraído con arreglo a la legislación republicana», en *Revista de Derecho Notarial*, núms. 17-18, julio-diciembre 1957, páginas 335 y ss.

GARCÍA BARRIUSO: *Matrimonio civil de españoles dentro y fuera de España*, Tánger, 1958.

SANCHO REBULLIDA: «El sistema matrimonial en la reforma del Código Civil», en *Revista Temis*, 1958, núm. 4, págs. 187 y ss.

. *Desde el Reglamento del Registro Civil de 1958*

LÓPEZ ALARCÓN «El matrimonio civil y su inscripción (Nueva legislación del Registro Civil)», en *Revista Pretor*, VIII, 1959, págs. 108 y ss.

G. PASCUAL NIETO y J. RUIZ HUERTA: «La reforma de la legislación del Registro Civil y el Derecho Internacional Privado», en *Revista Pretor*, VIII, 1959, págs. 542 y ss.

PORTERO SÁNCHEZ: «Matrimonio de españoles en el extranjero y de extranjeros en España Principios que rigen su celebración», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIII, 1960, págs. 501 y ss.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ «Matrimonio de españoles celebrado en el extranjero», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIII, 1960, págs. 881 y ss., especialmente 934 y ss. (después publicado en *Estudios de Derecho Matrimonial*, Ed. Rialp, Madrid, 1962, págs. 95 y ss.).

DÍAZ MORENO: «El matrimonio meramente civil en España», en *Revista Sal Terrae*, agosto-septiembre 1973, págs. 568 y ss.

DÍEZ DEL CORRAL: «El matrimonio civil en España, hoy», en *Estudios De Castro*, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, vol. 1.º, págs. 565 y ss.

CASTÁN VÁZQUEZ, en CASTÁN TOBEÑAS (Rev. CASTÁN VÁZQUEZ-GARCÍA CANTERO) *Derecho civil español, común y foral*, Ed. Reus, Madrid, 9.ª ed., 1976, tomo V (Derecho de Familia), vol. 1.º (Relaciones conyugales), págs. 228 y 929.

SANCHO REBULLIDA, en FUENMAYOR-SANCHO: «Comentarios a los artículos 42 a 107», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, Ed. EDESA, Jaén, 1978, páginas 292 y ss. y 311 y ss., especialmente 317 y ss.

. *Después de la reforma de 1981*

SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ-SANCHO *Derecho de Familia (conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981)*, ed. experimental, Bosch, Barcelona, 1982, pág. 159.

GARCÍA CANTERO: «Comentarios a los artículos 42 a 107», en *Comentarios*, cit., EDESA, Madrid, 1982, 2.ª ed., págs. 92 y ss., 99 y ss., especialmente 104 y ss. y 472 y ss.

CARRIÓN OLMOS «Comentario al artículo 49», en *Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil*, coordinados por J. L. LACRUZ BERDEJO, Ed. CIVITAS, Madrid, 1982, págs. 155 y ss.

CASTÁN VÁZQUEZ, en CASTÁN TOBEÑAS (Rev. CASTÁN VÁZQUEZ-GARCÍA CANTERO): *Derecho civil español, común y foral*, Ed. Reus, Madrid, 10.ª ed., 1983, tomo V (Derecho de Familia), vol. 1.º (Relaciones conyugales), págs. 221 y 960.

(10) Todas estas sentencias son aludidas en el recurso, pero sin sacar partido de ellas. Para un comentario global acerca de ellas, haciendo hincapié en su *paralelismo*, véase PUENTE EGIDO: *Derecho Internacional Privado español. Doctrina legal del Tribunal Supremo*, Ed. Universitaria de Barcelona, Barcelona, 1981 (Sentencia núm. 101, de 16 de marzo de 1967, pág. 321), págs. 307, 311, 313 y 318.

Supremo *rompe* con toda una práctica anterior uniforme y monolítica y sienta una *doctrina nueva* de corte progresista (11).

2. El matrimonio civil de españoles en el extranjero (período anterior a 1958)

La doctrina mayoritaria y considerada como más autorizada en aquel tiempo solía partir de un *presupuesto fundamental*, conceptuado como *principio cardinal* de todo el sistema matrimonial: la 'vis atractiva' que la forma canónica de celebración del matrimonio tenía respecto de los españoles católicos (12).

Este principio *predeterminaba* que las normas canónicas constituyeran *reglas de Derecho «interpersonal»* superpuestas a las restantes normas del Derecho positivo vigente e incluso a las del Derecho conflictual español.

Este principio básico era la *regla general* del sistema, por ello se *presumía* siempre; «la excepción —decía LALAGUNA (13)— del precepto de forma canónica, ligada a la condición de acatolicidad, constituye la excepción —por esto ha de probarse—. En sentido similar, W. GOLDSCHMIDT decía que «los no católicos españoles pueden casarse civilmente en el extranjero según la *forma local*, siempre que hayan recibido un *certificado de acatolicidad* o por los agentes diplomáticos españoles o por los sacerdotes católicos competentes para la celebración del matrimonio... Con una sola excepción: sólo en un país con el que España no tiene relaciones diplomáticas o en un lugar desde el cual el acceso a un agente diplomático español sea tan difícil que no se puede razonablemente exigir, *pueden las partes válidamente casarse sin el certificado*» (14). Esta excepción final aludida por W. GOLDSCHMIDT constituía un *hecho probado* del presente litigio resuelto por el Tribunal Supremo.

Esta solución de hacer depender la validez del matrimonio civil en el aspecto *formal* de una exigencia de «acatolicidad» venía contemplada en el Proyecto de Ley sobre el matrimonio de ALVAREZ BUGALLAL de 17 de mayo de 1880 y es la que empezó a regir tras la reforma de la legislación del Registro Civil de 1957-58 (15).

La *situación especial* del matrimonio de españoles celebrado ante funcionario extranjero *mientras no conste acreditada* la acatolicidad de los contrayentes —contemplada en el art. 249, 2.º, del Reglamento del Registro Civil (reforma de 1958)— era considerada en aquel entonces por LALAGUNA como una *situación de pendencia* —muy similar a la de los matrimonios civiles en peligro de muerte ante funcionario español—, y entendía que el matrimonio será por principio ineficaz y de validez incierta (16). Considerada la cuestión desde otra perspectiva, ya en 1976 se decía en la revisión del clásico CASTÁN que «en la actualidad la cuestión suscitada en torno a la admisibilidad de la *lex loci* en los matrimonios

(11) En sentido similar, PUENTE EGIDO: *Op. cit.* en nota 10, pág. 324 (Comentario a Sentencia número 102, de 20 de abril de 1974) «En contra de lo sentenciado en fallos anteriores, el Tribunal Supremo se colocó en esta decisión y en la que sigue sobre un terreno más firme»

(12) Véase, por todos, LALAGUNA: *Op. cit.*, pág. 912

(13) Véase *Op. cit.*, pág. 912, nota 89.

(14) Véase W. GOLDSCHMIDT: *Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1954, tomo II, págs. 287 y ss (subrayados míos, J. C. G.).

(15) Véase LALAGUNA: *Op. cit.*, pág. 890.

(16) Véase *Op. cit.*, págs. 935 y ss.

celebrados por los españoles que no profesen la religión católica parece haber quedado resuelta en sentido afirmativo por la legislación del Registro Civil... (17).

Finalmente, cabe afirmar que la admisibilidad de la *forma local extranjera* era entonces con estricta subordinación a los principios generales del sistema, constituido por un matrimonio canónico —especie principal— y un matrimonio civil —especie subsidiaria—. La exigencia de la «acatolicidad» venía a desempeñar no sólo una función esencial, sino también instrumental, debiendo probarse *antes* del matrimonio (18). Por ello pudo escribir exactamente LALAGUNA que «*la acatolicidad, elemento extraño a la naturaleza del matrimonio civil en su acepción liberal, se incorpora en nuestro sistema matrimonial a los demás requisitos de capacidad para integrar con ellos la situación de libertad necesaria en orden a la válida celebración del matrimonio en forma civil. Si atendemos no tanto a su carácter legitimador en casos concretos como a su valor general dentro del sistema, advertiremos que la acatolicidad, como exigencia del matrimonio civil, sirve a una finalidad del ordenamiento de la Iglesia (en cuanto mediante ella se protege la observancia de un precepto canónico), denegando la autorización del matrimonio civil o declarando la invalidez del indebidamente autorizado a personas obligadas —por el ordenamiento estatal— a la forma canónica de celebración. Esta relación entre el fin de la exigencia de acatolicidad —observancia de un precepto canónico— y el medio en que se hace valer —disciplina del matrimonio civil— muestra muy claramente el carácter principal de la forma canónica y el subsidiario de la civil*» (19).

3 El supuesto de hecho litigioso y su encuadre en el sistema

Expuesto el supuesto de hecho y los principios generales del sistema *entonces vigente*, era perfectamente lógica la posición y argumentación del *recurso* de casación —cuyo deficiente desarrollo no obsta a la validez y rigor de los argumentos de fondo—, muy en la línea tradicional acorde con la interpretación mayoritaria jurisprudencial y doctrinal.

Tanto ambas partes litigantes como los Tribunales de primero y segundo grado y el propio Tribunal Supremo partieron de una *premisa* clara: la aplicación de la *ley española* al matrimonio civil celebrado por los litigantes en Leningrado, tanto en orden a la capacidad del contraente varón como en orden a la validez y efectos de dicho matrimonio (20).

La aplicación de la *Ley material española* al matrimonio civil celebrado en Leningrado imponía la consiguiente aplicación de la norma conflictual establecida en el *artículo 42 del Código Civil* (redacción anterior a 1958) en su interpretación tradicional, anteriormente expuesta. Lo cual venía defendido en el *recurso* de casación por el marido demandante. Lo

(17) Véase CASTÁN VÁZQUEZ-GARCÍA CANTERO, en *op. cit.* 9.ª ed., 1976, pág. 934, con cita —nota 2— de PORTERO, LALAGUNA, LÓPEZ ALARCÓN, PASCUAL NIETO y RUIZ HUERTA, y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de marzo de 1967 y 27 de junio de 1969.

(18) Véase LALAGUNA: *Op. cit.*, págs. 906 y ss., especialmente 912 y ss.

(19) Véase *Op. cit.*, pág. 912, nota 88. subrayados míos (I C G.).

(20) En sentido concorde con lo expuesto, PUENTE EGIDO: *Op. cit.*, pág. 324, para quien —prescindiendo de la intención de los contrayentes acerca de la eventual conexión con la Ley española, en tanto que la ley personal del marido, del matrimonio celebrado— «fue el cambio ulterior del domicilio conugal el que colocó a esta unión bajo el ámbito competencial y legal del sistema jurídico español».

cual venía a implicar, dado el carácter *conflictual* de dicha norma, una *remisión* a la Ley canónica (21).

En relación con todo ello, y refiriéndose al presente litigio, decía PUENTE EGIDO: «De modo especial merece destacarse la *afirmación de la indisolubilidad de tal unión como un principio de 'Derecho Natural'* que, en todo caso, acepta el sistema *conflictual* español. *La doctrina concreta del fallo en este punto* es: la Ley española regía la capacidad del español domiciliado en Moscú para celebrar matrimonio. Ahora bien, *dentro* de esa normativa, ¿la meramente civil o la canónica como el recurrente pretendía?» (22).

He traído aquí esta cita para hacer unas ligeras *observaciones*. En *primer lugar*, que esa *subrayada* afirmación de la indisolubilidad del matrimonio como un principio «de Derecho Natural» no aparece por ninguna parte en la sentencia del Tribunal Supremo, ya que el *inciso final* del considerando 2.º está refiriéndose a un argumento de la sentencia de la Audiencia y *no* alude a la indisolubilidad; más bien creo que la *única vez* que aparece esa afirmación subrayada a lo largo del supuesto litigioso es en el punto 4.º de la *Contestación* a la Demanda. En *segundo lugar*, que *la doctrina concreta del fallo* sea que la Ley española rige la capacidad del español domiciliado en Moscú para celebrar matrimonio es una consecuencia *implícita* en el fallo, pero en éste no se dice nada acerca de la fundamentación jurídica del mismo, sino que *se parte de los hechos probados*. Sólo con estas matizaciones es aceptable la opinión precedente del ilustre internacionalista, por otra parte tan ajustada como en él es costumbre.

A mi modo de ver, prescindiendo de los considerandos 1.º y 2.º, que recogen la posición de la sentencia de la Audiencia recurrida, lo que el considerando 3.º resalta son *los hechos probados y, muy en especial, la «acatolicidad»* del marido demandante, de tal forma que nada vale *posteriormente* alegar el recurso a la Ley canónica *en contra de esa conducta reiterada de acatolicidad*. Pero esto último enlaza ya con el epígrafe siguiente.

4 La coordinación de la Ley canónica y la Ley civil

Para la interpretación doctrinal y jurisprudencial mayoritaria en aquel entonces, todo el sistema se reducía al juego del carácter *principal* de la Ley canónica y *secundario* de la Ley civil.

Para la interpretación doctrinal moderna, muy crítica en este punto, «la apelación a un *punto de conexión* como el 'Bautismo' o la 'profesión de fe católica' con la *intención* de invalidar una unión civil anterior *constituye un supuesto claro de fraude de ley en el Derecho Internacional Privado*: mediante la manipulación de un punto de conexión que —por la vía de la *remisión conflictual*— lleva a la aplicación de una Ley material *distinta* a la que resultaría normalmente competente si no se produjera tal manipulación» (23).

(21) Ese carácter *conflictual* es evidente para los internacionalistas. Véase PUENTE EGIDO: *Op. cit.*, páginas 321 y 324. Con carácter más amplio, y *en general*, ver I. M. ESPINAR VICENTE, en E. PÉREZ VERA: *Derecho Internacional Privado (Parte Especial)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1980, págs. 175 y ss., especialmente 184 y ss y 187 y ss.

(22) Véase *Op. cit.* pág. 324 (subrayados míos: J. C. G.).

(23) Véase PUENTE EGIDO. *Op. cit.*, pág. 321 (subrayados míos: J. C. G.).

La posición del *Tribunal Eclesiástico* —ante la demanda del marido— era la tradicional habitual en la doctrina canónica: autorizarle para nuevas nupcias canónicas. Lo que *no hizo* —en contra de actitudes más clericales precedentes, al decir de PUENTE EGIDO— fue acoger la petición de resolver acerca del vínculo civil, quizá porque «verosísimamente esta actitud respondió a una interpretación más mesurada y, de hecho, más acorde con la propia letra del artículo 24 del entonces vigente concordato español con la Santa Sede» (24). Lo que *sí hizo* fue entrar en el juego del demandante, «con su apelación falaciosa a su condición de 'bautizado' y conseguir a través de ella una declaración de inexistencia, que equivalía en realidad a un divorcio» (25).

La posición de los *Tribunales civiles* —tanto los de instancia como el Tribunal Supremo— fue la de *rechazar* esa apelación tardía y fraudulenta del recurrente a su condición de «católico»: «Rechazo que se produce por primera vez después de 1940 y que lleva al Tribunal Supremo a *modificar* su jurisprudencia tradicional en la interpretación del concepto 'profesar la religión católica' y a *introducir una calificación propia* —independiente de la de los Tribunales Eclesiásticos— para fijar desde ella el *ámbito* de aplicación de las leyes civiles españolas. Y *esto*, en última instancia, *era negarse a refrendar* una clara manipulación de la Ley que hubiera constituido un fraude» (26).

La posición de la doctrina internacionalista reciente que —como PUENTE EGIDO— comenta este supuesto litigioso me parece correcta y exacta. A resaltar la clara conceptualización del *fraude de ley* implícito en la remisión conflictual a la Ley canónica en el caso de autos y en otros precedentes muy similares. Quizá no queda tan clara esa alusión, ya que el Tribunal Supremo introdujo una *calificación propia*, que entiendo debiera matizarse en sentido similar a mis observaciones precedentes, esto es, que lo que el Tribunal Supremo sienta son *unos hechos probados* y, más especialmente, *la acatolicidad* en la conducta reiterada del marido demandante y recurrente.

5. *Recapitulación final*

A la hora de cerrar estos breves comentarios cabe resumir aquí las consideraciones precedentes en el sentido siguiente:

1.º El supuesto de hecho litigioso es *anterior* a 1958, debiendo enmarcarse dentro de la interpretación habitual tradicional en la doctrina y jurisprudencia patrias.

2.º El principio cardinal del sistema matrimonial vigente *en dicho período* era el de la prueba de la acatolicidad. Tras la reforma de la legislación del Registro Civil en 1958 se admite la *virtualidad* de la *lex loci* para los matrimonios civiles de españoles acatólicos en el extranjero.

3.º El requisito de la *acatolicidad*, como exigencia del matrimonio civil, servía a una *finalidad* del ordenamiento jurídico de la Iglesia Católica.

(24) Así, en PUENTE EGIDO. *Op cit.*, pág. 325.

(25) Véase *Op cit.* en nota precedente, pág. 325.

(26) Así, PUENTE EGIDO: *Op cit.*, pág. 325.

4.ª El *punto de partida* del supuesto de hecho litigioso es el de la *aplicación evidente* de la Ley española al matrimonio civil celebrado por ambas partes en Leningrado.

5.ª Dada la remisión conflictual ex artículo 42 del Código Civil a la normativa canónica, la apelación al punto de conexión «bautizado» constituía un supuesto claro de *fraude de ley* en la técnica del Derecho Internacional Privado.

6.ª Los Tribunales civiles —en el caso de autos— rechazaron esa apelación tardía y fraudulenta a la condición de «católico». Posición encomiable, de signo progresista.

7.ª La verdadera *ratio decidendi* de la sentencia consiste en el hecho acreditado de una conducta reiterada demostrativa de acatolicidad en el marido demandante.

J. C. G.

V. SUCESIONES

MEJORA.—PARTICION: LESION.—Artículos 823, 829, 830, 1.056, 1.057 y 1.074 del Código Civil (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1983).

No es lícita la cláusula testamentaria por la que se faculta al mejorado para elegir los bienes en que haya de pagarse la mejora.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José-María Gómez de la Bárcena López, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por los demandados-apelados contra la sentencia de la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de La Coruña declarando la nulidad de la cláusula quinta del testamento y, en tal sentido, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Corcubión, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

Que acusa el primer motivo, con amparo procesal en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el error de hecho en la apreciación de la prueba, que resulta de documento auténtico que acredita la equivocación evidente del juzgador, dado que declarado en el primero de los considerandos de la sentencia impugnada que «son hechos que, por apreciación conjunta de la prueba, aparecen probados: Primero, que después de la muerte de J. V. G., abuelo materno de los aquí litigantes; hermanos C. V., con fecha quince de enero de mil novecientos treinta y dos, se practicaron las operaciones particionales de su herencia y en ellas se adjudicaron a su esposa, doña A. C., abuela materna de los referidos litigantes, entre otros bienes, los descritos en el hecho cuarto de la demanda (excepción de la finca «Rañaduire»), pero tal adjudicación en propiedad no fue de la totalidad del dominio sobre los mismos, sino sólo en condominio y por mitad y pro indiviso con su hija doña A. V. C., a quien en tal partición se adjudicó la otra mitad; segundo, que a medio de escritura notarial de veintidós de febrero de mil novecientos treinta y cuatro, doña A. C. transmitió los referidos derechos adquiridos sobre esas fincas, en dación de

pago, a don V. C. P., yerno suyo por estar casado con su hija, doña A. V. C., haciendo constar en dicha escritura, en consonancia con su título de adquisición, que los derechos que cedía era el condominio, por mitad y pro indiviso, con su hija doña A. V. C., por lo que es evidente que la mitad del dominio de cada una de las referidas fincas pertenecía como bien parafernial a ésta y la otra mitad pasó a pertenecer a la sociedad de gananciales formada por ella y su esposo, don V. C. P., y como no hay la más mínima prueba de que esa situación jurídica fuese variada, hay que estimar que la misma subsistía cuando a la muerte de ambos cónyuges quedaron esos bienes en sus herencias; apreciación fáctica que, a juicio de los recurrentes, resulta desvirtuada por la escritura pública de veintidós de febrero de mil novecientos treinta y cuatro, documento que se señala como auténtico, en apoyo del motivo que se examina, en el que no se hace la menor referencia al título a virtud del cual doña A. V. C. había devenido propietaria de las restantes participaciones indivisas de las fincas mencionadas, no existiendo más probanza para acreditar dicho extremo —pese a la declaración en la instancia de que a tal conclusión se llega por apreciación conjunta de las pruebas practicadas— que la mentada escritura, y ello porque no aparecen unidas a los autos las particiones, a que se hacen referencia en el escrito de proposición de prueba de la contraparte, que se dicen practicadas por el Perito M. V. R. en quince de enero de mil novecientos treinta y dos, por lo que ni en aquella escritura pública de venta ni en el testamento de don J. V. G. se hace referencia alguna a la naturaleza de los bienes objeto de la herencia de doña A. V. C., añadiendo que «tal errónea afirmación no puede obtenerse ni tan siquiera como una presunción, mediante la que pueda destruirse la a su vez obtenida por el contenido del artículo mil cuatrocientos siete del Código Civil, porque aquella presunción estaría además indebidamente obtenida»; motivo que ha de decaer por lo siguiente: A) Porque el error de hecho no puede apreciarse ni admitirse, por el resultado que ofrezca un medio probatorio aislado, cuando el hecho que en la instancia se estima probado, lo es por conjunta apreciación de las probanzas practicadas, sin que sea lícito al impugnante desvincular la resultancia probatoria obtenida para asentar su tesis impugnatoria en un documento o probanza aislada, Sentencias de veinticuatro de febrero y veintiocho de septiembre de mil novecientos ochenta y uno; B) porque carecen de la condición de auténticos, a efectos casacionales, aquellos documentos que hayan sido estudiados, compulsados y valorados por el juzgador como elementos de su juicio y componentes de su razonada y razonable convicción, constituyéndose sobre ellos, por aquél, la tesis decisoria del proceso, Sentencias de diez de junio de mil novecientos ochenta y uno, diecinueve de febrero, cinco de marzo, diecisiete de mayo, seis y dieciséis de octubre de mil novecientos ochenta y dos, por citar las más recientes; C) por cuanto el error ha de resultar manifiesto y patente, sin precisar de interpretación, conjetura o deducción alguna, de tal forma que si se hace precisa cita de las normas de hermenéutica contractual presuntamente infringidas de las contenidas en los artículos mil doscientos ochenta y uno a mil doscientos ochenta y nueve del Código Civil, especificando el concepto de la infracción, Sentencias de veintiséis de febrero de mil novecientos sesenta y tres y seis de abril de mil nove-

cientos ochenta y dos; D) porque lo pretendido por los recurrentes es establecer una nueva valoración probatoria, distinta a la obtenida en la instancia, sustituyendo con su personal criterio, lógicamente parcial, el más objetivo de la Sala sentenciadora, lo que no es dable en casación, Sentencias de veinticinco de enero de mil novecientos sesenta y cinco, trece de octubre de mil novecientos sesenta y seis y veintiuno de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, y E) porque contrariamente a lo mantenido por los recurrentes en el último párrafo del desarrollo del motivo, en la sentencia impugnada no se ha hecho uso de presunción alguna para establecer los hechos probados, sino que tal apreciación se asienta en pruebas directas; razones todas que justifican la repulsa del motivo que se contempla, arrastrando tal rechazo la del motivo segundo, en el por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la violación por no aplicación del artículo mil cuatrocientos siete del Código Civil, y ello porque al permanecer incólume, a efectos casacionales, la declaración de la Sala, en orden a la naturaleza de los bienes cuestionada, los impugnantes vienen a hacer supuesto de la cuestión al reputar gananciales los bienes integrados en la sucesión, contradiciendo así la aprecio obtenida en la instancia, que se mantiene inalterable, con la desestimación del primer motivo.

Que también por la vía del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se acusa en el tercer motivo la infracción por aplicación indebida de los artículos ochocientos veintitrés, ochocientos veintinueve, mil cincuenta y seis y mil cincuenta y siete del Código Civil, con lo que se viene a atacar el contenido del considerando cuarto de la sentencia impugnada, en el que se razona la nulidad de la cláusula quinta del testamento otorgado por don V. C. P. en cuanto concede a su hijo don V. la facultad de elegir bienes para el pago de los tercios de mejora y de libre disposición, y ello por entender la Sala que tal nulidad viene determinada por suponer una extralimitación de las facultades que a los testadores confieren los tales preceptos, aplicabilidad que los recurrentes niegan por cuanto que, a su entender, el tal heredero no ha hecho uso de la facultad conferida, habiéndose operado la adjudicación al margen de la misma y en virtud de facultades que, por razón de su cargo, correspondían al contador-partidor, pero no porque los hubiera elegido el repetido heredero; motivo que también ha de decaer por las razones siguientes: A) Porque en el último inciso del extremo quinto de los hechos que se declaran probados claramente se alude a la directa intervención del recurrente don V. C. V. en las operaciones particionales, practicadas por el comisario-contador-partidor al decirse, sin que tal declaración fáctica se combata por adecuada vía, «que la adjudicación de determinados bienes, concretamente de la denominada 'Casa de la Escuela', se hizo de acuerdo con el heredero don V., lo que abiertamente viene a demostrar su muy directa intervención, en unión del dicho comisario, en la partición; B) porque el propio impugnante manifiesta: «presto mi conformidad, según se expresa en la base cuarta de este cuaderno particional, a las adjudicaciones hechas por el comisario contador-partidor», en cuyo cupo cuarto se le adjudican los bienes de su haber hereditario, manifestaciones lo suficientemente claras y expresivas

de que hizo uso de la facultad de elección conferida testamentariamente por su padre en la cláusula quinta de su testamento; C) porque lo que los recurrentes pretenden es atacar la interpretación verificada por la Sala sentenciadora de una determinada cláusula testamentaria, facultad soberana de la Sala, que sólo puede impugnarse con cita de las normas interpretativas contenidas en los artículos mil doscientos ochenta y uno y siguientes del Código Civil, lo que al no hacerse determina que la interpretación de la Sala haya de mantenerse en cuanto declara la nulidad de la meritada cláusula; D) porque como ya dijo la Sentencia de dieciséis de junio de mil novecientos dos, si con arreglo al artículo ochocientos treinta del Código Civil no solamente no es lícito encomendar a otro la institución de la mejora, tampoco lo es encomendar a otro, ni al propio heredero mejorado, la facultad que al testador otorga el artículo ochocientos veintinueve del mismo Código de señalar la cosa cierta que haya de pagarse, y E) que aunque, a la vista de lo establecido que la sentencia antes invocaba, el otorgar dicha facultad de señalamiento y determinación de los bienes al mejorado apareja de suyo la nulidad de la cláusula, prescindiendo de que el tal heredero haya hecho uso o no de la facultad de elección, la resultancia probatoria obtenida así lo declara, sin que tal apreciación haya sido eficazmente combatida, por cauce hábil, por los recurrentes.

Que acusa el cuarto y último de los motivos del recurso, también por la vía del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la violación por no aplicación del párrafo segundo del artículo sexto del Código Civil, que previene que «la exclusión voluntaria de Ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidos cuando no contrarién el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros», renuncia que, a su juicio, es operada por los recurrentes, que estiman válida, en lo que se refiere a la denominada «Casa de la Escuela», ya que la supuesta lesión a los demás herederos no supera el margen de la cuarta parte a que se refiere el artículo mil setenta y cuatro del Código Civil; motivo que también ha de claudicar desde el momento en que la eficacia de tal renuncia no sólo entraba en el área facultativa del renunciante, sino que exigía el consentimiento de los demás herederos, conformidad que, al no haberse producido, aboca a la nulidad de la partición verificada al conculcarse abiertamente la voluntad testadora, que en su testamento dispuso la adjudicación, en pago del tercio de mejora y del de libre disposición a su hijo V. del derecho que a aquélla correspondía en la llamada «Casa de la Escuela», no obstante lo cual el comisario la adjudicó en *pro indiviso* a los herederos don J. y don A., con la expresa disconformidad del también heredero don V., a quien estaba atribuido tal bien, una violación de la declaración de voluntad de la testadora, que es la Ley suprema por la que la sucesión se rija, Sentencia de cinco de mayo de mil novecientos sesenta y dos, siendo facultad exclusiva de la Sala sentenciadora la interpretación de las cláusulas testamentarias, que en el caso que se examina ha cumplido la preceptiva del artículo seiscientos setenta y cinco del Código Civil, párrafo primero, atendiéndose al sentido literal de las palabras por aquélla utilizadas, literalidad interpretativa proclamada reiteradamente por las Sentencias de seis y veintiuno de febrero y cuatro de

octubre de mil novecientos sesenta y dos, veinticinco de abril de mil novecientos sesenta y tres, cinco de marzo de mil novecientos sesenta y cinco y cinco de julio de mil novecientos sesenta y seis, y que ha de ser mantenida en casación en tanto no se demuestre la infracción de normas legales de hermenéutica, Sentencias de treinta de octubre de mil novecientos setenta, treinta de abril de mil novecientos ochenta y uno y ocho de junio de mil novecientos ochenta y dos; circunstancias que abonan el rechazo del motivo, sin que en ello pueda incidir la lesión a la que la Sala de Instancias hace referencia al ser aducido como un razonamiento más, pero no el sustancial, determinante de la declaración de nulidad de las operaciones particionales practicadas por el comisario demandado y recurrente.

RESERVA VIDUAL.—AMPLIACION DE HIPOTECA.—EXTINCION POR TRANSACCION.—Artículos 968, 977 y 978 del Código Civil y 184 de la Ley Hipotecaria (SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 1983).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno, declara no haber lugar a los recursos de casación por infracción de Ley interpuestos por las respectivas partes litigantes contra la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 5 de esta capital, que, a su vez, había estimado la demanda.

La cuestión se reduce a que el nieto del causante solicita ampliación de la fianza (hipoteca por bienes reservables) constituida por su abuela viuda que había contraído segundas nupcias.

Las razones del Tribunal Supremo se articulan en los siguientes considerandos:

Considerando que a tenor de lo dispuesto en el artículo novecientos sesenta y ocho del Código Civil, el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio está obligado a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto con sorte por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo, pero no su mitad de gananciales, obligación de reserva que se traduce, según lo establecido en los artículos novecientos setenta y siete y novecientos setenta y ocho del mismo Cuerpo legal y artículo ciento ochenta y cuatro de la Ley Hipotecaria, en las obligaciones accesorias, primero, de inventariar todos los bienes sujetos a reserva; segundo, de anotar en el Registro de la Propiedad la calidad de reservables de los inmuebles; tercero, de tasar los muebles, y cuarto, de constituir hipoteca para asegurar la restitución de los bienes muebles no enajenados, el abono de sus deterioros, el precio que hubiere recibido por los enajenados y el valor de los inmuebles válidamente transmitidos; de cuyos preceptos se desprende que tales obligaciones accesorias y con independencia del inventario general, se concretan respecto a los inmuebles, en anotar en el Registro su calidad de reservables o en inscribirlos con dicho carácter si no estuvieran inmatriculados y en asegurar con hipoteca el valor de los válidamente enajenados (lo que equivale a afirmar, enajenar-

los con anterioridad a las segundas nupcias o con posterioridad si al no constar en el Registro su calidad de reservables actúan los principios hipotecarios, y más concretamente, el de fe pública registral, en favor del tercer adquirente), sin que fuera de este específico supuesto de enajenación pueda entrar en juego, a los efectos de constituir o ampliar la hipoteca legal, el valor de los inmuebles reservables, pues su constatación registral equivale a la publicación de una causa resolutoria que afecta a terceros adquirentes, a tenor de lo establecido en el número primero del artículo treinta y siete de la Ley Hipotecaria, en relación con el número diez del artículo ciento siete de la propia Ley y con el artículo novecientos setenta y cinco del Código Civil, con lo que quedan suficientemente garantizados los derechos del reservatario.

Considerando que sentado lo anteriormente expuesto y entrando en el estudio de los recursos planteados, una exigencia de orden procesal impone dar prioridad al deducido por la parte demandada, dado que la hipotética estimación de su tesis relativa a la extinción de la obligación de reserva como consecuencia de la transacción convenida, haría innecesario el examen del recurso interpuesto por la parte actora, cuya pretensión de ampliación de la hipoteca legal que se había constituido en garantía de los bienes reservables presupone la vigencia de tal reserva, y a tal efecto y en relación al primer motivo, articulado al amparo del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, en el que se denuncia la infracción, por violación de los artículos mil doscientos ochenta y uno, mil doscientos ochenta y dos y mil doscientos ochenta y tres del Código Civil, al no valorar en la interpretación del contrato de transacción de treinta de mayo de mil novecientos setenta y tres los actos anteriores, coetáneos y posteriores al referido contrato, su desestimación es inconcusa: primero, porque la interpretación de los negocios jurídicos es facultad privativa del Tribunal de instancia, cuyo criterio debe ser mantenido en casación, salvo que se trate de interpretaciones desorbitadas o arbitrarias que pugnen con las reglas de la lógica; segundo, porque aunque se admitiere que la extinción del condominio sobre el caudal relicto y la subsiguiente adjudicación de bienes a los herederos, viuda y nieto del causante, fue consecuencia de un contrato de transacción —pese a no aflorar a la superficie en aquel momento ni la existencia de una causa litigiosa ni la recíproca concesión o sacrificio de las partes—, es indudable que al haber actuado dicho nieto, menor de edad, representado por su padre, tal contrato, aun en el supuesto de haber existido, no llegó a surtir efectos por falta de la aprobación judicial exigida por el artículo mil ochocientos diez, dos, del Código Civil, y tercero, porque, a mayor abundamiento, y en cualquier caso, incluida la aprobación judicial, tampoco tendría la eficacia pretendida dado que la transacción es de interpretación estricta y sólo comprende los objetos expresados determinadamente en ella, o que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma (artículo mil ochocientos quince del Código Civil), supuesto que no es el de litis, en el que ni se menciona una sola vez la obligación de reservar como objeto del contrato, ni puede entenderse que la escritura de extinción del condominio y el documento privado suscrito el mismo día tuvieran otro ob-

jetivo y alcance que la cesación en la comunidad de bienes constituida en el cuaderno particional.

Considerando que la misma suerte desestimatoria debe correr el segundo y último motivo, apoyado en el número tercero del referido artículo mil seiscientos noventa y dos, en el que se denuncia la infracción, por violación, del artículo trescientos cincuenta y nueve, en relación con el artículo quinientos cuarenta y ocho, ambos de la misma Ley Procesal, pues aunque es cierto que la oposición a la demanda se fundamentaba principalmente en haberse transigido en el documento de fecha treinta de mayo de mil novecientos setenta y tres sobre todos los derechos que correspondían al actor, y también lo es que en el cuarto considerando de la sentencia recurrida se estudia tal excepción y se declara ineficaz dicho pretendido contrato de transacción por defecto de la necesaria aprobación judicial al haber actuado en el mismo el padre en representación del actor, entonces menor de edad, sin que sobre tal ineficacia se contenga pronunciamiento alguno en la parte dispositiva de la sentencia, no es menos cierto, por un lado, que en el suplico de la contestación a la demanda se solicita única y exclusivamente la desestimación de la demanda, y por otro, que, en último extremo, tal defecto no podía tener más trascendencia que el de una omisión material que pudo subsanarse de oficio o a instancia de parte y que en ningún caso privó a la demandada de sus derechos procesales, como lo acredita la interposición y admisión a trámite del presente recurso, sin que, por otra parte, pueda entrarse en el examen de la infracción que se dice cometida al no haberse practicado la prueba pericial que se solicitó y se admitió en primera y segunda instancia, ya que tal cuestión al implicar, en su caso, una infracción *in procedendo* y no *in iudicando*, no puede tipificarse en ninguno de los supuestos del artículo mil seiscientos noventa y dos, por lo que en su día debió inadmitirse y hoy desestimarse.

Considerando que en el recurso interpuesto por la parte actora, se denuncia, en el primero de los motivos, formulado al amparo del ordinal séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos, el error de hecho en la apreciación de las pruebas resultante de documentos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador, motivo que debe rechazarse si se tiene en cuenta que, frente a la afirmación de la sentencia recurrida de no haberse aportado por el actor elementos de juicio justificativos del valor de los bienes reservables, se invocan, para acreditar el alegado error, las escrituras de diez de octubre y quince de noviembre de mil novecientos setenta y tres, que contienen las operaciones particionales de la herencia de don C. G., con la adjudicación pro indiviso de los bienes relictos a la viuda y a la hija del matrimonio (a la viuda, en pleno dominio, tres sextos del total del caudal relicto por su mitad de gananciales, un sexto del total por el tercio de libre disposición y otro sexto por su cuota legal usufructuaria, y a la hija, el sexto, en pleno dominio, por su legítima estricta, y el sexto, en nuda propiedad, del tercio de libre disposición), los documentos privados de siete de abril y treinta de mayo de mil novecientos setenta y tres y la escritura pública de esta última fecha en los que se acuerda la extinción del condominio con la consiguiente adjudicación; y si bien es cierto que tales documentos acreditan la relación de bienes que integraban el caudal relicto, así como la omisión

en los últimos de ciertos bienes de la herencia, no lo es menos que a los efectos que aquí interesan, ni justifican por sí mismos el valor de los bienes de naturaleza mueble, ni si se enajenaron por la reservista bienes inmuebles, y en caso afirmativo, su precio de transmisión, únicos bienes o valores a los que se extiende la obligación de constituir hipoteca legal (artículos setecientos setenta y ocho del Código Civil y ciento ochenta y cuatro de la Ley Hipotecaria), ya que el resto de los inmuebles, como se ha dicho, quedan garantizados, si están inscritos, con la constatación registral de su cualidad de reservables, al publicar dicha constatación la existencia de una acción resolutoria que afectará, en su caso, a los terceros adquirentes, a tenor del artículo treinta y siete de la Ley Hipotecaria, y si no están inscritos, con la posibilidad de solicitar la inmatriculación con tal cualidad, o con la facultad concedida por el artículo novecientos setenta y cinco del Código Civil de pedir la resolución de las enajenaciones hechas después de contraído el segundo matrimonio si a la muerte del reservista quedan hijos o descendientes del primer matrimonio; debiendo afirmarse, como consecuencia de lo expuesto, no acreditado el error de hecho en la apreciación que de las pruebas realizó el Tribunal de instancia, es decir, no justificado que la hipoteca legal que en el año mil novecientos setenta y tres constituyó en acto de jurisdicción voluntaria la reservista para la seguridad de los bienes reservables, en cuantía de cuatro millones doscientas noventa y siete mil trescientas sesenta y seis pesetas con setenta céntimos por los bienes inmuebles, y dos millones ochocientas ochenta mil trescientas veinticinco pesetas con noventa céntimos por los bienes muebles, en total, siete millones ciento setenta y siete mil seiscientos noventa y dos pesetas con sesenta céntimos, sea insuficiente.

Considerando que el segundo de los motivos del recurso, formulado al amparo del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos, y en el que se invoca la infracción, por violación, del artículo novecientos sesenta y ocho del Código Civil, al pretender que la ampliación de la hipoteca legal constituida debe garantizar el valor de la totalidad de los bienes reservables y no sólo el valor de los muebles y el precio de los inmuebles válidamente enajenados, incurre en el mismo defecto de argumentación anteriormente puesto de relieve, por lo que sin necesidad de otros razonamientos debe rechazarse, como asimismo decae, por hacer supuesto de la cuestión, el motivo tercero como apoyo en el citado ordinal, y en el que acusa la infracción, por violación, del artículo ciento sesenta y tres de la Ley Hipotecaria, pues aunque tal artículo faculta para pedir la ampliación de las hipotecas legales en cualquier tiempo en que llegaren a ser insuficientes, tal insuficiencia no aparece acreditada, como se ha dicho anteriormente.

Considerando que el cuarto y último motivo se formula con apoyo en el número segundo del artículo mil seiscientos noventa y dos, por no ser la sentencia recurrida congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, con infracción, por inaplicación, del artículo trescientos cincuenta y nueve de la Ley Procesal Civil, argumentando a tal efecto que la parte demandada no cuestionó la cuantía de la ampliación de la reserva, ya que basó su oposición en que no era exigible garantía alguna por haberse transigido sobre la misma, argumentación que no pue-

de aceptarse por estar en manifiesta contradicción con lo sentado por la sentencia recurrida en su primer considerando, en el que, después de recoger la pretensión actora, textualmente dice sobre el particular aquí discutido: «... como también se opone a las valoraciones asignadas por el actor a los bienes objeto de reserva», y esta oposición a tales valoraciones no podía tener otro objetivo que cuestionar —en caso de desestimarse la invocada transacción— la procedencia de la ampliación de la hipoteca en atención a ser suficiente la constituida inicialmente, teniendo en cuenta el montante económico que debía garantizarse con ella.

F. C. L.

LIBROS

LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. DE A.: «Derecho inmobiliario registral» en la obra *Elementos de Derecho civil, III bis*. Librería Bosch. Barcelona, 1984.

Se trata de una edición «enteramente» refundida en la que los dos autores ofrecen una versión actual de la conocida obra *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, que en su día fue precedida por unos apuntes de cátedra en los que también había intervenido MARIANO ALONSO LAMBÁN. Ya he contado la anécdota de cómo llegué a la obra que hoy se refunde, y quizá en premio de aquel estudio pionero que me abrió unos horizontes insospechados, ahora LACRUZ BERDEJO, mi buen amigo, me brinda en el prólogo una frase que yo se la acepto, pero que no es exacta: su libro y su difusión no se debió a las citas de ROCA SASTRE y mías, sino que al portar esos fabulosos valores que centran materia y ofrecen esquinas inexploradas, caminaba solo y se convertía en elemento imprescindible de trabajo de todos aquellos que nos hemos dedicado al estudio del Derecho hipotecario.

En la actualidad resulta frecuente que a uno le pregunten «las lecturas» que puede tener esta o cual noticia o suceso. Y yo, como empedernido lector, me revelo a esta mema pregunta, que confunde lo que es lectura con lo que puede ser crítica o interpretación. Puede leerse de diversos modos, es cierto, pero lecturas no hay más que una, como el Dios verdadero, aunque sean tres personas distintas. Interpretaciones, críticas, opiniones, habrá infinitas, pero lecturas sólo una: la que penetra en la esencia y permite enterarse del contenido. Aparte de que leer una noticia o suceso que se oye o escucha resulta un contrasentido y una confusión de sentidos y medios de percepción.

Este libro, por supuesto, no puede tener más que una lectura: la de la comprensión de su contenido alabando ese intento logrado de los autores de la simbiosis entre la calidad intelectual, la documentación y la claridad, elementos decisivos para la enseñanza. Confieso que mi lectura, además, ha ido acompañada del cariño, del respeto y del reconocimiento que para ambos autores tengo. Ello no elimina mi postura crítica y la buena o poco afortunada interpretación que pueda dar a sus diversas opiniones. Vaya por delante, sin embargo, mi agradecimiento por esa cita de mi última obra, que se incluye entre las que forman la bibliografía general utilizada.

Por la época en que salió a la luz la primera versión de la obra me limité a estudiarla y basarme en ella para la que estaba escribiendo o concibiendo. Por entonces yo no me atrevía a lanzarme al campo de la recensión, y quizá la desaparición de MARIANO ALONSO LAMBÁN, asiduo comentarista de la *Revista de Derecho notarial*, fue la causa o el motivo por el que comenzase mi fase de colaborador de esa revista en la sección de recen-

siones. De todas formas no creo oportuno «recensiar» ahora lo que ya está comentado y sí únicamente mi labor debe reducirse a destacar lo novedoso de esta versión frente a la que yo manejé en su día. Para ello debemos distinguir estos puntos:

A) ORDEN EXPOSITIVO Y DISTRIBUCION DE MATERIAS

Si acudimos al examen comparativo entre la primera edición, aquella del año 1956-1957 y la actual existen muchas variantes que ya en la edición de 1968 habían tenido acogida, ya que en vez de arrancar con el estudio de la publicidad (precedido del principio de seguridad jurídica y de tráfico), el Registro y el Derecho inmobiliario, se parte ahora de unos conceptos generales amplios respetando la publicidad, continuando por el Derecho inmobiliario, las indicaciones históricas y los sistemas registrales.

Prácticamente se suprime el estudio histórico de la publicidad en sus cuatro proyecciones: griega y egipcia, romana y germánica, centrándose la misma en la evolución española, en la legislación hipotecaria y su posición frente al Código Civil, así como sus rasgos distintivos, que en el fondo suponen el estudio de los principios.

Se sigue respetando la idea que guió a los autores para exponer los elementos de la publicidad registral: la finca, los actos y derechos inscribibles y el titular registral. Fue aligerada la materia referente a la inscripción, aunque en el fondo se siguen tocando los mismos puntos: naturaleza, clases y el problema de la causa y la tradición. Especial atención recibe el principio de prioridad, que, sin embargo, se estudia en forma más sucintamente hipotecaria: el rango y el cierre registral.

Las razones que el autor o autores hayan tenido para exponer la eficacia de la inscripción, distinguiendo la defensiva y la general, suponen una variante importante con relación a la primitiva edición y a la posterior de 1968, aunque esta variante «*solamente aparezca*» en el índice de la obra y se respeta en el texto de la misma. Quede bien claro que si a mí me dieran a elegir entre la primera versión y ésta, me quedaría con la primera, pues es en ella donde el libro abre el gran cauce de la discusión en torno al concepto de inscripción y su eficacia y donde se ponen de manifiesto los dos sistemas: el latino y el germánico. Más que de saberes, creo que es cuestión de gustos.

El resto de los capítulos de la obra prácticamente no sufren alteraciones en las materias abordadas: las anotaciones, las notas, la cancelación, la caducidad, la inexactitud, los organismos de la publicidad, los presupuestos del procedimiento, el procedimiento y los problemas de inmatriculación y reanudación de tracto. Se elimina el capítulo destinado al Derecho internacional, que no figuraba en 1956 y sí en 1968.

B) NOVEDADES EN EL CONTENIDO

En una de las citas que los autores hacen de mi último libro dicen que en él consideraba ya la reforma del Reglamento, aunque en estado de proyecto. Así fue, en efecto, pero ellos saben muy bien que aun contando con todo el «borrador» del proyecto, éste se convirtió en norma en diversas cosas solamente, dejando el resto como mosaico de sugerencias. Digo esto, porque aunque el escritor de libros de Derecho pretenda ganarle la partida al legislador, queriendo ofrecer al lector el Derecho puesto al día, se

equivoca. En esto o a esto es preciso aplicarle la idea que guía la «reserva de puesto». El legislador, frente al escritor, tiene siempre una reserva de puesto para estar el primero siempre. Así ha pasado ahora, pues el texto recoge, y recoge bien, las dos modificaciones del Reglamento, constituidas por el Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre, y el Real Decreto 1935/1983, de 25 de mayo, pero es ya imposible que incorpore el Real Decreto 3503/1983, de 21 de diciembre, que se publica el 23 de febrero de 1984. No creo que el legislador haya tenido —en un caso y en otro— la mala intención de dejar sin actualidad un libro, pues pienso que las «malas intenciones», caso de haberlas (que a veces las hay), van en el *contenido* de la norma y no en la *fecha* de su aparición. Me resisto a creer que el legislador se levante todos los días de malhumor y su estado anímico lo refleje en los Reales Decretos. También me niego a admitir que sea la sonrisa la que presida su decisión. Ni sonrisa ni tristeza, pues admitirlo es aceptar la frase de *La venganza de don Mendo*: «El no llegar da dolor, mas ay de ti si te pasas, si te pasas es peor. .».

Entiendo que el que los autores no hayan llegado a esa «penúltima» (no digo última, porque es preciso evitar el «mal fario») reforma reglamentaria en nada oscurece su labor, y, además, al nacer muerta y sin visión de una realidad no merece ni la pena ser comentada. Las otras dos ya tienen otro sentido más profundo. Sobre todo la primera, en la que se trata de poner al día el Reglamento Hipotecario y recoger en el mismo la reforma llevada a cabo en el Código Civil por diversas leyes, sobre todo la de 13 de mayo de 1981.

La labor del recensionsita en este apartado no puede ser exhaustiva, ya que la reforma no solamente aflora en puntos concretos, sino que se manifiesta al tratar temas de carácter general. Por vía de ejemplos podríamos citar lo referente a las concesiones administrativas y la inscripción de garajes y urbanizaciones al tratar de la finca, al igual que la materia de modificaciones de las mismas. El requisito del libro de presentación, la supresión de la inscripción de interdicción, etc. Teniendo en cuenta la esencia y el contenido del libro, el lector no debe buscar el comentario específico de ciertas modificaciones, a las que muchas veces solamente se alude. Recoge en materia de sistemas los de Norteamérica y Gran Bretaña.

Creo que eso es todo, pues los autores anuncian la publicación de un extenso tomo para un gran tratado de Derecho civil de próxima aparición. Bienvenido sea.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

LÓPEZ PIÑERO, J. M.^a: *Mateo Seoane y la introducción en España del sistema sanitario liberal (1791-1870)*. Colección «Textos clásicos de la salud pública». Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid, 1984, 239 págs.

Como jurista me interesa MATEO SEOANE en tanto participó en la redacción del Código Sanitario de 1822 y las posteriores leyes de sanidad. Del primero me ocupé hace años en las páginas de esta revista [48 (1972), 125-

157], en un artículo sobre «La primera codificación liberal en España», en donde hacía ver la celeridad del trienio liberal en la confección de proyectos de Código —el criminal, parte del civil, Código de Instrucción Criminal...—, mientras proyectaba otros. La razón, a mi modo de ver, se debe a que trabajaron diputados de las Cortes en su confección sin buscar personalidades de fuera, como se había hecho en la época de Cádiz. Asimismo, sin limitarse a los tres tradicionales Códigos —civil, mercantil y de comercio, según el art. 258 de la Constitución de 1812— previeron otros varios, entre los que se hallaba el Código de Sanidad. ¿Por qué codificar la sanidad? Sin duda los liberales del trienio sentían el azote de la fiebre amarilla, que golpea las tierras de la península desde el inicio del XIX hasta los años del trienio. Ha formado parte del ambiente gaditano durante las primeras legislaturas liberales, como ha repetido su zarpazo en los albores de la nueva etapa liberal. ¿Qué mejor que un código —máximo exponente entonces del hacer legislativo— para apartar de una vez las oleadas epidémicas? Las Cortes lo encargan, se redacta el proyecto, pero no llegaría a entrar en vigor. Las razones son varias, quizá las más importantes es que dudan del carácter contagioso o no de la fiebre amarilla y que no quieren conceder tantos poderes a una Dirección General de Sanidad desvinculada del Gobierno, como especie de comité de sabios todopoderosos —sería un cuarto poder—. También es verdad que la reacción de 1823 termina con estos proyectos legislativos de los liberales. La enfermedad ya no volverá a presentarse en la península. La década absolutista es más tranquila. Y cuando comienza el cólera morbo, de nuevo en época liberal, ya se ha olvidado aquel proyecto. Los moderados empezarán a dar normas que en verdad poco podían frente a las epidemias coléricas. SEOANE participaría en aquella legislación...

El libro que me ocupa forma parte de una colección que, bajo la dirección de LÓPEZ PIÑERO, va a ser editada por el Ministerio de Sanidad para poner en las manos de médicos e historiadores los grandes textos de la sanidad de los siglos XVII al XX, primeros años. Esperemos que no quede en proyecto, pues sería interesante esta colección de viejos libros y folletos impresos, hoy difíciles de conseguir para el historiador. Pueden constituir una lectura interesante, incluso desde las ciencias del presente que quieran ahondar en sus raíces. Una pequeña introducción de LÓPEZ PIÑERO presenta en este volumen una síntesis de la vida y obra de MATEO SEOANE, con su interés por la higiene y la estadística que están surgiendo en este momento. Su participación en la política y su exilio en Londres, su conocimiento de la ciencia médica europea, su participación en la política sanitaria en los años progresistas y moderados...

Después una serie de textos: legales, el proyecto de Código y las normas sanitarias de 1847 y 1855 —en esta última no participaría—. Entre los escritos médicos se publica una «Carta exponiendo las verdaderas causas de la decadencia de la medicina» de 1819, en donde ante el mundo europeo, que considera que la medicina española está sumida en la más completa barbarie, hace notar la evidente exageración. Las causas de su hundimiento son para él los pésimos estudios de nuestras universidades, el sistema de igualas de los médicos rurales —sólo en las capitales se puede ejercer libremente—, que las cátedras o los destinos de palacio, únicos ascensos posibles, están como vinculados... No hay estímulos y existen incluso gen-

tes que procuran ridiculizar la medicina. Para él sólo en el ejercicio libre de la medicina está su solución.

También se publica ahora de nuevo su *Informe acerca de los principales fenómenos observados en la propagación del cólera indiano por la Inglaterra y Escocia, y sobre el modo de propagarse aquella enfermedad*, de 1832, fecha muy significativa, cuando el cólera todavía no había hecho su aparición en la península. Era como especie de preparación para esta enfermedad que se venía sufriendo en otros países de Europa. El *Discurso preliminar sobre la reorganización de las profesiones médicas*, de 1834, interesa sobre la administración sanitaria de la época, que todavía está sujeta a la Junta de Sanidad, hasta las reformas posteriores. La epidemia del cólera presta un fondo sombrío a las deficiencias administrativas... Vuelve sobre sus ideas de que los cargos públicos se dan sin atender al mérito y que sólo la medicina libre puede mejorar la situación, sobre la separación entre medicina y cirugía, etc. Al fin hace sus propuestas sobre estudios y ejercicios médicos.

Tras otras dos piezas —sobre higiene pública (1838) y estadística médica (1838)— y las normas más arriba citadas, de 1847 y 1855, termina esta colección de las obritas de MATEO SEOANE. Para los juristas es el Código de Sanidad el texto más importante —las leyes pueden verse con más facilidad en algún repertorio—. Un proyecto de Código, en cambio, es más difícil, su edición es rara sin duda. Es la primera base de nuestra política y administración sanitarias del XIX, que por cierto está exigiendo una monografía desde una perspectiva de historia política e institucional. Con mi hermano JOSÉ LUIS he trabajado sobre los estudios médicos, sobre epidemias; apenas hemos podido detenernos en los aspectos institucionales de la administración sanitaria o en la política acerca de la salud pública. Esperemos que un día sea posible hacerlo...

MARIANO PESET

