

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LIX • Julio-Agosto 1983 • Núm. 557

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. Pío 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 Carriñanos.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—Madrid-6.—Teléfono 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

SUMARIO

	<i>Págs.</i>
« <i>In memoriam</i> Tirso Carretero García», por IGNACIO MARTÍNEZ DE BEDOYA	769
«Mi recuerdo emocionado de Tirso Carretero», por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	781
 ESTUDIOS:	
«Las prohibiciones de disponer voluntarias: extinción y cancelación», por FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ	795
«Las uniones no matrimoniales en el Derecho histórico español. La sucesión <i>mortis causa</i> a favor de los hijos extramatrimoniales en el Derecho aragonés», por ENRIQUE FOSAR BENLLOCH	823
«Los perfiles esenciales de un nuevo Derecho de sucesiones. Estudio de un proyecto de ley sobre la explotación agrícola familiar», por CARLOS VATTIER FUENZALIDA	871
 ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO:	
«Ideas en torno a una Ley australiana de Propiedad Horizontal», por ANTONIO MORO SERRANO	939
 VIDA JURIDICA:	
«El hombre ante una nueva agricultura», por JESÚS LÓPEZ MEDEL ...	961
 JURISPRUDENCIA:	
Resoluciones y sentencias:	
I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por JUAN MANUEL REY PORTOLÉS	969
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ QUESADA SEGURA, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y JOSÉ CERDÁ GIMENO	989

LIBROS:

«Crítica del Derecho civil español. Común y Foral. Tomo 5.º: Derecho de Familia. Vol. 1.º: Relaciones conyugales», de don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, por ENRIQUE FOSAR BENLLOCH	1021
«Comentario a dos manuales argentinos de Derecho de Familia», por JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ	1027
«Problemi relativi al Diritto delle società», de DIEGO CORAPI, por JOSÉ MARÍA PIÑOL AGUADÉ	1032
«El régimen comunal agrario de los Concejos de Castilla», de JOSÉ MANUEL MANGAS NAVAS, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1036
«Derechos Reales. Derecho Hipotecario», de M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1041
«Competencia del Instituto Geológico y Minero de España sobre las aguas subterráneas», de EMILIO PÉREZ PÉREZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1045

Abrimos hoy nuestras páginas con la triste noticia del fallecimiento del querido compañero Tirso Carretero García.

Cuantos tuvimos la suerte de conocerle, le recordaremos siempre con admiración y afecto. Admiración, por su altura intelectual, y afecto, por sus entrañables cualidades humanas.

En obligado recuerdo a quien, con sus escritos y colaboraciones tanto honró a esta «Revista», ofrecemos dos semblanzas de la persona y de la obra de Tirso Carretero, preparadas por compañeros tan vinculados a él como Ignacio Martínez de Bedoya y José María Chico y Ortiz.

El Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, por conducto de esta «Revista», se enorgullece de haber contado entre sus miembros a tan ilustre jurista y, en unos momentos en que tanto se esperaba de él, hace patente su sentimiento de pesar por tan irreparable pérdida, que trasciende de lo subjetivo y afectuoso, por cuanto su desaparición origina un grave y real empobrecimiento de todo el mundo jurídico registral.

In memoriam

Tirso Carretero García (†)

La tarde del 23 de agosto de 1983 inesperadamente falleció en Madrid, TIRSO CARRETERO GARCÍA. Un fallo cardíaco arrebató, de pronto, la ejemplar vida de nuestro compañero y amigo. La ciencia jurídica española, esta *REVISTA* —de la que era uno de sus más preciados y destacados colaboradores—, todos sus compañeros, sus muchos amigos y su querida familia estamos con el corazón de luto. No obstante, a los muchos que fuimos a despedirle de esta vida terrena, con lágrimas y oraciones, al madrileño cementerio de la Almudena, nos consolaba saber que era un alma buena querida por Dios y que, además, siempre seguiría con todos nosotros en el recuerdo y en el magisterio.

TIRSO CARRETERO era —¡y qué duro es emplear el pasado!— el amigo entrañable, el ejemplo de compañeros, el maestro indiscutible, el hombre bueno y caballeroso, el corazón noble y sensible. La rica personalidad de TIRSO, llena de todos los saberes humanísticos, dotada de un profundo sentido del humor, era cordial y sencilla, humilde y sabia; por todo esto podemos decir que «no hubo príncipe en Sevilla que comparársele pueda». A vuelapluma, como el más cálido homenaje de alguien que se precia de haber sido uno de sus amigos, contaremos algo de su vida y de sus enseñanzas.

Había nacido en Madrid, un 24 de septiembre de 1917. Ya en sus brillantes estudios de bachillerato había demostrado gran interés por todas las ramas de la ciencia y la original visión que tenía de muchos aspectos de la misma. En el curso 1934-35 ingresa en la Facultad de Derecho de Madrid, de la que entonces se llamaba Universidad Central. En el edificio —«viejo caserón»— de la calle de San Bernardo, pronto destaca como alumno aventajado por sus conocimientos jurídicos y lingüísticos, no por sus actividades deportivas o sociales. FERNANDO AGUSTINA, el inolvidable estudiante perpetuo, que comercializaba la distribución de los «apuntes»

multicopiados de las explicaciones orales de cátedra, le integra en su grupo para que las taquigrafie, ordene y sintetice. Muchos de los estudiantes madrileños de aquella época son, en alguna parte, deudores del trabajo e ideas de TIRSO, el cual consiguió así financiarse en alguna medida los estudios universitarios. La primitiva vocación de TIRSO por la justicia y el Derecho, se va concretando en el campo del Derecho privado, y por ello al terminar la carrera universitaria se inclina a preparar las oposiciones al cuerpo de Registradores de la Propiedad, ingresando en la promoción correspondiente al año 1946.

TIRSO CARRETERO desarrolla su actividad profesional, con eficacia y competencia, a lo largo de todos estos años en una docena de Registros. En todos ellos dejó una estela de bien hacer, de bondad, de buen humor. Los ocho compañeros que sucesivamente tuvimos la suerte de compartir con él la titularidad de oficinas en división personal, nos admirábamos de su entrega, su vocación, su concepto de lo justo. Era una delicia ver su manera de actuar en la calificación: leía atentamente el documento y luego, rápidamente, con criterio generoso y flexible, redactaba un proyecto de nota calificatoria. Después elegía los documentos más complejos, se los llevaba a su casa y al día siguiente los devolvía con varios folios en los que, con deficiente mecanografía, justificaba en profundidad dichas notas previas y señalaba el camino más acertado y sencillo para superar los obstáculos. Veía TIRSO más allá que nadie y sus originales planteamientos solían ser los más profundos y equitativos. Todos aprendíamos de él, que con gracia, sin engolamientos, iba abriendo nuevos caminos en nuestro más limitado saber. En sus notas de calificación, se conjugaban tan perfectamente el conocimiento y la ponderación, que, paradójicamente, ni una sola vez le interpusieron un recurso gubernativo.

Aceptando el consejo de GRACIÁN, escribió breve y bueno. Al final de esta nota insertamos una lista de sus publicaciones —que probablemente no es exhaustiva—, y aunque son numerosas, pudieran parecer insuficientes para haber originado en el Derecho hipotecario el fuerte impacto que han causado las doctrinas de TIRSO CARRETERO. Y es que sabía exponer sus teorías, corta y sencillamente, sin barroquismos. A pesar de todo, escribió mucho y publicó menos. Era más amigo de escribir que de hablar: siempre daba desinteresadamente sus opiniones y consejos jurídicos —y éramos numerosísimas las personas que acudíamos a él pidiendo orientación— por escrito. Que recuerde, solamente dio en público una conferencia: fue en el curso 1957-58, en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, sobre el tema «La propiedad de las aguas», que la expuso conjuntamente, cada uno en el campo de su especialidad, con el Ingeniero Agrónomo MANUEL GUTIÉRREZ DEL ARROYO. Creo que aún no se ha publicado.

El Ministerio de la Vivienda requirió sus servicios como asesor jurídico cualificado, prestándolos en comisión durante una década en la Dirección General de Regiones Devastadas. En esta época y en las que siguieron, TIRSO CARRETERO desarrolló un quehacer incesante: preparó con acierto a muchos licenciados en Derecho para ingresar en Notarías y Registros; actuó incansablemente en los Centros de Estudios Hipotecarios; fue vocal de un Tribunal de Notarías; intervino prácticamente en todas las comisiones de estudio y en las de preparación de proyectos legislativos creadas por el Colegio de Registradores de la Propiedad; asesoró a la Junta de Gobierno numerosas veces en problemas de competencia de la misma; mantuvo correspondencia con diversos juristas nacionales y extranjeros... El Gobierno de España, en el año 1974, premió, con cierta cicatería, su extraordinaria labor y le concedió la Cruz Distinguida de 1.ª clase de San Raimundo de Peñafort.

o

El Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad solicitó, como ya hemos dicho, siempre el concurso de TIRSO en los estudios y proyectos que ha realizado. Participó muy activamente en varias comisiones: la llamada «Comisión Cabello» (17-5-68 a 25-5-69) para modernizar las técnicas hipotecarias; en la que redactó a lo largo de más de dos años un proyecto de Reglamento del Registro Mercantil, como consecuencia de la Ley 14/75, de 2 de mayo, modificadora del Código de Comercio, sin que hasta la fecha se haya publicado; en otra que preparó el proyecto de una Ley y Reglamento sobre el mercado secundario de hipotecas, muy seguidos por los vigentes; en la que, en los años 81-82, estructuró una reforma total del Reglamento Hipotecario, que, en parte, ha sido el origen de las modificaciones introducidas en dicho Reglamento por el Decreto de 12 de noviembre de 1982. También intervino en otras tareas prelegislativas: Reglamento de Reparcelación Urbanística, Ley de Aguas, inscripción de embalses y pantanos, leyes sobre capacidad de la mujer casada y en otros muchos a través de su participación en los seminarios de los Centros de Estudios Hipotecarios. Sus documentadas propuestas, expuestas parsimoniosamente y con timidez, eran a veces acogidas con recelo por su originalidad y audacia, pero poco a poco —en días o meses— solían terminar por imponerse.

Presentó destacadas ponencias en los Congresos Internacionales de Derecho Registral de Buenos Aires (1972) y Roma (1982). Además, fue miembro integrante de todas las sucesivas delegaciones de España que proyectaron y estructuraron nuestra participación en los cinco Congresos Internacionales que se han celebrado. El dominio que tenía TIRSO de las principales legislaciones occidentales, facilitado por el buen conocimiento que poseía de los más importantes idiomas europeos, le permitió

alcanzar señalado relieve entre los especialistas en el comparativismo y desarrollar una seria y sugestiva idea para lograr una síntesis superadora de los sistemas registrales germánicos y latinos.

G No es esta triste hora la más oportuna para hacer un esquema sintetizador de las aportaciones hechas por el compañero que hoy nos falta en el amplio marco del Derecho inmobiliario registral. Ha sido uno de los principales autores que han debelado con fortuna la teoría unitaria o monista de ROCA SASTRE sobre el tercero hipotecario. El, TIRSO, nos hizo comprender con claridad —ya desde sus *Retornos al Código Civil*— la distinción entre el «personaje» del artículo 32 de la Ley Hipotecaria y el que se configura en el artículo 34, y la gran fecundidad jurídica de esta dualidad; rehabilitó en nuestra patria la trascendencia del principio latino (a pesar de ser tan germánico en su aspecto físico y en su bagaje cultural) de oponibilidad. Creó luego una sugerente teoría sincrética de ambos sistemas registrales. Atisbó concepciones peculiares del principio de legitimación y de otros. Todo esto de modo paulatino, yendo del caso concreto a formulaciones más generales, siguiendo para ello una metodología jurídica inspirada en la jurisprudencia de problemas (fue un temprano lector de THEODOR VIEHWEG y admiraba especialmente la *Tópica y jurisprudencia* del mismo). Los espléndidos comentarios que durante catorce años publicó sobre resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado son una bella muestra del hábil empleo de dicha progresista metodología jurídica.

En sus últimos tiempos creía TIRSO tener ya todos los materiales, todos los mimbres necesarios para realizar una definitiva construcción general del Derecho inmobiliario. Pero... la muerte le ha impedido coronar su obra. Esa obra en la que laboraba seriamente con argumentos y con inteligencia, con muchos datos y pausada meditación, sin improvisaciones.

Las calidades humanas de TIRSO CARRETERO, su bondad, su inteligente humor, su sabiduría, su pasión por lo justo, son difícilmente repetibles —«tardará mucho tiempo en nacer, si es que nace»—, mas todos nosotros estamos obligados a continuar sus estudios y a seguir su claro ejemplo. Hacer esto, junto al consuelo y ayuda a los suyos, es lo que TIRSO desearía de todos los que le queríamos y admirábamos, y que hoy le lloramos.

NOTA BIBLIOGRAFICA

«Temas del impuesto (tríptico)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 314-315, julio-agosto 1954, págs. 605-631.

«Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión» (contiene la Ley de 16 de diciembre de 1954 y Reglamento de 17 de junio de 1955, «anotados, concordados y relacionados con textos legales, prendas de todas clases, modelos, índices, etc.»), publicado por la *Revista de los Tribunales*, Góngora, Madrid, 1955, 240 págs.

«Tanteo y retracto arrendaticio urbano y Registro de la Propiedad», que se extiende en dos números de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 354-355, noviembre-diciembre 1957, págs. 773-827, y números 366-367, noviembre-diciembre, 1958, págs. 798-870.

Expropiación forzosa (Ley de 16 de diciembre de 1954 y Reglamento de 26 de abril de 1957), debidamente anotada, concordada, etc., Góngora, Madrid, 1957, 502 págs.

Reglamento Orgánico del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Talleres Tipográficos «AF», Madrid, 1959, 207 págs. (editada por el indicado Colegio, sin señalar autor de la edición).

Temas de Derecho administrativo, en colaboración con JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ FLORES, Artes Gráficas M. M., Madrid, 1959, 94 págs. (contestaciones al programa de oposiciones a Registros de la Propiedad).

«La Ley de Permutas Forzosas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, números 382-383, marzo-abril 1960, págs. 194-242.

«Retornos al Código Civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, que se contienen en dos números, uno en el 406-407, marzo-abril 1962, págs. 227-253, y otro en el 440-441, enero-febrero 1965, páginas 75-138.

«Carta de pago y cancelación», *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 9, diciembre 1966, págs. 3-6.

Recensión de «Il conflitto dei diritti e l'art. 1.380 del Codice Civile», de UGO NATOLI, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 459, marzo-abril 1967, págs. 632-641.

«Los principios hipotecarios y el Derecho comparado», ponencia presentada en el I Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Buenos Aires en 1972, publicándose posteriormente en la *Revista de Derecho Registral*, Buenos Aires, 1974, págs. 59-72, y en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 500, enero-febrero, 1974, páginas 31-46.

Recensión del libro «Complemento al Derecho hipotecario y su legisla-

ción», de JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 503, julio-agosto 1974.

Prólogo a la obra *Ideología del Derecho*, de FRANCISCO MESA MARTÍN, Editorial Gráficas Espejo, Madrid, 1978, págs. 9-18.

Recensión del primer tomo de «Estudios sobre Derecho Hipotecario», de JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 552, septiembre-octubre 1982, págs. 1402-1406.

La inexactitud registral (Derecho comparado), ponencia presentada al V Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Roma en 1982. Se ha publicado en el tomo de ponencias y comunicaciones presentadas a dicho Congreso por la Delegación española, Madrid, 1983, págs. 375-422.

Recensión a «La adquisición *a non domino* de bienes muebles», de MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 556, mayo-junio 1983, págs. 733-745.

Y los magistrales comentarios a 77 resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que fueron publicados en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, desde julio-agosto de 1969 a mayo-junio de 1982, relacionándose a continuación datos sobre dichos comentarios:

Año 1969

JULIO-AGOSTO. Rev. 473:

— Págs. 1069 a 1077. RESOLUCION de 4 de diciembre de 1968.

SEPTIEMBRE-OCTUBRE. Rev. 474:

— Págs. 1301 a 1312. RESOLUCION de 19 de febrero de 1969.

NOVIEMBRE-DICIEMBRE. Rev. 475:

— Págs. 1655 a 1668. RESOLUCION de 17 de marzo de 1969.

Año 1970

ENERO-FEBRERO. Rev. 476:

— Págs. 121 a 135. RESOLUCION de 14 de abril de 1969.

MARZO-ABRIL. Rev. 477:

— Págs. 456 a 466. RESOLUCION de 18 de septiembre de 1969.

MAYO-JUNIO. Rev. 478:

— Págs. 753 a 762. RESOLUCION de 28 de enero de 1970.

— Págs. 778 a 785. RESOLUCION de 31 de enero de 1970.

JULIO-AGOSTO. Rev. 479:

— Págs. 983 a 996. RESOLUCION de 17 de abril de 1970.

SEPTIEMBRE-OCTUBRE. Rev. 480:

— Págs. 1241 a 1258. RESOLUCION de 5 de mayo de 1970.

Año 1971

ENERO-FEBRERO. Rev. 482:

— Págs. 141 a 155. RESOLUCION de 22 de julio de 1970.

MAYO-JUNIO. Rev. 484:

— Págs. 667 a 682. RESOLUCION de 11 de noviembre de 1970.

SEPTIEMBRE-OCTUBRE. Rev. 486:

— Págs. 1229 a 1250. RESOLUCION de 28 de mayo de 1971.

— Págs. 1256 a 1267. RESOLUCION de 13 de julio de 1971.

NOVIEMBRE-DICIEMBRE. Rev. 487:

— Págs. 1493 a 1503. RESOLUCION de 15 de julio de 1971.

Año 1972

MARZO-ABRIL. Rev. 484:

— Págs. 375 a 389. RESOLUCION de 26 de noviembre de 1971.

— Págs. 390 a 397. RESOLUCION de 13 de diciembre de 1971.

MAYO-JUNIO. Rev. 490.

— Págs. 585 a 593. RESOLUCION de 17 de diciembre de 1971.

— Págs. 594 a 601. RESOLUCION de 22 de diciembre de 1971.

JULIO-AGOSTO. Rev. 491:

— Págs. 865 a 876. RESOLUCION de 15 de marzo de 1972.

— Págs. 885 a 894. RESOLUCION de 18 de marzo de 1972.

— Págs. 895 a 904. RESOLUCION de 4 de abril de 1972.

SEPTIEMBRE-OCTUBRE. Rev. 492:

— Págs. 1107 a 1115. RESOLUCION de 19 de abril de 1972.

NOVIEMBRE-DICIEMBRE. Rev. 493:

— Págs. 1343 a 1349. RESOLUCION de 7 de junio de 1972.

Año 1973

ENERO-FEBRERO. Rev. 494:

— Págs. 165 a 178. RESOLUCION de 12 de septiembre de 1972.

MARZO-ABRIL. Rev. 495:

— Págs. 425 a 431. RESOLUCION de 10 de octubre de 1972.

— Págs. 432 a 442. RESOLUCION de 15 de noviembre de 1972.

MAYO-JUNIO. Rev. 496:

— Págs. 697 a 706. RESOLUCION de 22 de noviembre de 1972.

JULIO-AGOSTO. Rev. 497:

— Págs. 957 a 964. RESOLUCION de 13 de marzo de 1973.

SEPTIEMBRE-OCTUBRE. Rev. 498:

— Págs. 1221 a 1235. RESOLUCION de 15 de junio de 1973.

NOVIEMBRE-DICIEMBRE. Rev. 499:

— Págs. 1517 a 1530. RESOLUCION de 16 de junio de 1973.

Año 1974

ENERO-FEBRERO. Rev. 500:

— Págs. 147 a 158. RESOLUCION de 16 de julio de 1973.

MARZO-ABRIL. Rev. 501:

— Págs. 340 a 344. RESOLUCION de 27 de octubre de 1973.

MAYO-JUNIO. Rev. 502:

— Págs. 642 a 651. RESOLUCIONES de 27 y 29 de diciembre de 1973.

— Págs. 652 a 658. RESOLUCION de 10 de enero de 1974.

— Págs. 630 a 641. RESOLUCION de 20 de diciembre de 1973.

JULIO-AGOSTO. Rev. 503:

— Págs. 927 a 933. RESOLUCION de 11 de febrero de 1974.

— Págs. 934 a 944. RESOLUCION de 4 de abril de 1974.

SEPTIEMBRE-OCTUBRE. Rev. 504:

— Págs. 1143 a 1154. RESOLUCION de 24 de mayo de 1974.

NOVIEMBRE-DICIEMBRE. Rev. 505:

— Págs. 1459 a 1469. RESOLUCION de 12 de julio de 1974.

Año 1975

ENERO-FEBRERO. Rev. 506:

— Págs. 131 a 138. RESOLUCION de 19 de septiembre de 1974.

— Págs. 139 a 151. RESOLUCION de 27 de septiembre de 1974.

MARZO-ABRIL. Rev. 507:

— Págs. 370 a 380. RESOLUCION de 27 de noviembre de 1974.

MAYO-JUNIO. Rev. 508:

— Págs. 645 a 659. RESOLUCION de 11 de diciembre de 1974.

JULIO-AGOSTO. Rev. 509:

— Págs. 960 a 967. RESOLUCION de 14 de marzo de 1975.

SEPTIEMBRE-OCTUBRE. Rev. 510:

— Págs. 1219 a 1231. RESOLUCION de 18 de junio de 1975.

NOVIEMBRE-DICIEMBRE. Rev. 511:

— Págs. 1449 a 1458. RESOLUCION de 10 de julio de 1975.

Año 1976

ENERO-FEBRERO. Rev. 512:

— Págs. 135 a 145. RESOLUCION de 14 de octubre de 1975.

— Págs. 146 a 156. RESOLUCION de 24 de septiembre de 1975.

JULIO-AGOSTO. Rev. 515:

— Págs. 901 a 913. RESOLUCION de 11 de noviembre de 1975.

NOVIEMBRE-DICIEMBRE. Rev. 517:

— Págs. 1467 a 1480. RESOLUCION de 13 de mayo de 1976.

Año 1977

ENERO-FEBRERO. Rev. 518:

— Págs. 153 a 166. RESOLUCION de 1 de julio de 1976.

MARZO-ABRIL. Rev. 519:

— Págs. 415 a 425. RESOLUCION de 30 de julio de 1976.

SEPTIEMBRE-OCTUBRE. Rev. 522:

— Págs. 1067 a 1085. RESOLUCION de 1 de septiembre de 1976.

NOVIEMBRE-DICIEMBRE. Rev. 523:

— Págs. 1399 a 1409. RESOLUCION de 20 de octubre de 1976.

— Págs. 1410 a 1422. RESOLUCION de 14 de octubre de 1976.

Año 1978

ENERO-FEBRERO. Rev. 524:

— Págs. 75 a 93. RESOLUCION de 28 de febrero de 1977.

MARZO-ABRIL. Rev. 525:

— Págs. 349 a 364. RESOLUCION de 5 de agosto de 1977.

MAYO-JUNIO. Rev. 526:

— Págs. 519 a 534. RESOLUCION de 20 de diciembre de 1977.

JULIO-AGOSTO. Rev. 527:

— Págs. 809 a 822. RESOLUCION de 29 de diciembre de 1977.

SEPTIEMBRE-OCTUBRE. Rev. 528:

— Págs. 987 a 999. RESOLUCION de 27 de febrero de 1978.

NOVIEMBRE-DICIEMBRE. Rev. 529:

— Págs. 1229 a 1242. RESOLUCION de 6 de marzo de 1978.

Año 1979

MARZO-ABRIL. Rev. 531:

— Págs. 433 a 448. RESOLUCION de 11 de marzo de 1978.

MAYO-JUNIO. Rev. 532:

— Págs. 657 a 665. RESOLUCION de 8 de mayo de 1978.

JULIO-AGOSTO. Rev. 533:

— Págs. 919 a 932. RESOLUCION de 11 de mayo de 1978.

SEPTIEMBRE-OCTUBRE. Rev. 534:

— Págs. 1103 a 1120. RESOLUCION de 22 de agosto de 1978.

NOVIEMBRE-DICIEMBRE. Rev. 535:

— Págs. 1373 a 1395. RESOLUCION de 27 de septiembre de 1978.

Año 1980

ENERO-FEBRERO. Rev. 536:

— Págs. 120 a 140. RESOLUCION de 21 de septiembre de 1978.

JULIO-AGOSTO. Rev. 539:

— Págs. 897 a 915. RESOLUCION de 29 de septiembre de 1978.

SEPTIEMBRE-OCTUBRE. Rev. 540:

— Págs. 1165 a 1187. RESOLUCION de 31 de octubre de 1978.

— Págs. 1188 a 1208. RESOLUCION de 17 de noviembre de 1978.

Año 1981

ENERO-FEBRERO. Rev. 542:

— Págs. 133 a 149. RESOLUCION de 28 de noviembre de 1978.

JULIO-AGOSTO. Rev. 545:

— Págs. 1045 a 1057. RESOLUCION de 24 de enero de 1979.

SEPTIEMBRE-OCTUBRE. Rev. 546:

— Págs. 1293 a 1306. RESOLUCION de 7 de marzo de 1979.

Año 1982

ENERO-FEBRERO. Rev. 548:

— Págs. 193 a 202. RESOLUCION de 16 de mayo de 1979.

MARZO-ABRIL. Rev. 549:

— Págs. 497 a 506. RESOLUCION de 26 de junio de 1979.

MAYO-JUNIO. Rev. 550:

— Págs. 767 a 777. RESOLUCION de 23 de julio de 1979.

¡Descansa, Tirso, en la paz del Señor!

IGNACIO MARTÍNEZ DE BEDOYA

Mi recuerdo emocionado de Tirso Carretero

Habría muchas, muchísimas razones, que justificasen estas líneas en recuerdo de un amigo y compañero recientemente fallecido, pero por encima de todas ellas está el sentimiento de tristeza que los juristas, que militamos en su línea de combate, tenemos en este momento. Por eso este escrito no es ni pretende ser una semblanza humana de la figura de TIRSO CARRETERO, sino de lo que ha supuesto para la ciencia jurídica su desaparición.

Sería, por mi parte, pretencioso recoger, en estas apretadas líneas, ese conjunto de datos que han constituido la vida de mi buen amigo y compañero. Sé que nació en Madrid allá por el año 1917, aunque por sus características físicas hubiera podido pasar por un alemán, un sabio alemán, claro está. Sé también que se licencia en Derecho en la Universidad de Madrid y que como compañeros de curso tiene a dos personas antagónicas en su manera de ser y pensar. Una es nuestro también amigo y compañero, RAFAEL MARTÍNEZ PASALODOS, que pone bondades en su forma de hacer y tiñe de azules sus ideas. El otro es el actual Alcalde de Madrid, ENRIQUE TIerno Y GALVÁN, que dice latines para invocar a Dios, mientras cierra el puño en su saludo político. Las peripecias posteriores a la licenciatura, guerra civil española y preparación de oposiciones, las desconozco, pues la frialdad del escalafón sólo dice que pertenecía a la promoción del año 1946, cuando ya estaba aprobada la vigente Ley Hipotecaria en su texto refundido, y que tomó posesión de su primer Registro el 27 de agosto de 1947. El primer Registro fue Granadilla, en Canarias, y el segundo, también por las islas, en Puerto de Arrecife. No sé cómo llegaría TIRSO a esos Registros porque nunca se lo he preguntado, pero pienso que su tremenda angustia a los viajes aéreos, casi fobia connatural, surge en él desde aquel entonces. ¡Cuántas veces le propuse, casi con soborno jurídico, el que viniese a un Congreso en el

asiento de avión y a mi lado y nunca pude vencer su temor! Decía, con su espíritu crítico, que las líneas aéreas eran una especie de «mafia», que se protegían mintiendo en las estadísticas y ocultando los numerosos muertos que al cabo del año se registran. Es curioso cómo TIRSO llega a Madrid, en ese riguroso turno de antigüedad que impone el escalafón, y un compañero suyo, de la siguiente promoción, todavía sigue de Registrador en su primer Registro: Granadilla. Se llama MANUEL LUENGO CHILLÓN.

TIRSO CARRETERO GARCÍA, como todos esos hombres que se expresan mejor escribiendo que hablando, figura más en la cola de su promoción que en la cabeza, lo cual no elogia —como suele suceder siempre— a los miembros del tribunal que le juzga y le aprueba, y que estaba formado por LÓPEZ PALOP, CIRILO GENOVÉS, ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, RODRÍGUEZ VILLAMIL, JOSÉ ALONSO FERNÁNDEZ, GARCÍA GÓMEZ DE ENTERRÍA y don PABLO JORDÁN DE URRIÉS. Algunos de ellos, por no decir todos, son los autores materiales del texto refundido de la legislación hipotecaria. En su promoción, para que luego hablen las feministas, figuran dos mujeres: MARÍA TERESA GUERREIRA y CARMEN GOMÁ. Nombres de esa promoción no me atrevo a citar ninguno, ya que por ser todos amigos resulta difícil citar unos y silenciar otros, pero entre ellos hay dos que son una especie de «tándem» en la vida profesional de TIRSO. Uno es A. OLIVER, con el que comparte jornadas zaragozanas no ya sólo jurídico-registrales, sino gastronómicas, en una especie de recuperación ibérica del menú maño. Y en esa época, deliciosa debió de ser, a TIRSO se le notaba más colorado que de costumbre. El otro ha sido IGNACIO MARTÍNEZ DE BEDOYA, fiel a su soltería y una especie de droga calificatoria: «¿Estás seguro, TIRSO —diría IGNACIO bajando los párpados y adelantando los labios—, que eso es una enfiteusis?» Y, claro está, siguiendo su costumbre, TIRSO le traería al día siguiente una cuartilla o un folio repleto de razones que dejarían desarmado a IGNACIO.

TIRSO ha sabido escuchar, pero no dialogar. TIRSO, dentro de su timidez, se quedaba con la idea, la daba paseos jurídicos por su cerebro germánico y todo ello lo plasmaba en una cuartilla o en varios folios. Enfrente de Correos, en un café con un león menos que el Congreso, pero éste de oro, hubo y hay (a pesar de la estrecha vigilancia gubernamental a los horarios) una tertulia. Me hubiera gustado contar la historia de ella, pero sólo asistí una sola vez y noté, eso sí, que TIRSO escuchaba, tomaba notas y, según me dicen, al día siguiente precisaba cuartilla en mano las bases del tema, los antecedentes y las posibles consecuencias. Este sistema de comunicación —casi por correspondencia— he tenido la experiencia de vivirlo no hace mucho en esa multitudinaria comida que se organizó para ofrecer a CONSUELO MOVELLÁN —discípula predi-

lecta de TIRSO— las insignias bien ganadas de la Cruz de San Raimundo de Peñafort. Y cuando yo le insté a TIRSO para que hablara, para que dijera algo, él se limitó a excusarse, prender las insignias y a los tres días darme unas notas que tuve que leer en otra comida o cena que en el mismo sitio celebramos. TIRSO llevaba el tintero en su mochila, la pluma en el bolsillo y las ideas en la cabeza. La palabra era corta y la idea larga.

TIRSO, como todo tímido, se ponía colorado cuando le elogiabas algo de lo que había hecho. Se le agolpaba la sangre en los carrillos. En patología médica lo llaman «hiperemia»: abundancia de sangre en una parte del cuerpo. A mí me pasa igual. Y es que los rubios, casi nórdicos, debemos tener la sangre mal distribuida: una es azul, que mira y tiñe el cielo de ese color, y otra es roja, que nos acerca proletariamente a la tierra o quizá a uno de los colores de la bandera, ahora tan mal tratada. Yo, en el fondo, creo que los rubios lo que tenemos es una piel de corista que sólo resiste la luz eléctrica o de las bambalinas. Pero lo importante no es la piel, sino lo que está detrás. Quizá por todo ello TIRSO siempre se imaginó que le invadían las enfermedades, y lo que era natural en él lo convirtió en síntoma, aunque ello nunca supuso una excusa para trabajar a fondo. El «abría cancha» todos los días y se empleaba a fondo: pegaba fuerte a la pelota hasta conseguir el tanto decisivo. Me dicen que murió calificando: con una escritura en la mano.

TIRSO sirvió dos o tres Registros en los que yo estuve también, detrás de él, por supuesto, y así como de otros compañeros podría hablar en el sentido de su buen o mal comportamiento en el ejercicio de la función (algunos han alcanzado cimas y alturas gubernamentales muy de tener en cuenta), de él no puedo decir más que fue modélico para mí en su forma y manera de enfocar y resolver el problema jurídico. El que estuviese más o menos tiempo sentado esperando que desde el páramo de Castilla o la orografía de la provincia de Guadalajara, se acercase un aldeano a preguntarle un problema, es cuestión superflua. Al trabajo intelectual no se le puede pedir mucha presencia física. La solución llega, a veces, como la concepción del hijo: en la cama. TIRSO dejó huellas indelebles en Cogolludo y Castrogeriz, y allí supe, con reverencia y honor, recoger ese legado que su buen hacer suponía.

No fui alumno suyo. Alumno en el sentido de someterme a su control de preparación a la oposición, pero sí en el de ajustarme a los dictados de su maestría. En ese campo de la preparación de opositores, en el que yo también milité años después, se me escapa toda anécdota, todo relato de su posible actividad, toda su humana proyección, toda su crítica ante el tema dicho, toda su aportación a la construcción o elaboración de un tema modélico. Creo —y a ellos les paso la factura— que ABELARDO

GIL MARQUÉS y CONSUELO MOVELLÁN pueden y deben contar lo que recibieron de este hombre. Lo que cuenten será mucho, aunque no sea todo.

Aparte de otras cosas, hay dos que nos han unido estrechamente: una es la Cruz de San Raimundo de Peñafort y otra es la cruz del infarto. Yo me he hecho muchas «cruces» cuando, examinando la lista escalafonada del cuerpo registral, he podido identificar a compañeros —compañeros que comen del mismo pan— que algunos han llegado a obtener la Gran Cruz y la Cruz de Honor de SAN RAIMUNDO, y cuando yo vi en la solapa de TIRSO la insignia de la Cruz de San Raimundo de 1.^a clase (que es la que yo tengo) le dije en la Biblioteca del Colegio: «Supongo que *no* te la habrán dado por lo mucho que has trabajado en favor de la institución registral». El se puso colorado y no contestó. Creo que estaba presente PEDRO AVILA, que dijo: «A mí también me la han dado». ¿Qué hay que hacer para lograr la Gran Cruz o la Cruz de Honor? Parece que tampoco es suficiente morir. La herencia yacente no admite condecoraciones. Me han hablado de ciertos caminos para su consecución, y uno de ellos, paradójicamente, es el que menos me ha gustado: publicar edictos para confirmar anotaciones preventivas de suspensión. Es terrible, ¿verdad? La cruz del infarto no guardó el riguroso orden de escalafón. A mí me dio antes. Estando en Salas de los Infantes (que el Alcalde de entonces, en un rato de humor, quiso alterar por Salas de los Infartos), y cuando TIRSO servía en Castrogeriz, me atizó el ramalazo. Fue un buen aviso. Había muchas cosas alrededor de él. Se tomaron medidas, se suprimieron determinadas cosas, y cuando a TIRSO le llegó el aviso, yo no hice más que aportar mi experiencia: hay que hacer esto y esto. Esto es un seguro de vida. Y cuando al volver del verano veo su esquila, aparte de llorar y llorar mucho, pienso que él me está dando un consejo: cuando las barbas de tu vecino veas pelar, pon las tuyas a remojar. ¡Qué pena que las barbas a pelar no hayan sido las que yo quería!

Las dimensiones de TIRSO se me empiezan a escapar por haber hecho concesiones a lo humano, y lo que yo pretendo es traer a un TIRSO jurídico que responda a mis conocimientos e investigaciones jurídicas. Para mi particular forma de presentarlo rescato lo que TIRSO representa en el campo jurídico, como comentarista de resoluciones de la Dirección General de los Registros, como articulista profundo y como aportante de comunicaciones y ponencias a Congresos y reuniones. Creo que la labor de TIRSO es mayor en otras aportaciones que a mí se me escapan, pues me consta que oficial o extraoficialmente se le ha pedido consejo, dictamen u opinión sobre materias y disposiciones. Yo no voy a descubrir ahora ese manantial de soluciones a las que ahora se han arrimado mu-

chos compañeros para dar solución a sus problemas y que en la «hora punta», al pasarles lista, les puse falta. Ni haciendo testamento, aunque sea ológrafo, pueden preverse estas ingratitudes.

Y estas expresiones mías, que pueden parecer duras, estimo que van a ser la razón y justificación de lo que el Cuerpo de Registradores está necesitando: una crítica positiva desde su interior. No me refiero a la crítica «persecutoria», casi de animal salvaje, que está pretendiendo hacerse, sino una crítica constructiva, poniendo las cosas en su sitio y valorando lo que es la función registral: un dictamen jurídico que necesita un trasfondo de conocimientos para que quede a salvo uno de los principios fundamentales de la Constitución: la legalidad. La crítica, como es de suponer, tiene dos vertientes, como los procesos de intimación, y uno de ellos, la Junta y la Asamblea Corporativa de Delegados y Subdelegados, etc., puede ofrecer grandes campos de actuación. La otra, la jurídica, es la que hizo TIRSO. Esta es la motivación de mis cuartillas. Yo no hubiese escrito nunca una biografía de un amigo si éste no hubiera portado un elemento crítico de la institución. Esta es la dimensión de TIRSO.

No quiero hacer historia de los compartimentos en que se escinde el Cuerpo, no sólo en ideales, conocimientos y aspiraciones, pero sí quiero poner de relieve la aportación de TIRSO a un conjunto de conocimientos que desde el año 1946 han venido aceptándose como tradicionales e inmutables. No debe olvidarse que TIRSO remueve los cimientos de una legislación y ofrece soluciones legislativas más o menos adecuadas a nuestra forma de ser y proceder. Y de esta importante aportación crítica es de la que quiero ocuparme en estas notas. Haré un breve resumen de sus trabajos, y de ellos, en forma sintética, sacaremos las posibles conclusiones. Todo ello debe entenderse como fenómeno histórico que difícilmente puede repetirse en sucesivos años. Las comparaciones son odiosas, pero desde MORELL a ROCA SASTRE hay una línea umbilical que les vincula en conceptos e índices conceptuales; unas alegrías ingeniosas de ANGEL SANZ; una aportación ideológica y barroca de NÚÑEZ LAGOS; una claridad meridiana de LA RICA; una dogmática inmutable de don JERÓNIMO, y un sistema hipotecario de carácter híbrido, en parte, latino, y en parte, germánico. Seamos conscientes y sigamos los cuatro o cinco trabajos de TIRSO, y sobre ellos reflexionemos:

= A los diez años de tomar posesión de su primer Registro, que coinciden con los diez de la cogida y muerte de Manolete, el torero, y no su compañero de promoción, escribe en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* un primoroso artículo, que tiene por título «Tanteo y retracto arrendaticio urbano y Registro de la Propiedad». Antes había hecho alguna incursión en un tema

sobre impuestos, que seguramente supondrían reflexiones sobre alguno de los casos que se le habían presentado en su vida profesional: el artículo es del año 1954. Solamente me voy a referir al primeramente citado, que lleva toda la garra de la protesta jurídica. No sé bien si por entonces TIRSO, con ISIDORO, MOLINA, BLANCO GEJO y otros compañeros, colaboraba en el entonces Ministerio de la Vivienda y eran o habían sido testigos de excepción de la publicación de una Ley llamada del Suelo del año 1956, que, en forma un tanto solapada, atentaba contra los principios fundamentales del régimen hipotecario. ¿Fue ésa la razón del artículo de TIRSO? No lo sé, pues son de esas preguntas que siempre quieres hacer, pero que las aplazas para cualquier día, y ese día no pudo llegar porque a él le había llegado el suyo antes.

El tema es conocido: puede o no un retracto legal afectar a un tercer adquirente protegido por el principio de fe pública registral. La solución legislativa es clara: el artículo 37, 3.º, de la Ley Hipotecaria apoya la tesis positiva y permite a ROCA SASTRE elaborar toda su doctrina de que la publicidad legal es muy superior a la que el Registro puede proporcionar. Y ahí está el reto de la investigación y del acierto de mantener la postura contraria. TIRSO CARRETERO, con ese aplomo que le da su paso firme en la acumulación de datos, demuestra que todo es un montaje de última hora y que la equivocación arranca de la Ley Hipotecaria de 1909. Se pone con ello una tremenda y lamentable excepción al principio cardinal de la legislación hipotecaria: lo que está en la ley, no es preciso que esté inscrito para que se respete y proteja. La última conclusión, la más absurda, sería: si la Constitución reconoce el Derecho de propiedad privada, ¿para qué inscribirla? Al amparo de la teoría de ROCA prospera la de las «delimitaciones» de la propiedad, el abuso jurídico de la teoría urbanística y la interpretación administrativa de preceptos que, tratando de ser jurídicos, resultan atentatorios a todo un orden racional. TIRSO hace la denuncia, ROCA se incomoda, y quietos, hieráticos y espasmódicos, los punteros estudiosos del Derecho Hipotecario aceptan el pontificado. Pero el problema no está en si ROCA SASTRE tenía razón frente a TIRSO CARRETERO —ambos ya en otras galaxias—, sino si las generaciones venideras se han dado cuenta de que ahí hay un problema sustancial y que TIRSO «abrió cancha». Balanzas no quiero inclinar ninguna, aunque en mis publicaciones estoy al lado de

TIRSO por varias razones, pero la fundamental es la «fiel infantería»: los que vamos a pie investigando el Derecho podemos alzar siempre banderas repletas de batallas ganadas al mismo.

No sé si estas ideas mías pueden servir de aliciente a esas nuevas generaciones registrales, algunas de las cuales van a constituirse a *golpe de empujón*, pero lo cierto es que la sensibilidad registral de los que tratábamos de entender a TIRSO evoca con nostalgia su desaparición. Ahora resulta más difícil opinar como lo hacía TIRSO cuando éste ya no está para respaldarnos. Todo es inducido y sujeto a comprobación.

= Otro artículo importante, más que el anterior, por supuesto, es el que en el año 1962 publica también en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, que lleva por título «Retornos al Código Civil», y quien desee encontrarlo no debe buscarlo en la materia que el «*Índice*» de la *Revista* dedica al Derecho inmobiliario, sino en la de Derecho civil; la conclusión me la reservo, pues quien hiciera en su día aquel «*Índice*» no tenía ni la menor idea del contenido del artículo de TIRSO. Hace el cuarto de los artículos que publica, ya que antes del mismo, en el año 1960, ofrece otro sobre «La Ley de Permutas Forzosas». Desde el punto de vista corporativo, de trascendencia crítica, el artículo sobre el retorno o retornos al Código Civil, no tiene desperdicio. Su tesis fundamental está en la letra «chica» con que comienza: «Al filo de los centenarios de las Leyes Hipotecaria y Notarial, la más atrayente tarea para Registradores y Notarios es buscar la doctrina originaria del Código en materia de negocios reales inmobiliarios».

A mí, el artículo me sorprende enormemente, y eso que su segunda parte aparece más tarde, en el año 1965. Ya se encuadra debidamente en el «*Índice*», en la materia civil y en la hipotecaria. Estoy recién ingresado en la carrera y llevo en mi mochila, no como los soldados de Napoleón el bastón, sino toda la *registro* que me impuso ROCA SASTRE y esa sutil y clara distinción entre el sistema latino y el germánico que LACRUZ BERDEJO me enseñara en el año 1957. LÓPEZ MEDEL me hizo alguna cosquilla enviándome contra reembolso su libro sobre «el servicio público» de la institución registral, y allí, en esa sierra de Cameros, donde antes destinaban a los «peones camineros» sancionados, comí truchas, inscribí montes, leí a TIRSO y pensé que don Práxedes Mateo de Sagasta era lógico que hubiera nacido allí.

Había conocido a TIRSO de «perfil». Creo que fue en el semicírculo porticado de la Real Academia de Jurisprudencia

y Legislación, con motivo del discurso de ingreso en ella de ROCA SASTRE o de LA RICA. Más bien me inclino a creer que fue del último. Alguien me dijo: «Mira, ése es TIRSO». A mí me ha preocupado siempre el aspecto humano del autor de un libro o de un trabajo, y recuerdo que cuando encontré el libro con la biografía de RUDOLF VON IHERING, en el que venía su retrato, consideré que sólo ese gran jurista pudo escribir *El espíritu del Derecho romano*. Igual me pasó con TIRSO.

Para los que leyeron el artículo poco hay que decir, pues sus dos partes nos llevan a dos conclusiones importantes: La primera es que el número 1.º del artículo 1.280 del Código Civil debe entenderse en el sentido literal y, en consecuencia, el documento público es requisito formal constitutivo del contrato que tenga por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. La segunda es que el artículo 32 de la Ley Hipotecaria tomó de los sistemas latinos de transcripción la norma absoluta, incondicionada e inflexible de que el título no inscrito no puede perjudicar al título inscrito. La consecuencia sería la necesidad de un retorno a aquella idea originaria y de una corrección de las desviaciones sufridas. «Con tales obsesiones —decía TIRSO—, mi postura necesariamente desemboca en combatir todo cuanto tienda a dar beligerancia al documento privado en materia de inmuebles y todo cuanto tienda a menospreciar el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, privándole de cometido propio y dejándole morir junto al radiante sol del 34.» El artículo es bonito, atractivo, polémico, preciso y lleno de esa ternura humorística que TIRSO ponía en sus escritos. Es el gran Catigazo que la institución registral recibe y que, sin embargo, no recoge. El artículo tiene repercusión doctrinal en esa zona limitada de los estudiosos de Derecho hipotecario, pero se enmascara, se oscurece, con el deseo de salvar a todo trance el tercero hipotecario del artículo 34.

Cara a un futuro y pensando en esos nuevos valores que van a nutrir el cuerpo entrando triunfalmente en una oposición preparada «en ratos libres», entiendo que puede ser fundamental recordarles la lectura del artículo, y si se sienten con fuerzas para afrontar la inevitable reforma del sistema, sacar previamente las sabias advertencias que el autor ofrece. En una de sus frases pedía la necesidad del estudio del Derecho comparado para que nuestro sistema quede claro y útil, y aludía a la observancia contraria a esa advertencia que figura en los vagones de nuestros ferrocarriles, pues lo «peligroso resulta no asomarse al exterior».

Lo peligroso en este caso es que la bajada de «niveles» uniforme de falta de inquietudes y proyección a un prestigioso Cuerpo. Atacar la peana puede suponer la caída del santo.

= TIRSO CARRETERO deja pasar unos años desde su monográfico trabajo y nos viene a dar una nueva imagen en el año 1969, cuando, junto a MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, comienza a encargarse de comentar resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la materia típica y registral, pues las procedentes del Registro Mercantil corren a cargo de FERNÁNDEZ CABALEIRO. Este «tándem» de comentaristas se prolonga hasta hace muy poco tiempo, siendo sus aportaciones verdaderos estudios monográficos sobre la materia tratada. No creo que la calidad de las resoluciones exigiera el esfuerzo, el estudio y la finura de crítica y exposición que ambos comentaristas han dejado en las páginas de la *Revista*. Cuando me encargan que sea el «continuador» de esa labor, coordinando el esfuerzo de un grupo de compañeros, me siento tan pequeño como mi apellido.

En ese paréntesis que va desde su artículo a sus comentarios, yo ya soy amigo de TIRSO, y es más, le sucedo en el Registro de Castrogeriz cuando a mí ya el corazón me había dado el primer y único aviso. Recuerdo de aquella época algunas de las reuniones corporativas que teníamos en Burgos y a las que era difícil poner humor, pues el Delegado de entonces no fue ni capaz de sonreír cuando TIRSO leyó, y lo leyó muy bien, una cosa sobre opositores que yo había escrito. Por entonces, el Registrador de Aranda de Duero hacía velocidades en un «Mercedes» impresionante que se había traído del Aaiun, hasta que otro coche, interpuesto en su camino, le quitó la sonrisa para siempre. Se llamaba LUIS-FELIPE BLÁZQUEZ ROMÁN. A mí, TIRSO me enseñó hasta el camino que había que coger para llegar desde Lerma a Castrogeriz. Recuerdo que él me decía: al llegar a tal sitio hay que ir a la derecha; al llegar a tal otro, también a la derecha... El debió ser de derechas, como yo. Pero los pueblos que me tuve que aprender eran tremendos: Villahoz, Mahamuz, Pampliega...

TIRSO se estudiaba la resolución que iba a comentar. Yo recuerdo haberle visto muchas, muchas veces, en la Biblioteca del Colegio no, como otros que charlan, sino buscando, buceando en antecedentes, bibliografía, llegando incluso a preguntas como ¿por qué dices esto en la página tal de tu libro? Sabía alemán, alemán de Alemania, aunque por lo listo que era podríamos decir que sabía «latín». Hacía de cada resolución un estudio monográfico. En forma simultánea, yo he hecho los comentarios en el

Anuario de Derecho Civil, y muchas de las veces lo que TIRSO había dicho influía decisivamente en la crítica, un tanto ligera y alegre, que yo hacía de «mis» resoluciones. A veces me citaba a pie de página porque él sabía que yo le leía, y casi siempre en sus citas había un reto, que muchas veces he recogido. Su método era riguroso: hechos, razones y consecuencias, pero ese latín que llevaba dentro abría puertas y ventanas a posibles soluciones futuras. Me imagino su sonrisa picaresca cuando enseñaba la punta del capote para abrir la discusión. ¿Destacar alguna resolución? Si me apretaseis un poco podríamos traer aquí unas cuantas, pero sí quiero destacar esa obsesión suya con el principio de prioridad material y formal y ese inevitable juego que en el mismo tiene la calificación registral. A mí me disminuía, casi enfadaba, que supiera alemán, pero a él que yo escribiese tanto. Y la razón era clara, él se lo pensaba mucho y yo me desprendía de ello en cuanto podía.

= El I Congreso de Derecho Registral, celebrado en Buenos Aires en el año 1972, va a marcar para TIRSO CARRETERO otro hito (estaba a punto de decir «mojón», que es palabra casi hipotecaria) en su aportación científica. No figura en la Delegación española que componemos el grupo que va a Buenos Aires. Quizá le entra miedo por el viaje en avión o por esa anunciada vuelta de Perón a la Argentina. Se queda en España, pero envía una ponencia o comunicación. Le animo al viaje, pero él declina, y cuando vuelvo le regalo una foto ampliada del documento con el que concluye el Congreso: la carta de Buenos Aires.

El trabajo que envía al Congreso lo titula «Los principios hipotecarios y el Derecho comparado». Es de las pocas comunicaciones españolas que se leen. La de TIRSO la leyó, magistralmente, por cierto, JULIO GÓMEZ AMAT, y en la discusión que se abre sobre la misma, la matiza y enriquece, con su bien hacer parlamentario, Pío CABANILLAS. A mi entender, sin embargo, los ánimos jurídicos no estaban en plenitud de facultades y sobre el Congreso pesaban tres grandes ansiedades: lograr una carta jurídica, impactar a las Delegaciones con la mecanización del Registro de Buenos Aires y discutir mucho sobre el cierre registral que supone la certificación anticipada. Por parte argentina solamente FALBO y MOISSET perciben el cúmulo de ideas y la temática que plantea el trabajo de TIRSO. La Delegación española, poco acostumbrada al diálogo por entonces, entra más en los problemas fáciles de los principios que en el que ofrece TIRSO: la utilidad del pensamiento aporético sobre el sistemá-

tico y la prevalencia del problema sobre el sistema. En una palabra, la jurisprudencia de problemas y de principios. El estudio recorre los diversos principios y, siguiendo su línea del retorno, plantea de nuevo la vuelta al principio de oponibilidad. Sus seis conclusiones son modelo, síntesis y punto de partida para quien pueda penetrar en ese difícil entramado que juegan el Derecho y la Ley, la norma y el principio. El trabajo se publica en el número primero de la *Revista de Derecho Registral*, editada por el CINDER, y luego en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* de España.

A mí se me escapa la actuación de TIRSO CARRETERO en el II Congreso Internacional de Madrid. El se adscribe, como buen jurista, en la comisión primera, con el tema «Proyecto de ley uniforme de los Registros jurídicos de bienes», y yo me voy a presentar batalla en la comisión segunda sobre «folio real, base física de la finca y mecanización». Mi testimonio es sólo de referencias, y son los Anales del II Congreso los que recogen las intervenciones de TIRSO en defensa de su postura. Tampoco va a Puerto Rico, ni a Méjico, ni a Italia, sedes de los tres últimos Congresos de Derecho Registral, y creo que solamente al último presenta un trabajo sobre «Inexactitud registral (Derecho comparado)». Este trabajo no he podido aún leerlo, porque el volumen en que se publica me lo dan al borde de las vacaciones. De todas formas, TIRSO se mete con mis ideas sobre inexactitud, cosa que tendré en cuenta en su momento.

Las muestras que he ofrecido de la dimensión jurídica de la figura de TIRSO podrían agrandarse con esa labor callada y anónima de sugerencias, comisiones, aportaciones, en las que siempre se mostró generoso y preciso. Falleció sin haber terminado la recensión del segundo tomo de mi obra, pero cuando me vi llorando en el funeral con su mujer, contabilicé la falta.

Arriba tiene que haber bibliotecas, fabulosas bibliotecas, y supongo yo que buenos y cómodos cines, esto es, las dos cosas que TIRSO frecuentaba con más asiduidad. Me le imagino en la biblioteca convenciendo a San Juan sobre el valor constitutivo del documento, y en la puerta a San Pedro explicándole el principio de oponibilidad, y en esos ratos libres que le dejen el estudio y la discusión, estará viendo películas, excluidas las clasificadas como «S». Hay que decirte adiós TIRSO y hasta que nos

veamos de nuevo, y tú puedas decir: aquí llega uno de los míos, aunque me he enterado que no hicistes testamento, pues según tú eso era de mal fario, de mal agüero, de mal augurio... Pero ya ves, aunque no nos hayas dejado legatarios de tus ideas, aquí me tienes defendiéndolas.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

Registrador de la Propiedad, General de la
Propiedad Intelectual y Vocal permanente
de la Comisión General de Códigos

ESTUDIOS

Las prohibiciones de disponer voluntarias: Extinción y cancelación⁽¹⁾

SUMARIO: Extinción anterior a la inscripción. Por voluntad de los herederos gravados. El pago de legítimas, deudas y gastos.—Extinción posterior a la inscripción: A) Resolución judicial firme recaída en juicio declarativo. B) Enajenación forzosa por causa de utilidad pública. La expropiación forzosa. La reparcelación urbanística. La edificación forzosa de solares. La concentración parcelaria y las fincas manifiestamente mejorables. C) Transcurso del plazo cierto o incierto fijado al establecer la prohibición. D) Acaecimiento del evento previsto expresamente por el imponente como causa extintiva. E) Extinción por voluntad del que la impuso. ¿Puede atribuirse esta facultad a otra persona? Coasociación para consentir la enajenación en principio prohibida. Prohibición de disponer mientras vivan el donante y su cónyuge. Un caso especial: Extinción de la cláusula prohibitiva por la actuación conjunta del patronato de la fundación y del protectorado. F) Extinción de la prohibición por voluntad del favorecido con ella.

Los efectos de las prohibiciones de disponer pueden quedar extinguidos antes de ingresar éstas en el Registro o en un momento posterior. Parecería que la extinción producida en el primero de los momentos señalados, al ser la materia ajena a los contenidos del Registro, debe escapar a la calificación registral. Esto que en cierta medida es así (el Registrador no podrá calificar en los títulos inmatriculables las declaraciones que, acerca de la extinción de una prohibición, contenida en los antetítulos, hagan los interesados, entre otras fundamentales razones porque dándose el requisito del año reglamentario, el antetítulo no ha de calificarse y queda a la responsabilidad de las declaraciones que las partes hagan al respecto), no lo es cuando la prohibición se contiene en el título inscribible. En efecto, impuesta en un testamento una prohibición y declarada su extinción por los interesados, puesto que la volun-

(1) Ampliaciones a una conferencia pronunciada en el Centro Regional de Estudios Hipotecarios de Sevilla.

tad del testador es ley de la sucesión, el Registrador habrá de calificar si la referida extinción se ajusta en lo sustantivo y en lo formal a las normas legales, como medio para determinar si aquella voluntad del testador ha sido o no debidamente cumplida.

Por todo ello conviene examinar tanto la extinción de los efectos de las prohibiciones de disponer que se produzca en un momento anterior a la inscripción del acto que las contenga, como aquella otra que acaezca con posterioridad a la misma.

EXTINCION ANTERIOR A LA INSCRIPCION

El supuesto, como ya tengo anticipado, ha de referirse singularmente al caso de prohibiciones de disponer impuestas en testamento. Sobre tal extremo paso a examinar los siguientes puntos:

A) *¿Pueden los herederos mayores de edad y con la libre administración y disposición de sus bienes prescindir de la prohibición de disponer impuesta por el testador?*

Aunque tales herederos pueden, por disposición legal, partir la herencia en la forma que tengan por conveniente, tienen en dicha actuación marcados dos claros límites: la voluntad del testador y la ley; y por razón de la primera limitación no podrán prescindir caprichosamente de la prohibición establecida.

Cabría preguntarse si podrán los herederos no tener en cuenta la prohibición por considerarla, justificadamente, establecida con infracción de la ley y, por lo tanto, nula de pleno derecho. Salvo alguna precisión que luego haré, la solución al interrogante ha de ser igualmente la negativa, como se desprende del contenido de la Resolución de 14 de octubre de 1932. La nulidad, si se produce, habrá de ser apreciada por el Juez a instancia de los interesados. Y todo ello es lógico, pues si la prohibición puede establecerse (como es normal) en beneficio de personas distintas al gravado, resultaría absurdo admitir que la arbitraria voluntad de este último tenga fuerza sin más para dejar sin efecto las legítimas expectativas de aquéllos.

B) *¿Pueden los herederos interpretar los términos de la prohibición impuesta?*

En principio, si la cláusula prohibitiva no es clara, no cabrá negar dicha posibilidad de interpretación a los herederos, pero tal interpretación habrá de ser rechazada cuando tienda o persiga dejar sin efecto la propia prohibición.

C) *¿Cesan los efectos de la prohibición cuando los bienes sobre los que se impone son destinados en la partición al pago de las legítimas de los herederos forzosos?*

La respuesta a esta cuestión ha de ser la afirmativa y ello porque civilmente sobre las legítimas no puede imponerse gravamen, condición ni limitación alguna; y porque resulta, además, harto dudoso el que el Registrador pueda calificar la procedencia o no de la imputación de un bien determinado a cada uno de los tercios que integran la herencia. En sentido negativo a esta última posibilidad se pronuncia la Resolución de 19 de septiembre de 1929, que después veremos.

Así el Registrador debe considerar irreproachable y no podrá negarse a inscribir una partición similar a la que ofrezco como tipo:

El caso es el de un heredero único instituido universalmente con prohibición de disponer dejando a salvo la legítima y mejora.

Se inventariarían los siguientes bienes:

(1)	Alhajas. Se valoran en	100.000	pesetas
(2)	Metálico. Se valora en	500 000	»
(3)	Muebles y ajuar. Se valoran en	150.000	»
(4)	Finca urbana. Se valora en	400.000	»
(5)	Finca urbana. Se valora en	400.000	»
(6)	Finca rústica. Se valora en	200.000	»
(7)	Explotación rústica	500.000	»
TOTAL		2.250.000	pesetas

Se realizan las siguientes adjudicaciones:

— Legítima amplia (2/3)	1 500.000	pesetas
Y para su pago se adjudican en pleno dominio los bienes inventariados con los números 4, 5, 6 y 7.		
— Tercio libre	750.000	»
Y para su pago, gravados con la prohibición de disponer, se adjudican los conceptos de los números 1, 2 y 3 del inventario.		
TOTAL		2.250 000 pesetas

Ha de tenerse en cuenta, además, que, por no ser materia de calificación registral la corrección o no del avalúo de los bienes inventariados, el caso tipo descrito, podrá ofrecer otras variantes, como ocurriría en los supuestos en que a través de la supervaloración de una finca que previsiblemente no va a ser enajenada se hace recaer exclusivamente sobre ella la prohibición, adjudicándose las demás fincas como libres al estar comprendidas en la porción legitimaria.

D) *¿Cesan los efectos de la prohibición cuando los bienes sobre los que ha de recaer son destinados al pago de las deudas de la herencia, o a cubrir los gastos causados por la partición?*

Las Resoluciones de 7 de octubre de 1896 y 19 de septiembre de 1929, con base al apotegma jurídico de que antes es pagar que heredar, han permitido el que, pese a la prohibición de disponer testamentaria, puedan ser enajenados (o adjudicados para pago) los bienes necesarios para pagar a los acreedores (Resoluciones citadas) y satisfacer los gastos de partición (Resolución de 16 de septiembre de 1910). Si bien, como precisó la Resolución de 27 de mayo de 1915, en tales casos se hace precisa la previa liquidación de la herencia para determinar la necesidad o no de la enajenación con fines solutorios.

Esta posibilidad de enajenación permite sin mucho esfuerzo la comisión de fraudes cuya impugnación resulta realmente difícil. Así, bastaría simular gastos de partición no causados o bien adjudicar bienes para pago de acreedores ficticios (que en realidad no serían sino auténticos compradores de bienes de herencia), para a través de las enajenaciones destinadas al pago de tales conceptos hacer cesar los efectos de la prohibición.

Sobre este punto tienen que volver a resaltarse las limitadas facultades calificadoras del Registrador, que no pueden extenderse a la procedencia o no de la elección de determinado bien para enajenarlo o adjudicarlo en o para pago de deudas. En tal sentido se pronuncia la Resolución de 19 de septiembre de 1929.

En el caso planteado por dicha resolución una testadora prohibió vender o hipotecar ciertas fincas a su hijo y heredero, disponiendo sobre ellas una sustitución fideicomisaria a favor de sus dos nietos hijos del anterior. Realizaron la partición el heredero y el defensor judicial de los dos nietos sustitutos fideicomisarios, a la sazón menores de edad, siendo ésta aprobada judicialmente. En ella se destinaron al pago de deudas ciertos bienes, entre ellos las fincas a las que la prohibición y sustitución afectaba, siéndole adjudicadas al heredero en concepto de completamente libres de toda afección, limitación o gravamen.

El Registrador denegó la inscripción solicitada, alegando entre otras cosas en su informe, que siendo de consideración el activo hereditario, podían haberse destinado para el pago de deudas bienes no afectados por las limitaciones impuestas en el testamento, cumpliéndose así armónicamente con la voluntad del causante y con los derechos de los acreedores. Entendía el funcionario calificador que sólo podía acudir a los bienes afectos en la parte en que los libres no alcanzasen a cubrir legítimas y deudas.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota.

La Dirección General de Registros y del Notariado revocó el auto del Presidente y declaró inscribible el documento.

Queda, por último, indicar que también acudiendo a retorcidos procedimientos puede ser dejada sin efecto la prohibición de disponer, y que aún a pesar de ser descubiertos en la calificación, resulta imposible formular con base legal una postura condenatoria de ellos. Ello ocurrirá cuando siendo la prohibición una de aquellas que sólo despliegan sus efectos durante la vida del heredero o herederos gravados, convengan éstos, a cambio de su renuncia a la herencia, la venta clandestina de todos los bienes que la integran con los sucesores *ab intestato* del causante a quienes habrán de ir los bienes en virtud de tal renuncia (que nunca podrán ser los mismos renunciantes, en virtud de lo dispuesto en el art. 1.009 del Código Civil). En tal caso no puede ofrecer duda el que dichos sucesores *ab intestato* recibirán los bienes libres de la prohibición, pues salvo que la apertura de la sucesión intestada se produzca de un modo parcial, no puede sostenerse que el testamento haya de seguir surtiendo efectos en una sucesión que la ley abre y regula precisamente por la ineficacia de la disposición testamentaria. Si en el testamento hubiese prevista una sustitución vulgar, creo que entonces aquella renuncia de los herederos primeramente llamados no tendría la consecuencia de privar de efectos a la prohibición, pues los sustitutos vulgares han de considerarse herederos del causante y a su adquisición le han de ser aplicadas las mismas disposiciones testamentarias que normaban la de los designados en primer lugar.

EXTINCION POSTERIOR A LA INSCRIPCION

Una vez debidamente inscritas las prohibiciones de disponer, pueden cesar en sus efectos por las siguientes causas:

A) *Resolución firme judicial que en juicio declarativo ordene su cancelación.*

De las Resoluciones de 7, 14 y 21 de mayo de 1929, que luego comentaré, se desprende la innecesidad de que el referido juicio tenga como objeto central o único la nulidad, revocación o cualquier tipo de ineficacia de la prohibición de disponer, bastando con que el Juez en su fallo ordene la cancelación (y entiendo que no se ha de ser excesivamente formalistas en exigir que conste la palabra «cancelar»), recogiendo una petición de parte que es posible no haya surgido en la demanda, sino en un momento posterior a ella (en los casos de las Resoluciones

dichas surgió en la vía de reconvencción) y como un asunto colateral al que realmente motiva el litigio, aunque conexo con él.

Declarada la nulidad o ineficacia de una prohibición y siendo procedente su cancelación, ¿en qué situación ha de quedar el acto que la contiene?: Si consideramos aplicables a las prohibiciones las normas dictadas a propósito de las condiciones, tendremos que:

1.º En los *actos «mortis causa»*, por su irrepetibilidad, la nulidad de la prohibición no afectará a la validez del resto de las disposiciones testamentarias (arts. 792 y 786 del Código Civil).

2.º En los *actos «inter vivos»*, singularmente donaciones, la nulidad de la prohibición parece que habrá de llevar consigo la nulidad del propio acto que las contenga (art. 1.116, en relación con el art. 621, ambos del Código Civil).

En otro caso tendremos que inclinarnos, bien por la validez del acto en todo supuesto, bien por su nulidad sin distinguos. Me inclino por esa primera solución, en analogía con lo dispuesto en el artículo 641 del Código Civil, respecto a la nulidad de la cláusula reversional contenida en una donación, y en el artículo 786 para las sustituciones fideicomisarias.

El procedimiento hábil para acordar la ineficacia y cancelación de una prohibición de disponer es, según reiterada jurisprudencia, el del juicio declarativo, y el título idóneo para practicar tal cancelación será el testimonio de la sentencia firme recaída en el mismo.

En consecuencia, los expedientes dados en jurisdicción voluntaria no alcanzan a tener, por el contrario, dicho efecto cancelador. Así, los efectos de la prohibición de disponer no cesan:

- a) Ni a través de un expediente de dominio reanudador de tracto.
- b) Ni mediante una autorización judicial para vender, obtenida con ocasión de encontrarse interesados en la enajenación menores no emancipados, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 166 del Código Civil. Así se precisó en las Resoluciones de 16 de septiembre de 1929, 23 de julio de 1924 y 22 de junio de 1943.

B) *Enajenación forzosa por causa de utilidad pública.*

Si la utilidad privada suscita serias dudas en torno a si es fundamento suficiente para quebrantar los efectos de una prohibición inscrita (extremo del que ya he tratado por extenso al estudiar las enajenaciones judiciales en un trabajo anterior), por el contrario, la utilidad o interés público ha de ser entendido como motivo suficiente para justificar y hacer viable aquel quebrantamiento.

Pese a constar inscrita en el Registro una prohibición de disponer,

podrán, pues, ser inscritas las enajenaciones forzosas cuya base sea la utilidad pública, entre las que destacan como fundamentales:

- las producidas por expropiaciones forzosas;
- las derivadas de operaciones de parcelación y reparcelación urbanística;
- las de edificación forzosa de solares,
- y las que lleva consigo el procedimiento de concentración parcelaria.

Paso a ocuparme de tales casos.

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA Y LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

De los artículos 3 y 4 de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, y de las Reglas 2.^a y 5.^a del artículo 32 del Reglamento Hipotecario resulta que el expediente de expropiación forzosa debe entenderse con el titular registral o con quien justifique ser su causahabiente y además con los titulares de derechos reales o situaciones inscritas, los cuales deberán ser citados preceptivamente en el expediente. A tales efectos el Registrador certificará del dominio y cargas, practicando la oportuna nota marginal (art. 32 RH, regla 1.^a).

¿Qué ha de ocurrir si el titular registral expropiado tiene su dominio afecto a una prohibición de disponer?

Con absoluta claridad resulta de la legislación especial que la prohibición para nada obsta al procedimiento expropiatorio. Dice el artículo 8 de la Ley de Expropiación Forzosa que «la cosa expropiada se adquirirá libre de cargas», añadiendo el artículo 53 que el acta de pago y ocupación, o la de ocupación acompañada del justificante de la consignación, será título bastante para que se verifique «la cancelación de las cargas, gravámenes y derechos reales de toda clase a que estuviere afecta la cosa expropiada» y con mayor claridad el artículo 32 del Reglamento Hipotecario en su regla 5.^a habla de la cancelación del «dominio, y las cargas, gravámenes, derechos reales y *limitaciones de toda clase*».

El procedimiento expropiatorio tiene, pues, una eficacia cancelatoria absoluta.

Todos los asientos registrales de fecha anterior se cancelarán si así lo ordena específicamente el título y sus titulares fueron citados en el expediente y concurrieron al pago o se consignó el precio (art. 32). El mismo título expresará aquellos asientos que por ser considerados por la Administración compatibles con la expropiación deban subsistir (artículo 8 LEF, art. 32 RH y arts. 9 y 62 Reglamento de Expropiación Forzosa, de 26 de abril de 1957).

Respecto de los asientos practicados con posterioridad a la nota marginal de expedición de cargas, su cancelación se realizará de forma indiscriminada, sin necesidad de que los interesados en ellos sean citados en el expediente expropiatorio.

La prohibición de disponer contenida en cualquiera de estos asientos (anterior o posterior) se cancelará con el mismo asiento que la contenga.

Pero conviene dar solución a ciertos extremos que podrían ocasionar dudas.

1.º Si la prohibición de disponer expresa de forma indubitada quiénes son las personas a las que el imponente intenta beneficiar con su establecimiento, ¿es preciso que tales personas sean citadas en el expediente expropiatorio a los efectos previstos en el artículo 4 de la Ley de Expropiación Forzosa?

En mi opinión, no es necesario, pues el aludido precepto sólo impone la citación respecto de «los titulares de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa expropiable» y las prohibiciones, por mucho que quiera extenderse su contenido, no alcanzan a conseguir tal entidad.

2.º Cuando el expediente expropiatorio concluye con la adquisición amistosa del bien expropiable, por mutuo acuerdo de los interesados, ¿debe atribuírsele idéntica virtualidad cancelatoria? ¿Cabrán inscribir la correspondiente escritura de venta pese a constar inscrita una prohibición de disponer?

La solución ha de ser la afirmativa, y ello porque:

a) La adquisición, aun en el caso de venta amistosa, se sigue produciendo por vía de expropiación forzosa, como lo muestra el hecho de que el artículo 24 de la Ley de Expropiación Forzosa hable de que en tales casos se dará por «concluido» el expediente, pero nada dice de que el tal expediente quede sin efecto.

b) Ese mutuo acuerdo, según expresa el citado artículo 24, puede concluirse en cualquier estado de la tramitación del expediente, aun en sus postrimerías, por lo que sería absurdo rechazar su fuerza cancelatoria, desde el momento en que resulta posible que al llegarse al mutuo acuerdo, se hubieren cubierto ya la práctica totalidad de las fases del expediente expropiatorio.

c) Y porque la adquisición amistosa, a la que sólo podrá llegarse una vez reconocida formalmente la necesidad de ocupación, según previene el artículo 25 del Reglamento de Expropiación Forzosa, viene cubierta, además de con éste, con otra serie de requisitos que el referido precepto fija (informes sobre valoración, acuerdo de autoridad expro-

piante, etc.), que muestran a las claras el hecho de que no estamos ante una venta ordinaria, sino ante una auténtica expropiación que concluye por la vía, deseable y administrativamente aconsejable, del mutuo acuerdo; y tal circunstancia no puede servir para negarle a esta adquisición ni uno, solo de los efectos que le son propios a la expropiación que concluye sin tal acuerdo.

3.º En tercer lugar, si por no establecerse la obra o el servicio que motivó la expropiación, o cuando establecidos quede sobrante alguna parte de los bienes expropiados, revierten los bienes al primitivo dueño, ¿hay que entender que renace la prohibición antes existente, junto con todas las situaciones jurídicas anteriores?

De los artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa y 63 al 70 del Reglamento de Expropiación Forzosa, que son los que regulan este derecho de reversión, se desprende que el primitivo dueño adquiere los bienes libres de toda carga, y ello es lógico, pues tal reversión implica una nueva compra que el titular anterior hace al expropiante abonándole el correspondiente precio, por lo que su adquisición se hará con las mismas cargas que afectaban al dicho expropiante, entre las cuales, naturalmente, no se encontraba ninguna prohibición de disponer.

4.º Por último, ¿queda afecta la indemnización recibida a cambio de los bienes expropiados por la prohibición de disponer que recaiga sobre éstos?

Aunque el problema no tiene clara solución en la legislación especial, entiendo que desde el punto de vista registral no tiene transcendencia alguna, pues tal extremo no puede ser calificado por el Registrador ni este funcionario podrá exigir que la cantidad recibida quede sujeta a la correspondiente prohibición.

LA REPARCELACIÓN URBANÍSTICA Y LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

a) Prohibiciones de disponer inscritas en el Registro con posterioridad a la certificación registral de cargas y correspondiente nota marginal de reparcelación a que se refiere el artículo 21 del Reglamento de Reparcelaciones, de 7 de abril d 1966.

Tales prohibiciones serán canceladas juntamente con el asiento que las contenga, cuyo titular no ha de ser ni siquiera citado en el expediente, según se deduce del mencionado artículo 21. En igual sentido, el artículo 27 del mismo Reglamento.

b) Prohibiciones inscritas en el Registro con anterioridad a la práctica de aquella nota marginal.

Estas plantean los dos siguientes problemas:

1.º El de si tienen la fuerza de impedir el procedimiento de reparcelación.

Parece que si la reparcelación tiene carácter voluntario, a la prohibición de disponer ha de serle atribuida la eficacia de impedirlo.

Por el contrario, «si la reparcelación tiene carácter obligatorio, sus disposiciones serán de aplicación no obstante los defectos de capacidad, limitación de la facultad de disponer o demás circunstancias que condicionen o prohíban las transmisiones de la finca en situación normal». Así lo señala el artículo 2 del Reglamento de Reparcelación, que añade que «en los casos comprendidos en el número anterior, y según los preceptos correspondientes de la legislación general de expropiación forzosa, representará a los interesados, en su caso, el Ministerio Fiscal, y las cantidades que hubieren de ser satisfechas, si procediere, se consignarán en el Juzgado o se depositarán en la Caja General de Depósitos a favor de quienes acrediten ser sus dueños».

Estas últimas prevenciones, perfectamente aplicables a los supuestos de incapacidad, o a ciertas situaciones de indisponibilidad (pseudo-usufructos, sustituciones fideicomisarias, donaciones con cláusula reversional, etc.), entiendo que no son en absoluto de aplicación a los casos de prohibición pura y simple de disponer, y ello:

— Porque los preceptos de la legislación de expropiación forzosa a los que la norma se remite, integrados por los artículos 5 y 6 de la Ley de Expropiación Forzosa, aluden a la intervención del Ministerio Fiscal y a la consignación de cantidades en los casos en que se trate de incapacitados o de titulares que «no puedan enajenar sin permiso o resolución judicial los bienes que administren o disfruten», con lo que no parece estar refiriéndose a las prohibiciones de disponer.

— Porque aunque la prohibición pueda designar las personas a quienes se pretende beneficiar, tales personas ni ostentan derecho subjetivo ni interés económico que justifique su consideración de «interesados en los bienes».

— Porque en el caso de las prohibiciones sería absurdo depositar cantidades «a favor de quienes acrediten ser sus dueños», pues hay un dueño indubitado: el titular gravado; y sin que pueda pretenderse conceder a los beneficiados por la prohibición derecho alguno a la percepción de parte de dichas cantidades.

En conclusión, la prohibición de disponer inscrita en el Registro no impide el procedimiento «obligatorio» de reparcelación ni exige en él actuaciones especiales como las que se producen en los casos de incapacidad o análogos.

2.º ¿Por el procedimiento de reparcelación se extingue la prohibición de disponer o va a pasar a los nuevos lotes adjudicados en sustitución de los afectos?

El texto del artículo 100 de la Ley del Suelo induce a pensar en esta pervivencia al señalar que el efecto típico de la reparcelación es la «subrogación, con plena eficacia real de las antiguas por las nuevas parcelas» (id. art. 31 del RR).

Pero creo que son más los argumentos que están a favor de la extinción definitiva de la prohibición, entre los que debo citar los siguientes:

— El carácter no siempre uniforme de las motivaciones por cuya causa se imponen las prohibiciones de disponer. En efecto: en algunos casos, quizás la mayoría, las prohibiciones tienen su base en fundamentos subjetivos, imponiéndose por el deseo del testador o donante de que los adquirentes no hagan un mal uso de los bienes recibidos, con independencia de cuáles sean éstos; pero por contra, en otros supuestos la prohibición tiene un marcado tinte objetivo, la relación que une al transmitente con los bienes que ahora cede; el valor de afección que aquél le atribuye a éstos, es la razón motivadora del establecimiento de la prohibición. Pues bien, en este último caso no ofrece duda de que desaparecidos esos bienes la causa de la prohibición cae por su base y ésta debe de considerarse extinguida. Justamente esto es lo que de ordinario se produce en las reparcelaciones, pues, aunque no insólito, sí será extraordinario que al propietario se le adjudiquen precisamente los mismos bienes que poseía. Si para las prohibiciones que podríamos denominar de causa objetiva ha de mantenerse la extinción de la prohibición en caso de producirse una mutación en los bienes afectos, no puede sostenerse solución diferente para las demás prohibiciones de causa subjetiva, porque ello comportaría el desarrollo de una casuística interminable, y la imposición al funcionario calificador de una función indagatoria extraordinaria, que a todas luces escapa de la esfera de sus competencias, y que, por otra parte, en numerosos casos nunca daría lugar a resultados seguros.

— Si conforme al último inciso del artículo 102 de la Ley del Suelo «se aplicarán supletoriamente a la reparcelación las normas de la expropiación forzosa» y en ésta, como hemos visto, los bienes expropiados se adquieren libres de toda prohibición, igual criterio habrá de mantenerse en aquel caso. En la normativa anterior a la reforma de 1975 se insistía expresamente en el efecto expropiatorio de la reparcelación.

— Que de mantener la continuación de la prohibición, tal postura no podría sostenerse de forma absoluta, pues en todo caso habría que admitir su extinción al menos en lo que afecta a los terrenos de cesión

obligatoria que por disposición del artículo 31 del Reglamento de Reparcelación, han de quedar libres en todo caso.

— Que la conservación de la prohibición se compagina mal con uno de los efectos que el artículo 100 de la Ley del Suelo señala para la reparcelación: «la afectación real de las parcelas adjudicadas al cumplimiento de las cargas y pago de los gastos inherentes al sistema de actuación correspondiente».

El problema, no obstante, debería presentarse al Registrador ya resuelto, por cuanto en estos supuestos el título inscribible es la certificación literal del acuerdo firme de reparcelación (art. 34 RR), y una de las inexcusables circunstancias que ha de contener tal acuerdo, conforme al artículo 24 del Reglamento de Reparcelación son las «cargas, gravámenes y *situaciones jurídicas* que pesaren sobre las fincas afectadas (por la reparcelación) con referencia a dicho Registro (el de la Propiedad) y *especificación* de las que deban pasar por subrogación a las nuevas fincas o cancelarse». El órgano actuante debería, conforme a este precepto, pronunciarse expresamente sobre las prohibiciones de disponer que afectasen a la finca como una *situación jurídica* de la misma.

LA EDIFICACIÓN FORZOSA DE SOLARES Y LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

Conforme al artículo 154 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1976, el propietario de solares debe emprender la edificación dentro del plazo fijado en el Plan o Programa de Actuación Urbanística, o en su defecto en el que señala el mismo artículo y el siguiente.

Transcurrido este plazo sin haberse cumplido la obligación de edificar (exigiéndose al menos que se haya emprendido), la parcela queda inmediatamente incurso en venta forzosa y será individualizada e inscrita por el Ayuntamiento de oficio o a instancia de cualquier persona en el Registro Municipal de Solares (art. 156 LS). Pero habrá que tener en cuenta que, con anterioridad a la vigencia de esta norma, la inclusión de los solares en tal Registro se producía siempre que mediare acuerdo obligando a la edificación forzosa de una finca en plazo no superior a cinco años, o cuando faltan por transcurrir esos cinco años si el plazo fuese superior (art. 9 Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares de 5 de marzo de 1964). En el antiguo sistema la inclusión de un solar en el Registro Municipal se producía, pues, con carácter previo al estado del mismo en venta forzosa y los trámites a seguir eran los siguientes:

1.º Solicitud del Registro Municipal al de la Propiedad (bien directamente o a través de la persona interesada), de la manifestación de las cargas, gravámenes y situaciones jurídicas inscritas y datos personales de sus titulares, así como de datos de la inscripción (pues todas estas circunstancias han de contenerse en el Registro Municipal de Solares, de conformidad con el art. 10 REF y RMS) y porque, además, la incoación del procedimiento de inclusión del solar en el Registro ha de ser notificada a los titulares de derechos reales y situaciones jurídicas inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, según dispone el apartado *b)* del artículo 15 del mismo Reglamento.

2.º Recaído acuerdo firme sobre inclusión del solar en el Registro Municipal se remitía al Registro de la Propiedad certificación literal del mismo para que se tomase razón de ello a través de una nota al margen de la última inscripción de dominio de la finca; nota que tendrá una vigencia de cinco años (art. 18 REF y RMS).

Si la finca no está inmatriculada o no consta inscrita a nombre de su propietario será tomada anotación preventiva que caducará a los cuatro años de su fecha (art. 19 REF y RMS).

Esta última posibilidad supone una profunda alteración de normas hipotecarias, pues, en primer lugar, se permite la práctica de la anotación preventiva aun en el caso de falta de tracto registral (extremo que el Reglamento Hipotecario sólo contempla excepcionalmente en su artículo 103), y en segundo término se consagra una vigencia extraordinaria de cuatro años cuando el artículo 96 de la Ley Hipotecaria señala un plazo de sesenta días prorrogables hasta ciento ochenta. Lo primero puede aún admitirse, pero es hartamente dudosa la segunda desviación, pues supone la derogación de una Ley por un simple Reglamento.

3.º Declarado el incumplimiento de la obligación de edificar, y una vez firme dicho acuerdo, el Ayuntamiento remite el expediente incoado al Registro de la Propiedad, haciéndose constar en él la resolución declaradora del incumplimiento por nota al margen de la última inscripción de dominio de la finca. Practicada esta nota, el Registrador comunicará de oficio al Ayuntamiento los cambios de titularidad y las modificaciones objetivas de la finca que se inscriban (art. 27 REF y RMS). El solar estará en situación de venta forzosa.

Habría que entender que a partir de la vigencia de la Ley del Suelo esta última obligación corresponde al Registrador una vez que se haya extendido la nota de inclusión en el Registro Municipal.

La enajenación de los solares en situación de venta forzosa abre sus cauces a través de dos diferentes vías:

- La enajenación forzosa.
- La voluntaria.

1. Enajenación forzosa. Esta puede producirse mediante dos diferentes fórmulas que tienen una aplicación sucesiva en el tiempo.

a) La expropiación por el Ayuntamiento, bien de oficio y para sí con obligación de edificar, o bien a instancia de cualquier persona que desee adquirir la finca con el compromiso de edificarla, a cuyo efecto el Ayuntamiento expropiará la finca, procediendo luego a adjudicársela a dicha persona (art. 158 LS).

Esta actuación sólo podrá tener lugar en el período de los dos años siguientes a la fecha en que la finca quedó en estado de venta forzosa.

b) Transcurridos esos dos años sin haberse acudido al procedimiento expropiatorio, el Ayuntamiento ha de sacar a subasta pública el inmueble por los trámites que señala el artículo 159 de la Ley del Suelo.

Tanto en el caso de expropiación como en el de la subasta, el título será inscribible en el Registro de la Propiedad, pese a que la finca se encuentre gravada con una prohibición de disponer.

Para el caso de la expropiación forzosa es suficientemente expreso el número 4 del artículo 158 de la Ley del Suelo: «El adquirente de los terrenos o fincas expropiados podrá elegir entre la continuación o la extinción de los derechos reales que no fueren incompatibles con la finalidad de la expropiación; y si no formulase manifestación alguna, se entenderá que opta por la expropiación absoluta»; y no cabe duda que la prohibición de disponer ha de incluirse como situación incompatible.

Para el caso de la subasta pública, es igualmente claro el artículo 37 del Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares, que en su número 3 señala: «si alguno de los transmitentes tuviere defectos de capacidad o de poder dispositivo, o si existieren limitaciones de dominio, se practicará la oportuna notificación al Ministerio Fiscal, y si éste no se opusiere en el plazo de quince días se otorgará la escritura...», añadiendo, además, el siguiente artículo que «mediante la presentación de esta escritura... se cancelarán en su caso las cargas conforme a lo prevenido para los expedientes de expropiación forzosa».

Para ambos casos (expropiación y subasta), el artículo 31 del mismo Reglamento determina en sus reglas 1.^a y 3.^a que «el procedimiento de enajenación forzosa tendrá carácter expropiatorio con aplicación de lo dispuesto en el artículo 32 del Reglamento Hipotecario en sus reglas 2.^a y 5.^a» y que «el procedimiento se aplicará cualesquiera que sean los defectos de capacidad, las limitaciones de la facultad de disponer y los obstáculos que prohíban o condicionen la enajenación de los inmuebles en situación normal».

II. Enajenación voluntaria (art. 160 LS).

Estando el solar en situación de venta forzosa, puede no obstante el propietario excluirlo de dicha situación enajenándolo directamente a persona que asuma el compromiso de edificar. Si el inmueble está en situación de subasta, también puede su propietario excluirlo de aquélla mediante un ofrecimiento al público de la venta del inmueble, cumpliendo los demás requisitos que la ley establece.

¿Podrán inscribirse en el Registro estas escrituras de venta voluntaria constando inscrita una prohibición de disponer?

Ayuda en alguna medida a la solución de este interrogante la disposición del artículo 161 de la Ley del Suelo, conforme a cuyo primer número «La enajenación de una finca incluida en el Registro, efectuada con arreglo a los artículos 158 (expropiación), 159 (subasta) y 160 (enajenación voluntaria), producirá la definitiva extinción de los arrendamientos y demás derechos personales constituidos por cualquier título en relación con la misma...».

Si conforme a tal precepto todos los supuestos de enajenación producen extinción de derechos personales, y conforme a lo que antes hemos visto sólo los supuestos de enajenación forzosa producen la de los derechos reales, cargas y limitaciones, habrá de inferirse que en caso de enajenación voluntaria, si es cierto que puede predicarse el primero de los efectos, no lo es menos el que no puede pretenderse la aplicación del segundo. Constando inscrita una prohibición de enajenar o disponer no cabrá admitir la enajenación voluntaria realizada por el propietario.

Podría decirse que ello ocasiona un serio perjuicio para el titular, que naturalmente obtendría mayores ventajas con la enajenación directa que con la forzosa, y tal perjuicio ha de pretenderse como no querido por el imponente de la prohibición; pero no hay tal si tenemos en cuenta que aun la enajenación voluntaria ha de sujetarse (como la forzosa) a los justiprecios que figuran en el Registro Municipal, tal y como parece deducirse del artículo 160 de la Ley del Suelo.

EL PROCEDIMIENTO DE CONCENTRACIÓN PARCELARIA Y LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

A lo largo de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, de 12 de enero de 1973, se contemplan numerosas disposiciones, cuyo desarrollo implica la carencia de efectos de las prohibiciones de disponer inscritas en el Registro de la Propiedad, con base a un fundamento racional y suficiente: el interés de la agricultura y trascendiendo, el interés social;

así: las normas de expropiación en materia de zonas regables (arts. 113 y sig.), en zonas de concentración parcelaria (arts. 59 y 60); la expropiación por causa de interés social (arts. 241 y sig.); las normas que a propósito de las Comarcas Mejorables se contienen en materia de arrendamientos forzosos (arts. 156 y sig.), consorcios forestales forzosos (artículo 165) y expropiación (arts. 166 y sig.); y las normas sobre permutas forzosas (arts. 261 y sig.). Pero obviamente el fenómeno que merece un especial estudio es el de la Concentración Parcelaria. ¿En qué medida afectan las prohibiciones de disponer inscritas al procedimiento de concentración?

El problema, cualesquiera que sean las dudas doctrinales que pueda plantear, y a cuyo efecto algunos de los criterios señalados a propósito de las reparcelaciones urbanísticas serían de aplicación, hay que decir que para el Registro está legalmente resuelto, al menos en lo que al procedimiento ordinario de concentración se refiere.

La regla 3.^a del artículo 235 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario dispone: «Los Registradores de la Propiedad practicarán los asientos primeros de las fincas de reemplazo y de las situaciones jurídicas y derechos reales que afecten a la misma y *hayan quedado determinados o constituidos en el expediente de concentración...*, sin que puedan denegar o suspender la inscripción por defectos distintos de... los obstáculos que surjan del Registro, distintos de los asientos de las antiguas parcelas.»

El Registrador no puede, pues, negarse a la inscripción de la finca de reemplazo, aunque la antigua estuviese sujeta a una prohibición de disponer.

En cuanto a si la prohibición subsiste o no, recayendo sobre la finca de reemplazo, del apartado transcrito y del número 1 del mismo artículo, del que resulta que en la inscripción sólo han de hacerse constar las situaciones jurídicas consignadas en el título relativo a la finca, se deduce que no figurando en tal título el mantenimiento de la prohibición, ésta no deberá figurar en la inscripción.

Si el título contuviera una declaración expresa sobre el mantenimiento de la prohibición, o si ésta es con posterioridad trasladada a la finca de reemplazo, en virtud de Resolución judicial instada y obtenida por los beneficiarios de la prohibición, conforme a los trámites de los artículos 232 y 233 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, ¿puede el Registrador oponerse a ello si entiende que la prohibición de disponer debe de considerarse extinguida a todos los efectos por virtud del procedimiento expropiatorio?

Aparte de lo insólito de la posibilidad que apunto, creo que no sería nunca correcta la oposición del Registrador, pues en el primer caso los

particulares han podido en el período de información alegar lo pertinente y no lo han hecho; y, en el segundo (Resolución judicial), supondría calificar el fundamento de las Resoluciones judiciales, actuación que no procede con vistas al artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

Para finalizar esta panorámica, la Ley de 16 de noviembre de 1979 sobre fincas manifiestamente mejorables prevé un procedimiento expropiatorio cuya resultante puede ser el arrendamiento forzoso de la finca al IRYDA, o bien la privación de su propiedad. Ni una ni otra actuación se han de ver impedidas por la existencia de una prohibición de disponer.

C) Transcurso del plazo cierto o incierto fijado al establecer la prohibición.

Requisito esencial de toda prohibición de disponer voluntaria, es el de su ineludible temporalidad.

Dice el artículo 785 del Código Civil:

«No surtirán efecto: 2.º Las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781...»; es decir, que no pasen del segundo grado, o que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador (más bien no a favor de personas, sino que se impongan a personas).

Tal precepto se ha considerado por la jurisprudencia, perfectamente aplicable a las prohibiciones de disponer que se constituyan por actos *inter vivos*.

Dos cuestiones deben centrar nuestra atención:

Primera. ¿Rebasándose el límite temporal debe de entenderse ineficaz la prohibición de forma absoluta, o sólo en cuanto afecte al exceso de duración no permitido?

Aunque parece general en las sustituciones considerar nulos sólo los llamamientos no permitidos, entiendo que cuando de prohibición se trata, dado el régimen de unidad que la preside, la solución correcta sería la de considerarla ineficaz en su totalidad.

En efecto, en las sustituciones fideicomisarias, si la tendencia a considerar válidos los llamamientos permitidos y nulo el exceso, invoca a su favor la necesidad de no privar de derechos a aquellas personas designadas dentro de los límites legales (fideicomisarios hasta el segundo grado), este argumento no puede ser manejado a propósito de las prohibiciones de disponer, respecto a las que hay unanimidad en considerar que no existe en ellas derecho subjetivo creado a favor de persona alguna; por lo que la nulidad total que como solución considero adecuada no va

a suponer lesión de derechos de ningún tipo y está más acorde con el contenido de los artículos 786 del Código Civil (respecto a las sustituciones fideicomisarias) y 641 del mismo texto legal (donaciones con cláusula de reversión) que señalan, el último de forma rotunda, la nulidad de la sustitución o de la reversión, nulidad que no arrastra ni la de la institución en el primer caso ni la de la donación en el segundo.

Aquí habrá que tener bien presente el hecho de que para que la prohibición de disponer afecte a más de un grado, el imponente habrá de prevenirlo expresamente; así, si el testador dijo «prohíbo a mi(s) heredero(s) la enajenación ...» hay que entender que la limitación sólo alcanza al heredero o herederos durante su vida y que fallecido éste, los que lo sean de él adquirirán libres los bienes. (En tal sentido la R. 2 de julio de 1909.)

Segunda. La segunda cuestión hace referencia al problema de la eficacia que haya de atribuirse a aquella prohibición temporal que ha agotado ya los dos grados legales, pero cuyo plazo de duración, fijado numéricamente en años, aún no ha concluido.

Si el imponente estableció la prohibición por un plazo cierto, afectando al adquirente de los bienes y a sus sucesores, una vez transcurridos los dos grados, entiende MANRESA (Código Civil, tomo 6, pág. 207) que la prohibición ha de desaparecer. Tal solución es acorde con la que la jurisprudencia y la doctrina ofrecen para el caso del usufructo constituido por un número determinado de años, cuando el usufructuario muere antes del plazo fijado, caso en el que el usufructo se extingue, salvo que otra cosa se hubiese establecido en el título constitutivo.

La misma solución habría que mantener cuando la cláusula prohibitiva no contenga previsión alguna de que afecte a los sucesores del gravado con ella; en tal caso, fallecido éste antes de finalizado el tiempo señalado, la prohibición quedará extinguida.

Mantener lo contrario sería ir en contra de la regla general del artículo 781 del Código Civil, dar vía al establecimiento de plazos abusivos, fomentar la vinculación de bienes, e incluso ir en contra presumiblemente de la propia voluntad del imponente.

D) *Acaecimiento del evento incierto (anterior al plazo), previsto expresamente por el imponente como causa extintiva de los efectos de la cláusula prohibitoria.*

Esta causa no ocasiona duda alguna. Si el testador o donante han precisado que, si antes de concluido el plazo por el cual se establece la prohibición, acaeciendo determinada circunstancia (matrimonio del gravado, existencia de hijos de éste, etc.), el efecto de aquélla debe cesar, producida que sea ésta y justificada adecuadamente (certificación de

matrimonio, de nacimiento, etc.), podrá hacerse constar en el Registro la extinción de la prohibición. El que tal constancia deba efectuarse mediante un especial asiento de inscripción o una simple nota marginal es problema puramente formal que no debe ofrecer dificultades insuperables. En este concreto caso, y aunque para otras de las causas extintivas que examino en este epígrafe parece conveniente un asiento de inscripción, entiendo que bastaría con una nota marginal de las modificativas del derecho inscrito (que no sería la prohibición, sino el derecho transferido en el asiento que la contenga, que se vería ahora libre de ella, y por ende, modificado en su contenido).

E) Por voluntad del que impuso la prohibición.

Naturalmente esta causa extintiva sólo puede producirse en aquellas prohibiciones contenidas en actos *inter vivos*.

No genera cuestión alguna la indiscutible facultad que tiene el imponente de una prohibición para dejarla sin efecto en el momento que estime conveniente, debiendo tal declaración de voluntad, para surtir sus efectos registrales, estar contenida en la correspondiente escritura pública. Pero ¿podrá el imponente de la prohibición atribuir a una tercera persona esa facultad de levantarla que a él compete?

Tal posibilidad, entiendo que no es en absoluto perturbadora, habida cuenta de la existencia en nuestro derecho de figuras que implican una aún mayor dejación de confianza, como ocurre con los apoderados con poderes generales y con los albaceas contadores-partidores.

Hay, además, casos en que el imponente de la prohibición no deja con exclusividad al tercero aquella facultad de extinguirla, sino que más limitadamente lo coasocia con él en ese cometido.

El siguiente ejemplo práctico puede ilustrar el supuesto al que me refiero.

○ El padre A, titular dominical con carácter privativo de una finca la dona en pleno dominio a su hijo imponiéndole la siguiente limitación: «no podrá disponer de la finca donada sin el consentimiento expreso del donante y de su esposa o del que de ellos sobreviva».

La cláusula se nos presenta como una prohibición de disponer de carácter restringido y no absoluto, por cuanto a la disposición por parte del donatario sólo se le impone la traba de tener que contar con los oportunos consentimientos.

Su alcance real y transcendencia registral está fuera de toda duda, pues aparece impuesta la prohibición en un acto gratuito, una donación, y tiene marcado un límite temporal de vigencia: la vida del donante y la de su esposa, siquiera este término sea indeterminado al ignorarse cuándo haya de cumplirse.

Los problemas que su validez pudo plantear en el pasado, acerca de si constituía o no una donación entre cónyuges prohibida, pertenecen ya, por mor del contenido permisivo del actual artículo 1.323 del Código Civil, a la historia de los debates doctrinales.

Hoy interesa estudiar cuáles sean los efectos de la cláusula de referencia, y ello requiere tener despejadas unas incógnitas previas:

— ¿Supone esta cláusula para el cónyuge no donante una atribución patrimonial?

— ¿Implica, caso negativo, una ventaja de otro tipo?

Si se decide que comporta un traspaso patrimonial a favor del esposo no donante, como conste aceptado por él tal beneficio (lo que habrá de presumirse si compareció en la escritura de donación), ocurrirá necesariamente que:

a) En vida de ambos esposos, el levantamiento de la prohibición va a exigir el concurso de los dos. El donante no puede por sí solo dejarlas sin efecto.

b) Fallecido cualquiera de los cónyuges, será preciso acreditar este hecho para que el otro consorte pueda proceder a aquel levantamiento.

Si, por el contrario, se llega a la conclusión de que la facultad de prestación de consentimiento por parte del esposo no donante, no supone un derecho con entidad patrimonial, las dos anteriores consecuencias habrán de ser negadas o al menos matizadas.

En esta última línea se decanta la tesis, a mi juicio, más correcta. La concesión de esa facultad de prestar, junto con el donante, el consentimiento preciso para enajenar los bienes, no alcanza a tener contenido jurídico-económico.

Estimar lo contrario, por considerar que esa potestad de consentir conlleva un beneficio patrimonial, supondría la imputación apriorística por parte del funcionario calificador de una voluntad extorsionadora en el esposo del donante.

En efecto, entender que el citado consorte sólo prestará su consentimiento a cambio de un valor económico (único medio de explicar la atribución patrimonial), es salirse de los límites de la misma institución, pues en la mayoría de los casos está claro que no fue la finalidad del donante establecer esa cláusula con fines lucrativos para su cónyuge, sino más bien por motivos de unidad familiar, o tutelares del patrimonio de los hijos. No es lícito presumir la existencia de una extorsión, que puede no existir (diría que «debe» no existir, pues el principio general de la buena fe como presunción primaria obliga a entenderlo así), y que aun en el caso de que existiera, escaparía del ámbito de las facultades

calificadoras que no pueden, desde luego, extenderse a presumir la comisión futura y sólo posible de un delito, ni proceder de momento al amparo del posible perjudicado para el caso de que aquél llegue a producirse, pues al lesionado, y sólo a él, corresponderá, en su caso, el ejercicio de las oportunas acciones para la defensa de su derecho.

Otra cosa bien distinta sería si el donante se hubiera reservado para sí y para su cónyuge la facultad de disponer, unida o no al derecho de usufructo sobre los bienes donados. En uno y otro caso, la ventaja patrimonial es evidente.

Hemos despejado la primera incógnita: la concesión al esposo no donante de la facultad de prestar consentimiento no supone una verdadera atribución patrimonial; pero ¿implica una ventaja de otro tipo?

A mi juicio, así es. Ya he anticipado que la cláusula en cuestión suele obedecer a razones de unidad familiar y de tutela del patrimonio de los hijos, y en ello el consorte no donante es natural que tiene un indudable interés del que no debe ser arbitrariamente privado.

Recibido y asimilado este dato indicador, puede ya adelantarse que las consecuencias de la cláusula que examinamos no deben diferir en nada de las que antes se reseñaron para el supuesto de existir una atribución patrimonial.

Sólo si el esposo no donante no intervino en la escritura ni manifestó después su aceptación de la facultad de consentir deferida a su favor, cabrá que el otro —el donante— proceda unilateralmente al levantamiento de la prohibición impuesta.

No obstante, deberá excluirse de esa extinción por voluntad unilateral, el caso en que la concesión de la facultad de consentir sea debida, y así conste en el título, a una justa reciprocidad en base a una similar actuación del cónyuge, ya fuere ésta pasada, presente o por venir.

Registralmente, fallecido un cónyuge, entiendo que no es preciso cumplir ni son de aplicación las reglas hipotecarias reguladoras de los derechos patrimoniales de carácter simultáneo y sucesivo. Así, si en el usufructo de tal naturaleza, fallecido un titular, lo procedente es extender la correspondiente inscripción de cancelación parcial y acrecimiento, no cabrá exigir los mismos trámites y asientos al caso que se contempla.

Lo normal será que para tal supuesto, el fallecimiento de un cónyuge no conste en el Registro, y sólo en el futuro, cuando se intente la enajenación de la finca, se haga constar en el título que se presente, que fallecido aquel cónyuge corresponde consentir la enajenación al sobreviviente, todo ello sin perjuicio de que el Registrador pueda y deba exigir, según se ha dicho, la prueba efectiva de tal fallecimiento. Si antes de producirse dicha enajenación se solicitase la constancia registral de la muerte de uno de los cónyuges, el título que motivó la inscripción,

en unión del correspondiente certificado de defunción, serían documentos hábiles para ello; y la forma de tal constancia no puede ser otra que la de una nota marginal de cumplimiento parcial de condición, pues la facultad de consentir es como una condición que grava, si no el dominio de la finca, sí la facultad de disponer de ella.

○ Supuesto similar, aunque no idéntico al anterior, se produce en aquellos casos en que el cónyuge donante de sus bienes privativos prohíbe a los *donatarios la disposición de los mismos mientras vivan él y su esposa*.

De este caso se ocupó la Resolución de 13 de diciembre de 1963, y exige ser examinado a través de las tres siguientes fases:

a) *Durante la vida de ambos esposos*

Indudablemente los donatarios podrán disponer si consienten en ello ambos esposos, porque interviniendo ellos en tal forma, resultarán concurrir al acto todos los afectados y posibles beneficiados por la prohibición de disponer.

Tampoco cabrá duda de que no será suficiente para levantar la prohibición el consentimiento unilateral del cónyuge no donante.

Problema más arduo es el de si bastará sólo el consentimiento del cónyuge donante. La Resolución de 1963 citada (aunque se dictó para un caso en que el cónyuge donante estaba ya viudo, si bien tal extremo no quedó justificado), entendió eficaz tal consentimiento sobre la base de que «quien pudo donar pura y simplemente y no lo hizo, puede perfeccionar su deseo con posterioridad y suprimir las limitaciones inicialmente impuestas, siempre que con ello no perjudique o lesione los derechos legítimamente adquiridos por terceras personas».

Otras razones se añaden, además, en el mentado fallo, tales como la de que el cónyuge no donante no intervino en el primer contrato (donación), y que los que no fueron parte en dicho negocio jurídico (aunque no se sabe si con ello el Centro Directivo quiere referirse a otros hijos del donante a cuyo favor quedaron establecidos en la donación ciertos derechos de adquisición preferencial, o si alcanza también al propio cónyuge) sólo gozan de una estipulación en favor de tercero, que por no constar fehacientemente aceptada, puede ser desde luego unilateralmente revocada.

No puedo por menos que señalar que esta última conclusión debe ser rechazada, pues como tengo apuntado para el caso anterior y con mayor claridad en éste (en el que el donante sólo tiene en cuenta la vida de su esposa para establecer sobre ella el plazo de duración de los efectos de la cláusula prohibitiva), el cónyuge no donante no recibe

atribución patrimonial alguna y por ello no puede hablarse de estipulación establecida a su favor.

b) *Fallecido el cónyuge no donante*

De la referida Resolución de 1963 se infiere la «innecesidad» de justificar tal fallecimiento para que el cónyuge sobreviviente pueda levantar la prohibición, lo que es totalmente congruente con lo antes dicho, pues si el fallecido no ostentaba derecho alguno, su muerte no tendrá relevancia a estos efectos.

Siguiendo los pasos de las tantas veces citadas Resolución, sólo en el caso en que constase en el Registro la aceptación por parte del cónyuge no donante, habría que exigir la justificación de su fallecimiento. No compartiendo, como antes señalé, la idea de que la cláusula que estudiamos encierre una estipulación en pro de tercero, tampoco puedo comparar esta última consecuencia derivada de aquella premisa.

c) *Fallecido el cónyuge donante*

En tal caso, ¿podrá el cónyuge no donante con el concurso de los donatarios levantar la prohibición?

Tal posibilidad la entiendo factible y no porque de la cláusula prohibitiva pueda inferirse que el citado cónyuge tenga facultades para hacer cesar los efectos de la misma, sino porque es de esencia a las prohibiciones de disponer el que éstas puedan ser levantadas con el concurso de todos los posibles favorecidos (en este caso donatarios y cónyuge sobreviviente), tal y como veremos en epígrafe posterior.

• Un especial caso de decaimiento de las prohibiciones lo constituye el resuelto por la Resolución de 30 de septiembre de 1980, que está un poco a caballo entre los de este epígrafe (prohibiciones hechas cesar por voluntad del que las impuso) y los del siguiente (levantamiento por los posibles favorecidos con la prohibición).

El Hospital de San Francisco de Paula, de Madrid, había sido creado en 1912 como una fundación de beneficencia particular para la asistencia gratuita de varones trabajadores pobres.

En sus estatutos figuraba un artículo que en lo que nos importa contenía la siguiente prohibición: «Artículo 60.—Aunque ... hubiera de suspenderse el funcionamiento del hospital, nunca en este ni en ningún otro caso podrá de manera alguna enajenar, pignorar ni gravarse el solar ni el edificio del hospital con sus anejos e instalaciones...». Tal disposición constaba inscrita en el Registro.

En los últimos tiempos, y en virtud de la concurrencia de determinadas circunstancias (cobertura por la Seguridad Social de la mayoría de las

prestaciones fundacionales; avance espectacular de las técnicas médico-sanitarias; declaración del edificio monumento histórico-artístico), se hizo evidente la necesidad de cambiar los fines de la Fundación, así como la de desarrollarlos con unos medios y en otra edificación más acorde con los tiempos; a tal efecto se instó por el Patronato el oportuno expediente, resuelto de modo favorable por el Protectorado, en este caso la Dirección General de Servicios Sociales, que en su Resolución de 19 de septiembre de 1978:

Uno.—Determinó la finalidad de la Fundación, que sería en el futuro la de asistencia a la tercera edad de los trabajadores de uno y otro sexo.

Dos.—Y autorizó la desafectación del edificio del hospital, pudiendo ser ya objeto de cualquier negocio de disposición.

Presentada al Registro la anterior Resolución, es negada su inscripción, por entender el Registrador que a ello se oponía la prohibición inscrita, y que el título presentado no tenía la virtualidad de hacerla desaparecer.

El Presidente de la Audiencia confirma la nota calificadora.

La Dirección General de los Registros y del Notariado revoca el auto y la nota, por estimar que el Patronato y el Protectorado pueden conjuntamente proceder al cambio de fines de la Fundación (máxime cuando el cumplimiento de los originarios se ha hecho prácticamente imposible), así como suprimir la existente prohibición de disponer, si aquel cambio lo exige o hace conveniente.

F) Extinción de la prohibición por voluntad del favorecido con ella.

En el caso planteado por la Resolución de 23 de junio de 1936 se legó una finca con prohibición de venderla y con la obligación por parte del legatario de conservarla para sus hijos.

El legatario, una vez inscrito su derecho, constituyó hipoteca sobre la finca legada a cuyo efecto su, de momento, único hijo, prestó consentimiento a la constitución de la hipoteca, dispensando a su padre de las limitaciones que estaba obligado a respetar.

La hipoteca se inscribió, y en el asiento practicado fueron arrastradas las limitaciones a las que la finca estaba afecta. Llegada la ejecución de la hipoteca y aprobado el remate, se procedió al otorgamiento de escritura, en la que el deudor y su hijo dieron su asentimiento a la venta.

Presentada en el Registro esta última escritura, el Registrador denegó la inscripción.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota calificadora y declaró inscribible el documento.

La Dirección General de los Registros y del Notariado resolvió que la venta era inscribible, siempre que en «la inscripción se haga constar

que quedan a salvo los derechos de los posibles favorecidos con la limitación impuesta en el testamento».

Esta Resolución plantea, entre otros, los siguientes interesantes problemas:

1.º El que surge de la hipoteca inscrita.

El funcionario calificador nada puede hacer por cuestionar su procedencia o improcedencia, pues como acertadamente dice el Juez de Primera Instancia en su informe, el Registrador no puede calificar los asientos ya practicados, ni los títulos ya inscritos.

Otra cosa es decir que el Registrador, calificador en su día de la escritura de hipoteca, debió de denegarla. Ello hubiera sido lo correcto, no tanto por los efectos impositivos de la prohibición, sino por los de la sustitución fideicomisaria establecida por el testador. Su función podría haber ocasionado dudas si en la escritura constitutiva se conviniese en suspender la ejecución de la hipoteca, subordinándose al doble hecho de quedar extinguida la prohibición (por muerte del fiduciario primer llamado al legado), y ocurrir tal fallecimiento sin hijos, o bien que existiendo estos hijos sustitutos fideicomisarios prestasen su consentimiento a la ejecución; pero ninguna de tales prevenciones se contenían al parecer en la escritura de hipoteca, y si sólo la circunstancia de que el único hijo entonces existente del legatario la consentía, lo que a todas luces debió de haberse considerado insuficiente, procediéndose a la denegación de la inscripción solicitada.

2.º En segundo lugar ha de plantearse el problema de si la inscripción de hipoteca practicada tenía virtualidad cancelatoria de las limitaciones que afectaban a la finca.

El recurrente sostiene desde luego este efecto, acudiendo para ello a razones tan peregrinas como las siguientes: 1) que siendo la inscripción de hipoteca constitutiva, tiene más valor que las declarativas (refiriéndose a la previa de dominio); 2) que la inscripción de hipoteca supone para el acreedor una inscripción de dominio condicional; 3) y que el Registrador, inscrita la hipoteca, no puede, al presentársele el documento motivado por su ejecución, calificarlo con base al asiento de dominio y sí sólo al de hipoteca.

El Registrador en su informe niega tales efectos cancelatorios con argumentos totalmente ortodoxos: 1) no se practicó una cancelación formal, y buena prueba de ello es que en la inscripción de hipoteca se arrastraban las limitaciones existentes; y 2) que la cancelación requiere una Resolución firme en juicio declarativo o el consentimiento del titular inscrito, y siendo así, que el consentimiento es sólo dado, en este caso, por un hijo del legatario cuyo eventual derecho aún no ha llegado a consolidarse, al no haber acaecido el oportuno momento para ello, y puede,

además, no llegar a consolidarse en la forma prevista (pues podrían aparecer otros hijos), tal consentimiento no puede ser considerado suficiente.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, aunque no considere canceladas la prohibición ni la sustitución (al menos no lo dice expresamente), viene a acabar recogiendo en su fallo, como un argumento más que lo justifica, «el consentimiento que ha prestado el favorecido con la prohibición».

3.º La tercera cuestión se desprende de la anterior.

Si la hipoteca no cancela ni la prohibición de disponer ni la sustitución, entran en colisión dos inscripciones: la de dominio afecta a tales limitaciones, y la de hipoteca, cuya lógica consecuencia es la posible futura ejecución. Darle un valor absoluto a la primera supondría negar los efectos de la segunda, y concederle plena primacía a ésta equivaldría a ignorar los efectos que son consustanciales con la primera.

Ante esta extraordinaria situación, la Resolución que vengo comentando acude como única vía posible de salida a este problema, de solución nunca satisfactoria, a la tesis mediadora: se permite la inscripción de la venta judicial, pero dejando a salvo los intereses de los posibles perjudicados por dicha transmisión judicial. El Centro Directivo se encontró en el trance de decidir sobre los efectos de dos contrapuestos asientos, cuya validez y eficacia no podían ser discutidos por la vía gubernativa; y en tal sentido debe considerarse que la doctrina sentada en su fallo era, en esas circunstancias, la única posible.

El problema en general no será frecuente que se plantee de nuevo, pues existiendo una prohibición de disponer inscrita en el Registro al presentarse una escritura de hipoteca, ya conocemos que la correcta actuación calificadora será la de no admitirla, o admitirla si ésta se condiciona y subordina en cuanto a su ejecución al hecho de que desaparezca al prohibición inscrita; con lo que tanto en uno como en otro caso no habrá colisión de asientos, y la ejecución no se produce o se produce, pero no atenta ya contra la prohibición de disponer por constar ésta previamente extinguida.

Aunque la Resolución que he glosado no resulta en gran medida aprovechable para el tema que nos ocupa, de todo lo referido sí puede deducirse que siempre que de la cláusula prohibitiva no pueda inferirse inductivamente quiénes sean los favorecidos por ella (lo que constituirá el caso más común), la voluntad del presunto o presuntos beneficiados no puede por sí sola tener virtualidad cancelatoria de la prohibición.

Pero si aparece claro quiénes sean las personas en cuyo interés queda establecida la prohibición de disponer (que no habrá obstáculo en que puedan serlo los mismos gravados), lo que ocurrirá cuando se trate de prohibiciones con régimen subsidiario para el caso de infracción, o consti-

tuidas por plazos calculados sobre la vida de ciertas personas, debe sostenerse que el consentimiento de tales beneficiados tiene eficacia cancelatoria de la cláusula prohibitiva.

Este concreto caso de prohibición con régimen subsidiario se planteó singularmente en las Resoluciones de 7 de mayo, 14 de mayo y 21 de mayo de 1929, cuyo contenido paso a examinar:

Un testador instituyó herederos universales a sus siete sobrinos, disponiendo que las herederas hembras (en este caso cinco de tales sobrinos) no podrían, entre otras restricciones, vender ni hipotecar mientras vivan sus maridos; sus hijos quedarán sometidos mientras viva el padre, si éste sobrevive a su mujer, a las mismas restricciones. Si el que fallece es el marido, las herederas quedarán libres, pero contrayendo un segundo matrimonio, los bienes no enajenados durante la viudez se sujetarán a idénticas limitaciones. Añadía el testador que si alguno de los herederos, o en su caso los hijos de éstos infringiera la prohibición impuesta, perderá todos los bienes heredados, que pasarán a ser propiedad de aquel o aquellos de los coherederos que los reclamen judicialmente, y que el que no acudiese a este juicio después de requerido para ello se tendrá por renunciante de tal derecho.

Los bienes heredados se inscribieron en el Registro con las reseñadas limitaciones que, como sabemos, sólo afectaban a los cinco sobrinas herederas, quedando libres de ellas los otros dos varones.

Planteado entre los herederos un juicio sobre la validez de ciertas divisiones realizadas por algunos de ellos, dos de las herederas demandadas formulan reconvencción, solicitando que se ordene la cancelación de las antedichas restricciones testamentarias por haber incurrido en ineficacia. El Juez, apreciando como base para su fallo la renuncia que todos los interesados hicieron del derecho especial de acrecer que la cláusula testamentaria les concedía, ordenó que las prohibiciones fuesen canceladas.

El Registrador a quien se presenta el fallo judicial deniega la cancelación ordenada, por entender que dicha cancelación no procede por virtud de la simple renuncia convencional, aunque ésta esté confirmada por una sentencia firme, sino que es preciso la sentencia que declare la nulidad, revocación, caducidad o ineficacia del título.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota calificadora.

La Dirección General de los Registros y del Notariado confirmó el auto presidencial apelado.

En tales Resoluciones conviene destacar la alegación por el Registrador en su informe de un dato nuevo, que en su nota no se apunta expresamente, dejándose sólo entrever, y es la idea de que renunciando todos los coherederos al acrecimiento derivado de la infracción de la prohibición de disponer, se produce una porción vacante en la herencia a la que

habrán de ser llamados los sucesores *ab intestato* (pues no se puede renunciar al acrecimiento y aceptar por vía intestada la porción objeto de aquel acrecimiento, según se desprende del artículo 1.009 del Código Civil). El Juez informante manifestó estar plenamente de acuerdo con esta formulación.

El Presidente de la Audiencia y la Dirección General entendieron, por el contrario, que, en el caso debatido, era clara la voluntad del testador en el sentido de que la facultad de denunciar la infracción y, por tanto, de acrecer queda atribuida con exclusividad a los herederos testamentarios, sin hacerse mención alguna de los *ab intestato*, y en su consecuencia es eficaz la renuncia general hecha por los coherederos designados, no pudiendo pretenderse que la cancelación de las limitaciones testamentarias pueda perjudicar a terceros de índole alguna.

Esto último es, a mi juicio, lo correcto, pues no puede olvidarse que el derecho de acrecer legal se da sólo en tres casos: premoriencia, renuncia e incapacidad, ninguno de los cuales acontece en el supuesto examinado, en el que se trata más bien de un especial derecho de acrecer constituido por vía testamentaria, que no puede quedar sujeto a idénticas reglas que aquél. La especialidad de este derecho de acrecer queda patente en el supuesto de que los bienes, por fallecimiento en estado de casada de una de las herederas gravadas, pasasen a los hijos de ésta y los referidos hijos infringiesen la prohibición que aún les afecta, caso en el que sería excesivamente complicado pretender aplicar las reglas que el Código formula en la materia, a este singular derecho de acrecer que se daría entre los tíos y los sobrinos respecto de unos bienes que ya habían sufrido una nueva transmisión *mortis causa* (la herencia de la heredera gravada).

En el caso de las Resoluciones que vengo examinando, tanto el Presidente de la Audiencia como la Dirección General refrendan sus respectivos fallos acudiendo a un argumento indiscutible: «el Registrador no puede examinar los fundamentos de las Resoluciones judiciales», aunque, claro está, esto, que es rigurosamente cierto, no interesa ya al tema que he intentado desarrollar y que en este punto doy por definitivamente concluido.

FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ

Las uniones no matrimoniales en el Derecho histórico español.

La sucesión *mortis causa* a favor de los hijos extramatrimoniales en el Derecho aragonés

SUMARIO: I. *Introducción a la historia de los Fueros aragoneses: su expansión territorial*—II. *Regulación de la sucesión mortis causa de los hijos extramatrimoniales en los Fueros aragoneses anteriores a la Compilación de Huesca de 1247*: A) Redacción primera del Fuero de Jaca. B) Compilación privada de Derecho aragonés. C) Fuero de Teruel —año 1177—. D) Fuero de Tudela. E) Redacción tardía del Fuero de Jaca.—III. *La Compilación de Fueros de Aragón de 1247. Sumaria nota de su época. Influencias en la Compilación. Preceptos en ella relativos a la sucesión de hijos extramatrimoniales. Otras disposiciones forales posteriores relativas a la sucesión de tales hijos*.—IV. *Significado institucional de la regulación de la sucesión mortis causa de los hijos extramatrimoniales a partir de la Compilación de Huesca de 1247 en la familia aragonesa*.—V. *Los siglos XIX y XX y el renacimiento de los estudios de Derecho aragonés*: A) Doctrina de FRANCO y GUILLÉN: *Instituciones de Derecho civil aragonés*, Zaragoza, 1841. B) Doctrina de DIESTE y JIMÉNEZ: *Diccionario de Derecho civil aragonés*, Madrid, 1869. C) Año 1880: Real Decreto de 2 de febrero y Congreso de Jurisconsultos de Zaragoza. D) FRANCO y LÓPEZ: *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés, escrita con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Zaragoza, 1886. E) MARTON y GAVÍN: *Tratados de sucesiones intestadas*. „ Zaragoza, 1888. F) BARRACHINA: *Tratado de Derecho foral español*, Castellón, 1911. G) Síntesis final del antiguo Derecho de ISABAL: *Exposición y comentario del Cuerpo legal denominado Fueros y observancias del Reino de Aragón, derogado por el vigente apéndice al Código Civil español*, Zaragoza, 1926.—VI. *El Código Civil de 1888-1889 y Aragón. El proyecto de GIL BERGÉS —1904—. El Apéndice foral aragonés de 1925*.—VII. *Del Apéndice foral aragonés a la Compilación de 1967 de Derecho aragonés: el Título Preliminar del Código Civil, la Constitución Española de 1978 y la Ley 11/1981, de 3 de mayo, sobre la patria potestad, filiación y regímenes económicos matrimoniales*.—IX. *Consideraciones finales*.—X. *Apéndice: La sucesión mortis causa de los hijos extramatrimoniales en los fueros de Daroca y de Alfambra*: 1) Fuero de Daroca. 2) Fuero de Alfambra.

PARTE SEGUNDA

I. INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DE LOS FUEROS ARAGONESES.
SU EXPANSIÓN TERRITORIAL

Creo que es preferible reproducir en extenso la autorizada opinión de LALINDE ABADÍA (1) para poder desenmarañar el complejo proceso de formación de los Fueros primitivos de Aragón, anteriores a la Compilación de Huesca de 1247, de tanta importancia, para distinguir el «antes» y el «después» de dicha Compilación. Porque en la sucesión *mortis causa* de los hijos extramatrimoniales, el «antes» de 1247 es decisivo para demostrar que en este punto la Compilación innovó, por influencias «ultramontanas», esto es, romano canónicas, la regulación precedente, aniquilando cualquier derecho del hijo no matrimonial a la sucesión del padre.

(1) «Se concretan en el siglo XI dos focos jurídicos de expansión: el local o ciudadano de Jaca y el comarcal nobiliario de Sobrarbe. El primero comienza a plasmarse cuando Sancho Ramírez, en 1063, se propone elevar la villa real a la condición de ciudad mediante el otorgamiento de «bonos fueros» que ayuden a la repoblación y a la constitución de un núcleo urbano de importancia, y se desarrolla cuando Ramiro II le concede en 1134 el Derecho de Montpellier, lo que la hace entrar en el área de los fueros francos. El segundo no consiste en un texto concreto, sino en unos privilegios de los infanzones o nobles de la comarca de Sobrarbe... Paradójicamente, el Derecho local de Jaca se comarcaliza, mientras que el Derecho Comarcal de Sobrarbe se localiza. En cuanto al primero, cuando Alfonso II procede a confirmarlo en 1187, no lo considera el ordenamiento exclusivo de la ciudad, sino el de toda la tierra al otro lado de la sierra y hacia las montañas de Jaca, lo que significa atribuirle la condición de Derecho de «la montaña» en oposición al Derecho de España, territorio hacia el Sur y de ocupación musulmana. Por el contrario, el Derecho de Sobrarbe sobrevive por su concesión a localidades como a Tudela en el siglo XII... El Derecho pirenaico traspasa la sierra de Guara y se extiende por la llanura, aunque no lo hace formalmente... Su introducción es obra de los colonos francos y experimenta la influencia mozárabe al producirse la reconquista de Zaragoza. Aquella descansa en el *liber iudiciorum*. Con los materiales suministrados por el Derecho montañés influido por el elemento mozárabe y los que suministra el orden territorial, constituido, fundamentalmente, por los iudicia del Rey, a finales del siglo XII y principios del siglo XIII se crea un Derecho comarcal por juristas anónimos, que recibe el nombre de «Fuero de Aragón», similarmente a lo que había sucedido con el «Fuero de Castilla». Se plasma en diversas redacciones, de procedencia popular, como la originaria de Borja, o de procedencia erudita, como la originaria de Huesca. En dichas redacciones se aprecia la sensibilidad con respecto a las reformas que la Iglesia establece en esa época dentro del Derecho penal y procesal.» *Introducción histórica al Derecho español*, Ediciones Ariel, Esplugues de Llobregat, 1970, págs. 142-143.

II. REGULACIÓN DE LA SUCESIÓN «MORTIS CAUSA» DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES EN LOS FUEROS ARAGONESES ANTERIORES A LA COMPILACIÓN DE HUESCA DE 1247

a) *Redacción primera del Fuero de Jaca* (2)

Se distingue en ella el tratamiento de los hijos «borts» de los hijos «nats en adulteri». Para los primeros se destina el parágrafo 46 (3). Se desprende del texto que existe la concurrencia de hijos «borts» con hijos «de muyer a bendición», dándose por supuesto que la barragana ha sido la primera y la «muyer a bendición» la segunda. Si el padre deja en vida señalada alguna parte de su herencia a su hijo «bort», después de su muerte éste no puede reclamar cosa alguna, ni en muebles ni en heredades. Pero si el padre muere sin testamento o no deja parte al hijo «bort», éste

(2) El mismo autor —*Los fueros de Aragón*, Librería General, Zaragoza, 1979, páginas 23-33, afirma que, con arreglo al fuero, la ciudad de Jaca aparece como un conjunto de caballeros, burgueses y mercaderes, campesinos, judíos y sarracenos. Los tres primeros grupos se consideran en plano de igualdad, lo que supone un triunfo de los burgueses, por naturaleza inferiores a los caballeros, y para los campesinos, que se aburguesarán a través de su integración en la ciudad. La condición de ciudad burguesa, lo que entraña también la condición de real, se manifiesta en que se trata de excluir como propietarios a los infanzones, es decir, a los nobles.. El Fuero de Jaca es un fuero de francos, en el sentido de que su propósito es atraer, fundamentalmente, población del Norte —del sur de Francia, claro— garantizándolo su condición de libertad.

Que consiguió tal foralidad burguesa un relativo éxito en un principio a fines del siglo XI y mediados del XII hasta su derrota por la foralidad militar de la segunda época —fines del siglo XII y siglo XIII— lo demuestra el testimonio de VICENS VIVES: «De esta forma, los 'francos', que ya desde medio siglo antes formaban barrios aparte en Jaca, Sangüesa, Pamplona, Estella y Huesca, fueron los repobladores de Zaragoza, Tudela, Tarazona, etc. Por lo tanto, la primitiva burguesía aragonesa fue ultrapirenaica y llegó atraída por privilegios especiales. En cambio, en el campo preponderaron los musulmanes con el nombre de exaricos» (*Manual de historia económica de España*, 4.ª ed., Barcelona, 1963, pág. 146).

(3) «Efectivamente: el trato dispensado por el Fuero de Jaca a los hijos naturales es muy favorable. Dentro del libro II, el parágrafo 46, que trata de 'Com part lo bort ab lo de benición', establece que 'Moltes vegades auen que homne, avant que aya myller a bendition, ha filtz o filla daltra myller; et si pren myller et en ha enfantz, et per auenture laxa certana part e senyalada as aquel filtz primer, apres sa mort del payre tal filtz non pot demandar part de payre de moble ni de heredit; pero for es que si lo payre auia moble o heredit mentre vivia deuli laxar senyalada part qual a el playra; mas si per auntera mor se testament o non laxa part al flitz bort, aquel flitz bort partirá per for eugalment ab les altres frayres que son de benicion tot lo moble et tota la heredit que pertayn a son payre». La regulación, perfectamente diferenciada, que se da en el Fuero de Jaca respecto de los hijos ilegítimos, según sean naturales o no naturales, es clarísima (MONTULL LAVILLA: «Notas sobre la filiación ilegítima en la Compilación de Huesca», *Anuario de Derecho Aragonés*, tomo IV, 1947-1948, pág. 157).

partirá por fuero igualmente con los otros hijos que son de bendición todo mueble y toda la heredad de su padre (3 bis).

Esta solución corresponde al más castizo Derecho medieval de muchos cuerpos legales de España, que justamente ha llamado por su originalidad la atención a muchos medievalistas hispanistas extranjeros. El hijo natural o «bort», en concurrencia con el hijo legítimo o de «muyer de bendición», tiene idénticos derechos a sus hermanos legítimos, porque es obvio que el padre puede también en el Fuero de Jaca apartar o señalar cosa concreta en concepto de legítima a los hijos de bendición, que no tienen individualmente derecho a un *quantum* legitimario concreto. Porque no ha existido nunca en Aragón la legítima «corta» castellana, a favor de los descendientes legítimos.

Las necesidades de la repoblación, la necesidad de tener el mayor número posible de hijos bajo la dependencia de un patriarca —para el cultivo de las tierras o para la guerra—, pueden explicar perfectamente esta supervivencia de los más primitivos principios sucesorios germánicos en favor de los hijos, indistintamente los matrimoniales y los naturales o «borts».

El sistema, en opinión de FICKER, recuerda el primitivo Derecho germánico nordoriental, concretamente el danés (4).

He dicho que muchos cuerpos legales, aragoneses o no, de los siglos XII y XIII, reproducían la solución del Fuero de Jaca para la sucesión de los hijos de barragana.

El libro de los Fueros de Castilla, parágrafo 169, reproduce el Fuero de Logroño, que permite al padre fijodalgo apartar a los fijos de barragana con cinco sueldos «de mueble o heredat», porque en tal caso «con los otros fijos de velada non debe partir». Pero si no le hubiese señalado algo, debe

(3 bis) Todo hace pensar que MONTULL LAVILLA entendió como redacción primera del Fuero de Jaca la numerada con la letra E, que está hoy contenida en las páginas 511 a 628 de la edición crítica del FUERO DE JACA, publicada por MAURICIO MOLHO en el Instituto de Estudios Pirenaicos, Escuela de Estudios Medievales, C. S. I. C., Zaragoza, 1964. Dicha redacción tuvo su origen en Pamplona en el segundo tercio del siglo XIV (MAURICIO MOLHO: *Ob. cit.*, pág. LX).

(4) Según este Derecho, «a pesar del reconocimiento en el Ding —Asamblea popular de hombres armados— el padre puede indemnizar al *naturalis* por su extenso derecho abintestato con un donativo insignificante, lo cual en el Derecho danés tiene que darse igualmente en el Ding. Y como luego aparece nombrado a menudo como mínimum el donativo de 5 solidi, constituye esto un dato directo muy concreto para su filiación en el Derecho gótico antiguo, pues exactamente el mismo donativo, que parece haber servido al principio también para los hijos legítimos, se halla citado también en la parte del reino de los godos que cayó en poder de los francos en 507. Posteriormente se encuentran sumas mucho más importantes: así, según el Fuero Viejo, el hijo de barragana reconocido de hidalgo castellano puede ser indemnizado de su derecho hereditario con quinientos sueldos» (*Sobre el íntimo parentesco entre el derecho godo-hispánico y el noruego islándico*, traducida por ROVIRA ARMENGOL, Universidad de Barcelona, 1928, págs. 52-53).

sucedir como hijo legítimo: «deve levar toda su suerte entera». Sin embargo, el párrafo 175 del mismo libro reconoce que el fijodalgo «puede a los fijos de barragana facer fijodalgo y darles quinientos sueldos. E por todo esto no heredará en lo suyo». Parece justificada la opinión de FICKER, y enlaza pues, el Fuero de Jaca en este punto con otros primitivos derechos peninsulares, que posiblemente, estuvieran emparentados con el primitivo derecho danés.

Sin embargo, por influencia del primitivo Derecho canónico, el párrafo 47 del libro II (5) del Fuero de Jaca excluye al hijo adulterino que a la muerte intestada del padre se presenta a demandar su parte frente a los hijos legítimos del mismo padre: *Contra hoc dicit fuerum: tu in peccatis es natus es nascere non debuisti, ideo nulla ratione potes aut debes esse heredem in hereditatis quam requiris*. A continuación se dejan a salvo las liberalidades que el padre les hubiera dejado por piedad. Y lo mismo se establece respecto de la mujer que comete el adulterio, respecto de su hijo.

b) *Compilación privada de Derecho aragonés*

Me refiero a la estudiada por GACTO FERNÁNDEZ (6) y MONTULL LAVILLA (7). LALINDE ABADÍA, en el apartado I de este estudio, nota número 1, opinaba que fue dicha Compilación privada una comarcalización del primitivo Fuero de Jaca, una extensión de dicho Fuero a toda la tierra aragonesa, formando la primitiva Compilación de un Derecho general del reino a fines del siglo XII.

El párrafo 18 permite al padre heredar a los «filios bordes» con cinco sueldos y una cahizada de tierra de sembradura o con una heredad, para que no reciban la parte de los hijos «que sunt ad benedictionem». Pero si no hiciere tal cosa el padre, «partiran mobile vel hereditate cum filiis qui sunt ad benedictionem».

La Compilación establece un régimen especial para el hijo «borde» no nacido todavía. «Cuando la madre espera el nacimiento del hijo y el padre fallece sin saberlo —y, en consecuencia, sin dejarle una parte de sus bienes—, el póstumo queda apartado de la sucesión» (8) (9).

(5) MONTULL LAVILLA: *Ob. cit.*, pág. 156.

(6) «La filiación ilegítima en el Derecho histórico español», publicaciones de la Universidad de Sevilla (*Anales de la Universidad Hispalense*), pág. 182, nota 456, y 184, nota 467, Sevilla, 1969.

(7) *Ob. cit.*, pág. 155.

(8) GACTO FERNÁNDEZ: *Ob. cit.*, pág. 184, nota 467.

(9) «Que no se le atribuyeran los mismos derechos que a los naturales, que heredan con los legítimos si el padre no les asigna una porción determinada, resulta lógico, porque en este caso el hecho de que el padre no les aparte debe interpretarse como deseo de que se equiparen a los legítimos; pero tratándose de un póstumo».

La Compilación contiene también una neta exclusión de los hijos ilegítimos no naturales: «iste... non debet hereditare patrem suum neque partire cum aliis germanis, quia, qui non debuit nasci, quomodo debet accipere partem?» (10).

Se mantiene firme en todo el Derecho aragonés, desde el Fuero de Jaca, la prohibición de suceder *ab intestato* a los hijos adulterinos. No se plantea la equiparación con estos de los sacrílegos, como se hará en el Derecho aragonés bojamedieval, a partir de la Compilación de Huesca de 1247, porque todavía no se había asentado definitivamente la disciplina de la Iglesia sobre la prohibición del matrimonio —o de su suceso, el dáu, la barraganía— a los eclesiásticos. Por ello la Compilación privada habla sólo de hijos adulterinos, ya sea de mujer casada o de hombre casado.

«La impresión que se desprende de estos intentos de territorialización del ordenamiento aragonés, es la de que se realizan bajo el signo del aplastamiento de la foralidad burguesa por parte de la foralidad militar. El movimiento burgués, surgido al amparo de las peregrinaciones de Santiago, ha quedado larvado ante la fuerza adquirida por los barones e infanzones convertidos en grandes propietarios agrícolas y ganaderos, los cuales imponen su ordenamiento... Salvo lo indicado, puede decirse que en la Jaca del siglo XIII no queda ya nada del viejo Fuero de SÁNCHEZ RAMÍREZ, no ya en la letra, sino en el espíritu, pues las nuevas redacciones lo han convertido en un Fuero de infanzones» (11).

c) *Fuero de Teruel, año 1177*

Constituye, según LALINDE ABADÍA (12), la culminación de la foralidad concejil o de «Extremadura», caracterizada según este autor por la radicalización de los privilegios concedidos, pues nadie acude al peligro si no es estimulado por notables ventajas, no sólo a los nobles, sino a los campesinos se pretende robustecer la familia y los grandes concejos de la marca con los musulmanes. Ello explica que sirva de modelo al de Cuenca —1189-1190—, cabeza de una familia de Fueros de Castilla.

tumo cuya existencia en el vientre de su madre ignora, si no lo aparta, no es porque prefiere situarlo en una posición más favorable, sino debido a que el silencio de la madre ha tenido como consecuencia la imposibilidad de que el padre exteriorice su voluntad acerca de la situación en que hubiera de dejar al niño» (GACTO FERNÁNDEZ: *Ob cit.*, págs. 184-185). El mismo precepto se contiene en el Fuero General de Navarra, 2, 4, 5 (GACTO FERNÁNDEZ: *Ob cit.*, pág. 185).

(10) MONTULL LAVILLA: *Ob cit.*, pág. 156

(11) LALINDE ABADÍA: *Los fueros de Aragón...*, cit., pág. 48.

(12) LALINDE ABADÍA: *Los fueros de Aragón...*, cit., pág. 38.

Pues bien, según este Fuero de Teruel, en el folio 7.º, «el hijo herede los bienes del padre, si non fijo o fija que fuere feito en adulterio, que aquel non deve ser nacido o non deve heredar según fuero manda». Ley 4.ª (13).

Del mismo tenor es el Fuero de Cuenca, donde se considera naturales a los hijos de barragana y éstos suceden a sus padres indiferenciadamente con los hijos legítimos, al menos hasta el año 1285, en que un privilegio de Sancho IV acaba con esta práctica (14).

La Ley 197 del Fuero de Teruel ordena que del mismo modo que responde la esposa, responda la concubina de las deudas hereditarias del barragán o compañero. La Ley 445 permite a la mujer o concubina que afirmare estar preñada del difunto, que posea los bienes de éste bajo fianza, con tal que pariese dentro de los nueve meses siguientes al fallecimiento, en cuyo caso mantendría en su poder los bienes en provecho del hijo y se alimentaría de ellos.

Hablando de la Ley 4.ª de este Fuero, MONTULL LAVILLA (15) señala que «es más de destacar este contenido del Fuero de Teruel desde el momento en que, perteneciendo a la familia de Fueros que se viene denominando Cuenca-Teruel, y pese al gran número de divergencias que en otros muchos puntos o instituciones de Derecho privado encontramos en su comparación con los Fueros Generales del Reino de Aragón, se observa, sin embargo, aquí, en el orden de los derechos sucesorios de la filiación ilegítima, una identidad de criterio, digna de tenerse en cuenta, respecto a estos otros Fueros aragoneses... inspirados por regla general, en fuentes diversas a los de aquella familia. Por lo demás, el trato respecto de los ilegítimos no naturales es común en otras Compilaciones y luego no se ha de modificar ni en la propia Compilación de Huesca».

En el siglo XVI, dice LALINDE ABADÍA (15 bis), se encuentra todavía al margen de los «Fueros de Aragón» la vieja «Extremadura» turolense... Su ordenamiento se recopila en romance por Juan del Pastor, y se edita en Valencia... en 1531, constituyendo la base del Fuero de Teruel... En 1547, Felipe II reconoce que Teruel tiene Fueros distintos de Aragón... Pero el propio monarca aprovecha las turbaciones en Aragón para hacer desaparecer el ordenamiento de la «Extremadura» turolense —1565—.

d) *Fuero de Tudela*

Apunté antes cómo se concedió el Fuero de Sobrarbe a Tudela en el siglo XII. El Fuero, II, 12, ordena que si hay hijo o hija —de barragana—

(13) MONTULL LAVILLA: *Ob. cit.*, pág. 155.

(14) GACTO FERNÁNDEZ: *Ob. cit.*, págs. 179-180.

(15) MONTULL LAVILLA: *Ob. cit.*, pág. 155.

(15 bis) *Los fueros de Aragón* .. cit., págs. 122-125.

debe partir con los hijos «de bendición», estando el padre muerto. Y si no hubiere el padre hijos (de bendición, se entiende), debe heredar la totalidad el hijo o hija —de barragana— (16).

e) *Redacción tardía del Fuero de Jaca*

En esta redacción, según GACTO FERNÁNDEZ (17), puede observarse la evolución que apunta el autor: «algunos de los ordenamientos que hemos analizado evolucionan más tarde a consecuencia de la recepción de las corrientes romanocanónicas y reemplazan esta regulación sucesoria de la filiación natural por otra más severa, aproximándose a un régimen, más moderno en el tiempo, que vamos a analizar a continuación. En el siglo XIII y en territorio navarro-aragonés, se localiza una corriente caracterizada por atribuir a los hijos naturales derechos mucho más limitados que los que les concedían los Ordenamientos jurídicos hasta ahora examinados; se producen redacciones modernas de Fueros que establecían un sistema de participación de los hijos naturales en concurrencia paritaria con los legítimos, si previamente, el padre no los apartaba de la herencia con alguna porción de sus bienes, testamentariamente o en vida. En el Fuero de Jaca se tolera que el padre o la madre dejen al hijo natural parte de sus bienes; con arreglo al procedimiento de otras redacciones anteriores que hemos estudiado, el padre que quisiera favorecer a los hijos del matrimonio, debía separar al hijo con una cuota de su patrimonio. Ahora, en cambio, el hijo natural preterido queda desprovisto de cualquier medio de defensa que le permita aspirar a tener una parte de los bienes paternos» (17 bis).

La romanización avanzaba imparablemente: en 1187, Placentino instalaba una Escuela de la Glosa en Montpellier, lugar de nacimiento de

(16) MONTULL LAVILLA: *Ob. cit.*, pág. 154.

(17) *Ob. cit.*, pág. 186.

(17 bis) *Ob. cit.*, págs. 86 y 186, nota 167: «Si d'aquí enant algun naxera de solt e de solta, en voluntat del payre e de la mayre sia que-l donen, si-s volen, dels bens en vida o en mort. E si nenguna cosa no-l daran ni-l laxaran, non puscan iames demandar part. E si s'auenra per aventura que-l payre nega aquel atal fil qui non es so, si la mayre o aquél poran provar per testimonis bastantz que una vegada o molts lo otorga que era so fill o l'avía axí como o fill, es tangut lo payre de tenerlo per fill e de nodrirlo; mas pero no sia forcat de darli de sos bens si no-s volia, axí como dit es».

GACTO FERNÁNDEZ alude aquí con toda corrección —cuando se publicó su obra ya MAURICIO MOLHO había publicado su edición crítica de los Fueros de Jaca y clasificado las diversas redacciones manuscritas del mismo— al manuscrito A₂ de dichos fueros, que, según este autor, *ob. cit.*, pág. XXXI, «es la primera recopilación romaneada extensa del Fuero. Tiene su centro en Jaca y es obra de jurisconsultos aragoneses». «Antes de 1328 debieron copiarse los manuscritos A₂ y B, ya que sólo a través de la Cancillería Real Francesa pudieron ingresar en el fondo del Trésor des Chartes» (íd., íd., pág. XVIII).

Jaime I de Aragón, integrada aquella ciudad en aquel entonces en la Corona de Aragón. Los juristas aragoneses y sobre todo catalanes, estudian ya ambos Derechos en Bolonia y vienen imbuidos de doctrina jurídica romano-canónica, hostil a toda suerte de filiación extramatrimonial.

No hay que decir que estas innovaciones del Derecho «ultramontano» —así llamado el romano-canónico por los autores aragoneses del siglo XIX, con un claro matiz hostil por lo que supuso de innovación de las tradiciones primitivas del Derecho aragonés— no podían chocar demasiado a los colonos francos o a sus descendientes, pues en Francia, ya desde el siglo XI y aun antes, las costumbres, inspiradas en las primitivas capitulares carolingias, excluían de la sucesión legítima a los hijos «bastardos». La palabra «bastardo», sin paragón en Derecho aragonés, ni en ninguno español, es un evidente galicismo —traslación literal de «bâtard»—, pero no del siglo XVIII, sino del siglo XIII o XIV, cuando se descalifica con arreglo a criterios extranjeros la filiación extramatrimonial hasta ahora regida con pautas castizas aragonesas y españolas.

III. LA COMPILACIÓN DE FUEROS DE ARAGÓN DE 1247. SUMARIA NOTA DE SU ÉPOCA. INFLUENCIAS EN LA COMPILACIÓN. PRECEPTOS EN ELLA RELATIVOS A LA SUCESIÓN DE HIJOS EXTRAMATRIMONIALES. OTRAS DISPOSICIONES FORALES POSTERIORES RELATIVAS A LA SUCESIÓN DE TALES HIJOS

Puede caracterizarse la época por los siguientes trazos esquemáticos. La Corona de Aragón padece una grave crisis económica que ha analizado el profesor UBIETO, de la que quizá se salven un tanto los condados catalanes, abiertos al mar y al comercio con Italia y, en sus inicios, con Levante. El Rey Don Jaime I ha lanzado a sus reinos a la aventura de la conquista de Mallorca —1229— y Valencia —1232-1238— a los musulmanes. Francia, apoyada por el Papado, destruye toda la política imperial aragonesa en Occitania —Sur de Francia—. La Inquisición se implanta en los reinos de Aragón —año 1232— para reprimir las herejías cátara y valdense: consta que a fines del siglo XII hay un obispo cátaro en el Valle de Arán. San Raimundo de Peñafort compila las Decretales en 1234 y escribe el primer manual dirigido a los inquisidores para la pesquisa de los herejes en 1235 ó 1241-1242. El Reino de Aragón tiene una clara conciencia de desmejora frente a los condados catalanes, beneficiados con la parte del león en las conquistas de Jaime I. Pero la crisis económica anula la influencia de los burgueses libres, artesanos y comerciantes, frente a la poderosa nobleza feudal que controla la propiedad territorial y la ganadería, las que explota con siervos mudéjares.

Todo este contexto explica que el Rey, una vez consumadas sus grandes conquistas, en el ápice de su grandeza, pretende ordenar la legislación de Aragón, siguiendo el impulso codificador que surge en la Europa de su tiempo (18). Dio el encargo de realizar la Compilación al Obispo de Huesca, su pariente, Vidal de Canellas (19).

En la redacción de la Compilación hubo un pacto político tácito entre el Rey y la poderosa nobleza —la burguesía quedó eliminada del mismo, por la crisis económica y por no haber participado en las migajas de la conquista de Mallorca y Valencia, cosa que sí hizo la nobleza territorial.

Creo importante extractar el proceso compilador, para distinguir las variadas influencias romano-canónicas y castizas aragonesas que en él se perfilan (20).

(18) Glosa ordinaria o Magna Glosa de Accursio —1227—, que cierra el período de los «glosadores» y marca el inicio de los «postglosadores»; Decretales de Raimundo de Peñafort-Gregorio IX, en 1234; redacción de los primeros estatutos italianos; codificación de Alfonso X el Sabio en Castilla, precedida por el Fuero Viejo de Alfonso VIII de Castilla y la traducción al romance castellano del Liber iudiciorum de Fernando III de Castilla-León; Forum antiqui regni Valentiae de 1239-1240; inicios de redacción del Fuero General de Navarra —1234-1304—, y fuera de la Península y del área mediterránea, las recopilaciones territoriales de leyes del «Espejo sajón» y «Espejo Suabo» en el Sacro imperio romano germánico, diversas recopilaciones del norte de Francia y la legislación de Valdemar el Viejo en Dinamarca.

(19) Oriundo de Canellas, del Bajo Penadés, de la pequeña nobleza, fue estudiante *utriusque iuris*, en aquella época apenas distinguidos, en Bolonia. Acompañó al Rey, ya como obispo, a la conquista de Valencia, donde, según MODESTO LA-FUENTE, Ed. Montaner y Simón: *Historia de España*, Barcelona, 1888, tomo IV, página 107, desempeñó el papel que respecto de Fernando III de Castilla realizó el arzobispo de Toledo don Rodrigo Ximénez de Rada. Parece que intervino en la redacción del Forum antiqui regni Valentiae de 1239-1240. Era «deudo», esto es, pariente, del monarca y totalmente adicto a su persona. No es de extrañar que en el Forum antiqui regni Valentiae también se excluyera a los hijos naturales de la sucesión abintestato de su padre (LXXXVI, 6).

(20) «La tarea que se propone el Rey es la de añadir, suprimir, suplir, desarrollar lo necesario y corregir más útilmente los referidos «Fueros de Aragón». Los hace leer y, tras discutirlos, apartar lo superfluo, completar lo peor expuesto e interpretar lo que estaba oscuro, los hace reunir en un volumen y bajo ciertos títulos. Reconoce que ha cambiado y corregido algunas cosas en los fueros antiguos, corrigiéndolos y aclarándolos con la voluntad de todos porque ocasionaban grandes perjuicios temporales y espirituales al no ser aplicados por celo de la justicia ni tampoco a aumentar su dominio, ni tampoco a dispensar a sus súbditos las libertades aceptables» (LALINDE ABADÍA: *Los fueros de Aragón...*, cit., págs. 54-55).

Reunidas las Cortes a fines del año 1246, el obispo recibe el encargo de redactar dos colecciones o «compilaciones» de fueros, una «mayor» y otra «menor».

Redacta ambas compilaciones: la «menor», en romance —dialecto aragonés—, se divide en ocho libros y ha servido de base a las discusiones en las Cortes del reino, que introducen, por ejemplo, penas de muerte o de efusión de sangre, no previstas por el prelado. Luego es trasladada al latín por la Cancillería real.

La «maior» o Vidal Mayor, en su redacción romance, es conocida como el libro *In excelis Dei Thesaurus* por sus primeras palabras. Es un encargo de las propias Cortes, pero aunque se discute si ha tenido o no carácter oficial, es evidente que su valor doctrinal fue enorme e influyó en varias generaciones de juristas aplica-

La transacción o pacto político consistió en que el Rey no introdujo en la Compilación los Fueros relativos a la sucesión en la Corona, seguramente porque pretendía, ya en 1247, dividir sus Reinos entre los hijos de los dos matrimonios con Doña Leonor de Castilla y Doña Violante de Hungría —se había comprometido a ello en las capitulaciones con esta última reina. Ello era contrario a la costumbre regia visigótica y suponía innovar en Aragón-Cataluña lo que Sancho Garcés III el Mayor había hecho doscientos años antes en Navarra, siguiendo las costumbres francas. «El Monarca, Jaime I, probablemente hubiera dado entrada al Derecho romano, renaciente entonces en Europa, como se ha indicado, sobre todo en la medida en que, procediendo aquél de un imperio, favorecería el poder político del Rey, pero no se ha atrevido a oponerse a la voluntad del grupo social dominante, como tampoco lo ha hecho en Cataluña, ... ni siquiera en Valencia...» (21). El resultado transaccional es un «contenido netamente nacionalista, pues, como se ha visto, se adapta totalmente al Ordenamiento territorial que ha ido surgiendo desde fines del siglo XII. En el Ordenamiento han participado romanistas y canonistas..., sin embargo, la única huella que han dejado son los epígrafes de los títulos en que se han dividido los libros, extraídos del Ordenamiento romano canónico, considerado en la época como el Derecho común, pero que en la mayoría de los casos sólo tienen una relación muy lejana con el contenido, como se ha dicho, eminentemente nacionalista y afiliado a una foralidad militar, impuesta por el grupo social dominante de los barones, ricos hombres, infanzones y caballeros» (22).

BRIOSO MAYRAL (23) entiende que la Compilación de 1247 supone el triunfo de dichos grupos —detentadores de la tierra y de la ganadería, no se olvide— sobre los artesanos y comerciantes de las ciudades y las villas.

dores prácticos del Derecho. «Dividida en nueve libros, uno más que la Compilación menor, ha pretendido completar ésta dentro del marco del Derecho romano y canónico aprendido por el obispo en Bolonia, no componiéndolo para uso de las gentes, sino para uso de letrados o expertos en la administración de la justicia.

Estos letrados pueden encontrar bien los preceptos merced a la sistematización empleada en el libro, que procede del citado Derecho romano y canónico» (íd., id., páginas 55-56).

Los fueros de Aragón es conocida también actualmente como «Código de Huesca» y también como «Compilación de Huesca» .. La Compilación de Huesca guarda estrecha relación con el derecho territorial elaborado en Jaca, Huesca, Borja o Zaragoza. . De una forma u otra, el parentesco ha sido muy estrecho y la colección de Jaime I se ofrece como una cristalización de la foralidad militar. Redactada en romance y vertida después al latín, está dividida en ocho libros que no llevan rúbricas, aunque éstas se utilizan para subdividir aquéllos en títulos, los cuales agrupan varios preceptos o fueros... (íd., id., pág. 56).

(21) LALINDE ABADÍA: *Los fueros de Aragón*, cit., pág. 61.

(22) Id., id., págs. 60-61.

(23) «Los infanzones en los fueros aragoneses en la época de Jaime I», en *Jaime I y su época*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1982, págs. 63-64.

LALINDE ABADÍA (24), afirma que «la influencia del Derecho común en el Derecho aragonés se verifica siempre a través de vías indirectas, como son: *a)* la sistematización romanista del autor del proyecto y los epígrafes o rúbricas de los títulos, que son extraídos del Derecho romano y que, frecuentemente, responden a un pensamiento distinto al que refleja el contenido; *b)* del Derecho canónico, elemento que no ha suscitado la reserva que ha suscitado el Derecho común, en general, y que está presente en el *Derecho de Familia, Sucesiones*, obligaciones, penal y procesal; *c)* de la doctrina, aprovechando la introducción de la equidad como Derecho supletorio y en esencial, a través de la actividad de los justicias y lugartenientes, siendo muy perceptible el influjo romanista en las observancias».

La transacción de 1247 no evita que la crisis económica continúe y que en las Cortes de Zaragoza de 1265 el Rey reconozca la existencia del Justicia de Aragón —nueva concesión a la nobleza— y en las de 1283, ya fallecido Jaime I, que su sucesor, Pedro III, pacte con las Cortes el Privilegio general, por el que se compromete a observar los Fueros, usos, costumbres, privilegios y cartas de donación y cambios de Reino en Aragón, Ribagorza, Valencia —por las localidades de este reino sujetas al Fuero de Aragón— y Teruel (25).

¿Cuál es la suerte de los hijos extramatrimoniales en la Compilación de 1247? Aunque la influencia romano-canónica no sea muy acusada en el conjunto de dicho Cuerpo legal, en la materia concreta de la sucesión de los hijos extramatrimoniales es absolutamente decisiva. Como apunta LALINDE ABADÍA (26), «por influencia eclesiástica se muestra oposición a los hijos adulterinos y de religiosos, y menor comprensión que en el orden territorial a los hijos naturales —«bordes»—, que son los que proceden de los «suelos», solteros —de «suelto» o de «suelta».

¿Cuáles son los preceptos de la Compilación relativos a los hijos extramatrimoniales?

En la rúbrica *De natis ex damnato coito* —Libro 5.º— se dispone que «si en lo sucesivo alguien naciere de 'soluto' et 'soluta', sea de la voluntad del padre o de la madre, que le den de sus bienes, sea en vida o *mortis causa*; si no le dieran o le dejaren *mortis causa*, no pueda pedir parte alguna de la herencia. Y si acontece que el padre niegue que sea suyo tal hijo, si la madre o el mismo hijo pueden probar por testigos idóneos que una vez o varias concedió al hijo ser hijo suyo, o lo hubo como tal

(24) *Introducción...*, cit., pág. 148.

(25) LALINDE ABADÍA: *Introducción...*, cit., págs. 144-145.

(26) LALINDE ABADÍA: *Los fueros en España...*, cit., pág. 59.

hijo, sea obligado el padre a tenerlo como hijo y a alimentarlo. Pero no sea obligado a darle al hijo de sus bienes si no quisiera, como se ha dicho».

Esto, en cuanto a los hijos naturales, nacidos *de solutus cum soluta* —obsérvese la terminología canonista, ajena a los principios del primitivo Fuero de Jaca, para el que el «fitz bort» era el habido de la barragona, no simplemente de una unión aislada, como presupone el Derecho canónico, que quiere privar de todo efecto a la barraganía.

Los hijos adulterinos, siempre que fueren habidos de laicos —pues si fueren habidos de clérigos serían sacrílegos: el matrimonio ya había sido prohibido a los clérigos en el Concilio III de Letrán—, no pueden suceder *mortis causa* ni a título voluntario ni *ab intestato*: el laico, mientras viviere, movido de misericordia, podría darle algo de sus bienes o asignarle algo al hijo adulterino. No obstante, la parte o la donación que los padres o madres adúlteros asignaren a los hijos tales, si fallecieren tales hijos antes de la edad legítima, revertirían a los parientes más próximos de donde provinieran los bienes.

La observancia XXV, *De generalibus privilegiis totius regni Aragonum*, dispuso que «En Aragón cualquiera puede dar, tanto en vida como *mortis causa*, algo de sus bienes a su hijo nacido de unión de soltero con soltera; pero si no quisiere dar nada, no es obligado a dar nada, ni puede obligarle el hijo, quien sólo puede pedir en vida del padre o de la madre alimentos. Pero a los nacidos de adulterio, o de otro modo de unión condenada o nacidos de religioso, nadie pueda dar *mortis causa*, pero sólo el padre laico puede dar algo en vida por razón de misericordia. No obstante, los dichos hijos, si fallecieren sin testamento, deben revertir a los más próximos de aquella parte de donde proceden los bienes, a no ser que los bienes estuvieren vinculados, en cuyo caso sucederían aquéllos para los que se hubieren vinculado los bienes.

Otras observancias que hacían referencia a la sucesión de los hijos extramatrimoniales: la primera, *De natis ex damnato coitu*, y la segunda, bajo la misma rúbrica.

La primera: El padre no puede legar en el testamento al hijo nacido de adulterio algo de sus bienes, ni siquiera aquello que dejare por su alma para causas pías, sino sólo en vida puede dar algo que es arbitrario, y lo que dice el Fuero del religioso, debe entenderse igualmente del presbítero, pues se equiparan. Y la segunda: Igualmente, por costumbre, al hijo o a la hija nacidos en adulterio, el padre puede dar a su arbitrio moderadamente, pero si diere algo excesivo, al hijo o hija adulterino, sería nulo y ello se aplicaría a los parientes más próximos, como si a ellos se hubiere donado.

Igualmente, el Fuero único de *Fillis illegitimis*, de la propia Compilación de Huesca de 1247, dispone que el hijo no legítimo, si tuviera determinada parte de cosas del padre, con documento suficiente, no está obligado a pagar las deudas del mismo.

El sistema de atribución de bienes paternos al hijo extramatrimonial queda, pues, delineado a fines del siglo XIII con la publicación del Privilegio general —1283—: en las observancias posteriores sólo se perfilan detalles del mismo.

IV. SIGNIFICADO INSTITUCIONAL DE LA REGULACIÓN DE LA SUCESIÓN «MORTIS CAUSA» DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES A PARTIR DE LA COMPILACIÓN DE HUESCA DE 1247 EN LA FAMILIA ARAGONESA

Como dice GACTO FERNÁNDEZ (27), «este tratamiento viene, en definitiva, a consagrar el poder absoluto de la voluntad del padre, pues no se fija, como hacían las Partidas, un límite máximo a las donaciones que les conceda el padre, y puesto que en Aragón no existe la legítima, aunque la participación sea muy crecida, nunca los naturales podrán perjudicar a los legítimos. Sin embargo, observa MOLINO —1589—, en cuanto a la facultad que asiste a los padres de dejar bienes a los naturales, que no pueden hacerles en detrimento de los derechos de hijos del matrimonio una donación demasiado crecida, y sería revocada por supervivencia de legítimos, si no se toma la precaución de prevenir esta eventualidad, con la simple formulación de una instancia solicitándolo.

Por otra parte, los Fueros proclaman la total libertad de adopción, aun existiendo hijos legítimos —el texto dice naturales—, poniendo cierto énfasis en el vínculo de sangre, en oposición al lazo ficticio y legal que supone la adopción, y por esta vía pudieron fácilmente los naturales entrar a formar parte de la familia del padre en igualdad de condiciones con los nacidos de legítimo matrimonio».

En VIDAL MAYOR —año 1247— se explica el giro que experimenta la legislación aragonesa a raíz de la Compilación de Huesca con respecto a la filiación natural: es significativo que se considere ahora como un escarnio el hecho de que pudieran tener la misma consideración los legítimos y los no legítimos ante el Derecho, y que se declare conveniente desarraigar tal abuso; la influencia romano-canónica es evidente. También refiere la confusión que debió provocar este cambio del punto de vista

(27) *Ob. cit.*, págs. 190-192.

de la legislación, a la que contribuyó, además, la brevedad y redacción un tanto oscura del precepto. Extendiéndose en consideraciones sobre el Derecho común, SESSÉ afirma que el hijo natural no reconocido por el padre, tampoco lo es por los parientes paternos, y así como no sucede *ab intestato* a su progenitor, tampoco heredan a éstos ni los consanguíneos a ellos; respecto de la madre y parientes maternos, se les reconoce el Derecho a suceder *ab intestato*, salvo en dos casos especiales: cuando la madre es ilustre y cuando nació punible. Pero según el Derecho del Reino, continúa este autor, hay una diferencia en cuanto a los ilegítimos, porque éstos, incluso los nacidos de soltero y soltera, no reconocidos por el padre ni por la madre, son apartados de la sucesión de ambos. Y de aquí se sigue que cuando el hijo natural no sucede al padre ni a la madre, entonces tampoco hereda *ab intestato* a sus respectivos consanguíneos. Sin embargo, en otro lugar de su obra, SESSÉ acude al Derecho común para asegurar que los naturales tienen derecho a lo necesario para su subsistencia.

Con respecto al padre, los derechos del hijo son absolutamente desconocidos si no medió su reconocimiento. El Fuero excluyó completamente a los ilegítimos, dice SESSÉ, y, por consiguiente, no son llamados a la herencia ni suceden *ab intestato*. Y no puede afirmarse que el Fuero habla sólo de padre y madre, y que la prohibición no debe extenderse a los parientes, porque la disposición corrige en este punto el Derecho común, que admite la sucesión de los consanguíneos de parte de la madre sólo porque la madre reconoce a estos hijos espurios, y si no los reconociera, tampoco heredarían los hijos a los parientes de su parte, como ocurre con los paternos; como en Aragón los espurios no son reconocidos ni por el padre ni por la madre, hay que inferir que tampoco se reconocerán por los consanguíneos de ninguna de las dos partes.

Sólo se debe acudir al Derecho común en los casos en que el Fuero no sea suficiente, pero en materia de sucesión intestada la regulación es completa.

La influencia, pues, de la recepción del Derecho común en la Compilación de Huesca fue decisiva, y no cesó en ningún momento de la vigencia de los preceptos relativos a la sucesión *mortis causa* de los hijos extramatrimoniales, pues, como demuestra GACTO FERNÁNDEZ, todos los autores que posteriormente los glosan y comentan, adoptan pautas romano-cánónicas, más evolucionadas, pero no menos restrictivas, para sistematizarlo en un conjunto ordenado de doctrina jurídica sobre la materia.

El padre queda investido, en virtud de la Compilación de Huesca, de poderes absolutos para insertar o no en su familia legítima al hijo extramatrimonial no de dañado ayuntamiento. Que estos poderes se lla-

men o no patria potestad a la romana, o se rechace esta denominación —en virtud del axioma del Derecho aragonés, *De consuetudine regni patriam potestatem non habemus*—, poco importa. El retroceso histórico en los derechos de los hijos extramatrimoniales, tal como estaban perfilados en los Fueros anteriores a la Compilación de 1247, es evidente.

En primer término, no se alude más al «fitz bort», denominación que presupone el nacimiento de «mujer de ganancia» o «barragana»; sino a «suelto» con «suelta» para calificar a los progenitores del hijo natural. Cualquier unión pasajera, aun sin las características de la barraganía, puede dar lugar a la calificación de hijo natural, como más adelante los autores admitirán, por aplicación de las Leyes de Toro.

El padre puede desconocer la paternidad natural, y en tal caso la madre o el hijo se ven obligados a probar por medio de testigos idóneos que una o varias veces la concedió la cualidad de hijo o que lo tuvo como hijo. Pero aunque tal prueba se produzca, el padre sólo está obligado a alimentar al hijo y no a otra cosa. Los poderes del padre son muy superiores a los que la patria potestad romana pudiera atribuir a un padre sobre un hijo: aquí puede, radicalmente, negar la paternidad, pues la investigación de la misma, a diferencia del Derecho común, no está permitida, fuera de los limitados supuestos que prevé el Fuero.

Y admitida la paternidad en tales supuestos, el hijo no hereda del padre, ni de los parientes del padre: sólo tiene derecho a reclamar alimentos de éste.

El padre, puede, pues, reconocer o no al hijo natural. Si le reconoce, puede donarle alguna cosa, *inter vivos*, y *mortis causa*, ordenar en su favor alguna disposición testamentaria. Pero en uno y otro caso, cualquiera de estas disposiciones son un acto de su libérrima voluntad: no está obligado por fuero a hacerlo. Puede, asimismo, adoptar al hijo natural, para lo que no obsta que tenga otros hijos legítimos, con lo que le atribuye a aquél iguales derechos que a éstos. Sin olvidar que en Aragón no existe *quantum* legitimario individual concreto, como en Castilla.

Es claro que la posición patrimonial del hijo natural depende absolutamente de la voluntad del padre.

Se perfila, a mi juicio, una patria potestad tan dura como la primitiva romana. El romanismo —no templado por el cristianismo— de las disposiciones forales es absoluto, y crea una familia natural en todo dependiente de la voluntad del progenitor, ajeno a la humanización del Derecho romano postclásico por el cristianismo, y que se aleja totalmente del primitivo Derecho aragonés, influido por ideas germánicas.

El renacimiento jurídico romanista para Aragón, en materia de filiación extramatrimonial, se inició, no en el siglo XVI, sino en el XIII, y el precepto de la Compilación de Huesca duró casi setecientos años en este Derecho, hasta ser modificado, indirectamente, por el Apéndice del Derecho Foral Aragonés de 1925. Decir que la Compilación robusteció la familia foral es decir una verdad a medias: robusteció, sí, la fundada en el matrimonio, pero hizo retroceder durante muchos siglos la condición jurídica del hijo extramatrimonial.

Todavía era más aflictiva la posición de los hijos nacidos de adulterio o de padre religioso: nada podían recibir de sus padres *mortis causa*, añadiendo algunos autores, que ni siquiera de la parte de la herencia dedicada a legados piadosos o a su alma. La incapacidad para suceder a dichos padres era absoluta. Sin embargo, el padre laico —se excluía, evidentemente, al religioso o sacerdote— podía darles en vida algo de sus bienes o asignarles alguna parte de los mismos. Pero en tal caso, si fallecieren los hijos antes de la edad legítima, tales bienes o tal parte de bienes, revertían a los parientes más próximos de la línea de procedencia de los bienes.

Curiosamente, y por influencia del Derecho feudal francés, el hijo natural —bastardo, dicen los autores—, «se dice que es de la familia del padre y puede llevar las armas de la familia» (27 bis). Sin embargo, no podía usar del beneficio «de la saca» o retracto gentilicio, en la enajenación de los bienes por sus consanguíneos, por la misma razón por la que está excluido de la sucesión de tales consanguíneos» (27 ter).

Puede apreciarse que si bien, a efectos de los honores feudales, subsiste la vinculación a la familia de sangre, todos los beneficios de orden económico respecto de la misma son cortados radicalmente, con sentido extensivo, por estimar que no pertenecen a la familia propiamente dicha, fundada en la legitimidad de nacimiento.

El triunfo de las ideas romano-canónicas en este punto fue absoluto. No pudo disgustar a la foralidad nobiliario-militar, clase social triunfadora en el siglo XIII en la Compilación, dado que robustecía la potestad omnímoda del padre en punto a regular a su albedrío las relaciones familiares.

El mantenimiento de las estructuras señoriales durante largos siglos en Aragón, con una insignificante burguesía de las villas y escasas ciudades que necesitase un orden familiar distinto del nobiliario, justifica que las críticas al sistema de no sucesión hasta aquí delineado para los hijos extramatrimoniales, sólo se iniciaran, y con bastante timidez por cierto, en el siglo XIX. Ello obedeció quizá al triunfo del Derecho castellano como

(27 bis) MIGUEL DE MOLINO: *Repertorium fororum observantiarum regni aragorum*, Zaragoza, 1585, folio 141.

(27 ter) Id., id., folio 46 vuelto.

Derecho supletorio —ya las Leyes de Toro reconocieron derechos a la sucesión *ab intestato* a los hijos naturales— y por la equiparación de los derechos de los hijos, matrimoniales y extramatrimoniales, derivado de las leyes de la Revolución francesa —no así del Code Napoléon, que fue muy conservador en este punto.

V. EL SIGLO XIX Y LA RENOVACIÓN DE LOS ESTUDIOS DE DERECHO ARAGONESES

A) *Doctrina de Franco y Guillén: Instituciones de Derecho civil aragonés, Zaragoza, 1841*

Define este autor, en el artículo 147 de su proyecto de Compilación civil aragonesa, como hijos ilegítimos, «los que han nacido fuera del matrimonio. De éstos hay varias clases: unos son naturales o bastardos; otros espúreos, otros incestuosos, otros adulterinos y otros nacidos de padres presbítero o religioso o de monja profesa».

El artículo 150 disponía que «al hijo natural le pueden dar sus padres lo que quieran, ya en vida, ya para después de su muerte, pero si nada le diesen o dejasen no tendrá acción para pedir más que los alimentos mientras vivan los padres. Para tener este derecho a los alimentos y a ser tratado como hijo, se requiere que el padre lo reconozca como tal, o en su defecto, que el hijo o la madre prueben con testigos idóneos que en alguna ocasión le reconoció el padre o le trató como hijo —F. único de *natis ex damnato coitu* y Ob. 25 de *Generalibus privilegiis*, R. Ar.—». Artículo 151: «Los hijos adulterinos, los nacidos de presbítero, religioso o de dañado ayuntamiento nada pueden recibir de sus padres *mortis causa*, ni aun de la parte que destinen para legados piadosos o para su alma; pero el padre lego, mientras viva, podrá darles algo *causae misericordiae*, bien que lo por este medio reciban de su padre o madre, deberá volver a los parientes más próximos por la parte de donde provienen los bienes, si muere el hijo dentro de la menor edad o sin hacer testamento. Si los bienes dados al hijo fueren vinculados, deberán volver al llamado en el vínculo» —F. y Obs. citados y Ob. primera *De natis ex damnato coitu*—.

Artículo 152: «Cuando el padre durante su vida diese a su hijo o hija adulterinos más de lo regular, sería nula la donación y se volvería a los parientes más próximos al padre» —Obs. segunda, *natis ex damnato coitu*—.

Reconociendo el autor la legitimación por subsiguiente matrimonio o por rescripto del Rey o del Papa —art. 153—, tomaba la noción de hijo

natural de las Leyes de Toro, como se desprende del artículo 154: «Sólo pueden legitimarse por subsiguiente matrimonio o por rescripto del Rey los hijos naturales, esto es, los que nacieron o fueron concebidos en tiempo en que sus padres podían contraer legítimo matrimonio sin dispensación», «con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la mujer de quien la hubo, en su casa, ni sea una sola» —Ley 1, título 13, partida 4.^a, y 1, tít. 5, lib. 10 *Novis. Recop.*—.

Después de disponer en el artículo 444 que «todos los hijos legítimos sin distinción de sexos suceden por igual a los padres»... «y juntamente con éstos sucederán los adoptivos» —ANIÑÓN, *De sucess. ab intest.*, cap. I, LISSA, *Tiroc*, libro 3, título 1.^o—; en el artículo 445 dispone: «No tiene derecho a la sucesión de que habla el artículo anterior el hijo natural; puesto que si el padre no le deja nada no tiene acción para reclamar cosa ninguna y que sólo en vida de su padre o su madre puede pedir alimentos» —Ob. 25, *De general privil.*, etc.—.

El comentario a dicho precepto merece ser transcrito: «No sólo está privado de esta sucesión el hijo natural, sino también los descendientes legítimos de éste —SESSÉ, dec. 43— y con mayor razón los demás ilegítimos, como adulterinos, incestuosos, etc. Son muy varias las opiniones de los autores acerca de si los hijos ilegítimos pueden suceder en falta de otros parientes legítimos, a los que lo sean por la línea materna, toda vez que éstos les suceden y que la sucesión, en sentir de algunos, debe ser recíproca. SESSÉ —dec. 43— cita dos decisiones del Consejo de Justicia en que se resolvió esta duda negativamente, y aún manifiesta su opinión contrario a ellas. LISSA, *Tiroc*, libro 3, título 5, y FRANCO, *Coment. al F. un de natis ex damnato coitu*, aseguran haberse decidido en los Tribunales del Reino que los hijos ilegítimos pueden suceder en los bienes que proceden de la línea materna, en falta de parientes legítimos. Nosotros, al ver la variedad de estas decisiones y el silencio que acerca de la materia guardan los Fueros, creemos más equitativo que sucedan en los bienes de la línea materna, ya porque es lo más natural que la sucesión sea recíproca, ya porque sería opuesto en cierto modo al artículo 305 de la Constitución de 1812 el que se impusiera a los hijos una pena que debió recaer únicamente sobre los padres».

El artículo 451 dispone que «los bienes dados por el padre lego a su hijo adulterino o de dañado ayuntamiento con arreglo a lo prescrito en el artículo 151, cuando éstos mueran intestados o dentro de la menor edad deben volver a los parientes más próximos por aquella parte de donde provienen los dichos bienes a no ser que sobre ellos se hubiere formado vínculo, porque entonces irían a los llamados por el fundador. —Obs. 25 de *Gener. privil.* etc., y 2 de *natis ex damnato coitu*. Y en nota

aparte, se remite a la nota o comentario al artículo 445, ya transcrito en punto a la sucesión de la herencia de la madre.

Y el artículo 435 transcribía el artículo 2.º de la Ley de Mostrencos, de 16 de mayo de 1835, que establecía un orden de suceder distinto del foral, para excluir al Estado de la sucesión de los bienes vacantes. «El Estado sucede en los bienes de los que mueran o hayan muerto intestados sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo a las leyes vigentes. A falta de dichas personas sucederán con preferencia al Estado: 1. Los hijos naturales legalmente reconocidos y sus descendientes por lo respectivo a la sucesión del padre y sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos para suceder a la madre.—2. El cónyuge no separado por demanda de divorcio contestada al tiempo del fallecimiento, entendiéndose que a su muerte deberán volver los bienes de abolengo a los colaterales.—3. Los colaterales desde el quinto hasta el décimo grado inclusive computados civilmente al tiempo de abrirse la sucesión» —artículo 2.º de la Ley de Adquisiciones a Nombre del Estado, de 16 de mayo de 1935—. Y en nota a pie de página añadía: «Esta Ley está fundada sobre la legislación de Castilla, pues ni en la nuestra tiene el hijo natural derecho preferente a la sucesión de la madre, ni la sucesión de los colaterales concluían en el cuarto grado, como da por supuesto el artículo citado, sino que llegaba hasta más allá del décimo —LISSA, *Tiroc*, libro 3, título 5—. Por esta razón creemos que la disposición de esta ley tendrá lugar en muy pocos casos» (28).

B) *Doctrina de Dieste y Jiménez: Diccionario de Derecho civil aragonés, Madrid, 1869*

Este autor trata las siguientes voces, interesantes para el presente estudio.

(28) El propio autor reconocía que los hijos ilegítimos podían formar parte del consorcio foral: su artículo 457 disponía que «tiene también lugar entre hermanos de distinto sexo y de diferente matrimonio; pero es preciso que sean hermanos respecto de aquél en cuyos bienes suceden, y así no habrá consorcio entre dos hermanos uterinos instituidos herederos por el padre de uno de ellos. Igualmente puede existir consorcio entre hermanos ilegítimos» (PORTOLÉS, cit., capítulos 1 y 35). Y en nota agregaba: «PORTOLÉS, cit., dice que tendrá lugar el consorcio en este caso porque aunque el Fuero no lo expresa tampoco excluye de su disposición a los hijos ilegítimos; y que si bien es cierto que en la denominación de hermanos se suelen comprender sólo los legítimos, esto es, cuando se trata de sucesiones, de honores, de preeminencias, etc., pero no en cosas que como el consorcio traen odio, perjuicio y gravamen».

Hijo natural (29). Hijo espúreo (30). Hijo de dañado coito (31). Sucesión intestada: sucesión del hijo legitimado (32). Sucesión de los hi-

(29) «El nacido de padres hábiles para contraer matrimonio al tiempo de su concepción o nacimiento. Llámase también bastardo. Según Sessé, continúa diciendo este autor, hijo natural propiamente dicho es el habido de concubina a quien tuviere en su casa y con quien pudiera casarse el padre. Pero según la ley I, título V, libro X de la Novísima recopilación [castellana] no es requisito necesario que el padre tuviese en su casa a la madre, ni el que ésta fuese su única concubina. Según el autor citado, el hijo de soltero y soltera se presume natural más bien que de dañado coito... La calidad de hijo natural ha de fundarse en el reconocimiento del padre espontánea y legalmente probado, o en caso de omisión o de resistencia, en una ejecutoria solemne que así lo declare o que resulta de ciertos hechos, o consta por algún medio probatorio» —y cita las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de abril y 28 de junio de 1864, 26 de enero de 1865 y 24 de febrero de 1865. «Según el fuero único de natis ex damnato coitu, está obligado a reconocer y mantener al hijo natural el padre que lo niega, siempre que con testigos idóneos probare la madre haberle aquél reconocido en alguna ocasión. Según Lissa —*Tirocinium*, lib. 3, título X—, pruébase la calidad de hijo natural negada por el padre acreditando que vivió en compañía de éste y que le trató como hijo, dándole en repetidas ocasiones el nombre de tal. Probados tales hechos, obligase al padre a adoptarle como hijo durante la vida de aquél, pudiendo el hijo exigir de sus herederos los alimentos necesarios para la vida, no los que correspondieren a la calidad de su persona. Según decisión del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1858, no es suficiente para tener por reconocido a un hijo natural la partida de bautismo en que se indica la paternidad. El hijo natural se considera en este Reino de la familia de la casa paterna, pudiendo usar las armas y blasones de dicha familia —MOLINO y PORTOLÉS—. Nada, empero, puede pedir de los bienes de sus padres, ni en vida de éstos ni después, si nada le hubieren dado —fuero único de natis ex damnato coitu—. Siempre que se tratare de privilegio o beneficio de los hijos fundado en la equidad, bajo el nombre de hijo se entiende comprendido el natural —PORTOLÉS—. Según este mismo autor, siempre que de la cualidad de la persona no resultare otra cosa, entiéndese comprendido el hijo natural en la disposición legal fundada en el derecho de la sangre o en la equidad».

(30) Aquel cuyo padre fuere incierto. VALBUENA le define: el que no tiene padre conocido. En una acepción más lata es el que no ha nacido de legítimo matrimonio o de concubina, es decir, el que no fuere legítimo o natural. Ni el espúreo ni el hijo de éste son considerados como de la parentela —FRANCO DE VILLALBA—. La obligación de mantener y educar al espúreo pesa sobre la madre —SESSÉ—.

(31) El nacido de padres inhábiles para contraer matrimonio, el nacido de unión penada por ley humana. Hay varias clases, a saber: adulterino, incestuoso y sacrilego. El adulterino es el habido de mujer casada con otro o cuyo padre fuere casado con otra mujer que no fuere la madre. Incestuoso es el nacido de padres inhábiles para contraer matrimonio sin dispensa, v. gr., de parientes dentro del grado prohibido o que constituya impedimento para contraer matrimonio. Sacrilego es aquel cuyo padre fuere eclesiástico, religioso o su madre religiosa. También se dice hijo de dañado coito el nacido de unión entre el sirviente y la hija, nieta o hermana del señor, y aun entre sirviente y sirvienta en la casa de aquél... —SESSÉ—. El hijo adulterino no puede conseguir parte alguna de los bienes paternos ni maternos —Fuero único de natis ex damnato coitu—. Nada puede obtener de los bienes del padre ni de los de la madre el hijo de presbítero ni el de religioso o religiosa —Fuero único y Ob. 1 de natis ex damnato coitu—. Según Sessé, el hijo de clérigo de órdenes menores, aunque fuere beneficiado, si lo hubiere habido de mujer soltera y de unión no penada por la ley, es hijo natural...

(32) El hijo natural que sólo hubiere sido legitimado en cuanto a los honores no sucedería a los padres con los otros hijos legítimos —SESSÉ—. En otro caso, sucede como los legítimos.

jos ilegítimos (33). Sucesión de los colaterales (33 bis). Sucesión de los hermanos (34).

(33) Según opinión de FRANCO y GUILLÉN, los hijos ilegítimos suceden, a falta de otros parientes legítimos, a los que lo fueron por la línea materna, pues la sucesión debe ser recíproca. Los descendientes de hijo ilegítimo, aunque sean legítimos, no suceden al padre de aquél ni a los parientes de dicho padre, ni a los de la madre. *Sucesión del hijo natural o bastardo*: Los hijos naturales —no legitimados— no suceden a sus padres aun en defecto de hijos legítimos —MOLINO—. Fúndase esto en el fuero único de natis ex damnato coitu y en la Observancia 25, De generalibus privilegiis, que permiten a los padres donar entre vivos lo que quisieren a sus hijos naturales: disponiendo que si nada les hubiesen donado, nada pueden éstos pedir de la herencia de sus padres. La disposición del artículo 2.º de la Ley de adquisiciones del Estado, a saber, que al muerto intestado sin sucesor legítimo le suceda con preferencia al Estado el hijo natural legalmente reconocido y sus descendientes, es de muy rara aplicación en nuestro Reino. El hijo natural sucede a su consanguíneo materno —SESSÉ, LISSA, FRANCO DE VILLALBA, FRANCO y GUILLÉN—. A su vez, los consanguíneos maternos suceden al hijo natural muerto en la menor edad. No deja de ser muy equitativa esta reciprocidad. *Sucesión del hijo espúreo*: El hijo espúreo de no dañado coito, esto es, de coito no penado por la ley, sucede a la madre que no fuere ilustre, juntamente con los hijos legítimos. No le sucede el hijo espúreo o de dañado coito —SESSÉ, LISSA—. El espúreo sucede también al cognado o consanguíneo legítimo materno, en defecto de hijos y de consanguíneos legítimos. A su vez, los consanguíneos legítimos maternos suceden al hijo espúreo muerto intestado —FRANCO DE VILLALBA—. *Sucesión del hijo de dañado coito*: El hijo de dañado coito, esto es, de coito penado por la ley humana, v. gr., el adulterino, el incestuoso, el sacrílego —hijo de eclesiástico, de religioso o de religiosa—, etc., no sucede abintestato a sus parientes. Si el padre o la madre le hubieren dado o asignado algo de sus bienes y el hijo muere en la menor edad, le heredarían los parientes más próximos de la línea por la cual descendiesen los bienes, a no ser que el padre o la madre donante hubiere vinculado los bienes donados o asignados, en cuyo caso se sucedería con arreglo al vínculo —SESSÉ—. El hijo de clérigo no sucede a su madre, ni el descendiente de ésta sucede tampoco a dicho hijo —SESSÉ—.

(33 bis) En ideas generales sobre dicha sucesión, el autor opinó que «únicamente en los bienes que el padre o la madre hubieren donado en vida al hijo natural, le sucede su más próximo consanguíneo de la línea por donde provinieren los bienes —SESSÉ—. La sucesión intestada en los bienes del bastardo, no adquiridos por sucesión a sus padres o consanguíneos, se arregla a la Observancia 7, De testamentis. Al muerto intestado sin sucesor legítimo ni hijo natural legalmente reconocido, ni cónyuge no separado por demanda contestada, al tiempo del fallecimiento, le suceden los colaterales desde el quinto al décimo grado inclusive. Esto dispone en su artículo 2.º la Ley de adquisiciones a nombre del Estado de 16 de mayo de 1835, pero esta ley apenas se aplica en Aragón. En bienes que el padre hubiere donado en vida al hijo espúreo, suceden los más próximos consanguíneos de éste —SESSÉ—. En los bienes no [debe decir sí] donados en vida al hijo de dañado coito, no sucede el consanguíneo paterno de éste, pero sí el materno —SESSÉ—. Es cuestión muy debatida entre los fueristas si cuando concurren consanguíneos ilegítimos con otros legítimos, pero más remotos, deben preferir aquéllos o éstos para la sucesión en los bienes del colateral difunto PORTOLÉS, después de citar una decisión favorable a los parientes legítimos más próximos, y un pleito no resuelto todavía a la sazón en que escribía el autor, se abstiene de emitir su opinión. A nosotros nos parece, sin embargo, que el principio de la mayor proximidad es el que debe regir y observarse en esta materia; y nos fundamos principalmente en que cuando el fuero llama a la sucesión a los parientes más próximos, «propinquieros», no distingue entre legítimos o ilegítimos. Otras muchas razones, todas muy fuertes, apoyan nuestro sentir, que pueden verse en el autor citado —véase «successio»—.

(34) «Si concurririere hermano uterino ilegítimo con otros colaterales maternos

- C) *Año 1880: Real Decreto de 2 de febrero y Congreso de Jurisconsultos aragoneses de Zaragoza*: La promulgación del Real Decreto citado significa un paso importante en la labor codificadora general del Derecho Civil en España. En dicho Real Decreto se ordenó que se incorporasen a las labores de la codificación civil general, los representantes de Aragón, Baleares, Navarra, Cataluña, Galicia y Vizcaya. Es nombrado por Aragón Luis Franco López, Barón de Mora. Cada uno de ellos presentaría una memoria de los preceptos forales que convendría conservar en el futuro Código.

El 4 de noviembre del mismo año se inauguró en Zaragoza un Congreso de Jurisconsultos aragoneses, cuyo orden del día básico lo constituían las relaciones del viejo ordenamiento foral con la codificación general de España.

Aunque no se contenía una alusión concreta a la sucesión de los hijos extramatrimoniales, en su tema 6.º se abordaba indirectamente, al plantearse la siguiente cuestión: «En materia de sucesión intestada ¿debe aceptarse el derecho actual de Castilla o el de Aragón? Caso de ser preferido el de Castilla en general ¿podría ser perfeccionado en lo relativo a la línea recta ascendente y a la colateral? ¿En qué forma?» (35).

JOAQUÍN COSTA (36) transcribe las conclusiones aprobadas por el Congreso en las sesiones de 23 y 26 de marzo. De ellas conviene entre-sacar las pertinentes a este estudio (37).

legítimos del difunto más remotos que aquél, preferiría el hermano a pesar de su ilegitimidad para la sucesión en los bienes procedentes de la madre común —MOLINO, PORTOLÉS, SESSÉ, ANIÑÓN y *Manual del abogado aragonés*—. Los hermanos naturales paternos, esto es, hijos del mismo padre, pero de diferentes concubinas, no se suceden recíprocamente —SESSÉ—. El hermano materno del hijo natural le sucede en los bienes no recibidos del padre en vida de éste —SESSÉ—. Los que el padre o la madre hubieren donado en vida al hijo de dañado coito recaen por muerte de éste en sus más próximos parientes de la línea por donde descendieren los bienes, a no ser que hubiesen sido vinculados por el donante, en cuyo caso habría que estar a los llamamientos —Ob. 25, De generalibus privilegiis—. Empero, si hubiere hermano natural y legítimo, éste excluiría a todos los demás. En los bienes no procedentes de dicho título de donación paterna, sucedería al hijo de dañado coito su hermano materno» —SESSÉ—.

(35) Lo transcribe AMBROSIO TAPIA: *Aragón ante la codificación general civil de España*, Zaragoza, 1880, pág. 99.

(36) *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*, Madrid, 1883, páginas 88-89.

(37) «6.ª La herencia intestada se defiende en primer lugar a los hijos y descendientes legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio. 7.ª A falta de hijos y descendientes legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio, los bienes que tuviera el difunto, heredados o donados de cualquiera de sus ascendientes o de sus parientes colaterales, volverán al mismo de quien inmediatamente proceden, si viviere; y en caso de que va hubiera entonces fallecido, dejando descendientes, recaerán en éstos. 8.ª En los restantes bienes suceden los parientes más próximos del difunto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener

El Congreso adoptó una vía media entre los partidarios de la solución foral tradicional desde 1247, que negaba cualquier tipo de derecho a la sucesión intestada de los hijos naturales reconocidos, y los partidarios de reconocer los mismos derechos que la legislación castellana atribuía a los hijos naturales. Vía media que consistió en seguir la autorizadísima opinión de FRANCO Y GUILLÉN, y admitir la sucesión intestada del hijo natural respecto de la herencia de su madre, y en defecto de parientes legítimos, opinión que tenía a su vez el aval de SESSÉ y de LISSA entre los foralistas más antiguos. En mi opinión, fue siguiendo la conclusión trascrita del Congreso de los jurisconsultos aragoneses como se introdujo el artículo 40 del Apéndice foral aragonés de 7 de diciembre de 1925.

- D) *Franco y López*: Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés escrita con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, Zaragoza, 1886.

El autor se hizo eco de las conclusiones de tal Congreso.

Muy lacónicamente defiende su opinión en orden a reconocer algún derecho sucesorio a favor de los hijos naturales. «Lo que en los (artículos) del 149 al 153 propongo en favor de los hijos naturales, me parece que sin necesidad de exponer las razones que para ello he tenido, se encontrará muy fundado y equitativo por el que en los tales artículos fije su consideración» (38).

lugar. 9.º En igualdad de grados, los colaterales excluyen a los ascendientes y los parientes de la línea más próxima a los de la más remota. 10.º Los hijos naturales reconocidos y sus descendientes suceden a la madre, en defecto de descendientes legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio; y el padre, después de los parientes de segundo grado. 11.º No habiendo parientes dentro del cuarto grado, ni hijos naturales reconocidos, se suceden recíprocamente los cónyuges, y después de ellos heredan los hijos adoptivos. 12.º En defecto de todos los anteriormente expresados, y a falta de parientes dentro del décimo grado, los bienes se adjudican al Estado».

(38) El artículo 147 por él propuesto —De la sucesión de los ascendientes y de los hijos naturales— dispone que «a falta de hijos y descendientes legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio del difunto, le sucederán sus ascendientes e hijos naturales en la forma que se dispone en los artículos siguientes».

El artículo 148: «Los bienes que al difunto hubiera transmitido por título oneroso o lucrativo a cualquiera de sus ascendientes, se devolverán al mismo de quien procedan si viviese, y en otro caso a los hijos o descendientes que hubiera dejado».

El artículo 149: «Si el difunto no hubiera dejado hijos naturales legalmente reconocidos, tanto los bienes a que se refiere el precedente artículo, en el caso de que no existiesen las personas llamadas a suceder en ellos, como los restantes de la herencia, se dividirán en dos partes, una para el padre y otra para la madre. Si alguno de ellos hubiera fallecido, sucederán en la parte que le hubiese correspondido sus ascendientes más próximos en grado. Si sólo existiere un ascendiente del difunto, le sucederá en toda la herencia. Exceptuándose de esta disposición los bienes

- F) *Marton y Gavin: Tratados de sucesiones intestadas de los consortes en la misma cosa y fideicomiso legal, según los fueros de Aragón, publicados en latín por don Andrés Serveto Aniñón, don Gil Custodio de Lissa y Guevara y don Jerónimo Portolés, y traducidos y anotados por el autor. Zaragoza, 1888.*

En dos puntos alude a la exclusión de la sucesión intestada de los hijos ilegítimos. En la página 25, cuando, traduciendo la opinión de Aniñón, afirma que «En Aragón los hijos ilegítimos, aunque sean hijos de solteras, no suceden en cosa alguna *ab intestato*, como dice el Fuero de *natis ex damnato coitu*, opine lo que quiera la ley por *Derecho Romano*, como in *Auth licet, Cod. De naturalibus liberis*».

En la página 44, traduciendo una obra manuscrita de alguno de los autores dichos, afirma: «Por lo perteneciente a nuestro Reino, dejamos ya indicado... que los hijos espúreos no pueden señalar padre; de cuya proposición, y las que dejamos sentadas en este párrafo inferimos, que los hijos habidos fuera del matrimonio, son excluidos absolutamente de la sucesión intestada de sus padres, y, lo que es más, ni éstos les pueden dejar cosa alguna en su testamento. Así se halla establecido en el Fuero único *De natis ex damnato coitu*... Esta ley nos manifiesta que entre los hijos naturales y adulterinos hay la diferencia siguiente: que a los primeros pueden dar sus padres lo que quieran, así en vida como en muerte, a los segundos no les puede dar sino una cosa muy moderada, como declaran dos Observancias del mismo título. Pero en cuanto a suceder por intestado, quedan unos y otros igualmente

que son objeto del artículo 154, porque en ellos únicamente tendrán los ascendientes, por el orden que se acaba de establecer, el usufructo vitalicio».

El artículo 150: «Si el difunto hubiere dejado hijos naturales legalmente reconocidos o legitimados por concesión real, le sucederán, si fueren dos o más, en la mitad de la herencia, y si solamente fuere uno, en la tercera parte. La otra mitad o las dos terceras partes restantes, según los casos, se adjudicarán a los descendientes en la forma establecida en el precedente artículo».

El artículo 151: «Si no habiendo sobrevivido al difunto ninguno de sus ascendientes dejare hijos naturales legalmente reconocidos o legitimados por concesión real, y hermanos legítimos, se dividirá la herencia en dos partes, una para los primeros y otra para los últimos Y si no hubiere dejado hermanos legítimos, será toda la herencia para los hijos naturales legalmente reconocidos o legitimados por concesión real».

El artículo 152: «En todos los casos a que se refieren los dos precedentes artículos, al hijo natural premuerto le representarán, lo mismo que se establece en el Código General para los legítimos, los descendientes que hubiere dejado».

Finalmente, el artículo 153: «Al hijo natural reconocido por su padre le sucederán los ascendientes paternos y maternos bajo las mismas reglas que quedan establecidas para la sucesión de los que han nacido de legítimo matrimonio; pero si sólo hubiese reconocido por su madre, únicamente le sucederán ésta si le sobrevive, y en caso de haberle premuerto, sus ascendientes maternos.»

inhábiles». El autor deduce importantes consecuencias de dicha inhabilidad (39).

(39) De esta inhabilidad absoluta inferimos: *Primero*: que los hijos que no son habidos en matrimonio justo no podrán suceder por intestado a su padre ni a su madre; porque, sin embargo, de que en cuanto a ésta no rige la misma regla al parecer, pues aunque no tengan padre cierto, tienen madre. Acaso la opinión de Sessé, de que se habla luego, se puede esforzar así: el padre a quien no demuestran las justas bodas, no es cierto, luego tampoco los demás parientes. La madre es cierta: luego también los parientes, y así, si no se le sucede a aquélla, es por su delito. (Obsérvese también que en Aragón los bastardos se dicen de la familia del padre. Véase PORTOLÉS, voz *Bastardus*.) Con todo, si se mira bien, del mismo modo que no es padre determinado y cierto en el derecho el que no señalan las justas bodas, aunque conste que lo es en el orden natural, tampoco debe ser madre cierta la que no lo es por el legítimo matrimonio. Véase Sessé en dicha decisión 43, núm. 6, donde dice: «... Por fuero, pues, de este reino, aquella diferencia ha sido desechada respecto de los hijos no legítimos, de tal manera que el hijo no legítimo, aunque haya nacido de soltero y soltera, no nace para el padre ni para la madre; antes por el contrario, es rechazado de la sucesión de uno y otro». (Véase XIMENES DEL BAILE, párrafo 14, núm. 18.) *Segundo*: que no solamente quedarán inhabilitados los ilegítimos, sino también sus hijos, nietos y demás descendientes. Et nati natorum, et qui nascentur ab illis, *porque todos llevan consigo la mancha y defecto de su primer padre*, y esto aunque ellos sean hijos de matrimonio legítimo, porque aun así ellos no purgan el defecto de la raíz de donde procede, y así como el primer padre, respecto del derecho, no es padre de la familia, tampoco lo son sus descendientes. *Tercero*: que así como los ilegítimos quedan inhabilitados para suceder a su padre y madre, del mismo modo lo quedarán para la sucesión de sus demás parientes, por cualquiera de estas dos líneas, porque como para suceder a éstos han de incluirse por aquéllos, que son como el lazo que los une, jamás podrán probar que en lo legal son hijos suyos y, por consiguiente, ni parientes de los demás de cuya sucesión intestada se trata. Mientras la persona ilegítima haya de enlazar al intestado con el que pretende la sucesión, me parece que éste tendrá en su pretensión un tropiezo invencible. Esta razón me parece de mucho peso, y creeré que a poco que se esfuerce, será decisiva en cuanto a esta proposición. Este punto se ventiló con mucho empeño y se decidió después de muchas dificultades que había por una y por otra parte una vez en el año de 1569 y otra en el de 1590.

SESSÉ, en la Decisión 43, se pone a indagar esta cuestión con estudio particular y dice que nuestra opinión no se funda más que en una razón, y ésta no muy fuerte, y es la de que, privándose al ilegítimo de la sucesión de su padre y madre, se debe entender también privado de la de sus parientes por ambas líneas, porque por ellos es por donde se enlazan unos y otros, a lo que se añade el ejemplo del derecho romano, donde el hijo ilegítimo no sucedía al padre ni a sus parientes por esta línea; pero como sucedía a la madre, no quedaba excluida de la sucesión de sus parientes maternos... «La otra opinión, que es la seguida por la mayor parte de los señores del Real Consejo, se funda en una sola y única razón y no muy fuerte» (Sessé). «Pero la contraria opinión de que por este fuero que levanta la sucesión de la madre al hijo, no sea suprimida respecto de los cognados y pertenecientes a la madre, es más verdadera y común» (Sessé).

Todas las razones que alega Sessé para sostener esta opinión, que dice ser más común y más cierta, se reducen a una sola: y es la de que el fuero de que hablamos es penal y correctorio del derecho común, y por ello tiene un impedimento invencible para extenderlo a más de lo que comprenden con todo rigor sus palabras. Por consiguiente, si el fuero inhabilita al ilegítimo, para la sucesión intestada de su padre, en este punto, que es en el que corrige al derecho común, no se puede entender a los parientes por parte de madre: a más de que aquí se excluye al hijo de la sucesión de su madre por el delito de ésta, que ni es trascendental a

G) *Barrachina: Derecho Foral Español, Castellón, 1911*

Clasifica este autor los hijos ilegítimos en naturales o bastardos, «que son los nacidos de padres que, al tiempo de la concepción, pudieron contraer matrimonio sin dispensa», y en espúreos, «que son los nacidos de dañada y punible unión». «Estos se subdividen en adulterinos, incestuosos, sacrílegos y mánceres. El Fuero *De natis de damnato coitu*, lib. V habla de los naturales, adulterinos y sacrílegos y la Observancia 1.^a, *De natis ex damnato coitu* trata de los adulterinos y sacrílegos».

Cita el autor el derecho de la madre o del mismo hijo de exigir el reconocimiento de la paternidad probando con testigos que una o varias veces lo tuvo como hijo, bien habitando con él o dándole este nombre en público. A su juicio el Fuero permite la investigación de la paternidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 135 del Código Civil, que a su juicio es supletorio en este punto del Derecho aragonés.

El hijo natural legalmente reconocido tiene derecho a recibir de sus padres cuanto le dieren, ya sea en vida, ya *mortis causa*, pero no a otra cosa que a reclamar los alimentos durante la vida de sus padres, y nada a la muerte de éstos. Fuero de *natis ex damnato coitu*, Observancia 25 de *generalibus privilegiis*.

Apunta el autor que en virtud de la casi absoluta libertad de testar de los padres, y de no tener legítima individual los hijos sino la simbólica de diez sueldos jaqueses, «los de condición natural no pueden ser legitimarios, pues alguna diferencia ha de haber entre la sucesión legítima y la ilegítima; pero tienen derecho a alimentos, pues estos se dan por ley natural, en cumplimiento de deberes éticos jurídicos, de suyo ineludibles, siendo de advertir que la prestación de la cuota alimenticia cesa *ipso facto* por muerte del padre que hizo el reconocimiento».

su hijo ni a los mismos parientes Sessé graduó esta razón de invencible. y por ella tuvo a la segunda opinión por más probable. aunque no parece que la da por más segura, porque concluye así la decisión: « . Y aunque esta segunda opinión que uno tuvo en tan probable. sin embargo es grande la autoridad de la cosa juzgada». Bien puede fundarse este juicioso escritor: pero aquello de mirar con tanta estrechez e interpretar con tanto rigor la ley que se desvía del derecho romano, que siempre se le haya de quitar toda extensión y se le haya de contener en sus precisas palabras, sin inferior de allí nada más que en lo que no se puede dejar de leer, es modo de pensar a que no he podido habituarme. Y así, sin embargo, de todo lo que habla Sessé sobre este punto, seguiré siempre la misma opinión que siguió el Real Consejo en su decisión. Y cuarto: que pretendiendo la herencia de un intestado un ilegítimo, cualquier pariente de aquél por la parte de donde descienden los bienes, aunque no sea el más próximo, lo vencerá en la disputa —véase Sessé en los motivos de la Decisión 34—, bien que esta victoria no le podrá aprovechar contra el que venga después a demostrar su mayor proximidad con el difunto. En cuanto a inhabilitarle para suceder a los parientes maternos. está ya tratado».

Según sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1865, no se infringe el Fuero *De natis ex damnato coitu* cuando en la sentencia apreciando las pruebas contra las cuales no se cita ley alguna infringida, estima que el hijo es natural.

Los hijos de dañado coito y los adulterinos no pueden recibir cosa alguna *mortis causa*, aunque el padre lego les podría dar algo en vida; pero si la donación fuese excesiva, sería nula y los bienes volverían a los parientes más próximos del donante. Observancia 2.^a *De natis ex damnato coitu*. La apreciación de si la donación es excesiva corresponde a los Tribunales de justicia. Los hijos ilegítimos no naturales sólo pueden recibir algo por misericordia.

H) *Síntesis final del antiguo Derecho de Isabal*

«Exposición y comentario del cuerpo legal denominado Fueros y Observancias del Reino de Aragón, derogado por el vigente Apéndice al Código Civil español», Zaragoza, 1926. Admite ISABAL que «la tendencia general de las sociedades modernas, al decir de ALONSO MARTÍNEZ, es a la moralidad y al decoro», en orden a la procreación de hijos. «Por lo común, sigue diciendo ISABAL, la doctrina va inclinándose en todas partes a mejorar la condición, en general dura, de los hijos ilegítimos. Las legislaciones positivas se muestran más fieles a la tradición. Los legisladores no avanzan, en este orden de relaciones jurídicas, *pari passu* que los filósofos y los jurisconsultos... En la Comisión preparatoria del Código Civil español que ALONSO MARTÍNEZ presidió, la tendencia de los representantes de las provincias de fuero se reveló manifestándose favorable a la mejora de la situación jurídica de los hijos ilegítimos, pero manteniendo bien marcada su diferencia de los legítimos. Por lo que respecta a Aragón, el derecho vigente es el que voy a articular, más severo que el Código Civil.

El artículo 11 de su exposición del antiguo Derecho dice así: «Al nacido de varón y mujer libres para contraer matrimonio, pueden el padre y la madre darle de sus bienes en vida o en muerte lo que quisieren; si nada le dieran o dejaren, nada podrá pedir. Si ocurriese que el padre negare ser suyo el hijo, pero la madre o el hijo mismo pudieren probar con testigos idóneos que una o más veces convino en que era hijo suyo o que como a tal le trató, quedará el padre obligado a reconocerlo como hijo y a alimentarlo, mas no, según lo dicho, a darle nada de sus bienes, a no ser voluntariamente. Los alimentos no pueden pedirse por el hijo sino en vida del padre o de la madre» —Fuero único de *natis ex damnato coitu*, lib. 5.º; Obs. 25 *De generalibus privilegiis totius regni Aragonum*, lib. 6.º.

El comentario al precepto entiende que para definir la libertad de estado de los padres habrá de estarse a lo preceptuado en el artículo 119 del Código Civil. No prevé el fuero, sigue diciendo este autor, que la madre niegue su reconocimiento al hijo: como es absurdo pensar que quiso prohibir que se le pudiera imponer el reconocimiento, deberá entenderse supletorio el Código Civil en este punto.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1865, en opinión de ISABAL, la noción de natural es el mismo que en la antigua legislación castellana y hoy en el Código.

Según el fuero de *natis ex damnato coitu*, no llega a autorizar la investigación de la paternidad: lo que permite es la prueba de la posesión del estado de hijo respecto al padre, solución análoga a lo que establece el artículo 135,3 del Código Civil. Y aunque nada dice de la posesión de estado de hijo respecto de la madre, se aplicaría *multo magis*, si por Derecho supletorio no le fuere aplicable el Código Civil.

Artículo 12: «A los nacidos de adulterio o de otra manera de unión ilícita, o de religioso o presbítero, nada puede darles el padre en muerte; el padre lego, sin embargo, puede mientras vive dar o asignar algo de sus bienes, movido a misericordia, a los hijos nacidos en adulterio. La donación hecha por el padre o la madre a los hijos ilegítimos será recuperada, si muriesen sin testamento, por los más próximos parientes, por aquella parte de que provinieren los bienes, a no ser que hubiese vínculo, pues en tal caso sucederían aquellos a quienes, según éste, correspondieran». Fuero único de *natis*, etc.; Observancia 1.^a de *natis ex damnato coitu*, libros 5.^o y 25 de *generalibus privilegiis*, libro 6.^o.

Entiende ISABAL que el adulterio puede ser del hombre o de la mujer, sin distinción, pese a la diferencia de tipo penal del adulterio del hombre —amancebamiento— respecto a la mujer. «No me parece, dice ISABAL, que pueda aplicarse de cualquier modo la diferencia de trato en el orden civil, de unos y otros hijos, según el carácter del adulterio provenga de uno y otro origen, ya que el resultado del adulterio está en la legislación foral sujeto a unas mismas disposiciones».

Interpreta la Observancia 25: «*sed in adulterio natis vel aliter ex coitu damnato, vel natis ex religioso, nihil potest dare in morte, sed dum vivit, causa misericordiae, dare potest eis pater laycus*». Para él, *vel aliter ex coitu damnato*, significa incestuosos o espúreos, o sea, de padres desconocidos, de los que nada especialmente dicen los Fueros ni las Observancias.

Interpreta benignamente los dos textos del Fuero y de las Observancias en el sentido de que se comprenda en las facultades paternas, no solo dar algo en vida a los hijos adulterinos, sino a los demás ilegítimos no

naturales, no siendo sacrílegos. De todos modos reconoce que la cuestión casi no es sino teórica.

Artículo 13: «Si la donación que el padre de un hijo o hija adúlteros pueda hacerles en vez de moderada fuese excesiva, sería nula, y se aplicaría a los más próximos —parientes—».

Artículo 14: «Si el hijo ilegítimo tiene, con título suficiente, una determinada parte de los bienes del padre, no vendrá, aunque en vida hubiese éste contraído deudas, obligado a satisfacerlas». Entiende ISABAL que, pese al silencio de algunos autores modernos, esta disposición foral no está derogada, por lo que la ha reproducido.

En la *sucesión intestada* el autor afirma que «Y la verdad es que en los fueros de la Compilación no hay nada que pueda tomarse, directa ni indirectamente, como llamamiento de los hijos ilegítimos a las herencias intestadas. Tampoco tienen derecho que invocar en la sucesión testada». «En el título dedicado en el libro I a la paternidad y filiación, se ha expuesto la situación legal de ellos, según el cuerpo de los Fueros y Observancias. Se ve que ni en éstas, ni en los Fueros posteriores a la fecha de la Compilación, se ha modificado con relación a las sucesiones tal situación. Aun los hijos naturales, cuya condición es la menos dura, solo pueden pedir alimentos en la vida del padre o de la madre. Nada pues, hay que incluir en este título en cuanto a la sucesión ilegítima.

Ha habido quienes, movidos por un sentimiento de piedad, han creído que la falta de derecho de los hijos ilegítimos, no es trascendental a sus descendientes, pudiendo reconocérseles a los de la línea materna, en los bienes de esta procedencia, a falta de parientes legítimos: opino que, en el silencio de los fueros, no puede aceptarse esta solución en el estado actual del derecho positivo aragonés.»

VI. EL CÓDIGO CIVIL DE 1888-1889, Y ARAGÓN. EL PROYECTO GIL BERGES —1904. EL APÉNDICE FORAL ARAGONÉS DE 1925

El artículo 13 del Código Civil dispuso que «no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, este Código empezará a regir en Aragón y en las islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga a aquellas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente están vigentes».

Resulta hoy superada la opinión de DE CASTRO (40), al afirmar que en Aragón no hay ya verdadero régimen foral, y no se puede hablar

(40) *Derecho Civil de España*. Parte General, tomo I. Libro Preliminar, introducción al Derecho Civil, Madrid, Institutos de Estudios Políticos, 1949, pág. 261.

con exactitud de cuerpos jurídicos forales ni se plantea la cuestión de la jerarquía de sus fuentes. Se conservan solo aquellas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que se "opongan" a la recepción del Derecho Común codificado. El valor práctico de este sistema especial es doble: se admite en estas provincias [¡qué decimonónica esta denominación en 1983!] de modo inmediato, la aplicación general del Código como conjunto total de disposiciones; en todo lo que los antiguos preceptos forales coincidan con los del Código, sólo los de éste serán aplicables; se exceptúan aquellos casos individuales en que una regla foral contradiga y con ello se oponga, en la esencia y no sólo en la forma, a las normas articuladas en el Código. Otra consecuencia, y de mayor importancia, es la desaparición, respecto de Aragón e islas Baleares, de los antiguos Derechos supletorios».

Más cautamente, y con verdadera perspectiva histórica, LALINDE ABADÍA (41), a quien no puede tacharse de aragonesismo parcialista, afirma que «Todo ello significa que Aragón, en cuanto una de las "provincias aforadas", mantiene íntegro su ordenamiento foral privado entre particulares, es decir, el que había derogado y restablecido después Felipe IV-V de Castilla— y que con las islas Baleares constituye la "provincia aforada" más transigente con la codificación, en cuanto permite la inmediata vigencia de ésta en cuanto no contradiga su propio ordenamiento».

«A partir de este momento, la actividad jurídica aragonesa», sigue diciendo el mismo autor (42), «cambia de signo y se centra en la redacción del Apéndice foral, fórmula arbitrada por la ley 6.^a de la de Bases del Código Civil, y que consiste, como su nombre indica, en un pequeño libro que, como adición al Código Civil, reúna en cada territorio foral las instituciones que se estime imprescindible salvar, todo ello con un criterio de excepcionalidad... La cuestión del Derecho supletorio, que había preocupado mucho, parece haberse resuelto ahora».

En el proyecto Gil Bergés de 1904, elaborado por la Comisión nombrada en virtud de Real Decreto de 24 de abril de 1899, se establece que «Los hijos naturales reconocidos sucederán al difunto a falta de descendientes legítimos» —art. 73—; y en el 76, que «el cónyuge viudo herederá en plena propiedad en defecto de ascendientes, hermanos y sobrinos carnales». Con admiración, AZPEITIA ESTEBAN (43), reconoce que el criterio de este proyecto no sólo acepta el del Código Civil, sino

(41) *Los fueros de Aragón.*., cit., pág. 142.

(42) *Id.*, *id.*, pág. 143.

(43) *El Proyecto de Apéndice del Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón*, Madrid, 1924, pág. 91.

que va más allá, concediéndoles a los hijos naturales derechos sucesorios con prelación a los ascendientes.

Sobre la base del proyecto Gil Bergés, se redacta el proyecto que terminará por cristalizar en Apéndice, y que es elaborado por la Comisión permanente de la General de Codificación, presidida por ANTONIO MAURA, en 18 de junio de 1923. En cumplimiento de la Real Orden de la Presidencia del Gobierno de 26 de febrero de 1924, es publicado por la Orden de 27 de febrero de 1924, se convierte en texto legal en virtud de Real Decreto-ley de 7 de diciembre de 1925, y entra en vigor el 2 de enero de 1925.

Este cuerpo legal regula ampliamente la sucesión intestada en Aragón, conservando los principios tradicionales de su Derecho —llamamiento en primer lugar de los descendientes legítimos del causante; artículo 35; recobro de la firma de dote (art. 36)—; de los bienes donados, vendidos o enajenados al causante sus ascendientes o hermanos, artículo 37; recobro de los bienes que provengan de cualquier ascendiente u otro pariente hasta el 6.º grado, artículo 39; y finalmente, y este es el punto que interesa, el fundamental artículo 40: «Por lo tocante a bienes que el causante haya adquirido de parientes más lejanos del sexto grado o de extraños, así como a bienes de procedencia desconocida o granjeados por el causante mismo, la sucesión intestada se deferirá con arreglo a las comunes normas del Código Civil».

La interpretación de este precepto, ya contenido en el proyecto de 1924 no ha merecido demasiada atención a la doctrina. CASTÁN TOBEÑAS (44) afirmó lacónicamente: «Esta disposición equivale a dar entrada en el régimen sucesorio aragonés y en el lugar que el Código les asigne, a los hijos naturales y al cónyuge viudo, excluidos de la sucesión por el derecho indígena».

AZPEITIA ESTEBAN (45) entiende: «o lo que es igual, con relación a todos los bienes no comprendidos en el concepto de troncalidad que el proyecto establece, o en el sistema de reversión del mismo, se aplicará lo dispuesto en las secciones 2.ª —De la sucesión ascendente—, 3.ª —De los hijos naturales reconocidos—, 4.ª —De la sucesión de los colaterales y de los cónyuges— y 5.ª —De la sucesión del Estado— del capítulo IV, del título III, libro III del Código Civil». Como puede observarse, CASTÁN TOBEÑAS no estima aplicable la sección 2.ª de dicho capítulo, título y libro, con lo que excluye, en su opinión, a los ascendientes, quizá por estimar que ya habían sido mencionados en los recobros de los artículos 37 y 39.

(44) *Derecho Civil español, común y foral*, tomo I, Reus, S. A., Madrid, 1931, páginas 438-439.

(45) *Ob. cit.*, págs. 80-81.

Sin embargo, la remisión del artículo 40 al Código Civil parece ser a todas las secciones pertinentes del mismo: los hijos naturales y el cónyuge deben quedar excluidos por el ascendiente en los bienes a que se refiere dicho artículo.

Solución que es injusta, por cuanto no se prevé legítima hereditaria a favor de los hijos naturales dicho Apéndice, ya que la legítima se defiende exclusivamente en favor de los descendientes legítimos (art. 30).

Las incoherencias del sistema sucesorio abintestato del Proyecto motivaron que AZPEITIA ESTEBAN propusiera sin éxito que: «1.º La sucesión de los descendientes legítimos se ajustará a las prescripciones de los artículos 930 a 934 del Código Civil. 2.º En defecto de descendientes legítimos sucederán al causante los ascendientes y los hijos naturales, en la forma y con la prelación que establece el Código Civil en los artículos 935 al 945...»

Estableciéndose los recobros troncales a favor de colaterales, el propio autor, comentando el artículo 30 del proyecto que establecía la legítima del causante aragonés sólo a favor de los descendientes legítimos, lamenta que «no deje a salvo, con una afirmación de Derecho moderno, la vigencia del Código Civil en Aragón, en cuanto estatuye sobre la legítima de los hijos naturales» (46).

VII. DEL APÉNDICE FORAL ARAGONÉS A LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL ESPECIAL DE ARAGÓN (47)

«La publicación del Apéndice foral no satisface a los foralistas, especialmente cuando Aragón queda sola en esta situación, ya que los restantes territorios «forales»... no llevan a término la publicación de sus previstos Apéndices. Se considera que Aragón ha sido en extremo transigente con el poder central y con la ley común, sacrificando gran parte de sus peculiaridades, a diferencia de lo ocurrido con otros territorios, especialmente Cataluña y Navarra, que siguen utilizando sus ordenamientos históricos amplios.

... La Comisión revisora del Apéndice, constituida en 1935. . ratifica estas críticas por insuficiencia, volviéndose a reunir en 1944, pero aplazando sus actividades ante el proyecto de un Congreso nacional de juristas... En 1945 tiene lugar en Zaragoza la celebración del Congreso Nacional de Derecho Civil, cuya postura refleja un cambio notable de

(46) *Ob. cit.*, pág. 71.

(47) LALINDE ABADÍA: *Los fueros de Aragón...*, cit., págs. 146-147.

concepto en relación con los ordenamientos forales, pasando del de «excepcionalidad» al de «especialidad» (48).

El Decreto de 23 de mayo de 1947, ordena el nombramiento de Comisiones de juristas que realicen las Compilaciones. Se nombra la aragonesa en 1948 y se amplía en 1953. También se constituye un Seminario de Estudios de Derecho Aragonés en 1961, quedando concluido el anteproyecto de la Compilación en julio de 1962. El anteproyecto definitivo queda fijado en 1963, pasando a la Sección especial de la Comisión de Codificación y al pleno de ésta. Publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes» de 14 de noviembre de 1966, es promulgada por ley de 8 de abril de 1967.

En todas las redacciones de los proyectos de la Compilación se mantienen dos criterios incommovibles: se excluye de la sucesión forzosa o legitimaria a los hijos naturales, al limitar la legítima colectiva aragonesa a los descendientes legítimos «y solo en ellos», como dicen todas ellas y repite el artículo 119 del texto legal. Y se da nueva redacción al artículo 40 del Apéndice foral, al disponer en el artículo 135: «La sucesión en los bienes que no tengan condición de troncales, o en estos mismos cuando no hubiera heredero troncal, se deferirá con arreglo al Código Civil, salvo lo que dispone el artículo siguiente», esto es, el privilegio reconocido al Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza, de heredar a los enfermos que fallezcan abintestato en él.

CASTÁN TOBEÑAS (49), haciendo una brevísima síntesis de lo hasta aquí expuesto, afirma que «En el Derecho aragonés los hijos naturales no tienen derecho a la sucesión abintestato (Fuero único de *natis ex damnato coitu* y la Observancia 25, de *generalibus privilegiis*): únicamente tienen derecho a alimentos. Esto no deja de constituir un verdadero arcaísmo jurídico, que no se justifica por mucho que se invoque una tradición continuada sobre la materia. No obstante, la cuestión no

(48) «A partir de ahora —sigue diciendo el autor— ya no se considera que exista una 'ley común', la del Código Civil, a completar con Apéndices que se limiten a recoger instituciones excepcionales, sino que se ha de llegar a un Código Civil general, que no esté basado específicamente en una u otra legislación, sino que sea la suma de todas y en donde se incorporen los principios e instituciones de los territorios forales, reflejándose sus variantes o, en su caso, la inaplicabilidad de determinados preceptos. Entretanto, y hasta que se llegue a ese Código Civil general, que se prevé muy lejano, lo que se propone es sustituir los Apéndices por compilaciones de Derecho Civil especial, donde ya no se trata de recoger las instituciones que, excepcionalmente, han sobrevivido, sino todas las instituciones especiales del territorio, articuladas orgánicamente y bajo los principios jurídicos del propio territorio. Puede decirse que se trata de que en lugar de haber un Código Común civil complementado por Apéndices, haya diversos Códigos que coexisten y entre los que hay uno que tiene alguna condición de mayor generalidad» (íd., íd., página 147).

(49) *Derecho Civil español, común y foral*, tomo VI, *Derecho de Sucesiones*, volumen tercero, Madrid, 1971, págs. 223-224.

dejó de preocupar en los trabajos preparatorios de la Compilación, pero pudo más la fuerza de la tradición, y así, la Comisión de Zaragoza entendió que debía ser conservado el sistema legitimario del tradicional Derecho aragonés, tan favorable a la libertad del testador para disponer de sus bienes, y que da una cabida limitadísima a las legítimas individuales de los hijos; dentro de este régimen era arduo insertar una legítima, completamente nueva, a favor de la prole natural. Con todo, para paliar esta situación, se ha pensado en establecer un derecho especial de alimentos, conforme al artículo 121,2»...

Este precepto, aunque no consagra directamente una regla especial de la sucesión del hijo natural en Aragón, constituye una norma de remisión al ordenamiento común, como único supletorio en Aragón. Corresponde al espíritu del artículo 13 del Código Civil, lo que había apreciado ya la doctrina al comentar el primitivo artículo 40 del Apéndice foral. Por lo tanto, en defecto de la sucesión de los descendientes legítimos —artículos 931 a 934 del Código Civil— y excluidos los bienes que tengan la condición de troncales o estos mismos troncales cuando no hubiere heredero troncal, se deferirá la sucesión con arreglo al Código Civil. Por puro mandato legal, con arreglo a los artículos 935 a 938 —sucesión de los ascendentes—; 939 a 945 —sucesión de los hijos naturales reconocidos—; 946 a 955 —sucesión de los colaterales y de los cónyuges—; y 956 a 958 —sucesión del Estado—; y dejando a salvo el pintoresco llamamiento al Hospital Provincial de Zaragoza, privilegio excepcionalísimo que estadísticamente no altera nada de lo dicho.

Así lo entiende BELLED HEREDIA (50). Este autor afirma que la Compilación «ha mejorado notablemente la regulación de la sucesión intestinada». «Hay que reconocer que la actual normativa, conservando la sustancia tradicional de la institución, ha sabido reglamentarla con mayor claridad y precisión que el Apéndice, ha dado solución a puntos que quedaban oscuros en él, ha salvado viejas injusticias y se ha aproximado con espíritu amplio al Derecho común en lo que ha estimado no era raíz y entraña inalienable de la materia» (50 bis).

Siempre cabrá reprochar a la Compilación, pese a la solución transaccional de remitirse en punto a la sucesión intestada al Derecho común, la eliminación, por omisión deliberada, de la legítima de los hijos naturales legalmente reconocidos.

Sin embargo, la remisión al Derecho Común, en el espíritu del artículo 13 del Código Civil, que realiza el artículo 135 de la Compi-

(50) «La sucesión intestada», artículo publicado en *El Heraldo de Aragón*, 1 de junio de 1967, inserto en el *Anuario de Derecho Aragonés*, tomo XIII, pág. 450.
(50 bis) Id., *id.*, pág. 451.

lación, superfluo, en opinión de CASTÁN, pero que cierra cualquier discusión sobre el particular, resuelve el problema de la sucesión intestada de los hijos naturales en Aragón.

Debo analizar el resto de legislación, civil y constitucional, que se ha promulgado en España desde el ya lejano 1967, y que incide en la materia objeto de este trabajo.

VIII. LEYES POSTERIORES A LA COMPILACIÓN DE 1967 QUE INCIDEN EN EL DERECHO ARAGONÉS: EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL, LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y LA LEY 11/1981 DE 13 DE MAYO, SOBRE LA PATRIA POTESTAD; FILIACIÓN Y RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

La redacción del título preliminar del Código Civil por ley 3/1973 de 17 de marzo, desenvuelta por Decreto 1863/1974 de 21 de mayo, entiendo que no afecta a la remisión del artículo 135 de la Compilación al Código Civil, pues el artículo 13, párrafo 2.º del Código Civil, después de haber reconocido el primer párrafo que las disposiciones del título preliminar del Código Civil y el título IV del libro I serían de aplicación general y directa en toda España, dispuso: «En lo demás, y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código Civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquellas según sus normas especiales».

Al haberse remitido el artículo 1.º de la Compilación en defecto de la misma, la costumbre y los principios generales que de ambas fuentes se deriven, al Código Civil y las demás normas integrantes del Derecho general español, elimina la aplicación de cualquier Derecho supletorio que no sea este último: hace desaparecer, como lo hizo ya el Apéndice foral, la alegación del Derecho Romano, Canónico o la equidad natural como supletorios del Derecho aragonés (51).

(51) ENCARNA ROCA I TRÍAS: «El Código Civil como supletorio de los Derechos Nacionales españoles», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXI, fascículo II, abril-junio de 1978, págs 238-239, afirma al respecto: «De lo expuesto hasta aquí, creemos que se puede concluir que en el problema del Derecho supletorio del aragonés hay que distinguir tres períodos: los autores anteriores al Derecho de Nueva Planta de 1711 dudan entre aceptar como supletorio el Derecho romano o bien rechazar su aplicación y admitir la supletoriedad del canónico. A partir de 1711, y por razones no aclaradas plenamente, se inicia un movimiento que preconiza la aceptación del Derecho castellano como supletorio, lo que viene confirmado por la doctrina del Tribunal Supremo. En el siglo XIX, por influencia clara de las doctrinas iusnaturalistas, se tenderá a identificar la expresión del Proemio de los Fueros de Huesca con lo que denominamos hoy principios generales del Derecho».

La promulgación de la Constitución española de 1978 incide en el Derecho familiar y sucesorio, común y antes llamado foral. Los fundamentales artículos 32 y 39 de aquella son sobradamente conocidos para que se precise reproducirlos (52). Su incidencia en el ordenamiento aragonés, familiar y sucesorio, no ha pasado inadvertida a la doctrina.

MARTÍN BALLESTEROS (53) después de negar la aplicación inmediata de las normas constitucionales que perjudican a su tesis, y extrañamente, dotar de claro valor normativo a los preceptos de la parte orgánica de la Constitución que permiten declarar invulnerable el Derecho foral aragonés frente a la Constitución y a las reformas de la primavera y verano de 1981 en materia de Derecho de Familia, concluye afirmando que «este estudio jurídico nos obligará a decir que la filiación ha sido reformada en el Código Civil, que es la legislación de Derecho común, y que no afecta en ello a países de fuero. En ellos, habrá que cambiar, a lo sumo, la palabra «ilegítimos» por la de «extramatrimoniales», pero equipararlos en derechos y facultades, teniendo en cuenta la diferente situación jurídica, y que esta situación es normalmente también diferente en el Derecho foral entre los varios hijos legítimos de la casa y familia, sería excesivo (53 bis)... Los derechos forales tienen hoy, en virtud de la disposición adicional 1.^a de la Constitución, que los respeta y protege, auténtico rango constitucional, que todo el Derecho foral es constitucional. Es tanto como decir que la Constitución no las afecta en términos generales, como no les afectó la Constitución de 1876 y la de 1931 ni las leyes fundamentales del anterior sistema jurídico» (53 ter) (54).

Por supuesto, el autor no consigue resolver el problema que plantea la remisión del artículo 135 de la Compilación al referirse, en cuanto

(52) Analizo muy detalladamente el dilema «carácter normativo preceptivo» versus «carácter programático» de las reglas de la Constitución española de 1978, en los capítulos V a IX de la Sección Segunda del Estudio Primero del tomo V, *La Constitución de 1978 y el Derecho de Familia*. Barcelona, Bosch, 1981, páginas 115-157. Me inclino por el carácter normativo aplicativo inmediato de las reglas constitucionales, como ha afirmado reiteradamente ya el Tribunal Constitucional en numerosos recursos de inconstitucionalidad de leyes y de amparo contra actos de los poderes públicos.

(53) «La actual normativa jurídica y el Derecho foral. Planteamiento», conferencia pronunciada en el Ciclo de Conferencias sobre la Reforma del Código Civil, publicada por el Colegio Notarial de Zaragoza y la Delegación Territorial de Registradores de la Propiedad, Zaragoza, 1982, págs. 19-20.

(53 bis) Id., id., pág. 17.

(53 ter) Id., id., págs. 19-20.

(54) Recuerdo que FRANCO Y GUILLÉN sostiene su opinión de que los hijos ilegítimos puedan suceder en los bienes que procedan de la línea materna, en defecto de parientes legítimos, porque de otro modo «sería opuesto al artículo 305 de la Constitución de 1812 —vigente en 1841— el que se impusiera a los hijos una pena que debió recaer únicamente sobre los padres». *Ob. cit.*, pág. 213, nota a). Véase el apartado V, letra A, de este trabajo.

a la sucesión intestada que dicho precepto prevé, a las normas generales del Código Civil, normas que han sido modificadas en virtud de la ley 11/1981 de 13 de mayo. Decir que subsiste la remisión a las normas de la sucesión intestada del Código Civil, en su redacción de 1889, hoy derogadas todas, excepto la de los artículos 956 a 958 redactados conforme al Real Decreto-ley de 13 de enero de 1928, crearía problemas que ni el mejor autor sabría resolver.

DELGADO ECHEVERRÍA (55): el autor, a mi juicio, resuelve el problema de la sucesión intestada de los hijos extramatrimoniales en Aragón ya no sólo el de los naturales reconocidos, sino el de todos los extramatrimoniales. «Como es sabido, dice el autor, el título VI del libro II de la Compilación aragonesa (arts. 127-138) contiene una serie de normas particulares —recobros, privilegios del Hospital de Nuestra Señora de Gracia, y sobre todo sucesión troncal— remitiéndose en todo lo demás, que es lo ordinario y estadísticamente más probable, al Código Civil. El Código Civil ha sido reformado. Luego el Código Civil así reformado —ante todo, mediante el llamamiento, en primer lugar a todos los hijos y descendientes, cualquiera que sea su filiación— está vigente en Aragón» (56).

La defensa de la opinión contraria, a lo que puedo imaginar, tendría que mantener que, a efectos del Derecho aragonés, están vigentes los artículos 931 a 935 del Código Civil, con su texto anterior y derogado. Opinión —hipotética— altamente improbable... Es sabido que la remisión que en nuestra Compilación se incluye en materia de sucesión abintestato, no trata de introducir en nuestro Derecho un contenido jurídico determinado, acaso por su especial cercanía a los principios tradicionales del Derecho aragonés, sino la regulación del Código, por ser la del Código, y aun a costa de aquellos principios —en particular, dando entrada a la sucesión de los ascendientes, contraria a nuestro Derecho histórico... A lo que entiendo, no puede operarse con unos principios tradicionales cuando éstos son contrarios a los proclamados en la Constitución, norma suprema de todo el ordenamiento español, a que ni el Derecho aragonés, ni ningún otro, podría sustraerse... (57). Opina que la sucesión troncal en Aragón hoy mismo parece que precede a la de los hijos extramatrimoniales.

Entiende que la legítima colectiva del artículo 119, que a su vez se remite al artículo 808 del Código Civil, se debe referir no sólo en favor de los hijos y descendientes legítimos, sino de todos; el calificati-

(55) «La reforma del derecho de sucesiones en el Código Civil y el Derecho aragonés», en el ciclo de conferencias citado.

(56) *Ob. cit.*, pág. 31.

(57) *Ob. cit.*, pág. 32.

vo legítimos debe entenderse no puesto en este artículo (58). Lo defiende con un argumento de lógica, de sentido común: si concurren a la sucesión intestada del padre un hijo matrimonial y otro extramatrimonial, herederán la mitad cada uno. Mientras que si el artículo 119, contra lo que definiendo, sigue diciendo lo que decía, el padre, en su testamento, no podría dejar al extramatrimonial sino hasta un tercio. Sería contradicción verdaderamente inexplicable que el testador no pudiera conseguir, testando, lo que el legislador dispone para cuando aquél no manifestó eficazmente su voluntad. Y el artículo 108 del Código Civil reconoce que la filiación matrimonial, no matrimonial y adoptiva plena surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Si no es definitivo, sí es al menos argumento muy fuerte para entender que, con este precepto, vigente en Aragón, se suprimen también en Aragón, todas las diferencias entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales (59).

Hoy el adjetivo legítimo, aplicado a la filiación, no significa, jurídicamente, nada, al haber desaparecido los preceptos que lo definían (60).

El problema de la preterición se abre ahora si no se mencionan los hijos extramatrimoniales. Hace una sugerencia a los Notarios: deben aconsejar a los testadores que al menos mencionen a los hijos extramatrimoniales, aunque sea a los solos efectos de evitar la preterición (61).

Plantea, de *lege ferenda*, la necesidad de imponer algún temperamento, en una futura reforma de la Compilación, a la falta de legítima corta en Aragón: evitar que el padre desherede y prive de toda porción hereditaria a los hijos matrimoniales en provecho de los extramatrimoniales. Se pregunta el autor si se debe dividir por igual la porción legítima. No basta suprimir la mención de «legítimo» allí donde se la encuentre para resolver todos los problemas (62).

IX. CONSIDERACIONES FINALES

Poco debo añadir a la opinión de DELGADO ECHEVARRÍA. Con la vigencia en Aragón de las normas de la sucesión intestada del Código Civil, como supletorias de las específicas del Derecho foral, y con la reforma de las mismas por la Ley 13/1981 de 11 de mayo, se ha cerrado un ciclo histórico que arranca de la Compilación de Huesca de 1247. En éste, contra todo fuero y razón, y por la presión de las

(58) *Ob. cit.*, pág. 32.

(59) *Ob. cit.*, págs. 32-33.

(60) *Ob. cit.*, pág. 33.

(61) *Ob. cit.*, pág. 33.

(62) *Ob. cit.*, pág. 34.

ideas de la Iglesia católica en orden a aniquilar la barraganía, hondamente arraigada en las costumbres de la época, se privó de todo derecho a los hijos extramatrimoniales en la sucesión de sus padres. La última actualidad, inspirada en las Declaraciones internacionales sobre Derechos humanos y en la Constitución española de 1978, ha devuelto a los hijos extramatrimoniales lo que la primitiva historia castiza, no foránea, de nuestro Derecho les había reconocido.

No fue poco mérito del Derecho aragonés, anterior a 1247, y en general, el de muchos fueros de la época, haber equiparado a los hijos de toda clase de filiación, matrimonial o extramatrimonial, frente a la discriminación contra estos últimos del Derecho romano canónico y francés, implantado por Reyes con mentalidad de emperadores romanos, pero que, en el fondo, sufrían presiones inaceptables de sus barones feudales, de la iglesia y del reino de Francia.

Debemos velar porque esta primera historia sea restablecida en los ordenamientos patrios todos, puestos en absoluto pie de igualdad por la Constitución de 1978.

La nueva familia democratizada, que impera en la Constitución, estimo que tendrá cohesión afectiva y social, será un lugar de encuentro y de paz de sus miembros, y los amparará más eficazmente que la familia autocrática fundada en la supremacía del padre-marido y en la jerarquía no igualitaria de hijos legítimos-hijos naturales-hijos ilegítimos no naturales, que impuso en su origen el Derecho canónico, y que sólo muy recientemente ha sido modificada en los países miembros del Consejo de Europa.

Porque si es cierto que «¿de qué sirven las buenas leyes sin las costumbres?», también lo es que «¿de qué sirven las costumbres sin el apoyo de las buenas leyes?»

No podemos, en la era postindustrial, reconstruir los viejos Fueros de Jaca, o la regulación de la barraganía en las Partidas —modelo en su tiempo en Europa—, pero sí podemos inspirarnos, con ánimo de adivinación y no de copia servil, en lo mejor de sus principios, que llamaron la atención de germanistas y romanistas europeos cuando fueron conocidos, pues en nada se parecían al Derecho de Familia de la era feudal europea que se inaugura con el siglo XI.

Si hubo hiperbóreas y mal conocidas regulaciones de la filiación extramatrimonial que igualaban a ésta con la matrimonial en el Derecho primitivo germano oriental —singularmente el danés—, las hubo similares y perfectamente conocidas e institucionalizadas en muchísimos fueros de las Españas de los siglos XI al XIII. Singularmente la hubo en el Fuero de Jaca, del siglo XI, ordenamiento burgués *avant la lettre* y modernizante dentro del casticismo español primitivo, aunque fracasado ante el

peso del sector militar nobiliario en el conjunto del reino de Aragón, en el siglo XIII; y en los demás Fueros que arriba he estudiado.

Quiero terminar con el dictamen favorable del gran MARTÍNEZ MARINA (63) sobre este Derecho de Familia más castizo: «A favor de la barraganía, según uso y costumbre antigua de España, está la unidad, la sanidad, la fecundidad, filiación conocida y segura educación de los hijos» (64).

X) APENDICE: LA SUCESION MORTIS CAUSA DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES EN LOS FUEROS DE DAROCA Y DE ALFAMBRA

1) El Fuero de Daroca: Fue concedido a esta villa por el Conde de Barcelona, Ramón Berenguer IV, el año 1142. Es un Fuero típico de la frontera con el musulmán o «Extremadura»: «Darocae, qui est in extremo saracenorum», reza su encabezamiento.

(63) *Ensayo histórico crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de Don Alfonso el Sabio*, por el doctor don FRANCISCO MARTÍNEZ MARINA, canónigo que fue de la Real Iglesia de San Isidro de Madrid y de la Santa Iglesia de Lérida, académico de número de las Reales Academias Española y de la Historia, y de las Buenas Letras de Barcelona, 2.^a ed., tomo I, Madrid, 1834, págs. 268-269.

(64) Y no se diga, como peregrinamente se ha dicho en las discusiones sobre la reforma del Título IV del Libro I del Código Civil, que debiera ser regulada una barraganía disoluble a voluntad de las partes y un matrimonio indisoluble también a voluntad de los contrayentes. Creo haber refutado tal hipótesis con argumentos institucionales y dogmático-jurídicos en el tomo I de mis *Estudios de Derecho de Familia*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, págs. 357 y ss. Ahora quiero agregar argumentos de Derecho Histórico español. La barraganía como regulación secular, al margen completamente de los principios de la Iglesia sobre la disciplina canónica del matrimonio, se acompaña en muchos de los fueros medievales con la disolubilidad de la propia «unión matrimonial» «a fuero de la tierra». No sólo la barraganía era disoluble a voluntad de los compañeros de la unión: también el matrimonio en los fueros era susceptible de disolución o repudio al margen de la disciplina canónica del mismo. Me remito a lo preceptuado por los Fueros de Cuenca y de Navarra —este último, cuya última redacción es de 1304— que he transcrito en el tomo II, volumen I, de mis *Estudios de Derecho de Familia. La separación y el divorcio en el Derecho español vigente*, Barcelona, Ed. Bosch, 1982, págs. 149 y siguientes.

Me remito asimismo al Apéndice titulado «Las peculiaridades del Derecho de Familia de las Españas medievales anteriores a la recepción del Derecho romano canónico», inserto en la primera parte de este trabajo, publicado en esta Revista en el número 554 de enero-febrero de 1983, págs. 162 a 176.

En ambos Fueros también los hijos de ganancia o barragana suceden, en concurrencia con los hijos de bendición, y por igual, a sus padres. Si se cita la Historia del Derecho hay que citarla completa, porque de lo contrario el argumento se vuelve contra el que lo formula. Aceptar la disolubilidad de la barraganía o unión civil que se pretende significa aceptar la completa disciplina secular de la unión, matrimonial y paramatrimonial; los efectos de esta última como un estado honori-

La villa tuvo fueros anteriores a éste, pues en el año 1129 se otorgaron a Caseda «*tales foros* quales habent illos populatores de Daroca et de Soria».

Según GIBERT (65), el Fuero de Daroca «presenta evidentes afinidades con el Derecho de la Extremadura castellana». Creo que su pariente remoto puede ser el Fuero de Sepúlveda, otorgado a esta villa segoviana en 1076. Este Fuero primitivo y modélico de dicha Extremadura —le suplantó en este papel, en el siglo XIII, el Fuero de Cuenca— tuvo un área de expansión amplísima, desde Segura de León —Badajoz—, a Morella —Reino de Valencia— y Albarracín y Mosqueruela —Reino de Aragón.

El Fuero de Daroca regula minuciosamente un tipo de familia extensa, patriarcal y muy jerarquizada, pues es preciso atraer repobladores a la villa mediante la concesión de privilegios, no sólo en el plano fiscal, municipal, económico y procesal, sino en el personal y familiar (66).

Se prevé un régimen especial para el varón de Daroca que huye de la villa con otra mujer, dejando abandonada a la suya propia. Quizá se ha querido sustituir el régimen de la prestación señorial o cugucia —«mal uso» en Cataluña— que debe el vasallo al señor por el adulterio de su mujer, por el siguiente: el hombre que abandona Daroca en las condiciones dichas no puede pedir cosa alguna de sus bienes a su mujer, sino que es ésta la que poseerá, con sus hijos, los bienes del marido. Y lo propio se establece cuando es la mujer la que huye —en este caso, se ha derogado directamente el régimen de la cugucia, al retener los bienes de la mujer no el señor feudal, sino el marido y los hijos de la mujer adúltera.

La violación de una mujer se castiga con la imposición de la pena del homicidio, y la declaración de *inimicitia* contra el violador: *et exeat homicida*. Pero si no pudiere probarse la voluntad de violación del hombre, para disculparse, o debe someterse al duelo judicial o al juramento expurgatorio con doce testigos.

El que raptare a una mujer ajena contra la voluntad de sus padres, debe disculparse en el plazo de treinta días que le concederán los alcaldes. Si no lo hicicre, será declarado enemigo del concejo y sufrirá

fico próximo al matrimonio y la absoluta equiparación de los hijos de barragana y de mujer de bendición o legítima. De ahí a tener que aceptar la disolución de la unión matrimonial no hay sino un paso, que, por cierto, franquearon los Fueros de Navarra y de Cuenca, y los demás cuerpos legales que he estudiado en el repetido Apéndice de mi trabajo arriba citado.

(65) *Historia general del Derecho español*, Madrid, 1977, pág. 35.

(66) Extracto de lo pertinente a este trabajo del Fuero de Daroca. Este se halla contenido en *Colección de Fueros municipales y Cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, tomo I, Madrid, 1847, págs. 532-543. (Hay una edición facsimilar de las Ediciones Atlas, Madrid, 1970.)

la confiscación de sus bienes. Si acudiere a disculpar su falta en el plazo de treinta días, la mujer será puesta en medio del concejo: elegirá o a sus padres, en cuyo caso el raptor pagará la pena del homicidio y saldrá enemigo del concejo, o a su raptor, en cuyo caso será absuelto el hombre, pero la mujer será desheredada.

Si el hijo o la hija casaren contra la voluntad de sus padres serán desheredados.

La mujer que huyere con otro hombre podrá ser perseguida y capturada por su marido dondequiera que la encontrare sin cometer delito, y quien la defendiera o se la quitare al marido pechará trescientos sueldos. Pena que es equivalente a la gravísima del homicidio.

Se prohíbe dejar a un hijo mayor porción de herencia que a otro: todos deben heredar por partes iguales. Se permite a los esposos constituir comunidad de bienes —*recipere in medietatem*—, pero sólo si no tienen hijos. Y nadie puede adoptar a otro, teniendo hijos, sin la voluntad de éstos: contra lo previsto en el Derecho aragonés general.

Se prevé que el padre practique ante el concejo la *desafiliatio* respecto del hijo pródigo, ladrón o ebrio: en tal supuesto, no responderá de sus delitos.

Se cortará la mano del que golpee a su padre o madre, y se obligará al hijo a dar alimentos a éstos si por su pobreza tuvieran necesidad de ellos.

No podía menos el Fuero, después de esta regulación familiar tan completa —para lo que estilan los llamados «fueros breves» o «latinos» de los siglos XI y XII—, de regular la sucesión *mortis causa* de los hijos extramatrimoniales, «a fuero y costumbre antigua de España», como hablando de la barragania dijo el gran MARTÍNEZ MARINA.

Si una concubina —barragana en romance— tuviere un hijo de alguno, debe conseguir que el padre, mientras viviere, lo reconozca *faciat illum credere patri*. Si no lo consiguiera, no heredará el hijo los bienes de su padre.

Ninguna barragana, muerto el barragán, poseerá los bienes de los hijos de ambos hasta que sean adultos, sino que los poseerán los parientes más próximos del padre, pero deberán dar con anterioridad caución de conservar íntegramente los bienes de los hijos al Juez o a los alcaldes.

Si alguien, teniendo mujer de bendición o legítima, engendrare un hijo o hija de mujer adúltera, el hijo no heredará los bienes del padre con los hijos legítimos. Pero el padre puede darle al hijo adulterino, si quiere, cien sueldos. Y esto mismo debe decirse de la mujer casada.

Los padres heredarán a sus hijos, y recíprocamente, éstos a aquéllos, excepto los adulterinos, que no deben heredar, como se dijo arriba.

Si alguien no quisiere reconocer al hijo de la barragana, ésta deberá o presentar padrinos enviados por el padre al bautizo del hijo o tomar el hierro —caliente— según costumbre, y en ambos casos se la creará.

Si alguna barragana, al morir su barragán o compañero estuviere encinta, tomará el hierro —caliente— y será creída.

Como dice GACTO FERNÁNDEZ (67), no es suficiente que el hijo de la barragana nazca dentro de una relación estable, sino que se prescribe el reconocimiento del padre. Significa con toda probabilidad un intento de afinar al máximo la identificación de éste para obviar situaciones que pudieran prestarse a maniobras fraudulentas. Por ello se explica la necesidad del reconocimiento —voluntario— del padre, o la prueba de los padrinos del bautismo del hijo, enviados por el padre, o la prueba del hierro caliente por parte de la madre. Esta prueba de los padrinos es muy típica en otros fueros castellanos de la época.

Para el propio autor (68), aunque el hijo de la barragana tiene derecho a suceder en la herencia del padre cuando nace en una relación estable de concubinato, parece que tendría también lugar su admisión en la herencia cuando el nacimiento se produjera fuera de esta unión permanente si los padres eran solteros, porque lo que atribuye el derecho a suceder en la herencia paterna es el reconocimiento explícito del padre.

Se prevé que la barragana no posea los bienes del hijo nacido de la unión quizá porque, como dice GACTO FERNÁNDEZ (69), la concubina no merece la misma confianza que la esposa, probablemente por la posibilidad que existía de que aquélla volviera a entrar en una posterior relación de barraganía, con el subsiguiente riesgo para los intereses económicos del hijo natural.

Se regula el caso especial de la barragana encinta cuando ha muerto su compañero: será creída acerca de la paternidad de su hijo siempre que se someta a la prueba «vulgar», de origen germánico, de tomar el hierro —caliente, se entiende.

Debo distinguir el derecho del hijo de la barragana soltera habido con hombre soltero, del supuesto de la filiación adulterina. No debo hacer referencia a la concepción «sacrílega» por personas con órdenes sagradas o profesión religiosa, pues en la fecha del Fuero el impedimento dirimente correspondiente todavía no había sido regulado en el III Concilio de Letrán de 1179.

El hijo nacido de hombre soltero con mujer soltera hereda a su padre siempre que sea reconocido en las formas dichas. Aunque no se

(67) *Ob. cit.*, pág. 63.

(68) *Ob. cit.*, pág. 163.

(69) *Id.*, pág. 49.

prevé la concurrencia de hijos de la barragana con hijos de mujer de bendición, es seguro que partiría los bienes por igual con ellos.

El hijo adulterino no hereda los bienes de su padre, pero éste podrá darle cien sueldos. La cantidad es importante: la tercera parte de la pena de los más graves delitos, según el Fuero: homicidio, rapto o allanamiento violento de morada. Equivale también a la pena por hacer saltar un diente o hacer perder un dedo a otro.

Aunque difiere bastante de la regulación de la sucesión *mortis causa* a favor de los hijos extramatrimoniales en el Alto Aragón, sigue sus orientaciones básicas. En todo caso, se opone diametralmente al Derecho de la Compilación de Huesca de 1247 y de la última redacción del Fuero de Jaca.

En conclusión: la familia que regula el Fuero de Daroca es la castiza española de la frontera con el musulmán, y esta regulación no está influida, poco ni mucho, por el Derecho romano canónico.

La regulación del Fuero, en efecto, es incompatible con el significado mismo del Derecho canónico en puntos tan fundamentales como la organización del proceso y el orden de las pruebas.

«Queremos que nadie responda —ante la justicia— sin querella del ofendido», dice este Fuero. Este «principio acusatorio», tan característico de los Fueros de la Extremadura castellana, leonesa y portuguesa de la época, es incompatible con el proceso canónico, fundado en el principio opuesto, de «inquisición» o pesquisa de oficio por el Juez de los delitos cometidos (70).

Las pruebas que prevé el Fuero —el juramento expurgatorio con doce testigos, la prueba del hierro caliente, el duelo judicial— fueron expresamente prohibidas por el IV Concilio de Letrán —año 1215.

La exclusión del hijo adulterino de la sucesión *mortis causa* de su

(70) «Consecuencia de esta práctica de la justicia privada fue el carácter que tuvo el sistema procesal en la Alta Edad Media, en el cual, el procedimiento era 'acusatorio' y el proceso sólo se iniciaba a instancia de la parte perjudicada o que se consideraba ofendida —*Nullum respondeat sine querelloso*...

»Esta recepción romano canónica influyó en el procedimiento judicial, y de acuerdo con el sistema procesal romano canónico, el procedimiento 'acusatorio' fue siendo desplazado por un procedimiento 'inquisitivo' o de oficio, según el cual los delitos eran perseguidos, aunque no hubiera acusación de la parte perjudicada, porque bastaba que el hecho llegase a conocimiento del Juez, y a éste competía proceder a una investigación o 'inquisición' —*inquisitio*— sobre dicho hecho y a la sustanciación del proceso que derivaba de la mencionada 'inquisición'. Este nuevo sistema procesal... llevó consigo... que se generalizasen... el más frecuente uso de las pruebas testifical y documental y, finalmente, la eliminación de la práctica del 'juramento expurgatorio' y de las llamadas 'ordalías' y 'pruebas vulgares'...» (GARCÍA DE VALDEAVELLANO: *Curso de historia de las instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media*, Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1968, págs. 556 y 550-561.)

padre no tiene como finalidad, en el Fuero de Daroca, la moralización de las costumbres, pretendida, v. gr., por la Compilación de Huesca de 1247. Esta preocupación eclesiástica es por completo ajena al propósito del Fuero, que, por otra parte, establece una serie de disposiciones que hoy no dudarían algunos en calificar de anticlericales y que tienen su exacto sentido en una situación de frontera con el musulmán, en que el Fuero pretende conceder franquicias y libertades a todos los vecinos e imponer cargas a todos, y no solamente a algunos. Los clérigos son unos poderosos y ricos vecinos, cuyo *status* es preciso reglamentar cuidadosamente (71).

Al regular, como he dicho, los derechos de los hijos adulterinos en la sucesión de sus padres, el Fuero pretende acatar el principio básico de la familia patriarcal: sólo los hijos de la mujer casada, nacidos en una unión monogámica con el hombre, fuertemente controlada por la ley y la costumbre, pueden ser atribuidos al marido de la madre y, consiguientemente, heredar sus bienes. Los hijos nacidos de una unión adulterina efímera que contraría este principio patriarcal, no pueden heredar por no poder ser atribuidos al marido de la madre. En cambio, cuando

(71) Ningún vecino de Daroca contra la voluntad del concejo se haga *arcediano o arcipreste*...; si alguno se hiciere, sea lapidado y la casa de él demolida desde los cimientos (!!)... Se regula cuidadosamente las cantidades que pueden dar el misacantano —o el diácono que lee el Evangelio al ordenarse— a sus colegas «pro pitanza»: diez sueldos. Pueden darles una espléndida comida el domingo, pero no pueden sus colegas exigirles nada más. Se regulan también los diezmos y primicias, cuidando su distribución entre el obispo y la iglesia local. Y previniendo que los eclesiásticos aleguen la «inmunidad de jurisdicción» o *privilegium fori* al concejo de Daroca en términos abusivos, verdadero caballo de batalla de las luchas de la Iglesia y del Estado en la Edad Media y Moderna, el Fuero zanja de modo abrupto cualquier pretensión ilegal de aquéllos: «todos los clérigos de Daroca tengan el mismo Fuero en las viñas, en los huertos, en las heredades, en los pastos, en los molinos y en las aguas, y en todas las cosas semejantes, que tiene todo absolutamente el pueblo de Daroca». Es seguro que los clérigos de la zona pretenderían extender su inmunidad personal a la jurisdicción del Concejo —inmunidad que no está explícitamente reconocida por el Fuero, pero sí pretendida por el Derecho canónico de la época—, a sus bienes personales.

Así hacían los ricos-hombres, infanzones y caballeros de la época, y así hizo el estamento nobiliario posterior a lo largo de los siglos.

Por último, no se exige al clérigo del impuesto de la «mañería». Como es sabido, la persona que muere estéril pierde sus bienes en beneficio del señor.

El Fuero de Daroca modifica el uso: ya no es un «mal uso» señorial, sino un impuesto concejil que grava al que al morir no deja brazos de hijo para la defensa de la villa, y cuyo importe se aplica a la reparación de sus murallas. «Si alguien muriese estéril y no tuviere próximos parientes en Daroca que le hereden, todos sus bienes se aplicarán para la reparación de las murallas.» Indirectamente, se fuerza al clérigo que no tenga parientes próximos en la zona a tener hijos —probablemente de barragana, ya que la Iglesia difícilmente reconocerá la validez de su matrimonio en época tan avanzada del Medievo—, si no quiere que a su muerte todos sus bienes reviertan al concejo. Y la no excepción de los clérigos de la «mañería», ya apuntó MARTÍNEZ MARINA en su importante *Ensayo*..., citado, que era característica de los fueros castellanos de la época.

son engendrados en una unión que no perjudica el principio patriarcal —porque el hombre está unido habitualmente con la madre o porque los ha reconocido—, no hay obstáculo para que hereden al padre, aun cuando la Iglesia no haya bendecido esta unión, que compite con el matrimonio legítimo en las costumbres de las gentes. Y, a mi juicio, pueden concurrir, según el Fuero de Daroca, hijos de ambas procedencias, de mujer de bendición o de barragana o reconocidos, y heredar por partes iguales los bienes de su padre.

Conozco algunos aspectos de la vigencia del Fuero de Daroca, aunque no puedo precisar la práctica jurídica de los habitantes de esta villa respecto de la sucesión de los hijos extramatrimoniales.

Una sentencia de Fernando *el Católico* de 1510 confirmó el Fuero de Daroca. En 1512, la reina doña Germana sancionó unas constituciones que le fueron presentadas por un jurisperito y un síndico de la villa, y confirmó sus fueros medievales... En 1623 consta la aplicación en Daroca de los Fueros de Aragón (72).

Yo conjeturo que el rey Felipe II aprovechó los gravísimos atentados que cometió contra las libertades aragonesas, tomando por asalto Zaragoza y ajusticiando... al Justicia mayor de Aragón, don Juan de Lanuza, para suprimir los Fueros de Daroca, como hizo con los de Teruel.

2) El Fuero de Alfambra dispone lo que sigue: «tot omne bort que conexido es de su padre si es fornezino prenga V solidos por part et si no es fornezino parta con sus hermanos» (73).

Destaca en el Fuero la importancia del reconocimiento del hijo hecho por el padre.

La distinción entre *fijo fornezino* y *non fornezino*, dentro de la categoría de los *fijos borts*, no es fácil de establecer. Quizá el *fornezino* sea el adulterino —lo que concordaría con cuanto sabemos de otros fueros aragoneses, incluso el de Daroca—, y el *no fornezino* sea el hijo de barragana en sentido estricto, esto es, nacido de una relación estable y aparente, cuasi matrimonial, de soltero con soltera.

No puedo cotejar los cinco sueldos, cantidad con la que el Fuero aparta de la sucesión de su padre al hijo *fornezino*, con las cantidades, penas, impuestos, etc., que se establecen en el mismo Fuero. Quizá en su origen la cantidad fue modesta, equivalente a unos «alimentos naturales» para el hijo *fornezino*, y posteriormente se convirtió en nada por la incesante devaluación monetaria que desde hace novecientos años sufren nuestras monedas.

Los hijos *bordes no fornezinos*, como dice GACTO FERNÁNDEZ (74),

(72) GIBERT, *ob. cit.*, pág. 516.

(73) GACTO FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 65, nota 115.

(74) *Ob. cit.*, pág. 180.

gozan de un amplio derecho hereditario si han sido reconocidos por el padre. A mi juicio, disfrutaban de un régimen parecido al previsto para los *fills borts* en la primera redacción del Fuero de Jaca —epígrafe II, letra A, de este trabajo.

Derecho hereditario que choca frontalmente con el sistema de la Compilación de Huesca de 1247 y con el sistema general del Derecho común romano canónico previsto en la «Concordantia Discordantium Canonum» de Graciano (año 1140).

Ignoro cuándo se aplicó a la villa de Alfambra el régimen general de la Compilación de Huesca y la demás legislación aragonesa contraria a los derechos de los hijos de barragana.

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH

Notario

Miembro del Comité de Expertos sobre el Derecho de los Esposos del Consejo de Europa, años 1980-1981; y del Comité de Expertos sobre el Derecho de Familia, año 1983.

Los perfiles esenciales de un nuevo Derecho de sucesiones. Estudio de un proyecto de ley sobre la explotación agrícola familiar

SUMARIO: 1. Planteamiento.—2. Los rasgos generales de la nueva sucesión *mortis causa*.—3. Los principios y las reformas últimas del Derecho comparado.—4. La colocación sistemática en el texto articulado.—5. La vocación contractual.—6. La vocación testamentaria.—7. El testamento mancomunado.—8. El testamento por comisario.—9. La vocación hereditaria *ex lege*.—10. La valoración de la explotación y las obligaciones del sucesor en la titularidad de la misma.—11. Naturaleza, reducción y garantía de la legítima conmutada en dinero.—12. La legítima del cónyuge viudo.

1. Es sabido que una de las notas que da cierta singularidad a nuestra literatura jurídica es, como se ha señalado más de una vez por algún autor extranjero, una atención preferente por los problemas concernientes a la transmisión *mortis causa* de la explotación agrícola (1), lo mismo desde la perspectiva del Derecho común que desde la de los Derechos forales (2); y esto repercute, ciertamente, en el plano legislativo. Una

(1) Según lo ha advertido CARROZZA, en efecto, en trabajos diversos, tales como «L'individuazione del diritto agrario per mezzo dei suoi istituti», en *RDC*, 1975, páginas 107 y ss., especialmente 13-14 de la separata; *Problemi generali e profili di qualificazione del diritto agrario*, I, Milano, 1975, pág. 57, nota 82, y, por último, «Per un diritto agrario ereditario», en *RDC*, 1978, págs. 758 y ss., especialmente 770-771, a propósito de la indicación bibliográfica. Esta temática constituye, pues, uno de los elementos que caracteriza la que se ha podido llamar escuela española del Derecho agrario, de orientación fundamentalmente civilista; para esto, BALLARÍN MARCIAL: *Derecho agrario*, 2.ª ed., Madrid, 1978, págs. 2 y, ampliamente, 419 y ss., con referencias.

(2) Esta línea de investigación la ha iniciado probablemente ROCA SASTRE: «La necesidad de diferenciar lo rústico de lo urbano en el Derecho sucesorio», en *AAMN*, 1944, págs. 335 y ss.; la han continuado, en el campo de los Derechos

buena muestra la constituye, a nuestro modo de ver, la nueva disciplina sucesoria que diseñan los artículos 17 y siguientes del reciente Proyecto de Ley de estatuto de la empresa familiar agraria y de los jóvenes agricultores, la que intenta articular una modificación profunda del Dere-

forales, principalmente, CASTÁN TOBEÑAS: *Familia y propiedad*, Madrid, 1956, especialmente págs. 85 y ss.; LACRUZ: «Los Derechos forales», en *Estudios de Derecho civil*, Barcelona, 1958, págs. 17 y ss., y «La aportación de los Derechos forales españoles a un Derecho sucesorio rural», en IDAIC, *Atti seconda Assamblea*, III, Milano, 1964, págs. 561 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO: «La agricultura y la explotación familiar», en *RJC*, 1964, págs. 107 y ss.; «La conservación del 'fundus instructus' como explotación familiar, tema básico de los Derechos forales o especiales españoles», en *RDA*, 1966, págs. 16 y ss. (= *AAMN*, 1968, págs. 593 y ss.), y, últimamente, «Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. I. Las Legítimas», en *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, vol. LVIII, Madrid, 1974, págs. 49 y ss., y LÓPEZ JACOISTE: «El Derecho foral como Derecho agrario», en *Estudios Serrano*, I, Valladolid, 1965, págs. 483 y ss., aparte de otros estudios institucionales; en el campo del Derecho común destacan, entre otros, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «La conservación de las unidades agrarias», en *ADC*, 1959, páginas 939 y ss., y «La conservación de las unidades agrarias en la Ley de reforma y desarrollo agrario», en *Estudios monográficos del Iryda*. 3. *Comentarios a la Ley de reforma y desarrollo agrario*, Madrid, 1975, págs. 97 y ss., y MARTÍN-BALLESTERO FERNÁNDEZ: «La indivisibilidad de las unidades familiares agrarias en la transmisión sucesoria», en *Boletín del Colegio de Abogados*, Zaragoza, 1973, págs. 87 y siguientes. Hoy en día se puede afirmar que esta línea de investigación culmina en la obra de DE LOS MOZOS y LUNA SERRANO, en los trabajos de las *III Jornadas italo-españolas de Derecho agrario*, Barcelona-Lérida, 1978, y, en cierto modo, en el proyecto de ley objeto de nuestro estudio. Entre los trabajos que DE LOS MOZOS ha dedicado al tema son de recordar: «El mantenimiento de la unidad de la empresa agrícola en la transmisión *mortis causa*» (1964), ahora en *Estudios de Derecho agrario*, Madrid, 1972, págs. 287 y ss.; «La sucesión de las explotaciones agrarias», en *Estudios monográficos*, cit., págs. 271 y ss.; «Hacia un Derecho sucesorio agrario», en *ADC*, 1974, págs. 523 y ss., y, últimamente, *Propiedad, herencia y división de la explotación agraria. La sucesión en el Derecho agrario*, Madrid, 1977, en colaboración con GÓMEZ LAPLAZA, HERRERO GARCÍA y REIMUNDO YANES. No menos importantes son los estudios de LUNA SERRANO, tales como «Régimen jurídico de las fincas adjudicadas por los entes de colonización italianos», en *REAS*, 35 (1961), páginas 68 y ss.; «Regime giuridico dei fondi rustici assegnati in proprietà ai coltivatori diretti in Spagna», en *RDA*, 1962, págs. 391 y ss.; *El patrimonio familiar*, Roma-Madrid, 1962; «La transmisión *mortis causa* de las fincas rústicas adjudicadas por el Instituto Nacional de Colonización», en *Estudios Serrano*, I, cit., páginas 507 y ss.; «Régimen de tierras en la ley de reforma y desarrollo agrario: La sucesión *mortis causa* del concesionario de tierras», en *Estudios monográficos*, cit., págs. 125 y ss.; «La successione *mortis causa* dell'assegnatario di terre di riforma (natura ed oggetto)», en *RDA*, 1976, págs. 479 y ss., y, en fin, «Aspectos concretos del Derecho sucesorio agrario en la legislación española», ponencia leída en las mencionadas *Jornadas*. En torno a estas últimas cabe recordar los estudios de ESPÍN CÁNOVAS: «La conservación de la explotación agraria en el régimen sucesorio del Código Civil», en *RDP*, 1979, págs. 309 y ss.; FERNÁNDEZ COSTALES: «La eficacia protectora del Derecho sucesorio en la continuidad de la explotación agraria», en *Ibidem*, págs. 31 y ss.; VIDAL: «Algunos aspectos de la regulación de la sucesión *mortis causa* en el Código Civil español que favorecen la creación y mantenimiento de las unidades agrarias», en *Ibidem*, págs. 546 y ss.; AMAT ESCANDELL: «Limitaciones a la libertad de testar y a los derechos de los legitimarios en la legislación española de reforma agraria», en *Derecho y reforma agraria. Revista*, 11 (1980), págs. 261 y ss., y el importante trabajo de TORRES GARCÍA: «La explotación

cho en vigor en este aspecto, entre otros que contempla el Proyecto (3). De aquí que la reforma, anunciada desde la redacción misma de la Ley de reforma y desarrollo agrario de 1973 (4), sea sumamente significativa, por lo que se refiere a la sucesión en la titularidad de la explotación agrícola, no sólo en el campo del Derecho civil, sino, además, en el del Derecho agrario. En cuanto al Derecho civil español, en efecto, las innovaciones principales que en materia de sucesión por causa de muerte prevé el Proyecto, aunque se contraen a la llamada explotación familiar agraria, tienen una indudable *vis expansiva* que no dejará de incidir en su día en el sistema hereditario que regulan tanto el Código Civil como los Derechos forales, y ello por el ámbito de aplicación del nuevo texto por razón de la materia y por razón del territorio. Así, frente al Derecho común, la nueva disciplina de la transmisión *mortis causa* será de aplicación preferente toda vez que se presenten los presupuestos que, conforme al artículo 2.º del Proyecto, definen a la explotación familiar agraria, puesto que ella no sólo puede coexistir con otros bienes en el patrimonio del *de cuius*, como lo admite el propio Proyecto en el artículo 38 a propósito de la reducción de las legítimas, sino que hay que entender que existe por sí misma, haya o no un reconocimiento oficial que constate su existencia. Así resulta, en efecto, de la naturaleza del documento administrativo previsto por el artículo 13 del Proyecto, el cual, a pesar de ser bastante para habilitar el acceso al Registro de la Propiedad y tener, por tanto, cierta eficacia real, se configura, de una parte, como un acto meramente declarativo, y no constitutivo, de una

agrícola familiar: Su conservación en la sucesión *mortis causa* del titular. Artículo 35 de la Ley de reforma y desarrollo agrario», en *ADC*, 1980, págs. 335 y siguientes. Sobre estas *Jornadas*, uno de cuyos temas versó sobre los institutos y la oportunidad de un Derecho sucesorio agrario, *vid.* la noticia de CASELLA en *RDA*, 1979, II, págs. 139 y ss., y nuestra nota crítica en *Diritto-Economia*, pendiente de publicación.

(3) Cfr. el texto publicado en *B. O. C.* de 6 de marzo de 1980 y el informe de la Ponencia y enmiendas, en el de 28 de abril de 1981. Para el examen del Proyecto tuvo lugar el *Seminario sobre aspectos jurídicos de la explotación familiar agraria y de los jóvenes agricultores*, Valladolid, 1981, acerca del cual *vid.* nuestra nota en *ADC* de próxima publicación; nuestra ponencia sobre «La transmisión *mortis causa* de las explotaciones familiares agrarias» ha servido de base al presente estudio

(4) Así, DE LOS MOZOS: *La sucesión de las explotaciones agrarias*, cit., páginas 288-291; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *La conservación de las unidades agrarias en la Ley de reforma y desarrollo agrario*, cit., págs. 119-122; significativo en este mismo sentido es el juicio de GÓMEZ Y GÓMEZ JORDANA: «Líneas generales de la Ley de reforma y desarrollo agrario», en *Estudios monográficos*, cit., págs. 79 y siguientes, especialmente 94-95. Conviene apuntar que la reforma no modifica directamente al Código Civil de acuerdo con el criterio mantenido por DE LOS MOZOS en su *Informe final de las III Jornadas* citadas, a diferencia de la ponencia de LUNA SERRANO; asimismo, se inclina por la primera opinión AMAT ESCANDELL: *Op cit.*, pág. 282, y por la segunda, ESPÍN CÁNOVAS: *Op cit.*, pág. 317.

realidad jurídica que es ajena tanto al propio Registro cuanto al sistema de auxilios económicos y de estímulos para la modernización y desarrollo de las explotaciones que dicho documento consiente de conformidad con los artículos 51 y siguientes del texto actual, y, de otra parte, como un instrumento *ad probationem*, ya que su función consiste, según dice el citado artículo 13, en «acreditar la cualidad de la explotación familiar agraria», esto es, la concurrencia de los presupuestos que marca el artículo 2.º, los que delimitan la tipicidad legal de la misma y actúan, por consiguiente, sin perjuicio de la constatación administrativa (5). Si esta interpretación expansiva es correcta, es de resaltar que el ámbito material trasciende los límites estrictos a los que se contrae, en principio, el Proyecto y se yuxtapone al Derecho común para regir de un modo preferente, como dijimos, la transmisión *mortis causa* de la explotación familiar agraria cuando ésta exista, reconocida o no por la Administración, lo que presenta una relevancia muy singular en el cuadro del sistema hereditario del Código Civil, tanto más cuanto que el Proyecto introduce el pacto sucesorio y restablece antiguas formas de fiducia testamentaria que el Código, apartándose de la tradición castellana, ha suprimido, debido probablemente a la influencia, más ideológica que técnica, que el *Code civil* ejerció en ésta y en otras materias sobre el nuestro (6). Este mismo criterio amplio rige, por lo demás, el ámbito territorial del Proyecto, aun cuando éste carece de una norma expresa que así lo establezca; se infiere, en cambio, que el texto está referido a los territorios regidos por el Derecho común, de manera inmediata y directa, de una lectura *a contrario* de la Disposición final primera, que salvaguarda la aplicación preferente de los Derechos territoriales, y de la Disposición derogatoria, que deja sin efecto, incluso con carácter retroactivo, determinados preceptos de la Ley de reforma y desarrollo agrario, los que son, como se sabe, de aplicación general y uniforme a todo el territorio español (7). Pero la relevancia jurídica del texto que nos

(5) En un sentido similar se manifiesta LUNA SERRANO en el mencionado *Seminario* al desarrollar su ponencia sobre «La explotación agrícola familiar desde el punto de vista jurídico», pendiente de publicación; igualmente, VELASCO FERNÁNDEZ: «Sobre determinados aspectos registrales del proyecto de ley de la explotación familiar agraria y de los jóvenes agricultores», comunicación al *Seminario* citado, quien pone de relieve, además, que la inscripción registral prevista y regulada por los artículos 13, 14, 73 y 74 del Proyecto carece de efectos constitutivos.

(6) Para esto, DE LOS MOZOS: *Hacia un Derecho sucesorio agrario*, cit., páginas 523 y ss.; con más detalles, *Propiedad, herencia y división de la explotación agraria*, cit., págs. 152 y ss. Parece ser que la influencia del Derecho francés en este aspecto comienza a partir del Proyecto de 1851 y no antes, como tendremos ocasión de hacerlo notar más adelante, al menos, en tema de testamento por comisario.

(7) Cfr. la Disposición final primera del texto que hemos tenido a la vista: «La aplicación de las disposiciones de este Estatuto se entienden sin perjuicio de las normas, específicas en la materia, de los Derechos civiles forales o especiales y

ocupa no se limita al campo del Derecho común sino que se extiende, además, a los Derechos forales, por cuanto, aunque de aplicación subsidiaria en los respectivos territorios, no se puede desconocer que las indicaciones normativas que contiene en tema de pactos sucesorios y de testamentificación pluripersonal servirán para interpretar, con arreglo a un parámetro común, la disciplina tradicional que recogen, en su caso, las Compilaciones, y, a la inversa, las normas forales referidas a tales materias son aprovechables, como tendremos ocasión de ver más adelante, en la interpretación e integración de la disciplina del Proyecto en su aplicación a los territorios regidos por el Derecho común, lo mismo que, de acuerdo con la citada Disposición final primera, las nuevas normas regionales emanadas de las Comunidades Autónomas; normas forales y regionales que prevalecen, como sabemos, sobre las del Proyecto, sin embargo, sólo cuando sean «específicas en la materia», en nuestro caso, cuando atiendan a la transmisión *mortis causa* de la explotación agrícola, precisamente, como ha dicho VALLET DE GOYTISOLO, el «tema básico de los Derechos forales españoles» (8). Resulta de todo esto, y conviene subrayarlo, que el Proyecto se sitúa en una línea de aproximación del Derecho común a los Derechos forales y que, sin modificar directamente el Código Civil, se orienta de forma decidida, aunque quizá algo tardíamente, hacia la meta de la unidad legislativa, sobre todo porque la mayor distancia que hay entre los Derechos civiles coexistentes en España radica, como es bien sabido, en la diversa manera de entender el fenómeno sucesorio (9); meta que, si bien aparece

de las dictadas por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias. La existencia de una u otras normas no obstará a la aplicación de las demás disposiciones de esta Ley»; el ámbito nacional de aplicación de la Ley de reforma y desarrollo agrario se deduce de su artículo 6.º y de la Ley 35, de 21 de julio de 1971, que crea el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario. En este mismo sentido, DE LOS MOZOS: *Hacia un Derecho sucesorio agrario*, cit., pág. 537, nota 59, a propósito del artículo 46 de la Ley antes citada.

(8) Según el expresivo título del trabajo de VALLET DE GOYTISOLO: *La conservación del «fundus instructus» como explotación familiar, tema básico de los Derechos forales o especiales españoles*, cit. Bien explica LACRUZ: *Los Derechos forales*, cit., págs. 17 y ss., que estos Derechos territoriales aparecen hoy centrados, en términos generales, en las relaciones familiares y sucesorias que giran en torno a la casa; asimismo, LÓPEZ JACOISTE: *El Derecho foral como Derecho agrario*, citado, págs. 489 y ss. y 497 y ss.

(9) En tal sentido, el propio LACRUZ: *Los Derechos forales*, cit., págs. 24 y 25; también, *La aportación de los Derechos forales españoles a un Derecho sucesorio rural*, cit., pág. 565; en general, ROCA SASTRE: *La necesidad de diferenciar lo rústico de lo urbano en Derecho sucesorio*, cit., págs. 335 y ss. Resplandece en los Derechos forales, en efecto, la ausencia de una disciplina orgánica del Derecho patrimonial, lo mismo de cosas que de obligaciones y contratos, con excepción de Cataluña y Navarra; de aquí que coexistan en el Derecho civil español actual un Derecho patrimonial tendencialmente uniforme y un Derecho de familia y sucesiones diversificado, diversidad algo atenuada por el Proyecto que nos ocupa. Para

algo desdibujada después del artículo 149.1.8 de la Constitución, es perfectamente compatible con el principio de pleno respeto a los Derechos forales que consagra, asimismo, el artículo 13 del Código Civil, en su redacción actual (10).

No menos significativas son, por otra parte, las innovaciones del Proyecto de cara a la legislación agraria en vigor, por lo menos, por dos órdenes de consideraciones diferentes. De una parte, establece el Proyecto un régimen que es tendencialmente único para la sucesión *mortis causa* en la titularidad de las unidades agrarias típicas al suprimir tres de los cinco regímenes existentes, a saber:: el de las actuales explotaciones familiares, lo mismo en la fase de concesión administrativa que de adjudicación en propiedad, y el de los patrimonios familiares, a los que se refieren los artículos 32, 35 y 41 y 42 de la Ley de reforma y desarrollo agrario, por virtud de lo dispuesto por la mencionada Disposición derogatoria del Proyecto, y el de la sucesión en el arrendamiento rústico por aplicación, como veremos, del artículo 42 del mismo; subsisten, por consiguiente, los regímenes sucesorios concernientes a los huertos familiares y a las unidades mínimas de cultivo, previstos, respectivamente, por los artículos 24, en relación con el 6 del Decreto de 12 de mayo de 1950, y 46 de la Ley precitada, debido probablemente a la escasa entidad y a la poca aplicación práctica de los mismos (11). Junto a éstos tenemos, pues, la nueva disciplina que rige la transmisión *mortis causa* de las explotaciones familiares agrarias *ex* artículo 2.º del Proyecto, la que se aplica retroactivamente a la sucesión

esto último, *vid* LASARTE: *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Madrid, 1980, pág. 154, quien resalta por contraste, en págs. 88 y ss., la uniformidad de la «doble codificación del Derecho mercantil»

(10) Para una interpretación del precepto constitucional citado, contraria al sentido del texto, es decir, desfavorable a la unidad legislativa del Derecho civil español, LÓPEZ JACOISTE: «Constitucionalismo y Código Civil», en *Lecturas sobre la Constitución española*, II, UNED, Madrid, 1978, págs. 599 y ss.; ROCA I TRÍAS: «El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978», en *RJC*, 1979, págs. 7 y siguientes, y DELGADO ECHEVERRÍA: «Los Derechos civiles forales en la Constitución», en *Ibidem*, págs. 643 y ss., que plantea el tema a modo de interrogación. Considera compatible dicha unidad con la norma del artículo 13 del Código Civil, en relación con el artículo 4.3 del mismo, entre muchos otros. LALAGUNA DOMÍNGUEZ: «Aplicación del Código Civil como supletorio de otras leyes», en *RDP*, 1976, págs. 598 y siguientes, y «Ambito territorial de aplicación del Código Civil», en *RDP*, 1977, páginas 311 y ss., trabajos recogidos, por otra parte, en *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, I, Madrid, 1977, sub artículos 4.3 y 13, págs. 239 y ss. y 681 y ss.; también en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, I, Madrid, 1978, sub artículo 13, págs. 451 y ss.; entre las obras generales. DE LOS MOZOS: *Derecho civil español*. I-I, Salamanca, 1977, págs. 318 y ss., 356 y ss. y 373 y ss., por todos.

(11) Para un esquema de esta disciplina residual, *vid.* nuestro trabajo «Algunas notas comunes del Derecho agrario europeo y del español», en *RDP*, 1977, páginas 833 y ss., especialmente 842-843.

en la titularidad de las explotaciones familiares y de los patrimonios familiares, constituidos con arreglo a los artículos 25 y siguientes y 36 y siguientes de la Ley de referencia, figuras éstas que desaparecen para el futuro de conformidad con el apartado segundo de la Disposición derogatoria del Proyecto (12). Así, pues, si bien es cierto que este último texto no establece, en rigor, un régimen sucesorio único, no es menos cierto que reduce de forma drástica la pluralidad de regímenes existente, y hace patente una clara tendencia hacia la unidad, la que debería llevarse hasta sus últimas consecuencias dado el carácter residual que presentan, ciertamente, los supuestos subsistentes al margen del mismo. De otra parte, hay que llamar la atención acerca de que el Proyecto parece abandonar la técnica de la sucesión excepcional o anómala al adoptar una disciplina sucesoria que no sólo coexiste con el Derecho general, lo mismo común que foral, sino que es cabalmente paralela al mismo, sobre todo por lo que se refiere a las modalidades de la vocación hereditaria; técnica que parece haber estado en la base de la sucesión en la titularidad de casi todas las figuras típicas que contempla la legislación agraria en vigor, con la probable excepción, que ha resaltado DE LOS MOZOS, de las explotaciones familiares en la fase definitiva de propiedad de acuerdo con el artículo 35 de la Ley de reforma y desarrollo agrario (13). Esta innovación viene a resolver en

(12) Cfr. la Disposición derogatoria: «A partir de la entrada en vigor de la presente Ley quedarán derogados los artículos 25, apartado 1: 32, apartados 1, 2, 3 y 4; 35, apartados 1, 2, 3 y 7, y 36 a 42, ambos inclusive, de la Ley de Reforma y Desarrollo agrario, publicada por Decreto 118/1973, de 12 de enero. No obstante, las explotaciones familiares y los patrimonios de igual naturaleza ya constituidos en el momento de la entrada en vigor de la presente Ley seguirán rigiéndose por la legislación anterior, salvo en lo que se refiere al sistema sucesorio establecido en esta Ley que resultará en todo caso de aplicación» Para la sucesión en la titularidad de los patrimonios familiares, *vid.* LUNA SERRANO: *La transmisión «mortis causa» de las fincas rústicas adjudicadas por el Instituto Nacional de Colonización*, citado, págs. 507 y ss., y por lo que se refiere a las explotaciones familiares, TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., págs. 344 y ss., últimamente.

(13) Así, DE LOS MOZOS, en CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, VI-3, 8.ª ed., Madrid, 1978, págs. 385, si bien califica, como es habitual, de «sucesión excepcional» la disciplina de la transmisión *mortis causa* de los patrimonios, explotaciones y huertos familiares en *Hacia un Derecho sucesorio agrario*, citado, págs. 544 y ss., estudio en el que nos explica, pág. 553, nota 38, que «restaurar la sucesión excepcional que permite mantener la unidad del patrimonio no se halla muy justificado en el contexto socioeconómico moderno, porque hay que hacerlo a costa de reducir la legítima de los hijos no favorecidos con la designación, o, por el contrario, a costa de reducir tanto la explotación que resulte inviable»; de aquí que esta fórmula se halle hoy desprestigiada. Por eso, TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., pág. 346, la denomina «sucesión extraordinaria», siguiendo a PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, V-3, 2.ª ed., Barcelona, 1977, pág. 449, aunque este autor, en la *op. cit.*, 1.ª ed., Barcelona, 1964, página 472, entiende que las dos denominaciones son sinónimas. Como la cuestión no es puramente nominal, es de advertir el cambio de opinión de CARROZZA a este respecto, quien si bien entendió en un primer momento que se trataba de una

el plano legislativo, pues, una cierta contradicción que se apreciaba al afirmar, como hace LUNA SERRANO en relación con la sucesión en la titularidad de la explotación familiar en la fase provisional de concesión administrativa *ex* artículo 32 de dicha Ley, que, en el cuadro de la pluralidad de sucesiones concurrentes en el patrimonio del *de cuius*, éstas eran excepcionales pero no totalmente insensibles entre sí (14).

«sucesión anómala», en *Per un diritto agrario ereditario*, cit., pág. 765, ha hablado después de una «sucesión particular» en «La originalidad y complejidad de la aproximación española a una temática de fundamental importancia para el Derecho agrario de los años ochenta», intervención en el *Seminario* mencionado, pendiente de publicación, la que se compone de «normas especiales o excepcionales para conservar la integridad de la empresa agrícola» (pág. 3 del original); el punto de inflexión entre estos matices distintos parece estar en su breve nota «La disciplina delle successioni *mortis causa* in agricoltura (presentazione di uno schema di legge)», en *Giur. Agr. It.*, 1979, págs. 583 y ss., especialmente 585, donde alude de paso a «una sucesión anómala (o, mejor, especial)». Tampoco es acertada la idea sugerida por LOMBART BOSCH: «Algunos aspectos de la sucesión testamentaria y en particular el testamento mancomunado en el proyecto de ley de 'estatuto de la explotación familiar agraria y de los jóvenes agricultores'», comunicación presentada al aludido *Seminario*, pendiente asimismo de publicación. cuando dice, a propósito de la naturaleza jurídica de la sucesión *mortis causa* que nos ocupa, que la integran normas de carácter distinto, a saber: las que regulan instituciones olvidadas y hasta prohibidas por el Derecho común, las que limitan o controlan la voluntad del titular y las que protegen la integridad de la explotación con un rango de aplicación preferente o primordial, y añade: «Por lo que más que de sucesión excepcional preferimos hablar de sucesión legal que produce determinadas modificaciones en la forma ordinaria, regulada para todos los bienes del causante, a fin de conseguir los fines que se propone la Ley» (pág. 7 del original). Todo lo que es cierto, pero la denominación es equívoca, ya que la expresión «sucesión legal» tiene, como se sabe, un sentido técnico preciso, distinto de lo que aquí se quiere expresar; tiene razón, sin embargo, cuando agrega que, en lugar de una «sucesión anómala», lo que hay es «una anomalía en la sucesión ordinaria del causante, por mor de la especial naturaleza de uno de los bienes de su patrimonio», o sea, la explotación familiar agraria (pág. 8 del texto citado). Quizá la mejor calificación sea, a nuestro modo de ver, la de una sucesión particular, dada la singularidad de sus elementos subjetivos y objetivos, que el ordenamiento, sin duda, privilegia tanto en beneficio del heredero único cuanto en consideración a la integridad de la explotación.

(14) Así resulta, en efecto, de la importante construcción que propone este autor al distinguir los aspectos subjetivos y objetivos que juegan en esta clase de sucesión; *vid.*, entre otros trabajos suyos, LUNA SERRANO: *Régimen de tierras en la Ley de reforma y desarrollo agrario*, cit., págs. 126-127, donde explica que, desde el punto de vista del *de cuius*, se trata de una sucesión anómala y excepcional, mientras que desde el punto de vista del objeto, o sea, de la explotación relicta, tal sucesión es particular, «sobre todo porque la sucesión del adjudicatario se refiere a un complejo patrimonial *a se stante* y aparece, por tanto, como una sucesión universal, cuyo objeto es, en efecto, el *universum ius* del adjudicatario en cuanto tal: es decir, el complejo patrimonial sobre el que se ejercita su empresa agraria que le lleva a conseguir la propiedad». De aquí que caracteriza esta sucesión como una sucesión *mortis causa*, extraordinaria y universal v a la vez particular (págs. 141 y siguientes), en cuya dinámica no hay, sin embargo, una separación absoluta y tajante con la sucesión *mortis causa* del resto del patrimonio del causante, sensibilidad o comunicación entre la sucesión ordinaria y la extraordinaria que se manifiesta, como hace notar el mismo autor, en tema de legítimas y en el supuesto de que el adjudicatario haya afectado bienes propios a la explotación, los cuales «si-

Lo que quiere decir que las normas de la nueva disciplina sucesoria son de naturaleza especial o excepcional, en sentido técnico, según sea el marco del Derecho privado general con que se las confronte; por ejemplo, la disciplina de la sucesión contractual es ciertamente excepcional frente al Derecho común al par que especial frente a los Derechos forales que la admiten, y lo mismo ocurre, en términos generales, con los testamentos pluripersonales, pero, mientras las reglas de la sucesión intestada son siempre excepcionales por contraste tanto con el Código Civil como con las Compilaciones, la conmutación de las legítimas en dinero es, en rigor, especial lo mismo ante el Derecho común que ante los Derechos forales. En este sentido se ha dicho, con razón, que el Derecho agrario es un Derecho interdisciplinario (15).

En definitiva, el Proyecto que nos ocupa es un texto que no sólo reforma de un modo radical la sucesión en la titularidad de la explotación agrícola sino que expone una postura de renovación de nuestro Derecho de sucesiones, aun cuando los mecanismos a través de los cuales la sucesión actúa no se aparten demasiado, como veremos, de los que rigen hoy en el Derecho español; un texto de notable interés tanto

guen, según la tesis expuesta, el destino *post mortem* que señala la Ley de reforma y desarrollo agrario» (pág. 146), de acuerdo con la lógica de los patrimonios separados *ex lege*, que está ciertamente en la base de la disciplina especial que regula la transmisión *mortis causa* de los patrimonios familiares; así, el propio LUNA SERRANO: *La transmisión mortis causa de las fincas rústicas adjudicadas por el Instituto Nacional de Colonización*, cit., págs. 509 y ss., y 528 y ss.; también, SAPENA: «En torno a la Ley del patrimonio familiar», en *RDP*, 1953, págs. 718 y ss.; AGÚNDEZ FERNÁNDEZ: *El patrimonio familiar*, Madrid, 1954, y LÓPEZ JACOISTE: *El patrimonio familiar rústico*, Madrid, 1958. En fin, señalemos que la construcción que examinamos ha sido desarrollada con datos nuevos y un aparato crítico muy completo recientemente por el mismo LUNA SERRANO: *La successione mortis causa dell'assegnatario di terre di riforma (natura ed oggetto)*, cit., págs. 479 y ss.; coincide con IRTI: «Profili civilistici dell'assegnazione di fondo rustico», en *RDA*, 1960, páginas 212 y ss., especialmente 260, en cuanto que la sucesión en la titularidad de la explotación agrícola es siempre de índole singular.

(15) En tal sentido, de forma explícita, DE LOS MOZOS: «El Derecho agrario. Estado actual de la cuestión», en *ADC*, 1976, págs. 823 y ss., especialmente 826-827 y 833, y en *Derecho civil español*, I-1, Salamanca, 1977, págs. 137 y ss., lo que se debe a la compenetración de Derecho público y Derecho privado que le caracteriza, la que determina, en último término, la falta de autonomía del mismo: en sentido similar opina BALLARÍN MARCIAL: *Op cit.*, págs. 454-457, últimamente. Sobre la *vexata quaestio* de la autonomía del Derecho agrario ha vuelto recientemente desde una perspectiva original, como se sabe, CARROZZA: «La noción de lo agrario: fundamento y extensión (*agrarietà*)», trad. esp., en *Jornadas italo-españolas de Derecho agrario*, Valladolid, 1976, págs. 305 y ss., y en *Problemi generali e profili di qualificazione del diritto agrario*, cit., págs. 60 y ss.; para una crítica de esta orientación, entre otros, IRTI: «Le due scuole del diritto agrario», en *RDA*, 1975, págs. 3 y ss., trabajo reproducido íntegro en *Introduzione allo studio del diritto privato*, Torino, 1974, págs. 221 y ss.; entre nosotros, ALONSO PÉREZ: «Actitud metodológica en la sistematización del Derecho agrario», en *ADC*, 1975, págs. 809 y ss., y nuestras «Notas sobre la actividad agraria típica», en *Ibidem*, 1978, páginas 747 y ss., con otras referencias.

desde la óptica del Derecho civil como desde la del Derecho de reforma de la agricultura, un texto bifronte que no es, como bien lo advierte CARROZZA, «una obra de ingeniería jurídica que presupone muchas veces la demolición de un edificio legislativo que ha devenido inservible», precisamente por la proximidad que mantiene con la tradición jurídica que conserven, entre nosotros, los Derechos territoriales (16).

2. Antes de comenzar el examen del nuevo régimen sucesorio parece conveniente que intentemos puntualizar los rasgos más salientes del mismo, a saber: A) Una disciplina uniforme para la transmisión *mortis causa* de toda titularidad atinente a la explotación agrícola. B) Atribución íntegra de la misma a un sucesor único, y consiguiente alteración de los principios legitimarios del Derecho común. C) Concordancia del Derecho de sucesiones con el Derecho de familia en torno a la idea de la propiedad familiar, la que tiene manifestaciones múltiples en el Proyecto (17).

A) La nueva disciplina de la transmisión *mortis causa* de la explotación agrícola, en efecto, no sólo es única tendencialmente, en el sentido que conocemos, sino que es, además, uniforme por cuanto abarca el subingreso sucesorio en la titularidad de cualquier derecho subjetivo, lo

(16) Vid. CARROZZA: «La originalidad y complejidad de la aproximación española a una temática de fundamental importancia para el Derecho agrario de los años ochenta», cit., págs. 7 y 8 del texto original.

(17) Hay que advertir que la primera y la tercera nota distintiva que hemos mencionado en el texto son relativamente recientes, y han sido introducidas entre nosotros, principalmente, por DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agraria*, cit., págs. 99-100 y 47 y ss., mientras que la segunda es constante en nuestra doctrina, tanto foralista cuanto del Derecho común; así, LACRUZ: *La aportación de los Derechos forales españoles a un Derecho sucesorio rural*, citado, pág. 570, quien propone para la elección del sucesor único una flexibilización del sistema de legítimas, el pacto sucesorio y las formas de fiduciacia testamentaria que encontramos en el Proyecto que nos ocupa, lo mismo que concluye DE LOS MOZOS: *Op. cit.*, págs. 287 y ss. Para esta segunda nota que caracteriza el régimen sucesorio diseñado por el Proyecto, de gran interés PUIG BRUTAU: «El testamento del empresario (Consideraciones de algunos problemas de enlace entre el Derecho de herencias y el de sociedades)», en *RDP*, 1960, págs. 845 y ss.; Díez PICAZO: «La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil», en *Problemática jurídica de la empresa*, Valencia, págs. 114 y ss., recogido en sus recientes *Estudios de Derecho privado*, Madrid, 1980, y FOSAR BENLLOCH: «Más sobre el artículo 1.056, párrafo 2.º, del Código Civil y la explotación agrícola. El principio general de Derecho de la atribución sucesoria unitaria de la explotación familiar», en *RDCE*, 1971, páginas 266 y ss. En general, DE NOVA: «Il principio di unità della successione e la destinazione dei beni alla produzione agricola», en *RDA*, 1979, págs. 509 y siguientes. No es disímil el cuadro de la transmisión *mortis causa* de la explotación agrícola familiar ex artículo 35 de la Ley de reforma y desarrollo agrario, que caracteriza TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., págs. 346-347. salvo en cuanto a las formas testamentarias pluripersonales, autora que concluye: «Hubiera sido más loable que a estas dos formas de sucesión (testamentaria e intestada) se hubiera añadido la sucesión contractual como otra posibilidad con que cuenta el titular para poder disponer de la explotación», lo que lleva a cabo el Proyecto que estudiamos.

mismo de naturaleza real que personal, cuyo contenido habilite la constitución de la explotación o el ejercicio de la empresa agraria en la misma. Así se infiere, en efecto, del artículo 3.1 del Proyecto que declara, inmediatamente después de la definición legal de la explotación familiar agraria, que son elementos constitutivos de la misma, y quedan incorporados y afectos al destino de la explotación, los bienes muebles e inmuebles «que pertenezcan al titular, a su cónyuge o a ambos, en propiedad, arrendamiento o en virtud de cualquier otro título que faculte para su uso y disfrute»; esto es, cualquier derecho real o personal que consienta el ejercicio del llamado derecho subjetivo de empresa y que determine la titularidad de la explotación (18), forma parte integrante de la misma y la sucesión *mortis causa* de su titularidad se rige, por lo tanto, por la disciplina que el Proyecto establece. Esto mismo es lo que nos viene a decir de forma expresa y para un supuesto particular el artículo 43 del Proyecto, a cuyo tenor, «cuando forme parte de una explotación familiar agraria una finca rústica arrendada, la sucesión en el arrendamiento se regirá por la presente ley, con exclusión de la legislación arrendaticia rústica», reformada recientemente, como se sabe, por Ley de 31 de diciembre de 1980, cuyos artículos 79 y 80 mantienen en sustancia la misma disciplina del Derecho anterior (19). Suprimida esta modalidad de sucesión *mortis causa* por el Proyecto, quiere decirse que la nueva disciplina no se contrae a la transmisión de la propiedad de fincas rústicas sino que ella misma se extiende a la sucesión en la titularidad de la empresa agraria, cualquiera que sea la naturaleza del derecho subjetivo que le sirva de base, por incluir en su contenido la facultad de uso y de disfrute de los elementos que la componen: señaladamente, el dominio y los derechos reales limitados de disfrute, o los derechos personales generados por los contratos de arrendamiento y de

(18) Se trata de la tesis sobre la naturaleza jurídica de la empresa que ha propuesto Nicolò: «Riflessioni sull tema dell'impresa», en *RDComm*, 1956, págs. 177 y ss., e «Il trasferimento di impresa nella sistematica delle leggi di nazionalizzazione», en *Ibidem*, 1969, págs. 273 y ss., la que ha sido acogida, entre nosotros, por LUNA SERRANO: «Notas sobre la empresa agraria y el empresario agrícola», en *Estudios Castán*, V, Pamplona, 1968, págs. 413 y ss., y, con más amplitud, «Para una construcción de los conceptos básicos del Derecho agrario (Empresa, empresario, hacienda y explotación)», en *La problemática laboral de la agricultura*, Madrid, 1974, págs. 47 y ss., y BALLARÍN MARCIAL: *Op. cit.*, págs. 460 y ss. y 470 y ss. Para una crítica de esta concepción, nuestro libro *Concepto y tipos de empresa agraria en el Derecho español*, León, 1978, págs. 50-51, y allí referencias.

(19) Para esto, *vid.*, aparte de las obras generales, FERRANDIS VILELLA: «Sucesión en los arrendamientos rústicos», en *ADC*, 1955, págs. 845 y ss.; MURGA GENER: *El arrendamiento rústico en la transmisión 'mortis causa'*, Madrid, 1962, *passim*; DE LOS MOZOS: *Hacia un Derecho sucesorio agrario*, cit., págs. 550-551, y «Presupuestos para una reforma de los arrendamientos rústicos en el Derecho español», en *DJ*, 1976, págs. 47 y ss., especialmente 75-76.

aparcería rústicos, lo mismo que la posesión (20). Esta uniformidad es la que permite calificar la disciplina que nos ocupa de una verdadera sucesión hereditaria particular agraria por cuanto no gravita sobre la finca rústica sino sobre la explotación misma, y no se refiere al derecho de propiedad inmueble sino a la titularidad de la explotación, a la que fija un destino *post mortem* conforme a reglas distintas de las que rigen la sucesión ordinaria, lo que la individualiza y diferencia en el seno del patrimonio del causante (21).

B) Otro rasgo que destaca, bastante menos original que el anterior, es la atribución íntegra de la explotación indivisa a la que quedan afectados, incluso con reflejo en el Registro de la Propiedad, en los términos del artículo 13.2 del Proyecto, como sabemos, todos los elementos que la integran, los cuales son susceptibles de segregación solamente en las condiciones previstas por el artículo 15, notablemente más elásticas que las vigentes y, en el tránsito sucesorio, únicamente, cuando, separados tales elementos, «sean suficientes para constituir —según dice el artículo 42.1— otras tantas explotaciones familiares independientes». Consecuencia de esto es, por otra parte, la técnica de sucesor único que establecen, para la vocación *ex voluntate*, los artículos 19.1, 26 y 27, y para la vocación *ex lege*, el artículo 31 del Proyecto. Se trata, en rigor, de un sucesor único al que la explotación se le puede atribuir, aunque el Proyecto no lo dice como el actual artículo 35.4 de la Ley de reforma y desarrollo agrario, a título de heredero o legatario, así como, por aplicación del artículo 815 del Código Civil, por cualquier otro título, señaladamente, a título de donación o de cuota de legítima. En todo caso, aun cuando se trate de una institución *ex re certa*, asimilable a un legado conforme al artículo 768 del Código, hay que entender con VALLET DE GOYTISOLO que esta norma establece una simple presunción en orden a interpretar la voluntad del testador y que el sucesor en la titularidad de la explotación agrícola, sobre todo cuando ésta cubra todo o gran parte del patrimonio relicto, lo es siempre a título universal o de heredero, pues de otro modo podría quedar exento de responsabilidad por las deudas de la herencia, lo que agravaría la situación de los legitimarios excluidos de la sucesión en la titularidad de la explota-

(20) Así, LUNA SERRANO: *Para una construcción de los conceptos básicos del Derecho agrario*, cit., págs. 65 y ss., y BALLARÍN MARCIAL: *Op. cit.* pág. 478.

(21) En este sentido se orienta la literatura italiana reciente; así, la ponencia de ROMAGNOLI sobre «Aspectos concretos del Derecho sucesorio agrario en Italia», y la introducción de RESCIGNO, leída por VITUCCI, «Los institutos del Derecho sucesorio agrario», en las referidas *III Jornadas*, pendientes de publicación; igualmente, CARROZZA: *Per un diritto agrario ereditario*, cit., págs. 762 y ss., orientación que sirve de base a nuestras observaciones críticas de la nota 13 *supra*

ción (22). Y es que la atribución íntegra de la explotación al heredero único supone, igual que en el Derecho vigente, debilitar de forma un tanto drástica las legítimas de estos últimos, cuando menos, por tres conceptos de índole diferente (23). De una parte, en cuanto al aspecto cuantitativo de la legítima, se reduce, de acuerdo con lo que dispone el artículo 38 del Proyecto. «a la cuantía mínima que señale la legislación civil», caso de no existir en el caudal hereditario bienes distintos de la explotación o éstos sean insuficientes para el pago de la misma, lo que si bien no es del todo anómalo en los sistemas de legítima colectiva o puramente simbólica, como en Aragón, Navarra y Vizcaya, sí es atípico, por lo menos, donde la legítima es una *portio debita*, como en los territorios regidos por el Derecho común y en el área catalana, cualquiera que sea la naturaleza de su contenido (24). De otra parte, por lo que se refiere al aspecto cualitativo de la legítima, hay que señalar que el pago se puede hacer en metálico, según el artículo 39 del Proyecto, el que se puede aplazar hasta diez años, conforme al artículo 37 del mismo, lo que altera su naturaleza normal de *pars bonorum* y la

(22) *Vid.*, principalmente, VALLET DE GOYTISOLO: *Apuntes de Derecho sucesorio*, Madrid, 1955, págs. 146 y ss., especialmente 202 y ss.; en el mismo sentido. DE LOS MOZOS: «La partición de la herencia por el propio testador», en *RDN*, 1960, págs. 179 y ss., especialmente 203; FOSAR BENLLOCH: «La explotación agrícola y el párrafo 2.º del artículo 1.056 del Código Civil», en *ADC*, 1963, págs. 377 y ss., especialmente 405-406; JORDANO BAREA: «Abuso de la facultad prevista en el párrafo 2.º del artículo 1.056», en *ADC*, 1964, págs. 941 y ss.; el propio VALLET DE GOYTISOLO: «Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil», en *ADC*, 1970, págs. 9 y ss., y en *Las legítimas*, I, cit., págs. 177 y siguientes; y específicamente sobre el punto que nos ocupa, *op. cit.*, II, págs. 813 y siguientes; acoge esta opinión TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, citado, pág. 351. No obstante, no es compartida por los partidarios del criterio objetivo para interpretar la voluntad del testador, por ejemplo, CASTÁN TOBEÑAS: «La dogmática de la herencia y su crisis actual», en *RGLJ*, 1959, págs. 243 y ss., resumió en *Derecho civil español, común y foral*, VI-1, 8.ª ed., por CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, 1978, págs. 91 y ss., y por los que creen que la norma del artículo aludido en el texto es de *ius cogens*, señaladamente, HERNÁNDEZ-GIL: *Lecciones de Derecho sucesorio*, Madrid, 1969, pág. 28; asimismo, ALBALADEJO GARCÍA: «Sucesor universal o heredero y sucesor particular o legatario», en *RDP*, 1978, págs. 737 y ss.

(23) *Vid.* AMAT ESCANDELL: *Op. cit.*, págs. 273 y ss. y TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., págs. 346 y 358 y ss.; en general, DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., págs. 86 y ss. y 152 y ss., quien considera con razón en *Hacia un Derecho sucesorio agrario*, cit., páginas 538 y ss., que radica en esto «el núcleo central de la cuestión».

(24) Para una visión de conjunto sobre los distintos tipos de legítimas, VALLET DE GOYTISOLO: «Clasificación de los sistemas legitimarios», en *RGLJ*, 1968, páginas 812 y ss.; *Panorama del Derecho civil*, 2.ª ed., Barcelona, 1972, págs. 286 y siguientes, y *Las legítimas*, I, cit., págs. 56 y ss. Una tipología algo diversa presentan LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Derecho de sucesiones*, II, Barcelona, 1973, págs. 9 y ss., y DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, citado, págs. 86-89; de gran interés las observaciones de PUIG BRUTAU: *Fundamento de Derecho civil*, V-3, 1.ª ed., cit., págs. 4 y ss., impregnadas del realismo que le caracteriza.

convierte en una *pars valoris bonorum*, pero no en el sentido de la legítima catalana de un valor pecuniario garantizado por una acción real de realización de valor, sino en el que el Código Civil admite con carácter excepcional cuando autoriza al testador o al heredero conmutar la legítima en dinero, señaladamente, en los supuestos de los artículos 829 y 1.056,2, entre otros (25); el pago de la legítima en metálico que contempla el Proyecto no la transforma, pues, en un simple derecho de crédito contra la herencia, sino que sigue configurada, puesto que se trata de una norma de Derecho común, como un freno a la libertad de testar consistente en el deber jurídico de atribuir, en principio, bienes de la herencia por el título que sea. Lo que tiene su importancia para interpretar, según veremos en su momento, el sentido de la «cuantía mínima» a que se refiere el artículo 38 del Proyecto, que no habla de «legítima estricta», como el actual artículo 35.4 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, y el carácter de la garantía que ha de asegurar a los legitimarios el pago de la legítima en dinero por parte del sucesor en la titularidad de la explotación, aspecto que no regula el Proyecto de forma expresa, sino de una manera negativa e indirecta al no derogar el artículo 35.5 de la Ley precitada (26). Por último, también puede perjudicar las legítimas la disciplina de la valoración de la explotación a efectos de la partición, puesto que parece estimular, como veremos, que la valoración se haga de forma convencional, inferior, seguramente, al precio de mercado, con lo que puede disminuir notablemente una de las bases fundamentales para el cálculo de la porción legitimaria (27). Conviene apuntar que, aun cuando estas restricciones se puedan justificar por la razón económica de mantener indivisa la explotación en la transmisión *mortis causa*, lo cierto es que se compaginan mal con el principio fundamental de igualdad sustancial y de no discriminación que sancionan, entre otros, los artículos 9 y 14 de la Constitución, y en fun-

(25) Para un examen extenso y bien fundado de ambos supuestos, LÓPEZ JA-COSTE: *La mejora en cosa determinada*, Madrid, 1961, y DE LA CÁMARA ALVAREZ: «Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil», en *Centenario de la Ley del Notariado*, III-1, Madrid, 1964, págs. 713 y ss., especialmente 914 y ss.; también, VALLET DE GOYTISOLO: *Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil*, cit., págs. 56 v ss. y 87 y ss., con referencias completísimas; resumido en *Las legítimas*, I, cit., págs. 212 y ss. y 235 v ss., y un esquema en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XI, cit., sub artículo 829, págs. 342 y ss.

(26) Cfr. la Disposición derogatoria transcrita en la nota 12 *supra*, que no menciona el artículo 35.5 citado, como bien lo ha advertido TORRES GARCÍA en su intervención oral en el *Seminario* antes referido, debiendo rectificar aquí, a este respecto, la opinión mantenida en nuestra ponencia sobre «La transmisión *mortis causa* de la explotación familiar agraria» en el aludido *Seminario*.

(27) Aspecto que ha resaltado acertadamente AMAT ESCANDELL: *Op. cit.*, página 279, en relación con las explotaciones agrícolas familiares.



ción del que cabe pensar en otras soluciones técnicas posibles, como son las que se inspiran en la idea de la *communio incidens* de los coherederos (28), cuya falta de titularidad única se puede salvar, *de lege ferenda*, por el reconocimiento de personalidad jurídica a base del simple acuerdo de los mismos, caso en el que para entender que se ha formado una sociedad civil bastaría un leve retoque al artículo 1.667 del Código Civil, al objeto de suprimir el carácter formal del acto constitutivo de la sociedad cuando se aporten a la misma bienes inmuebles o derechos reales constituidos en ellos.

C) Nota importante del nuevo régimen sucesorio es, por último, que el Proyecto entrelaza instituciones de índole familiar y de índole sucesoria, a base de la idea de que la explotación agrícola es siempre el resultado, si no de la propiedad familiar en sentido estricto, sí al menos de la solidaridad de los miembros de la familia (29). Así, por un lado, una manifestación significativa en este sentido está representada por el nuevo negocio jurídico de Derecho de familia que es el llamado «acuerdo familiar», el que tiene por objeto, conforme a los artículos 6 y siguientes del Proyecto, regular las relaciones laborales de cooperación en el seno de la explotación familiar agraria, el cual, siendo de naturaleza primordialmente patrimonial, puede pactarse lo mismo por acto *inter vivos* que *mortis causa*, caso este último en que debe adoptar, según lo dispuesto por el artículo 8.2, la forma de un pacto sucesorio o de un testamento, y puede contener importantes estipulaciones con repercusiones sucesorias, a saber: la retribución de las aportaciones de trabajo y el reembolso de las aportaciones de capital hechas por el colaborador al patrimonio común a que la explotación agrícola, como la vida familiar, inevitablemente da lugar (30). En cuanto a la primera, señala el artícu-

(28) En este mismo sentido, RECCHI: «Considerazioni sul diritto successorio agrario in Italia e in Spagna», en *NRDA*, 1978, págs. 437 y ss. Asimismo, se pregunta DAVID: «Introduction. La loi d'orientation agricole du 4 juillet de 1980. Premiers commentaires», en *RDR*, 1980, págs. 429-430, ante las nuevas normas sucesorias que prevé: «*Lorsque le droit civil préfère la paix des familles (l'égalité successorale) aux guerres de succession, le droit rural peut-il inverser au nom des exigences économiques les objectifs?*»

(29) Solidaridad familiar que parece haber tenido transcendencia real en el Derecho castellano antiguo, como lo ha hecho notar GARCÍA DE VALDEAVELLANO: «La comunidad patrimonial en el Derecho español medieval», en *Estudios medievales de Derecho privado*, Sevilla, 1977, págs. 306 y ss., y que desaparece del Código Civil, según muestra DE LOS MOZOS: *Hacia un Derecho sucesorio agrario*, cit., páginas 524 y ss.

(30) Para esto, en general, *vid.* DÍEZ-PICAZO: «El negocio jurídico de Derecho de familia», en *RGLJ*, 1962, págs. 127 y ss., y CASTÁN VÁZQUEZ, en CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, V-1, 9.ª ed., por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, 1976, págs. 51 y ss.; en particular, la ponencia de AMAT ESCANDELL: «La inserción de los jóvenes agricultores en la explotación familiar agraria», y la comunicación de CABALLERO GONZÁLEZ: «Los colaboradores en el proyecto de estatuto de la explotación familiar agraria», al mencionado *Seminario*,



lo 7.3, con una técnica que recuerda al salario diferido de los Derechos francés y suizo, que el mencionado «acuerdo familiar» debe fijar las bases para determinar las remuneraciones no percibidas por el colaborador «como aportación computable —dice el precepto— a su favor en el momento de la sucesión»; aunque no podemos ocuparnos aquí de esta institución, notemos que, desde el punto de vista que nos interesa, se trata de una *mortis causa capio* y que la computación a que se refiere el precepto, por lo tanto, no es la computación de donaciones en el sentido técnico del artículo 818 del Código Civil, sino un cálculo puramente contable que opera a favor del colaborador, precisamente, al revés que ésta (31). Por lo que respecta al segundo, digamos solamente que el artículo 9.1 reconoce al colaborador un derecho de crédito, configurado como una deuda de valor, que se hace efectivo al momento de apertura de la sucesión si ha participado «en la financiación de las inversiones derivadas del plan de modernización que vayan a integrarse en la explotación familiar», derecho de crédito que debe sumarse, pues, a la cuota legitimaria que a dicho colaborador le corresponda. Por otro lado, responde a esta misma idea de solidaridad familiar la fiducia sucesoria que se manifiesta de forma palpable en la admisión del testamento mancomunado y, sobre todo, en el testamento por comisario, así como en el usufructo viudal vitalicio que, a falta de disposición testamentaria diversa, atribuye *ex lege* al cónyuge supérstite el artículo 17 del Proyecto, configurándolo como un verdadero usufructo de regencia (32). Y en esta misma

pendientes de publicación, inclinándose el primero por calificar el vínculo de colaboración como una relación laboral atípica y compleja, mientras que el segundo, como una relación de naturaleza civil. Para el Derecho comparado, *vid.* las ponencias de DAVID: «Aproximación al Derecho francés sobre jóvenes agricultores»; D'ADEZZIO: «La tutela de los jóvenes agricultores según las orientaciones de la política comunitaria europea y las primeras experiencias en la legislación italiana», y WINKLER: «Familia rural y explotaciones familiares agrarias en el Derecho alemán de familia y sucesiones». Para la relación existente entre la explotación agrícola y la disciplina del régimen económico del matrimonio, DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., págs. 47 y ss., y GÓMEZ LAPLAZA: «Notas sobre la conexión de las instituciones familiares y sucesorias. Su importancia en el Derecho agrario», comunicación a las *III Jornadas* antes mencionadas, pendientes asimismo de publicación, la que se aprecia también en los regímenes de separación como lo hemos puesto de relieve en «La matrimonial home en el régimen matrimonial inglés», en *Cuadernos de Derecho Comparado. La reforma del Derecho de familia*, I, Salamanca, 1977, págs. 73 y ss.

(31) Acerca del *salairé différé* francés y del *Lidlohnrecht* suizo, y su naturaleza jurídica, nos hemos ocupado en *Algunas notas comunes del Derecho agrario europeo y del español*, cit., págs. 841 y 844. Por lo que respecta al sentido no técnico de la «computación» a que se refiere el precepto, opina como en el texto TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., 367, a propósito del artículo 35.4 de la Ley de reforma y desarrollo agrario.

(32) Así, DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., págs. 200 y ss., en línea con los Derechos forales, a los que nos referimos brevemente más adelante.

idea descansa, en realidad, la preferencia de la vocación contractual sobre la testamentaria, y la de ésta sobre la legal, que consagran, respectivamente, los artículos 25 y 31.1 del Proyecto. Fácil es inferir de esto último, de una parte, el propósito de acercar el Derecho común a los Derechos territoriales y, a la inversa, de generalizar a todo el ordenamiento las especialidades más destacadas de éstos, tal como lo hemos adelantado; y de otra parte, el designio de no imponer normas de *ius cogens* en el tránsito sucesorios de la explotación agrícola, lo que puede quitar en parte virtualidad práctica a la nueva disciplina que diseña el Proyecto (33).

Vemos, pues, que dicha disciplina establece un régimen de transmisión *mortis causa* tendencialmente único y uniforme por virtud del cual la explotación agrícola pasa íntegra e indivisa a un heredero único y se modifica la configuración cuantitativa y cualitativa de los derechos hereditarios de los legitimarios excluidos de la titularidad de la misma, con una técnica que no es muy distinta de la vigente en materia de patrimonios y de explotaciones familiares (34); sólo que el Proyecto introduce, además, como se había sugerido hace años desde el campo del Derecho foral, una vocación contractual preferente y una fiducia sucesoria ensanchada (35), en línea, por lo demás, con los principios y con las reformas legislativas que imperan en el Derecho comparado.

3. En efecto, es sabido que en el Derecho europeo de los últimos cincuenta años se ha generado, como la ha puesto de relieve PIKALO, un verdadero Derecho sucesorio agrario, con principios comunes e instituciones propias, los que están muy próximos, en términos generales, a la disciplina de la transmisión *mortis causa*, cuyos rasgos esenciales hemos descrito (36); cabe advertir, incluso, que el Proyecto, al admitir las men-

(33) Lo que contrasta con la orientación seguida en el Derecho italiano al respecto; así lo ha puesto de relieve CARROZZA: *La disciplina delle successioni mortis causa in agricoltura*, cit., pág. 590, artículo 16 del Proyecto italiano: «*Le norme contenute nella presente legge sono inderogabili. Ogni disposizione testamentarie che risulti incompatibile con le finalità della present legge è nulla*», que el autor compara con «la propensión a valorizar la autonomía de la voluntad de los interesados para definir el destino sucesorio», en «La originalidad y complejidad de la aproximación española a una temática de fundamental importancia para el Derecho agrario de los años ochenta, cit., pág. 7 del original.

(34) *Vid.* las referencias de la nota 12 *supra*

(35) Así, especialmente, LACRUZ: *La aportación de los Derechos forales españoles a un Derecho sucesorio rural*, cit., pág. 570.

(36) Ha profundizado este aspecto, en el cuadro del Derecho europeo, comunitario y nacional, PIKALO: «Elementi di diritto romano e germanico nel diritto agrario successorio», trad. it., en *RDA*, 1968, págs. 439 y ss.; «Der Schutz der landwirtschaftlichen Betriebe durch Eheverträge, Schenkungen und Testamenten», en *VI Congrès européen de droit rural*, Luxembourg, 1971, y «Le devenir de la propriété foncière», en *VIII Congrès européen de droit rural*, París, 1975; asimismo, WINKLER: *Familia rural y explotaciones familiares agrarias en el Derecho alemán de familia y sucesiones, passim*, autor que prepara para el *Institut für Landwirtschaftsrecht der Universität Göttingen* una obra enciclopédica sobre el tema.

cionadas formas de vocación hereditaria pluripersonal, acerca nuestro Derecho a la órbita de los Derechos germánicos. Así, como lo hemos hecho notar en otro lugar, dichos principios aparecen enderezados a evitar el fraccionamiento de la explotación agrícola y a mantenerla indivisa en el tránsito sucesorio; tienden a conciliar la libertad de testar con un orden sucesorio impuesto por la ley de índole rígida, la institución del heredero único con los derechos legitimarios de los parientes próximos, el interés económico de conservar íntegra la explotación con la necesidad social de restringir la acumulación de tierras en una sola mano, aparte del interés fiscal del Estado en que la transmisión se lleve a cabo; suelen concretarse, en fin, en instituciones tales como la vinculación del patrimonio a la familia y en la sucesión excepcional de patrimonios separados, en la atribución de la explotación a un heredero único o preferente y en la conmutación de las legítimas en dinero, en la donación *mortis causa* con o sin efectos de presente, y en el supuesto inverso del salario diferido conforme a bases de cálculo y actualización legales o convencionales, en la vocación hereditaria contractual y, por último, en normas especiales para la sucesión en el arrendamiento de fincas rústicas (37). Profundizando en este punto, ha señalado CARROZZA, con acierto, que el Derecho sucesorio agrario trata de oponer, frente a la necesidad negativa de evitar la extinción de las relaciones jurídicas por la muerte del *de cuius*, la exigencia positiva de poder elegir al sucesor más idóneo; frente a la indiferenciación de los bienes del causante y a la igualdad de los coherederos, la singularidad de la explotación agrícola y la profesionalidad del sucesor, como único criterio objetivo de preferencia; frente a la disciplina uniforme de la transmisión *mortis causa*, la pluralidad de sucesiones y una reglamentación diversificada para cada clase de unidades patrimoniales que integren el caudal hereditario, en interés tanto de la familia como de la productividad. En pocas palabras un Derecho sucesorio que, centrado en la explotación agrícola, tutele la integridad y la unidad de la misma en la transmisión por causa de muerte al par que actúe y materialice la función social que, por definición, le corresponde (38). Por eso hemos dicho que la nueva disciplina tendencialmente única y uniforme que el Proyecto establece configura una verdadera sucesión particular agraria, lo que constituye la *ratio iuris* del mismo.

No parece oportuno que nos detengamos aquí en el examen del Derecho comparado, cuyas líneas fundamentales han sido destacadas suficiente-

(37) Nos referimos a nuestro estudio sobre *Algunas notas comunes del Derecho agrario europeo y del español*, cit., págs. 841-842, de donde extractamos lo expuesto en el texto.

(38) Así, CARROZZA: *Per un diritto agrario ereditario*, cit., págs. 767 y ss.

temente por DE LOS MOZOS, entre nosotros (39); debemos, en cambio, llamar la atención sobre la coincidencia del Proyecto que nos ocupa con las reformas legislativas llevadas a cabo, o que están en vías de realización, en otros países de Europa, tanto en tema de arrendamientos rústicos como en materia de sucesión hereditaria. Así, en Inglaterra la *Agriculture (Miscellaneous Provisions) Act*, de 1976, ha modificado en parte la *Agricultural Holdings Act*, de 1948, el texto fundamental sobre arrendamientos rústicos, en el sentido de que la muerte del arrendatario no causa la extinción del contrato, sino que habilita al cónyuge supérstite, a los hermanos y a los hijos del causante para solicitar ante el Tribunal especial agrario, en el plazo de tres meses, la atribución del *tenant*, y el Tribunal puede seleccionar discrecionalmente al sucesor que le parece más apto, incluso contra la voluntad del testador, teniendo en cuenta la profesionalidad y la experiencia práctica, la salud física y la situación económica, caso de que la petición la formulen varios interesados; sólo en el supuesto de que se acuerde la transmisión a favor de más de una persona es preceptivo el consentimiento del arrendador, y los términos del nuevo contrato los fija el propio Tribunal (40). En Francia, la nueva Ley de Orientación Agrícola, de 4 de julio de 1980, mantiene el sistema de comunidad continuada y atribución de la explotación a favor de un heredero preferente que sea descendiente del *de cuius*, pero establece modalidades nuevas, de suyo interesantes, de llevar a efecto la partición, además de otras disposiciones encaminadas a obligar al heredero favorecido a pagar la mitad tan sólo de las reservas legitimarias de los coherederos excluidos dentro de un plazo no superior a diez años, a mejorar el módulo legal para el cálculo del salario diferido y a regular la continuidad *post mortem* del arrendamiento rústico. Las mencionadas modalidades de la partición, que son las que aquí nos interesan, son estas dos: De una parte, a falta de un heredero preferente que pida continuar al frente de la explotación, cabe la posibilidad de que los coherederos acuerden la constitución de un *groupement Foncier Agricole* con todas las consecuencias que, en orden a la reforma de estructuras y a las facilidades de financiación, ello trae consigo; de otra parte, se admite también la atribución de la explotación. no en propiedad, sino en arrendamiento al heredero preferente que la pida, pero que carece de los medios

(39) Vid DE LOS MOZOS: *Hacia un Derecho sucesorio agrario*, cit., págs. 532 y ss.; *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., págs. 263 y siguientes, e incluso en CASTÁN TOBEÑAS: *Op. cit.*, VI-3, págs. 372 y ss.

(40) La *Agriculture (Miscellaneous Provisions) Act*, de 1976, mencionada en el texto, ha desencadenado una abundante legislación de signo reformista, de la que cabe mencionar aquí las *Agricultural Holdings (Notice to Quit) Act*, de 1977; *Agricultural Holdings Act 1948 (Amendment) Regulations*, de 1978, y la interesante *Agricultural Land Tribunal (Rules) Order*, de 1978, que desarrolla los criterios marcados por la reforma de 1976.

económicos para pagar las cuotas de los coherederos, hasta que se practique, en definitiva, la partición judicial, o que, sin ser heredero preferente, desee adquirir la propiedad de la explotación siempre que se obligue a arrendarla, dentro de seis meses y por largo tiempo, a uno de los herederos preferentes que carece, asimismo, de dinero (41). En Italia, por último, destaca el Proyecto de Ley elaborado por el Profesor CARROZZA que establece un régimen sucesorio único tanto para el causante titular de un contrato de cualquier naturaleza que permita el uso y disfrute de tierras como para el causante titular de un derecho de propiedad, u otro de naturaleza real, sobre la explotación relicta, bien la cultive directamente bien lo haga con trabajo asalariado; en ambas hipótesis el Proyecto italiano prevé una delación preferente a un heredero único y un derecho de crédito garantizado con hipoteca legal a favor de los coherederos excluidos de la titularidad de la explotación, delación que se dirige a la persona designada por el testador o por la ley, si reúne unas condiciones mínimas de idoneidad profesional, o a favor del designado de común acuerdo, suplido por resolución judicial, caso de encontrarse varios herederos en la misma situación. Normas significativas de este Proyecto son, a nuestro modo de ver, la que obliga al heredero favorecido a formular un plan de ordenación y modernización de la explotación a cuya titularidad accede, a quien se concede, además, preferencia en la obtención de crédito oficial con destino al pago de los derechos correspondientes a los coherederos excluidos de la misma; la que regula la valoración de la explotación conforme al módulo del *equo canone*, respecto a los inmuebles, mientras que mantiene el criterio del valor venal para los bienes muebles, incorporados unos y otros a la misma y, en fin, la que somete a la misma disciplina la transmisión *mortis causa* de las tierras rústicas cultivables en potencia, aunque a la apertura de la sucesión no exista una explotación agrícola constituida por el causante en ellas (42).

(41) Sobre la reforma introducida en este aspecto por la Ley francesa citada en el texto, *vid.* MARTIN: «Les incidences sur les intérêts patrimoniaux de famille»; MARTINE: «Le groupement foncier agricole (GFA)», y O OURLIAC: «Les innovations en matière de statut du fermage et de contrôle des structures», en *RDR*, 1980, páginas 461 y ss., 466 y ss. y 479 y ss.; también, BÉNABENT: «La transmission à cause de mort (de l'entreprise agricole)», en *RDR*, 1981, págs. 149 y ss., y las comunicaciones de los tres primeros autores al coloquio sobre «Politique foncière et politique des structures», Poitiers, 1980, publicadas en *RDR*, 1981, págs. 191 y ss., 216 y ss. y 229 y ss.

(42) *Vid* la *Bozza di proposta di legge*: «Norme di diritto agrario ereditario», anexa a la presentación de su autor, el Profesor CARROZZA: *La disciplina delle successioni mortis causa in agricoltura*, cit., págs. 588 y ss.; sobre este texto, la intervención de FERRUCCI: «Fisonomía del proyecto de ley italiano para la solución global del problema de la sucesión *mortis causa* en la agricultura», en el *Seminario* tantas veces citado, pendiente de publicación. Para otros proyectos relativos al mismo tema, *vid.* DE NOVA: *Op. cit.*, págs. 600 y ss., junto con referencias esquemáticas al Derecho vigente.

De esta referencia, necesariamente esquemática, podemos inferir unas características comunes a estas nuevas indicaciones legislativas, a saber: ante todo, destaca la imbricación de la disciplina sucesoria con la normativa comunitaria tendente a la reforma de estructuras de modo que el régimen de la transmisión *mortis causa* de la explotación agrícola aparece envuelto en el conjunto de reformas enderezado a la recepción interna de las Directrices de 1972, fundamentalmente, sobre modernización de las explotaciones y otras materias afines; de otra parte, existe la tendencia a configurar dicho régimen como único o, por lo menos, uniforme tanto para la transmisión de derechos reales como personales cuyo objeto es la explotación agrícola; luego, se mantiene la técnica de atribución íntegra a favor de un heredero único, siempre que reúna ciertas condiciones de profesionalidad, asignación que se sujeta a la carga de pagar la cuota legitimaria de los herederos excluidos de la titularidad de la explotación, cuota legitimaria que ofrece el aspecto, en términos generales, de un derecho de crédito asegurado con una garantía real; seguidamente, se establece una intervención judicial, más o menos amplia o más o menos inmediata, tendente a concretar el llamamiento hereditario preferente; por último, resaltan la atribución en arrendamiento que contempla el Derecho francés y el carácter de *ius cogens*, incluso para tierras sólo potencialmente cultivables, que consagra el Proyecto italiano. De este ligero examen del Derecho comparado reciente cabe concluir, muy brevemente, que la coincidencia con nuestro Proyecto no es sólo temporal sino, en lo fundamental, sustancial; que el Proyecto hace bien al conectar, aunque sea formalmente, la nueva disciplina sucesoria con el programa de desarrollo y modernización de las explotaciones, y al establecer un régimen sucesorio tendencialmente único y uniforme para cualquier titularidad de la explotación agrícola; asimismo, que si bien mantiene la técnica de la atribución íntegra a un heredero único, con todas las consecuencias que ella implica, habría sido recomendable, quizá, prever la posibilidad de la intervención judicial en orden a la selección del heredero más idóneo para suceder en la titularidad de la explotación, y haber tenido algo más en cuenta las últimas reformas de los Derechos francés e italiano (43).

4. Si nos aproximamos al texto articulado actual, llama la atención la colocación sistemática de la disciplina que nos ocupa por cuanto viene situada, sin solución de continuidad e incluso sin epígrafe propio, en

(43) Algo de esto se refleja en la exposición de DE LOS MOZOS sobre las *Conclusiones del Seminario* aludido; también en la *Memoria* elaborada por el Ministerio de Agricultura que acompaña al texto articulado del proyecto de ley que nos ocupa y en la comunicación al mencionado *Seminario* de MONTOLIÓ HERNÁNDEZ: «Valoración de la explotación familiar agraria ante el fenómeno particional», pendiente de publicación, pág. 5 del original.

el Capítulo tercero del Proyecto, que tiene por objeto la «protección de la integridad de la explotación» el cual comprende, además de la disciplina de la sucesión *mortis causa*, unas normas generales entre las que destaca el artículo 15, que concierne a la segregación por acto *inter vivos* de los elementos que componen la explotación, y la regulación de los derechos de tanteo y de retracto previstos con la misma finalidad. Esto nos parece significativo ya que revela, de una parte, una concepción unitaria de la sucesión en la titularidad de la explotación, lo mismo por acto *inter vivos* que *mortis causa* (44); y por otra parte, el cuadro teleológico que enmarca la sucesión particular de la explotación agrícola, cuya finalidad reside, pues, en la conservación de la integridad de la misma, finalidad que justifica y explica la modificación de los principios fundamentales que rigen la sucesión *mortis causa* en el Derecho común (45), pero, conviene señalar, sólo en la medida en que la modificación sea necesaria para alcanzar dicha finalidad. Asimismo, es significativo que la disciplina de la transmisión *mortis causa* comience por regular el usufructo viudal vitalicio que prevé el artículo 17, puesto que hace patente que ella descansa, como sabemos, en la idea de la propiedad, o, mejor, de la solidaridad familiar (46). En este mismo orden de cosas, habría que señalar, en cambio, defectos de redacción susceptibles de rectificación. Así, de una parte, la norma del artículo 18 del texto actual, que alude al tipo de procedimiento aplicable a los litigios derivados del régimen protector de la integridad de la explotación, debería estar al final del Capítulo concerniente al mismo, antepuesto al artículo 50, que se refiere, también, a otro aspecto de índole procesal, relativo a la ejecución, embargo o apremio que recaiga sobre la explotación o parte de ella; y de otra parte, los artículos 14 y 70 tienen, prácticamente, idéntico contenido preceptivo, con muy ligeras variaciones de redacción, de modo que se debe prescindir, probablemente, de este último.

Por lo que se refiere a la sistemática interna, notemos que, por otra parte, el Proyecto regula, fundamentalmente, cinco aspectos particulares en relación con la transmisión *mortis causa* de la explotación agrícola, a saber: las modalidades de la vocación hereditaria contractual, testamentaria y legal; los criterios que marcan las preferencias en orden a la designación del heredero único según la naturaleza de la sucesión

(44) Para esta concepción, NICOLÒ: «Successione nei diritti», en *Noviss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1971, págs. 605 y ss., por todos.

(45) En este mismo sentido, TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, citado, págs. 345-346, con bibliografía abundante.

(46) Así se infiere por analogía con los Derechos forales, sobre todo aragones y navarro: de momento, *vid.* DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., págs. 205-207.

de que se trate; las formas de valorar la explotación a los efectos de la partición; la conmutabilidad de las legítimas en dinero, su reducción, aplazamiento y garantía, y, por último, la legítima del cónyuge viudo. Lo que quiere decir que, en lo no regulado por el texto que nos ocupa, es de aplicación el Derecho general, común o foral, en su caso, que no sea incompatible con el mismo.

5. Hemos destacado antes que la nueva disciplina hereditaria señala al pacto sucesorio una preferencia de primer orden, la que se infiere no sólo de su colocación sistemática sino de la gradación que, al objeto de la designación del heredero, marcan los artículos 25 y 31.1, sobre todo este último, a cuyo tenor «a falta de pacto sucesorio o de disposición testamentaria al respecto, la explotación familiar agraria se atribuirá íntegramente al heredero legítimo...». Por supuesto que no vamos a agotar todas las cuestiones que un pacto de esta naturaleza suscita ni pretendemos hacer aquí un estudio completo de la sucesión contractual en nuestro Derecho, pero sí conviene tratar de fijar el *status quaestionis* para comprender bien el significado de la innovación que, de cara al Derecho común, el Proyecto introduce en este aspecto (47). Como recuerda KASER, en el Derecho romano arcaico hay ciertos indicios que se pueden aproximar al contrato hereditario, tales como la *arrogatio* y el testamento *calatis comitiis*, e incluso el testamento *per eas et libram*, los cuales no prosperaron por el desarrollo temprano del testamento unipersonal en la forma que hoy conocemos, llegando a ser prohibidos por la *lex hereditas*, si bien, iniciado el proceso de vulgarización, el Derecho romano tardío aceptó contratos sucesorios que, practicados en el Derecho griego, asimiló a la *donatio mortis causa*, verdadero pacto sucesorio que por analogía con el legado hecho en testamento, quedaba ineficaz por revocación o por la muerte del donatario antes que la del

(47) En nuestra literatura son clásicos los trabajos de ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho Privado*. II, Madrid, 1948, págs. 341 y ss., y *Notas a KIPP: Derecho de sucesiones*. I, en ENNECCERUS, KIPP y WOLFF: *Tratado de Derecho civil*, V, traducción española, Barcelona, 1951, págs. 209 y ss., y a COING-KIPP: *Op. cit.*, I, 2.ª edición española revisada por PUIG FERRIOL y BADOSA COLL, Barcelona, 1976, páginas 368 y ss. y 703 y ss., y los de LACRUZ; *Notas a BINDER. Derecho de sucesiones*, traducción española, Barcelona, 1955, págs. 127 y ss., y en colaboración con SANCHO REBULLIDA: *Derecho de sucesiones*, I, Barcelona, 1976, págs. 464 y ss.; en particular, de gran interés, COSACK: «El derecho hereditario según los principios del Código Civil alemán comparado con los del Derecho español», en *RDP*, 1923, páginas 290 y ss.; MARTÍN-RETORTILLO: *Breves consideraciones sobre la sucesión contractual*, Madrid, 1923; GAS: «Pactos sucesorios», en *RJC*, 1953, págs. 314 y siguientes; MARTÍN-BALLESTERO: *El Código Civil y la sucesión contractual*, Zaragoza, 1963; CASTÁN VÁZQUEZ: «Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español», en *ADC*, 1964, págs. 367 y ss.; PELAYO HORE: «Los pactos sucesorios», en *Ibidem*, 1967, págs. 818 y ss., estudio de índole general aunque referido, especialmente, al Derecho aragonés; por último, DE LOS MOZOS: «Adopción y pacto sucesorio», en *RDEA*, 1968, págs. 11 y ss.

donante, como lo ha puesto de relieve VALLET DE GOYTISOLO entre nosotros; sin embargo, a pesar del principio prohibitivo, hubo importantes pactos sucesorios que, excepcionalmente, se estimaron válidos, los que se multiplicaron, como ha demostrado ROCA SASTRE, por obra de la legislación imperial, y entre los que cabe mencionar la *divissio inter liberos* que contempla, aunque desnaturalizada, el artículo 1.056 del Código Civil (48). Hace notar DE LOS MOZOS que el cuadro evolutivo de los Derechos germánicos no es muy disímil del Derecho romano, pues los pactos sucesorios, que eran frecuentes en épocas primitivas, responden a la misma idea de la *adoptio in hereditate* y desembocan, asimismo, en la donación *mortis causa*, la que parece haber sido bastante usual en el Derecho histórico español durante los primeros siglos de la Alta Edad Media, lo mismo en Castilla que, como explica LACRUZ, en Aragón, Cataluña, Navarra y Vizcaya (49). Es sabido que, aunque las *Partidas* recogen tempranamente la regla prohibitiva, formulada, probablemente, por los glosadores, admiten, sin embargo, ciertas excepciones, que la práctica se preocupó por todas partes de ensanchar en torno a la partición hecha por el testador, la emancipación voluntaria con entrega del peculio adventicio y reserva de usufructo, las promesas de mejorar y de no mejorar previstas por las Leyes 17 y 22 de Toro, y, sobre todo, las donaciones *post obitum*, donaciones *mortis causa* de bienes futuros, con o sin efectos de presente, y otras figuras similares que, cuando implicaban una renuncia a la facultad de revocarlas, venían a desempeñar una función equivalente a la vocación hereditaria contractual, como se puede advertir en la doctrina catalana clásica sobre heredamientos y, hoy en día, en la verdadera sucesión contractual que representa la

(48) Vid KASER: *Das altrömische Ius*, Göttingen, 1949, 148, y *Das römische Privatrecht*, I, München, 1955, págs. 57 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO: «Donación, condición y conversión jurídica material», en *ADC*, 1952, págs. 1205 y ss.; «La donación *mortis causa* y el Código Civil español», en *RCDI*, 1952, págs. 789 y ss., y antes «La donación *mortis causa* en el Código Civil español», en *AAMN*, 1950, página 634, y ROCA SASTRE: *Estudios*, cit., pág. 344. En general, respectivamente, KUNKEL: *Derecho romano privado*, trad. esp., Barcelona, 1965, pág. 449; BIONDI: *Sucesión testamentaria y donación*, 2.ª ed. it., trad. esp., Barcelona, 1960, págs. 63 y siguientes, y el propio ROCA SASTRE: *Estudios*, I, cit., págs. 563 y ss.; LALAGUNA: «Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación», en *RDP*, 1964, págs. 277 y ss., y en *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos*, Madrid, 1978, págs. 225 y ss.; DE LOS MOZOS: «La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica», en *RDP*, 1971, págs. 803 y ss., y últimamente, RUBIO: «Los artículos 623 y 629 del Código Civil: Apuntes para otra explotación», en *RCDI*, 1981, págs. 351 y ss., con otras referencias, incide indirectamente sobre el tema. Para la *divissio inter liberos*, DE LOS MOZOS: *La partición de la herencia por el propio testador*, loc. cit., por todos.

(49) Asimismo, DE LOS MOZOS, en CASTÁN TOBEÑAS: *Op. cit.*, VI-3, págs. 271 y ss., y LACRUZ: *Notas*, cit., págs. 128 y ss.; en general, la monografía de ARVIZU: *La disposición mortis causa en el Derecho español de la Alta Edad Media*, Pamplona, 1977, págs. 391 y ss., con bibliografía y fuentes.

donación universal de bienes presentes y futuros, por ejemplo, que regulan los artículos 8 y siguientes de la Compilación balear (50). Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que en el Derecho común impera un criterio contrario a los pactos sucesorios, mientras que en los Derechos forales prevalece una tendencia favorable a los mismos, si bien la prohibición del Código no es rígida y la admisión de tales pactos por las Compilaciones no es absoluta. Así, frente a la prohibición que consagran los artículos 1.271,2, 658, 816, 991 y 1.674 del Código Civil, tenemos la excepción, más aparente que real, de la partición del testador que contempla el mencionado artículo 1.056,1, y las verdaderas excepciones constituidas por las promesas de mejorar o de no mejorar que mantienen los artículos 826 y 827, y la donación de bienes futuros para el caso de muerte a que se refiere el artículo 1.331, no reformado pero revitalizado por la reforma del Código Civil de 1975. aparte del posible juego de la donación *inter vivos* en concepto de mejora, con o sin reserva de usufructo, y del acceso al Registro que asegura a estos pactos el artículo 14

(50) La prohibición se recoge en textos tales como P. 5.11.33 y 6.2.1, relativos a las instituciones recíprocas y a los pactos sobre sucesión futura; suelen mencionarse como excepciones la división del caudal hecha por el padre entre sucesores legítimos y los pactos sucesorios ligados a la compañía de bienes a que se refieren P. 6.1.7 y 15.9 y 3.10.9, lo mismo, en tema de emancipación, el texto de P. 4.18.15, en conexión con el *Fuero Juzgo*, 4.2.13-15, y las *Leyes de Toro*, 47.7.48, lo que advierte el propio B. GUTIÉRREZ: *Códigos o Estudios fundamentales del Derecho civil español*, I, 3.ª ed., Madrid, 1871, págs. 604 y ss. y 692 y ss.; pero la regla de P. 5.11.33 se refiere, más bien, al supuesto del testamento mancomunado, según vemos en su momento. En cuanto a los heredamientos, baste recordar aquí la conocida definición de FONTANELLA: *De pactis nuptialibus*, Génova, 1722, el IV, gl. 6.ª, núm. 3: «*Donatio inter vivos quae fit in pactis nuptialibus quia per eam constetur donator praevenisse diem supremi iudicii*», según refiere el propio RÓCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 6.ª ed., Barcelona, 1968, IV-1, pág. 13, nota 1, lo mismo que, como señala DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., págs. 186-187; autores como SOCARRATS, VIVES y hasta BORRELL Y SOLER; por el contrario, la idea de la sucesión contractual fue impulsada por BROCA: V-1, Barcelona, 1918, págs. 701 y ss., desarrollada por PELLA Y FORGAS: *Derecho civil de Cataluña*, III, Barcelona, 1943, págs. 39 y ss., y confirmada por el mismo RÓCA SASTRE: *Estudios*, II, cit., pág. 357, y *Derecho hipotecario*, IV-1, citado, págs. 13 y ss.; se trata de la concepción que prospera y desenvuelve el autorizado estudio de PUIG FERRIOL en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XXVII-2, Madrid 1978, sub artículos 63 y ss. de la Compilación catalana, páginas 99 y ss. Y lo mismo ocurre en el Derecho aragonés a partir de ISABAL, según DE LOS MOZOS: *Op. cit.*, págs. 187 y 257, nota 209, con referencias. Para el Derecho balear, el clásico PASCUAL Y GONZÁLEZ: *Derecho civil de Mallorca*, reedición, Palma de Mallorca, 1979, págs. 127 y ss., y los trabajos recientes de COLL CARRERAS: «Sucesión contractual en Baleares», en *Jornada de Derecho Foral*, Palma de Mallorca, 1973, págs. 55 y ss. y MASSOT MIQUEL: *El contrato sucesorio en el Derecho foral de Mallorca. La donación universal de bienes presentes y futuros*, Palma de Mallorca, 1976, y en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XXXI-1, Madrid, 1980, sub artículos 8 y ss., págs. 182 y ss., y la misma orientación mantiene CERDÁ GIMENO para Ibiza y Formentera, en la *op. cit.*, XXXI-2, sub artículos 69 a 76 de la Compilación balear, págs. 222 y ss.

de la Ley hipotecaria. Y, por el contrario, aun cuando los Derechos forales admiten los pactos sucesorios, no lo hacen de forma indiscriminada sino que limitan los sujetos a un círculo más o menos amplio de parientes, salvo en Navarra, exigen que se estipulen en capitulaciones matrimoniales, rechazan el pacto de *hereditate tertii* y restringen el pacto negativo de renuncia (51). Con todo, no hay que olvidar que la disciplina de los Derechos forales sobre los pactos sucesorios, y especialmente el régimen refinado de los heredamientos de los artículos 63 y siguientes de la Compilación catalana, debe ser tenido en cuenta a la hora de interpretar e integrar, lo mismo por analogía que por diferencia, las normas del Proyecto, así como las reglas generales que se pueden inferir del Código enlazando los supuestos excepcionales en que los admite (52).

Los artículos 19, 21 y 41 del Proyecto introducen, en efecto, una innovación radical en tema de vocación hereditaria al aceptar de forma sumamente amplia los pactos de suceder, de no suceder y hasta los *pactum de hereditate tertii*. Así, consagra un pacto de suceder, que lo mismo puede ser adquisitivo que confirmativo, pero no de *mutua successionem*, el artículo 19.1 al disponer que «el titular de la explotación podrá convenir la sucesión en dicha titularidad con uno de sus legitimarios que reúna la cualidad de colaborador», así como el siguiente artículo 20 cuando expresa que «para ordenar la sucesión en la explotación familiar agraria mediante pacto, será preciso, en su caso, el otorgamiento del mismo por ambos cónyuges», caso este último en el que no cabe, tampoco, la institución mutua o recíproca, pues se configuraría un testamento mancomunado, y que hay que entender referido al supuesto de que la explotación sea un bien ganancial, en el que la institución de heredero debe ser efectivamente concordada por ambos cónyuges por virtud del principio de codisposición que establece, como sabemos, el artículo 16 del propio Proyecto; se trata, pues, de un pacto de insti-

(51) Así, CASTÁN VÁZQUEZ: *Op. cit.*, págs. 369 y ss. y 373 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS-DE LOS MOZOS: *Op. cit.*, VI-3, págs. 285 y ss. y 312 y ss.; PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, V-3, 1.ª ed., cit., págs. 435 y ss.; LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, páginas 464 y ss. y 472 y ss., y DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., págs. 151 y ss., especialmente, sobre los Derechos forales, 182 y ss., y acerca de la donación *inter vivos*, 158-159. Tema que ha trascendido a la doctrina extranjera; así, HIERNEIS: *Das besondere Erbrecht der sogenannten Foralrechtsgebiete spaniens*, Berlín-Tübingen, 1966, págs. 375 y ss. y 382 y siguientes.

(52) Inducidas estas reglas generales de los casos excepcionales de pactos sucesorios que admite el Derecho común por ROCA SASTRE: *Estudios*, II, cit., páginas 363 y ss., han sido acogidas, con matices diversos, por la doctrina posterior, señaladamente: CASTÁN TOBEÑAS-DE LOS MOZOS: *Op. cit.*, VI-3, págs. 308 y siguientes; PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, págs. 455 y ss., y LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, págs. 469-471, las que sirven de base a la exposición que sigue en el texto.

tución conjunta a favor de tercero, el cual, a diferencia de la hipótesis anterior, no se contrae a la institución pactada con el sucesor, sino que tiene el objeto amplio de «ordenar la sucesión en la explotación familiar agraria», según dice el citado artículo 20, de modo que puede afectar, probablemente, bienes ajenos a la misma, con lo que este pacto sucesorio puede llegar a ser de aplicación, de forma indirecta, toda vez que exista en el patrimonio hereditario una explotación agrícola de esta naturaleza. Aún más amplia, si cabe, es la admisión del pacto de no suceder que contempla el artículo 41, a cuyo tenor, «serán válidos la renuncia o convenios que se estipulen en relación con los derechos hereditarios sobre la explotación familiar. Dichos actos —añade la norma— podrán condicionarse a que resulte efectiva la designación, como sucesor en la explotación, de una determinada persona»; del contraste entre renuncia y convenio, que reitera el artículo 21, parece deducirse que hay que distinguir la renuncia propiamente y el pacto entre legitimarios sobre la herencia del titular actual de la explotación que se plasma en el convenio. Si esto es así, la renuncia es, en rigor, un acto unilateral del renunciante, que no exige aceptación del causante, por virtud del cual el legitimario o heredero *ab intestato* abdican de su expectativa jurídica bien a favor del *de cuius*, bien en beneficio de otro sucesor presunto, mientras que el convenio exige, en cambio, el consentimiento del causante, que es lo normal en los Derechos forales, salvo en Navarra, donde la Ley 172, 2da. parte, de la Compilación lo exige sólo cuando la renuncia implique cesión de los derechos hereditarios a favor de tercero; el convenio no es, pues, un pacto de *hereditate tertii*, ya que el causante no es ajeno al mismo, pacto este último que el Proyecto, igual que los Derechos forales, no acepta en términos generales sino indirectamente en el supuesto del artículo 19.2, a que nos referimos en seguida. Tanto la renuncia como el convenio pueden ser, por su parte, totales o parciales, puros o condicionados y a título gratuito u oneroso, puesto que el Proyecto no establece limitación alguna al respecto; en particular, el pacto de no suceder puro no significa, en rigor, una excepción a los artículos 990 y 991 del Código Civil, como se ha creído erróneamente, por cuanto su objeto está constituido por una sucesión no abierta, que no es susceptible todavía de aceptación o repudio, aunque el pacto de no suceder condicionado sí puede representar una excepción al primero de estos preceptos en el sentido, que admite el artículo 41 del Proyecto, de quedar su eficacia subordinada a que la vocación hereditaria contractual se dirija a favor de determinada persona, pero no a otra condición diversa ni a una de signo negativo. Todo pacto de no suceder es, en cambio, una excepción puntal al artículo 816 del mismo Código, si bien hay que aplicar, lo mismo a la renuncia que al convenio, la obliga-

ción de colacionar lo recibido a cambio de la abdicación que dicho precepto contempla, salvo voluntad contraria del causante (53). Esto quiere decir, por consiguiente, que el Proyecto no se ha inspirado en este aspecto en la tendencia restrictiva que, en tema de pactos de renuncia, prevalece en los Derechos romanizados de Cataluña y Baleares que admiten, respectivamente, los pactos de sobrevivencia, de contento y la asignación o señalamiento *ex* artículo 134, conforme al artículo 145 de la Compilación catalana, y el pacto de definición de conformidad con el artículo 50 de la Compilación balear; antes bien, parece que el texto configura este pacto en los términos amplios que predominan en Aragón y Navarra, si bien creemos que no cabe aplicar por analogía en beneficio del renunciante la norma del artículo 106 de la Compilación aragonesa, dada la función del pacto de no suceder en orden a asegurar la sucesión en la titularidad de la explotación agrícola a favor del heredero único, sino cuando los derechos que provengan de la sucesión intestada o testamentaria a su nombre no afecten la integridad de la misma (54).

En cuanto al régimen jurídico del pacto de suceder, el Proyecto determina que no puede acordarse libremente sino entre el titular actual de la explotación, por una parte, y la persona que reúna simultáneamente la condición de legitimario y de colaborador, por otra, siendo de resaltar que se da preferencia a esta última cualidad sobre la primera. En efecto, si no concurren ambas cualidades en un solo sujeto, el artículo 19.2 permite designar heredero contractual a un colaborador, con el consentimiento de los legitimarios, lo mismo en la hipótesis de que éstos no existan, según lo que dispone el apartado final de dicho precepto. Aparte del supuesto excepcional de pacto sucesorio sobre herencia de tercero que esta norma contempla, hay que llamar la atención acerca del criterio de preferencia que la misma mantiene a favor de la cualidad de colaborador por encima de la condición de legitimario. Lo que es sumamente significativo si recordamos que son legitimarios los parientes que menciona el artículo 807 del Código Civil, mientras que son colabora-

(53) En el sentido que criticamos opina, en cambio, LOMBART BOSCH: *Algunos aspectos de la sucesión testamentaria y en particular del testamento mancomunado*, citado, pág. 19 del texto original.

(54) Cfr. el texto de esta última disposición: «La renuncia a la legítima no afectará a los derechos que correspondan al renunciante en la sucesión intestada ni a los que le provengan de disposiciones testamentarias del causante». Sobre el pacto sucesorio en Aragón, LACRUZ: *La aportación de los Derechos forales españoles a un Derecho sucesorio rural*, cit., págs. 574 y ss.; SAPENA: «El pacto sucesorio en Alto Aragón», en *RDP*, 1954, págs. 201 y ss.; GARCÍA ARANGO: «Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho del Alto Aragón», en *RCDI*, 1967, páginas 1291 y ss.; PELAYO HORE: *Op. cit.*, págs. 854 y ss.; últimamente, CRISTÓBAL MONTES: *La sucesión contractual aragonesa*, Zaragoza, 1978.

dores aquellos parientes que, conforme al artículo 6 del Proyecto sean mayores de edad o estén emancipados, tengan una experiencia profesional en la agricultura de dos años y se hayan dedicado a trabajar, como actividad principal, en la explotación familiar por igual plazo mínimo; en la vocación hereditaria contractual, predomina, por consiguiente, la profesionalidad y la dedicación sobre la relación simple de parentesco o de matrimonio, es decir, que el vínculo laboral de colaboración prevalece sobre el vínculo de familia.

En otro orden de cosas, hay que decir que, por aplicación de las reglas generales, el pacto sucesorio que examinamos es, a pesar de la falta de unipersonalidad del mismo, un acto personalísimo en el sentido de que el consentimiento del disponente ha de ser prestado de forma personal y de presente, no por representante, quien debe tener plena capacidad de obrar, y no sólo la de testar, mientras que al heredero le basta, en cambio, la capacidad para suceder, si es un legitimario; caso de tratarse de un colaborador será, por definición, plenamente capaz de contratar. Cuando el pacto sucesorio lo otorguen los esposos o cónyuges en capitulación matrimonial antenupcial o postnupcial, bien de forma voluntaria o bien por aplicación del artículo 20 del Proyecto, el consentimiento debe prestarse, si se trata de menores de edad, con la asistencia de las personas que menciona el artículo 46 del Código Civil por virtud de lo que disponen los artículos 1.318 y 1.329 del mismo Cuerpo legal (55). Por lo que se refiere a la forma del pacto, dice el artículo 21 del Proyecto que toda manifestación de voluntad contractual relativa a la transmisión *mortis causa* de la explotación debe constar en escritura pública; de aquí que, si el pacto se ha estipulado en capitulaciones matrimoniales, no quepa la forma especial prevista para éstas por el artículo 1.324 del Código Civil, aun cuando sería recomendable su admisión, dada la ruralidad presumible del acto, previa modificación de la cuantía máxima que fija este precepto. Es de señalar, por otra parte, que no rige para el pacto sucesorio el principio de unidad de acto que consagra el artículo 695 del Código Civil para el testamento abierto por cuanto el consentimiento del heredero puede otorgarse, según se infiere del propio artículo 21 del Proyecto, en instrumento separado, e igualmente solemne. Respecto al contenido, el pacto, a diferencia de lo que dispone el artículo 764 del Código Civil para todo testamento, debe necesariamente comprender la institución de heredero por la totalidad de la explotación agrícola de cuya sucesión se trate, incluso en el caso de que se acuerde entre cónyuges. Los efectos del pacto son los que marcan los artículos 22 y 23 del Proyecto; de acuerdo con el primero,

(55) Posibilidad que apuntan, en cuanto a la capacidad y a la forma, LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, pág. 469.

el designado heredero queda obligado, desde el momento que consienta tal condición, a mantener la cualidad de colaborador hasta el momento de apertura de la sucesión verdadera obligación de hacer cuyo incumplimiento autoriza a los legitimarios del *de cuius* la impugnación del contrato, el cual será anulado en todo caso a no ser que el incumplimiento se justifique en razones de equidad. Varias son las observaciones que cabe hacer a este respecto. De una parte, notemos que la obligación que contrae el sucesor es de efecto inmediato y se desdobra en dos prestaciones de actividad diferentes, a saber: la de mantener la cualidad profesional de agricultor y la de continuar la dedicación, como actividad principal, a las labores de la explotación; por supuesto que no se trata de prestaciones de resultado, sino de mera actividad, cuyo tracto continuo admite por el índice de flexibilidad que implica la apelación a la equidad que hace la norma, interrupciones compatibles con el módulo de la principalidad que es exigible al heredero contractual en los términos del artículo 2.º del Proyecto, en cuanto titular potencial de una explotación familiar agraria. De otra parte, señalemos que la carga para el sucesor que esta obligación implica puede impulsar a postergar el consentimiento lo más posible, lo que retrasaría el momento inicial de la misma y las ventajas de presente inherentes a la sucesión contractual, sobre todo la certeza del titular actual de tener un sucesor y de asegurarse la convivencia y cooperación del mismo, tenderían a desaparecer. En fin, digamos que, si alguna vez se adujo en contra del pacto sucesorio que encubrían una compra de la herencia por el sucesor, hoy en día la situación, dado el éxodo rural, se ha invertido, y lo que el pacto sucesorio autoriza es, diríamos, la compra del sucesor, como lo pone de relieve la obligación que le impone la norma que comentamos; por eso es acertado el juego de la equidad que el artículo 22 del Proyecto permite (56). Determina el artículo 23, asimismo, los efectos inmedia-

(56) Sobre las prestaciones de tracto continuo y de mera actividad, nos remitimos a nuestro estudio «La regla *accessorium sequitur principale* y la prestación», en *Sobre la estructura de la obligación*. Palma de Mallorca, 1980, págs. 7 y ss., especialmente 51 y ss., y allí referencias; acerca de los inconvenientes derivados de la regla de la unanimidad ha llamado la atención TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*. cit., pág. 355, los que no excluyen la mala fe del interesado en evitar el acuerdo; por último, PELAYO HORE: *Op. cit.*, págs. 827-828, se refiere a la disparidad de opiniones de LACRUZ y PALA MEDIANO, inclinándose el primero por la idea de cambio que late en el pacto sucesorio, mientras que el segundo rechaza la onerosidad del mismo, «cuando ante la posibilidad de la desagradable figura de la compraventa de la herencia la rechaza airadamente, imputando a quienes la supongan que ignoran lo que es el pacto sucesorio», y luego el autor, de acuerdo con una línea hasta cierto punto contrario al mismo, agrega: «Hubiese sido de desear que el ilustre tratadista (refiriéndose a este último) terminase de explicar en qué consiste» dicho pacto. Notemos, por otra parte, que la existencia de esta obligación pone de relieve que la vocación hereditaria contractual trasciende, en el texto actual del Proyecto, la pura institución de heredero; se aproxima, en efecto, hacia el es-

tos del pacto sucesorio por lo que respecta a la posición jurídica del instituyente, quien queda obligado a no realizar actos de disposición que afecten total o parcialmente los elementos que integran la explotación, sino a favor del instituido heredero del mismo; ordena el precepto, en efecto, que el titular actual no puede realizar actos de esta índole, lo mismo a título gratuito que a título oneroso, y, en caso de que lleve a cabo uno de esta última clase, reconoce al sucesor un derecho de tanteo y de retracto que le permiten la adquisición preferente del objeto segregado o de la parte de la explotación que el titular pretende enajenar, a no ser que la contraprestación que reciba la reinvierta en la misma explotación familiar agraria. Ante el silencio del texto prelegislativo, entendemos que la sanción por los actos de disposición a título gratuito ha de ser la nulidad absoluta por tratarse de un acto contrario a una norma prohibitiva, de conformidad con lo prevenido con carácter general por el artículo 6.º del Código Civil. El pacto sucesorio tiene, pues, efectos *inter vivos* que vinculan al causante al par que generan una cierta expectativa de derechos a favor del instituido, similar a la de los legitimarios, tutelada, frente a los actos gratuitos, con un poder de impugnación, y frente a los actos onerosos, con un derecho de preferente adquisición, lo que se aparta de las reglas generales tanto por lo que se refiere a la obligación de no disponer que el Proyecto impone al *de cuius* cuanto a las obligaciones y derechos que reconoce al instituido; sin embargo, hay que entender, de acuerdo con ellas, que éste no puede disponer de su derecho *inter vivos* sino con el consentimiento del titular actual de la explotación, aunque sí lo transmite *mortis causa* como cualquier otro derecho de índole patrimonial (57). Y ello porque el

quemado de una sociedad familiar, pues no otra cosa significan los deberes de convivencia y de trabajar en utilidad de la explotación familiar agraria que la norma impone al sucesor designado en el pacto sucesorio, de forma similar al heredamiento catalán; en tan sentido, DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., pág. 192, a propósito de una hipotética admisión de esta clase de sucesión en el campo del Derecho común, la que llega a recomendar *de lege ferenda*, como sabemos; asimismo, establece una obligación similar para el titular del derecho de labrar y poseer el artículo 87.2 de la Compilación gallega.

(57) La similitud del sucesor contractual con un legitimario la subrayan LACRUZ y SANCHEZ REBULLIDA: *Op. cit.*, pág. 470. Es de advertir, por otra parte, que el Proyecto viene a resolver en la forma indicada en el texto el problema de los efectos típicos derivados del pacto sucesorio antes de la apertura de la sucesión, acerca del que no hay plena conformidad de opiniones; así, mientras CASTÁN TOBEÑAS-DE LOS MOZOS: *Op. cit.*, VI-3, entienden que «los pactos sucesorios no limitan la facultad de disponer de los contratantes, siempre y cuando las partes no actúen con abuso del derecho», ROCA SASTRE: *Estudios*, II, cit., pág. 366, matiza que el instituyente queda vinculado a no defraudar al sucesor, quien podría impugnar los actos fraudulentos, lo que acepta PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, pág. 458, y desarrollan LACRUZ y SANCHEZ REBULLIDA: *Op. cit.*, pág. 470, en el sentido indicado. Concuerdan estos autores, sin embargo, en lo que respecta a la indisponibilidad y a la

pacto sucesorio no impide celebrar otro entre las mismas partes, y presenta la misma eficacia derogatoria tácita que el artículo 739 del Código Civil reconoce al testamento posterior perfecto, sólo que la voluntad que se debe tener en cuenta para determinar lo revocado por incompatible no es la del testador, sino la común de las partes (58). Por eso, el artículo 24 del Proyecto determina que el pacto sucesorio puede ser revocado total o parcialmente, aunque este extremo no lo precisa, de forma bilateral por el acuerdo mutuo de los otorgantes, lo que no impide la posibilidad excepcional de extinción unilateral, que puede ser tanto forzosa como voluntaria. En efecto, extinción unilateral forzosa hay en los supuestos de que el instituido incumpla las obligaciones contraídas por el pacto, mantenga un comportamiento que dificulte la convivencia familiar o incurra en las causas de indignidad o de desheredación a que se refieren los artículos 756 y 852 del Código Civil, incluso en el caso de no ser un legitimario, conforme a la enumeración que ofrece el citado artículo 24, a la que habría que unir las causas de ingratitud que menciona, en tema de donaciones, el artículo 648 del mismo Código; y extinción unilateral voluntaria habría, asimismo, en caso de renuncia sobrevenida del sucesor, lo que le permite la admisión genérica de los pactos de no suceder que establece, como sabemos, el artículo 41 del Proyecto (59).

En fin, entendemos que el pacto sucesorio que nos ocupa constituye una modalidad de realizar de forma voluntaria la vocación hereditaria, pero que no agota el *iter* sucesorio; por consiguiente, muerto el titular actual de la explotación agrícola, se abre la sucesión y el designado heredero contractual debe aceptar expresa o tácitamente la herencia, pues en el pacto o al otorgar el consentimiento éste consintió la condición de heredero únicamente, pero no la herencia, y entre aquel momento cronológico y el momento de apertura de la sucesión puede haber transcurrido mucho tiempo y cambiado sustancialmente la consistencia de la explotación; asimismo, cabe, a nuestro modo de ver, la repudiación, el beneficio de inventario y el derecho a deliberar, con arreglo a las reglas generales que señalan los artículos 988 y siguientes del

transmisibilidad de la expectativa adquirida por el sucesor. Conviene advertir que por medio de esta última vía podría frustrarse la *ratio legis* del Proyecto.

(58) Señalan esta solución, que estimamos acertada en el marco del Proyecto, LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, pág. 470.

(59) La norma relativa a la extinción unilateral por imposibilidad de convivir parece estar inspirada, ciertamente, en el citado artículo 87.3 de la Compilación gallega. Aunque en el cuadro del Derecho común entiendan LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.* pág. 471, con razón, que la renuncia sobrevenida del sucesor es válida sólo si éste no ha concurrido al acto, hay que resaltar que la norma del artículo 41 del Proyecto, como decimos en el texto, da a entender lo contrario, esto es, que la cualidad de sucesor contractual es siempre renunciabile.

Código Civil al respecto, ya que como se expresa LACRUZ, lo contrario no se infiere del sistema hereditario del Derecho común ni «tampoco podría deducirse inequívocamente de la presumible intención de los contratantes» (60). En cuanto a la participación y al pago de las legítimas rigen, en cambio, las reglas especiales que luego veremos.

6. Por ello, a falta de pacto sucesorio, o en defecto del mismo, por lo que respecta a la sucesión en la titularidad de la explotación agrícola, establece el artículo 25 del Proyecto que la herencia se defiere a la persona designada en testamento por el titular actual, sucesor que, a diferencia de la vocación contractual, no requiere ser, en principio, ni legitimario ni colaborador; sólo si hay herederos forzosos a la apertura de la sucesión, determina el precepto citado que la validez de la disposición testamentaria queda subordinada a la *condictio iuris* de recaer el llamamiento en uno de ellos, caso de no haber sido excluido de la sucesión, total o parcialmente, por renuncia, convenio o desheredación. Quiere decir esto, por consiguiente, que la norma consagra un criterio de preferencia a favor del *status familiae*, inherente a la condición de legitimario, y que únicamente en defecto del mismo, la vocación testamentaria puede dirigirse a una persona ajena a dicho círculo, señaladamente, en beneficio de un colaborador. Por contraste con la preferencia marcada por el artículo 19 del Proyecto, en tema de pacto sucesorio, prevalece aquí, en cambio, la pura relación de familia sobre el nexo de colaboración, modificación de criterio sobre la que conviene llamar la atención, ya que parece infundada, toda vez que, siendo la vocación contractual y la vocación testamentaria ambas *ex voluntaria*, no hay razón alguna para distinguir y preferir, mientras que, en el segundo, la relación de familia sobre la laboral; por el contrario, probablemente la misma razón que justifica el predominio del vínculo de colaboración en la vocación contractual debería fundamentar idéntico predominio en la vocación testamentaria, puesto que en las dos tiene el titular actual la misma posibilidad de elegir al sucesor, criterio de preferencia que mantiene el texto prelegislativo, como veremos en su momento, en materia de vocación *ex lege*.

Ahora bien, como lo ha puesto de relieve TORRES GARCÍA recientemente en relación con el Derecho vigente, dentro del círculo de los

(60) Por el contrario, ROCA SASTRE: *Estudios*, II, cit., pág. 369, estima que no necesita el sucesor aceptar la herencia, ni cabe la repudiación ni el beneficio de inventario, lo que aceptan CASTÁN TOBEÑAS-DE LOS MOZOS: *Op. cit.*, pág. VI-3, página 311, porque entienden que el heredero «ya la aceptó (la herencia) al contratar»; duda, en cambio, PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, pág. 461, quien admite, en este caso, el beneficio de inventario. Pero esto se debe, a juicio de LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, pág. 471, a un «mimetismo con los Derechos forales», razón por la que compartimos con estos autores el criterio mantenido en el texto.

legitimarios se ha de preferir, de acuerdo con las reglas generales, a los de mejor grado y a los legitimarios denominados principales sobre los subsidiarios; el llamamiento puede ser hecho a cualquier título, pero sus efectos serán siempre, según vimos, los inherentes a la institución de heredero a título universal, y la atribución de la explotación agrícola se puede imputar lo mismo a la parte de legítima, de mejora o de libre disposición, pudiendo adoptar el testador cualquiera de las fórmulas que admite, a este respecto, el Derecho común. De aquí que, si el testador se limita a designar en el testamento al sucesor en la titularidad de la explotación únicamente, entienda la mencionada autora con acierto, que tal testamento no es, en principio, anulable, por el juego de los artículos 814 y 815 del Código Civil, sino en la medida en que el testador no haya atribuido a los otros legitimarios bienes que cubran el contenido material de su respectiva cuota de legítima, es decir, cuando exista preterición propia; en tal caso, estos legitimarios omitidos pueden pedir el suplemento de legítima y la sucesión se rige, de acuerdo con lo que disponen los artículos 764 y 912.2 del mismo Código, por las reglas de la sucesión *ab intestato*, pero no las del Derecho general, común o foral, sino las que el propio Proyecto establece (61). Hay en materia testamentaria, pues, escasas modificaciones de las reglas generales sobre las que se yuxtapone la disciplina especial agraria que estudiamos, en términos no muy distintos a los que contempla hoy el artículo 35.2 de la Ley de reforma y desarrollo agrario; antes bien, las innovaciones del Proyecto en este aspecto atienden fundamentalmente a la forma del testamento, pues, además de las comunes y especiales *ex* artículo 676 del Código Civil, admite el testamento mancomunado y el testamento por comisario en la idea de potenciar, como sabemos, la fiducia sucesoria.

(61) Así, ampliamente, TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, citado, págs. 350-353; acierta, además, la autora cuando afirma en pág. 354, siguiendo a CONDOMINES VALLS: «Formas de sucesión en la vida jurídica moderna», en *Estudios de Derecho sucesorio*, Barcelona, 1945, págs. 144 y ss., que «no hay preterición de los otros legitimarios no mencionados porque propiamente esta sucesión aunque se causa testamentariamente su naturaleza es la de una sucesión legal que concede al testador un *ius electionis* para que elija cuando sean varios a uno solo de los legitimarios como titular de la explotación»; aun cuando sabemos que no se trata, en rigor, de una sucesión legal, en sentido técnico, sino de una sucesión particular que se yuxtapone a la ordinaria del *de cuius*. Por ello prevalecen las normas del Proyecto concernientes a la sucesión *ab intestato*, como decimos en el texto, cuando hayan de aplicarse por consecuencia de la preterición; asimismo, la disciplina de los testamentos mancomunado y por comisario prevista por los artículos 26 y siguientes del Proyecto prevalece cuando se aplique en territorios regidos por Derecho foral, que regulen estas formas testamentarias de un modo diverso, en lo que se refiere a la sucesión en la titularidad de la explotación familiar agraria, como bien lo advierte LOMBART BOSCH: *Algunos aspectos de la sucesión testamentaria y en particular del testamento mancomunado*, cit., pág. 42 del texto original.

7. En cuanto al testamento mancomunado, sabemos que el artículo 26.1 del Proyecto lo introduce como una de las modalidades que puede adoptar la vocación testamentaria «a fin de ordenar la sucesión —dice el precepto— en la explotación familiar agraria en su integridad», pero con dos limitaciones, a saber: de una parte, sólo puede ser acordado entre cónyuges y, de otra, necesariamente debe revestir la forma del testamento abierto; no cabe, pues, en capítulos matrimoniales, incluso postnupciales, bien que parece recomendable que pudieran instrumentarse ambos actos en la misma forma dada la conexión íntima que hay, presumiblemente, entre uno y otro. En punto a los contornos esenciales de la institución, recordemos que en el Derecho romano clásico, aunque destaca la particularidad de excepciones, por razones diversas, a la personalidad exclusiva del testamento, como explica Voci, señaladamente en la testamentifacción de la mujer y de los pupilos, no se admitió el llamado testamento conjuntivo, aquél que reúne dos o más disposiciones de personas distintas en un mismo acto, ni el testamento recíproco, aquél que contiene, además, instituciones mutuas, de lo que infiere el autor que esta forma testamentaria fue totalmente desconocida; son tardíos, en cambio, los supuestos excepcionales de instituciones recíprocas que la legislación imperial consideró válidos, tales como entre militares o entre cónyuges, pero el primer caso constituye, a juicio de Biondi, un pacto sucesorio y el segundo, «un testamento recíproco redactado solo *unuius chartae volumine*», de modo que el Derecho postclásico no llegó a configurar tales supuestos como verdaderos testamentos revocables unilateralmente sino más bien como pactos sucesorios irrevocables; lo mismo hay que advertir, en fin, en cuanto al Derecho justiniano, que ni siquiera recoge la constitución de Valentiniano III, del año 446, que contempla el caso del testamento bilateral de los cónyuges (62). Un criterio similar mantienen las *Partidas* al considerar que no deben valer, según dice la Ley 5.11.33, «pleyto o promission faziendo dos omes entresi que qualquier dellos que muriesse primero que el otro que fincasse que heredase todo lo suyo», lo que justifica el texto, muy gráficamente, en la conveniencia de evitar que uno pueda «trabajar la muerte» del otro; en la hipótesis de que se acordara un acto de esta índole, la norma determina que es siempre revocable en vida de los otorgantes, pero si no se ha revocado antes de la muerte de uno de ellos, el supérstite sucede al premuerto, en el único caso cuya validez admite, esto es, cuando lo «fiziessen dos caualleros

(62) La validez de los supuestos excepcionales aludidos en el texto viene reconocida, respectivamente, por una constitución de Diocleciano, recogida en C. 2.3.19, y por otra de Valentiniano III en Nov. 21.1, pero no en C. Para esto, Voci: *Diritto ereditario romano*, II, cit., pág. 84, y Biondi: *Sucesión testamentaria y donación*, cit., págs. 30-31.

entresi, queriendo entrar en batalla alguna, o en fazienda», forma medieval que adopta el texto al recoger el precedente del Derecho romano. Un germen de la figura que nos ocupa suele encontrarse en el pacto de hermandad previsto por el *Fuero Real*, 3.6.9, según el cual podían los cónyuges sin hijos hacer hermandad de sus bienes luego del primer año de matrimonio, mediante las formas de los testamentos comunes, al objeto de instituirse herederos universales recíprocamente, pacto que era ineficaz «si después que fizieren tal hermandad hubieren fijos de consuno»; pero lo cierto es que, como bien lo advierte BENITO GUTIÉRREZ, la norma no autoriza a los cónyuges verificar la hermandad «en un acto otorgado de mancomún», modalidad ésta introducida, a su juicio, por obra exclusiva de la práctica (63). Con todo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior al Código Civil entendió que cuando el acto implicaba imposibilidad de revocarlo de forma unilateral caía bajo la prohibición del pacto sucesorio; que, por el contrario, no había norma alguna que impusiera la irrevocabilidad, salvo el acuerdo expreso de los otorgantes; que era siempre revocable en vida de los mismos y, aunque una sentencia de 28 de febrero de 1862 declaró que era irrevocable después de la muerte de uno de ellos, se estimó que el sobreviviente podía variar las disposiciones atinentes a sus propios bienes, si bien estaba obligado a cumplir las condiciones impuestas por el premuerto, y que, en fin, la consignación de dos últimas voluntades en un mismo documento es un accidente que no supone un acto recíproco ni las despoja de la cualidad esencial de ser variables hasta la muerte de cualquiera de los testadores en la parte respectivamente dispuesta por cada uno (64). Así se explica que los autores del siglo pasado, impresionados por el ejemplo del Código Civil francés, fueran partidarios de suprimir esta forma testamentaria dual; GARCÍA GOYENA razona al respecto en estos términos: «Autorizado el testamento de hermandad, nacia la duda de si un esposo podía revocarlo en vida del otro sin su noticia y consentimiento; y sobre todo si podría hacerlo habiendo el otro muerto. En este segundo caso, permitir la revocación era violar la fe de la reciprocidad: declarar irrevocable el testamento era cambiar su naturaleza y convertir-

(63) Así, B. GUTIÉRREZ: *Códigos*, III, cit., pág. 171, criterio que mantiene CASTÁN TOBEÑAS: *Op. cit.*, VI-2, 7.ª ed. revisada y ampliada por BASTISTA MONTERO-RÍOS, CASTÁN VÁZQUEZ y VALLET DE GOYTISOLO. Madrid, 1973, pág. 135, siguiendo la opinión de SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, VI-1, 2.ª ed., Madrid, 1910, págs. 333 y ss.; pero no CASTÁN TOBEÑAS-DE LOS MOZOS: *Op. cit.*, VI-3, página 299, nota 2, que asimilan al pacto de hermandad el testamento mancomunado.

(64) *Vid.*, entre otras, las Sentencias de 21 de mayo de 1861, 26 de mayo de 1861, 20 de diciembre de 1866, 27 de febrero de 1868, 22 de abril de 1877, 17 de diciembre de 1881, 27 de marzo de 1888, 24 de junio de 1892 y 1 de marzo de 1905, además de la mencionada en el texto.

lo de acto de última voluntad en rigurosamente contractual. (...) Lo mejor es prohibir una forma incompatible con la buena fe o con la naturaleza de los testamentos, y que por otra parte daba lugar a sugerencias y violencias» (65). Prohibición que lleva a cabo de forma tajante el artículo 669 del Código civil, e incluso el artículo 733 impide testar mancomunadamente a los españoles en el extranjero, lo que fue acogido favorablemente, como se sabe, por la doctrina de la época, pues el testamento que nos ocupa era considerado inútil, fuente de abusos y litigios y, lo que es muy significativo, origen de desigualdad entre los herederos no siempre justificada, y hay que reconocer que, tal como lo concebía la jurisprudencia, ello era probablemente acertado (66). Esto no obstante, es bien sabido que el testamento mancomunado ha subsistido hasta nuestros días en los Derechos territoriales de Navarra y Aragón, lo mismo que en Cataluña, aunque no lo recoja la Compilación (67); en Navarra, de acuerdo con las leyes 199 a 204 de la Compilación, el testamento de hermandad puede ser acordado por dos o más personas, tengan o no relación de familia entre sí, y en cualquier forma menos la ológrafa, testamento que es revocable en vida de los otorgantes de forma conjunta o separada constando de un modo fehaciente el conocimiento de los mismos, pero no, por regla general, una vez que ha fallecido uno de ellos, mientras que en Aragón, según lo que disponen los artículos 94 a 98 de la Compilación, el testamento mancomunado sólo puede ser acordado entre cónyuges, en cualquier forma de testar hábil, entendiéndose que, salvo declaración en contrario, supone siempre una institución recíproca de heredero, testamento que sólo se puede revocar en vida de los otorgantes, bien de forma bilateral, bien

(65) Así, GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, II, Madrid, 1852, reimp., Barcelona, 1973, sub artículo 557, pág. 14, a cuyo tenor: «No pueden dos o más personas testar en un mismo acto, sea recíprocamente en provecho suyo, o de un tercero», lo que mantiene el artículo 664 del Anteproyecto de 1882-1888 con una redacción similar al actual artículo 669 del Código Civil. A esta prohibición no es ajena la intervención del propio B. GUTIÉRREZ: *Códigos*, III, cit., pág. 172, para quien «hace bien el Proyecto al no darle cabida» al testamento mutuo. Es de señalar aquí que tampoco lo contempla el Proyecto de 1836, a diferencia de la regulación completa que da al testamento por comisario, según veremos en su momento.

(66) Así, por ejemplo, BURÓN: *Derecho civil español*, II, Valladolid, 1898, página 752; SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, VI-1, cit., pág. 334; MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, 6.ª ed. actualizada por MARÍN PÉREZ, Madrid, 1951, sub artículo 669, pág. 410. Es famosa la expresión de SILVELA en *Código Civil. Discusión parlamentaria en la legislatura de 1888 a 1889*, Madrid, 1963, pág. 154, nota 276, según la cual uno de los aciertos del Código fue haber suprimido esta clase de testamento, que considera una «mezcla informe de disposición *mortis causa* y de contrato».

(67) Sobre este punto, LLOMBART BOSCH: *Algunos aspectos de la sucesión testamentaria y en particular del testamento mancomunado*, cit., págs. 27-28, con literatura.

de forma unilateral, modalidad esta última que no sólo se contrae a las disposiciones propias del que lo revoca sino que se extiende, además, a las disposiciones correspectivas con éstas, esto es, las que están unidas por un nexo de condicionamiento recíproco, al par que exige notificación al otro cónyuge dentro de ocho días, el cual pierde su eficacia por nulidad del matrimonio, o por separación de los cónyuges, en cuanto a las liberalidades recíprocas y a las disposiciones correspectivas que contenga (68). En definitiva, notas comunes que parecen caracterizar a la figura que nos ocupa son, a saber: de una parte, la existencia de instituciones cruzadas entre los otorgantes; de otra, la presencia de un vínculo de familia entre los mismos, señaladamente, entre cónyuges; en fin, una *relatio*, como dice LACRUZ, sustancial entre las disposiciones testamentarias, la que admite una graduación entre dos extremos, de simple correlatividad a la correspectividad de las mismas. Por el contrario, la mera unión formal de testamentos simultáneos contenidos en un mismo instrumento, aunque prohibida por el artículo 669 del Código Civil, no parece ser esencial al testamento mancomunado; asimismo, las disposiciones conjuntas en beneficio de un mismo tercero o de personas distintas, aunque están incluidas en la norma prohibitiva del precepto citado, no constituyen, en rigor, un testamento mancomunado sino un pacto sucesorio igualmente prohibido, como sabemos; en fin, el testamento mancomunado no parece exigir formas especiales (69).

(68) Para el testamento de hermandad navarro y el mancomunado aragonés, en general, CASTÁN TOBEÑAS-BATISTA MONTERO-RÍOS: *Op. cit.*, VI-2, págs. 160-162 y 156, y LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, págs. 459-460 y 462-463; en particular, ISABAL: «Testamento mancomunado», en *EJE*, XXIX, págs. 755 y ss.; LORENTE SANZ: «El testamento mancomunado en el Apéndice foral aragonés», en *Primera semana de Derecho aragonés*, Zaragoza, 1942, citado por LLOMBART BOSCH: *Algunos aspectos de la sucesión testamentaria y en particular del testamento mancomunado*, citado, pág. 31 del texto original; ALONSO Y LAMBÁN: *La fiducia sucesoria aragonesa*, Zaragoza, 1962; CASTÁN TOBEÑAS: «Aragón y su Derecho», en *RGLJ*, 1967, página 798; NAGORE YARNOZ: «Del testamento mancomunado y su especialidad en el Derecho privado foral de Navarra», en *ADA*, 1968-1969, págs. 236 y ss.; MERINO y HERNÁNDEZ: «Revocación *post mortem* del testamento mancomunado aragonés y de hermandad navarro», en *RCDI*, 1974, págs. 47 y ss.; DOMÉNECH SALVADOR: «El testamento mancomunado en el Derecho civil aragonés», tesis inédita, Valencia, 1977, citada por LLOMBART BOSCH: *Op. cit.*, pág. 29, y DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., págs. 200 y ss. Determina el artículo 95 de la Compilación aragonesa, como se sabe, que la institución recíproca de heredero de los cónyuges produce los efectos típicos del pacto al más viviente, acerca del cual *vid.* CRISTÓBAL MONTES: «El pacto al más viviente en la Compilación del Derecho civil especial de Aragón», en *ADC*, 1980, págs. 389 y siguientes últimamente.

(69) *Vid.* LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, pág. 455, a propósito de la coincidencia formal de dos testamentos ológrafos escritos en una misma hoja de papel, sin conexión entre sí, caso en el que no hay, pues, un testamento mancomunado; también, PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, V-2, 1.ª ed., cit., págs. 152 y ss., y CASTÁN TOBEÑAS-BATISTA MONTERO-RÍOS: *Op. cit.*, VI-2, págs. 135 y ss. Según lo expuesto,

Notemos que un concepto como éste, y sobre todo la disciplina de los Derechos forales, está en la base del artículo 26 del Proyecto, único que el texto dedica al testamento mancomunado. Por lo que se refiere a los sujetos, sólo lo admite, igual que en Aragón y a diferencia de Navarra, entre cónyuges, pero no pueden testar éstos mancomunadamente con terceros, pues se trataría más bien, como dijimos, de un pacto sucesorio; tampoco pueden hacerlo en beneficio de un tercero, aunque sea un colaborador de la explotación familiar agraria, por cuanto el testamento mancomunado exige, asimismo, una institución recíproca de heredero de los otorgantes, aparte de que el Proyecto predispone otro instrumento, el pacto sucesorio, a tal efecto. En cuanto a la forma, el precepto que comentamos determina que el testamento mancomunado debe hacerse de acuerdo con las solemnidades del testamento abierto, es decir, con arreglo a los artículos 679 y concordantes del Código Civil; esto quiere decir, a nuestro modo de ver, que el texto, igual que en Navarra y a diferencia de Aragón, rechaza la forma ológrafa, así como que se acuerde en capítulos matrimoniales, según vimos, lo que no parece que se justifique del todo, puesto que, como lo hemos visto, el testamento mancomunado no parece haber revestido nunca formalidades propias, sino las normales de los testamentos unipersonales. Respecto a los elementos objetivos, hay que entender que, en principio, el objeto puede ser sólo la explotación agrícola y el contenido, la designación de un cónyuge por el otro, y viceversa, como sucesor en la titularidad de la misma, si bien el texto habla en los términos amplios, que conocemos, de «ordenar la sucesión de la explotación familiar agraria en su integridad»; no es de compartir, por ello, una interpretación restrictiva según la cual este testamento mancomunado no puede contener disposiciones correspectivas ya que, debiendo contraerse a la explotación, no puede afectar bienes de los otorgantes ajenos a la misma (70). Antes bien, estimamos que el tenor literal del precepto que

hay que distinguir el testamento simultáneo, caracterizado por la mera unión formal de dos testamentos unidos en un mismo instrumento; el testamento coligado, recíproco, mutuo o mancomunado propiamente, que se caracteriza por la unión material de instituciones recíprocas y correlativas entre sí, y, por último, el testamento correspectivo, que se distingue del anterior porque la unión material de los dos testamentos que supone comprende disposiciones concausadas, se extiende a materias más amplias que la pura institución recíproca de heredero y ofrece una técnica de revocación unilateral más extensa; así, LLOMBART BOSCH: *Algunos aspectos de la sucesión testamentaria y en particular del testamento mancomunado*, cit., páginas 28 y ss. del texto original, con matices algo diverso. Para la distinción de correlatividad y correspectividad nos remitimos a nuestros «Apuntes en tema de bilateralidad de las obligaciones», en *Sobre la estructura de la obligación*, cit., páginas 241 y ss., especialmente 253 y ss., y allí referencias.

(70) Se trata de la opinión que mantiene la misma LLOMBART BOSCH: *Algunos aspectos de la sucesión testamentaria y del testamento mancomunado*, cit., pági-

estudiamos ofrece apoyo textual bastante para intentar una interpretación extensiva, acorde, por otra parte, con la finalidad de mantener la integridad de la explotación; en efecto, nada impide que las instituciones recíprocas sean, además, concausadas, como es propio de las disposiciones corresponsivas, y que, al objeto de evitar que la integridad de la explotación se resienta, los cónyuges dispongan mancomunadamente de otros bienes, si los tienen, para impedir su fraccionamiento. Si esto es así, es de advertir que significa una alteración importante del principio de unipersonalidad del testamento, ya que introduce, por vía indirecta, una notable excepción a la norma general que consagra el artículo 667 del Código Civil. Por último, el testamento mancomunado puede ser revocado en vida de los otorgantes, y con las mismas formalidades con que se otorgó, por ambos cónyuges de común acuerdo, pero la muerte de uno de ellos, igual que en Aragón y Navarra y a diferencia del Derecho común antiguo, lo hace irrevocable; por excepción cabe la revocación unilateral, de acuerdo con el artículo 26.2, en caso de nulidad de matrimonio o de separación efectiva de los cónyuges, con arreglo a un criterio similar al del Derecho aragonés, sólo que la ineficacia no opera en el Proyecto *ipso iure* sino que depende de la voluntad de los otorgantes. Señalemos que la nulidad del matrimonio hay que entenderla referida a la disolución del mismo por causa distinta de la muerte, al objeto de abarcar el divorcio vincular; asimismo, la separación efectiva de los cónyuges no se contrae a la decretada judicialmente, sino que comprende la separación pactada y la simplemente fáctica. Por otra parte, destaquemos que la revocación unilateral se extiende, igual que en Navarra y a diferencia de Aragón, a todo el testamento, y que el Proyecto la configura como un acto unilateral recepticio, pues exige que se modifique a la otra parte, pero no el conocimiento fehaciente, como en Navarra, o presunto por el transcurso de ocho días, como en Aragón, según vimos. En lo demás, creemos que se puede aplicar por analogía al testamento mancomunado cuanto hemos dicho a propósito de los pactos sucesorios. Sin embargo, con-

nas 40-41 del texto original; no creemos, por otra parte, como afirma la autora, *op cit*, pág. 40, que el texto del artículo 26.1 del Proyecto admita el testamento mancomunado a favor de tercero, pues, de un lado, se trataría de un pacto sucesorio contemplado, como sabemos, por los artículos 19 y siguientes del propio Proyecto, y especialmente por el artículo 20; por otro lado, la institución conjunta a favor de tercero cae fuera de la estructura típica, como lo hemos visto, del testamento mancomunado, y está ligada sólo circunstancialmente a éste por la prohibición del artículo 669 del Código Civil; por último, porque lo esencial del testamento mancomunado, como también sabemos, es la institución recíproca de heredero, lo mismo correlativa que concausada, exclusivamente. No cabe, por tanto, un testamento de ambos cónyuges al objeto de designar conjuntamente al sucesor en la titularidad de la explotación familiar agraria, sino un pacto sucesorio de idéntico contenido.

viene apuntar que la institución a favor del cónyuge supérstite que éste siempre implica puede conducir en ciertos casos a que la sucesión en la titularidad de la explotación familiar agraria recaiga en persona ajena a la agricultura, pues el Proyecto no exige que el viudo o la viuda deban poseer la cualidad de colaborador, sino que el artículo 4.1, *in fine*, presume solamente que reúne los requisitos del artículo 2.º, esto es, la concurrencia de los presupuestos objetivos y subjetivos que definen la figura típica de la explotación familiar agraria, lo que en ocasiones puede ser una mera ficción.

8. Algo más extensa es la disciplina del testamento por comisario que el Proyecto regula en los artículos 27 a 30, en el sentido de potenciar la fiducia sucesoria sobre la que descansa. Es bien sabido que el principio de personalidad del testamento arranca del Derecho romano en el que, como escribe BIONDI, «es el acto más personal que conoce el ordenamiento jurídico». pues no admitía siquiera la intervención de un *nuntius*, y los casos excepcionales de falta de personalidad conocidos en la época clásica, que hemos mencionado en el apartado anterior, parece ser que en tiempos de GAYO habían caído en total desuso pues, según este autor, el pupilo no podía testar ni aun con la autorización del tutor y la *auctoritas tutoris* a la que estaba sujeta la testamentifacción activa de la mujer, era una ficción, lo que no excluía, sin embargo, que el testamento pudiera ser escrito materialmente por mano ajena; como explica el mencionado romanista, «en tal caso la voluntad no se transmite sino que, más bien, se documenta por medio de un tercero. Pero la estricta manifestación de voluntad debe ser siempre personal, de lo que es distinta la documentación, que puede ser obra de otro» (71), lo que se relaciona no tanto con el supuesto de delegación de la voluntad testamentaria, que aquí nos interesa, sino más bien con el origen del testamento abierto otorgado ante Notario. Así lo entiende, en efecto, la *Partida* 6.3.31 al establecer que «declarar deue e nombrar el fazedor del testamento por si mismo el nome de aquel que estableciesse por heredero. Ca si el otorgasse poder a otro que lo estableciesse en su lugar, non valdria (...) porque el establecimiento del heredero o de las mandas, non deue ser puesto en alvedrio de otro», a no ser que el propio testador nombre la persona del heredero; y el *otrosí* está referido, precisamente, a la validez del testamento ante escribano y siete testigos. Con todo, la doctrina interpretó el texto a contrario, en el

(71) Para el punto, BIONDI: *Sucesión testamentaria y donación*, cit., págs. 26 y 27, aludiendo a GAYO, 2.113 y 1.115 *a*, respectivamente, y 49 y ss. y 54 y ss., para las formas testamentarias pretorias y postclásicas, refractarias, asimismo, al testamento por delegación, poder o comisario; igualmente, VOCI: *Diritto ereditario romano*, II, cit., págs. 79 y ss.

sentido de que podía tratarse por comisario en todo lo que no fuera la institución de heredero o la disposición de legados, y es que prevista esta forma testamentaria por el *Fuero real* 3.5.7, fue regulada extensa, bien que restrictivamente, por las *Leyes de Toro* 31 a 39 (72). Muy esquemáticamente, digamos que los autores del siglo pasado entendieron que el testamento por comisario se justificaba en los casos en que el testador no podía o no quería testar personalmente, pero no por incapacidad del mismo; las facultades del comisario podían ser generales, y el poder le bastaba para cumplir mandas, pagar deudas y distribuir la parte de libre disposición conforme a las reglas de la sucesión intestada, o bien especiales, las que eran indispensables para instituir heredero o desheredar a las personas que el testador debía nombrar *nominatim*, o para mejorar, nombrar tutor o designar sustituto, y tenía un plazo preestablecido para cumplir el encargo, que no podía ser prorrogado probablemente por el testador; vencido dicho plazo, si no lo había hecho, podían los herederos pedir la apertura de la sucesión intestada con la obligación de destinar un quinto de la herencia a favor del alma del testador. El nombramiento del comisario debía ser hecho con arreglo a las formas ordinarias de testar, y el testamento hecho por éste era irrevocable salvo autorización expresa del testador en contrario; caso de ser varios los comisarios debían actuar de común acuerdo, siendo dirimidos los empates, primero, por el alcalde y, luego, por el juez, intervención de terceros que, consagrada por la Ley 38 de Toro, irritó constantemente a la doctrina hasta el extremo de que TELLO, según recuerda BENITO GUTIÉRREZ, se admiraba de ella al considerarla, no sin cierta ironía, *singulare est, nec alibi legi* (73). Conforme con el ponderado juicio crítico de este último autor, decisivo, por otra parte, en la última fase de nuestra codificación, «apenas es defendible la institución del comisario, pues si se la examina bajo el punto de vista de la conveniencia, hacen muy dudosa su utilidad los fraudes y abusos que temía el legislador. peligro de cuya magnitud responde el suspicaz

(72) Así, LLAMAS Y MOLINA: *Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, 2.ª ed., Madrid, 1852; reimpr., Barcelona, 1974, págs. 290 y siguientes; modernamente, DE LOS MOZOS: *Hacia un Derecho sucesorio agrario*, citado, págs. 525 y ss., y *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, citado, págs. 148-149, 160 y 237-238, nota 78.

(73) Para esto, entre otros, B. GUTIÉRREZ: *Códigos*, III, cit., págs. 212 y ss., especialmente 227-228; BURÓN: *Derecho civil español*, II, cit., págs. 720 y ss.; SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, VI-1. cit., págs. 478 y ss.; MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, V, cit., sub artículo 670, págs. 416 y ss., y, en general, 233 y ss.; anteriormente, GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, II, 7.ª ed., Madrid, 1865, págs. 19 y ss., autor que omite el testamento mancomunado; en la literatura actual, CASTÁN TOBEÑAS-BATISTA MONTERO-RÍOS: *Op cit*, VI-2. págs. 139-142 y 144, para el Derecho transitorio.

espíritu de sus disposiciones; si se le examina bajo el aspecto de la justicia —añade—, le prestan escasa garantía esas mismas leyes, faltas de bondad absoluta, de las cuales podemos afirmar, bien que respetuosamente, que se ajustan poco a las prescripciones del derecho», y ello porque vulnera el principio de la voluntad inalienable e indivisible; «no decimos —concluye— que el testamento por comisario sea una iniquidad, pero instituciones hay más necesarias y más justas que este testamento», el que desaparece, como se sabe, del Código Civil (74). La prohibición del artículo 670 es, sin embargo, menos tajante que la anterior, pues, si bien proclama que el testamento es un acto personalísimo y proscribire, por tanto, toda disposición testamentaria dejada al arbitrio de un tercero, el siguiente artículo 671 admite, en cambio, la delegación de la facultad de distribuir y de concretar las asignaciones genéricas a favor de clases de personas determinables; con todo, la excepción más importante está constituida por el supuesto que, en tema de mejora, contempla el artículo 831, y por virtud del cual se puede pactar en capitulaciones matrimoniales que el cónyuge viudo, que no contraiga nuevas nupcias, distribuya discrecionalmente los bienes del premuerto entre los descendientes comunes de ambos (75). Es bien sa-

(74) Así, B. GUTIÉRREZ: *Códigos*, III, cit., págs. 229 y 230, literalmente. Como es sabido, el artículo 558 del Proyecto de 1851, de contenido sustancialmente igual que el 665 del Anteproyecto de 1882-1888 y del actual 670 del Código Civil, carece de justificación, fuentes o explicación por GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, II, cit., págs. 14-15, que se limita a transcribir el texto. Esto contrasta notablemente con la disciplina extensa y pormenorizada prevista por los artículos 2.229-2.237 del Proyecto de 1836, en términos que coinciden con lo expuesto en el texto; cfr. LASSO GAITE: *Crónica de la codificación española*, IV. *Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, II, Madrid, 1970, págs. 300-301.

(75) Para esto, CASTÁN TOBEÑAS-BATISTA MONTERO-RÍOS: *Op. cit.*, VI-2, páginas 142-143, y, en especial sobre el citado artículo 831, CASTÁN TOBEÑAS-VALLET DE GOYTISOLO: *Loc. cit.*, págs. 565 y ss., autor este último que se ha ocupado extensamente del tema en *La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición*, Madrid, 1954, y en *Contenido cualitativo de las legítimas de los descendientes en el Código Civil*, cit., págs. 40 y ss.; de forma resumida, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XI, cit., sub artículo 831, páginas 368 y ss.; PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, V-2, págs. 158 y ss., y V-3, págs. 43 y ss., especialmente 65-68; LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, págs. 457-459, y en el volumen II, págs. 43 y ss., especialmente 67-70. En particular, son de recordar los estudios de FUENMAYOR: «La intangibilidad de la legítima», en *ADC*, 1948, páginas 46 y ss., y «La mejora de labrar y poseer», en *Ibidem*, págs. 877 y ss.; GARCÍA GRANERO: «Estudio dogmático sobre la mejora y el tercio de mejora», en *RDP*, 1949, págs. 805 y ss.; ALPAÑES: «La delegación de la facultad de mejorar», en *RGLJ*, 1953, págs. 273 y ss.; SECO CARO: *Partición y mejora encomendada al cónyuge viudo*, Barcelona, 1960; LÓPEZ JACOISTE: *La mejora en cosa determinada*, citado, págs. 82-84; DÍAZ-FUENTES: «Excepciones legales al personalismo de las disposiciones *mortis causa*. II. Sobre el artículo 831 del Código Civil», en *ADC*, 1965, páginas 877 y ss., y, últimamente, GARRIDO DE PALMA: «Visión notarial del artículo 831 del Código Civil», en *Estudios Roca Sastre*, III, cit., págs. 365 y ss.; también DE LOS MOZOS, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XVIII-

bido, también, que, a pesar de la supresión del Código, el testamento por comisario ha subsistido en todos los Derechos territoriales y está regulado hoy, aunque sin criterios uniformes, en las respectivas Compilaciones. Así, en Aragón, se distingue la fiducia sucesoria ordinaria y la colectiva; por la primera se puede nombrar fiduciario al cónyuge supérstite solamente con el encargo, según precisa el artículo 110 de la Compilación, de «que ordene la sucesión del causante entre descendientes y parientes consanguíneos hasta el cuarto grado», encargo que el fiduciario puede cumplir de forma total, parcial o sucesiva, conforme al artículo 112, debiendo tenerse en cuenta la norma del artículo 111, a cuyo tenor: «La designación del fiduciario, así como los actos de éste en cumplimiento de su encargo, deberán constar en testamento o en escritura pública. Valdrá la última voluntad —agrega el precepto— cuando la ejecución del encargo se haga en testamento, y serán irrevocables los actos otorgados entre vivos», mientras que la segunda, regulada con cierta amplitud por los artículos 114 a 118 de la Compilación, permite designar dos o más fiduciarios dentro del círculo de parientes mencionado, del que no puede excluirse al cónyuge que permanezca viudo, con el encargo de «ordenar la sucesión de la casa», según dice el primer precepto citado, el cual debe cumplirse dentro del plazo señalado por el testador o, conforme al artículo 118, en el que fije el juez a petición de cualquier interesado. En Baleares, la Compilación regula la interesante figura del heredero distribuidor a quien puede el testador encomendar que, por acto entre vivos o de última voluntad, asigne bienes libremente o de acuerdo a sus instrucciones entre los parientes del primero o del segundo, quedando a salvo las legítimas, según determina el primer precepto que hemos indicado, siendo de destacar la norma del artículo 19 de acuerdo con la que «la asignación o distribución hecha por el distribuidor será revocable si se hace en acto de última voluntad, y no lo será si se realiza *inter vivos*». En Cataluña, los artículos 115, 178 y 270 a 272 de la Compilación contemplan supuestos de disposición testamentaria por otro, concernientes, respectivamente, a la institución de heredero por el cónyuge supérstite entre descendientes comunes, a la elección del fideicomisario delegada expresamente por el testador al fiduciario y a la distribución de los bienes reservables por el reservista. En Navarra, las leyes 281 a 288 y 289 a 295 de la Compilación contemplan dos supuestos distintos de fiducia sucesoria, la llamada fiduciacomisaria y la de los herederos de confian-

1. Madrid, 1978, *sub* artículos 1.315 y ss., págs. 20 y ss., autores estos dos últimos que ponen de relieve la virtualidad del precepto después de la reforma de 1975 que acoge, como es bien sabido, el principio de mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales al par que admite las capitulaciones postnupciales.

za, que regulan extensa y pormenorizadamente, normas de entre las que destacamos la de la ley 287, primera parte, a cuyo tenor: «Siempre que los fiduciarios fueren el cónyuge o los ascendientes del causante, en tanto no hubieren cumplido enteramente su cometido, tendrán facultades de administración y disposición sobre los bienes de los que todavía no hayan dispuesto». En Vizcaya, por último, la Compilación dedica al testamento por comisario los artículos 15 a 20 de conformidad con los que se puede nombrar comisario en testamento ante Notario o, si se trata de cónyuges, recíprocamente, en capitulaciones matrimoniales, al objeto de encomendar la designación de heredero o la simple distribución de bienes, encargo que se debe cumplir en el plazo señalado por el testador o si no lo hubiera señalado, según lo que dispone el artículo 19, «el plazo será de un año, contado desde la muerte del testador o, en su caso, desde que hubiera contraído matrimonio o llegado a la mayoría de edad el más joven de los presuntos herederos» (76). De esta referencia necesariamente esquemática, resulta claro que el Proyecto se orienta más por la disciplina de los Derechos forales que por los viejos precedentes del Derecho común.

En efecto, el artículo 27 del texto actual establece, como la mayoría de los ordenamientos territoriales, que el titular de la explotación puede nombrar comisario solamente a su cónyuge, sin que haya inconveniente para un nombramiento recíproco en testamento mancomunado, sobre todo en el supuesto de que se trate de un bien ganancial, por analogía con lo dispuesto en el artículo 20, que conocemos: el comisario recibe, sin embargo, el encargo único de designar al sucesor en la titularidad de la explotación, sin que pueda subdelegarlo, designación que debe recaer en uno de los descendientes comunes, si los hay, a no ser que el testador disponga en contrario. Observemos, de una parte, que se trata del tipo de testamento por comisario de institución de heredero, por lo que probablemente el delegado, como cualquier testador, puede elegir, además de la persona del sucesor, el título y la modalidad de la atribución, e incluso ordenar la sucesión del testador, como en Aragón, Navarra y Vizcaya, y no se limita a una simple distribución de bienes como el heredero distribuidor balear, dada la analogía evidente que hay entre el supuesto que examinamos y el artículo 26.1 del Proyecto, relativo al testamento mancomunado; de otra parte, la figura que nos ocupa, tal como la diseña el Proyecto, recuerda en importante medida

(76) Para un esquema de la disciplina del testamento por comisario en los Derechos forales, CASTÁN TOBEÑAS-BATISTA MONTERO-RÍOS: *Op. cit.*, VI-2, páginas 153 y ss. y 203 y ss.; LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, I, págs 459 y siguientes; DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., págs. 200 y ss.

la mejora que regulan los artículos 823 y siguientes del Código Civil, lo mismo que las legislaciones forales, y, señaladamente, el derecho de labrar y poseer que contemplan los artículos 84 a 87 de la *Compilación gallega* (77); en fin, tratándose de una modalidad de la vocación testamentaria en orden a la sucesión en la titularidad de la explotación, mantiene, como sabemos, el predominio del *status familiae* sobre el vínculo de colaboración, si bien la norma que estudiamos permite al testador, y no al comisario, disponer lo contrario, cuando lo lógico habría sido que esta facultad fuera inherente a la delegación y correspondiera a este último. En cuanto a la forma, dictamina el artículo 28 del Proyecto que el nombramiento del comisario debe ser hecho en testamento abierto, y que la designación del heredero por éste puede verificarse lo mismo en esta forma *mortis causa* o bien por acto *inter vivos* en escritura pública, forma de la que se deriva el efecto sustantivo de hacer irrevocable la designación practicada por el comisario, igual que en la generalidad de los Derechos forales, por lo que cabe calificar la designación hecha en escritura pública de un verdadero supuesto de pacto sucesorio. Por lo que se refiere al plazo, no marca el Proyecto un término definido para el cumplimiento del encargo sino que el artículo 29 consagra un criterio semejante al del Derecho vizcaíno; dispone, en efecto, que una vez alcanzada la mayoría de edad de todos los descendientes comunes o, en defecto de éstos, de los colaboradores de la explotación, puede cualquiera de ellos pedir al comisario que haga la designación dentro de un año. Asimismo, con un criterio similar al Derecho navarro, el mencionado precepto confiere un derecho de usufructo al comisario sobre la explotación mientras no practique la designación, lo que contrasta de forma palpable con el Derecho antiguo y se justifica, únicamente, por la fiducia sucesoria de índole familiar que, como sabemos, inspira la institución; entendemos, por ello, que este derecho de usufructo conlleva las mismas obligaciones que el artículo 17 del Proyecto impone al cónyuge viudo, analogía que se confirma por el artículo 30 del mismo texto, a cuyo tenor: «El cónyuge que contraiga nuevas nupcias perderá

(77) En particular, el régimen vizcaíno es representativo del tipo de testamento por comisario de institución, acerca del cual *vid.*, recientemente, CELAYA IBARRA en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XXVI. Madrid, 1978, sub artículos 15 y ss. de la *Compilación*, págs. 151 y ss.; sobre la figura del heredero distribuidor balear, PASCUAL Y RUIZ: «La institución de heredero distributivo», en *RDP*, 1931, págs. 114 y ss.; PASCUAL Y GONZÁLEZ: *Derecho civil de Mallorca*, citado, págs. 277 y ss., y, últimamente, VERGER GARAU en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XXXI-1, cit., sub artículos 18 y ss. de la *Compilación*, páginas 335 y ss.; sobre el derecho de labrar y poseer, FUENMAYOR: *La mejora de labrar y poseer*, cit., págs. 887 y ss., y SÁNCHEZ GARCÍA en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XXXII, Madrid, 1979, sub artículos 84 y ss. de la *Compilación*, págs. 192 y ss., y allí otras referencias

la cualidad de comisario, salvo disposición expresa del causante». Por último, notemos que el Proyecto no contempla la hipótesis de incumplimiento del encargo una vez vencido el año siguiente a la mayoría de edad de los descendientes o, en su caso, de los colaboradores, hipótesis en la que creemos que el poder se extingue *ipso facto* de modo que la designación extemporánea es nula, a no ser que haya el testador dispuesto otra cosa o que aquéllos no la impugnen; en caso contrario, como en el Derecho anterior al Código, la vocación hereditaria se rige por las reglas especiales de la sucesión intestada, solución que se parece, en términos generales, a la que acogen hoy el artículo 20 de la Compilación balear y la ley 288 de la Compilación navarra. Efectivamente, dispone el primero que, en tal caso y a falta de previsión expresa del testador, «se entenderán instituidos por partes iguales aquellos parientes del testador que, sobreviviendo a éste, fueren los más próximos en grado de entre los individual o genéricamente designados por él», y el segundo, asimismo, que, una vez que se ha frustrado la delación preferente por aplicación de la regla de la primogenitura, se abre la sucesión legal (78). Esta misma solución es, pues, la que debe regir el llamamiento del sucesor único en la titularidad de la explotación familiar agraria, la que encuentra confirmación en el texto del artículo 31 del Proyecto, que establece, como sabemos, la prelación escalonada de la vocación hereditaria contractual, testamentaria y legal.

9. En efecto, establece el artículo 31 precitado que, a falta de disposición voluntaria, bien contractual o bien testamentaria, o en defecto de la misma, por lo que a la explotación agrícola se refiere, de conformidad con el artículo 912.2 del Código Civil, el llamamiento del heredero único sucesor en la titularidad de la misma lo hace la ley (79). En este caso, la delación comprende, por supuesto, la explotación íntegra y la vocación se dirige a un heredero legítimo, no a un legitimario como dice con imprecisión el actual artículo 35.3 de la Ley de reforma y desarrollo agrario, que a la vez ostente la cualidad de colaborador; si esta última cualidad no concurre en ningún heredero legítimo, determina el artículo 31.2 del Proyecto que la vocación se ofrece de forma provisional a aquél que se obligue a adquirirla en el plazo de un año a contar de la apertura de la sucesión o desde que alcance la mayoría de

(78) Se trata, como sabemos, de las reglas especiales de la sucesión intestada previstas por los artículos 31 y ss. del Proyecto, que son de aplicación preferente en cuanto a la sucesión en la titularidad de la explotación familiar agraria, lo mismo en territorios de Derecho común que en los regidos por Derecho foral.

(79) Mantiene el Proyecto en este punto, pues, la derogación de la regla *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* que consagra el artículo 658.3 del Código Civil, lo mismo que los Derechos forales con excepción de Cataluña y Baleares, donde los artículos 97 y 7 de la respectiva Compilación conservan todavía el principio romano de incompatibilidad.

edad, según el nivel técnico que fije la Administración, lo mismo caso por caso que de acuerdo con un módulo general, extremo este último que el texto no aclara. Aparte de lo original que resulta esta vocación hereditaria provisional, hay que resaltar que en la sucesión *ab intestato* que estudiamos, igual que en la sucesión contractual y a diferencia de la testamentaria, tiene preferencia el vínculo laboral de colaboración sobre la simple relación de familia, lo que nos parece acertado y coherente con el marco teleológico de la sucesión en la titularidad de la explotación agrícola. Con todo, si esta vocación hereditaria legal de aplicación preferente se frustra, el llamamiento debe seguir el camino marcado por la *successio gradum et ordinum* que fijan los artículos 921 a 923 del Código Civil, o el que sea aplicable por razón del territorio en cada caso, esto es, por las reglas que, inspiradas de forma más o menos directa por el principio real de troncalidad, sancionan los artículos 248 a 251 de la Compilación de Cataluña, en cuanto este último se refiere al causante impúber, 127 a 136 y 31 a 34 de las de Aragón y Vizcaya y leyes 300 a 307 de la de Navarra, a falta de descendientes legítimos, pero no los artículos 51 y 52 de la de Baleares, que se remiten en lo sustancial al Derecho común (80). Innovador se muestra el Proyecto, también, en el supuesto de que exista pluralidad de herederos legítimos, pues para la selección del sucesor en la titularidad de la explotación el artículo 13 del texto actual establece cuatro criterios escalonados, a saber: la proximidad de grado, la pretensión del interesado, la elección por mayoría simple y la antigüedad de la colaboración. Así, en la hipótesis de haber varios herederos legítimos que sean simultáneamente colaboradores, son preferentes, por aplicación de los artículos 913 y 915 del Código Civil, los de grado más próximo y, señaladamente, conforme al artículo 930 del mismo Código, los que forman la línea recta descendiente, pero, en lugar de procederse a la distribución por cabezas o por estirpes que contemplan los artículos 932 a 934 del Código, la explotación se defiende al heredero único que formule pretensión formal de suceder en la titularidad de la misma, por aplicación del segundo de los criterios mencionados, si son varios los herederos colaboradores que la pretenden, «la explotación se atribuirá —dice el texto— al que de entre ellos elijan por mayoría», esto es, con arreglo al tercero de los criterios mencionados. Se trata de una mayoría simple que representa una excepción notable a la regla de la unanimidad que consagra, en tema de partición, el artículo 1.059 del Código Civil, y, para las explotaciones familiares, el artículo 35.3 de la Ley de reforma

(80) Para esto, LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, II, págs. 242 y ss. y 256 y ss., y CASTÁN TOBEÑAS-DE LOS MOZOS: *Op. cit.*, VI-3, págs. 52 y ss. y 210 y siguientes, por todos.

y desarrollo agrario; innovación importante, pues, de una parte, permite superar los inconvenientes graves, en ocasiones, que se derivan de dicha regla (81), y, de otra, aproxima el mecanismo de selección del heredero legal único al régimen de la comunidad ordinaria de bienes *ex* artículos 398 y 399 del Código Civil. Pero, a falta de acuerdo por mayoría simple, en lugar del recurso judicial subsidiario, que sería quizá recomendable, el Proyecto aplica el último de los criterios que hemos mencionado, el de la antigüedad de la colaboración en la explotación familiar agraria, y no el de la mayor edad o primogenitura que mantiene, como se sabe, el precepto citado de la ley agraria vigente; innovación que es también de interés por cuanto basa la preferencia sobre un factor de contribución efectiva, real o presunta, al patrimonio común del grupo familiar, y no sobre un elemento puramente cronológico, aun cuando menos discriminador y, por tanto, más igualitario nos parece el recurso judicial, que no sólo impera en el Derecho comparado, como vimos, sobre todo en Inglaterra e Italia, sino que tiene a su favor la analogía con la comunidad de bienes, y el viejo principio de política legislativa de no innovar más que lo indispensable. Por último, en la hipótesis de pluralidad de herederos legítimos no colaboradores, pero que se obliguen a adquirir la capacitación profesional en un año, rige la regla de la mayoría, sin preferencia por razón de la edad, lo que es lógico puesto que la antigüedad, que sustituye a la primogenitura, es inaplicable, por definición, en este caso. Cabe preguntarse si en la instancia de la mayoría pueden los herederos legítimos, colaboradores o no, acordar la continuación de la indivisión, ya que si la mayoría es bastante para designar al heredero único lo será probablemente, también, para adoptar un acuerdo de esta índole, el cual tiene, según lo hemos apuntado antes con carácter general, el único argumento en contra de no conducir a un titular único de la explotación, el que puede obtenerse, sin embargo, bien por la representación voluntaria que admite, como sabemos, el Derecho italiano, bien por la constitución de una sociedad civil *ex* artículo 1.667 del Código Civil, incluso mercantil con arreglo al artículo 1.670 del mismo, o de cualquier otra entidad que habilite el reconocimiento de personalidad jurídica, *v. gr.*: sociedad cooperativa o empresa de transformación agraria, lo mismo la instituyan los herederos que éstos se incorporen a una creada por terceros (82). En fin, notemos que la declaración de herederos *ab intestato* se puede

(81) Como bien lo advierte, según sabemos, TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., pág. 355.

(82) Sobre la sociedad civil y estas figuras agrarias típicas, nos remitimos a nuestro trabajo *Concepto y tipos de empresa agraria en el Derecho español*, cit., páginas 171 y ss. y 227 y ss.

hacer tanto por la vía judicial ordinaria cuanto por acta notarial de notoriedad, de conformidad con lo que dispone el artículo 32 del Proyecto.

Hay que advertir que, en el cuadro del Derecho común, la aplicación de estos criterios de selección del heredero único excluyen, por la naturaleza fáctica de los mismos, el juego del derecho de representación que establece el artículo 925 del Código Civil a favor de sus descendientes y parientes colaterales hasta el cuarto grado, de la misma manera que la atribución de la explotación indivisa a dicho heredero único impide, probablemente, el derecho de acrecer que regulan los artículos 981 y siguientes del mismo Código (83). Y ello porque esta disciplina de la vocación hereditaria se yuxtapone, como sabemos, a las reglas generales de la sucesión *mortis causa*, lo mismo contractual, testamentaria o legal; de aquí que sea acertado calificar la naturaleza jurídica del acto de adjudicación y selección entre los herederos legítimos, como hace TORRES GARCÍA en relación con el Derecho vigente, de participación contractual acordada por los mismos, dada la analogía que presenta con el artículo 1.058 del Código Civil (84), pero siempre subordinada a los criterios de preferencia que hemos estudiado. Lo que es importante por cuanto por esta vía puramente dogmática se acerca la posibilidad de la intervención judicial por virtud del siguiente artículo 1.059, bien que sujeta, asimismo, a los criterios de adjudicación preferente de la explotación agrícola. Por supuesto que no rige en esta partición la regla de la igualdad *in natura* que consagra el artículo 1.061, sino cuando el caudal relicto permita la atribución íntegra de la explotación al heredero único, o ésta admita división, según vimos, en los términos que establece el artículo 42 del Proyecto; antes bien, la disciplina sucesoria que nos ocupa constituye, en su esencia, un desarrollo de la excepción que contempla el artículo 1.062,1 del Código Civil, según la cual cabe la adjudicación de una cuota indivisible, o que dividida desmerezca, a una sola persona con la carga de pagar el exceso en dinero, carga que se desdobra, en nuestro caso, en el pago de los derechos legitimarios de los excluidos de la titularidad de la explotación, previa valoración de la misma, y en el deber de cuidado de los descendientes menores o incapacitados del *de cuius*, de conformidad con las disposiciones comunes

(83) Para esto, además de las obras generales, MARTÍNEZ CALCERRADA: *La representación en el Derecho sucesorio*, Pamplona, 1966, y ALBALADEJO GARCÍA: «El derecho de acrecer en caso de institución en partes desiguales», en *Estudios De Castro*, I, Madrid, 1976, págs. 1 y ss.; en nuestra literatura menos reciente, la conocida monografía de BELTRÁN DE HEREDIA (P.): *El derecho de acrecer (Negocios 'inter vivos' y 'mortis causa')*, Madrid, 1956.

(84) Así, TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., págs. 356-358.

a las diversas clases de sucesión, *rectius*: vocación hereditaria, que recogen los artículos 33 y siguientes del Proyecto.

10. En cuanto a la valoración de la explotación familiar agraria, dos son las modalidades previstas por el mencionado artículo 33 del Proyecto, el común acuerdo y, en su defecto, el precio de mercado, cuya disciplina parece informada por el Derecho francés (85). En efecto, en el caso de la valoración convencional, los legitimarios y los herederos legítimos apartados de la titularidad de la explotación adquieren un derecho de reembolso, conforme el artículo 34 del texto actual, el cual presupone, de una parte, que la valoración acordada sea inferior al precio de mercado y, de otra, que la explotación sea ulteriormente enajenada, expropiada o abandonada por el adjudicatario o sus sucesores; tiene una duración de quince años a contar, no «desde la sucesión» como dice, de forma inexacta, el precepto, sino desde el momento en que se verifique la liquidación de la herencia, y su *quantum* es la diferencia que resulte entre el precio de mercado y al valor de adjudicación pactado, actualizado al momento de la enajenación, expropiación o abandono. Señalemos, de una parte, que este derecho de reembolso está potenciado por el Proyecto mediante los derechos de tanteo y retracto que, conforme al artículo 44.1, lo complementan, con la notable particularidad de que, si no se ejercitan, desembocan en un derecho de adquisición preferente a favor del Estado de conformidad con lo que dispone el artículo 45; derechos reales de adquisición que en nuestra opinión prevalecen, respecto a la explotación familiar agraria, sobre el retracto de coherederos previsto por el artículo 1.067 del Código Civil. De otra parte, tal derecho de reembolso debe entenderse sin perjuicio de la rescisión de la partición por virtud de la *laessio enormis* que, con carácter excepcional, admite el artículo 1.074 del mismo Código, hipótesis en la que el sucesor en la titularidad de la explotación debe optar entre indemnizar las diferencias o consentir una nueva partición, conforme al artículo 1.077, la que debe practicarse, en todo caso, con arreglo a los criterios de preferencia que hemos examinado. Por último, hay que tener en cuenta que la cuantía del reembolso, igual a la diferencia de las valoraciones, parece excesiva dado que una reducción de la misma podría servir de estímulo para acceder a la titularidad, razón probable por la que una reducción de esta naturaleza se prevé, por cierto, en el supuesto de valoración a precio de mercado, presumiblemente más alta que la convencional. En efecto, en caso de que la valoración se lleve a cabo conforme a este último criterio, determina

(85) Examina esta disciplina MONTOLIO HERNÁNDEZ: *Valoración de la explotación familiar agraria ante el fenómeno particional*, cit., págs. 9 y ss. del texto original, situándola en un marco amplio de Derecho comparado.

el artículo 36 del Proyecto una reducción cuya cuantía puede ser convencional, si se ha fijado en el «acuerdo familiar», o legal, tasada en el tres por ciento del valor de la explotación por cada año de colaboración del sucesor en la titularidad en la misma hasta un máximo de veinte años; la reducción presupone, por consiguiente, que la explotación se ha adjudicado a un colaborador, constituye una especie de premio a la continuidad de su dedicación a la misma y se configura como un elemento componente del salario diferido que ha de sumarse a las otras remuneraciones que dicho acuerdo fije y al derecho de crédito por las aportaciones de capital *ex* artículo 9.1 del Proyecto, que conocemos.

Una y otra modalidad de valoración inciden de una manera diversa en la extensión de las obligaciones que asume el sucesor en la titularidad de la explotación respecto al círculo de personas relacionadas con el causante que ha sido apartado de la misma. Ante todo, el sucesor debe retribuir en dinero, o en alguna otra forma que represente un valor patrimonial, a los colaboradores que continúen con su dedicación a la explotación familiar agraria objeto de la transmisión *mortis causa*; y además, debe prestar alimentos, cumplir el deber de cuidado y atender a la educación de los descendientes del causante menores de edad o incapacitados, de conformidad con el artículo 40 del mismo. Tales alimentos, que entendemos deben ser los alimentos civiles a los que se refiere el artículo 142 del Código Civil, en su nueva redacción, puesto que se trata de descendientes lo mismo de filiación matrimonial que extramatrimonial, son de cargo exclusivo del sucesor en la titularidad de la explotación, si la valoración de la misma se ha practicado de forma convencional, mientras que si se ha hecho con arreglo al precio de mercado, «los demás herederos habrán de contribuir a esta obligación en proporción a su participación en la herencia», como dice el citado artículo 40, si el resto del caudal hereditario excede de la cuarta parte del valor de la explotación calculado conforme a dicho precio. Notemos, de una parte, que estos alimentos tienen por objeto compensar de forma parcial la legítima de los apartados de la sucesión en la titularidad de la explotación sin llegar, como algún autor ha pensado, a sustituirla completamente (88); de otra parte, recuerdan claramente figuras similares de los Derechos forales, tales como los alimentos a

(86) Así, *de lege ferenda*, CASTÁN TOBEÑAS: *Familia y propiedad*, cit., páginas 79 y ss. y 82 y ss.; también, LACRUZ: *La aportación de los Derechos forales españoles a un Derecho sucesorio rural*, cit., pág. 574; en contra, por entender que el problema de las legítimas no consiste tanto en reducir el *quantum* como en la flexibilidad del sistema legitimario, DE LOS MOZOS: *Hacia un Derecho sucesorio agrario*, cit., págs. 538 y ss., y *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., págs. 154-155.

favor de los descendientes que queden sin mediación de persona capaz de heredar en la distribución de la legítima material que consagra el artículo 121 de la Compilación aragonesa, la convivencia y compañía en casa que mencionan los artículos 139 y 146 de la Compilación catalana y las rentas sisas o en saco que regulan los artículos 22, 24 y 26 de la Compilación gallega; en fin, la repercusión de esta obligación de alimentos civiles a los herederos excluidos de la titularidad de la explotación *ex* artículo 40 *in fine*, lo mismo que el juego de los derechos de reembolso a que alude el artículo 34 del Proyecto, ponen de relieve que la disciplina de la valoración privilegia la modalidad convencional de la misma (87). Esto último constituye un acierto, a nuestro modo de ver, por cuanto el precio de mercado, dada la rigidez inherente al mismo, no siempre podrá reflejar con exactitud la realidad de los rendimientos de la explotación, que es el factor determinante, en último término, del valor real de la misma; con toda razón parece que se lo tiene en cuenta en la práctica al realizar la tasación oficial que ordena el vigente artículo 35.4 de la Ley de reforma y desarrollo agrario (88).

11. Sabemos que la disciplina sucesoria que nos ocupa, en cuanto desarrollo de la norma excepcional del artículo 1.062,1 del Código Civil, según dijimos, aplica, en tema de legítimas, un mecanismo semejante al que contempla el artículo 1.056,2 del mismo Código al objeto de mantener en la transmisión *mortis causa* la explotación indivisa; por eso, la primera y principal obligación del sucesor en la titularidad de la explotación familiar agraria es, conforme al artículo 37 del Proyecto, «efectuar el pago del haber hereditario de sus coherederos», señaladamente las legítimas de los apartados de dicha titularidad; tal pago puede, además, aplazarse hasta diez años, contados, no desde que se verifique la liquidación, sino, como dice la misma disposición, desde la apertura de la sucesión, momento que marca, pues, la cuantía, caso en el que devenga el interés legal, y, si es preciso, puede hacerse con dinero extrahereditario, de acuerdo con el artículo 39; respecto a las legítimas, en fin, se reducen, como sabemos, según el artículo 38, «a la cuantía mínima que señale la legislación civil», si los bienes relictos ajenos a la explotación no existen o son insuficientes para cubrirlas en su totalidad. Son éstos los únicos datos que nos ofrece el Proyecto en cuanto

(87) En este sentido, MONTOLIO HERNÁNDEZ: *Valoración de la explotación familiar agraria ante el fenómeno particional*, cit., pág. 11, dice que la norma del artículo 33 del Proyecto «nos descubre que la vocación del proyecto es la de potenciar una valoración inferior a la de mercado —máxima entre las que pudieran pensarse— siempre, eso sí, que medie conformidad de los interesados».

(88) Así, RUBIO ROFFIGNAC: «Notas sobre la sucesión en las explotaciones del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario», comunicación presentada a las *III Jornadas* antes mencionadas, pendiente de publicación, pág. 19 del texto original.

al sistema legitimario, el que trastoca, igual que la legislación agraria en vigor, los principios generales del Derecho común; no podemos examinar aquí, ciertamente, todas las cuestiones que este sistema suscita, de modo que nos vamos a referir a la naturaleza jurídica de la legítima de los descendientes del causante conmutada en dinero, a la reducción de su aspecto cuantitativo y a la garantía que asegura el pago de la misma.

En cuanto a la naturaleza jurídica, recordemos que en el Código Civil, con ser la legítima una *pars bonorum*, se admite con carácter de excepción el pago de la misma en metálico, en lo que aquí nos interesa, en los supuestos de mejora en cosa cierta y determinada y de partición hecha por el testador que contemplan los artículos 829 y 1.056,2, que hemos mencionado antes, precisamente los supuestos que permiten, entre otros, la conservación de la unidad de la explotación en el tránsito sucesorio (89). En estos casos, como se sabe, la legítima cambia de naturaleza y se transforma en una *pars valoris bonorum*, pero no en el sentido que quiere ROCA SASTRE de un valor pecuniario asegurado con una garantía de trascendencia real, y que recogen los artículos 122 y 140 de la Compilación de Cataluña (90), sino que, como dice VALLET DE GOYTISOLO, que ha estudiado profundamente el tema entre nosotros, responde a la idea de una «*pars valoris*, en cuanto al contenido a que los legitimarios tienen derecho, pero su satisfacción está garantizada por la 'reserva' de la *pars bonorum* que primigeniamente les estaba asignada y de la cual aquélla es traducción dineraria»; se caracteriza, a juicio de este autorizado autor, por ser, pues, una *pars valoris*, que no

(89) Vid., para el primero de estos preceptos, LÓPEZ JACOISTE: *La mejora en cosa determinada*, cit., págs. 253 y ss.; DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil*, cit., págs. 914 y ss., y, últimamente, VALLET DE GOYTISOLO: *Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil*, cit., págs. 72 y ss., y en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XI, cit., sub artículo 829, págs. 342 y ss.; para el segundo, DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Op. cit.*, págs. 941 y ss.; FOSAR BENLLOCH: *La explotación agrícola y el párrafo 2.º del artículo 1.506 del Código Civil*, cit., págs. 381 y siguientes, y el propio VALLET DE GOYTISOLO: *Op. cit.*, págs. 87 y ss. Sobre la virtualidad de estos preceptos para conservar la integridad de la explotación en la transmisión *mortis causa* ha llamado la atención constantemente DE LOS MOZOS ya en *El mantenimiento de la unidad de la empresa agrícola en la transmisión 'mortis causa'*, cit., págs. 300 y ss.; *Hacia un Derecho sucesorio agrario*, cit., págs. 552 y siguientes, y *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., págs. 109 y ss.

(90) Así, ROCA SASTRE: «Naturaleza jurídica de la legítima», en *RDP*, 1944, páginas 202 y ss.; PUIG BRUTAU: *La legítima*, en ROCA SASTRE: *Estudios*, II, cit., páginas 152 y ss.; CONDOMINES VALLS y FAUS ESTEVE: *Derecho civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1960, págs. 170 y ss., y los trabajos reunidos en el volumen *Estudios sobre la legítima catalana. Cátedra Durán i Bas*, Barcelona, 1973, en el que destaca el de VALLET DE GOYTISOLO: *Contenido cualitativo de las legítimas en Cataluña antes y después de la Compilación*, págs. 81 y ss., con abundante bibliografía sobre la naturaleza y características de esta legítima.

es un mero crédito sino una especie de deuda de valor; por derivar de un acto dispositivo, y no meramente particional; por tener como título el de legado, de modo que el legitimario pagado en dinero es un legatario con todas las consecuencias que ello implica y, en cuanto tal legatario, es acreedor de un legado parciario que debe ser satisfecho en dinero, tiene facultad para instar la testamentaria, aun cuando esto se ha discutido, y es al propio tiempo un comunero del activo líquido de la herencia, si bien la comunidad hereditaria está, dada la compensación en dinero, en situación de latencia; en fin, por estar garantizada por la reserva de la *pars bonorum* que, en cuanto tal legitimario, potencialmente le corresponde (91). Notemos, ante todo, que la legítima que nos ocupa no es, como lo ha puesto de relieve TORRES GARCÍA al estudiar la sucesión en la titularidad de la explotación familiar *ex* artículo 35 de la Ley de reforma y desarrollo agrario, una *pars bonorum*, ya que, por una parte, no consiste ciertamente en una porción de bienes de la herencia y, de otra, está asegurada expresamente por una garantía de tipo real (92), la que no aparece de forma explícita, como sabemos, en el texto actual del Proyecto; antes bien, todas las características de la *pars valoris bonorum* que hemos mencionado sucintamente se pueden trasladar a la legítima de los descendientes excluidos de la titularidad de la explotación familiar agraria y conmutada en dinero, sobre todo porque la norma del artículo 39 precitado no es de *ius cogens*, en el sentido de que no impone el pago en metálico al sucesor sino que lo autoriza solamente, bien que desde otro punto de vista, como lo ha hecho notar GONZÁLEZ PALOMINO hace años, «el heredero no está autorizado para el pago, sino obligado a hacerlo», una vez que acepta la titularidad que se le ofrece (93); analogía que es tanto más necesario resaltar cuanto que la garantía que asegura el pago de la legítima, si bien no está derogada, como sabemos, ha desaparecido del Proyecto en

(91) En tal sentido, en efecto, VALLET DE GOYTISOLO: *Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil*, cit., pág. 115, literalmente, y 112 y ss., para los caracteres distintivos de la legítima conmutada en dinero; también, *Las legítimas*, I, cit., págs. 265 y ss., y esquemáticamente en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XI, cit., loc. cit.

(92) Vid. TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., pág. 361.

(93) Se trata de la conocida y acertada advertencia de GONZÁLEZ PALOMINO: «Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio. II. El acrecimiento en la mejora», en AAMN. 1950, págs. 517 y ss., literalmente 562, en nota, en contra de la «foralización rata y no consumada, por impotencia», de la legítima del Derecho común por la catalana, cuyo intento imputa el autor a ROCA SASTRE: *Naturaleza jurídica de la legítima*, cit., págs. 185 y ss., trabajo este último que tiene este expresivo subtítulo: *Teoría de la 'debita pars valoris bonorum'*. La observación mencionada en el texto es compartida por autores tales como PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, V-3, pág. 527, y VALLET DE GOYTISOLO: *Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil*, cit., pág. 93, pero ambos la refieren a la *op. cit.*, pág. 547, inexactamente.

su versión actual. Bien entendido que se trata de una analogía y no de una identidad; así, un matiz distinto que destaca es que la legítima que configura el texto que estudiamos, aunque es una *pars valoris*, no se actualiza momento a momento como es característico de las deudas de valor sino que, según vimos, su medida queda fijada a la apertura de la sucesión y su revalorización se verifica de acuerdo con un módulo también fijo, tasado, según el artículo 37 antes citado, en el interés legal, es decir, conforme con el mismo esquema de la *mora debitoris* que, en materia de obligaciones consistentes en una cantidad de dinero, sanciona el artículo 1.108 del Código Civil (94).

Por lo que se refiere a la reducción del *quantum* de la legítima, hay que decir que procede en la medida en que los bienes hereditarios distintos de la explotación familiar agraria sean insuficientes y, como sabemos, a la «cuantía mínima» que en cada caso corresponda según el Derecho civil aplicable por razón del territorio; en el Derecho común, tal cuantía mínima es la legítima estricta que marca el artículo 808 y concordantes del Código Civil, tal como lo establece de forma literal el actual artículo 35.4 de la Ley de reforma y desarrollo agrario que, según vimos, el Proyecto no deroga, la que alcanza colectivamente a un tercio del activo relicto, decrece a un cuarto en los Derechos romanizados de Cataluña y Baleares de conformidad con los artículos 129 y 41 de la respectiva Compilación, y puede llegar a ser puramente simbólica por la técnica de la distribución y atribución de la legítima individual de acuerdo con los artículos 119 de la Compilación de Ara-

(94) Los principales defensores de la legítima como cuota de valor entre nosotros son, como se sabe, ROCA SASTRE: *Naturaleza jurídica de la legítima*, cit., págs. 202 y ss., y GARCÍA VALDECASAS: «La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor», en *RDP*, 1963, págs. 957 y ss., postura que es discutida extensa y documentadamente por VALLET DE GOYTISOLO: *Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil*, cit., págs. 56 y ss. y 87 y ss., quien llega a la conclusión de que la legítima conmutada en dinero consiste cualitativamente en una *pars valoris*, pero está asegurada por la *pars bonorum* que materializa, en último término, a toda legítima en el Derecho común, puesto que el legitimario a quien se conmuta su derecho en dinero integra, como todo legitimario en dicho sistema, la comunidad hereditaria, según veremos en seguida; de momento, destaquemos que esta postura es similar a la mantenida por GONZÁLEZ PALOMINO: *Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio*, cit., págs. 560-561, donde puntualiza los cinco axiomas «que existen en Castilla» y que están en la base del régimen sucesorio del Código Civil, y es la que predomina en la doctrina; así, PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, V-3, págs. 11 y ss., especialmente 31, siguiendo al propio ROCA SASTRE: *Notas*, citado, pág. 283, y LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, II, págs. 16 y ss., especialmente 28-29, por todos. En fin, para las deudas de valor, en general, nos remitimos a nuestro estudio relativo a los «Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español», en *RCDI*, 1980, págs. 41 y ss., y con una extensión mayor en *Sobre la estructura de la obligación*, cit., págs. 137 y ss., especialmente 152 y ss. y 177 y ss., y ante la *mora solvendi*, 164-167.

gón, 23 y 62 de la de Vizcaya y Alava y ley 267 de la de Navarra (95). Si tiene algún significado la nueva redacción del precepto adoptada por el Proyecto, quiere decir, a nuestro modo de ver, que la reducción tiene una medida variable que no necesariamente desciende hasta la legítima estricta, sino hasta donde sea preciso para que la explotación quede íntegra, en sede de partición, en el lote que se adjudique al sucesor en la titularidad de la misma. Si esto es así, quiere decir, también, que el Proyecto no hace una atribución *ex lege* de una mejora presunta, como deduce DE LOS MOZOS, con razón, en relación con la legislación vigente por analogía con el derecho de labrar y poseer en los términos del artículo 84 de la Compilación de Galicia, sino que la atribución de la explotación al favorecido puede imputarse lo mismo a título de legítima estricta, de legítima larga o de libre disposición, lo que depende, en definitiva, de la magnitud del caudal hereditario sin contar la explotación; aunque ésta es, de cara al sucesor en la titularidad, una verdadera *pars hereditatis*, no constituye, por esta misma razón, una delación legal de una *pars reservata* a su favor, como en ocasiones se ha afirmado (96). Y quiere decir, por último, que la cuantía de las legítimas individuales conmutadas en dinero puede aumentar por el juego de la computación, imputación y colación de donaciones previsto, para el Derecho común, por los artículos 818 y 819 del Código Civil, las que pueden haber favorecido probablemente al sucesor en la titularidad de la explotación que ha colaborado con el *de cuius* en la misma (97).

En relación con la garantía que asegura el pago de la legítima conmutada en metálico, digamos, ante todo, que en el supuesto de preterición impropia por omisión de un legitimario en el acto particional, tal acto no se rescinde sino que debe el sucesor en la titularidad de la explotación, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1.080 del Código Civil, complementar la legítima omitida; asimismo, tiene razón TORRES

(95) Para el aspecto cuantitativo de la legítima colectiva e individual, y las variaciones que presenta en nuestro Derecho. *vid.* VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, I, cit., págs. 389 y ss.

(96) Así, DE LOS MOZOS: *Hacia un Derecho sucesorio agrario*, cit., pág. 548: «Caso en el que podríamos hablar de una *asignación legal* de la mejora», idea a la que alude en *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., pág. 96; asimismo, LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, II, pág. 377, siguiendo a SAPENA: *En torno a la Ley del patrimonio familiar*, cit., págs. 723 y ss.; desarrolla esta idea TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., págs. 364-365. En cambio, mantiene la segunda opinión mencionada en el texto LUNA SERRANO: *Régimen de tierras en la Ley de reforma y desarrollo agrario*, cit., págs. 145-146.

(97) Para la determinación del *relictum* líquido y la computación del *donatum*, a que nos referimos en el texto, *vid.* VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, I, citado, págs. 391 y ss. y 453 y ss., y II, págs. 850 y ss.; para la computación y colación de donaciones, *Apuntes de Derecho sucesorio*, cit., págs. 305 y ss.; también, DE LOS MOZOS: *La colación*, Madrid, 1965, especialmente págs. 123 y ss.

GARCÍA al entender que, si el legitimario no ha consentido dicho acto, no hay, en rigor, partición y puede el preterido impugnarla hasta tanto no se le pague la legítima, mientras que, si lo ha consentido, hay partición eficaz e inimpugnable, aunque el pago de la legítima se haya aplazado a un acto posterior (98), conclusión que resulta reforzada por el artículo 37 del Proyecto, el cual permite, como sabemos, posponer el pago de la legítima hasta diez años, supuesto, claro está, el consentimiento del favorecido y el o los legitimarios. En caso de incumplimiento de la obligación contraída por el sucesor en la titularidad de la explotación, estima acertadamente VALLET DE GOYTISOLO, en el campo del Derecho común, que la adjudicación a su favor caduca, pues, la obligación de pagar las legítimas constituye, a su juicio, un «*modus testamentario*, expreso o implícitamente presupuesto por la ley, que grava al asignatario», el que no suspende los efectos de la adjudicación sino que debe cumplirse una vez realizada, pudiendo el legitimario, en base al artículo 797 del Código Civil, pedir al sucesor el cumplimiento o, alternativamente, la revocación de la misma; en fin, señala el mismo autor que el legitimario puede, además, ejercitar la *actio familiae erciscundae* y, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1.062,2 del mismo Código, exigir la subasta pública del bien adjudicado (99). *Modus* que está implícito, pues, en el citado artículo 37 y *actio* que no aparece modificada por el Proyecto y que, dada la analogía que sabemos existe entre el supuesto que examinamos y los artículos 829 y 1.056,2 del Código Civil, entendemos que es perfectamente aplicable al mismo, aunque esto contradiga la finalidad perseguida por el Proyecto, pues una de dos: o el sucesor en la titularidad de la explotación familiar agraria carece de la diligencia media que le es exigible para cumplir sus obligaciones o la explotación no produce los rendimientos suficientes para afrontarlas, y ambos casos no parecen merecedores de este tipo de protección (100). Notemos, por otra parte, que si bien el artículo 37 mencio-

(98) Así, TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., págs. 370-371.

(99) Vid. VALLET DE GOYTISOLO: *Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil*, cit., págs. 109-110.

(100) Bien advierte esto último DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., pág. 156, argumentando en contra de la reducción del *quantum* legitimario así: «Si se afirma que, en muchos casos, la explotación no dará para más (para pagar las legítimas de los legitimarios apartados de la titularidad), habrá que reconocer que no tiene mucho sentido el proteger la conservación de una explotación improductiva a la que quedaría atado el sucesor con la sobrecarga, más de una vez, de la subsistencia de otros descendientes». Para el problema de la garantía de la legítima conmutada en dinero en los supuestos análogos mencionados, respectivamente, LÓPEZ JACOISTE: *La mejora en cosa determinada*, cit., págs. 214 y ss., y DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Estudio sobre el pago con*

nado permite aplazar el pago de las legítimas, no parece autorizar el fraccionamiento de las mismas, y que el Proyecto no prevé, a diferencia del artículo 35,6 de la Ley de reforma y desarrollo agrario, un sistema especial de créditos tendente a facilitar al sucesor en la titularidad de la explotación familiar agraria el pago de tales legítimas, omisión que contrasta con las tendencias que, como sabemos, prevalecen en el Derecho comparado y, señaladamente, con el Derecho francés, que exige al sucesor el pago de la mitad tan solo del haber hereditario de los coherederos dentro de diez años, y con el Derecho italiano, que establece, además, preferencia para la obtención de créditos con la finalidad indicada (101). En fin, asegura el pago de la legítima conmutada en metálico, por analogía con el artículo 839,2 del Código Civil, la afección de la explotación *ex* artículo 35,5 de la Ley aludida, que el Proyecto mantiene, como sabemos, por la vía indirecta de no incluir este precepto en la Disposición derogatoria, bien que resulta en parte modificado. En efecto, entiende TORRES GARCÍA, con acierto, que esta afección tiene en el texto original una doble proyección, a saber: que se paguen las legítimas en dinero hereditario o extrahereditario, perteneciente o no al adjudicatario, y que el pago tenga lugar en el momento de la partición; finalidad esta última que desaparece del Proyecto por cuanto el artículo 37 permite, según sabemos, aplazar hasta diez años el pago total de las mismas. Con todo, se trata en el texto actual, en lo fundamental, de una afección real que, de una parte, sujeta la explotación familiar agraria al pago de las legítimas de los no adjudicatarios y, de otra, obtiene plena eficacia y publicidad registral una vez que el título adquisitivo del sucesor en la titularidad de la misma acceda al Registro (102). Así resulta, en efecto, del mencionado artículo 35,5, a cuyo tenor: «Los bienes quedarán afectos al pago de las cantidades que deban ser abonadas en compensación del exceso por el adjudicatario, y si en el documento particional no se acreditara haber sido satisfechas, se hará constar la afección, por nota marginal, en el Registro

metálico de la legítima en el Código Civil, cit., págs. 861 y ss., en línea con la orientación que seguimos más adelante en el texto.

(101) *Vid* para esto las referencias aludidas *sub* núm. 3 *supra*. Cuando el sucesor en la titularidad de la explotación familiar agraria sea un joven agricultor *ex* artículo 59 del Proyecto puede obtener auxilios y ayudas oficiales, que puede destinar al pago de las legítimas que adeuda, sólo en la medida en que dicho pago le permite acceder a la propiedad de la explotación, con arreglo a la letra *a* del mencionado precepto, pues no parecen aplicables a este caso las ayudas previstas por el artículo 60 del mismo, lo que se compagina mal con el régimen sucesorio uniforme e igual para cualquier titularidad de la explotación que examinamos.

(102) Así, TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., págs. 371 y 370.

de la Propiedad»; esto es, una mención de las legítimas que no han sido pagadas al momento de la partición en la inscripción de los inmuebles hereditarios y un gravamen del mismo expresado por nota marginal son los dos medios de garantía que aseguran el pago de las legítimas conmutadas en dinero y adeudadas por el sucesor en la titularidad de la explotación, con arreglo a la misma técnica, aunque con matices distintos, que establece, con carácter general, el artículo 15 de la Ley Hipotecaria, en sus apartados 1.º y 2.º, cuyo examen excede ciertamente el propósito de nuestro estudio (103). Cabe apuntar, sin embargo, que se trata de una garantía que ofrece una configuración muy especial toda vez que está revestida de una eficacia a la vez negativa y temporal; negativa porque produce efectos sólo respecto a los terceros hipotecarios *ex* artículo 34 de la última Ley citada, según determina el artículo 86 del Reglamento Hipotecario; y temporal porque caduca al cabo de cinco años de conformidad con la norma del artículo 35,5 que hemos transcrito. Bien es verdad que, en el Derecho común, esta eficacia se puede prolongar, como lo ha puesto de relieve ROCA SASTRE, hasta un término que puede llegar hasta veinte años por medio de la nota marginal que concreta la garantía respecto a inmuebles hereditarios determinados, pues lo que caduca a los cinco años, de acuerdo con el apartado 5.º, letra *a*, del artículo 15, es la mención de las legítimas en el cuerpo del asiento de inscripción principal, conforme con la técnica prevista por la letra *b* del mencionado apartado 5.º (104). Esta prórroga, no obstante, no se puede mantener, como lo ha hecho notar TORRES GARCÍA, frente al claro tenor literal del artículo 35,5 de la Ley de reforma y desarrollo agrario que consagra, como vimos, la caducidad lo mismo de la mención en el asiento de inscripción que de la nota marginal a los cinco años contados desde la fecha de ambas (105), de

(103) Para esto, DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil*, cit., págs. 878 y ss.; FOSAR BENLOCH: *La explotación agrícola y el párrafo 2.º del artículo 1.056 del Código Civil*, cit., págs. 418 y ss.; TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., págs. 372 y ss. Entre las obras generales, PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, V-3, págs. 682 y ss., y LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, II, págs. 137-139; desde la perspectiva del Derecho registral, ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, III, cit., págs. 887 y ss., y, últimamente, Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1978, pág. 423; no se refieren a la expresión registral de las legítimas de forma expresa LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1977.

(104) Así, ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, III, cit., págs. 906 y ss. y 913 y ss.

(105) En tal sentido, TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., pág. 375, autora que concluye acertadamente, con respecto al Derecho actualmente en vigor, que: «Por ello, pasados esos cinco años frente al que adquiere la explotación agrícola familiar con los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el legitimario no adjudicatario no podrá hacer valer su derecho, aun a pesar

modo que la afección real se extingue de forma definitiva y no se extiende al resto del plazo que autoriza, hasta diez años, el artículo 37 del Proyecto. Pero esto no quiere decir que los legitimarios queden desprotegidos durante este último tiempo, pues, entre las partes, los legitimarios pueden exigir el pago de las legítimas al sucesor en la titularidad de la explotación por el juego del *modus* y de la *actio familiae erciscundae* que conocemos, y hasta que este último satisfaga íntegros los derechos de aquéllos, ya que el Proyecto no autoriza otra reducción que la prevista, como sabemos, por el artículo 38, y además tienen a su favor los derechos de tanteo y de retracto que, por un plazo de quince años, les reconocen los artículos 44 y 34 del Proyecto, los que desempeñan, desde este punto de vista, una indudable función de garantía que asegura el pago de las legítimas, lo mismo ante el sucesor que frente a terceros adquirentes de la explotación, debiendo deducirse del precio del retracto la cuantía de las legítimas total o parcialmente insatisfechas al momento de la enajenación, expropiación o abandono. Problemática es, en fin, la naturaleza jurídica de la afección real que nos ocupa. Según el *status quaestionis* en el Derecho común, hay que decir, ante todo, que no se trata de una hipoteca unilateral tácita, como quiere ROCA SASTRE, pero no PUIG BRUTAU, ni de una hipoteca solidaria, como estima FOSAR BENLLOCH, pues carece de una acción real semejante a la que contempla el artículo 140 de la Compilación catalana (106); no hay, en rigor, hipoteca ninguna, ya que, según observa DE LA CÁMARA, «no existen términos hábiles para construir en el Có-

de que el legitimario mientras conserva la acción para reclamar su legítima puede dirigirse al adjudicatario para ser satisfecho en ella»; pero el texto que nos ocupa potencia la posición jurídica de los legitimarios no adjudicatarios de la explotación con el juego de los derechos de tanteo y de retracto los que les protegen, como sabemos, contra la enajenación gratuita u onerosa de la explotación familiar agraria por el sucesor en la titularidad de la misma, tanto voluntaria como forzosa

(106) Vid ROCA SASTRE: *Naturaleza jurídica de la legítima*, cit., págs. 203 y 208, y *Derecho hipotecario*, III. cit., pág. 902: «Se tratará en el fondo —dice— de una especie de hipoteca constituida unilateralmente, pero inscrita por medio de nota marginal a favor de los legitimarios respectivos»; PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, V-3, página 671, aunque no califica la naturaleza jurídica del gravamen que constituye la legítima, entiende que no impide la inscripción a favor del heredero único, porque, en este caso, «el legitimario no tiene derecho a una parte de los bienes de la herencia, por lo que el heredero no se halla en situación de condominio con los legitimarios en cuanto a los bienes que formen el activo líquido de la herencia»; FOSAR BENLLOCH: *La explotación agrícola y el párrafo 2.º del artículo 1.056 del Código Civil*, cit., pág. 415, aunque precisa, en pág. 416, que prefiere «una hipoteca que podríamos llamar conjunta», la que, según explica en pág. 414, «actúa como una carga real». Para la acción real aludida en el texto, O'CALLAGHAN MUÑOZ: «La acción procesal del legitimario en el Derecho civil catalán de reclamación de legítima, antes de la aceptación por el heredero», en *Estudios sobre la legítima catalana*, loc. cit.

digo Civil, ni siquiera en la hipótesis del artículo 1.056,2, u otros similares, el derecho de los legitimarios como derecho de realización de valor», lo que es evidente, por otra parte, en el texto del Proyecto que no sólo no contiene una norma semejante al artículo 42,2 de la Ley de reforma y desarrollo agrario que, en tema de patrimonios familiares, establecía expresamente una hipoteca legal, sino que además la deroga (107). Se trata más bien, como estima LÓPEZ JACOISTE ante el supuesto del artículo 829 del Código Civil, de una «última obligación *propter rem*», de la que «sólo se liberará el mejorado renunciando a la percepción de la cosa como entidad señalada exclusivamente a su favor», obligación real destinada a materializar la reserva legal de una porción de bienes que el artículo 806 del Código Civil asegura, de forma actual o virtual, a todo legitimario, como afirma acertadamente VALLET DE GOYTISOLO al escribir que «la afección real de la reserva del artículo 806 presupone, aún en los casos que deban abonarse en metálico las demás legítimas, que la eficacia real del *modus*, que grava al asignatario de la explotación o de la cosa objeto de la mejora o el legado, puede mantenerse incluso respecto de terceros adquirentes registrales por el juego de la mención prevista en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria» (108), lo que resulta reforzado, en nuestro caso, como sabemos, por los derechos de tanteo y de retracto *ex* artículo 44 del Proyecto. En particular, aunque no creemos que la afección real que diseña de forma indirecta el texto prelegislativo que nos ocupa sea de signo iuspublicista, pensamos que sí puede ser considerada, como hace TORRES GARCÍA, «como un derecho real de garantía en cuanto que tiene las notas características de estos derechos, pues se dirige directamente a la cosa —la explotación agrícola familiar, en nuestro caso, la explotación familiar agraria— y es oponible *erga omnes*, incluido el adjudicatario titular de la explotación»: no hay razón, sin embargo, para entender que este derecho real «no es de garantía al modo civil» habida cuenta que no se traduce, en efecto, en una facultad de realización de valor, puesto que hay otros derechos reales de garantía, o de índole diversa que desempeñan idéntica función, que carecen de ella. *v. gr.*: los aludidos derechos de tanteo y de retracto, el pacto de retro,

(107) En tal sentido, DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil*, cit., pág. 876, literalmente. La norma del artículo 42.2 referida en el texto procede del artículo 16.4 de la Ley de patrimonios familiares de 1953, que ha examinado LUNA SERRANO: *La transmisión 'mortis causa' de las fincas rústicas adjudicadas por el Instituto Nacional de Colonización*, cit., páginas 535-536, últimamente.

(108) Como en el texto, en efecto, LÓPEZ JACOISTE: *La mejora en cosa determinada*, cit., pág. 219, y VALLET DE GOYTISOLO: *Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil*, cit., pág. 110.

la *fiducia cum creditore* o, incluso, el derecho de retención (109). En definitiva, desde el punto de vista del legitimario, se trata, por consiguiente, de un derecho real que cumple una función de garantía en orden a asegurar el pago de las legítimas conmutadas en metálico, o la parte impagada de las mismas, y que tiene una forma peculiar de hacerse efectivo ante el sucesor en la titularidad de la explotación, y efectos frente a terceros, en los términos que hemos visto; desde el ángulo del adjudicatario de la explotación, presenta todas las características propias de una obligación real, según las ha precisado DE LOS MOZOS entre nosotros, a saber: «a) Se trata de una *relación obligacional*, que se caracteriza por su *vinculación con una cosa*. No puede existir por tanto fuera de las relaciones de derecho real. b) El nacimiento, la transmisión y la extinción de la obligación real, sigue al derecho real con una vinculación de *accesoriedad*. c) La obligación real forma parte del *contenido* del derecho real y su *eficacia* frente a los sucesores singulares del deudor, confiere estabilidad, con su dinámica, al contenido del derecho. Por eso, la publicidad registral tiene una función que cumplir cuando no se trata de obligaciones legales de naturaleza imperativa» (110). Y el derecho adquirido *mortis causa* por el sucesor en la titularidad de la explotación familiar agraria es de carácter real, incluso cuando se trate de una explotación arrendada, y la obligación de pagar las legítimas está vinculada *ex voluntate* a la titularidad que asume como un elemento inmaterial y accesorio a la explotación, y circula con ella, al par que modaliza el contenido del derecho sobre la misma, es oponible a terceros, como sabemos, y tiene acceso, asimismo, al Registro de la Propiedad.

12. Distinta es la configuración de la legítima del cónyuge viudo que establece el artículo 17 del Proyecto, cuyo contenido material consiste, como sabemos, en un derecho de usufructo vitalicio sobre la explotación familiar agraria, el que conlleva la obligación de sostenimiento de la familia, se extingue por incumplimiento de la misma y por contraer el viudo nuevas nupcias, atribución que puede ser dejada sin efecto por pacto sucesorio o testamento. La institución presenta analogías con los derechos del cónyuge viudo que regulan los artículos 834 y siguientes del Código Civil y con los usufructos viduales *ab*

(109) *Vid.* TORRES GARCÍA: *La explotación agrícola familiar*, cit., págs. 372 y 376.

(110) Así, DE LOS MOZOS: «La obligación real, aproximación a su concepto», en *Estudios Roca Sastre*, III, cit. págs. 331 y ss., literalmente 355; para su distinción de las obligaciones *propter rem*, cargas reales y otras figuras afines, 342 y siguientes; también, Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, citado, págs. 51 y ss., con matizaciones algo diversas.

intestato que contemplan los artículos 250 de la Compilación catalana, 45 de la balear y 34 de la vizcaína, y guarda estrecho paralelismo con el derecho de viudedad y con el usufructo de fidelidad que regulan, respectivamente, los artículos 72 a 88 de la Compilación aragonesa y las leyes 253 a 266 de la navarra (111). Resaltamos que el Proyecto no exige que el cónyuge supérstite posea la cualidad de colaborador de la explotación relicta ni que exista una convivencia efectiva con el causante, por lo menos, a la fecha de su muerte (112), a lo que se debe, probablemente, que éste pueda no instituir el usufructo viudal. Su naturaleza no es, por consiguiente, la de una legítima que limite la libertad de testar ni, como en el Derecho común, una reserva *ex lege* a favor del cónyuge viudo (113); si el *de cuius* lo instituye, se trata de una institución a título particular que se rige, con carácter supletorio, por las reglas que, en tema de legado de cosa cierta y determinada de propiedad del testador, fija el artículo 881 del Código Civil, o, en su caso, por las de los Derechos territoriales que no sean incompatibles con las del mencionado artículo 17. Se fundamenta, igual que los usufructos de regencia de Aragón y Navarra, que hemos aludido, en la función meramente familiar que es inherente a los mismos, de justificación algo forzada en el cuadro de la disciplina que hemos examinado, si no se lo entrelaza con la fiducia sucesoria manifestada, principalmente, en el testamento por comisario (114), tal como lo hace, según vimos, el artículo 29 del Proyecto. Por eso, el usufructo viudal vitalicio a que nos referimos es conmutable en una renta de igual duración o en dinero, de conformidad con lo que dispone el artículo 839 del Código Civil; en lugar del acuerdo de los coherederos que esta disposición exige, hay que entender aquí, sin embargo, que la facultad de con-

(111) Para esto, VALLET DE GOYTISOLO: «Contenido cualitativo de la legítima viudal del Código Civil», en *RDP*, 1970, págs. 101 y ss., y en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XI, cit., sub artículos 834 y ss., págs. 408 y siguientes; para los Derechos forales, *Las legítimas*, I, cit., págs. 307 y ss.; LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Derecho de sucesiones*, II, cit., págs. 199 y ss. y 211 y siguientes; CASTÁN TOBEÑAS-DE LOS MOZOS: *Op. cit.*, VI-3, pág. 224 y ss., 245 y siguientes, 256 y ss. y 261.

(112) Lo mismo que pasa en el Derecho vigente; ha llamado la atención sobre la inexistencia del requisito de convivencia y de subsistencia del matrimonio, LUNA SERRANO: *Régimen de tierras en la Ley de reforma y desarrollo agrario*, cit., página 143, en relación con el artículo 32.1 de la misma, lo que mantiene, como vemos, el Proyecto, mientras el supérstite no contraiga nuevas nupcias.

(113) En este sentido, el propio VALLET DE GOYTISOLO, obras y lugares citados en la nota 111 *supra*; asimismo, PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, V-3, págs. 13 y 93 y ss., y LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Derecho de sucesiones*, II, cit., págs. 84 y ss., especialmente 86-88.

(114) Así, DE LOS MOZOS: *Propiedad, herencia y división de la explotación agrícola*, cit., págs. 205-207.

mutar corresponde exclusivamente al sucesor en la titularidad de la explotación y que, por no ser una verdadera reserva legal a favor del cónyuge viudo, no afecta con carácter real a la misma (115). Lo que es coherente con la supresión de la legítima del cónyuge viudo que, en último término, parece proclamar el Proyecto.

CARLOS VALTIER FUENZALIDA,
Profesor adjunto de Derecho civil

(115) Para esto, DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil*, cit., págs. 970 y ss., y VALLET DE GOYTISOLO: *Contenido cualitativo de la legítima viudal del Código Civil*, cit., págs. 107 y ss., especialmente 117; en particular, MEZQUITA DEL CACHO: «Conmutación del usufructo viudal común (Análisis del artículo 839 del Código Civil)», en *RDN*, 1957, páginas 241 y ss., y «La cuota viudal tras la reforma (Nota crítica)», en *RGLJ*, 1959, páginas 107 y ss., y GULLÓN BALLESTEROS: «El párrafo tercero del artículo 820 del Código Civil», en *ADC*, 1961, págs. 888 y ss., y «La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo», en *Ibidem*, 1964, págs. 583 y ss.

ESTUDIOS
DE
DERECHO EXTRANJERO

Ideas en torno a una Ley australiana de Propiedad Horizontal

A fuerza de manejar diariamente problemas de propiedad horizontal en nuestras oficinas registrales, especialmente en las de poblaciones importantes, en las que toda la propiedad inmueble es de naturaleza urbana, y de familiarizarnos con los supuestos de hecho y con los escasos preceptos de nuestra Ley de 1960, acaso hayamos podido llegar a pensar que no hay otra manera de resolver estas complicadas situaciones. Como ello no es así, y todos somos conscientes de ello, nos ha parecido conveniente examinar y comentar de Ley de Strata Titles del Estado de Victoria del año 1967, en Australia, con la intención de hacer llegar a los estudiosos, otros enfoques y otras actitudes ante los problemas que presentan los edificios divididos en pisos o locales propiedad de distintas personas, encuadrados, claro es, dentro de un sistema registral distinto al nuestro, como es el sistema Torrens.

Como especialidades del régimen jurídico que vamos a presentar, cabría subrayar la constitución *ex lege* y por tiempo indefinido en cada edificio de una sociedad, no mercantil sino civil, integrada por los propietarios de los pisos y locales que lo componen dotada de personalidad jurídica propia. La experiencia ha demostrado sobradamente que el consentimiento de todos y cada uno de los comuneros es muy difícil de conseguir, especialmente en aquellas comunidades de cierta envergadura económica. Por ello el legislador australiano ha ordenado la constitución de una sociedad en el momento mismo de la inscripción del régimen jurídico del edificio. Es de una sociedad creada por imperativo legal con la única finalidad de manejar y gestionar los problemas derivados de la conservación y mantenimiento de los edificios. Sus socios son los dueños de los pisos y locales y no personas ajenas a los mismos. Un comité es su órgano de administración y representación, que deberá llevar una contabilidad elemental de la vida económica del edificio.

El piso o local recibe en la Ley la denominación de «unit». Este

término de unidad o estrato, procedente de la voz latina *stratum-i*, que traducimos con AVELLANA por cualquier cosa extendida sobre otra, es utilizado por el legislador para dar nombre a la Ley Strata Titles Act.

La unidad es un espacio de cualquier forma sobre la superficie del suelo concretada horizontal y verticalmente. La unidad puede llevar incorporada en calidad de anejo un elemento accesorio como un jardín, un garaje, una plaza de aparcamiento al aire libre, un trastero, un lavadero, una piscina, una escalera..., etc.

Por «common property» se considera el solar no ocupado por las edificaciones, descrito ya en la leyenda de los planos o ya de otra manera y conceptualizado como tal «common property means so much of the land for the time being as is described by legend or other wise as common property on a plan». Los demás elementos comunes de nuestra Ley son para el legislador australiano pertenencias o accesorios, o dicho en terminología inglesa «chattels fixtures and fittings».

Los edificios deben adoptar, al tiempo de constituir su régimen jurídico, los estatutos que con carácter obligatorio determina la Ley. Los propietarios pueden, por acuerdo unánime, alterarlo. Llama la atención la norma estatutaria, elemental, por supuesto, de suspender el derecho de voto al comunero que no esté al corriente en el pago de las cuotas. Si la unidad está gravada con hipoteca, el voto del condueño es sustituido por el del acreedor hipotecario.

La sociedad está obligada a asegurar los edificios contra el riesgo de incendio, obligación de la que sólo puede ser dispensada en virtud de acuerdo unánime de los condueños.

La Ley sigue las líneas directrices de la vigente en el Estado de Nueva Gales del Sur con pequeñas diferencias, debidas a la popularidad que tienen en ese Estado las viviendas unifamiliares. Está dividida en cinco títulos. El primero comprende la disciplina jurídica de los proyectos de «subdivisión y de redevelopment»; el segundo se ocupa de la inscripción en el Registro de los indicados proyectos; el tercero trata de la aprobación de los proyectos de remodelación de viviendas; el cuarto regula la transformación de los proyectos de «Building Subdivisión» en otros adaptados a la Ley, y el título quinto y último contiene un puñado de normas jurídicas generales. Los cuatro primeros artículos explican el significado de los conceptos utilizados en la Ley. Pasemos a examinar su contenido.

PROYECTOS DE «STRATA SUBDIVISION» Y DE «REDEVELOPMENT»

Toda persona que proyecte construir un edificio en régimen de «Strata Subdivisión», deberá comunicarlo al Ayuntamiento en la forma

prescrita en el modelo señalado en la Ley, y expresará las circunstancias siguientes: situación del solar, nombre del propietario, número de plantas y de pisos proyectados, así como su destino. Someterá posteriormente a la aprobación del Municipio el correspondiente proyecto, autorizado por Topógrafo, que cumplirá los requisitos de esta Ley y la de Topógrafos de 1978. Entre los planos que deberá presentar, figura el de situación de la finca, que reflejará los datos del solar de forma que coincidan con los del Registro, sus linderos externos, la ubicación dentro del solar del edificio o edificios proyectados, resultando al propio tiempo el terreno no ocupado por las citadas edificaciones y el de alzados, que reflejará los linderos de los pisos que deberán estar numerados correlativamente y se señalarán en leyenda las unidades accesorias.

Los proyectos de reforma o modificación de pisos o locales, «plans of redevelopment», deberán ser igualmente autorizados por Topógrafo. Se definirán los linderos exteriores de las unidades creadas o ampliadas, se numerarán correlativamente las nuevas unidades con indicación de su carácter principal o accesorio, debiendo, en caso de división de una finca en dos o más unidades, distribuirse proporcionalmente el coeficiente de participación en elementos comunes y gastos.

DISPOSICIONES COMUNES

En el plazo de setenta días, los Ayuntamientos deberán visar y sellar los proyectos sometidos a su aprobación o expresar por escrito las causas para no hacerlo. El Ayuntamiento no podrá negarse a su aprobación, siempre que las unidades proyectadas comprendan dentro de sus linderos un espacio suficiente para el cumplimiento del fin a que se destinen, residencial, de despachos u oficinas. Se comprobará si los proyectos se ajustan o no a las exigencias de la Ley de Sanidad Nacional, a la de Régimen Local y a la de Ordenación del Territorio.

Si en el proyecto se contienen unidades residenciales limitadas, el Ayuntamiento negará la aprobación si el Plan no lleva una nota expresiva de dichas limitaciones en la forma prescrita en el modelo legal. Deberá, igualmente, negarse el visado si hay razones de interés público para hacerlo. Contra dicho acuerdo se podrá apelar ante el Comité de Apelaciones Urbanísticas.

Ninguna persona podrá vender una unidad antes de que el proyecto sea inscrito en el Registro (Ley de Transferencia de Fincas), a menos que en el contrato se prevea que todas las cantidades que deban satisfacerse a cuenta del precio se entreguen a un Abogado en *trust* hasta la aprobación del proyecto.

El Registrador no puede inscribir acto alguno relativo a unidades residenciales limitadas, a menos que las mismas comprendan una plaza de aparcamiento. Los certificados del derecho de estas unidades deberán expresar esta limitación. Si una unidad se vende antes de aprobarse el proyecto y luego éste es aprobado con carácter limitado, la venta se rescindirá si no comprende la correspondiente plaza de aparcamiento.

A solicitud del titular de la unidad residencial limitada, y con la autorización del Ayuntamiento, el Registrador puede cambiar el carácter de las unidades.

Toda venta o disposición por separado de plazas de aparcamiento será considerada como violación de la presente Ley y será severamente castigada.

INSCRIPCION

El propietario puede solicitar la inscripción de un proyecto de «Strata Subdivisión», pero el Registrador no debe practicarla, a menos que cumpla los siguientes requisitos: lleve el sello del Ayuntamiento; sea solicitada por el dueño o dueños del solar, y que la consientan los titulares de los derechos reales sobre la finca. Los proyectos presentados a inscripción deberán expresar al dorso los coeficientes de participación en los elementos comunes y en los gastos, porcentajes que pueden alterarse posteriormente por decisión unánime de los condueños o por orden del Juez a petición del administrador de la sociedad de condueños o «body corporate», o de un condueño. El Juez deberá tener en cuenta en el nuevo señalamiento el valor comercial de las unidades al tiempo de hacerse la petición. En el procedimiento toda persona que ostente algún derecho sobre la finca o fincas tiene derecho a ser oída. El «body corporate» debe presentar un documento solicitando la inscripción de la modificación acordada, y una vez inscrito, el Registrador librará un nuevo certificado para cada unidad.

Los propietarios de las unidades son al propio tiempo dueños de los elementos comunes («common property») en el porcentaje señalado en el proyecto. Los certificados del derecho sobre las unidades comprenden la participación correspondiente a cada una de ellas en los elementos comunes sin necesidad de mención específica alguna.

No se pueden realizar por un propietario actos de disposición por separado sobre el porcentaje correspondiente en los elementos comunes y todos los actos dispositivos sobre la unidad comprenden la parte correspondiente en dichos elementos sin necesidad de mención específica. Los propietarios de todas las unidades pueden disponer total o parcialmente de la propiedad común, si bien la inscripción de estos actos dispositivos

requiere permiso del Ayuntamiento. Con ocasión de la transmisión de todo o parte de los elementos comunes, el Registrador viene obligado a modificar el proyecto inscrito y a librar a favor del adquirente un certificado del derecho libre de cargas. Por el contrario, en caso de adquisición de un terreno o finca por parte de todos los condueños, éstos pueden solicitar su inclusión entre los elementos comunes mediante manifestación de su voluntad en este sentido.

Si una unidad con su coeficiente de participación en los elementos comunes es vendida libre de cargas a los condueños de las restantes unidades, ésta puede pasar a integrar los elementos comunes si los adquirentes desean su inclusión y el Ayuntamiento la consiente.

«BODY CORPORATE»: OBLIGACIONES Y DERECHOS

Los distintos propietarios inscritos de las unidades de un proyecto constituyen una sociedad bajo la denominación de «body corporate strata plan número». La sociedad constituida tendrá duración indefinida y se la reconoce capacidad jurídica para ser titular de derechos y obligaciones. No le serán de aplicación las normas mercantiles.

Entre sus obligaciones figuran las siguientes: ejecutar lo ordenado en los Reglamentos; asegurar contra incendios los edificios y elementos comunes; asegurar con carácter facultativo los mismos contra cualquier otro riesgo; conservar el edificio en buen estado; ejecutar las obras de mejora que le sean ordenadas; facilitar los nombres y señas de los miembros del comité de administración y controlar y administrar los elementos comunes y hacer todo lo que esté a su alcance para el debido cumplimiento de los Reglamentos.

Entre los derechos, cabe destacar los siguientes: Ejercer los poderes que le confieren los Reglamentos; establecer y mantener un fondo para gastos administrativos que sea suficiente para el control, administración y gestión de los elementos comunes y para el pago de las primas del seguro, así como para el cumplimiento de las demás obligaciones del «body corporate»; acordar y levantar acta de las resoluciones en materia de cantidades que deban cobrarse para dicho fin y la forma de pago. Fijar cuotas en proporción al porcentaje en los gastos o a cualquier otro porcentaje que unánimemente se señale y extender recibos.

Toda cantidad, cuyo cobro haya sido acordado por el «body corporate» es exigible judicialmente, tanto del dueño de la unidad cuando se tomó el acuerdo, como del que lo sea en el momento de exigirse judicialmente su cobro, pues ambos son solidariamente responsables del pago.

Cuando el «body corporate» ejecute las obras de reparación que está

obligado o autorizado a hacer, tanto con arreglo a ésta como a cualquier otra Ley, que beneficien sólo a una o varias unidades, su importe será solamente exigible del condueño o condueños de las mismas al tiempo de la adopción del acuerdo como de los que lo sean al tiempo del ejercicio de la correspondiente acción judicial.

Si las reparaciones se hacen por el «body corporate» como consecuencia de cualquier negligencia, omisión o incumplimiento de Reglamentos por alguno de los condueños o arrendatarios, su coste será recuperable directamente de dichas personas. Los actos administrativos que ordenen la realización de trabajos o reparaciones tanto en el solar como en los edificios, corresponde ejecutarlos al «body corporate».

El «body corporate», a solicitud de un condueño o de persona autorizada por él, del adquirente o de un acreedor hipotecario, deberá certificar de los siguientes extremos: de los acuerdos relativos a la fijación de derramas no abonadas con expresión de su importe y forma de pago.

El control, administración y disfrute de las unidades y de los elementos comunes, se registrará por lo dispuesto en la presente Ley y por lo señalado en los Reglamentos: salvo en los casos de expresa modificación, los edificios se registrarán por los anexos de la Ley o Reglamentos previstos en lo primero y segundo. El primer Reglamento sólo podrá modificarse mediante acuerdo unánime de los condueños. El Reglamento segundo podrá ser alterado por acuerdo del «body corporate». El «body corporate» debe guardar copia de los Reglamentos citados y facilitar, a quien lo solicite, copia de los mismos mediante el pago de una módica contribución.

Los Reglamentos obligan: al «body corporate», a los condueños y a los ocupantes de los pisos.

Tanto el «body corporate» como cualquiera de los condueños están facultados para dirigirse a los Tribunales para que ordenen el cumplimiento de los Reglamentos o la paralización de perturbaciones resultantes de su incumplimiento.

El Registrador cancelará el régimen jurídico del edificio, a solicitud de todos los condueños de las unidades del mismo; petición que deberá ir acompañada de los siguientes documentos: de los duplicados de los certificados del derecho de cada unidad; de los duplicados de los documentos relativos a censos, hipotecas, cargas y gravámenes que graven las unidades o los elementos comunes.

Antes de la cancelación, el Registrador comprobará si existen o no deudas del «body corporate», y si todos los copropietarios, «caveators» y acreedores hipotecarios consienten por escrito la cancelación.

Con la cancelación, la propiedad del solar revertirá a los dueños de los pisos en régimen de proindivisión, y el Registrador librará un certificado del derecho en este sentido. El Registrador dará cuenta al Municipi-

pio de la cancelación efectuada y que el «body corporate» ha sido disuelto.

La cancelación puede hacerse igualmente por mandamiento judicial a petición del «body corporate», del administrador, de un condueño o de un acreedor hipotecario. Esta solicitud se anotará inmediatamente en el Registro a fin de que se conozca su existencia. En el procedimiento tienen derecho a ser oídos todos los que ostenten algún derecho sobre las unidades o sobre el solar.

El «body corporate», los acreedores del mismo, o cualquier persona con derecho sobre las unidades pueden dirigirse a los Tribunales solicitando el nombramiento de un administrador. El Tribunal puede efectuar esta designación por tiempo indefinido o para cierto tiempo, en las condiciones que libremente señale. El administrador ejercerá todos los poderes del «body corporate» y de su comité, y estará sometido a sus mismas obligaciones y a aquellas otras que el Tribunal le fije. Los administradores pueden delegar o revocar sus poderes por escrito de su puño y letra.

Las juntas del «body corporate» se someterán a las siguientes normas: Si es necesario el consentimiento unánime de los condueños, el consentimiento de la unidad hipotecada se prestará por el acreedor hipotecario. Si no se requiere la unanimidad, el acreedor hipotecario de una unidad podrá, si lo desea, ejercitar el derecho al voto. Los menores y los incapaces serán representados por sus respectivos representantes legales. Si uno de los condueños está ausente del Estado, desaparecido o fallecido, los Tribunales, a instancia del «body corporate», podrán o nombrar una persona que en su lugar ejercite el derecho de voto o dispensar de su necesidad.

APROBACION DE PROYECTOS DE REFORMA DE VIVIENDAS

Cualquier propietario puede solicitar la inscripción de un proyecto de reforma, inscripción que no se podrá realizar a menos que: haya sido sellado por la Municipalidad; el solicitante sea el único propietario inscrito de la unidad sometida a remodelación, y que los titulares de derechos reales sobre la misma la consientan.

La inscripción supone la modificación del régimen jurídico del edificio inscrito. En caso de agregación de unidades, no puede modificarse el porcentaje en los elementos comunes por el mero hecho de la agregación. Al dorso del proyecto de modificación, se debe extender un memorándum, en el que se hará constar que el proyecto ha sido aprobado e inscrito al amparo de lo dispuesto en la Ley, y que el régimen jurídico primitivo ha sido modificado. Seguidamente se librarán los certificados de los derechos acomodados a la modificación realizada.

CONVERSION DE PLANES EXISTENTES DE «BUILDING SUBDIVISION»

Las compañías de servicios o los propietarios «of any allotment» pueden solicitar del Registro la cancelación del antiguo régimen jurídico de «Building Subdivisión» y la inscripción de uno nuevo de «Strata Subdivisión». La solicitud deberá hacerse en la forma señalada en el Reglamento y deberá acompañarse del nuevo proyecto acomodado a la presente Ley. Si el peticionario no es la compañía de servicios («service company»), deberá obtenerse su consentimiento por escrito.

Cuando el Registrador haya comprobado que todas las personas con derecho sobre el inmueble han consentido la conversión, puede acordar la cancelación del régimen anterior y la inscripción del nuevo. El Registrador no puede proceder a la inscripción si no se han presentado los duplicados de los certificados de los derechos de los pisos comprendidos en el régimen antiguo, así como los duplicados de los contratos de hipoteca y demás cargas sobre los mismos. La inscripción del nuevo régimen operará la disolución de las compañías de servicios. Todos los bienes, derechos y obligaciones de estas compañías pasarán al «body corporate». Con la inscripción del nuevo régimen, el Registrador cancelará el régimen antiguo, así como los certificados de los derechos expedidos de acuerdo con el mismo y librará nuevos certificados para cada unidad, relacionando al dorso las cargas y gravámenes que subsistan después de la conversión.

MODELO OBLIGATORIO DE ESTATUTOS

1.º El «body corporate» está facultado, previo aviso y a horas convenientes, a entrar en los pisos, salvo en casos de necesidad o de fuerza mayor.

2.º Los condueños están obligados a abonar los impuestos, arbitrios, cargas y demás obligaciones que pesen sobre su unidad; a repararla, conservarla y mantenerla en buen estado; a notificar al «body corporate» todo cambio de titularidad o de ocupación de la misma.

3.º Los condueños u ocupantes de las unidades no deben usar la «common property» de forma que hagan imposible el disfrute de los demás condueños, ni usar de su unidad de forma que causen daños a los restantes copropietarios.

4.º El «body corporate» está obligado a mantener en buen estado de conservación todos los elementos, pertenencias y accesorios comunes;

a conservar en buen estado de funcionamiento las conducciones, cables, aparatos y equipos de cualquier clase, destinados al servicio del edificio.

5.º El «body corporate» puede comprar, alquilar o adquirir bienes muebles («personal property») para ser usados por los condueños; tomar dinero a préstamo para el cumplimiento de sus obligaciones y asegurar su devolución, mediante la suscripción de documentos mercantiles, embargo de cuotas futuras, o mediante hipoteca de alguna propiedad del «body corporate» («mortgage of any property vested in it»); concluir acuerdos con los condueños en orden a facilitar el disfrute de algún servicio a las unidades; autorizar a un condueño a disfrutar total o parcialmente del solar no ocupado por la edificación, siempre que exista acuerdo unánime del «body corporate» en este sentido.

7.º Hasta la primera reunión del «body corporate», todos los miembros componen el comité; una vez celebrada la primera junta, el comité se compondrá de tres personas elegidas unánimemente.

8.º El «body corporate» puede, en junta extraordinaria, acordar la separación de un miembro del comité antes de la terminación de su mandato y nombrar a otra persona en su lugar.

11. Al principio de toda reunión del comité, se nombrará un presidente para la misma; los asuntos se resolverán por mayoría, decidiendo en caso de empate el voto del presidente.

13. El comité puede reunirse cuando lo estime oportuno o cuando lo pida uno de sus miembros. Puede usar en provecho del «body corporate» los agentes o servidores necesarios para el buen cuidado y administración de los elementos comunes, así como para la vigilancia del cumplimiento de los derechos y obligaciones del «body corporate». Igualmente puede delegar en uno de los miembros del comité los poderes que considere convenientes.

14. El comité debe levantar acta de sus reuniones, de las juntas del «body corporate» y llevar los libros de contabilidad necesarios; debe presentar el presupuesto anual y exhibir los libros a cualquier condueño que los solicite.

15. La primera reunión del «body corporate» debe celebrarse en el plazo de seis meses siguientes a la inscripción del edificio en el Registro. La junta se reunirá una vez al año por lo menos; las demás juntas generales serán extraordinarias. El comité deberá convocar junta extraordinaria cuando lo soliciten por escrito el veinticinco por ciento de las cuotas.

19. Se requiere un *quorum* de asistencia en primera convocatoria de más de la mitad de los condueños; si no se alcanza ese *quorum*, la junta se celebrará en segunda convocatoria el mismo día y hora de la semana siguiente, que podrá celebrarse sea cual sea el número de asistentes.

Al comienzo de la reunión se nombrará presidente. Se pierde el derecho al voto si no se está al corriente en el pago de las cuotas y demás cantidades debidas al «body corporate». El «body corporate» deberá tener a su disposición un sello del que podrá usar siempre que lo ordene el comité, y su uso deberá ir acompañado de la firma de dos personas del mismo.

Después de la Ley, se brindan por el legislador diversos ejemplos, que acaso no sean lo suficientemente ilustrativos para nosotros, acostumbrados como estamos a una superposición de usos en los edificios que quizá por suerte, no conoce el planeamiento urbano australiano. En todos ellos vemos que las unidades cuentan con su correspondiente plaza de aparcamiento o su garaje privado, sin que en ninguno de ellos aparezca el garaje situado en las entrañas del edificio.

En el primer ejemplo se lee en la leyenda de los planos correspondientes el número de plantas del edificio proyectado, cuatro, y el de unidades, catorce, así como su situación en cada planta. Las cuatro primeras unidades están en la planta primera, las cuatro siguientes en la segunda y tercera plantas, y en la última planta las unidades trece y catorce. A continuación se señala que los linderos superior e inferior de las unidades ocupan toda aquella superficie comprendida dentro de sus paredes, y que figuran en el diagrama de la página tercera. Los linderos rayados que aparecen en las unidades números cinco a doce corresponden a balcones y tienen un lindero superior ligeramente inferior a la altura de la unidad.

Se describen en otro punto las unidades existentes en el edificio de una sola planta situado en la parte trasera del solar, destinadas a garajes particulares, numeradas correlativamente del 1 al 14. El lindero inferior coincide con el suelo del edificio, comprendido dentro de sus paredes; el lindero superior es la parte exterior del tejado respectivo.

El último apartado se ocupa de las unidades números 25 al 28, que son espacios al aire libre destinados al aparcamiento de vehículos; los linderos inferior y superior no precisan especial determinación, al no estar contruidos. El lindero superior se estima en 3,05 metros (10 pies) sobre el nivel del suelo.

Tanto las garajes como las plazas de aparcamiento al aire libre son unidades accesorias. Como bien común se considera el resto del solar no ocupado por las unidades principales y accesorias.

Antes de la leyenda figura un rectángulo en el que aparecen numeradas todas las unidades, con indicación del coeficiente de participación en elementos comunes y en gastos de cada una de ellas. La fijación de

estos coeficientes se hace atendiendo al valor de mercado de las unidades. Esta fijación es arbitraria, pero un cálculo incorrecto puede dificultar la venta de las unidades.

En la primera página figura el certificado del Topógrafo «Surveyor's Certificate», que se extiende a los siguientes puntos: Que el plano o planos y sus medidas han sido tomadas por él personalmente o por persona bajo su responsabilidad; que el porcentaje de error de los planos no es superior al admitido en la legislación de los Topógrafos; que la superficie resultante de los planos coincide con la que figura en el Registro. En caso de discrepancia, habrá que poner de acuerdo el Registro con la realidad extrarregistral; que los planos garantizan igualmente que los linderos exteriores del solar y la ubicación del edificio o edificios proyectados dentro del mismo son exactos y reales. Asegura, igualmente, que todas las unidades serán construidas dentro de los linderos del solar. En el caso de que alguna de ellas sobresalga al exterior, el Topógrafo no debe firmar el proyecto.

De lo expuesto, resulta la enorme dosis de confianza que el legislador australiano ha puesto en manos de estos profesionales, evitando con ello comprobaciones a las Oficinas municipal y registral.

El segundo ejemplo se refiere a un proyecto de edificio de una sola planta; en el plano se aprecia la situación del edificio dentro del solar, en la leyenda se describen como unidades independientes las números 1, 3, 5, 7 y 9, que son viviendas unifamiliares, y las números 2, 4, 6 y 8 son garajes y tienen la consideración de unidades accesorias.

El último supuesto se refiere a un proyecto de edificio también de una sola planta, compuesta de ocho unidades residenciales, con su correspondiente jardín que casi rodea totalmente cada una de las unidades; tienen como elemento común la vía de acceso y el suelo que da frente a la vía pública.

ANTONIO MORO SERRANO

EJEMPLO 1 (1)

PLAN OF STRATA SUBDIVISION

Solar: La totalidad del solar figura inscrito en el Tomo 9.910, folio 007 y procede de la reparcelación del polígono 5, Sección 14, Barrio de Allendale, Condado de Donald.

Domicilio postal: 42 Villa Terrace, al este de Camden.

Domicilio del B. C.: 42 Villa Terrace, al este de Camden.

Inscripción:

Hora:

Fecha:



WILLIAM ROAD

Diagrama que refleja los linderos exteriores del solar y la ubicación exacta de los edificios proyectados.

CERTIFICADO DEL TOPOGRAFO:

Yo,, Topógrafo autorizado por la Ley de Topógrafos de 1958, certifico que este proyecto y todas las medidas sobre las que el mismo descansa han sido tomadas por mí o por persona bajo mi responsabilidad. Que el grado de exactitud de las medidas tomadas para fijar los linderos exteriores del solar cumplen los requisitos de la indicada Ley de Topógrafos. Este proyecto, de fecha de 19..., se ajusta a la normativa de la Strata Titles Act de 1967 y a la de la Ley de Topógrafos de 1958, y está levantado a escala, con la precisión exigida y con especial mención de los linderos de las unidades y de la situación del edificio en relación a los linderos del solar y que todas las unidades están dentro del mismo.

Firma

Fecha

Sello de la
Municipalidad

EJEMPLO 1 (2)

<i>Unidad núm.</i>	<i>% en E. C.</i>	<i>% en gastos</i>	<i>Unidad núm.</i>	<i>% en E. C.</i>	<i>% en gastos</i>	
1	60	60	15	2	2	
2	60	60	16	2	2	
3	60	60	17	2	2	
4	60	60	18	2	2	
5	60	60	19	2	2	
6	60	70	20	2	2	
7	60	70	21	2	2	
8	60	70	22	2	2	
9	60	70	23	2	2	
10	60	70	24	2	2	
11	60	70	25	1	1	
12	60	70	26	1	1	
13	80	90	27	1	1	
14	80	90	28	1	1	
			TOTAL ...	904	994	

LEYENDA

- 1.º El edificio proyectado, parte del cual se comprende en cada una de las unidades 1 a 14, es de cuatro plantas, distribuido en la forma que se dice en la tabla inferior. El lindero inferior y superior de cada unidad lo constituyen el suelo y el techo comprendidos dentro de las paredes tal y como resultan del diagrama de la página 3.ª Solamente varía el lindero superior de ciertos elementos de las unidades 5 a 12, ambas inclusive, rayados en el diagrama de la página 3.ª, que tienen una altura de 2.82 m. desde el nivel del suelo.

TABLA

<i>Unidad</i>	<i>Planta</i>
1, 2, 3 y 4	Planta baja
5, 6, 7 y 8	1.ª planta
9, 10, 11 y 12	2.ª planta
13 y 14	Atico

- 2.º El edificio proyectado que se comprende en las unidades 15 a 24 es de una sola planta. El lindero inferior es el suelo comprendido dentro de las paredes de cada unidad y el superior lo constituye la cara exterior del tejado que las cubre.
- 3.º No hay edificación alguna en las unidades 25, 26, 27 y 28. El lindero inferior es el suelo comprendido dentro de los planos que cortan verticalmente los límites de cada unidad. El lindero superior es de 30,5 metros contados desde el nivel del suelo.
- 4.º Las unidades 15 a 28 (ambas inclusive) son accesorias.
- 5.º Propiedad común es todo el solar no ocupado por las unidades 1 a 28 (ambas inclusive).

EJEMPLO 1 (3)

DIAGRAMA 1

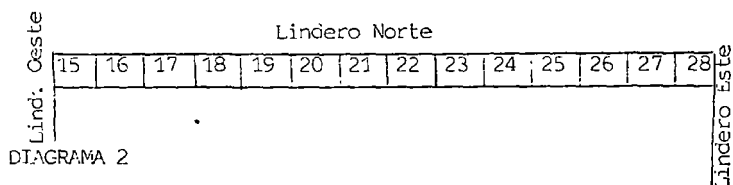


DIAGRAMA 2

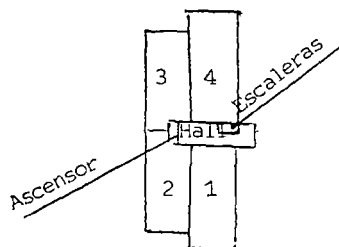


DIAGRAMA 4

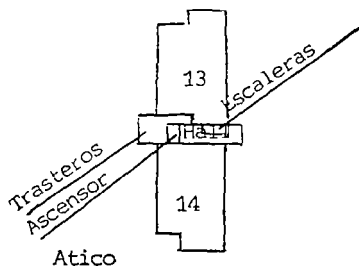
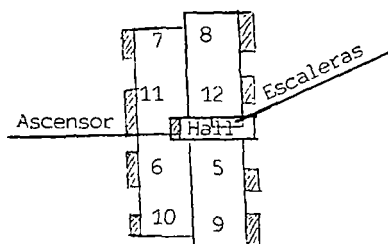
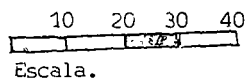


DIAGRAMA 3



Primera y segunda planta



Escala.

EJEMPLO 2 (1)

PROYECTO DE STRATA SUBDIVISION

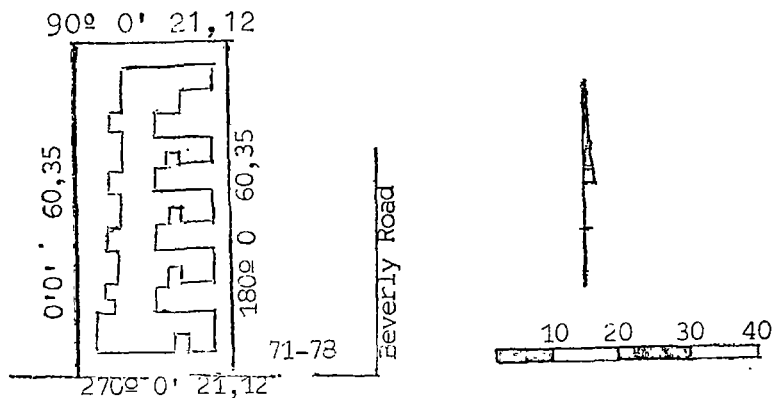
El solar figura inscrito en el tomo 9.732, folio 428 y procede de la reparcelación del Polígono 18, Sección 23, Barrio de Allendale, Condado de Donald.

Domicilio postal del edificio: 280 Stephen Rd.
Domicilio del B. C.: 280 Stephen Rd. East Camden.

Inscripción:

Hora:

Fecha:



CERTIFICADO DEL TOPOGRAFO:

Yo, A. B., Topógrafo autorizado por la Ley de Topógrafos de 1958, certifico que este proyecto y todas las medidas sobre las que el mismo descansa han sido tomadas por mí o por persona bajo mi responsabilidad. Que el grado de exactitud de las medidas tomadas para fijar los linderos exteriores del solar cumplen los requisitos de la indicada Ley de Topógrafos. Este proyecto, de fecha, se ajusta a la normativa de la Strata Titles Act de 1967 y a la de la Ley de Topógrafos de 1958 y está levantado a escala, con la precisión exigida y con especial mención de los linderos de las unidades y de la situación del edificio en relación a los linderos del solar y que todas las unidades están dentro del mismo.

Firma

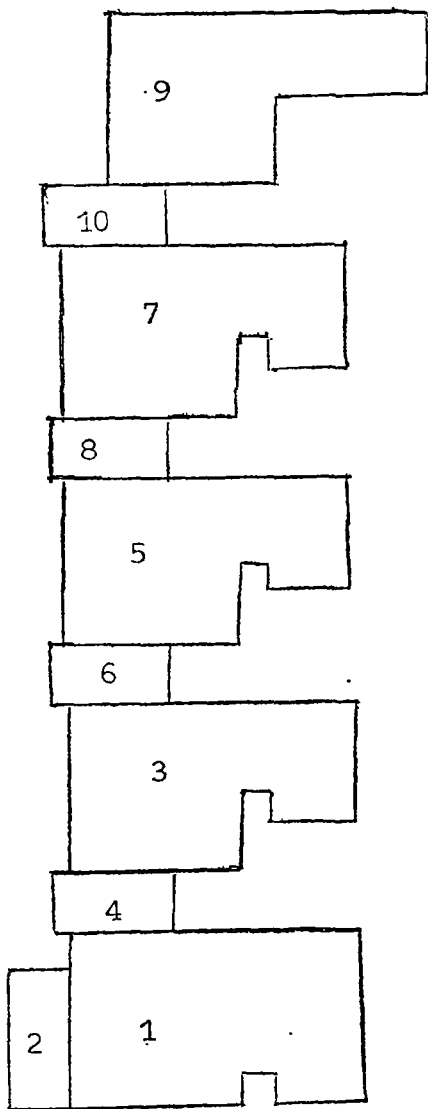
Fecha

Sello del Municipio
y visado

Unidades	% en E.C.	% en gastos	Unidades	% en E. C.	% en gastos
1	15	15	6	1	1
2	1	1	7	12	12
3	12	12	8	1	1
4	1	1	9	12	12
5	12	12	10	1	1
TOTAL ...			68	68	

EJEMPLO 2 (2)

Pared norte del edificio.



LEYENDA

El edificio proyectado, parte del cual se comprende en cada una de las unidades 1 a 10, es de una sola planta.

El lindero superior e inferior de las unidades 1, 3, 5, 7 y 9 lo constituyen el techo y el suelo comprendido dentro de las paredes, tal y como resulta del diagrama que figura en esta página.

El lindero superior de las unidades 2, 4, 6, 8 y 10 se encuentra a una distancia de 0,30 m. por encima del tejado comprendido dentro de sus paredes. El lindero inferior de estas unidades lo constituye el suelo comprendido dentro de las paredes.

Las unidades 2, 4, 6, 8 y 10 son unidades accesorias.

Propiedad común es todo el solar no ocupado por las unidades 1 a 10 (ambas inclusive).



EJEMPLO 3 (1)

Solar: Figura inscrito en el tomo 9.732, folio 430.
Procede por reparcelación del Polígono 32, Sección 81, Barrio de Allendale, Condado de Donald.

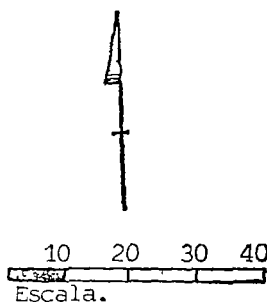
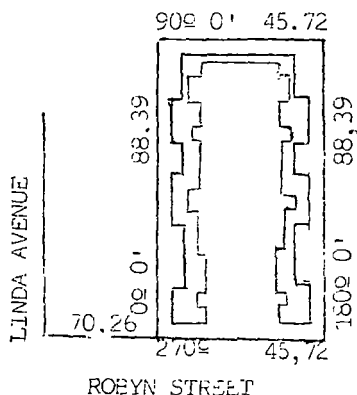
Domicilio postal: Calle Robin, núm. 140. East Camden.

Domicilio del B. C.: Calle Robin, 140. East Camden.

Inscripción:

Hora:

Fecha:



CERTIFICADO DEL TOPOGRAFO:

Yo, A. B., Topógrafo autorizado por la Ley de Topógrafos de 1958, certifico que este proyecto y todas las medidas sobre las que el mismo descansa han sido tomadas por mí o por persona bajo mi responsabilidad. Que el grado de exactitud de las medidas tomadas para fijar los linderos exteriores del solar cumplen los requisitos de la indicada Ley de Topógrafos. Este proyecto, de fecha, se ajusta a la normativa de la Strata Titles Act de 1967 y a la de la Ley de Topógrafos de 1958, y está levantado a escala con la precisión exigida y con especial mención de los linderos de las unidades, de la situación del edificio en relación a los linderos del solar y todas las unidades están dentro del mismo.

Sello de la
Municipalidad

Firma

Fecha

Unidad núm.	% en E. C.	% en gastos	Unidad núm.	% en E. C.	% en gastos	
1	12	12	5	12	12	
2	12	12	6	12	12	
3	12	12	7	12	12	
4	12	12	8	12	12	
TOTAL ...				96	96	

EJEMPLO 3 (2)

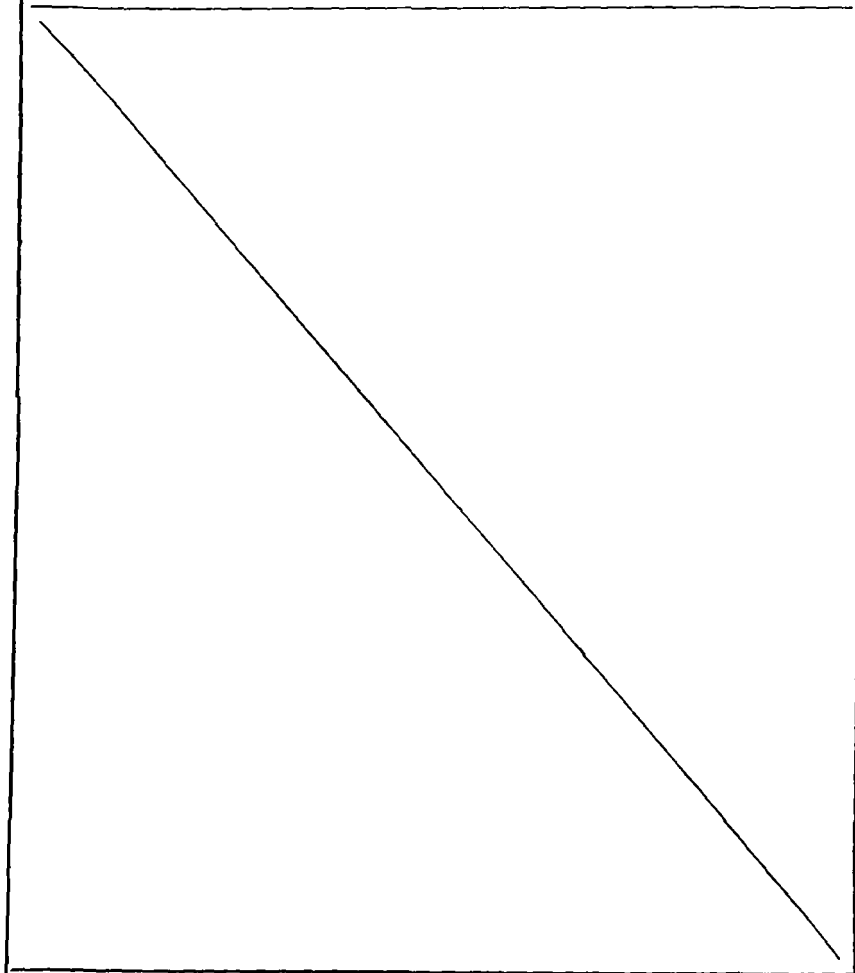
LEYENDA

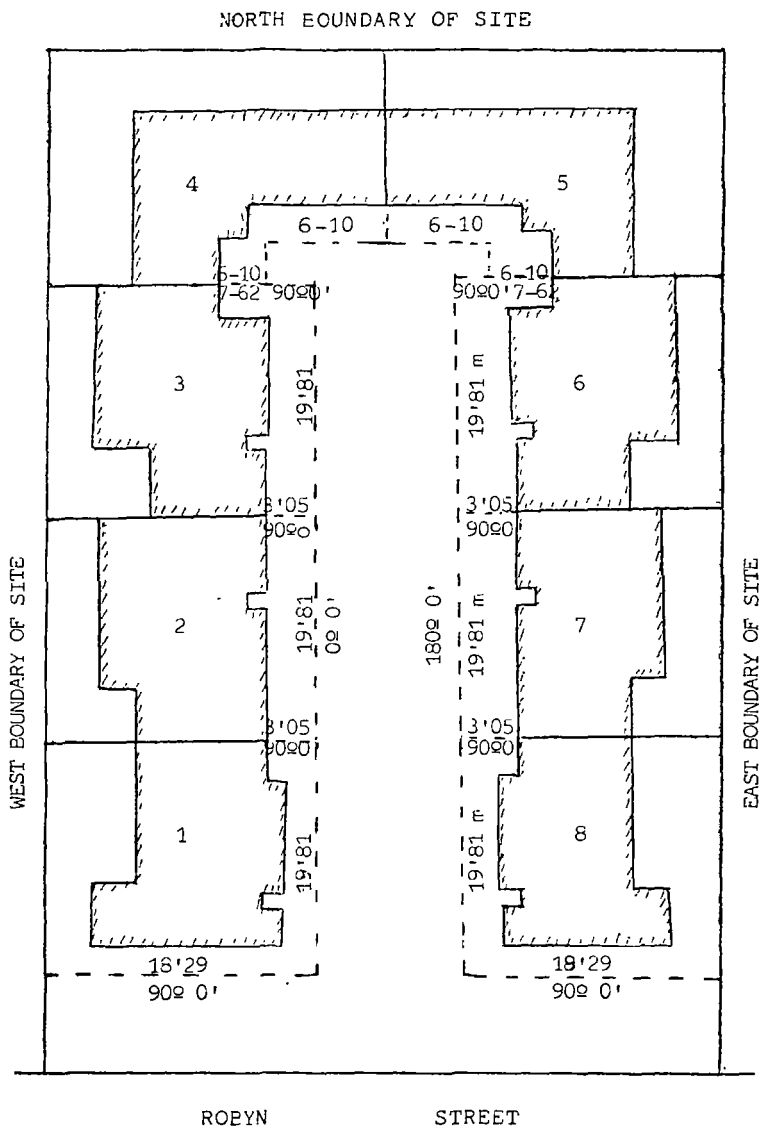
El edificio proyectado, parte del cual se comprende en las unidades 1 a 8, es de una sola planta.

El lindero superior de las unidades 1 a 8 es de 7,62 m. por arriba del espacio comprendido dentro de las paredes exteriores de las mismas, tal y como resulta del diagrama correspondiente. El lindero inferior se encuentra a 1,22 m. por debajo de ese mismo espacio.

Propiedad común es el resto del solar no ocupado por las unidades 1 a 8, ambas inclusive.

Ninguna unidad es accesoria en el proyecto.





(Signed) A.B.

VIDA JURIDICA

El hombre ante una nueva agricultura (*)

1. LA AGRICULTURA, AL SERVICIO DEL HOMBRE

El término «Nueva Agricultura» creemos responde a un intento de *reencuentro*, de *reestructuración* y en el fondo de *reafirmación* de la Agricultura. De la misma manera que se han intentado, con más o menos fortuna, esa terminología de «Nueva Filosofía», «Nueva Escuela», «Nuevo Estado», «Nueva Sociedad», etc. Incluso se habla de «Hombre Nuevo», cuya adjetivación, postergada al sustantivo, ya denota de suyo una singularidad, con respecto a ese revisionismo o criticismo con que la realidad social se ofrece en nuestro tiempo. En unos casos por *necesidad* de su propia dinámica, en otros para encubrir sus propios *fracasos*.

Y es bueno hablar del *Hombre*, porque en definitiva hay que partir de él, dentro de una concepción creadora y libre de la sociedad, y de la propia Agricultura. Se ha dicho que si NIETZSCHE acuñó la frase «*Dios ha muerto*», lo seguro es la realidad, que algunos gráficamente quisieron expresar así: «*Nietzsche ha muerto*» (Firmado), «*Dios*». Pero, en efecto, parece que con esa deshumanización —por los excesos de la mecanización, la secularización o burocratización de la vida— nos hemos puesto en camino de también, de «*El hombre ha muerto*». Lo que ocurre es que nos vemos distanciados de esa «*realidad de lo humano*» de que habla Juan Pablo II, con respecto al «dominio del hombre sobre las cosas», como una delegación permanente de la obra de la creación —lo que explica la propia *libertad*— y que sólo se tergiversa cuando primase la técnica sobre el espíritu, lo material sobre lo ético.

(*) Comunicación al Comité Europeo de Derecho Rural-Ferrara, mayo 83. Por el Dr. Profesor JESÚS LÓPEZ MEDEL, Miembro Fundador de las Asociaciones Españolas de Derecho Agrario y de Filosofía Jurídica y Social. Presidente H. de la Federación Europea de Centros de Enseñanza (FEDE). Coordinador de Escuelas ISA-UNESCO de Habla Hispana. Registrador de la Propiedad.

Recuerdo, especialmente, dos singulares contactos, en distintas órbitas en el mundo agrario rural. La primera se refiere a los realizados en 1963 —recorrido Bolonia-Treviso— y Congreso Mundial de Derecho Agrario en Florencia. El de Bolonia-Treviso, en contacto con las zonas agrarias, singularmente las cooperativas, en un despertar naciente de realidades institucionales italianas, a la búsqueda —en escenarios muy ideologizados— de un bienestar y desarrollo. En el de Florencia anoté la expresión de cierto experto norteamericano, quien afirmó que la *Agricultura era como un enfermo incurable*, al que hay que tratar como tal, sin solución previsible. (V. nuestra traducción *Estructuras agrarias*, Madrid, 1964.)

La otra órbita de experiencias se refiere al mundo Centroamericano, que visité en 1965, y al de América del Sur en 1967 y 1979. Aunque en estos contactos me movía a niveles de formación universitaria y de instituciones financieras, cooperativas y crediticias agrarias, lo importante es pensar que de estas experiencias hispanoamericanas comprobamos cómo se partía más del hombre, en el sentido de *una liberación*, desde la «tierra», y su *acceso* a la propiedad, mientras que en la experiencia italiana, como en general en la europea, lo que se pretende sobre todo es la *rentabilidad*, tecnificación y asentamiento. Pero en realidad son meros datos de un muestreo sociológico, que ocurre en todo fenómeno de nuestro tiempo: *liberación y/o conservación*. (Así le sucede a la Escuela, entendida como factor de *liberación* para algunos, y para otros como expresión de mero *conservadurismo y estabilidad*.) Lo que importa es que tales fenómenos no se presenten como dogmáticos, sino como tensionales, o como tomas de posición. Y sobre todo que se ofrezcan en la doble dimensión —como dos caras de una misma moneda— de *liberar para conservar*, y *conservar para liberar*. Y siempre bajo el parámetro del Hombre, al cual *ha de servir la Agricultura*, y no la *Agricultura servirse del Hombre*.

2. INTERCONEXION DISCIPLINARIA Y TECNICA REFERIDAS A LA AGRICULTURA

En efecto, en la «nueva» Agricultura se destacan fuertemente las «nuevas» técnicas, experiencias, fórmulas de cultivo, variedades de explotación, interconexiones de Agricultura, Industria y hasta de Servicios, cambios cíclicos o de «sementera», inversiones, «nuevas» dimensiones de «fincas» o «terrenos», temporalidades, etc. Tendríamos que advertir que el *fenómeno de intercomunicación*, o si se quiere de *interconexión* ya se dio en el cambio de las Ciencias Sociales (V. mi libro *Ciencia Social, Derecho y Sindicalismo*, Madrid, 1975), de la misma manera que en la

Medicina lo *interdisciplinar* está resultando algo más que una corrección a la especialidad. Y estamos aún lejos de pretender que tal interconexión erosione la *autonomía* de cada Ciencia, porque, al contrario, la refuerza. Por tanto, los agoreros posibles de que los mayores datos de «industrialización» aplicados a la economía agraria cercenen el sentido de la Agricultura misma, están fuera de toda justificación, siempre que situemos esa Agricultura bajo la *óptica del Hombre mismo*, protagonista de la rural y de la propiedad de la tierra, como el maestro SANZ JARQUE desde su órbita de jurista viene insistiendo.

En el ámbito educativo está pasando lo mismo. La «*automatización*», la «*informática*», ¿*acabarán con la Educación*? Ha dicho un educador francés —V. mi libro *La Escuela no ha muerto*, Zaragoza, 1983— que no se *enseña lo que se sabe, ni lo que se quiere, sino lo que se es*. Sobre esta base podríamos afirmar que «*la Agricultura no ha muerto*», si aquella se pone al servicio del hombre.

Tales *circunstancias o condicionamientos* no ahogan el fenómeno agrario-rural, aunque sí lo orientan, lo impulsan, o lo «despiertan».

No soy experto para cifrar los impactos técnico-rentables de esa «Nueva Agricultura». Habrá siempre aquellas *modulaciones* —y otras muchas— de los propios escenarios. MONTESQUIEU trataba de encontrar el «*espíritu*» de las Leyes con el sentido educador de que lo humano se ve afectado incluso por el «*Norte-Sur*», «*Calor-Frío*», de los Continentes —y ahora diríamos de las Galaxias. Pero sí insisto en la necesidad de no descuidar, de prevenir y de mimar lo que de *humano habrá siempre* en esa agricultura incipiente, latente o desarrollada.

3. INFORME DE JOVELLANOS

Me he querido recrear ojeando otra vez el *Informe sobre la Ley Agraria* del español MELCHOR DE JOVELLANOS, allá por finales del siglo XVIII. El prologuista de algunas de sus ediciones —Madrid, 1955— y gran economista VALENTÍN ANDRÉS ALVAREZ, ya destacaba cómo JOVELLANOS supo en su tiempo superar los «*extremismos*» y «*vacilaciones*» en torno a lo agrario. Y esto le fue posible a JOVELLANOS porque reafirmó siempre algunos de estos aspectos humanos que son incoherentes a la Agricultura misma, de tal manera que no pocos de aquellos tienen actualidad, es decir, cualesquiera fuesen, en último término, las «*técnicas*», o las «*estructuras*». Destaco estos puntos: «*Nunca será más activo el interés de los 'colonos' que cuando los colonos sean copropietarios, y cuando el sentimiento de que trabajan para sí y sus hijos les anime a mejorar sus suertes y perfeccionar sus cultivo*» (pág. 163, ob. cit.). «*Hay un segun-*

do medio —explica en pág. 243— de acercar la ciencia al interés (que) consiste en la instrucción de los labradores... ¡Que espacio tan inmenso no abre este sublime, pero sencillo conocimiento, a las perfecciones del hombre. Una instrucción, pues, tan necesaria a todo individuo para perfeccionar las facultades de su razón y de su alma, tan provechosa para todo padre de familia para conducir los negocios de la vida civil y doméstica!... Bastará que los resultados, los descubrimientos de las ciencias más complicadas se desnuden del aparato y xerga científica, y se reduzcan a claras proposiciones para que el hombre más rudo los comprenda cuando los medios de su percepción se hayan perfeccionado»... «Bastará —continúa, pág. 245— que los sabios abandonen vanas investigaciones que sólo pueden producir una sabiduría presuntuosa y estéril, se conviertan del todo a descubrir verdades útiles y simplificarlas, y acomodarlas a la comprensión de los hombres iliteratos y a desterrar en todas partes aquellas absurdas opiniones que tanto retardan la perfección de las artes necesarias señaladamente la del cultivo.»

Si se actualizan ciertos términos, como «colonos», «artes», «xerga científica», «cultivo», «instrucción», «tierra», «producto», etc., a las singularidades actuales o futuras de la «manera de darse» la Agricultura, aquella visión de JOVELLANOS en buena parte resulta operativa, aunque no vigente en su literalidad. Y posiblemente no pocos de los fracasos o de las limitaciones de la Agricultura actual, provengan de haberse marginado muchas de las preocupaciones humanistas en el cultivo de la «Tierra» que hoy ya se denominan «comercialización», «explotación», «inversión», «industrialización» de «productos», pero siempre referencias al hombre que trabaja, y que trabaja la «tierra» —en el sentido espacial más amplio.

4. LA AGRICULTURA NO HA MUERTO

La Nueva Agricultura, en efecto, puede repristinar aún más el sentido de lo agrario que ya se tornó en nuestro siglo con el apelativo de *mundo rural*. Es una *Weltanschauung* distinta. Una nueva concepción del mundo y de la vida de lo rural, con facetas y elementos más «urbanos» o «industrializados» o «marítimos». Será una *interconexión más*. Lo que importará es *redimensionar aquellos nuevos escenarios, comportamientos, técnicas, rentabilidades, instrumentos, como referencias al Hombre y su Familia, su Trabajo y su Propiedad* —aun con formas distintas o «nominaciones» o «papeleos» diferentes—, su Educación, y el desarrollo de la *Personalidad*. En resumen, nada debe haber en la nueva agricultura que desborde la *dignidad de esa Persona humana*, enriquecida por el trabajo

en el «campo» —también en un concepto más amplio—, cuyo *hábitat familiar y cívico* permita su plenitud y su libertad. Se puede mejorar la «tierra», pero se puede esclavizar al que la trabaja y vive, en virtud de una ideologización tal que sitúe al Estado como «*poder ordenador*» o «*industrializador*». Pero también se la puede «*domesticar*» si en lo «nuevo de la técnica» no se ensancha aquella dignidad. Máxime si hoy la *formación y profesionalización* del «agricultor» es ya una forma de *ensanchamiento* de la educación generalizada, permanente y comprensiva del hombre mismo. No estamos en una alternativa, porque la «*Agricultura no ha muerto*», es «nueva», siempre que lo *humano-familiar-educacional no le sea ajeno* (*).

(*) Doy algunos datos complementarios tras la celebración del XII Congreso Europeo de Derecho Rural, coincidiendo con la reunión del Comité mencionado. Fueron los días 11 al 14 de mayo de 1983. Dos comisiones básicas. La I sobre «La organización del crédito agrícola y los instrumentos jurídicos para el financiamiento de la empresa agrícola». Era su presidente el Profesor español JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, llevando el *raport* de España el Profesor SANZ JARQUE (a quien por cierto se le impuso una de las primeras medallas de oro del Comité Europeo). El informe general fue realizado por JOELL HUÉ y CLAUDE ROSENDEL. Se trata de un estudio comparado de los distintos tipos, modalidades y sistemas crediticios para la agricultura, buscándose siempre la agilidad, la flexibilidad, los supuestos de bonificación (en razones de edad, clasificación profesional del empresario agrícola, etcétera). Abundaban las consideraciones sociales, pero no las políticas. Como juristas, *el respeto a la Norma y a la propia instrumentación jurídico-registral*, era la pauta general.

La II Comisión versaba sobre «Las nuevas producciones agrícolas y la reglamentación del Derecho rural nacional y comunitario». Era el tema —con gran expectación— de la *Nueva agricultura* (a esta comisión aportamos nuestra comunicación). El *raport* general corrió a cargo de ERNST MASSAUER (Austria). Fue una exposición de gran altura científica porque llevó el tema de las «nuevas producciones» al terreno e interrogante de si cabe, o cabrá, dar un concepto global, «nuevo», a la Agricultura y al Derecho agrario. Hasta qué punto esa nueva realidad supone o no un *prius* jurídico, o al contrario, deben ser las normas positivas, con definiciones abiertas, las que contribuyan a la decantación terminológica y jurídica.

Hubo destacadas intervenciones: GOTZEN (Bélgica) hizo un catálogo no exhaustivo de esas «nuevas producciones» agrarias (caracoles, prospecciones de agua, explotaciones madereras y de caballos, ranas, piscicultura, floricultura y otras hidrográficas), estimando que el Derecho debe alcanzar a todas ellas, aunque reconociendo que la «explotación agraria» es algo más que un concepto jurídico, pues lo es también social y económico. WINKLER (Alemania) apuntaba abiertamente a un Derecho Especial agrario, con incidencia en el Derecho Comunitario, a la vista de la menor importancia del «suelo»; y sí en cambio una mayor afectación al «consumo» y al factor «alimentario», al propio tiempo que el elemento «trabajo» quede en un segundo lugar, dentro de lo que hoy es «empresa agraria». BALLARÍN (España) recordó el Tratado de Roma en el replanteamiento de lo que supone una defensa del consumidor, lo que debe reconducir a un nuevo Derecho agrario o «Derecho agrario-alimentario», con nuevos principios que comprendan el mundo rural, lo protejan, al tiempo que se contemplen los derechos de los consumidores. MENASSEYRE (Francia), CASADEI (Italia) y HALLER (Luxemburgo) se refirieron al campo de las «nuevas producciones» en sus países que afectan al mundo vegetal —perfumes y medicamentos, por ejemplo— o al animal —criaderos de anguilas, ranas, ostras, etcétera—, resaltando el factor «económico» que mueve al hombre que produce y a su propio *status*. Naturalmente, todos estos supuestos «productivo-agrarios» implican

una incidencia o un replanteamiento de no pocas cuestiones. Por ejemplo, la política proteccionista de «precios» agrícolas, la seguridad social, la normativa mercantil o comercial, etc.

SELVIVIK (Noruega) insistió en el pragmatismo de lo agrario, que obedece además a condicionamientos naturales o geográficos, por lo que la relación de esas «nuevas producciones» no puede tener carácter exhaustivo. HOLZER (Austria) entendió que el Derecho debe sentirse «neutral» y abierto ante una nueva agricultura, como apuntó también HUNNIGS (de Londres). PFENNINGER (Suiza) volvió a elevar el tono desde el plano jurídico diciendo que había que ir previamente a una *lógica y metodología de conceptos*. ¿Es que el derecho llega tarde?, se preguntó. A partir de esa distinción lógico-metodológica creía que se estaba más cerca de analizar las implicaciones que en el ámbito de la fiscalidad, los seguros, lo laboral, etc. Esa nueva agricultura comporta —se mantenga o no— la tradicional definición de Derecho agrario. En realidad —estimamos nosotros—, se trata de un *nuevo ámbito* del Derecho agrario, que es algo más que un conjunto de normas sobre estructuras agrarias cerradas. Hay una conexión interdisciplinaria que está o debe estar amparada por ese *Derecho Natural de contenido dinámico*, que puede cubrir —en los primeros momentos— el hueco o la aparente laguna legal. Se trata de una aproximación del mundo rural al mundo no rural, e incluso pone a prueba las posibilidades de la Naturaleza y su recreación por el hombre mismo y a su servicio.

Anoto, finalmente, la altura y serenidad de los cerca de 800 congresistas, la ausencia de ideologización política, la cordial y la buena hospitalidad de Italia. (Vimos al Profesor AGUSTÍN DE LUNA, en nombre de la Asociación Catalana de Derecho Agrario, cuya intervención, como la de otros españoles, no reseñamos en este momento.) Entre la documentación aportada queremos destacar la obra del doctor B. BENDEL: *Agrarrecht*, Munich, 1982, que es una información bibliográfica (Sammelregister, 1971-1981), ordenada por autores y temas, subdivididos en cuatro grandes capítulos: A) Aulsätze, B) Rechtsprechung, C) Sachregister y D) Gesetzregister.

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

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

POR JUAN MANUEL REY PORTOLÉS

AUNQUE EL COMISARIO CONTADOR-PARTIDOR CUENTA ENTRE SUS INTRÍNSECAS FACULTADES LA DE ENTREGAR LEGADOS, LA PROTECCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS EXIGE QUE, EXISTIENDO ÉSTOS, PRECEDA A LA INSCRIPCIÓN DE ESCRITURAS DE ADJUDICACIÓN O ENTREGA DE LEGADOS INMOBILIARIOS ESPECÍFICOS PROPIOS DEL TESTADOR O LA LIQUIDACIÓN Y PARTICIÓN GENERAL DE LA HERENCIA O EL CONSENTIMIENTO DE LOS HEREDEROS FORZOSOS.—Resolución de 27 de febrero de 1982 (*Boletín Oficial del Estado* del 8 de abril).

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Vigo don Luis Solano Aza contra la negativa del Registrador de la Propiedad de la misma localidad a inscribir una escritura de adjudicación de inmuebles, en virtud de apelación del recurrente;

Resultando que don Guillermo Penalba Domenech falleció en diciembre de 1965 bajo la vigencia del testamento abierto que había otorgado en Vigo el día 14 de diciembre de 1964 en el que instituía heredero universal a su hijo José María, dejando reducida a su legítima estricta la parte de su otra hija Elvira; que además ordenó una serie de legados a cuatro de sus nietos, además de uno a su hermana, otro a su esposa y un último a su hijo y heredero José María; que los legados hechos a favor de sus nietas María Victoria y María Teresa consistían en dos inmuebles en los que se señalaba la parte de cada uno que se había de adjudicar a sus respectivas

nietas, y, finalmente, designaba comisario contador-partidor al Letrado en esta ciudad, don Juan Baliño Ledo, al que le inviste de las más amplias facultades para la práctica de todas las operaciones de su herencia, en la que prohíbe terminantemente la intervención judicial, con prórroga del plazo legal por dos años más a contar desde la fecha en que sea requerido; que con fecha 25 de septiembre de 1980, la nieta doña María Victoria Raposeiras Penalba requirió notarialmente al comisario contador-partidor designado en el anterior testamento para que procediese a la entrega de los bienes que constituyen el legado, dispuesto a su favor; que el día 10 de noviembre de 1980 compareció don Juan Baliño Ledo ante el Notario de Vigo don Luis Solano Aza, otorgando escritura de adjudicación de bienes en favor de las dos legatarias doña María Victoria Raposeiras Penalba y doña María Teresa Penalba Cameselle;

Resultando que presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad, fue calificada con la siguiente nota: «Devuelto hoy para inscribir las fincas adjudicadas a doña María Victoria Raposeiras Penalba, se deniega la inscripción por observarse el defecto insubsanable de no haberse otorgado la escritura de entrega, conforme exigen los artículos 885 del Código Civil y 83 del Reglamento Hipotecario, por los legatarios y herederos. Se precisa la intervención de estos últimos por no haber sido facultado el contador-partidor para entregar los legados en el último testamento del causante que se acompaña. Dada la índole del indicado defecto, no procede tomar anotación por suspensión, que tampoco ha sido solicitada. Vigo, 27 de abril de 1981»;

Resultando que por el Notario autorizante de la escritura don Luis Solano Aza se interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: que no ha existido infracción del artículo 885 del Código Civil ya que la legataria no ocupó las fincas legadas por su propia autoridad, sino que solicitó su entrega al comisario; que tampoco se ha incumplido el artículo 83 del Reglamento Hipotecario puesto que las adjudicaciones de los bienes legados era de la libre disposición del causante y resultaba innecesario el consentimiento de otros interesados; que es inexacto que el contador-partidor no estuviera facultado por el testador para poder adjudicar los bienes legados, ya que en el nombramiento se le invistió de las más amplias facultades para la práctica de todas las operaciones de la herencia, sin que sea necesario, pues, que el testador manifestase enunciativamente tales facultades; que, conforme al artículo 901, del Código Civil, las facultades que el testador puede conceder a los albaceas son las mismas que aquél tuviese, desde el pago de deudas y legados hasta la formalización de la partición, sin otro límite que el de no perjudicar la legítima de los herederos forzosos; que la doctrina señala que los contadores-partidores no están concebidos como cosa distinta de los albaceas, y entre sus facultades incluyen la adjudicación de bienes, es decir, atribuir o asignar a cada coheredero y, en su caso, legatario o legatarios, en pago de su haber los bienes hereditarios; que si el testador en vez de haber legado a su nieta ciertos bienes hubiera dicho que la mejoraba adjudicándole los mismos bienes, no podría haberse planteado ningún obstáculo a su inscripción en el Registro; que la nota que se recurre, al exigir la intervención de herederos y legatarios, ignora que tal otorgamiento es invariable ya que uno de los herederos quedó reducido a su legítima estricta, razón por la que se viene negando reiteradamente a tal otorga-

miento; que, conforme al artículo 675 del Código Civil, la voluntad del testador fue la de que se adjudicaran a su nieta ciertas fincas, que tal adjudicación la realizara el Comisario y que el Juzgado no pudiera intervenir en tal adjudicación; que para el supuesto de otorgarse la escritura de entrega de legados, bien por los herederos, bien por el Juzgado, o el Registrador rectificase la nota, solicita que se prosiga el recurso a efectos doctrinales;

Resultando que por el Registrador de la Propiedad se dictó el correspondiente informe, en el que se alegó: que la primera cuestión a que se refiere el presente recurso estriba en determinar si es precisa la delegación expresa por el testador de la facultad de entregar legados de cosa inmueble, cuestión que ha sido resuelta por Resolución de la Dirección General del día 12 de julio de 1974, a la que se remite; que la segunda cuestión que se debate es la referente a la necesidad o no de la aceptación del legatario, y que la Resolución de 24 de mayo de 1930 equiparó a las adquisiciones por título lucrativo por actos *inter vivos* con aplicación del artículo 629 del Código Civil que exige la aceptación del donatario; que el recurrente quiere equiparar el requerimiento hecho por la legataria al contador-partidor con la aceptación, aunque debe destacarse que teniendo la nota recurrida fecha de 27 de abril y la copia del acta de requerimiento la de 12 de mayo, el Registrador no tuvo conocimiento fehaciente de tal acto; que al verificarse la entrega de legados antes de la partición, no puede saberse si todos los legados ordenados en el testamento agotan el caudal hereditario; que verificándose en la escritura referida diversas operaciones hipotecarias de agrupación y división de fincas, no puede saberse si la legataria acepta que la finca adjudicada es la que efectivamente le legó el testador;

Resultando que el Presidente de la Audiencia dictó auto confirmando la nota calificatoria, alegando análogos fundamentos a los expuestos por el Registrador;

Resultando que el Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial alegando: que con vulneración del artículo 117 del Reglamento Hipotecario, el Registrador añade en su informe nuevos defectos a la escritura calificada; que en el supuesto de la Resolución de 12 de julio de 1974, los albaceas contadores-partidores eran nombrados simplemente con «todos los derechos y obligaciones anejos a dicho cargo»;

Vistos los artículos 813, 817, 858, 882, 885, 901, 902, 906, 1.025, 1.027 y 1.057 del Código Civil, 42, 7.º, y 47 de la Ley Hipotecaria, y 83 del Reglamento para su ejecución, la sentencia de 24 de marzo de 1928 y las Resoluciones de este Centro de 7 de abril de 1906, 19 de mayo de 1947, 19 de noviembre de 1952, 8 de marzo de 1965, 25 de mayo de 1971 y 12 de julio de 1974;

Considerando que ciñéndose exclusivamente al defecto señalado en la nota, al no poderse entrar de acuerdo con el artículo 117 del Reglamento Hipotecario más que en las cuestiones que se relacionan directamente con la calificación del Registrador, en este expediente procede examinar si en la escritura de entrega de legado discutida era necesaria o no la intervención de los legatarios y herederos al interpretar en forma contrapuesta Notario y Registrador el contenido de la cláusula octava del testamento del causante relativa al nombramiento y facultades del Comisario designado;

Considerando que al tratarse de un legado de cosa específica y deter-

minada, propia del testador, la legataria ha adquirido la propiedad del inmueble, según el artículo 882 del Código Civil, desde el instante mismo de la muerte del causante, pero al no poder ocupar por sí misma la cosa legada necesita pedir su entrega al heredero o albacea, cuando éste se halle autorizado para darla, conforme establece el artículo 885 del mismo Cuerpo legal;

Considerando que examinada la cláusula octava del testamento del causante aparece que la persona designada lo ha sido con el carácter de comisario contador-partidor investido de las más amplias facultades —es decir, las del art. 1.057 del Código Civil— para la ejecución de todas las operaciones de la herencia desde el inventario y avalúo de los bienes hasta su adjudicación y entrega a herederos y legatarios, como indica la sentencia de 24 de marzo de 1928, por lo que en principio, y de no existir algún otro obstáculo, hay que entender que la persona designada tiene facultad para realizar la operación de entrega discutida;

Considerando que la facultad concedida al testador en los artículos 858 y 859 del Código Civil para gravar a los herederos con mandas y legados se halla limitada, cuando existen herederos forzosos, por los artículos 813 y 817 del mismo Cuerpo legal, al disponer que no puede aquél privar de su legítima a los herederos sino en los casos expresamente determinados por la Ley, ni imponerle sobre ella gravamen, condición, ni sustitución de ninguna especie, y que las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de dichos herederos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fuesen inoficiosas o excesivas;

Considerando que como ya declaró la Resolución de 7 de abril de 1906, de las citadas disposiciones lógicamente se deduce que aun cuando la entrega de los legados puede hacerse por los albaceas, si éstos se hallan autorizados para ello por el testador, por permitirlo así el artículo 885 del Código Civil, para que aquélla pueda tener lugar, debe proceder (¿se quiso decir preceder?) la liquidación y partición general de la herencia, porque solamente de este modo puede saberse si dichos legados se encuentran dentro de la cuota de que puede disponer el testador, y no se perjudica por tanto la legítima de los herederos forzosos, a no ser que los expresados herederos concurren también a la entrega o manifiesten su conformidad con que ésta se efectúe sin cumplir dicha formalidad, pues al constituir una garantía y un derecho en favor de los mismos, claro es que pueden renunciar a él, si tienen la necesaria capacidad legal;

Considerando que frente a lo expuesto no puede prevalecer la circunstancia de que por tener el contador-partidor nombrado la calidad de comisario, con las atribuciones que le confiere el artículo 1.057 del Código Civil, está autorizado para prescindir de dicha formalidad, pues aun cuando esta Dirección tiene establecida la doctrina de que las particiones efectuadas por los comisarios deben estimarse subsistentes, sin necesidad de que los herederos forzosos las aprueben con su consentimiento, mientras aquéllas no se rescindan judicialmente, tal facultad no elude la obligación, según se deduce de lo antes indicado, de verificar la partición antes de hacer la adjudicación de los bienes hereditarios a los que hayan de tener participación en los mismos, así en concepto de herederos como en el de legatarios, lo que no obsta para que una vez verificada hayan de pasar por ella los interesados, mientras no se rescinda judicialmente a su instancia;

Considerando que en el presente caso, en donde a la hija del causante se le deja la estricta legítima y al otro hijo se le instituye heredero universal, y a la vez se ordenan una serie de legados a otros descendientes, así como otro a la esposa del testador, y aún otro más a su hermana, y sin que haya precedido a la escritura de entrega calificada, la liquidación de esta herencia con las operaciones que lleva consigo para saber si está adecuada a los derechos de cada interesado, y no haber por último concurrido a su otorgamiento los herederos del de *cuius*, para prestar su conformidad, conforme antes se indicó, ni tampoco han comparecido las dos legatarias para percibir la cosa legada, hay que estimar que adolece de esta falta o defecto.

Esta Dirección General ha acordado que con revocación parcial del auto apelado, procede confirmar la nota del Registrador excepto en lo relativo al apartado final de su primer párrafo.

Lo que, con devolución del expediente original, comunica a vuestra excelencia para su conocimiento y efectos.

Madrid, 27 de febrero de 1982.—El Director general, *Fernando Marco Baró*.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de La Coruña.

Comentario.—En el análisis de la precedente Resolución proyecto abordar los siguientes extremos: 1) En primer lugar procuraré glosar los pormenores más significativos del recurso: repaso de los hechos, posturas del Notario y del Registrador, extralimitación del Centro Directivo, etc.; 2) en segundo término, deseo encontrarle a esta Resolución su auténtica perspectiva y significado dentro de la farragosa línea jurisprudencial citada en el Vistos; 3) en tercer lugar comentaré las dos afirmaciones básicas que se destilan del fallo, a saber: *a)* la de que el contador-partidor cuenta entre sus facultades intrínsecas la de entregar legados, pero *b)* siempre que previa o simultáneamente efectúe la íntegra partición del caudal relicto, y 4) finalmente, me referiré, con brevedad suma, al reformado artículo 81 del Reglamento Hipotecario, precipitado normativo en que, junto a soluciones ya conocidas, han desembocado sin demasiada fortuna no sólo el precedente jurisprudencial que ahora analizo, sino otros aledaños que reseñaré al paso.

I. En el caso de esta Resolución, el testador, amén de otros varios, ordenó dos legados de cosa específica inmobiliaria de su propiedad a favor de dos de sus nietas, instituyó heredero a su hijo, *«dejando reducida (¿legado?) a su legítima estricta la parte de su otra hija»* y nombró un comisario contador-partidor (1), al que *«invistió de las más amplias facultades para la práctica de todas las operaciones de su herencia»*. Otorgada escritura por este último exclusivamente, a requerimiento (*dies a quo* de su cargo) de una de las dos nietas, con el único objeto, al parecer, de adjudicar a la requirente y a su prima los inmuebles a ellas dejados, se objetó el defecto de «no haberse otorgado la escritura de entrega...

(1) Advierto que para mí y frente a posturas minoritarias y casi abandonadas son idénticas las figuras del comisario y del contador-partidor, utilizando indistintamente en el texto ambas denominaciones para designarlo. En cambio, la presente Resolución parece seguir el obsoleto criterio iniciado por las Sentencias de 24 de marzo de 1928 y 3 de diciembre de 1931, y tampoco ausente de la Resolución de 12 de julio de 1974, ya que en su penúltimo considerando da la impresión de considerar la de comisario como una calidad añadida a la condición de contador-partidor.

por los legatarios y herederos», dado que el contador-partidor no había sido facultado expresamente para entregar legados.

El Notario autorizante recurre alegando principalmente que el contador sí estaba facultado para la entrega, puesto que se le invistió «de las más amplias facultades para la práctica de todas las operaciones de la herencia», entre las cuales se encuentran, sin duda, la de atribuir o asignar a cada coheredero y, en su caso, legatario o legatarios, en pago de su haber, los bienes hereditarios (2).

El Registrador en su Informe aborda intermitentemente dos órdenes de cuestiones: A) Por un lado defiende que el contador no expresamente facultado para entregar legados no puede *per se* pretender esa facultad: 1.º porque así se desprende de la Resolución de 12 de julio de 1974, a que luego me referiré, aunque avanzo ahora que su doctrina sobre las facultades traditorias (3) del comisario dista mucho de ser definitiva, y 2.º, porque «al verificarse la entrega de legados antes de la partición, no puede saberse si todos los legados ordenados en el testamento agotan el caudal hereditario» (este segundo razonamiento rectifica la línea argumental del anterior: ya no se afirma que el comisario simple no pueda entregar legados, sino que no puede entregarlos *ahora*, es decir, antes de proceder a la íntegra partición del *relictum*). B) Por otro lado, añade que, en todo caso, hubiera hecho falta para la inscripción de la escritura calificada la aceptación de la legataria requirente: 1.º porque la Resolución de 24 de mayo de 1930 pareció asimilar la aceptación de legados a la aceptación de donaciones (4); 2.º porque como la entrega del legado precisaba de varias operaciones registrales previas —agrupación y división de fincas— no puede saberse si el legatario estaría conforme con esta especificación, y 3.º porque, aun pretendiéndose que el requerimiento que la legataria formuló al contador equivalía a una aquiescencia anticipada a su actuación, la copia del acta de requerimiento está fechada varios días después de la

(2) A robustecer ese aserto se dirigen las citas del artículo 83 (antiguo) del Reglamento Hipotecario y 901 y 675 del Código Civil. El resto del escrito de interposición del recurso, tal y como lo resume la Dirección, se limita a descubrirnos el dato de que la legitimaria no mejorada se negaba a subsanar el defecto objetado y a aducir un razonamiento que me parece inexacto: «si el testador —se afirma— en vez de haber legado a su nieta ciertos bienes hubiera dicho que la mejoraba adjudicándole los mismos bienes, no podría haberse planteado ningún obstáculo a su inscripción en el Registro». Dependiendo del título de atribución de la mejora, puntualizo yo, pues no siendo ésta sino un fin, si se la canalizó no por vía de institución, sino de legado, aún específico, el problema hubiera sido idéntico al planteado.

(3) Empleo el término tradición para referirme a la entrega de legados en un sentido lato y no estrictamente técnico, pues ya enseñaba ROCA SASTRE en su *Derecho hipotecario*, tomo III de la 7.ª edición, Bosch, Barcelona, 1979, pág. 836, y en sus notas al KIPP, tomo V-1.º, ed. 1976, pág. 557, que la entrega de la cosa legada al legatario es una mera «puesta en posesión carente del alcance traslativo de la tradición del artículo 609 del Código Civil, pues (en el caso del art. 882 del Código Civil) la propiedad ya es del legatario con anterioridad».

(4) Lo que realmente afirmó dicha Resolución fue que para repudiar un legado deferido sucesivamente a un menor y a las Conferencias de San Vicente de Paúl por parte de la titular de la patria potestad de aquél y del órgano de actuación de éstas, no se precisaba la autorización judicial prevenida, para sus respectivos casos, por los artículos 164 (versión anterior) y 993 del Código Civil. Y si para sostener la ilícita actuación unilateral de la madre el Centro Directivo continuó el criterio sobre repudiación de atribuciones gratuitas iniciado por la Resolución de 25 de agosto de 1925, consagrado por el párrafo segundo del artículo 178 del Reglamento Hipotecario, versión 1947 (respetada en 1959), y por la Ley 64 de la Compilación navarra, pero rectificado por el artículo 166, 2, actual del Código Civil y antes, en su ámbito, por el artículo 14, 2, de la Compilación aragonesa, para admitir la decisión autónoma de la Junta de Señoras de aquellas Conferencias, la Dirección, efectivamente, entre otros argumentos, adujo que el artículo 993 del Código Civil sólo se refiere a la repudiación de la «herencia», afirmando incidentalmente que «la repudiación de los legados se ha desenvuelto constantemente sobre bases distintas a las aplicables en la repudiación de la herencia»; pero de ahí a que en las adjudicaciones de legados por el contador sea precisa la aceptación del atributario por aplicación extensiva del artículo 629 del Código Civil, media una cierta distancia que el Registrador pretendió minimizar. Es dudoso si la Dirección le secundó en su audacia, dado el tono sibilino de las últimas palabras del postre considerando.

nota calificatoria, por lo que parece que no se tuvo ni se pudo tener presente a la hora de redactar ésta.

Ante ello, el Notario, al alzarse de la decisión presidencial, denunció vulneración del artículo 117 del Reglamento Hipotecario por predicarse de la escritura calificada «nuevos defectos» en el Informe y seguramente también en el auto de la Audiencia, y la primera parte del considerando inicial viene a darle formal satisfacción pretendiendo centrar la controversia sobre las «cuestiones que se relacionan directamente con la calificación del Registrador».

De todos modos, si bien se mira, el defecto alegado en la nota fue la falta de otorgamiento de la escritura de entrega *por los legatarios y herederos*, aunque sólo se dan razones del porqué de la pretendida necesidad de la intervención de estos últimos; *ergo*, el defecto, aunque aparentemente formulado como único, en realidad era doble: por un lado, no concurrían los herederos y, por otro, tampoco lo hacía la legataria requirente. De ahí que toda la línea argumental del Registrador informante en torno a la necesidad de aceptación de la entrega por la legataria no pueda considerarse estrictamente como una *nova quaestio*. El embrión de ese defecto se encontraba ya en la nota y no debe considerarse infracción del artículo 117 del Reglamento Hipotecario su desenvolvimiento ulterior. Pero, en cambio, sí puede reprocharse a ese escueto aspecto de la nota el no ajustarse al antiguo artículo 106 del propio Reglamento (5) que exigía expresar, además del defecto que contuviera el título, los motivos en que se basaba la calificación y el alcance de ésta a juicio del Registrador.

Inversamente, habiéndose objetado la falta de concurrencia de los herederos por no haber sido facultado el contador-partidor para entregar legados sí que rebasa los límites de la *litis contestatio* (permítaseme esa licencia expresiva) el aducir que «*al verificarse la entrega de legados antes de la partición, no puede saberse si todos los legados ordenados en el testamento agotan el caudal hereditario*». Quizá fuera esa la nueva cuestión que reprocha el Notario apelante y no le faltaba razón, pero la Dirección, curiosamente, parece entender que el defecto extemporáneo era el otro, el de la falta de aceptación por la legataria (al que de todos modos alude solapadamente al final) y no la nueva faceta del primero, a saber la necesidad de previa liquidación del íntegro caudal relicto. Tan poco imprecendente le parece esta nueva vía argumental que, despachando en un escueto tercer considerando el problema básico de si el mero contador puede entregar legados, dedica casi el resto del fallo a razonar el obstáculo de la previa partición que, como digo, sí que me parece una *quaestio nova* en la que la Dirección, pese a su aserto inicial, no tiene ningún rebozo en penetrar.

En efecto, el considerando inicial, cobijándose paradójicamente en el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, centra el debate en los términos que le venían de la instancia, a saber, si para la entrega de un legado inmobiliario específico (6) era necesario o no la intervención de la legataria y herederos, toda vez que el concurso de éstos era imprescindible,

(5) Artículo hoy, de modo inexplicable, sólo insuficientemente suplido, creo, por el artículo 434, párrafo tercero, del Reglamento Hipotecario.

(6) Es problemático decidir hasta qué punto se trataba realmente de un legado de cosa, más que específica (cuya antítesis sería la genérica) suficientemente especificada, a la vista de las previas operaciones de modificación de entidades hipotecarias que fueron precisas para concretarla. Repárese en la dualidad de adjetivos del artículo 882 (legado de cosa «específica y determinada»), en cuyo «*Tatbestand*», con todo, considero incluido el supuesto del expediente.

según el Registrador, para aquella entrega, por carecer el comisario de facultad al respecto.

Y esa cuestión medular viene resuelta, con cita desafortunada de una sentencia del Tribunal Supremo y a pesar de la dubitativa Resolución de 12 de julio de 1974 aducida en la apelación y en el Vistos (luego resumiré esa referenciada jurisprudencia) en el sentido de que el comisario contador-partidor se halla facultado *per se* para todas las operaciones de la herencia «desde el inventario y avalúo de los bienes hasta la adjudicación y entrega a herederos y LEGATARIOS».

De haber constado la Resolución que comento de sólo estos dos considerandos primero y tercero (el segundo es pura recitación de preceptos legales), la razón debería habérsele dado al Notario recurrente, que en todo momento partió de la premisa de que entre las facultades intrínsecas del contador-partidor se cuenta la de entregar legados.

Pero he aquí que con gran sorpresa y con cierta vulneración, ahora irrecurrible, del artículo 117 del Reglamento Hipotecario, del que se acababa de hacer protesta de acatamiento, el Centro Directivo desentierra la antigua doctrina de la Resolución de 7 de abril de 1906 (7) y objeta a la inscripción del documento examinado un defecto que no se relacionaba «directa e inmediatamente con la calificación del Registrador» ni con el motivo en que se basaba la misma (antiguo artículo 106 del Reglamento Hipotecario), cual era la falta de previa partición total por el comisario a fin de saber si los legados «se encuentran dentro de la cuota de que puede disponer el testador, y no se perjudica por tanto la legítima de los herederos forzosos». Es verdad que una cierta relación sí guarda con el debate de la instancia, porque de no preceder la partición íntegra —como en el caso del expediente— una de las maneras de hacer inscribible la entrega aislada del legado sería haber hecho concurrir a ella a los herederos forzosos del testador, herederos cuya incomparecencia constituía la base del reproche del calificador. Pero, si bien guarda una cierta relación, es indudable que ésta no es «directa e inmediata», como exige el artículo 117, ni resulta congruente con el motivo explicitado de la calificación: En ella no se objeta la incomparecencia de los herederos (8) porque al faltar la partición total se puedan lesionar sus derechos, sino porque el contador no se halla autorizado para entregar legados y se hace preciso acudir a los sujetos que señala el artículo 885 del Código Civil.

Pero, en fin, abandonando el tema de la incongruencia del fallo al salirse de los límites en que quedó cerrada la controversia, queda por destacar para concluir su resumen estas tres observaciones:

1.ª Que en el penúltimo considerando se afirma, en un afán de lógica interna, que la doctrina de la necesaria previa partición total es perfectamente compatible con la de la inscribibilidad de las particiones llevadas a cabo unilateralmente por el Comisario sin necesidad de la conformidad de los herederos forzosos (criterio iniciado por la importante Resolución de 22 de enero de 1898 y secundado por un rosario de similares); compatibles sí que parecen ambas doctrinas, coherentes no tanto, porque, como

(7) Como luego pondré de relieve transcribe de ella tres considerandos íntegros: el segundo, el cuarto y el quinto.

(8) En la nota no se los adjetiva de «forzosos», como luego precisa la Dirección, evidenciando su giro argumental.

destacaré luego, no se puede desconfiar del comisario a unos efectos y sí a otros.

2.ª Que en el último considerando, como suele ser habitual, se sitúa la premisa menor del silogismo jurisprudencial y se extrae la correspondiente conclusión: que el título calificado adolece de la falta o defecto objetado. Pero entre una y otra la Dirección intercala una frase («ni tampoco han comparecido las dos legatarias para percibir la cosa legada») que llena de perplejidad al lector. ¿Significa que, en contra de lo que se acaba de afirmar en el considerando anterior acerca de la posible actuación unilateral del comisario, es precisa la aceptación o, por lo menos, la recepción (o «percepción» como dice la Resolución) de la cosa legada por la legataria a fin de tener expedita la vía del Registro? ¿Se está subrepticamente dando por buena la conclusión que el Registrador extrajo, forzadamente en su Informe, de la Resolución de 24 de mayo de 1930? ¿Es un desliz sin mayor significación? Por mi parte, y mientras no encuentre razones de peso para pensar lo contrario, consideraré ese inciso como un *lapsus calami* en su estricta significación latina (de «labor» = deslizarse); es decir, como un corrimiento querido, pero impremeditado de la pluma del juzgador (permítaseme de nuevo esta licencia expresiva), al que, por falta de desarrollo argumental, no cabe darle mayor importancia. Tan impremeditado parece que ha sido expresamente desautorizado por el nuevo artículo 81, b), del Reglamento Hipotecario al que luego me referiré.

Y 3.ª Que en el acuerdo final nos quedamos sin saber exactamente qué parte de la nota calificatoria ha sido confirmada y cuál no, puesto que se exceptúa de la convalidación *«lo relativo al apartado final de su primer párrafo»*. Mas he aquí que en la versión del *Boletín Oficial* la nota aparece integrada por un único párrafo entendido, cual enseña el diccionario, como *«cualquiera de las divisiones de un escrito o impreso, en que después de punto final se pasa a otro renglón»*. Por un lado, no parece serio estimar inconfirmados el lugar y la fecha de estampación de la nota. Por otro lado, de referirse la excepción a la improcedencia de la anotación de suspensión, toda vez que la concurrencia de los herederos (¿forzosos? ¿y de la legataria?) subsanaría el defecto alegado, se incidiría en incongruencia por cuanto el carácter insubsanable del defecto se había destacado en la primera frase (a través de ese adjetivo y del verbo «denegar») y la inviabilidad de la anotación suspensiva era una mera consecuencia. Finalmente, si por párrafo se entiende cualquier proposición cerrada por un punto, aunque sea seguida inmediatamente de otra, lo carente de confirmación sería ¡el defecto básico triunfante en el fallo!, o, sea el *«no haberse otorgado la escritura de entrega, conforme exigen los artículos 885 del Código Civil y 83 del Reglamento Hipotecario, por los legatarios y herederos»*. De ser así la Dirección estaría reconociendo paladinamente, si no su *ultra petita*, sí la sustitución del fundamento jurídico de la denegación. Como cualquier suposición conduce a conclusiones extrañas prefiero no aventurarme por ninguna hipótesis y considerar, hasta que quizá la próxima edición del Anuario despeje la incógnita, que el acuerdo fue básicamente de confirmación de la nota, salvo en algún aspecto marginal y desdénable.

II. La presente Resolución, a pesar de todas las deficiencias apuntadas, ha venido, por fin, a despejar la duda acerca de si el contador-partidor

en cuanto tal, puede entregar legados, duda, por lo demás, estimo que absolutamente desvanecida por el nuevo artículo 81 del Reglamento Hipotecario que, aparte de insistir en esa posibilidad que ya se traslucía de su precursor, el antiguo artículo 83, ha pretendido sistematizadamente atenerse «a las soluciones marcadas por la jurisprudencia y basadas en la imposibilidad de perjuicio a los legitimarios» (del párrafo quinto de la Exposición de Motivos del Real Decreto 3.215/1982, de 12 de noviembre).

Pero, prescindiendo del dato normativo ulterior, al que luego, como anticipé, dedicaré dos palabras, la Resolución que comento tuvo hasta entonces una indudable trascendencia al apartarse de la línea que aparentemente apuntó la de 12 de julio de 1974.

En efecto, pese a que en el Vistos se reseña una sentencia y seis Resoluciones, un análisis cuidadoso de las mismas descubre que sólo la de 1974 afronta idéntica problemática que la que ahora nos ocupa (9), a saber, si

(9) En el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1928 (Jurisprudencia civil, Colección completa publicada por la R. G. L. y J., tomo 182, 3.º, de 1928, correspondiente al mes de marzo, Madrid, Ed. Reus, 1930, págs. 647 a 657), habiendo fallecido la causante bajo testamento en el que instituía herederos por partes iguales a su madre y a su esposo, únicos legitimarios con que contaba, y en el que nombraba un albacea «con todas las facultades de contador-partidor», se otorgó un cuaderno particional exclusivamente por el viudo y dicho albacea en el que, leoninamente, se adjudicaban todos los bienes inventariados al esposo superviviente, pretextando la existencia de unas deudas que absorbían todo el activo ganancial. La coheredera y madre de la causante impugnó el aludido cuaderno (en el que, como se ve, no se pasó de la fase de liquidación de gananciales, toda vez que con las pseudodeudas no quedó *relictum* líquido) y su pretensión, inatendida en primera instancia, fue acogida en la Audiencia, sin que el Tribunal Supremo estimara el subsiguiente recurso de casación. En él se alegó infracción del artículo 1.057 del Código Civil, pero el Alto Tribunal desechó el motivo porque el referido artículo tiene dos párrafos, «y como el segundo (que hoy es el tercero) es indudable que se refiere únicamente al comisario y no a todos los albaceas o contadores-partidores a que alude el primero, y las funciones de aquél son especiales y diferentes de las de éstos, siquiera tengan mucho de común entre uno y otros, es indudable que la Sala sentenciadora, dándole a este artículo su verdadero sentido, con acierto ha declarado nula la partición hecha por el hoy recurrente, viudo de la testadora, y por el albacea que la misma designó, por no haber intervenido en el inventario la madre de la repetida testadora, que, como heredera legitimaria, tenía perfecto derecho a intervenir en dicha partición...».

Como puede apreciarse, el Supremo, para advenir a una justa solución material antiexpoliatoria, se ve obligado a hacer encaje de bolillos con los conceptos iniciando la distinción, a que me referí en la nota 1, entre comisario de un lado y albacea o contador-partidor de otro, de suerte que la posible actuación unilateral partitiva sólo se la reconoce al primero y no a los segundos. En otras palabras, a pesar de que al albacea se le nombró en el testamento «con todas las facultades de contador-partidor», los magistrados niegan (¿y el art. 901 del Código Civil?) que su actuación pueda cobijarse bajo el manto inmunizante del «se observará» del entonces párrafo segundo del artículo 1.057, razón por la cual, y al quedar en presencia de un simple albacea, la partición y la previa liquidación de gananciales debía efectuarse por el viudo y coheredero, de un lado, y por la otra coheredera, que además era legítima, de otro. Mas, en todo caso, la doctrina de esta Sentencia se halla muy lejos de la que le atribuye el considerando tercero de nuestra Resolución. En ella el Supremo no afirma, sino a lo sumo interpretándolo a contrario sensu, que el comisario esté «investido de las más amplias facultades para la ejecución de todas las operaciones de la herencia, desde el inventario y avalúo de los bienes hasta su adjudicación y entrega a herederos y legatarios» (legatarios por demás ausentes de su *species facti*), sino que la *ratio decidendi* de su desestimación del recurso se redujo a negar que el albacea, incluso facultado para partir, pudiera hacerlo por sí solo, sin contar con los herederos.

Las Resoluciones de 19 de mayo de 1947 y de 19 de noviembre de 1952, muy similares entre sí, tampoco entroncan directamente con la que me ocupa en el texto. En la de 19 de mayo de 1947 el testador legó el inmueble en que moraba a la hermana que convivía con él e instituyó herederos en otra casa, así como en el remanente de todos sus bienes, a otra hermana y a dos estirpes de sobrinos. Vendida antes de fallecer esa otra casa, resultó que, tras su óbito, los instituidos carecían de interés en efectuar la entrega del legado, por lo que la legataria otorgó unilateralmente escritura de «aceptación de legado específico y adjudicación de bienes» que la Dirección General, en última instancia, no consideró inscribible, entre otras razones por vulnerar el enunciado claro del artículo 885 del Código Civil, no sin reconocer que para «situaciones en que por la falta de activo hereditario o escasa cuantía del mismo los herederos carezcan de interés para aceptar la herencia y dificultan con su actitud pasiva la entrega de los legados establecidos...», «sería de desear un procedimiento más flexible que impidiera posibles perjuicios», pero siempre «mediante una reforma legislativa». El único parentesco de esta Resolución con la de mi comentario acaso reside en su último considerando que obiter afirma «que la Resolución de 30 de diciembre de 1916, alegada por ambas partes, decidió un caso en que toda la herencia se había distribuido en legados y la inexistencia de herederos, cuyo lugar ocuparon los legatarios para la liquidación del patrimonio, permitió entonces adoptar un criterio tolerante, y a esta misma solución podría llegarse en el caso ahora planteado si justificada debidamente la renuncia de todos los herederos quedase únicamente subsistente el legado, PORQUE NO HABRÍA POSIBILIDAD DE UN PERJUICIO DE LEGI-

entre la «simple facultad de hacer la partición» encomendable a un comisario, se comprende la posibilidad de entregar legados.

La Resolución de 1974, magistralmente comentada por TIRSO CARRETERO (10) y también por BUENAVENTURA CAMY (11), pareció contestar negativamente al anterior interrogante. En ella, legadas tres casas propiedad de la testadora, instituidos seis parientes colaterales y nombrados cuatro *«albaceas contadores-partidores para todos los efectos y con todos los derechos y obligaciones anejos a dicho cargo»*, se otorgó escritura de entrega por estos últimos y la entidad legataria, a la que el Registrador objetó la falta de consentimiento de los herederos *«al no estar expresamente facultados los referidos contadores-partidores para entregar legados de cosa inmueble»*. La Dirección, pese a tratarse de herederos voluntarios, le da la razón porque los albaceas no especialmente facultados carecen de potestad de entrega y porque *«la circunstancia de que los albaceas tengan además la cualidad de contadores-partidores no influye para entenderse alterada la doctrina expuesta —aparte de que en la escritura comparecen únicamente con el primer carácter—, ya que por faltar en el Código Civil una regulación completa de la figura del contador-partidor, la jurisprudencia ha declarado ya, en principio, le serán aplicables las mismas normas del Albaceazgo, si bien teniendo en cuenta la propia función del cargo, que es la de contar y partir, e incluso para que pudieran ostentar*

TIMAS, QUE PARECE SER EL MOTIVO DEL LEGISLADOR PARA IMPEDIR AL LEGATARIO OCUPAR POR SÍ LA COSA LEGADA sin efectuar previamente las operaciones de liquidación de la herencia y conocer mediante ellas si la manda debe quedar íntegramente subsistente o sí, por el contrario, ha de ser reducida e incluso anulada»

La Resolución de 19 de noviembre de 1952 coincide hasta en sus supuestos fácticos con la de 1947. Como en ella, se legaba a una hermana la casa en que moraba la testadora y se instituta herederos a tres estirpes de colaterales. Las únicas variantes, intrascendentes a nuestros efectos, estribaban en que la legataria lo fue sólo en pseudusufructo testamentario, ya que a su muerte el pleno dominio del inmueble debía pasar a una sobrina de la causante y en que se nombraron dos albaceas, contadores y partidores «sin tiempo limitado». La sobrina fideicomisaria, al extinguirse el pseudusufructo, otorgó unilateralmente escritura de aceptación y adjudicación del legado, ante la falta de cooperación de los herederos y de los propios albaceas-contadores, que también fue vetada por el Centro Directivo, según el cual *«la jurisprudencia y la doctrina sostienen igual criterio (de acotamiento a los arts 885 y 440 del Código Civil) PARA MANTENER LA INTANGIBILIDAD DE LAS LEGITIMAS QUE PUDIERAN SER PERJUDICADAS, aunque en casos especiales convisiese, lege ferenda, una fórmula más sencilla que armonizase los derechos del legatario y los herederos»*

La singular Resolución de 8 de marzo de 1965 también discurre por senderos más alejados de los que a primera vista parece. En ella la testadora legó un tercio de su herencia *«para que se emplee en sufragios por su alma y en obras de caridad»* e instituyó herederos de los otros dos tercios a su esposo como usufructuario libre y a los Padres Dominicos como nudo propietarios con cláusula modal. Al mismo tiempo designó un albacea contador-partidor con facultades amplísimas de realización. Capitalizado el usufructo del viudo por acuerdo entre él y dicho albacea, éste entregó una finca a la Parroquia de Alboraya, cuyo representante se obligaba a decir misas y sufragios por el alma de la causante. El único defecto que admitió la Dirección General consistió en que era necesaria la previa división del caudal en dos partes, la de dos tercios destinada a la Orden instituida sub modo y la del tercio restante objeto de un legado parciario en beneficio de su alma, que a estos efectos debía recibir el mismo tratamiento que el haber de un coheredero. Obsérvese que había desaparecido del supuesto el único heredero forzoso y que lo que la Dirección aquí parece prohibir es la partición parcial por el albacea-contador, pero por algún inescrutable motivo distinto de la protección legitimaria.

Finalmente, en la Resolución de 25 de mayo de 1971 la causante, que había distribuido buena parte de su patrimonio mediante donaciones entre sus ocho hijos, legó una finca, que se había reservado, a su marido, facultándole para que tomase posesión de ella por sí mismo *«sin que hayan de entregársela sus herederos, que tienen ya recibido más de lo que por legítima les corresponde»*. El legatario, ya viudo, otorga unilateralmente escritura de toma de posesión de legado autoadjudicándose la finca de referencia. La Dirección General vuelve a dar prevalencia al artículo 885 del Código Civil, que exige la intervención de los herederos, matizando la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1928 (que admitió la atribución y ejercicio de la facultad de autoposesionarse por parte del legatario), en el sentido de que tal criterio no es admisible *«en el supuesto de que existan legitimarios interesados dado el carácter imperativo de las normas legales que protegen sus derechos»*

(10) En esta misma Revista, núm. 505, correspondiente a noviembre-diciembre de 1974, págs. 1459 a 1469.

(11) En la *Revista de Derecho Privado*, enero de 1975, págs. 71 a 74.

las del artículo 1.057 del Código Civil sería necesario una especificación más explícita que en este supuesto no ha tenido lugar».

Pero aunque esta Resolución de 1974 denegó la inscripción de la escritura de entrega del legado, coincido con TIRSO CARRETERO en que su verdadera *ratio decidendi* estaba en esa frase entre guiones del quinto y último de sus considerandos en la que se hacía notar que en la escritura calificada los albaceas contadores-partidores comparecían únicamente con el primer carácter, el de albaceas; y esto era así, aparte de lo que pudiera resultar del apartado sobre intervención del instrumento, por el hecho de que, previa o simultáneamente a la entrega, no habían desempeñado su cometido de partir, sino que se limitaban a efectuar una aislada tradición del legado inmobiliario. De ahí que el admirado comentarista concluyera su glosa exponiendo la creencia de que aquella Resolución no contenía una definitiva y decisiva doctrina interpretativa del artículo 83 del Reglamento Hipotecario y de que la *«única e indudable 'ratio decidendi' está en que antes de una adjudicación en pago de legado, aunque sea específico de inmueble, el albacea contador-partidor debe haber realizado las operaciones particionales imprescindibles para decidir sobre la total eficacia del legado»*.

Por su parte CAMY, sin pretender darle la vuelta, criticó duramente ese aspecto de la Resolución de 1974, que parecía negarle al escueto contador facultades atributivas de legados, pero al igual que TIRSO CARRETERO también coincidió con el fallo por el mismo motivo de faltar la previa o simultánea partición del *relictum*, pues *«si existen legitimarios es indispensable inventariar y liquidar el caudal hereditario, para así poder determinar cuál sea el partible, y a su vista, calificar si el legado es o no inoficioso... y si no existen legitimarios, también hay que realizar previamente ese inventario y liquidación, pues los legados pueden quedar sin efecto cuando no haya bienes bastantes en la herencia para satisfacerlos (art. 887 del Código Civil)»*.

Y precisamente la Resolución de 27 de febrero de 1982 ha venido a darles íntegramente la razón a CARRETERO y a CAMY, desvirtuando a través de su considerando tercero cualquier malentendido que, en orden a las facultades traditorias del contador, hubiera suscitado su antecesora, pero desempolvando también, de paso, para el requisito de la previa partición la doctrina de la Resolución de 7 de abril de 1906, cuyo enlace con la actual también importa destacar.

En ella el testador legó a su esposa varios inmuebles de la propiedad de aquél, instituyó herederos a sus tres hijos y nombró dos albaceas solidarios, *«confiriéndoles facultades de contadores y partidores para el caso de que fuese necesario practicar las operaciones particionales de la herencia»* y autorizándoles también *«para entregar a la legataria... los terrenos legados»*. Fallecido el causante se otorgó por uno de los albaceas y por la legataria escritura de entrega que el Registrador suspendió *«por no justificarse por medio de la oportuna liquidación de la herencia... que el legado de cuya entrega se trata cabe dentro del tercio de libre disposición de la misma; y en caso de no haberse practicado dicha liquidación, no concurrir los herederos si son mayores de edad o sus representantes legítimos si son menores, a prestar su conformidad con el legado»*. Y la Dirección confirma la nota a través de ocho considerandos de los que la que aquí comento reproduce literalmente dos y, con mínimas adaptaciones, un tercero. En

concreto son tributarios absolutos de los de la Resolución de 1906 el cuarto y el quinto considerandos de la de 1982 (salvo en la referencia que este último hace a su modelo, lógicamente) y casi absoluto, el sexto. Destaco estas autocitas del Centro Directivo, no para censurarlas, pues está en su perfecto derecho (y al contrario, se agradece) de crear doctrina reiterativa sobre cualquier cuestión jurídica, sino porque al evidenciar la hilazón directa entre las dos Resoluciones, se pueden reverdecer ahora los fundamentos jurídicos que entonces se vertieron y que hogaño, probablemente en aras de la brevedad (¿o por su reversibilidad?) se omitieron, a saber:

— el derivado de los artículos 821 y 822 del Código Civil (silenciados en el Vistos de la de 1982), que contemplan la colisión legitimario-legatario de finca indivisible, preceptos aquellos que podrían no actuar de anticiparse la entrega de dicho inmueble;

— el derivado del artículo 906 (sí citado en el Vistos), que al hacer participar a cualquier clase de legatarios en el acuerdo de prórroga del albaceazgo, evidencia que no hay un derecho por parte de aquéllos a una entrega inmediata de su legado (12);

— y el derivado de los artículos 45 y 46 de la Ley Hipotecaria de 1861, no afectados por la reforma de 1869 (ahora se citan sus paralelos, los artículos 42, 7.º, y 47 del Texto refundido de 1946), que concedían al favorecido con legados de cosa específica inmueble propiedad del testador la facultad de pedir y obtener anotación preventiva de su derecho sobre la misma cosa legada, lo que «*demuestra la presunción legal de que pueda dilatarse su definitiva adjudicación*».

Es de señalar, por último, que en el Vistos de la Resolución de 1906 se citaban ya, como ahora, los artículos 1.025 y 1.027 del Código, sin desarrollarlos luego en los considerandos.

Ni que decir tiene que ninguno de esos argumentos me parece definitivo, aunque no me detenga ahora a refutarlos pormenorizadamente, pues una cosa es reconocer que la entrega de legados por el contador pueda dilatarse por mil razones y entonces hay que proveer de garantías (?) al legatario y hacerle intervenir en las decisiones sobre prórroga (y nombramiento) del ejecutor de la partición, y otra muy distinta admitir que para la registración de la entrega de legados específicos se deba justificar que ha sido esa la última operación liquidatoria practicada.

III. Dos ideas clave se desprenden, pues, de la Resolución de 1982, aparte de reiterar la consabida doctrina de la inscribibilidad (*sub conditione*) de las particiones unilaterales por contador:

1.ª La de que «partir» en el artículo 1.057 del Código Civil comprende no sólo la facultad de seleccionar equitativamente qué bienes del *relictum* considera el comisario que se deben aplicar a integrar los haberes de here-

(12) Hoy un argumento del mismo estilo podría extraerse del añadido párrafo segundo del artículo 1.057 del Código Civil, que también hace participar, junto a los herederos, en la petición de nombramiento de contador-partidor dativo, a toda clase de legatarios, sin ceñirse sólo a los de parte alcuota, como en principio sería lo lógico: prueba del evidente interés que, incluso para los legatarios de cosa específica y determinada y desde la óptica de la doctrina en que se insertan las Resoluciones de 1906 y 1982, tiene el nombramiento de un contador dativo diligente en partir y adjudicar.

deros y legatarios (de parte alícuota), sino también la de hacer llegar a sus destinatarios las cosas que hubiese legado específicamente el testador (13).

Y 2.ª La de que, supuesto lo anterior, debe preceder la partición total a la entrega de legados, como salvaguardia de los legitimarios y salvo dispensa de éstos.

A) Para el primer aserto es curioso destacar que la Dirección se apoya principalmente en el alcance lógico de la función de partir conferida por el artículo 1.057 del Código Civil y que, en cambio, no aduce el argumento derivado de la literalidad del artículo 83 del Reglamento Hipotecario, simplemente citados en el Vistos (14).

Tampoco trae a colación los artículos 1.092 y 1.093 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (15), que ya fueron esgrimidos en el escrito de interposición del recurso de 1974. Dichos preceptos no hubieran sido del todo inoportunos al caso, aunque se refieran a contadores judiciales, pues la Ley ritualiza parte de que en los juicios sucesorios universales la posesión de los bienes hereditarios no radica en los herederos, sino en el aparato judicial que previene aquellos procesos (16) y administra el caudal (17) hasta que, en su caso, proceda hacer la entrega a los destinatarios oportunos (18), pero también prevé la Ley adjetiva que si el testador ha prohibido la intervención judicial en su testamentaria «*será necesario que aquél haya nombrado una o más personas facultándoles para que con el carácter de albaceas,*

(13) No parece que también las que hubiese dejado por vía de «instituciones *ex re certa*» —que no deban considerarse legados, para lo cual yo me guío por criterio similar al del artículo 110 de la Compilación catalana y Ley 216 de la navarra—, puesto que respecto de ellas no sólo su propiedad, sino su posesión civilísima la ostenta ya el singularmente instituido.

(14) Precepto que, en este particular, rezaba así: «*Los inmuebles determinadamente legados se inscribirán en virtud de escritura de entrega otorgada por el legatario y por el contador-partidor o albacea facultado* (participio singular que, por ello, sólo puede referirse al albacea) *para hacer la entrega o, en su defecto, por el heredero o herederos. Si toda la herencia se hubiere distribuido en legados y no existiere contador ni se hubiere facultado al albacea, etc.*» (repárese también en la construcción de esta última frase que partía igualmente de que sólo el albacea precisa autorización expresa) Este argumento literal, silenciado por el Centro Directivo, acaso por la equivocada idea de la insuficiencia de rango normativo del Reglamento Hipotecario, siendo así que éste se limitaba a integrar un cierto silencio legal sobre las facultades del contador sin colisionar con el artículo 885 del Código Civil, fue ya aducido por TIRSO CARRETERO en sus tantas veces citado *Comentarios*, pág. 1466, quien además convocaba en su apoyo la interpretación cuasiauténtica de LA RICA (en *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959, pág. 82 y pág. 69 del tomo II de su Libro homenaje, editado por el C.E.H., Madrid, 1976) y la de ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario*, 6.ª ed., tomo III, pág. 936, y 7.ª ed., tomo III, pág. 838), quien calificaba la innovación de «poco ortodoxa» en cuanto implicaba —a su juicio— una modificación del Código Civil por un precepto reglamentario, pero que constituía una fórmula buena desde el punto de vista práctico. Todavía podrían añadirse como ejemplos de contrariada aceptación de la innovación reglamentaria las opiniones de LACRUZ (*Derecho de sucesiones*, I, ed. 1971, pág. 558, y ed. 1976, pág. 363) y la de Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil*, IV, 2.ª ed., pág. 535). Por contra no aprecia contradicción entre Código y Reglamento, MANUEL ALBALADEJO en el tomo XII, volumen 1.º de los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1981, páginas 323 y ss., pero es sobre la base de que el participio «*facultado*» abraza al albacea y al contador (figura esta última que para él no es sino un albacea especializado, como ya expusiera en su monumental obra sobre *El Albaceazgo en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1969, págs. 333 y ss.); en la página 325 de los referidos *Comentarios*, sin embargo, ALBALADEJO reconoce que ya la armonía no es total entre la segunda parte del párrafo 2.º del artículo 83 del Reglamento Hipotecario y el artículo 885 del Código Civil, y siguiendo a la Resolución de 12 de julio de 1974 da preferencia a este último.

(15) Artículo 1.092: «*Aprobadas definitivamente las particiones, se procederá a entregar a cada uno de los interesados lo que en ellas le haya sido adjudicado y los títulos de propiedad, poniéndose previamente en éstos, por el actuario, notas expresivas de la adjudicación.*

Luego que sean protocolizadas, se dará a los partícipes que lo pidieren testimonio de su haber y adjudicación respectivos.»

Artículo 1.093: «*Quando se haya promovido el juicio a instancia de uno o más acreedores, no se hará la entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios, sin estar aquéllos completamente pagados o garantidos a su satisfacción.*»

(16) Artículos 959, 1.042 y 966 a 969 y salvo que en los voluntarios se solicite la intervención a los treinta días del fallecimiento: artículos 975,3 y 1.062.

(17) Artículos 1.005 a 1.035; 1.068; 1.069 y 1.096 a 1.100. Vide M. GITRAMA GONZÁLEZ: *La administración de la herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950.

(18) Artículos 961-2.ª; 1.000; 1.002; 1.043; 1.047 y 1.048, ambos *in fine*, y 1.092 y 1.093.

CONTADORES o cualquier otro, practiquen extrajudicialmente todas las operaciones de la testamentaria» (art. 1.045). Ergo, estos órganos sustitutos del entramado judicial, salvo que otra ley posterior (como los artículos 902 y 903 del Código Civil) hayan recortado sus facultades, deben tener por lo menos toda la disponibilidad, incluso posesoria, sobre el caudal relicto que ostentaría aquel entramado (es más, así parece presuponerlo el art. 1.057,3, del Código Civil tan exhaustivamente estudiado, a otros fines, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA). De esta suerte, extrayéndole todas sus posibilidades a los preceptos de la Ley Procesal no se apreciaría colisión de una parte entre la doctrina de esta Resolución y de los artículos del Reglamento Hipotecario que la han precedido y secundado y, de otra, entre los artículos 440 y 885 del Código Civil, en cuanto referidos al heredero, que seguirían conteniendo la regla general en ausencia de contador o de albacea facultado.

En suma, la primera idea que trasluce la Resolución de mi comentario parece acertada, pues obvia, habiendo contador, los inconvenientes que, en orden a la entrega de legados, señalaron las Resoluciones de 19 de mayo de 1947 y 19 de noviembre de 1952, sin colisionar con preceptos legales, sino, al contrario,, avalada por ellos.

B) La segunda idea o conclusión que rezuma el fallo del Centro Directivo, o sea la doctrina de la previa o simultánea partición, ya se me antoja más discutible, a pesar de que cuente con la simpatía de ilustres hipotecaristas (ROCA, LA RICA, CARRETERO y CAMY, entre otros), con el respaldo de las Resoluciones de 1906 y la actual y, en otro orden paralelo, con la de 25 de mayo de 1971 y, por si fuera poco, con una cierta consagración en el artículo 81, letras a) y b), del vigente Reglamento Hipotecario.

Y digo que resulta más discutible porque no hay una clara explicitación legal del *modus operandi* en las particiones extrajudiciales. Ciertamente que si antes dije que la del contador es un relativo trasunto de las practicadas en juicios universales sucesorios, aquél debería guardar el *ordo solutionis* que se trasluce del antes citado artículo 1.093 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que remachan los artículos 1.025 a 1.034 del Código, pero cierto también que la protección a hipotéticos acreedores y a supuestamente perjudicados legitimarios se podría arbitrar igualmente, no cerrando el Registro a cualquier acto atributivo aislado mientras no se justifique haber acatado aquel «ordo», sino poniendo a disposición de los perjudicables y abandonando a su iniciativa las armas legales oportunas: promoción de juicio universal de ser posible, impugnación por inoficiosidad, impugnación precisamente por subvertir el orden de pago, etc.

Piénsese que es así, a iniciativa de parte (art. 1.082 del Código Civil), como se estructura la protección de los acreedores cuando menos en los casos ordinarios de partición por los herederos. Y piénsese que en esa misma hipótesis de inexistencia de contador, aunque los legitimarios están amparados por la naturaleza jurídica (*pars bonorum* en general) de su derecho frente a pretendidas particiones unilaterales por los herederos, nada impide que se les pueda perjudicar en todos aquellos supuestos en que los legatarios, igual que los instituidos *in re certa*, están facultados para apropiarse autónomamente de sus atribuciones. Me refiero a las pretendidas excepciones al artículo 885 del Código Civil en que los legatarios

no precisarían de la entrega de la cosa por los herederos y que constituye un tema muy próximo al que ahora me ocupa (19).

En efecto, ROCA SASTRE (20) considera que la necesidad de la entrega como requisito para inscribir a favor del legatario la finca o derecho real inmobiliario legados, cuenta con algunas excepciones, como: 1) Cuando toda la herencia esté distribuida en legados. 2) Cuando lo legado no fuese susceptible de implicación posesoria. 3) Cuando se trate de prelegado. 4) Cuando el legatario ya se hallare en posesión de la finca legada. 5) Cuando el testador haya autorizado al legatario para posesionarse por sí solo de la cosa legada. 6) Cuando por no poseer nadie los bienes haya el legatario obtenido judicialmente su posesión. Y 7) cuando el legado lo sea de usufructo universal. PUIG BRUTAU (21) añade a las anteriores otras dos excepciones: 8) Cuando se trate de un heredero instituido en cosa cierta y determinada en concurso con *heredes ex asse*; y 9) Cuando se trata de cosa legada en pago de la legítima. Y VALLET (22), con más o menos matices, admite ocho de las anteriores excepciones.

Claro que DE LOS MOZOS (23) ha refutado los más significativos de estos casos singulares y que LACRUZ mira con simpatía los esfuerzos de este último afirmando que «*el mantenimiento de la unidad de posesión de la herencia obedece a una importante razón práctica: los legados, aun de cosa cierta, están subordinados, como hemos visto, al pago de las deudas y satisfacción de las legítimas y la dispersión de los bienes perjudicaría la integridad de una masa que, igual que en vida del causante, sirve de garantía a los acreedores, y ahora especialmente a los legitimarios*» (24).

No es este lugar oportuno para analizar, caso por caso, la procedencia de esas pretendidas excepciones. Sólo quiero destacar, además de su imbricación con el tema de nuestra Resolución, que el aceptar sólo uno de esos casos singulares representa una vía de agua para la doctrina en que se cimenta la misma: Si, distribuida toda la herencia en legados determinados, cada uno de los legatarios puede inscribir aisladamente la atribución a su favor (cf. Reglamento Hipotecario: art. 81, *d*), actual), con su consiguiente posible insolvencia ulterior; si lo mismo y con la misma eventual consecuencia puede hacer el instituido *ex re certa*; si, habiendo sólo herederos voluntarios, lo que no excluye la existencia de acreedores, el legatario facultado para autoposesionarse de los bienes puede registrarlos a su nombre; en definitiva, si nos vemos obligados a aceptar una sola de las excepciones que estudian los autores citados, forzoso será concluir que la Resolución que me ocupa, como su predecesora de 1906, como la de 1971, intentan proteger unos intereses legítimos que no lo están, en otras hipótesis, con la idéntica medida del cierre registral (25).

Medítese incluso, ya fuera del artículo 885 (26), sobre el caso de que,

(19) Aunque no lo creyera así TIRSO CARRETERO: *Ob. cit.*, pág. 1467.

(20) *Derecho hipotecario*, 7.ª ed., III, págs. 839 y ss.

(21) *Fundamentos de Derecho Civil*, V-2.ª, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1977, págs. 418 a 426.

(22) Por última vez en *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, *Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1982, páginas 179 a 182.

(23) «La adquisición de la posesión en los legados», *Anuario de Derecho Civil*, 1962, págs. 865 y siguientes.

(24) *Derecho de Sucesiones*, cit., I, pág. 557.

(25) Quizá por eso se observa en esa Jurisprudencia registral y ahora en el remozado Reglamento Hipotecario un repliegue hacia la protección sólo de los legitimarios, como si la de hipotéticos acreedores, a menudo silenciados u olvidados, no mereciera la misma preocupación y solicitud.

(26) Incidentalmente destaco que el artículo 700 del Proyecto de 1851, precedente directo del actual artículo 885, les reconocía ya a los albaceas autorizados facultades de entrega (para lo que contaba con el antecedente de Partidas 6, 10, 2), citando GOYENA como concordancia la del artículo 1 623 del Código

habiendo legitimarios y acreedores el/los heredero/s voluntario/s insolvente/s se apreste/n a otorgar escrituras de entrega de legados, específicos o no: ¿También ahí vamos a exigir que preceda la partición total para inscribirlas?, ¿o es que, en esta hipótesis, la garantía (?) del artículo 1.003 (27) del Código Civil hace innecesaria la colaboración registral?

Recuérdese también que la citada Resolución de 22 de enero de 1898, que inició el criterio de prescindir de los legitimarios para inscribir particiones unilaterales de contador, no se asustó de que, una vez inscrita la partición, el heredero que hubiese obtenido la rescisión de la misma, quedase expuesto a no poder hacer efectivo su derecho, porque los otros herederos hubiesen enajenado las fincas que les fueron adjudicadas y fuesen insolventes, ya que *«esto mismo acontece en toda clase de actos y contratos inscritos cuando, como ocurre en el presente, no consta en el Registro, la causa de la rescisión, sin que legalmente pueda evitarse semejante perjuicio, so pena de declarar que los contratos no pueden rescindirse legalmente, siquiera la rescisión no produzca efectos contra terceros que tengan a su vez inscrito su derecho, o que se denegara la inscripción de los actos sujetos a ella mientras los interesados no renuncien ejercitar las acciones rescisorias que les competan, lo cual, en uno u otro supuesto, es absoluta y jurídicamente imposible»*.

El mismo LACRUZ se percató de los flancos vulnerables de la tesis no disgregacionista cuando también reconoce que *«si el testador puede desplazar la posesión de los herederos a un albacea (y a este respecto el artículo 885 in fine es inequívoco), no se ve ya tan claro que no pueda hacerlo a un legatario. A menos que el desplazamiento sólo pueda hacerse a los ejecutores que tienen como misión liquidar la herencia, en atención a ese cometido, y bajo la correspondiente responsabilidad, no sólo frente a los herederos, sino también a los acreedores y legitimarios»* (28).

Y ése, el de la responsabilidad especial del contador desordenado, es quizá el cauce que a mí me parece más adecuado para componer los intereses en juego, puesto que en ningún momento he afirmado que no se hayan de pagar antes los créditos que las atribuciones sucesorias, las legítimas antes que los legados voluntarios y, aun dentro de éstos, los no preferentes antes que los preferentes. Lo único de que me he permitido dudar es de si el Registrador debe presumir que el comisario que ejecuta un acto aislado de entrega, está vulnerando, consciente o inconscientemente, el *ordo solutionis* a que antes me refería; en otras palabras, lo que me cuestiono es si el Registro se debe convertir en un control *ex officio*, circunscrito a inmuebles, de la regularidad cronológica en las liquidaciones sucesorias, regularidad que en otros muchos supuestos de inconclusa registración, escapa a la cognición limitada del calificador. En definitiva, si, al

de la Luisiana. El Anteproyecto, en cambio, sólo preveía que la entrega la pudiese efectuar el heredero, a pesar de citar como modelos, a más del artículo 700 del Proyecto isabelino, el artículo 3.609 del Código mejicano, que, curiosamente, sólo imagina la entrega (¿influencia anglosajona?) por albacea o ejecutor especial. Es indudable que la reintroducción a última hora del albacea facultado fue plenamente consciente y de que, en todo caso, el precepto nunca se armonizó con otras hipótesis singulares como las de los artículos 1.057, 831, 891, 1.020-1.026, etc.

(27) Cada día más cercado y reducido, pues además del artículo 138 de la Compilación aragonesa y de la Ley 318 de la Navarra y de los tradicionales supuestos de los artículos 957, 992 y 1.021, hoy se añaden el del artículo 166, párrafo segundo (cuyo famoso inciso «en todo caso» y con base precisamente en los antecedentes legislativos —enmienda senatorial núm. 85 de UCD— yo lo interpreto más latamente —en todo evento, preceda o no intento de repudiación—, que Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema*, cit., pág. 657), y el del artículo 995, que con otra fórmula excluye de responsabilidad al patrimonio normalmente más cuantioso (aunque también podría reconducirse el caso al art. 1.373).

(28) *Ob. cit.*, pág. 558, nota 12 *in fine*.

igual que respecto de los actos de la Administración Pública, hay que presumir que los del comisario-contador, aun aislados, son inicialmente legítimos o se debe presumir en ellos un (estadísticamente infrecuente) principio de fraude.

Soy consciente de que mi razonamiento me lleva demasiado lejos en la dogmática de la sucesión (29) y de que aduzco hipótesis cuya exposición requeriría mucho más detenimiento que el aconsejable en un simple comentario. Por eso, para concluir, casi diría, para cortar en seco, una disgresión de impredecibles proporciones, me limitaré a recoger una cita y a formular una observación.

Aquella la extraigo, una vez más, de JUAN VALLET, quien, como colofón a su estudio de las excepciones al artículo 885, sentencia con su autoridad indiscutible: «*Es cierto que, como considera la citada Resolución de 19 de noviembre de 1952, la intangibilidad de las legítimas pudiera ser perjudicada y que el heredero sucede al causante no sólo en sus derechos, sino en sus obligaciones, por lo cual algunos autores —DE LOS MOZOS, LACRUZ— han argüido que la dispersión de los bienes perjudicaría la integridad de una masa que sirve de garantía a los acreedores y especialmente a los legitimarios. Pero no nos parece razón suficiente, pues —aparte de que acreedores y legitimarios tienen medios legales para asegurar su derecho— nadie duda de que el testador efectúa también esa dispersión —sin que nadie le oponga esos reparos— a través de la partición testamentaria que admite el artículo 1.056 del Código Civil. Por otra parte, no se puede prejuzgar en contra de una solución, por unos posibles abusos o fraudes, sino tratar de contrarrestarlos con medidas positivas, en el caso de que efectivamente se pretendieren, sin cerrar las puertas con medidas negativas, por meras hipótesis de que pudieran producirse tales abusos o fraudes*» (30).

La observación: En nuestro caso el causante falleció en 1965. La protección *ex officio* por la Dirección (ni siquiera por el Registrador) del hipotético derecho de los herederos forzosos, singularmente de la hija no mejorada, se desarrolla quince años más tarde, casi al borde de la prescripción (art. 1.964) de cualquier posible reclamación por lesión legitimaria *in testamento*. ¿No parece que se ha desorbitado el amparo hacia una(s) persona(s) que, hasta ese momento, ha(n) descuidado impugnar la última voluntad de su causante (de haber base para ello), instar la división por el contador, o, ulteriormente, la *actio communi dividundo*?

(29) Un tratamiento serio del tema, para el que no me siento con fuerzas ni preparación, exigiría abordar mil extremos, como: 1.ª La evolución del fundamento de la necesidad de la entrega de legados específicos por los herederos, que si antaño (y aún hoy en algunos autores como ALBALADEJO: *Comentarios*, cit., págs. 311 y ss.) estaba motivado por la posesión civilísima que ostentaban aquéllos (e histórica y foralmente también por la protección de la cuarta falcidia: Resolución de 4 de febrero de 1880), hoy parece basarse más bien, o por lo menos además, en su responsabilidad frente a acreedores y legitimarios. 2.ª Si la herencia, aún no beneficiada, constituye un patrimonio separado afecto a especiales cargas (cuestión magistralmente estudiada por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS en *La herencia y las deudas del causante*, T.P.C.D.C., tomo 61, vol. 1.ª, Madrid, I.N.E.J., 1967) y modo de asegurar esa afección en diversos supuestos como el de contador o el de cónyuge mejorante-distribuidor (art. 831), etcétera. 3.ª Si el artículo 28 de la Ley Hipotecaria protege sólo al *verus heres* frente al heredero aparente o si hoy podría, una vez que se despejase el enigma de su tercero, amparar también las reclamaciones bienales de acreedores y legatarios postergados, para lo que el *dies a quo* que señala el precepto resulta más idóneo que para resolver la colisión entre herederos. 4.ª La solución de los Derechos extranjeros, donde, asomándose sólo al italiano, compruebo (art. 649, terzo comma, del Codice) que el legatario debe pedir siempre al *gravado* (subrayo este sujeto pasivo) la posesión de la cosa legada incluso cuando haya sido expresamente dispensado de ello por el testador, pero donde se solventa también (art. 707) la cuestión de la posesión entre el heredero y el ejecutor testamentario con facultad partitiva (art. 706), al que, por ese dato, dudo en traducirlo por contador-partidor. Etc., etc.

(30) *Panorama*, cit., pág. 182

IV. Y van las dos palabras que prometí sobre el nuevo artículo 81 del Reglamento Hipotecario (31) circunscritas a los legados de inmuebles determinados del primer párrafo (los de inmuebles no determinados del último párrafo no constituyen novedad) (32):

— La hipótesis *a*) —escritura de manifestación de legado— recoge la doctrina de la Resolución de 25 de mayo de 1971, antes resumida, que matizó la anterior solución de la sentencia de 26 de octubre de 1928. La exigencia de que no existan legitimarios ya he dicho que me parece discutible y, desde luego, inaplicable en Cataluña (donde regirá, sin más, el artículo 222 *in fine* de su Compilación) y en Navarra (idem: Ley 243).

— La hipótesis *b*) —escritura de partición o de aprobación y protocolización— imagina la actuación unilateral del contador, a quien considera facultado *per se* para entregar legados, siempre, al parecer, que simultáneamente reparta el íntegro caudal, pues así cabe deducirlo del envase en que debe contenerse la asignación que es, como he dicho, una escritura de partición de herencia o de aprobación y protocolización de operaciones particionales. Este apartado *b*) constituye, parece, la cristalización normativa de la Resolución de 1982.

— Y, en fin (porque la letra *d*) tampoco es nueva), la hipótesis *c*) —escritura de entrega otorgada por el legatario y contador-partidor o albacea facultado o heredero— supone siempre una actuación bilateral que, como observa RUEDA, imposibilita la ulterior repudiación del legado. Sólo que aquí el texto reglamentario ha olvidado el requisito de la previa o simultánea partición por el Contador (y también por los herederos): ¿Qué pensar de esa omisión? ¿Cabe intergrarla con el recurso al apartado *b*) y al reproducido párrafo de la Exposición de Motivos? ¿Se debe, por el contrario, reinterpretar desde ella la noción de «escritura de partición y de aprobación y protocolización» del apartado *b*), de suerte que la doctrina de la presente Resolución ha quedado desautorizada por el nuevo Reglamento y la referencia a legitimarios de su Preámbulo se debe entender dirigida exclusivamente a la hipótesis *a*) o como un voluntarioso canto de cisne? Ni qué decir tiene que esta última sería la orientación a la que, en mi modesta opinión, debería dirigirse la jurisprudencia futura, aunque, hoy por hoy, no es la más segura de aplicar en la práctica.

(31) Bien estudiado en unas notas, todavía inéditas, por mi buen amigo y Notario MANUEL ANGEL RUEDA PÉREZ, quien ha tenido la gentileza de proporcionármelas.

(32) Recuerdo que reza así el citado artículo: «La inscripción a favor del legatario de inmuebles específicamente legados se practicará en virtud de

a) Escritura de manifestación de legado otorgada por el propio legatario, siempre que no existan legitimarios y aquél se encuentre facultado expresamente por el testador para posesionarse de la cosa legada

b) Escritura de partición de herencia o de aprobación y protocolización de operaciones particionales formalizada por el contador-partidor en la que se asigne al legatario el inmueble o inmuebles legados.

c) Escritura de entrega otorgada por el legatario y contador-partidor o albacea facultado para hacer la entrega o, en su defecto, por el heredero o herederos.

d) Solicitud del legatario cuando toda la herencia se hubiere distribuido en legados y no existiere contador-partidor, ni se hubiere facultado al albacea para la entrega.

Quando toda la herencia se distribuya en legados, los que no sean de inmuebles determinados se inscribirán mediante escritura de liquidación y adjudicación otorgada por el contador-partidor o albacea facultado para la entrega o, en su defecto, por todos los legatarios».

II. Sentencias del Tribunal Supremo

JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ QUESADA SEGURA,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y
JOSÉ CERDÁ GIMENO

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

**EL CAUSAHABIENTE SOPORTA LOS EFECTOS DE LOS CONTRATOS
CELEBRADOS POR SU CAUSANTE** (SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE
DE 1981)

Doctrina de la sentencia.—La doctrina del carácter relativo y personal de los contratos consagrada por la preceptiva contenida en el párrafo 1.º del artículo 1.257 del Código Civil no es obstáculo para que en otro aspecto el contrato pueda producir determinados efectos para los causahabientes a título singular, cuando se adquiere por uno de los contratantes por un acto *inter vivos*, y como consecuencia de la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipso haberet*, el causahabiente a título particular soporta los efectos de los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ella, si influyen en el derecho que se transmite, por cuyas dos razones no puede considerarse tercero en el orden civil.

**HAY QUE ENFOCAR LOS CONTRATOS COMPLEJOS DESDE LA POSI-
CION FINALISTA DEL CONJUNTO NEGOCIAL** (SENTENCIA DE 3 DE NO-
VIEMBRE DE 1981)

Hechos.—Don Luis llevó su coche a un taller para que le hicieran una reparación. Durante la noche el automóvil se incendió inopinadamente, siniestro que ocasionó la destrucción del taller. El propietario de éste demanda a don Luis, sosteniendo la tesis de que se trataba de un negocio complejo de arrendamiento de obra y depósito. No prosperó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—En términos generales la problemática de los contratos complejos hay que enfocarla desde la posición finalista del conjunto negocial, es decir, en atención al fin económico y social del contrato y al interés o satisfacción del resultado perseguido por las partes e integrarlo, si estos datos son homogéneos o unitarios, en un concepto también jurídicamente unitario, con especial referencia a las consecuencias vinculantes del mismo y en relación con la realidad contractual que configuraron los contratantes, conforme al uso y a la naturaleza propia del negocio, según la pauta marcada por el artículo 1.258 en relación con el 1.283, ambos del Código Civil, que impide la generalización abusiva del pacto a extremos inusuales o no pensados por los contratantes.

En ese sentido no cabe dudar de la corrección de la sentencia impugnada, que da preponderancia y eficacia jurídica solamente a lo que los contratantes convinieron de hecho, la reparación de un automóvil, calificándolo como un arrendamiento de obra, fin unitario económico perseguido, del cual no puede ser más que un elemento accidental la precisa estancia del vehículo en el taller del contratista mientras la reparación se hace, dato natural y consecuencia normal derivada del propio contrato, y consecuentemente, incapaz por sí mismo de constituirse en contrato típico independiente.

SIENDO INHABIL EL ULTIMO DIA DEL PLAZO, CUANDO ESTE ES DE MESES O AÑOS, SE TRASLADARA AL SIGUIENTE DIA HABIL (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1981)

Doctrina de la sentencia.—En los dos primeros motivos del recurso se ataca la interpretación que hace la sentencia de instancia sobre el cómputo de plazos civiles que establece el artículo 5 del Código Civil, y a tal efecto ha de tenerse en cuenta que aun cuando la jurisprudencia que hacía referencia a dicho problema interpretando el artículo 7 antiguo, estableció que siendo inhábil el último día del plazo cuando éste era de meses o años había de trasladarse el final del plazo al siguiente día hábil, la nueva redacción dada al precepto, si bien declara compatibles los festivos existentes dentro del plazo, guarda silencio sobre el caso de que el último sea inhábil, dejando una verdadera laguna legal que ha de ser aclarada por la jurisprudencia y para ello ha de tenerse en cuenta la exposición de motivos en la que se dice que se busca la unificación encarecida por la Ley de Bases entre éstas y las formuladas por la Ley de Enjuiciamiento Civil y Procedimiento Administrativo, y estableciendo tanto en la una como en la otra que caso de ser inhábil el último día del plazo se trasladará al primero hábil siguiente, es evidente que ha de tomarse por la jurisprudencia la adopción a dicha solución que por otra parte parece la más equitativa en orden a que en cuestión de cernamiento de derechos ha de tomarse siempre una interpretación restrictiva.

LA RESCISIÓN POR LESIÓN «ULTRA DIMIDIUM» NO ES APLICABLE
AL SUPUESTO DE APORTACIÓN A UNA SOCIEDAD ANÓNIMA (SEN-
TENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1981)

Hechos.—Ocurren en Cataluña. Doña Mercedes aportó un solar a una Sociedad Anónima, por lo que se le adjudicaron acciones por un valor nominal de ocho millones de pesetas, acciones que ella transmitió poco antes de su fallecimiento. Los herederos de doña Mercedes demandan la rescisión del contrato por lesión, dado que el valor del solar podía ascender a sesenta y tres millones. Pero el Supremo absuelve a la Sociedad demandada.

Doctrina de la sentencia.—La figura del Derecho foral catalán de la rescisión por lesión *ultra dimidium* o *engany de mitges*, cuyo remoto fundamento se encuentra en las normas de Derecho canónico de las Decretales y en las del Derecho romano que se reflejan en el Código de Justiniano, disponiendo éstas a tales efectos que «se considera que el precio es menor si no se hubiera pagado ni la mitad del verdadero precio» (*minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit*), venía circunscrita literalmente a la compraventa, según lo evidencian la rúbrica del título (*De rescindenda venditione*) y lo corroboran concretos pasajes de dichas leyes; y si bien el artículo 323 de la Compilación extiende la posibilidad de la rescisión por lesión al contrato de permuta «y demás de carácter oneroso», las referencias al precio o contraprestación está demostrando que alude a los contratos bilaterales como hipótesis adecuada al concepto mismo de la rescisión. Si bien la aportación social ha de ser básicamente concebida como un verdadero negocio jurídico transmissivo, tampoco cabe desconocer que no responde a un contrato con obligaciones recíprocas y prestaciones ligadas por el nexo interdependencia, propias del negocio conmutativo, sino que la creación de una sociedad mercantil —o civil— comporta un convenio plurilateral sin la contraposición de intereses característica del contrato recíproco o de cambio, lo que significa, como ha hecho notar la doctrina científica, que los socios no desplazan sus prestaciones de forma que cada uno reciba la del otro, sino que las concentran o fusionan para obtener el fin común hacia el que convergen. Tal inexistencia de situaciones jurídicas contrapuestas y enfrentadas, que ha llevado a calificar de «acto colectivo» o de «contrato de organización» al negocio fundacional de una Sociedad Anónima, trasciende a las particularidades jurídico negociales de la aportación *in natura* o fundación cualificada, pues sí entraña acto de enajenación y, por lo tanto, verdaderamente dispositivo; pero la más autorizada doctrina no ha dejado de apuntar las diferencias que median entre las figuras de aportación a sociedad y la compraventa, pues en la segunda existe un precio que el vendedor recibe, mientras que tal elemento falta en la primera, en la que el aportante adquiere derechos sociales, por lo que entiende que son inaplicables las reglas de aquel contrato que responden a la necesidad de un precio y entre ellas las de la rescisión por lesión.

LA RESCISION POR LESION «ULTRA DIMIDIUM» SOLO PUEDE APLICARSE CUANDO HAYA REAL RECIPROCIDAD DE PRESTACIONES (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1981)

Doctrina de la sentencia.—El supuesto de autos no puede encajar en las previsiones del precepto foral que se alega como violado, porque si bien es cierto que la rescisión que autoriza es extensiva al contrato de «compraventa, permuta y demás de carácter oneroso», ello no puede decir que lo sea a cualquier suerte de negocio jurídico, sino, como supuesto que es de un desequilibrio excesivo entre las prestaciones, solamente a aquellos en los que haya real reciprocidad de éstas y se dé auténtico y excesivo menoscabo patrimonial (*ultra dimidium, engany de mitges*) para una de las partes, determinante de la desaparición de la causa u onerosidad.

EL ARTICULO 1.104 DEL CODIGO CIVIL ES APLICABLE A LAS OBLIGACIONES NACIDAS DE CULPA EXTRA CONTRACTUAL (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1981)

Doctrina de la sentencia.—Se denuncia la aplicación indebida del artículo 1.104 del Código Civil, inmerso en el ámbito de la culpa contractual, y no aplicable a la extracontractual, según el recurrente, motivo rechazable sin más que recordar que si bien nuestro Código Civil distingue entre daños derivados de incumplimiento de contrato (art. 1.101 y siguientes) y los procedentes de culpa extracontractual (art. 1.902 y siguientes), por infracción del *alterum non laedere*, amén de la moderna doctrina sobre el riesgo creado por actividades peligrosas, es lo cierto que esas distinciones no eliminan un fundamento común y una misma finalidad reparadora, que autoriza, como ya dijo la sentencia de 23 de diciembre de 1952, la aplicación del artículo 1.104 del Código Civil y toda clase de obligaciones en cuanto a la exigencia de responsabilidad reparadora.

EN LA VENTA DE COSA AJENA EL OBJETO DEL CONTRATO ES LA OBLIGACION QUE ASUME EL VENDEDOR DE ADQUIRIR LA COSA PARA TRASMITIRLA AL COMPRADOR (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1981)

Hechos.—La usufructuaria de una vivienda otorgó un contrato por el que concedía la opción de compra de la misma a don Antonio. El nudo propietario demanda la nulidad de tal pacto. No prosperó su acción.

Doctrina de la sentencia.—La venta de cosa ajena, ya admitida en el Derecho romano, en el Fuero Juzgo y en las Partidas, lo es también en nuestro vigente ordenamiento jurídico, heredero del romano, en los que la compraventa era y es un contrato generador de obligaciones, entre las

cuales y esenciales la del vendedor de proporcionar una cosa al comprador a cambio del precio, sin que hoy ningún precepto exija que se sea propietario de la cosa vendida, sino que ésta pueda y deba ser entregada, bien por ser el dueño en el mismo acto o concierto contractual, ora por la obligación asumida de adquirirla para realizar la tradición determinante de la transmisión efectiva de la propiedad (arts. 609 y 1.095 del Código Civil) con el efecto, caso de incumplimiento o no adquisición por el vendedor para entregarla luego, de resarcir al comprador en el *id quod interest* o equivalente económico.

Según lo expuesto, la obligación del vendedor no es objetivamente imposible, pues aquél puede satisfacer el interés del comprador con el equivalente o deber de indemnizar, efecto típico del incumplimiento, pero no de la nulidad, ni tampoco carece de objeto el contrato, no otro que la obligación que el vendedor asume, y si bien en un principio la jurisprudencia se mostró reacia a esta conclusión, hoy desde la sentencia de 1 de marzo de 1954, no ha dudado en su admisibilidad, sobre todo en los casos de venta perfeccionada, pero todavía no consumada, es decir, en aquellos en que si bien el consentimiento se ha prestado, aún no se ha verificado la tradición o entrega de la cosa, dado que es justamente en la hipótesis contraria —venta con entrega y transmisión— cuando el problema se complica y surge entonces la necesidad de hacer declaraciones de nulidad por el efecto del ejercicio de acciones de ese orden o reivindicatorias actuadas por el *verus dominus*, que ha sido efectivamente desposeído, bien transitoria, bien definitiva y jurídicamente, por ejemplo, en el evento de la transmisión a tercero hopitecario, o simplemente ganador del dominio por usucapión, hipótesis que también provocarían la pertinente indemnización sustitutoria (en este caso al dueño).

J. Q. S.

DESAHUCIO.—PROCEDE AL NO TENER EL ARRENDATARIO EL CARACTER DE PROTEGIDO QUE HABIA ALEGADO (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1891)

En 1962 el abuelo del actor cedió unas fincas en arrendamiento por un plazo de quince años. El contrato quedó extinguido en 1977, pero, a pesar de las amistosas reclamaciones hechas por el propietario, no abandonó la finca el arrendatario, siendo evidente que el plazo de quince años supera con mucho el mínimo fijado por el Reglamento de Arrendamientos Rústicos y que no cabe considerarlo prorrogado por cuanto el arrendatario no ha ejercido su derecho de prórroga en la forma señalada por aquella legislación, por lo que se interpuso demanda ante el Juzgado de Arenys de Mar. El demandado alegó que era arrendatario protegido y, por tanto, su derecho a prórroga del arrendamiento, conforme a los artículos 84 y 85 del Reglamento. El Juzgado estimó extinguido el contrato, lo que confirmó la Audiencia de Barcelona.

No prospera el recurso de revisión. La cuantía del arrendamiento se pretende probar por prueba testifical y por certificación de la Cámara

Agraria, pero tal certificación no existe y el testigo no es el propietario de la finca, sino su hijo, pretendiendo sustituir por el propio criterio el más ponderado del juzgador. Por otra parte, la Sala ha declarado que las rentas de los diversos arrendamientos que tenga el agricultor han de sumarse a los efectos de ver si excede su totalidad de los cuarenta quintales métricos y, apareciendo el exceso, de la prueba practicada, es evidente que la Sala aplicó certeramente el precepto invocado.

APARCERIA.—PROCEDE SU EXTINCION, YA QUE EL PROPIETARIO NO CONSINTIO LA SUBROGACION DEL HIJO EN LUGAR DEL APARCERO PRIMITIVO, AL FALLECIMIENTO DE ESTE (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1981)

Habiendo fallecido el aparcero, continúa su hijo la explotación de la finca, sin autorización de la entidad propietaria, por lo que se le demanda para resolver la aparcería ante el Juzgado número 1 de Lérida, que estimó la demanda, confirmando la Audiencia de Barcelona.

No ha lugar a la revisión pretendida. El artículo 47 del Reglamento autorizó a resolver el contrato en caso de muerte del aparcero y, si no le conviniera, la continuación con los herederos de éste, tal como el actor puso de manifiesto en acto de conciliación con el hijo del aparcero, fallo que la sentencia de instancia pronuncia pese a reconocer que durante los últimos años fue el hijo el que cultivó materialmente la finca porque ello no supone subrogación en la postura del aparcero, incapacitado durante los mismos para realizar las faenas agrícolas, ni novación del contrato que la ley no autoriza. El demandado alegó que existía subrogación, consentida y aceptada por el propietario, ante la incapacidad del padre para el cultivo de la misma y manifestada en la conducta de aquél, sin que el recurrente pruebe tal subrogación, ya que la entidad propietaria, ni antes ni después de la muerte del aparcero hubiera consentido la subrogación alegada y no existe indebida aplicación de la norma, dada la claridad del supuesto, es decir, la muerte del aparcero y el rechazo de la propietaria a continuar el contrato con el heredero sin alteración en el *status* contractual. No existe prórroga expresa por la conducta de la propietaria al aceptar el cultivo material de la finca por el hijo, ya que la Ley exige una voluntad expresa, doctrina que marcó la sentencia de 2 de abril de 1980, al decir que la renuncia a la rescisión del contrato por parte del dueño no puede inferirse de haber satisfecho la porción de frutos correspondientes por constituir abono de contraprestación en tanto prosiga la posesión del aparcero o de sus herederos.

DESAHUCIO.—NO PROCEDE POR NO HABER CONSIGNADO EL RECURRENTE LAS RENTAS DEBIDAS EN EL PLAZO DE OCHO DÍAS DESDE LA CITACION A JUICIO, QUE EXIGE EL ARTICULO 29 DEL REGLAMENTO (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1981)

En 1967 se concertó verbalmente un arrendamiento hasta 1974, aumentándose la renta desde esta fecha, pero hasta 1978 no se pagaron rentas después del incremento, por lo que se interpone demanda de desahucio ante el Juzgado de Don Benito, que no dio lugar a la misma, pero sí lo hizo la Audiencia de Cáceres, que concedió el desahucio.

El recurso de revisión es desestimado, ya que, aparte de la incorrecta formulación del mismo, no se ha hecho la consignación de la renta adeudada en el plazo de ocho días establecido por el artículo 29 del Reglamento a contar desde el día de su citación a juicio, que lo fue el día 4 de mayo de 1978.

RETRACTO.—NO SE ADMITE EL RETRACTO, YA QUE EL RECURRENTE NO HA PROBADO SU CARACTER DE ARRENDATARIO (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1981)

Ante el Juzgado número 1 de Madrid se interpuso demanda de retracto de una finca rústica por el arrendatario que alega ignorar la venta hasta que le visitó el adquirente para notificársela y pedirle que dejara libre la finca, realizando posteriormente un acto de conciliación con este fin. El demandante dice que es arrendatario de 45 hectáreas y propietario de 5 hectáreas solamente, siendo cultivador directo. El Juzgado admitió la demanda, pero la Audiencia revocó este fallo.

No ha lugar al recurso de revisión. El actor no ha probado ser el verdadero locatario de la finca en la fecha en que se produjo la transmisión, ya que los medios de convicción aportados no justifican tal condición y cuya transmisión se realizó por adjudicación en subasta judicial. El recurso, aparte de defectos formales en su fundamentación incurre en el de que, aunque según el recurrente no hace falta una forma especial para la celebración del contrato de arrendamiento rústico, los hechos de los que el Tribunal *a quo* deduce la inexistencia del arrendamiento, no han sido acreditados, que el demandado no ha probado que el actor no fuese arrendatario, la falsedad de los recibos de rentas, la de las certificaciones de la Hermandad de Labradores y la de las manifestaciones de los testigos ni la confabulación del actor con el hijo de la propietaria ni que el demandado incurriese en error al hacer la confesión judicial, pero no expresa el concepto de cada una de tales vulneraciones, tratando de imponer la certeza de unos hechos que la sentencia no acepta, pretendiendo sustituir por el suyo propio el más imparcial y objetivo criterio de la Sala de instancia que ha de prevalecer al no haber sido combatido en forma adecuada el supuesto de la sentencia al afirmar un contrato de arrendamiento que la resolución impugnada niega.

DURACION DEL ARRENDAMIENTO.—ES VALIDO EL PACTO POR EL QUE SE FIJA LA RENTA CONFORME AL PRECIO DE UNA CALIDAD DE TRIGO DETERMINADA, COMO ES EL LLAMADO «CHAMORRO» (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1981)

En 1974 se celebró el contrato de arrendamiento para cultivar 145 fanegas de una finca, que eran las cultivables, por cinco años, por un precio de noventa kilogramos de trigo por fanega. No habiéndose puesto de acuerdo sobre el pago de la primera anualidad, el propietario solicitó demanda de desahucio por falta de pago, que fue desestimada. Después, sin ponerse de acuerdo sobre la cantidad debida, se interpone por el arrendatario demanda ante el Juzgado de Valdepeñas, solicitando la revisión de la renta y argumentando también que anteriormente a este contrato ya era el actor arrendatario de las tierras cultivables de dicha finca, siendo costumbre en la zona pagar una fanega de trigo por fanega de tierra. El Juzgado estimó en parte la demanda, diciendo que el plazo de cinco años ha de entenderse por no puesto y sustituido por el mínimo legal de seis años, quedando asimismo sin efecto el resto de dicha cláusula y sustituirla por el establecido en el artículo 27 y concordantes del Reglamento para la aplicación de la legislación de Arrendamientos Rústicos y que las partes se ajustasen a la ley al fijar la cantidad de trigo por fanega de tierra, pero no así al convenir que el precio sería el señalado para el trigo «chamorro», por lo que ha de entenderse sustituido por el precio que se fije al trigo en general. La Audiencia de Albacete estimó la apelación de los demandados, revocando la sentencia anterior íntegramente.

No ha lugar al recurso de revisión. Los demandados no se limitaron a alegar la excepción de cosa juzgada, sino que se interesó expresamente su declaración por el órgano jurisdiccional, que se desestimen las peticiones del actor contenidas en el suplico de la demanda al no existir motivo para su formulación, lo que demuestra que los demandados estimaban la improcedencia de hecho y jurídica de lo solicitado en la mencionada demanda y los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se cumplen en cuanto la sentencia hace las declaraciones que las partes exigen, decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate, rigor cumplido en la sentencia recurrida en todos sus pronunciamientos. La fijación del precio conforme al del trigo «chamorro» se adecuaba a las normas del artículo 1.281 del Código Civil y también hay que tener en cuenta que el artículo 1.255 del mismo Código y el artículo 3 de la Ley de 23 de julio de 1942 y el artículo 13 del Reglamento de 1959 no impiden, sino que autorizan el pacto de renta con base en módulos cualitativos y cuantitativos que se cifra en esa especie de trigo al acomodarse al principio de libertad contractual que aquellos preceptos legales reconocen. Estos preceptos se limitan a establecer que, cualquiera que hubieren sido tales módulos, la resultante dineraria ha de ser convertida en quintales de trigo para su efectividad como renta al precio vigente de tasa para dicho cereal, aunque el precio en este caso ha de ser determinado cualitativamente conforme al precio del trigo «chamorro», por lo que ha sido correcta la aplicación hecha por la Sala sentenciadora. Tampoco puede alegarse la existencia de costumbre, ya que ésta ha de regir en defecto de ley y en este

caso se ha probado que hay una norma reguladora de la libertad de pacto con la conversión a metálico de lo convenido conforme a las disposiciones establecidas al respecto.

APARCERIA.—NO SE PRUEBA LA EXISTENCIA DE TAL APARCERIA
(SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1981)

En 1976 se convino la explotación en aparcería de una finca. Habiendo realizado el dueño actos para expulsar al aparcerero de las tierras, éste demanda a aquél ante el Juzgado número 2 de Zamora para que declare la existencia de la aparcería y, de no querer el dueño continuar la misma, se declare que continúa la explotación de la mitad en arrendamiento. El demandado alega que el actor no es tal aparcerero, sino trabajador por cuenta ajena, junto con otros obreros. El Juzgado desestimó la demanda, lo que confirmó la Audiencia de Valladolid.

El recurso de revisión no prospera. Del conjunto de las pruebas estima la Sala de instancia que no existe la aparecía, sin que pueda admitirse la prevalencia de un documento privado, ya que éste ha sido examinado conjuntamente con la documentación pública, de confesión judicial y testifical, no siendo lícito, según reiterada jurisprudencia, desarticular el resultado probatorio otorgando a una prueba un valor preponderante aislándola del resto. Sin la cita de preceptos legales que regulan la valoración de la prueba no puede establecerse conclusión alguna en orden a la norma de Derecho vulnerada, ausencia de cita de norma legal que concurre en el caso del presente recurso.

RETRACTO.—DEL CONJUNTO DE LA PRUEBA SE DEDUCE QUE EL PRECIO VERDADERO ERA SUPERIOR AL QUE FIGURABA EN LA ESCRITURA DE VENTA Y ESTE ES EL QUE HA DE PAGARSE AL EJERCITAR EL RETRACTO (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1981)

Se interpone demanda de retracto ante el Juzgado número 2 de Palencia, pero el demandado alegó que el actor no era arrendatario, lo que acogió tanto el Juzgado como la Audiencia de Valladolid.

No ha lugar a la revisión pretendida. El retrayente tenía conocimiento de la venta y del precio, por diversos medios, por lo que debía haber consignado éste, haciéndolo en menor cantidad y extemporáneamente. El plazo se cuenta desde que el arrendatario tuvo conocimiento de la transmisión, el cual se deriva del otorgamiento de la escritura de venta el 22 de noviembre de 1977, título del que se derivan todas las condiciones de la enajenación, salvo el precio, el cual conoció el retrayente que era muy superior al estipulado en la escritura, siendo extemporáneo el ejercicio de la acción e insuficiente la suma consignada de 35.000 pesetas cuando está probado que el verdadero era de 350.000 pesetas. La prueba de los documentos públicos no es necesariamente superior a las demás, sino que

el Tribunal *a quo* puede apreciar la falta de veracidad de un documento público fundándose en el conjunto de las pruebas y el artículo 1.218 del Código Civil no impide acreditar a través de otras pruebas la existencia de pactos diferentes de los que el documento contenga. Las sentencias del Tribunal Supremo declaran que cuando se aprecia en conjunto la prueba es inoperante alegar error de Derecho basado en la valoración de alguna de ellas. No cabe citar la vulneración del artículo 1.230 del Código Civil porque no se prueba la existencia de un documento privado que altere lo pactado en escritura, ya que este precepto no es aplicable al caso de un contrato verbal, ya que aquella norma ha de interpretarse restrictivamente, aunque esto es intrascendente en este recurso por lo dicho antes sobre el precio.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO.—SON NULAS DE CLAUSULAS QUE SOLO CONTEMPLAN EL AUMENTO DE RENTA Y NO LA DISMINUCION (SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 1981)

Se demanda por los arrendatarios de un local la nulidad de la cláusula del contrato consistente en la estabilización de la renta mediante aplicación de los índices del coste de la vida del Instituto Nacional de Estadística ante el Juzgado número 6 de Barcelona, que estimó parcialmente la demanda declarando la nulidad de la cláusula, lo que confirmó la Audiencia de la misma ciudad.

El recurso de casación no triunfa. Existe reiterada jurisprudencia que dice que es nula la cláusula por la que sólo se contempla el aumento de renta por el índice del coste de la vida al suponer una falta de relación entre renta y prórroga y conculcar las normas de *ius cogens* sobre la prórroga obligatoria. Contemplándose el aumento y no la disminución es correcta la interpretación hecha por la Sala de instancia. La caducidad del artículo 106 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no es aplicable al derecho del arrendatario para sustanciar la declaración de nulidad de las cláusulas contractuales de incremento unilateral de renta.

REVISION DE RENTA.—NO PROCEDE POR APLICACION DEL REAL DECRETO DE 8 DE OCTUBRE DE 1976 Y DEL DECRETO LEY DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1975 SOBRE LIMITACION DE INCREMENTOS DE RENTA (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1981)

La cláusula tercera del contrato de arrendamiento decía que el precio del contrato regirá durante el año de plazo convenido y primera prórroga o sea hasta dos años. Cada dos años el canon será revisado, modificando

la renta anual anterior a la fecha de revisión en aquella cantidad necesaria para que la nueva renta anual mantenga con la inicial la misma proporción que guarda la media del índice del coste de la vida relativa al primer semestre del año natural anterior al de la revisión, según el *Boletín del Instituto Nacional de Estadística*. En relación con la revisión de renta que correspondía a julio de 1977 se informó a la arrendataria de la revisión que procedía hacer, pero éste se opuso alegando que, hecha una revisión en 1976, no se debía hacer otra hasta 1978, por lo que se le demanda ante el Juzgado número 11 de Madrid para que se declare legítimo el aumento, o que hizo el Juzgado en la forma pedida por la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

No prospera el recurso de casación. La cláusula tercera se cumplió puntualmente, elevándose la renta de 150.000 pesetas mensuales a 216.375 en 1974, resultando interrumpido por el Decreto Ley de 17 de noviembre de 1975, cuyo artículo 15 dispuso que hasta el 31 de diciembre de 1976 los incrementos de rentas en los arrendamientos en situación de prórroga legal no podrán suponer elevación que exceda del aumento medio experimentado en los dos años anteriores a la fecha del incremento o de la revisión por el índice del coste de la vivienda publicado por el Instituto Nacional de Estadística y, de acuerdo con ello, se hizo la revisión en 1976, siendo satisfecho hasta junio de 1977, en que la referida arrendadora, con base en que ya tenía conocimiento de aquellos índices, rectificó la renta con efecto a partir de 1 de agosto de 1977, que había de ser de 294.405 pesetas. La entidad arrendadora dice que el Decreto-Ley de 1975 reduce su vigencia al plazo que va hasta el 31 de diciembre de 1976, recuperando su valor las cláusulas de revisión convencionales pactadas a las que no podían afectar las disposiciones posteriores dictadas en el mismo sentido, pero no es menos cierto que antes de fin del año de 1976 se promulgó el Real Decreto de 8 de octubre de 1976 que tiene otro año de vigencia, concebido en los mismos términos y referido a los mismos arrendamientos en prórroga legal, lo que sucedió en el Real Decreto-Ley de 4 de enero de 1978 y continúa con los dictados con posterioridad, lo que impide pensar en una irretroactividad no establecida expresamente cuando de modo claro se le considera aplicables a los mencionados contratos, de acuerdo con la directriz consistente en establecer un régimen general y uniforme en la regulación de la elevación de las rentas que, por su carácter, sentido y fines no permite establecer excepciones ni excluir por razón del tiempo a los comprendidos en los plazos a que alcanza la vigencia.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO PROSPERA LA REVISION PORQUE NO SE DESVIRTUA EL CIERRE DEL LOCAL QUE SE DECLARO PROBADO EN LA SENTENCIA DE INSTANCIA (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1981)

Arrendado un local y la vivienda aneja, después de haber realizado dos subrogaciones en la persona del arrendatario, se abandona la actividad en el local que permaneció un año cerrado, así como la vivienda de la que se sacaron los muebles y enseres que contenía, por lo que se pide la reso-

lución del contrato ante el Juzgado número 5 de Madrid. Se desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior y declaró resuelto el contrato por cierre del local más de seis meses.

Interpuesto recurso extraordinario de revisión, no tiene éxito. Se dice que la sentencia fue ganada injustamente en virtud de maquinación fraudulenta, refiriéndose a un acta notarial en la que se acompañan unas fotografías que reflejan el estado en que se encuentra la planta baja de la casa en que está ubicado el local, no constando en el acta porque fraudulentamente se pidió por el requirente la existencia de dos carteles donde se decía que «este local cierra los sábados», siendo así que en uno de estos días era en el que el fedatario levantó el acta, argumento que carece de fundamento, pues lo que dice la sentencia es que las fotografías evidencian que el local no se encuentra en condiciones de ser dedicado al comercio, al margen de que cerrase o no los sábados y habiendo sido presentadas las «fotos» con la demanda, el demandado pudo solicitar la prueba del fraude, cosa que no hizo, ni tampoco en la segunda instancia y sin que la practicada en la revisión haya acreditado la pretendida maquinación, lo que impide apreciar el defecto que se alega y obliga a declarar improcedente la revisión solicitada.

DESAHUCIO.—NO ES APLICABLE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS POR TRATARSE DE UN CONTRATO DE TEMPORADA (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1981)

Fue arrendado un local, de Semana Santa a 30 de septiembre de 1977 y, al terminar este período no se entregaron las llaves ni la posesión material del inmueble ocupado, por lo que se le requirió notarialmente y después se le demandó ante el Juzgado de Vinaroz, que estimó la demanda, lo que confirmó la Audiencia de Valencia.

El recurso de casación por infracción de ley no prospera. La sentencia de instancia y la de la Audiencia declaran que de la apreciación conjunta de la prueba resulta que la causa que motivó la celebración del contrato fue la utilización temporal del local, habiendo acreditado igualmente el recurrente el objeto esencial y único exigido por el párrafo 1.º del artículo 2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para excluir de su ámbito el contrato que se discute, es decir, que el arrendatario ocupa el local en la temporada de verano concurriendo todos los elementos del arrendamiento de temporada. La apreciación conjunta de la prueba impide que se tengan en cuenta aisladamente algunas aseveraciones del arrendador en la de confesión judicial. Al estar excluida la aplicación de la Ley especial, es correcta la aplicación del número 1 del artículo 1.569 del Código Civil en relación con el párrafo 1 del artículo 1.581, por haberse extinguido el contrato a la expiración del término, todo lo cual es ajeno al pretendido abuso de derecho del artículo 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que el arrendador se limita a ejercitar el derecho que la Ley le concede, sin tratar de privar al arrendador de los derechos de prórroga y traspaso que, según se ha visto, no le corresponden, habida cuenta de la clase de contrato de que se trata.

C. R. R.

IV. DERÉCHO DE FAMILIA*

ALIMENTOS DEFINITIVOS.—INTERPRETACION DE LOS ARTICULOS 142 Y 152, 3.º Y 4.º, DEL CODIGO CIVIL: LA PRUEBA DE LA NECESIDAD DEL ALIMENTISTA Y LA PRUEBA DE PRESUNCIONES; LAS INJURIAS GRAVES EFECTUADAS POR EL ALIMENTISTA COMO CAUSA DE DESHEREDACION: AGUADO C. CAMARA (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1973)

ANTECEDENTES

La demandante formulaba demanda contra su marido en base a los hechos siguientes: 1) Demandante y demandado contrajeron matrimonio canónico en 1960, y poco más de un año después la esposa formuló demanda de separación ante el correspondiente Tribunal Eclesiástico, causa sentenciada por el Tribunal de la Rota en 1967, concediendo a la actora la separación conyugal por tiempo indefinido. 2) Seguidamente, ante el competente Juzgado de Primera Instancia, se plantea la demanda sobre medidas provisionales, finalizada con sentencia del Juzgado acordando que el marido abonase a la mujer como alimentos provisionales la cantidad de 3.500 pesetas mensuales. 3) Después de manifestar los bienes propios de uno y otro esposo y dada su condición de cónyuge inocente, la esposa solicita mediante este procedimiento los alimentos definitivos. Finaliza con la *súplica* de que se dicte sentencia declarando el derecho de la actora a percibir alimentos civiles de su esposo, cónyuge culpable declarado por la jurisdicción eclesiástica, y fijando la cuantía de la deuda alimenticia en la suma de 10.000 pesetas mensuales.

El marido demandado contestó y se opuso a la demanda, argumentando en orden a las propiedades y bienes de fortuna de la esposa como administradora de una gasolinera que le producía una renta anual de unas 360.000 pesetas. Terminaba con la *súplica* de que se dictase sentencia absoluta de las pretensiones de la demandante y declarando la cesación de la obligación de prestar alimentos y sin fijación de pensión alguna concreta para la actora.

El Juzgado dicta sentencia el 13 de noviembre de 1971, en la que, tras argumentar lo pertinente, sienta las siguientes afirmaciones fácticas: «En relación con la esposa demandante, no puede computarse en favor de la misma ni el valor del solar donde se halla instalada la gasolinera, ni mucho menos los beneficios que se obtengan de aquella concesión, ya que la titularidad de la misma fue adjudicada a su madre. Por otra parte, no se ha acreditado que la demandante perciba ingresos como profesional o asalariada, ya que ni posee título de enfermera, ni se encuentra colegiada, única forma viable de ejercer tal profesión. Asimismo se declara la falta de probanza en cuanto a que la actora esté a sueldo en el negocio mencionado, sin que se haya dedicado a otras actividades que las propias de su condición de hija de familia, y esposa después, habiendo sido declarada cónyuge inocente en la sentencia dictada por el Tribunal Eclesiástico»...(1).

(1) Tales afirmaciones fácticas las extraigo del Considerando primero de la Sentencia del Tribunal Supremo.

A continuación, estimando en parte la demanda, declaró: 1.º El derecho de la actora a percibir alimentos civiles de su esposo, cónyuge culpable declarado por la jurisdicción eclesiástica respecto de la separación conyugal por tiempo indefinido por la misma decretada; 2.º Fija la cuantía de la deuda alimenticia en la pensión mensual de 9.000 pesetas, que deberá ser satisfecha por mensualidades anticipadas a contar desde la fecha de la interposición de la demanda y dentro de los cinco días primeros de cada mes, con apercibimiento al demandado de que si no hace efectiva dicha pensión, se procederá a su exacción por la vía de apremio. Todo ello, sin hacer expresa declaración en costas.

La Audencia Territorial dicta sentencia el 12 de mayo de 1972, en la que —tras determinadas afirmaciones fácticas en orden a unas imputadas injurias efectuadas por la esposa contra el marido, en el sentido de que «las frases injuriosas fueron proferidas contra personas extrañas, y no contra el esposo de la demandante» (2)—, confirmando en todas sus partes la sentencia apelada y sin hacer expresa imposición en costas, desestima el recurso de apelación del marido.

El marido interpone recurso de casación por infracción de ley, fundándolo en los siguientes motivos:

1.º Interpretación errónea del artículo 142 del Código Civil, en cuanto que delimita y constriñe el concepto propio de los «alimentos». La actora no ha justificado su situación económica y a ella incumbía la carga de la prueba en base al artículo 1.214 del Código Civil, y requerida por el Juzgado no aportó justificación documental alguna sobre el *quantum* de sus ingresos, y esa falta concreta de *quantum* de la merced arrendaticia (estación de servicio) impide la adecuada valoración de requisito tan esencial como la necesidad para estimar la procedencia de la deuda alimenticia y la determinación sobre la «indispensabilidad» y la «proporcionalidad». Cita la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1959, en relación con la impugnabilidad de la prueba de presunciones en casación al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.º Violación, por inaplicación del artículo 152, 3.º, del Código Civil, y de la doctrina sentada por las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1950 y 24 de octubre de 1951: porque es obligación del que reclama alimentos el justificar no sólo que no tiene bienes ni intereses, sino incluso que no puede ejercer profesión u oficio que se los proporcione. Y en el caso concreto de esta litis, la actora es una mujer joven, de cuarenta y un años, activa, dinámica, emprendedora, que se ha movido dentro de un círculo social elevado y que presta servicios a su madre en el negocio de gasolinera, en virtud del apoderamiento o delegación efectuada ante Campsa por la madre, y que conduce personal y permanentemente el vehículo turismo matriculado a nombre de la madre. No se ha determinado la determinación concreta del *quantum* de la retribución que la actora percibe de su madre, siendo la carga de esta prueba incumbencia de la actora, sin que pueda desplazarse al demandado la obligación de acreditar un requisito tan decisivo.

3.º Violación, por no aplicación, del artículo 153, 4.º, del Código Civil y de la doctrina de la sentencia de 26 de enero de 1943, dado que la demandante había injuriado a la persona a la que reclama alimentos. Citaba,

(2) Se extraen del Considerando tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo

en concreto, que la actora fue condenada como autora de un delito de injurias orales graves, por sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1965, expresiones injuriosas que afectaban gravísimamente al honor, fama y honra del esposo ahora recurrente, expresiones proferidas según el Juzgado en un momento en que ya se habían iniciado las diligencias de separación, cuando es lo cierto que tal momento es irrelevante.

Fue Ponente el Magistrado don Antonio Peral García, que sienta la siguiente doctrina:

1.º La sentencia recurrida acepta los considerandos de la sentencia de primer grado y sienta los *hechos* en relación con la esposa demandante (3) ... Afirmaciones fácticas todas éstas que el Tribunal *a quo* las deriva de la apreciación conjunta de la prueba practicada.

2.º Los dos primeros motivos del presente recurso se amparan en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *En el primero* de dichos motivos se denuncia la interpretación errónea del artículo 142 del Código Civil, fundamentándolo en unos hechos distintos de los fijados en la sentencia que se recurre, y todo ello sin expresar la infracción que se haya podido cometer respecto al citado precepto y mucho menos el «concepto» en que lo fuere; además, sin haber combatido las afirmaciones fácticas que constituyen la base de dicha Resolución por el cauce procesal adecuado; y al propio tiempo, involucra la prueba de presunciones sin advertir que no sólo no denuncia como infringido el artículo 1.253 del Código Civil, ni tampoco el «concepto», sino que de ser ello lo pretendido incurriría en el defecto de precisión que señala el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: por todo lo cual declina este motivo primero.

En el segundo motivo se denuncia la infracción del artículo 152, 3.º, del Código Civil y de la doctrina legal de las sentencias citadas, sobre la base de unos hechos que, por ser totalmente contrarios a los declarados en la resolución impugnada, constituye supuesto de la cuestión sin haber utilizado los apartados que el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dedica a los errores de hecho y de derecho y sin especificar ni denunciar precepto alguno que se refiera a la carga de la prueba: por lo que también ha de perecer este motivo segundo.

3.º El *motivo tercero* denuncia la no aplicación del artículo 153, 4.º, del Código Civil (*sic*) sin advertir que contra la afirmación de la resolución impugnada (4) el cauce adecuado para su impugnación —por constituir una cuestión de hecho o a lo sumo de interpretación— no es precisamente el de violación de aquel precepto citado, ya que para ello ha de ser modificado el criterio mantenido en la resolución recurrida mediante el correspondiente cauce procesal para en su consecuencia estimar o no la infracción denunciada: y al no haberlo hecho así, ha de declinar este motivo, por lo que, en resumen de todo lo fundamentado, se impone la desestimación del recurso.

FALLO: No ha lugar.

(3) Han quedado resumidos al reseñar la Sentencia de Primera Instancia.

(4) Se refiere aquí el Ponente a las afirmaciones injuriosas antes recogidas al reseñar la Sentencia de la Audiencia.

IMPUGNACION DE LEGITIMIDAD.—ARTICULOS 110, 1.º Y 3º, DEL CODIGO CIVIL, ARTICULO 108 DEL CODIGO CIVIL: DOCUMENTO AUTENTICO EN CASACION, PRUEBA PERICIAL, IMPOSIBILIDAD FISICA DE ACCESO, CREENCIA ERRONEA ACERCA DEL EMBARAZO: ALVAREZ C. BERMUDEZ Y MINISTERIO FISCAL (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1973)

ANTECEDENTES

Fueron hechos declarados probados en este litigio:

1) El demandante y la demandada sostuvieron relaciones íntimas desde inicios de 1970 hasta el 9 de marzo de 1970, en que la mujer marcha al extranjero, de donde regresa a primeros de agosto del mismo año. En aquellas fechas el actor la recoge y regresan a su ciudad natal, comenzando una segunda época de relaciones, con el propósito del actor de llegar al matrimonio.

2) A finales de diciembre de 1970 la mujer comunica al demandante que se encuentra embarazada desde hace unos tres meses. Ello mueve al actor a preparar la boda precipitadamente.

3) La boda se celebra el 24 de enero de 1971, con matrimonio canónico ante familiares y algunos amigos.

4) En el mismo día de la boda inician el «viaje de bodas», pero no llegan al lugar previsto, ya que en camino la mujer se encuentra «indispuesta», dando a luz a las pocas horas dos gemelos, varón y hembra, perfectamente viables, de unos dos kilogramos aproximadamente, siendo ingresados en la Residencia Sanitaria de la ciudad de su domicilio.

5) Los facultativos que intervinieron en el alumbramiento y en la Residencia rechazaron las manifestaciones del padre de que el embarazo era de cuatro meses, por estimar que los niños eran normales y con más de siete meses de vida en el seno materno.

6) Se hacía constar expresamente que, hallándose la madre *ausente* en el extranjero desde el día 9 de marzo hasta el 2 de agosto de 1970, resulta imposible que el actor sea el padre de los recién nacidos.

7) El marido interpuso ante el Tribunal Eclesiástico demanda de nulidad de matrimonio por rato y no consumado y por vicio en el consentimiento, solicitando la dispensa papal, concedida por el Papa Pablo VI el 30 de noviembre de 1971.

8) Se hacía constar que la cuantía del pleito era indeterminada.

El actor termina con la *súplica* de que se dicte sentencia por la que se declare: 1.º Que los niños habidos por la demandada doña ... el día ... en la localidad de ... no son hijos legítimos del actor, careciendo por ello del derecho a llevar sus apellidos, sin que en la inscripción del Registro Civil deba constar el actor como su padre. 2.º Que carecen igualmente de todo derecho a alimentos, por sí o a través de su madre demandada. 3.º Que carecen asimismo de derecho a la porción hereditaria que el Código Civil atribuye a los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos. Y que se condene a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, remitiendo de oficio al Encargado del Registro Civil de ... para anotación de

los extremos determinados en la sentencia, a efectos de la inscripción que se lleve a efecto; y asimismo, y por conducto del Arzobispado de . se oficie a la Parroquia correspondiente el contenido del extremo primero de la sentencia, a los efectos de redacción del acta referida a la partida de bautismo.

La demandada contestó y se opuso a la demanda.

El Ministerio Fiscal en un principio se opuso a la demanda, pero a la vista de la prueba pidió se declarase la no paternidad del actor, con las consecuencias legales e inherentes.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el 15 de marzo de 1972, por la que estima en todas sus partes la demanda y declara lo pedido por el actor en el suplico.

La Audiencia Territorial dicta sentencia el 7 de noviembre de 1972, en la que establece determinadas afirmaciones fácticas como sigue: «fue el actor quien trasladó los niños a . los ingresó en la Ciudad Sanitaria como beneficiarios suyos al amparo de su credencial de asegurado, y quien los inscribió en ella con los nombres propios y apellidos del inscribiente y de su esposa» (1), y que «estima justificada la imposibilidad física del demandante para haber tenido acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento de los hijos que su esposa dio a luz en la noche del mismo día de la celebración del matrimonio. y también declara probado que el conocimiento que el demandante tenía, antes de casarse, del estado real o tiempo de embarazo de su mujer, era erróneo, y cuando realizó los actos antes referenciados —traslado de los niños e ingreso en la Ciudad Sanitaria— todavía no conocía con exactitud las verdaderas circunstancias del caso, siendo contradichos de inmediato por el actuar expreso y terminante del propio actor, quien seguidamente se desatendió de las criaturas y de su esposa y formuló demanda ante la jurisdicción eclesiástica» (2). La sentencia de la Audiencia desestima la apelación de la demandada, confirmando totalmente la sentencia del Juzgado, y sin imposición de costas.

La esposa demandada interpuso recurso de casación por infracción de ley, amparada en los siguientes motivos:

1. En base al artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su número 7, por error de hecho en la apreciación de la prueba, según resulta de documento auténtico —la certificación expedida por el Director de la Ciudad Sanitaria—, que pone de manifiesto la equivocación evidente del juzgador.

2. En base al artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su número 7, por error de Derecho en la apreciación de la prueba, infringiendo por violación el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 1.243 del Código Civil (prueba pericial).

3. En base al artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su número 1, infringiendo por violación el artículo 110, párrafos 1 y 3 del Código Civil.

4. En base al artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su número 1, infringiendo, por aplicación indebida, el artículo 108 del Código Civil, dado que en el caso de autos los hijos fueron nacidos *antes* de los

(1) Afirmaciones extraídas del Considerando primero.

(2) Estos hechos se extraen del Considerando segundo.

ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, siendo patente la no aplicación a este supuesto de dicho precepto legal, ya que la situación ahora planteada está perfectamente prevista en el artículo 110 del Código Civil.

Fue Ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, que establece la doctrina siguiente en sus Considerandos:

1. Los dos primeros motivos del recurso denuncian error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, pero ninguno de ellos puede ser acogido. En cuanto al *primero*, porque la probanza que se invoca, consistente en una certificación expedida por el Director General de la Ciudad Sanitaria, no es documento auténtico a efectos de casación, ya que, de una parte, no expresa quién fue la persona que dio los datos de filiación que en ella constan de los dos niños recién nacidos, y, de otra, no contradice los hechos afirmados por la sentencia recurrida, sino que más bien los corrobora. (3). Y en cuanto al *segundo*, sobre el error de Derecho, porque según reiterada doctrina de esta Sala, la prueba pericial está sometida a la discrecional apreciación del Juzgador de Instancia, sin que contra su apreciación quepa recurso alguno.

2. La sentencia recurrida estima justificados ... (4), los cuales *hechos* al haber quedado incólumes impiden estimar legítimos a los hijos habidos por la demandada, ya que el concepto o idea de la filiación —considerada como relación de parentesco existente entre la prole y sus progenitores— se funda en los vínculos de la sangre. De ahí que no pueda atribuirse al demandante la paternidad de esos hijos nacidos fuera del período de tiempo precisado legalmente para servir de base a la presunción de que han sido procreados por él, conclusión que, por su propia naturaleza, no puede resultar enervada por la actuación del propio actor cuando estaba en la creencia errónea de ser el causante del embarazo de su mujer. Decayendo, en su consecuencia, los dos últimos motivos del recurso.

3. Desestimado el recurso, procede condenar a la recurrente al pago de todas las costas y a la pérdida del depósito constituido, conforme el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO: No ha lugar.

RECONOCIMIENTO DE FILIACION NATURAL.—ARTICULOS 1.225 Y 135, 1.º Y 2.º, DEL CODIGO CIVIL: VALOR PROBATORIO DE CARTAS DIRIGIDAS A UNA MUJER Y SU HIJA, ACTOS INTEGRANTES DE LA POSESION DE ESTADO DE HIJO NATURAL: ALBAREDA C. PEREZ (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1973)

ANTECEDENTES

La demandante fundamentaba su escrito de demanda en los siguientes *hechos*:

1) Había nacido en ... el día ... de 1923, figurando inscrita en el Registro Civil como hija natural de doña R. En el Acta de inscripción de nacimiento actuaron como testigos el Médico y otro señor, el ahora demandado.

(3) Son los hechos de la nota 1

(4) Tales hechos son los dichos en nota 2.

2) En el acta de nacimiento se consignó como nombre del padre, a los efectos oportunos, el de X. Dicho nombre era el del demandado.

3) El demandado convivía con la madre de la demandante de forma asidua y continua, como se reconoce con una serie de cartas a dicha señora dirigidas aportadas como prueba, correspondencia sumamente expresiva.

4) El demandado contrajo matrimonio en 1925. Pese a lo cual, continuaron sus relaciones como amante y padre, respecto de la madre de la demandante y esta misma, respectivamente. Se afirma en la demanda que la esposa del demandado conocía tales relaciones.

5) Como actos ostensibles del demandado respecto de la demandante se exponían los de: actuar como padrino de bodas de la demandante (categoría que suele ostentar el padre de la novia), ser el padrino en el bautizo del primer hijo de la actora, y el mantener económicamente a la actora y a su madre, cuidándose extraordinariamente de los estudios y estado de salud de su hija.

6) La demandante alega la condición de «hija» del demandado, lo que se reconoce expresamente por el demandado en numerosas cartas que encabeza con esa denominación de «hija», cartas que se acompañan al escrito de demanda. La serie de cartas iban desde la primera de 1923 hasta la del 20 de octubre de 1939, en número de más de treinta, en las que, aparte de sentimientos afectivos, hay afirmaciones de «mis obligaciones contigo y nuestra hija», etc., y reiteradas expresiones en orden a su paternidad. Aclaraba la actora que los distintos nombres con que aparece nombrada en tales cartas pertenecen todos ellos a la misma, conforme a su acta de nacimiento, en la que es titulada como Carmen, Ramona y Raimunda.

7) Por cuenta del demandado se suscribieron determinados valores a nombre de la madre natural de la demandante.

Termina el escrito de demanda con la *súplica* de que se dicte sentencia en la que se obligue al demandado a reconocer a su hija natural doña . . (actora), practicando la inscripción correspondiente en el Registro Civil, y con condena en costas, caso de oponerse.

El demandado contestó y se opuso a la demanda, alegando:

1) Niega que los hechos de la demanda tengan relación con el demandado, excepto el de que actuara como testigo del nacimiento de la actora.

2) La adición de un nombre del padre a efectos indicadores en el acta de nacimiento *tienen fecha de 20 de marzo de 1967*, y no aparece firmada por el demandado, sino por el encargado del Registro Civil, sin duda para cumplimentar lo prevenido en el artículo 191 del Reglamento de Registro Civil.

3) La actora nació en 1923 y ejercita la acción después de cuarenta y ocho años y cuando el demandado ha cumplido los ochenta.

4) Se rechazan por ilegítimas las cartas sobre las que funda su acción la actora, porque no aparecen dirigidas a nadie (ignorándose, por tanto, quién fuera destinataria de las mismas) y, por otra parte, «el demandado no tiene por qué revelar, ni a los ochenta años de edad se le puede venir a preguntar por hechos ocurridos hace cincuenta años» (*sic*). Que entre tales cartas aparece una de 1923 (anterior al nacimiento de la actora) y otras de 1927 en las que de su simple lectura se observa que es totalmente

imposible que sean dirigidas a una niña (que tendría tres años) y que fueran dirigidas a la actora (que entonces no sabía leer ni escribir).

5) Niega, por incierto, que el demandado haya tenido relaciones como amante de la madre de la actora, lo que no aparece probado ni documentalmente ni de otra forma. Niega asimismo la manifestación insidiosa de que la esposa del demandado tuviera conocimiento de tales relaciones «como amante».

6) Es cierto que el demandado actuó como padrino de boda de la demandante, pero no es cierto que esa categoría la ostente el padre de la contrayente, ni pudo pensar el demandado que el pago de tan generoso rasgo de amistad fuera la imputación de que es objeto.

7) Se niega que el contenido de las cartas presentadas como prueba responda a una convivencia y a unos actos ostensibles como padre, ya que de dichas cartas se desprende de forma evidente que «las cartas no fueron dirigidas a la actora, ni constituyen declaración alguna que obligue al demandado». Hace constar «su más absoluta protesta por su utilización, aunque desde luego no se admite tampoco procesalmente las mismas, que se niegan todas ellas» (sic).

8) La amistad del demandado para con la parte actora pretende ser convertida en relación paterno-filial y es la base de la novela ahora inventada por don A. —esposo de la demandante—, obligado a abonar a la Sociedad de la que el demandado es Presidente una suma de más de dos millones de pesetas que dicha Sociedad le reclama.

Termina con la súplica de que se dicte sentencia absolutoria del demandado, con imposición de costas a la actora.

Recibido el pleito a prueba, se practicaron las pruebas siguientes. a instancia de la actora, las de confesión judicial, documental privada y testifical; y a propuesta del demandado, la de confesión judicial y la documental pública.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia el 22 de octubre de 1971, por la que, desestimando la demanda, absuelve al demandado de las pretensiones de la parte actora. Todo ello, sin condena en costas.

La Audiencia Territorial dicta sentencia de 30 de mayo de 1972, por la que, desestimando el recurso de apelación de la demandante, confirmó totalmente la sentencia apelada, sin condena de costas.

La parte demandante interpuso recurso de casación por infracción de ley, fundándolo en los siguientes motivos:

1) Basado en el artículo 1.692,7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de derecho en la apreciación de la prueba, infringiendo, por violación, el artículo 1.225 del Código Civil y doctrina legal que lo desarrolla: la Jurisprudencia permite utilizar este cauce procesal en casación cuando, sin desarticular el conjunto de las pruebas, mediante el examen aislado de algunas de ellas la sentencia desconozca el valor probatorio que legalmente corresponda a determinado medio de prueba. En este vicio incide la sentencia recurrida, ya que no desestima la pretensión actora por el resultado conjunto de la prueba practicada, sino en razón exclusivamente de los documentos acompañados, que no fueron reconocidos en confesión por el demandado y en los que no se practicó la prueba pericial por no proponerse en forma.

Argumenta seguidamente en orden al *reconocimiento de los documen-*

los privados y la interpretación jurisprudencial de este requisito: el artículo 1.255 del Código Civil no puede dejar al arbitrio de quienes suscriban los documentos la validez o eficacia de los mismos, ya que al lado del reconocimiento expreso ante el juez y de la prueba pericial existen otros medios, cual el reconocimiento tácito, la admisión implícita de su contenido, su utilización para excepcionar, las evasivas o negativas a declarar sobre la autenticidad del mismo. Así lo dice la Jurisprudencia en las sentencias de 5 de marzo de 1943, 11 de febrero y 3 de abril de 1946, 21 de marzo de 1950, 25 de noviembre de 1951, 27 de febrero de 1952 y 24 de abril de 1962. Esta doctrina legal contradice la de la sentencia recurrida y no permite prescindir y rechazar los documentos básicos del proceso porque no hayan sido expresamente reconocidos por el demandado a quien perjudican ni se hayan averiguado por una prueba pericial denegada, sino que a falta de estos medios el juzgador debe examinar todo lo actuado en el proceso y formar su propia convicción sobre la autenticidad y legitimidad de los documentos. Si esto es así cuando se trata de documentos jurídicos, más habrá de serlo cuando el contenido de los documentos *afecta al estado de filiación* de una persona. No es posible desconocer unos documentos que expresan una paternidad reclamada y que están ampliamente reconocidos por su autor en los escritos fundamentales del pleito, aunque no en confesión.

Argumenta también sobre las alegaciones del demandado que entrañan el desconocimiento de los documentos, diciendo que tales manifestaciones ni son las únicas hechas por el demandado con relación a las cartas aportadas, ni por sí solas tienen entidad para que el juzgador se desentienda de ellas prescindiendo de otras afirmaciones y manifestaciones que sobre las cartas hizo el demandado en los escritos fundamentales del pleito (contestación, dúplica, conclusiones) en los que la parte demandada ha reconocido la autenticidad de los documentos, en el sentido de que todos ellos han sido escritos y firmados por el demandado. Y tales escritos tienen el valor probatorio que a los documentos privados legalmente reconocidos les atribuye el artículo 1.225 del Código Civil, y la jurisprudencia que lo interpreta.

2) Basado en el artículo 1.692,1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infringiendo por violación el artículo 135,1 del Código Civil y la doctrina legal que lo desarrolla (sentencias de 11 de diciembre de 1970 y de 27 de enero de 1971): porque los documentos que hacen obligado el reconocimiento de la filiación natural no sólo han de ser indubitados, sino que han de revelar de forma clara y precisa el reconocimiento. Y éste resulta patente e inequívoco en todas las cartas aportadas, que cumplen ampliamente la exigencia del artículo 135, pues se reconoce en ellas la paternidad de quien las ha escrito.

3) Basado en el artículo 1.692,1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infringiendo, por interpretación errónea, el artículo 135, párrafo 2, del Código Civil. Se aborda en este motivo la posesión de estado, como motivo complementario del primero. Los apartados primero y segundo del artículo 135 del Código Civil pueden presentarse —como ocurre en este caso— íntimamente relacionados entre sí, ya que nada impide que los escritos indubitados (apartado 1) contengan, por una parte, el reconocimiento expreso que en tal apartado se prevé y, de otra parte, otras manifestaciones que

constituyen actos directos del padre justificativos de que el hijo se hallaba en la posesión continua del estado de hijo natural que previene el apartado segundo. Es, pues, posible que de los mismos documentos resulten los dos supuestos contemplados.

Así como en el motivo primero si al reconocimiento de los documentos por las alegaciones del demandado se agregaban aquellos otros hechos probados, quedaba robustecida la necesidad de atribuir a los documentos el valor probatorio que legalmente les corresponde; lo mismo procede decir ahora de la *posesión de estado*, ya que en la propia sentencia recurrida se reconocen ciertos hechos de la actuación del demandado que, puestos en relación con el contenido de las cartas que escribe, llevan a una continuidad desde 1923 al nacer la actora hasta el padrinazgo de su primer hijo y constituyen a la demandante en la posesión continua del estado de hija natural del padre, justificado por esa cadena de actos directos del demandado.

4) Basado en el artículo 1.692,1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infringiendo, por interpretación errónea, el artículo 135, apartado 2, del Código Civil, en relación con el artículo 436 del Código Civil y la doctrina legal contenida en las sentencias que cita (de 8 de octubre de 1951, 24 de mayo de 1956, 16 de mayo de 1963 y 24 de febrero de 1966, entre otras): porque el concepto de posesión de estado se ha de acomodar a las exigencias históricas y culturales actuales, y la doctrina legal que se cita tiende a conjugar —en lugar de reparar— el hecho biológico del nacimiento y la paternidad que la origina. De ahí que se sostenga aquí por la recurrente que los hechos admitidos por la sentencia recurrida son integrantes de la posesión de estado a que se refiere el apartado 2 del artículo 135 del Código Civil: son los hechos directos del demandado en momentos decisivos de la vida de la demandante, corroborados por los hechos declarados por los testigos y de los que puede desprenderse la apariencia de una relación paterno-filial entre ambas partes. Aquellos hechos reflejan una continuidad de conducta y una publicidad, requeridos por la posesión de estado. Y el único argumento en contra —el no haberse acreditado la continuidad o no interrupción de los actos demostrativos de la posesión de estado— está contrariado por los mismos hechos que admite la sentencia, ya que entre el nacimiento de la actora y el bautizo de su primer hijo existe de manera muy amplia esa continuidad. Corrobora esa continuidad del estado posesorio el artículo 436 del Código Civil, aquí infringido, ya que la *interrupción* de ese estado posesorio de hija natural tenía que haber sido demostrada por el demandado y no por la demandante.

Fue Ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, que en los considerandos de la sentencia establece la doctrina que sigue:

1. Si bien es cierto que esta Sala ha declarado que, en general, la aceptación como legítimo de un documento privado al fijar los hechos (artículo 604,2 LEC) puede tener lugar tanto de modo *expreso* como *tácito*, no lo es menos que para que pueda apreciarse el *segundo* es menester que la respectiva alegación de la parte frente a quien se esgrima el documento implique necesariamente la admisión de su genuinidad. Requisito que no concurre en el presente caso, ya que la representación del hoy recurrido rechazó la legitimidad de las cartas aportadas por la actora y

vertió ciertos comentarios sobre ellas en los escritos del pleito con la finalidad de destacar y oponer que ni la actora ni su madre podían ser las destinatarias de aquéllas; lo hizo en observancia del denominado principio de eventualidad que —como derivado del llamado de preclusión— le forzaba a utilizar de una sola vez todos los medios de defensa disponibles, como medida de previsión para que el alegado en segundo término surtiera efecto en la hipótesis de que el primeramente aducido fuese desestimado. Sin que, por lo tanto, dichos comentarios encierren un acto inequívoco de reconocimiento implícito de las cartas aludidas, contra lo pretendido por la recurrente.

2. A falta del reconocimiento expreso o tácito de las cartas aludidas, no puede ser estimada la violación del artículo 1.225 del Código Civil y doctrina jurisprudencial sentada en la interpretación del mismo —que se denuncia en el motivo primero—, porque, además de lo dicho, debe tenerse en cuenta: a) que, según el texto del artículo mencionado, *el reconocimiento con arreglo a la ley es un requisito imprescindible para que el documento privado goce de la privilegiada eficacia probatoria que el precepto le otorga*; b) que entre los casos resueltos por las sentencias invocadas y el ahora objeto de examen *no existe la indispensable paridad, primero* porque aquí —a diferencia de aquellos casos— ha sido tachada e impugnada expresamente la autenticidad de las cartas referidas por la parte a quien podían perjudicar, *segundo*, porque si es cierto que el artículo 1.225 no desprovee de todo valor de prueba a los documentos privados no reconocidos legalmente si se han averado por otros medios, en el presente caso *falta tal averación* —pues los medios propuestos por la actora (cotejo de letras y prueba pericial caligráfica) no llegaron a practicarse por causas a ella misma imputables—, y, *tercero*, porque si bien el documento privado no impugnado ni reconocido ni averado legalmente *puede ser tomado en consideración por el juzgador como elemento probatorio suficiente para fijar los hechos discutidos, ponderando según las circunstancias concurrentes el grado de credibilidad que merezca su contenido para apreciarlo en unión de otros elementos de juicio, esta estimación conjunta no está sujeta a ningún canon probatorio*, quedando por consiguiente al margen de la casación por la vía del error de Derecho en la apreciación de la prueba que prevé el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. Lo razonado hasta ahora —al hilo de lo alegado en el motivo primero del recurso— se refiere a *la doctrina del valor y eficacia en juicio de los documentos privados en general; pero esta doctrina es inaplicable* (como ya tuvo ocasión de demostrar la sentencia de esta sala de 23 de junio de 1922), *o puede quedar restringida y condicionada, ante lo dispuesto en el número 1.º del artículo 135 del Código Civil, a cuyo tenor «el padre está obligado a reconocer al hijo natural cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad»* (1). Existencia no satisfecha en el caso que se estudia, pues no puede afirmarse que están exentas de duda, en orden a su autoría, unas cartas cuya *genuinidad*, lejos de haber sido reconocida paladinamente, está rechazada de manera explícita por el hoy recurrido, y cuya *autenticidad* no ha logrado acreditar el presentante de ellas —a quien incumbía hacerlo— por alguna

(1) El entrecomillado y el subrayado «escrito suyo indubitado» vienen así en la propia Sentencia. El restante subrayado que aparece en los Considerandos es obra mía (J. C. G.)

de las pruebas llamadas complementarias o de segundo grado, en cuanto fueren compatibles con aquella categórica exigencia de la Ley civil.

4. Si, por las razones hasta aquí expuestas, no merece ser estimado el motivo primero, esta desestimación hace totalmente innecesario el examen del que le sigue: dado que, *si no existe* el «escrito suyo indubitado» (del demandado) a que se refiere el citado número 1.º del artículo 135 del Código Civil, *resulta ocioso estudiar y dilucidar el problema* que se plantea en el motivo segundo, o sea, el relativo a *si las cartas repetidamente aludidas contienen o no un «expreso reconocimiento de su paternidad»*.

5. Los hechos aducidos en los motivos tercero y cuarto son los únicos que —por haber sido admitidos por el juzgador de segundo grado— pueden ser esgrimidos por la recurrente para sostener la interpretación errónea del número 2.º del artículo 135 en relación con el 436 del Código Civil y doctrina legal dicha: y *aquellos tres hechos —cualquier que sea la orientación que deba adoptarse para la exégesis del citado artículo 135.2 del Código Civil— es obvio que no integran la posesión continua del estado de hijo natural a que dicho precepto hace referencia*. Por lo que deben desestimarse igualmente estos dos últimos motivos y, con ellos, el recurso en su totalidad, con las consecuencias prevenidas en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO: No ha lugar.

NOTAS

1. *Ideas previas*.—Parece evidente que en un litigio con presentación de datos claros y con decisión transparente, sobraría todo comentario y sería prevalente la consideración del viejo aforismo *in claris non fit interpretatio*. Esta parecería ser la situación que se nos presenta a la vista del litigio resuelto por esta sentencia de 13 de julio de 1973. Sin embargo, pese a esa aparente simplicidad, me quedan algunas dudas razonables en orden a una serie de puntos de cierto interés que tienen relación con este litigio y su decisión.

Es bien sabido que la historificación del caso suele depender de la postura personal del Relator o Ponente, y que la re-historificación efectuada por el comentarista depende de la redacción literal de la sentencia y a veces de su composición mecanográfica. Es esa 're-historificación' la que deja a veces un cierto regusto de disconformidad con los resultados obtenidos a la vista de la decisión. Y es esa sensación personalísima la que ahora impulsa a hacer estas notas.

La *primera cuestión* que se me presenta como muy obvia es *la de si la demandante actuaba de buena o de mala fe*. Si actuaba de mala fe, parecerá lógica la postura de creer que todo esto formaba parte de un gran «montaje» del marido de la actora —tesis de los demandados, según consta en el *punto 8* de la Contestación a la demanda, que he anotado— y entonces todo encaja en su sitio. Lo que ocurre es muy simple y es preguntarse si es lógico que *por una deuda de dos millones de pesetas* alguien sea capaz de montar un tinglado tal y avasallar vidas e intimidades ajenas por capricho. La respuesta también evidente es la negativa.

Si la actora actuaba *de buena fe*, que es lo presumible, hay toda una serie de preguntas: ¿es normal que una persona tenga en su poder treinta

y tantas cartas de tan íntimo cariz escritas por otra persona, si no es la destinataria o su hija?; ¿quién es la persona que suele acudir al Registro Civil para inscribir a un recién nacido?; ¿qué familiar o pariente es usualmente llamado como padrino de boda *de la contrayente*? ¿Será pura casualidad el que un señor coincida en ser el que inscribe a una nacida, sea su padrino de boda y padrino del primer hijo habido? A mi modo de ver, son muchas casualidades para pensar que unas y otras cuestiones están desvinculadas entre sí. Así vistas las cosas, no me deja satisfecho la decisión del Alto Tribunal.

La segunda gran cuestión es la de la presentación *sociológica* del caso. Hay toda una gama de factores de importancia a ponderar caso por caso. Por ejemplo, el haber ocurrido los hechos en una gran ciudad y una inmediatez a los ojos del juzgador de instancia muy inferior a la que habría si se hubieren producido en una pequeña población (2); o bien la avanzada edad del demandado que implícitamente origina un cierto temor a que el disgusto provoque un trance fatal; o bien cómo se explica la inactividad o *no-actuación* de la actora —procesalmente hablando— durante más de cuarenta años (3).

La tercera cuestión es la dimensión *valorativa del tema*. Aparentemente la solución del litigio no repugna a la justicia, mirado todo desde el punto de vista del Alto Tribunal. ¿Quizá había una situación familiar de la demandante no demasiado necesitada de protección? ¿No hubo una íntima convicción de ser el demandado el padre de la actora? ¿Faltaron pruebas decisivas para la valoración de las cartas?

La cuarta cuestión es la relativa a la *normativa para el caso*, es decir, el antiguo artículo 135 del Código Civil, con su inacabable problemática y la usual interpretación restrictiva por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. ¿Pesaba esta inercia o arrastre interpretativo sobre el Ponente? ¿Cómo encajar esta sentencia en las líneas de evolución de nuestra jurisprudencia? ¿Habría que reconducirla, más bien, a una jurisprudencia *orientadora*, pero exclusivamente para el tema del reconocimiento de documentos privados?

Son todas estas cuestiones las que me impulsan a hacer algunas breves consideraciones, que quizá puedan desarrollar otros más capacitados que el firmante.

2. *El tema de la eficacia probatoria de los documentos privados*.—La dicción legal —art. 1.225 del Código Civil— exige el *reconocimiento*, que viene a funcionar «como una condición suspensiva a cuya realización subordina el Código la eficacia probatoria de este tipo de documentos» (4). Así, dice F. CORDÓN MORENO que la falta de reconocimiento priva al documento de autenticidad y, por consiguiente, de eficacia probatoria plena, pero ello no quiere decir que el documento no reconocido carezca de eficacia (5). Cita dicho autor la *sentencia de 28 de octubre de 1972*, que dice: «Una cosa es que de conformidad con lo que se establece en el artículo 1.225 del Código Civil no pueda atribuirse al documento privado no

(2) Cfr. la Sentencia de 14 de noviembre de 1973, por mí anotada en esta Revista en breve.

(3) Esta inactividad parece que roza con el llamado ejercicio intempestivo de la acción y raya en la mala fe: idea de la «*verwirkung*».

(4) Así, en F. CORDÓN MORENO: «Comentarios al Código Civil (arts. 1.225 y ss.)», en la obra dirigida por M. ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 2°, EDESA, Madrid, 1981, págs. 178 y ss., especialmente págs. 181 y ss.

(5) *Op. cit.*, pág. 181.

reconocido legalmente igual valor probatorio que al documento público, y otra bien distinta que carezca en absoluto de eficacia probatoria, porque según reiterada doctrina de esta Sala el documento privado no tachado de falso, aunque no haya sido reconocido legalmente, se puede apreciar en unión con otros elementos de juicio.» Añade la cita de la *sentencia de 24 de abril de 1962* —que viene recogida en el *motivo primero* de este recurso—diciendo «privarles en este caso de eficacia supondría dejar ésta al exclusivo arbitrio de la parte a quien perjudiquen».

Está claro que la eficacia probatoria general de los documentos privados está subordinada a su *autenticidad*. Como consecuencia importante, basta con que la parte a quien perjudiquen ponga en duda dicha autenticidad para que quien los propone como medio de prueba tenga la *carga* de demostrarla. Así, en nuestra reciente doctrina, citada, y en las argumentaciones de la *sentencia* —considerandos 1.º, 2.º y 3.º—, prácticamente decisorias del litigio. Al referirse el Ponente a los requisitos de la *genuinidad* y la *autenticidad* *los pone en relación* con el punto ya famoso del «escrito indubitado» y aún subraya este inciso, lo que prácticamente equivale a dejar sin fundamento todo el recurso.

Sin embargo, la propia doctrina reciente pone de relieve que no siempre es necesario que la parte que presente un documento privado pruebe su autenticidad. Y de la concordancia entre el artículo 1.226 del Código Civil y el 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil deduce una aceptación *tácita* de la autenticidad del documento, que no produce ni tiene por qué producir los mismos efectos que el reconocimiento (6). Distinguiendo finalmente entre la admisión —expresa o tácita— de hechos (los hechos que prueban la autenticidad del documento privado) y la confesión en juicio. A diferencia de otros ordenamientos —art. 215 C.P.C. Italiano y parágrafo 439 de la Z.P.O. Alemana— el Código Civil, en el artículo 1.226, 3.º, otorga una facultad al órgano jurisdiccional, pero parece confundir reconocimiento y confesión. No es, pues, nada extraño el contenido del considerando *primero*, que tajantemente rechaza la posibilidad de un reconocimiento *tácito* haciendo caso omiso de los comentarios del demandado acerca de las cartas en cuestión. Tales comentarios, por otra parte muy singulares («... protestas por su utilización», «... el demandado no tiene por qué revelar...»), dejan la duda de si son bastante base para encubrir un o unos *indicios* que pudieran servir de fundamento a la formación de presunciones (7).

Tales indicios podrían haber llevado a la formación de los hechos base de una posible presunción. Pero esto no se produjo en la actividad valorativa de la prueba por el juzgador de instancia, y a mi modo de ver era no sólo lícito, sino posible y factible. Lo que conduce, como resultado inapelable, a que la prueba practicada y valorada en la primera instancia sea decisiva del litigio al ser íntegramente aceptada en segunda instancia y en la casación.

3. *El tema del escrito indubitado.*—No voy aquí a reproducir cuanto se ha escrito por nuestra doctrina acerca de este punto ni las numerosas sentencias del Tribunal Supremo en la materia, remitiéndome a las exposiciones de los autores patrios (8).

(6) Cfr. F. CORDÓN MORENO: *Op. cit.*, págs. 184-186.

(7) Cfr. M. SERRA DOMÍNGUEZ en *op. cit.* en nota 4, *Comentario al artículo 1.249 del Código Civil y siguientes*, págs. 543 y ss., especialmente 554-557 y 569 y ss.

(8) Cfr. para una detallada y clara exposición de nuestra Jurisprudencia la conocida obra de PUIG

La doctrina más autorizada puso de relieve que la interpretación doctrinal del «escrito indubitado» del 135 era como declaración *de ciencia o de conocimiento* y que su valoración debía estar sometida a las reglas generales de la apreciación de la prueba (9). En su virtud, se ha solido considerar que *no se debe exigir* en el escrito indubitado *la circunstancia* de que el reconocimiento sea deliberadamente expreso con este fin y, por consiguiente, *las cartas, familiares que den trato de hijo* podrán servir de base para el reconocimiento forzoso de paternidad (10). El rechazo de la doctrina hacia la tesis voluntarista seguida por el Tribunal Supremo es total.

En esa misma línea de nuestra moderna doctrina, *el motivo segundo* exponía cómo el reconocimiento de la paternidad resultaba patente e inequívoco *en todas las cartas aportadas*, que cumplen ampliamente la exigencia del artículo 135 del Código Civil, pues en ellas se reconoce la paternidad de quien las ha escrito. Citaba también en dicho motivo las recientes sentencias de 11 de diciembre de 1970 y 27 de enero de 1971, pero sin desarrollar su tesis y sin argumentar detenidamente el aspecto comparativo entre unos y otros casos (11). A mi modo de ver, el motivo pudo y debió ser más expresivo y contundente y no secundario respecto del primero, sino al revés.

Si sucinto era el motivo segundo citado, mucho más sucinto es el *considerando cuarto*, que lo desestima, despachando el complejo y vidrioso tema con la cómoda argumentación de que «*si no existe el escrito* . es ocioso estudiar el problema. ». El problema era el de *si las cartas* aportadas por la actora contenían o no un expreso reconocimiento de paternidad. A mi manera de ver, hay un escamoteo del problema por razones de incomodidad. Las dos sentencias que se citan en este motivo segundo eran y son de pertinente aplicación, y su cotejo comparándolas con el caso de autos era conveniente. Una aproximación a ese cotejo voy a apuntar aquí, muy someramente.

En la *sentencia de 11 de diciembre de 1970* (12) había —como en este caso— una serie de cartas dirigidas por el demandado a la actora, quizá de mayor cualificación en el aspecto fáctico, dado que el demandado había convivido en casa de la actora en régimen de hospedaje. El Tribunal Supremo en su considerando tercero analiza comparativamente la argumentación del demandado, que citaba las restrictivas sentencias de 29 de noviembre de 1958 y 16 de mayo de 1963, y considera que no se dan en el caso los supuestos fácticos de las mismas. Y rechaza el recurso del de-

BRUTAU *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo IV, vol. 2.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1970, págs. 109 y siguientes; para un buen resumen de las posiciones doctrinales, véase LACRUZ-SANCHO: *Derecho de Familia*, Ed. Bosch, Barcelona, 1966, págs. 405 y ss. Pueden verse también CASTÁN TOBEÑAS *Derecho civil, común y foral*, tomo V, vol. 2.º, 7.ª ed., Reus, Madrid, 1958, págs. 65 y ss., especialmente 73 y ss.; MARTÍNEZ CALCERRADA: *La discriminación de la filiación matrimonial*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1977, páginas 344 y ss.

(9) Cfr. Díez-PICAZO «Reclamación de la filiación natural» (Comentario a Sentencia de 29 de noviembre de 1958), en *ADC*, XII-4, págs. 1415 y ss., especialmente pág. 1419. ÍDEM: «De nuevo sobre reclamación de la filiación natural» (Comentario a tres sentencias del Tribunal Supremo), en *ADC*, XV-1, págs. 205 y ss., especialmente 228.

(10) Así, en CASTÁN. *Op. cit.*, pág. 74, con cita de POU DE AVILÉS: «El reconocimiento forzoso del hijo natural en el Derecho español», en *R. J. Cat.*, mayo-junio 1981, pág. 211. Los subrayados son míos (J. C. G.).

(11) Al menos no se desprende de la redacción de la sentencia. Parece una argumentación pobre, escasa y deficiente.

(12) Véase mi presentación, recensión y anotación en esta Revista, núm. 490, 1972, págs. 662 y ss.

mandado, por entender que en las cartas dirigidas a la actora hay una voluntad expresa de reconocer.

En la *sentencia de 27 de enero de 1971* (13) se reitera la doctrina del Tribunal Supremo de entender que es suficiente el reconocimiento expreso por escrito indubitado del padre, *sin que sea preciso que sea hecho con el deliberado propósito o finalidad* de tener por hijo al reconocido. Se rechaza también el recurso del demandado y se desestima la excepción alegada de la cosa juzgada por la decisión contenida en un Auto de declaración de herederos *ab intestato*.

A mi modo de ver, la cita y comparación con ambas sentencias era pertinente y temporánea y no acierto a ver el porqué el Alto Tribunal no las tuvo en cuenta. Porque las cartas aportadas por la actora contenían una confesión de paternidad. La única duda era de *si el nexa* actora-demandado se desprendía evidentemente de las cartas. Y ese nexa había que inducirlo de otras pruebas, especialmente de la de indicios y, más ampliamente, de la de presunciones. Porque lo primero que cabe preguntarse es si era lógico y natural, dada la naturaleza de las cosas, que ese conjunto de cartas estuviera en poder de la demandante, de no ser ella misma la hija de la destinataria de las cartas.

Por todo ello, considero que el rechazo, sin más, del motivo era insuficiente. Me deja insatisfecho.

4. *El tema de la posesión de estado*.—Tampoco voy aquí a reproducir las numerosas aportaciones doctrinales en orden a este punto (14), de modo que me remito a los autores citados.

El supuesto de la *posesión de estado* contenido en el número 2.º del artículo 135 del Código Civil consagra —en opinión de ROYO MARTÍNEZ (15)— la eficacia del reconocimiento *tácito*, es decir, de aquel en el que la voluntad de tener al hijo como tal no se manifiesta con palabras escritas, sino con una conducta permanente, reveladora de que tal fue el designio del padre. En tanto que la posesión de estado en la filiación *legítima* es una prueba respecto de una paternidad siempre indagable, respecto de la filiación *natural* es una manifestación de reconocimiento.

Los tres elementos constitutivos de esa posesión de estado —*nomen, tractatus, fama o reputatio*— son tradicionales en nuestro Derecho y suelen ser analizados por la doctrina y en las numerosas ocasiones en que el Tribunal Supremo se enfrenta a litigios de esta clase. Para C. MELÓN INFANTE (16), al no definir el Código Civil la posesión de estado, late en su espíritu un concepto aún más amplio y flexible que el de ciertas legislaciones extranjeras que expresamente lo definen.

Es A. M. LÓPEZ LÓPEZ (17) quien más ha profundizado en el concepto y naturaleza de la posesión de estado, y en especial en la de hijo natural. Siguiendo el magisterio de DE CASTRO, y a parte de la doctrina italiana reciente (SANTORO-PASSARELLI), rechaza la equiparación entre reconocimiento *tácito* y posesión de estado, porque esa pretendida equiparación equi-

(13) Véase mi presentación, recensión y anotación en esta Revista, núm. 492, 1972, págs. 1166 y ss.

(14) Cfr. las obras citadas en nota 8 precedente PUIG BRUTAU, págs. 120 y ss.; LACRUZ-SANCIO, página 408; CASTÁN, pág. 74, MARTÍNEZ CALCERRADA, pág. 348. Para una profundización en el tema, indispensable acudir a la obra de A. M. LÓPEZ LÓPEZ: *La posesión de estado familiar*, Sevilla, 1971, páginas 125 y ss., especialmente 118 y ss. y 113 y ss.

(15) Véase su *Derecho de Familia*, Sevilla, 1949, pág. 277.

(16) Cfr. sentencias comentadas: «Reconocimiento de la paternidad natural», en ADC, 1952, páginas 367 y ss.

(17) Cfr. *op. cit.*, pág. 134.

valdría a considerar *dentro* de tal posesión exclusivamente al 'tractatus' —que es de donde podría derivar la *expresión de una voluntad de reconocer* o *una confesión* en el mismo sentido—, lo cual va en contra del concepto mismo de «posesión de estado». Para LÓPEZ es el elemento 'fama' el más fundamental de todos, porque es el que refleja de un modo más nítido la propia naturaleza del fenómeno posesorio.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha asimilado los dos números del 135 bajo la capa monocolor del reconocimiento privado y exige los requisitos de la *constancia* y la *continuidad* en esa posesión de estado, esto es, la notoriedad y la no interrupción de esa posesión. No es otra cosa, en opinión de LÓPEZ, que la exigencia de no contradicción en el 'tractatus' como elemento fundamental de la posesión de estado. Para LÓPEZ LÓPEZ, la única fórmula general es la idea sentada por la sentencia de 26 de marzo de 1903 de que «las circunstancias de cada caso determinarán el alcance y trascendencia de los actos significativos y demostrativos de la posesión continua de estado de hijo natural».

Por otro lado, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado que «la cuestión de si existió o no existió posesión de estado es un tema de hecho, de la libre apreciación del Tribunal de instancia, sólo impugnabile en casación por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»: así, en sentencias de 19 y 30 de enero de 1931, 16 de enero de 1932, 29 de noviembre de 1958, 3 de diciembre de 1960, 7 de noviembre de 1961 y 4 de abril de 1962. Así, también, en el inciso final del *considerando segundo* de esta sentencia anotada. Sin embargo, observa muy bien agudamente DÍEZ PICAZO (18) que «En puridad, son *quaestiones facti* los hechos sobre los que intente montarse la idea de posesión de estado, v. gr., si el padre tenía al hijo consigo, si lo alimentaba, si atendía a su educación, si sufragaba sus gastos, etc., pero la *valoración y calificación jurídica de estos hechos, el determinar si pueden ser o no calificados como constitutivos de posesión de estado*, es ya una *quaestio iuris* y su cauce procesal en casación debe ser el del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Una vez expuesta muy resumidamente una síntesis de conjunto de las consideraciones doctrinales y de parte de las afirmaciones de nuestra jurisprudencia en orden a este punto concreto de la posesión de estado, sólo resta apreciar alguna de las particularidades del caso concreto resuelto por esta sentencia del Tribunal Supremo.

En los *motivos tercero y cuarto* la actora recurrente argumentaba acerca de la posesión de estado, en base a determinadas actuaciones muy relevantes del demandado en situaciones vitales trascendentes de la actora: al ser inscrita en el Registro Civil, al casarse y al tener su primer hijo. Tales hechos, *combinados* con las cartas, podían hacer llegar al juzgador por presunción esa íntima convicción de ser el demandado el padre de la actora. La publicidad de tales hechos era y es obvia. La continuidad, en sentido de *no interrupción*, algo menos obvia y de difícil prueba, y parece hacer referencia expresa al *tractatus*. Es a esa *continuidad* en la posesión a la que se refiere el *considerando quinto*, cuando sin ninguna argumentación rechaza tales hechos, diciendo que «es obvio que no integran la posesión continua del estado de hijo natural».

(18) Cfr. su obra citada en nota 9 precedente, en ADC, 1962, pág. 230: los subrayados son míos (J. C. G.).

A mi modo de ver, *lo que es obvio es* que un señor estuvo presente en el momento de inscribir a una recién nacida, fue su padrino de boda y padrino de su primer hijo. A no ser que ocurriera que pasaba por allí casualmente en los tres casos y fuera llamado, lo que cualquier valoración popular y social haría es *reputarle o tenerle por el padre*. Que algo así decidiría un juez del tipo 'brechtiano' (19), me parece casi seguro. Que algo así es un resultado al que quepa llegar por la vía de la técnica de *las presunciones*, parece probable (20). Que la usual hipovaluación de la presunción y la difícil inmediatidad del juzgador de instancia en las grandes poblaciones hayan predeterminado la solución de este litigio, es comprobable. No puedo aquí sino remitirme a otra sentencia del Tribunal Supremo casi *coetánea* a la presente —*la de 14 de noviembre de 1973*, que comento en breve en esta misma REVISTA—, en la que la inmediatidad del juzgador de instancia en una pequeña población y su actividad valorativa de la prueba condujeron a otro resultado distinto.

En definitiva, como aspecto *infraestructural* del litigio hay una valoración sociológica del juzgador de instancia y una *quaestio iuris*, como dijera tiempo atrás Díez Picazo. Y resta una duda razonable de si esa valoración sociológica era digna de rechazo y la incógnita de la no fundamentación del rechazo.

5. *Resumen*.—A la hora de cerrar estas notas, se puede resaltar:

- Que a una inflación por la recurrente en su motivo primero del punto del *reconocimiento de los documentos privados (cartas)* se contraponen por el Ponente una hiper-valoración del tema en los considerandos primero y segundo, al parecer por asimilar el reconocimiento a la confesión.

- Que el punto del *escrito indubitado* escasamente defendido en el motivo segundo es rechazado en los considerandos tercero y cuarto linealmente y sin cotejo con otras sentencias similares, prescindiendo de las presunciones.

- Que el punto del *escrito indubitado* escasamente defendido en el ro y cuarto con cierta entidad es rechazado de plano en el considerando quinto sin razones de fondo y con probable subconsciente idea de ser una *quaestio facti*.

En el momento de centrar esta decisión de nuestro más alto Tribunal, parece prudente no encajarla dentro de las decisiones típicas en tema de reconocimiento judicial de la filiación natural, sino más bien dentro de aquella jurisprudencia *orientadora o aclaradora* de los grandes principios, en concreto, sobre el tema del reconocimiento de los documentos privados. Cualquier otra posible *extensión* a la filiación natural de sus argumentos me parece excesiva y dudosa, a la vista del litigio y de su desarrollo procesal, y, por supuesto, en la habitual línea restrictiva de nuestra jurisprudencia.

La decisión del Tribunal Supremo es *formalmente* justa, quizá en base a una muy rígida valoración de la prueba en instancia, aunque en mi opinión es *materialmente*, en cuanto al fondo, discutible en una valoración social e indiciaria de los hechos ocurridos.

J. C. G.

(19) Cfr. las conocidas obras de B. BRECHT: *El círculo de tiza del Cáucaso* y *El círculo de tiza de Augsburgo* (jueces AZDAK y DOLLINGER, respectivamente).

(20) Véase SERRA DOMÍNGUEZ en *op. cit.* en nota 7 precedente, págs. 543 y ss., especialmente páginas 554 y 557 y ss.

LIBROS

o

o

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho civil español, común y foral*. Tomo quinto: Derecho de Familia. Volumen primero: Relaciones conyugales, 10.^a ed. Revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José María Castán Vázquez. Reus, S. A., Madrid, 1983. Un tomo de 1083 páginas.

Ante todo pienso que los aciertos de la obra son muy superiores a los eventuales defectos que pueda presentar. Resulta muy difícil exponer con detalle sus méritos y puntos objetables en el apretado espacio de que dispongo.

Por otra parte, la obra, como un ser vivo, tiene que adaptarse, sin traicionar su sentido práctico y pedagógico, a los cambios sociales y jurídicos del momento actual: de nada vale recluirse en preceptos o en construcciones jurídicas de tiempos pasados.

Al hablar de la crisis de la familia, se afirma que «las legislaciones muchas veces, en vez de proteger a la familia, contribuyen a agravar su debilitamiento».

Sin embargo, el Informe Foessa 1975, páginas 401-402, da una respuesta ponderada a este pesimismo conservador:

«Cuando se habla hoy de crisis de la familia, un primer sentido en que hay que entender esta expresión es el de crisis del tipo de familia tradicional... La institución familiar se encuentra hoy ante la necesidad de adaptarse a .. nuevas condiciones de vida. Pero al ser todavía la imagen normativa que de la familia se tiene predominantemente tradicional, ésta choca con la realidad económica y social propia de una sociedad en desarrollo.»

Al analizar «la unificación supranacional del Derecho de Familia», el revisor, dubitativamente, afirma: «especial interés ofrecen acaso para España los pasos dados en este camino por el Consejo de Europa».

Creo, por el contrario, que España, para cumplir sus compromisos internacionales, no puede dudar sobre la necesidad de ratificar convenios europeos ya vigentes, como el de la adopción —año 1967— o el de los hijos nacidos fuera del matrimonio —año 1975.

Al afirmar que «el catolicismo luchó desde antiguo contra los gérmenes destructores de la familia y especialmente contra el concubinato, muy difundido en España», olvida la fundamentación legislativa de la barragana en las Partidas y la defensa de la institución por el gran MARTÍNEZ MARINA en su *Ensayo histórico crítico sobre la legislación de los reinos de León y Castilla*, Madrid, 1834, páginas 268-269. Véase mi conferencia a publicar en los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, años 1982-83.

En el análisis del «Derecho de Familia en la Constitución de 1978» pa-

rece olvidarse que las personas que integran las relaciones familiares deben poder ejercer los derechos fundamentales, consagrados por la Constitución. Me remito al análisis del profesor SILVIO BASILE en la obra colectiva, dirigida por GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución española de 1978*, páginas 208 y siguientes.

Al definir las notas o caracteres del matrimonio, se inserta la superada opinión de LALAGUNA, *RDP*, 1972, que afirma que «la idea de la indisolubilidad del matrimonio es la base de la unidad del sistema jurídico» (!). Por lo visto, el sistema jurídico español se ha quedado sin base ni unidad después de julio de 1981.

¿Cuáles son los fines del matrimonio definido por el Código Civil a partir de la promulgación de la Ley 30/1981? Aplicar tales fines religiosos, definidos por el C.I.C. de 1917, a la regulación civil del matrimonio es contrario a la Constitución —art. 16—.

No se pronuncia la obra sobre cuál sea el sistema matrimonial adoptado por la Ley de 7 de julio de 1981. «No existe, hoy por hoy, una respuesta unánime e indiscutible a esta pregunta.»

Creo que cabría demandarle una menor timidez en este punto.

No es exacta la afirmación de que el incumplimiento del deber de convivencia por parte de uno de los esposos constituye delito de abandono de familia en caso de abandono malicioso del domicilio conyugal: para ello es preciso que se incumplan, además, los deberes inherentes a la patria potestad o al matrimonio.

Es modélica la caracterización del actual sistema de regímenes económico matrimoniales en los territorios regidos por el Código Civil: se mantiene y perfecciona el régimen de gananciales como legal supletorio, se regula como optativo el de participación y se mantiene, previa su perfección, el de separación de bienes, cuya práctica parece en alza. Por último, aunque sin darle este nombre, se establece un verdadero régimen matrimonial primario.

La afirmación de GARCÍA CANTERO de que «cabría impugnar por contrario a las buenas costumbres lo estipulado en capitulaciones matrimoniales contra los fines del matrimonio, fórmula del derogado artículo 1.316, párrafo 1.º, del Código Civil», es inconstitucional, por contraria a la libertad religiosa —art. 16 de la Constitución.

Es muy acertado el estudio del «régimen matrimonial primario», denominación que se da a las «Disposiciones generales» del capítulo I del título III del libro III del Código Civil.

Es analizado el nuevo artículo 1.320 del Código Civil.

No se puede renunciar en capitulaciones matrimoniales, ni al derecho del cónyuge sobreviviente al ajuar de la vivienda habitual común —artículo 1.321 del Código Civil— ni a la libertad de celebrar los esposos contratos entre sí —art. 1.323 del Código Civil.

Se estudia el nuevo artículo 1.324 del Código Civil y la reforma del régimen registral hipotecario de las adquisiciones onerosas de bienes inmuebles por los esposos, artículo 95,4 del Reglamento Hipotecario.

Es muy acertada la clasificación y análisis de los bienes propios o privativos de los cónyuges, de los gananciales y la distinción de las deudas y cargas de la sociedad de gananciales y de los bienes propios de los esposos.

En la administración de los bienes gananciales, «el legislador español,

tanto para la administración como para la disposición de los bienes comunes, ha aplicado tres ideas básicas: a) Libertad de pacto; b) Actuación conjunta; c) Legitimación de actuaciones individuales en casos concretos».

En «la gestión individual de los bienes comunes» el autor analiza los acertados preceptos contenidos en los artículos 1.382, 1.384, 1.385 y 1.386 del Código Civil.

Sobre los regímenes de separación de bienes y de participación, afirma que ... «se trata de un régimen económico que los contrayentes pueden adoptar libremente, ... Puede esperarse cierto incremento en el número de separaciones convencionales».

La reforma de 1981 ha normativizado, como régimen voluntario, el de participación de bienes, que, en el fondo, es una modalidad del de separación.

Se estudia cuidadosamente la norma contenida en el artículo 1.438, que ha hecho pensar a algún autor que se trata de una invasión de lo laboral en lo familiar.

¿Cabe la posibilidad de pactar para lo futuro un régimen dotal semejante al contenido en los derogados artículos del Código Civil, redacción de 1889?

Es posible la estipulación de un régimen específico para un bien concreto de la mujer, que no agote su patrimonio previsible, en virtud del que el varón administraría preferentemente el bien y aplicaría sus frutos a las necesidades de la familia. Pero agotar el patrimonio de la mujer con este régimen es, lisa y llanamente, inconstitucional —arts. 14 y 32,1 de la Constitución.

El autor, después de la sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de junio de 1981, sobre la cuestión de inconstitucionalidad que le planteó un Juez Magistrado de Primera Instancia de Barcelona, da por vigentes como medida de prudencia, los textos compilados que regulan los regímenes matrimoniales que se opongan a la Constitución —arts. 14,32,1. Pero como dijo DÍEZ PICAZO —*Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, 1973, pág. 304—, «es claro que cuando así lo exijan las condiciones, lo prudente puede ser la audacia o la anticipación. Con un símil automovilístico, en muchos casos, lo prudente no es frenar, sino acelerar».

El Tribunal Constitucional ha dejado claro, incluso en esta sentencia, rectamente leída, pero también en otras muchas, que las disposiciones anteriores a la Constitución que se opongan a ella, han quedado *ipso iure* derogadas, en virtud de la disposición derogatoria del cuerpo fundamental.

Los autores no pueden ignorar tal doctrina constitucional.

El revisor de la obra afirma que MARTÍN BALLESTEROS, con su conocida construcción jurídica sobre la casa aragonesa, con un valor traspersonal que se eleva por encima de los derechos y obligaciones de las personas que la integran, se inspira en ideas y concepciones muy modernas y nuevas acerca de la institución jurídica. Yo creo que en 1983 la teoría de la institución ni es nueva ni es compatible con la Constitución.

En el régimen económico matrimonial catalán, el autor cita las opiniones de PUIG FERRIOL y ENCARNI Roca en varios puntos. Afirman que la asociación a compras y mejoras y el pacto de «convinença» del Valle de Arán, son unas embrionarias manifestaciones catalanas del régimen de participación en las ganancias o de comunidad diferida de bienes. Desvinculan, además, el *excreix o sponsalicio del pretium virginitatis* o

Morgengabe, al afirmar que es criticable la referencia del artículo 44 de la Compilación a «las condiciones personales de la esposa».

Es de lamentar que la obra no distinga las peculiaridades de Ibiza y Formentera de las de Mallorca y Menorca, en materia de regímenes económicos matrimoniales y no haya concedido la suficiente extensión a unas y otras.

Destaca el importante significado del artículo 91 del Fuero Nuevo de Navarra: «en todo lo no previsto por este capítulo se aplicará al régimen conyugal de conquistas, en cuanto no se oponga a éste, lo dispuesto en el Código Civil para el de gananciales». Entiendo que el artículo del Código Civil, aplicable como supletorio, es el establecido por la Ley 13/1981 y no el que estaba vigente antes de esta fecha.

GARCÍA CANTERO, conocido antidivorcista, ha revisado los párrafos CXXVI y CXXVI bis de la obra: Disolución, nulidad y separación matrimonial. Pienso que CASTÁN TOBEÑAS hubiera encomendado tal revisión a persona más próxima a su probado liberalismo.

Porque en su *Derecho civil*, segunda edición, tomo II, Madrid, Reus, 1932, páginas 361 y siguientes, expuso y comentó sin prejuicios la nueva legalidad del matrimonio que estableció la Ley de 2 de marzo de 1932.

El revisor de la obra no cita siquiera las conclusiones de la Conferencia de Viena de 1977 sobre el Derecho de familia. La convocó el Consejo de Europa y en ella representó a España, como observador, el profesor ESPÍN CÁNOVAS. Una de sus conclusiones afirmó: «Que la noción de divorcio quiebra, entendiendo como tal el quebrantamiento irremediable del vínculo conyugal, independientemente de toda falta eventual de uno u otro cónyuge, sea admitida de la manera más apropiada en las legislaciones sobre divorcio». También silencia o no utiliza apenas las diversas redacciones del proyecto de Ley del Matrimonio y Divorcio en el Congreso y del Senado, ni las actas de las sesiones de ambos Cuerpos colegislativos. Sin embargo, reproduce, sin mencionar este extremo, los argumentos de las minorías parlamentarias que en 1980-1981 propusieron enmiendas al Proyecto, sin éxito alguno.

Es un lugar común muy criticable afirmar que el divorcio en España no tiene otro precedente que el regulado por la Ley de 2 de marzo de 1932. Ley ésta, por cierto, que no es extractada y comentada brevemente como merecía su importancia, ya que algunos preceptos procesales y el fundamental artículo 85 del Código Civil son copia, más o menos literal, de varios de los de aquella Ley.

Temo que el autor no haya leído con detenimiento las alusiones o trabajos de EDUARDO DE HINOJOSA, GARCÍA GONZÁLEZ, GACTO FERNÁNDEZ o de mí mismo, que hemos demostrado que hasta el siglo XIII, en España, existieron formas divorcistas, no judiciales, por supuesto, que se oponían a la indisolubilidad matrimonial canónica. Me remito al apéndice de mi trabajo, publicado en esta Revista en enero-febrero de 1983.

Publicaré en breve otro trabajo sobre la materia en mi conferencia arriba citada.

Es muy grave afirmar que «la disolución del matrimonio por divorcio» constituye un acto abusivo del Estado, a quien la Santa Sede no atribuyó tal facultad en el Acuerdo Jurídico de 3 de enero de 1979...». Me remito a mis *Estudios de Derecho de familia*, tomo I, páginas 386 y siguientes, y al debate parlamentario sobre «la Ley del Divorcio». Los diputados y sena-

dores, por aplastante mayoría, desestimaron las enmiendas del señor Díaz Pinós y de Coalición Democrática en tal sentido.

Es inaceptable la afirmación de que la regulación del divorcio es inconstitucional. Debíó transcribir la obra los pertinentes artículos de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional que demuestran que en 1983 ni se ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra el divorcio ni es posible hacerlo ya.

Hablar de repudio para tachar algunas formas de divorcio es un lugar común que los antidivorcistas repiten sin razón, en España, copiando de Francia. El divorcio judicial moderno, aun el más laxo, es estructuralmente distinto y de efectos prácticos muy dispares al repudio romano.

Resulta lamentable leer que «la vigente Ley de Divorcio bien puede calificarse de . . . utópica por haber pretendido establecer un divorcio indoloro para los sujetos afectados» (!!). ¿Pero es que para que haya divorcio es preciso que haya dolor, vergüenza, humillación? Como dijo en un momento desafortunado, el por otros motivos excelente CARBONNIER, «¿es terapéutico procurar el aliviadero de un proceso agonístico a la agresividad, incluso al odio violento entre cónyuges», lo que a su juicio es un mérito del divorcio por falta? (11).

Son también inconsistentes las reticencias que experimenta GARCÍA CANTERO hacia el procedimiento de divorcio previsto en la Disposición Adicional 6.ª «Cabe dudar que tal proceso sumaráisimo ofrezca garantías al cónyuge que se oponga seriamente a la ruptura legal del vínculo.» Pero no hay que olvidar que el cónyuge que demanda conjuntamente con el otro cónyuge el divorcio, no se opone, por definición, a la ruptura legal del vínculo.

Merece análisis la afirmación del revisor de la obra de que «las causas de divorcio» no admiten la analogía ni la interpretación extensiva». Creo que tales causas no encajan en ninguno de los supuestos que prevé al efecto el artículo 4.º, párrafo 2.º, del Código Civil.

Es objetable la afirmación de que «el ordenamiento español no reconoce los divorcios que puedan otorgar determinadas confesiones religiosas». Porque el reconocimiento dependerá del contenido del acuerdo a que llegue el Estado con dichas confesiones «en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste» —art. 59 del Código Civil—. No olvidemos que el artículo 80 del Código Civil reconoce una disolución del matrimonio celebrado en forma canónica: el procedimiento de dispensa del matrimonio rato no consumado. Los artículos 14 y 16 de la Constitución juegan, por lo tanto, contra la opinión de GARCÍA CANTERO.

Decir que la Ley no es técnicamente correcta al declarar disueltos los matrimonios canónicos, es, subrepticamente, romper una lanza por una imposible por inconstitucional indisolubilidad del vínculo creado por la forma matrimonial canónica.

El autor pretende que sea automática la homologación de la sentencia canónica de nulidad de un matrimonio celebrado en esta forma, cuando la oposición de una de las partes no haya sido «fundada». No dice tal cosa la Disposición adicional segunda: la oposición, sea cual fuere su motivo, debe ser causa de no homologación de la decisión eclesiástica.

Es correcta la afirmación del revisor al decir que «la reforma... no

ha eliminado la figura de la reconciliación..., la cual encubre en sí un indudable propósito de política jurídica de reanudar la convivencia».

No parece de recibo, por inconstitucional, ni es practicable, el deseo del autor: «En ausencia de una jurisprudencia civil —en materia de separación—, parecería prudente que estos Tribunales se inspiren en las decisiones de los Tribunales eclesiásticos, con experiencia secular en la materia.»

Es absolutamente rechazable la opinión del autor: «la negativa a prestar lo que la doctrina canonista llama débito conyugal sin justificación de ningún género... es violación del más característico deber conyugal» (!!). Imponer tal débito conyugal canónico a cualesquiera cónyuges, significa violar su libertad personal —art. 1.º— y su libertad religiosa —arts. 14 y 16—, reconocidas en la Constitución.

El propio CASTÁN TOBEÑAS, en la primitiva redacción de su obra, aún conservada en las páginas 243-244 de esta edición que ahora comento, afirmó que «la obligatoriedad del débito conyugal no puede estar sujeta a sanciones civiles y sólo a las censuras del tipo moral y religioso».

El autor impone limitaciones a la causa cuarta de separación: «el alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales». Se debe recordar que fueron rechazadas expresamente en los debates parlamentarios. No parece que la opinión de la doctrina deba influir en las futuras decisiones judiciales en contra del criterio adverso de los representantes del pueblo. Los trabajos legislativos están para algo.

El autor considera que el segundo párrafo de la causa quinta del artículo 82 del Código Civil es una norma absolutamente rechazable, porque permite que la *desertio* del hogar se convierta en separación legal en corto plazo. Aparte de la implicación disciplinaria peyorativa que tiene la palabra *desertio* —el hogar conyugal no es un cuartel—, deben recordarse las discusiones parlamentarias, en las que se trasluce que el precepto fue ponderado muy cuidadosamente. Y ha merecido la crítica favorable del profesor ESPÍN.

Es objetable admitir la que yo he llamado en mis *Estudios* excusa abso-lutoria de la infidelidad —párrafo 2.º de la causa segunda del artículo 82 del Código Civil—y afirmar que «ello significa únicamente la no producción de uno de sus efectos, pero no la suspensión ni menos la extinción de tal deber».

Me remito en este punto a lo que dije en mis *Estudios*, tomo II, volumen I, páginas 16 y siguientes y 81 y siguientes.

Es asimismo objetable la afirmación del autor al establecer una grave limitación a los acuerdos de los cónyuges para determinar los efectos definitivos de la nulidad, separación o divorcio. Como el artículo 1.814 del Código Civil prohíbe la transacción en las cuestiones matrimoniales, si aparece —dice— que uno de los cónyuges ha recibido una compensación patrimonial para no oponerse o consentir a una separación, nulidad o divorcio, tal acuerdo sería radicalmente nulo.

Pienso que el precepto debe ser interpretado sistemáticamente de acuerdo con los nuevos preceptos de la reforma que a buen seguro harán cambiar su primitivo significado.

No tiene base firme la opinión del autor, al analizar la pensión prevista en el artículo 97 del Código Civil, cuando afirma que «no parece impro-

bable que se pondere la culpabilidad o imprudencia que el cónyuge perceptor haya podido tener en la separación o el divorcio, aunque ello parezca ir contra el espíritu de la Ley, pero no del artículo 98.

Porque, por el contrario, la ponencia de la Comisión de Justicia del Senado eliminó el inciso «los hechos que hubieran determinado la separación o el divorcio» de la causa primera del artículo 97, que obviamente aludía a la culpabilidad de uno de los cónyuges en la separación o el divorcio.

Es aceptable la interpretación que el autor da de la regulación de esta pensión compensatoria por separación o divorcio, así como el juicio descalificador de la prevista por el artículo 98 para la nulidad del matrimonio. Lo que no lo es es la vigorosa afirmación del autor, casi de pasada, de que «la minuciosa reglamentación de este capítulo IX no veda el ejercicio de otras acciones indemnizatorias con base en las reglas generales».

Apuesto a que los Tribunales no estimarán la demanda fundada en los supuestos daños patrimoniales que originan tales sentencias e incluso daños morales, a los que alude el autor en otra parte de su revisión.

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH

Comentario a dos manuales argentinos de Derecho de familia.

Publicar un manual en Argentina es una labor meritoria. Falta una universidad investigadora, con una tradición de claustros doctorales. Por otra parte, tampoco el manual universitario se concibe como el resultado de una vida investigadora, y algunos autores de manuales no suelen tener, para avalar su trabajo, un previo *curriculum* investigador de monografías y artículos. Además, el autor del manual tiene que compatibilizar su actividad con la de despacho, judicial o política, pues en la Universidad no existe la dedicación exclusiva a la labor docente.

En estas condiciones y dado la poca tirada de los manuales —es decir, que no se publica por dinero—, el escribir un manual es una proeza heroica. Vaya, pues, por delante, mi admiración hacia las meritorias obras que voy a comentar.

Entre los manuales de Derecho de familia hispanoamericanos, uno de los más notables es el de AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO, editado por Ediciones Depalma en Buenos Aires. El presente comentario se refiere exclusivamente al tomo I (*Parte General y Matrimonio*), 1974.

El libro de BELLUSCIO lleva impresa su tirada (2.000 ejemplares) —ningún autor español reconocería que tira menos que el vecino— y cada ejemplar tiene un número concreto. Se evidencia una desconfianza entre autor y editor, que tiene que resultar poco provechosa para la vida universitaria.

El doctor BELLUSCIO es, sin duda, un hombre brillante, que sabe exponer y presentar bien sus ideas. El libro es de bonita redacción y de lectura fácil. El libro, además, es interesante y está escrito con rigor y coherencia. Yo, sin embargo, discrepo profundamente de su concepción del matrimo-

nio, de la familia, de lo que es la asignatura y de cómo debe hacerse un manual. Por eso, las críticas que siguen a continuación no deben tomarse como una desconsideración hacia el autor o hacia su obra, sino, todo lo contrario, como la valoración más justa de su importancia.

I. *Cómo se ha escrito el manual.*—Empezaremos examinando la metodología de la obra. La carencia de una investigación argentina ha conducido a que el manual se haya escrito siguiendo de cerca los Tratados franceses de Derecho civil. Tratados y autores españoles e italianos se toman en cuenta con menos profusión (alemán prácticamente sólo se cita la traducción española de ENNECERUS...). De los españoles tiene en cuenta especialmente a PUIG BRUTAU, y, en consentimiento matrimonial, a MANS PUIGARNAU. También se citan en ocasiones autores como LACRUZ, DÍEZ PICALO y BELTRÁN DE HEREDIA.

El manual, más que a la formación histórica, o a la dogmática (ideológica o jurídica) de las instituciones presta especial atención al Derecho comparado (con una cierta tendencia a la acumulación de datos más que a su elaboración). El autor es amante de las introducciones generales (por ejemplo, una introducción de la teoría del acto jurídico familiar) de las clasificaciones apriorísticas, y, en ocasiones, terminologiza en exceso. El manual sufre de la especialización de su autor y por eso, por ejemplo, las páginas de más dudosa calidad son las de carácter patrimonial (como al tratar de la obligación natural, la teoría de la causa y los vicios del consentimiento). A mi juicio, el manual resulta en ocasiones algo farfoso por incluir en el texto principal las opiniones de todos los autores argentinos que han escrito sobre un tema (yo entiendo que en el texto deben ir las opiniones o discusiones sustantivas utilizando la nota marginal en los demás casos).

Pero el defecto capital es, a mi juicio, su defectuosa formación en Derecho canónico, que, sin embargo, utiliza con profusión. Siempre que surge algún tema canónico —que son muchas—, toma en consideración casi exclusivamente a ESMEIN, que no es una autoridad en el Derecho canónico.

II. *La familia.*—El libro se abre con una extensa y completa teoría general sobre la familia. Su concepción de la familia no está ligada al matrimonio y no se delimita la naturaleza y concepto de la familia.

Para BELLUSCIO, la familia es el conjunto de personas con las cuales existe algún tipo de vínculo de orden familiar (pág. 3). Con lo que lo definido entra en la definición. La familia la crea, según BELLUSCIO, el orden jurídico. No es una concreción de algo anterior previo, sino simplemente el resultado de la voluntad de la ley. Sin embargo —según el autor—, «cada individuo es el centro de una familia diferente, según la persona a la que se refiera». Estas dos afirmaciones enmarcan lo que, a mi juicio, es el planteamiento básico del pensamiento de BELLUSCIO: un individualismo de origen —la familia se basa en la voluntad: acto familiar— y un estatismo panteísta de resultado —la familia sólo existe en cuanto que la ley lo dice y como la ley lo dice—. Al desligar la familia del orden ético y del matrimonio, el doctor BELLUSCIO se encuentra en la necesaria contradicción de tener que encontrar la familia en la ley y en el Estado. En definitiva, admite la supremacía del Estado, y sostiene un relativismo dogmático-legalista sobre qué es la familia.

Por eso, para BELLUSCIO, el origen de la familia, «abordado especialmente por los sociólogos del siglo XIX, no ha podido ser aclarado y quizás

no lo sea nunca» (tras una extensa exposición de teorías sobre la promiscuidad originaria y el celo susexual). Yo, por ejemplo, haría justamente una afirmación simple, pero contraria: es conocido desde hace tiempo que el matrimonio es el origen de la familia. Para BELLUSCIO, el Derecho de familia es el conjunto de las normas jurídicas que regulan las relaciones familiares; y, me pregunto yo, ¿de dónde sacan las normas jurídicas la sustancia para poder definir que son las relaciones familiares? Para BELLUSCIO la configuración de la familia, es un problema de política legislativa aunque reformada por influencia de las ideas morales y religiosas. A mí, configurar la familia como parte de la política me recuerda el dicho de JARDIEL PONCELA: «La política es tan mala que a la suegra se le llama mamá política.» BELLUSCIO expone el estado de familia antes que el matrimonio. La familia es un «atributo de la personalidad» (pág. 46). La conclusión lógica (que no afirma BELLUSCIO) es que si la familia es un atributo de la personalidad, no existe la familia como ser en sí sino sólo la persona.

Referente al *título de estado de familia* encontramos uno de los pocos errores de la cuidada obra de BELLUSCIO. BELLUSCIO, en polémica con BORDA, afirma (pág. 72) que todos los instrumentos públicos sirven de título de Estado. Con lo que, a mi juicio, desconoce la triple perspectiva de título de estado: título constitutivo estado (v. gr., el matrimonio), título de legitimación de estado (la inscripción en el Registro: prueba única en el tráfico y privilegiada en el proceso) y título de prueba del estado (la posesión de estado o principio de prueba por escrito, sólo utilizable a falta de inscripción o cuando se suscite contienda judicial sobre el estado civil). Desde la perspectiva de BELLUSCIO, no tiene sentido ni las extensas páginas que dedica a las acciones de Estado (77/117), ni el proceso del Estado de familia (119/155).

III. *El matrimonio*.—El doctor BELLUSCIO expone la teoría sobre los esponsales y el matrimonio póstumo antes de la teoría general del matrimonio. Las páginas que dedica a esponsales son quizás las más interesantes del libro. A mi juicio, sin embargo, la falta de una concepción coherente del consentimiento matrimonial, le impide distinguir claramente entre esponsales y matrimonio. BELLUSCIO no llega a distinguir entre esponsales y matrimonio por el carácter público de la forma matrimonial (pues entonces habría que llegar a la conclusión que la sustancia del matrimonio está en la forma y no en el consentimiento).

En el libro del doctor BELLUSCIO se tardan 283 páginas en llegar al matrimonio. El autor, como hemos dicho, no se preocupa en coordinar familia y matrimonio. Pero ¿qué es el matrimonio? Para BELLUSCIO, el esfuerzo por definir el matrimonio es un esfuerzo vano (pág. 287); además, los fines del matrimonio son irrelevantes (pág. 289). Para BELLUSCIO el matrimonio es una institución sin fines que no se puede definir. Lógico: si la familia —según BELLUSCIO— es lo que dice la ley, y sólo existe desde la perspectiva de la persona, el matrimonio sólo es lo que dice la ley siempre desde la perspectiva de la persona. Como el concepto del matrimonio es la clave para distinguir entre sociedad y Estado, el doctor BELLUSCIO los confunde: en la página 176 leemos que «en los actos jurídicos familiares se acentúa el formalismo en razón de la transcendencia que estos actos tienen para la sociedad». ¿Para la sociedad o para el Estado? ¿Existe la sociedad «fuera de la ley»? ¿También la sociedad y la transcendencia es lo que la ley dice que es?

BELLUSCIO comparte plenamente la idea de que, en la regulación del *sistema matrimonial*, debe existir un único matrimonio civil obligatorio y debe tratarse como delito al sacerdote o religioso que acceda asistir a un matrimonio religioso si los cónyuges no han contraído antes matrimonio civil. Yo también aquí discrepo con el doctor BELLUSCIO; en mi opinión, yo tengo derecho a arrejuntarme, liarme la manta con una señora, etcétera...; esto no quita a que yo, por mis creencias —que el Estado dice que me respeta y yo no tengo por qué declararlas—, presente a mi perjudicada, amada, concubina, plan, etc..., al párroco y dos testigos para que sea mi mujer (según el Derecho de la Iglesia, que por cierto es el único que me importa), claro, como el matrimonio es un medio para pagar más impuestos y se tiende a garantizar la igualdad de todos los hijos..., ¿por qué van a ser de mejor condición los ateos que pueden liarse con su señora, sin que el Estado les moleste, que los católicos, a los que se obliga a civilizar una creencia religiosa? Yo me lio con mi señora (eso sí, muy canónicamente). Si el matrimonio se basa en el consentimiento matrimonial, yo otorgo consentimiento sólo al matrimonio canónico... no al matrimonio civil. ¿Algo que objetar?

Y entramos con esto al examen y comentario del tratamiento que BELLUSCIO da al *consentimiento matrimonial*. La falta de un concepto de matrimonio y de familia muestra su contradicción en la teoría del consentimiento matrimonial. Cuando se sustantivizan unos fines —como en el matrimonio canónico— se sabe que es el matrimonio y para que prestan los cónyuges el consentimiento matrimonial. Si BELLUSCIO admite no poder definir qué es el matrimonio, ¿cómo puede definir qué es el consentimiento matrimonial? Sin fines sustantivos, el formalismo (y particularmente la inscripción registral) quedan como únicos fundamentos del matrimonio. La esencia del matrimonio no está en el consentimiento matrimonial, sino en la forma. El matrimonio se nos aparece como una institución impuesta por la ley. Al fin y al cabo si llevamos a las últimas consecuencias el pensamiento de BELLUSCIO no existe el matrimonio, sino cada uno de los cónyuges (el matrimonio debe ser un atributo de la personalidad de cada uno) y el matrimonio es lo que la ley dice que es. Por eso, y coherentemente, para BELLUSCIO, el consentimiento prestado en estado de necesidad es válido (las causas de nulidad tienen que estar previstas en la ley: la nulidad no lo es por defecto de consentimiento, sino por determinación legal). Es válido el matrimonio prestado con reserva mental, y la simulación no tiene eficacia jurídica. Lógicamente si el matrimonio no tiene fines no puede existir un consentimiento simulado, pues el consentimiento lo es *a priori* y solamente sobre la observancia de una forma. Se consiente sobre una forma y no sobre una finalidad.

La falta de una concepción coherente sobre el matrimonio hace que se resienta la teoría de *los vicios del consentimiento*. Por ejemplo, la diferente naturaleza del error y del dolo en el matrimonio canónico y en el civil se debe a que en el matrimonio canónico se parte de la esencia y finalidad del acto, mientras que en el civil se parte de la representación de la parte. Por eso, la exposición de BELLUSCIO sobre el error sustancial es una especie de definición de matrimonio fuera de contexto. Por ejemplo, tiene trascendencia para irritar el matrimonio la esterilidad autoprovocada, la ocultación de sífilis, de embarazo por tercero, de engaño sobre las cualidades morales o civiles de carácter grave (¿?), no celebrar con

posterioridad matrimonio religioso, etc...; sin embargo, no tiene trascendencia la ocultación de la condición sacerdotal, o la condición de virgen de la mujer. ¿Por qué? Se hace una llamada a lo razonable como supremo fundamento del Derecho. Esta «razonable» exposición de BELLUSCIO está en contradicción con la naturaleza subjetiva del error en el contrato civil. Por ejemplo, partiendo del supuesto más plástico, BELLUSCIO no admite el error sobre la virginidad de la esposa; sin embargo, si yo me caso porque es virgen (representación subjetiva determinante), el error es sustancial según la teoría patrimonial del consentimiento. La sustantividad o accidentalidad del error no está en la ley sino en mí; la distinción entre lo accidental y lo sustancial es relativa. Lo que BELLUSCIO llama «lo razonable» es, en realidad, una trasposición vestida de subjetivismo (error en el consentimiento) de la razón objetiva del matrimonio. El error no es error porque lo padece la parte (como quiere presentarse), sino que es error porque existe una razón sustantiva objetiva del matrimonio (que BELLUSCIO tiene que inventar ante la negación de una razón ética objetiva).

Quiero terminar estas líneas reiterando mi aprecio y estima a la obra del profesor BELLUSCIO. Mis críticas no son diferentes de las que haría de algunos prestigiosos manuales europeos y españoles (con la diferencia de poderlas hacer sólo al doctor BELLUSCIO, por tener un océano por medio). El libro de BELLUSCIO puede figurar dignamente en la más selecta biblioteca. Además, nos enseña la línea evolutiva de los Derechos hispano-americanos que los españoles lamentablemente descuidamos. Es una coherente concepción sociologista y legalista de la familia y del matrimonio (que es también la predominante en España). En mi opinión, el libro es razonablemente bueno, aunque para un sociologista será objetivamente extraordinario.

GUILLERMO A. BORDA es también autor argentino de un manual de Derecho de familia (en un tomo) y de un tratado de Derecho civil (que dedica al Derecho de familia dos tomos). El manual y el tratado no se distinguen esencialmente, y por eso se pueden comentar a la vez. Es el único tratadista argentino actual que ha publicado una exposición completa del Derecho civil.

La obra del doctor BORDA llama la atención por su buena encuadración, tipografía y calidad del papel. Sin embargo, no publica la fecha de edición de los libros, lo que representa una cierta desconsideración hacia el lector. Los libros del profesor BORDA son claros, sencillos, descriptivos y con poca problematización interna. Son fundamentalmente exegeticos de la ley y, en algunos casos, desde una perspectiva excesivamente literaria. Sólo circunstancialmente hace referencia a la historia, la dogmática, el Derecho comparado o las opiniones doctrinales. En el manual se prescinde completamente del aparato doctrinal, y en el tratado, aunque se recogen y exponen obras doctrinales (fundamentalmente las argentinas), el aparato doctrinal no llega a problematizar el texto.

La obra del doctor BORDA, tras unas páginas introductorias sobre la familia, expone, rápidamente, el estado de familia para pasar a centrarse en la teoría del matrimonio. En ella, presta, sobre todo en las páginas iniciales, una cierta atención a la doctrina católica.

La teoría del consentimiento matrimonial es el punto más endeble del tratado y del manual. El doctor BORDA hace una teoría del consentimiento matrimonial excesivamente poética y aun relativamente romántica. Su con-

cepción del consentimiento matrimonial se puede resumir diciendo —si la he entendido bien—: como los enamorados lo ven todo de color de rosa (pág. 101 del tratado), no prestan un auténtico consentimiento libre, por eso sólo se admite el error en la identidad de la persona porque los demás errores son muy comunes. Esto me recuerda —y perdóneseme el tono de chascarrillo— la historia de dos amigos que se casaron con dos hermanas; algunos años después, en una noche de confidencias, con algunas copas de más, un amigo comentaba al otro: «si volviese otra vez al principio me casaría con tu mujer»; el otro amigo, apodado «el filósofo», le contestó: «te volverías a equivocar». A mi juicio, el error tiene que ser puesto en relación con los fines del matrimonio; el consentimiento se presta no sólo sobre la identidad de la persona, y sobre la aceptación de una forma pública, sino también sobre los fines del matrimonio. Por eso no deja de ser romanticismo jurídico la afirmación de BORDA de que «el hombre y la mujer que llevados de su amor han desafiado todos los riesgos, han aceptado todas las posibilidades, no pueden pretender más tarde la anulación del matrimonio» (pág. 64 del manual).

Tampoco puede afirmarse, creo yo, que el fundamento de la nulidad del matrimonio viciado por dolo es el hecho ilícito, porque entonces nos encontraríamos con una nulidad absoluta y radical, sin necesidad de declaración judicial. Planteamiento que, evidentemente, no es aplicable al matrimonio.

La obra del profesor BORDA es, en conclusión, una obra sencilla y bien escrita, de carácter fundamentalmente exegético, que ha de ser muy pedagógica para los estudiantes y de fácil consulta para el profesional. Se sacrifica la profundidad en favor de la claridad.

JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPI

CORAPI, DIEGO: *Problemi relativiti al diritto delle società*. Estudio obrante en el volumen dedicado a «L'influenza del Diritto Europeo sul Diritto Italiano». Milano, Giuffrè, 1982.

El *ingenium curiosum*, el afán por las novedades, del Instituto de Derecho Comparado, con sede en la Abadía de Fiesole, en las proximidades de Florencia, es indudablemente el motor de su actividad, casi increíble. A los pocos años de su existencia nos ofrece otro volumen, el XXIII de su colección, comprendiendo las aportaciones a la VI Convención de la Asociación de Derecho Comparado de Italia.

El tema general no sólo es atractivo, sino útil. En una introducción de tal maestría, CAPELLETTI y PIZZORUSSO señalan la importancia de los centros periféricos de información, de *monitoring*, en orden a la elaboración de un Derecho supranacional que contrasten el operar concreto, la influencia en la realidad de la vida de tales normas que en muchas ocasiones, como agua de lluvia, desaparecen sin rastro en las secas arenas de las negociaciones entre gobiernos.

La aportación italiana está compuesta por trabajos de gran calidad y firmas de sólido prestigio. Se subdivide en varias secciones y en la primera

de ellas, bajo el enunciado «Derecho Constitucional», se agrupan los estudios referentes a fuentes del derecho y libertades fundamentales que suscriben nombres como PIZZETTI, SORRENTINO y con análisis de la influencia y relaciones del Derecho comunitario con los regionales italianos, los de D'ATENA y NACCI, materia candente y preocupante en la actualidad hispana. La relativa al Derecho civil está dedicada a los temas de adopción, tutela del consumidor y sede jurídica de personas, con las firmas de CATTANEO, ALPA-BESONE y TEDESCHI. Otras se refieren al Derecho Internacional Privado al Penal y a los Procesales, civil y penal, y la de Derecho comercial contiene trabajos de PIRAS sobre Derecho bancario, MAZZONI sobre seguros, GHIDINI y CAVANI sobre propiedad industrial, GALLESIO-PIUMA en relación con quiebras y otros procedimientos concursales y un interesantísimo estudio de MAISANO sobre armonización del régimen fiscal en las Sociedades de la Comunidad Europea. Además, el enunciado de CORAPI, al que dedicaremos una especial atención, no sólo por concretarse a materias propias de muchos de los profesionales que siguen esta revista, sino por las importantes secuelas que del mismo pueden dimanar.

Este estudio, como todos los del volumen, es de índole práctica; quedan a un lado los teóricos con sus críticas y divagaciones, su flotante magisterio. Con voz suave y apacible se comentan los efectos del que se califica como uno de los fenómenos más grandiosos producidos a partir de la última guerra: la afirmación, con bases profundas y un notable desarrollo, de la nueva ordenación jurídica supranacional con extensas raíces culturales y políticas manifestada principalmente a través de las actividades de la Comunidad Económica Europea, el Consejo de Europa y aún, con su jurisprudencia, la Corte y Comisión de Derechos del Hombre. No sólo se han producido directrices, normativa, sino abundante literatura y, sobre todo, se ha aprendido a leer la norma con sentido integrador, determinado su alcance, su medida, sus efectos. Ciertamente que actualmente, con la ampliación de la Comunidad, y en especial los problemas causados por el ingreso de Gran Bretaña (y aun Irlanda y Dinamarca) y la profunda crisis económica, se han producido un «ralentí» y hasta una revisión de instituciones, que se hallan en algún caso en trance de reestructuración o auto-revisión, pero la bola de nieve ha pasado ya a ser alud y las consecuencias históricas.

El Tratado de Roma, dice CORAPI, establece como directriz de la Comunidad la libre circulación de personas, servicios y capitales. La aplicación del principio más que a estos últimos se ha enfocado a los primeros. Y en relación con las personas jurídicas de tipo social se ha concretado en la libertad de establecimiento, de traslado de domicilio, de reconocimiento de todos los tipos sociales de los diversos países y aún la posibilidad de fusionarse entidades de distintos Estados.

La práctica se ha diversificado. Por una parte, se ha tenido en cuenta el establecimiento de una sociedad supranacional en el proyecto de la llamada «Societas Anonima Europae» y en los «Groupements d'Intérêt Économique», consorcios de empresas de nivel europeo. La semejanza se encuentra en la «Canada Corporations Act» de 1970, que, respetando la legislación de sociedades de las respectivas provincias, ha establecido normas para sociedades de tipo federal. Algo más distante es el modelo U.S.A., donde se está desarrollando una considerable actividad uniformadora de carácter comercial.

Por otra, se ha tratado de armonizar las disciplinas de los diversos Estados en la materia elaborándose una sustanciosa cadena de Directivas y proyectos de ellas que CORAPI analiza con detalle. La primera, del máximo interés, está fechada en 1968 y se refiere a los límites del poder representativo de los órganos sociales y los efectos para la sociedad y terceros de los actos ejecutados por los mismos; a la invalidez del acto fundacional y a la publicidad de los actos sociales. La segunda, de 1976, se refirió a la fundación de anónimas y la integridad y alteración de su capital; la tercera, de 1978, a las fusiones; la cuarta, del propio año, a contabilidad y balances, y los proyectos y estudios versan sobre estructuras societarias y sus órganos, balance de grupos de sociedades, calidades de los auditores o censores de la contabilidad social; grupos de sociedades, requisitos para admisión de valores en las Bolsas, presencia del personal de la empresa en determinados órganos sociales, materias bancarias y disolución-liquidación de entidades.

El complejo de la obra comunitaria a lo largo de veinte años se halla completado con Convenios y Reglamentos. Nos hallamos ante una labor de parcelación, *salami tacts*, de considerable importancia, inspirada fundamentalmente en la disciplina y experiencia germanas, sumamente completas. Se trata de conseguir una sustancial identidad de la *law in action*, sin abandonar institutos y peculiaridades locales. El resultado es todavía una obra abierta, incompleta, *work in progress*, campo fascinante para los comparatistas a los que invita a creaciones, interpretaciones o aplicaciones y al empleo de las técnicas más fantásticas o sofisticadas.

Entre los convenios aludidos figura el de Bruselas, relativo al reconocimiento de los tipos sociales de los Estados signatarios, en el que se da al concepto sociedad una delimitación muy amplia, independiente de su reconocimiento formal como persona jurídica, cabiendo en ella casi todo organismo de finalidad económica, convenio que en lo relativo a la sede de las sociedades ha sido objeto de reservas por algunos de los Estados firmantes. De los Reglamentos el más destacado es el que contiene los Estatutos de la Sociedad Europea, sumamente completos, inspirados en el modelo alemán, con una notable disposición supletoria: la insuficiencia normativa será suplida con el espíritu dimanante de las reglas y principios comunes de los Estados-miembros.

Resalta CORAPI que aunque al redactar su estudio sólo había sido objeto de aplicación concreta, en el Derecho italiano, la Primera Directiva, no obstante las discusiones y estudios suscitados por las proposiciones comunitarias habían sido muy abundantes y mostraban no sólo el considerable interés de la producción comunitaria, sino la vitalidad casi increíble del proceso de constante renovación del Derecho comercial, que debe adaptar fácilmente su configuración a las estructuras económicas que se alteran sin cesar con independencia de normas y doctrinas.

La aplicación de la Primera Directiva se realizó en Italia el año siguiente de su aparición y en 1969 se modificó el Código Civil, insertando en él literalmente las directrices formuladas. La operación hubiera requerido mayor delicadeza para evitar lo que se conoce por «rechazo», y al efectuarse en forma tan simple se han producido desarmonías, incongruencias y hasta confusiones. No obstante, las consecuencias han sido importantísimas. Al imponer que el poder de representación de los órganos adecuados no puede dimanar de los asientos registrales, sino del objeto social, y que

todos los actos realizados por los administradores sociales se presume corresponden al propio objeto y por ello su actividad no puede ser limitada, y de serlo sólo producirá efectos internos. La Asamblea podrá exigir responsabilidades por actuaciones exorbitadas, pero los terceros no podrán ser perjudicados por ello ni aun en caso de cesiones a título gratuito, que abarcan desde un pitillo o una copa de vino a un diamante o un inmueble y que pueden corresponder a una esfera nebulosa que puede hallarse encaminada a la creación de una *charme* vaporosa o a encubrir una comisión o un soborno.

Problema conexo es el de si el Registro Mercantil, órgano clásico de publicidad, debe detallar prolijamente, como se efectúa en España, el proceso de formación de los acuerdos sociales: quóruns, asistencias, votaciones, o su publicidad previa o complementaria. JOSÉ LUIS ALVAREZ, ilustre Notario madrileño, escribió ya un precioso trabajo que se mantiene inédito y al mismo tema nos referimos en comentario a una obra de ABBADESSA, aparecido en esta misma Revista en 1976. Realmente a los terceros no les interesan estos extremos, materia interna de la sociedad cuyas irregularidades procesales serán objeto de discusión entre accionistas y administradores. Al tercero le basta que consten fehacientemente las personas facultadas para certificar: las falsedades o incapacidades para nada le preocupan.

Todo ello está íntimamente relacionado con la naturaleza y funciones del Registro Mercantil, que no es estática, sino que debe ir acoplándose a las necesidades para que fue creado. Por ello, considerarlo como mera institución destinada a publicidad de situaciones jurídicas no pasa de ser una perspectiva fragmentaria. El exceso de juridicidad incluso produce unos Registradores tipo *watchdog* o *bloodhound*, revisores o controladores de las actuaciones de otros funcionarios, en especial Notarios, a cuyo prestigio indirectamente contribuyen.

Como ha escrito BROSETA en su *Derecho Mercantil*, apoyándolo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1909, totalmente opuesta a una recentísima Resolución de nuestra Dirección General de los Registros y del Notariado, la publicidad debe alcanzar cualesquiera circunstancias relevantes para la explotación de la actividad empresarial: todo lo que pueda interesar a los terceros, dotando de seguridad al tráfico mercantil y no sólo en su aspecto jurídico. Los ejemplos de otras naciones son anonadantes. Las reorganizaciones de los Registros de Italia y Holanda casi prescinden del aparato jurídico. En Inglaterra se efectúa una importante publicidad a través del Registro, el «Board of Trade», y comunicaciones en el domicilio social y de los socios en la que nada escapa: balances, sueldos y detalles de los directivos, número del personal, cualquier cambio en los capitales fijos, contratos con directores o alto personal que se relacionen directa o indirectamente con la sociedad, aparte las emisiones de títulos representativos de préstamos, incluso aquéllos que no suponen derecho de preferencia alguno, como ocurre en algunos supuestos de emisiones de obligaciones en España.

Como decía HERVÉ CORVEST en su tesis sobre los registros mercantiles alemán, francés y español, que comentamos en el *Boletín del Colegio de Registradores* en 1976, aunque la reforma del Código de Comercio de 1973 pretendió dar nuevos cauces a la Institución registral española, éstos no han sabido aprovecharse. Se mantiene el mismo reglamento y los proyec-

tos que se elaboran para su sustitución no son esperanzadores. Se confirma la misma parcelación arcaica y aún se amplía, como otros aspectos de la vida social española, creando minifundios que podrían ser calificados de grotescas bufonadas si en su fondo no yaciera una inmensa tragedia; no se capta la importancia de la publicidad económica básica en el régimen de libre empresa, la *true and fair view*, que ha de permitir a los terceros ser el hombre prevenido que vale por dos, *forewarned is forearmed*. Y ni siquiera la literatura sobre estos temas, con algunas excepciones, alcanza el volumen observable en otras naciones.

En dichas notas relativas a la tesis de CORVEST facilitamos amplias referencias de estudios franceses, germanos y hasta de los intentos de un Registro para la C.E.E. En una recensión relativa al *Tratatto* dirigido por GALGANO a las aportaciones italianas; últimamente en la propia Revista reseñamos las últimas alteraciones italianas y holandesas de amplio espectro y en las que, como en Inglaterra, lo jurídico queda en segundo término, todo lo más. Como más reciente hay que señalar el Convenio sobre «L'Informazione Societaria», celebrado en Venecia en 1981, con numerosos trabajos, entre los que anotamos los de VERDERA, BOCCHINI, LANDI y GIUGLIEMUCCI, que, indirectamente, se relacionan con la materia que nos ocupa. Han sido publicados por Giuffré en 1982.

Es de esperar una amplia rectificación de posiciones en España. No es la Institución lo que está en juego; es el mismo tráfico mercantil, cuyas arterias se anquilosan, fosilizan o simplemente desaparecen y no sólo por las causas indicadas. Se narra que cuando los mongoles exterminaron a los técnicos que cuidaban los complejos canales de riego de la desembocadura del Tigris y el Eufrates fue cuando el desierto extendió la inmensidad de su manto. Milenios de esfuerzos pasaron a ser «lo que el viento se llevó».

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

MANGAS NAVAS, JOSÉ MANUEL: *El régimen comunal agrario de los Concejos de Castilla*. Servicio de Publicaciones Agrarias del Ministerio de Agricultura. Madrid, 1981. Un tomo de 318 páginas.

No hace mucho comentábamos en estas páginas una documentada tesis doctoral sobre parecido tema al de ahora. Nos referimos a «Aprovechamiento en común de pastos y leñas», escrita por un jurista y que contemplaba la normativa, tanto histórica como actual, de esta importante faceta de la vida rural española, cuyo autor se llama MANUEL CUADRADO IGLESIAS. El libro que hoy nos ocupa tiene, respecto al anterior, una nota común: son dos estupendos estudios. Y dos particularidades: está hecho por un no jurista, pues es profesional agrónomo, y es de tinte histórico, pues sólo se ciñe al pasado.

En cuanto a la primera particularidad que hemos señalado, el hecho de que los ingenieros agrónomos sean con frecuencia grandes aficionados a la ciencia jurídica es bastante normal; del mismo modo que existen juristas agrarios, hay agrónomos juristas y bastante buenos. Se pueden citar

varios ingenieros que han creado estimables estudios en el campo del Derecho y ello es lógico puesto que conocen a fondo los problemas de la tierra, que es su medio diario de trabajo.

La faceta histórica la resalta el autor al decirnos que el régimen comunal agrario, que aún pervive en bastantes puntos de la geografía hispana, es, por supuesto, una herencia del pasado y su estudio se hará mejor partiendo de aquel pasado y situándose en él. Para ello pretende introducirse en la Historia con la idea de buscar el origen, evolución e importancia de este régimen comunal dentro del marco de los antiguos concejos castellanos. El estudio se concreta, en cuanto al tiempo, en la época de la Reconquista y después hasta rozar la Edad Moderna, y en cuanto al espacio, en la zona central de la Meseta Castellana.

Los *Concejos de Castilla* son objeto de la primera parte del libro, con los que se inicia el estudio, distinguiendo el factor territorial (oposición ciudad-campo) y el de la población (donde se distinguen la nobleza y el pueblo llano), para seguir con los órganos de gobierno de dichos concejos.

A compás de la Reconquista la vida municipal española se va construyendo y perfeccionando de norte a sur, y en las zonas central y meridional de la Península la ciudad progresa con rapidez subordinando al campo circundante, según puede claramente verse en varios fueros y cartas pueblas que el autor presenta. Esta idea coincide con las conveniencias militares de agrupar a los habitantes en pocos puntos estratégicos que facilitan la defensa del territorio. De esta manera la ciudad fortaleza se erige en dueña y señora de su comarca o «alfoz» y el concejo extiende su poder sobre todos los moradores esparcidos por las aldeas y caseríos comarcanos. En el siglo XIV este hecho de la unidad jurisdiccional de la ciudad y sus aldeas está generalmente aceptado y reconocido.

En principio se acepta la distribución eclesiástica de los habitantes en parroquias, que después se tradujo en la división civil por colaciones, con los nombres de cuartos, sexmos, ochavos, etc., y la población afincada dentro del recinto amurallado queda distribuida en paridad con los distritos eclesiásticos. Las aldeas, en cambio, por estar desvinculadas respecto a las parroquias de la capital, tienden de un modo gradual a obtener autonomía que paulatinamente desembocarían en un proceso emancipador respecto a la ciudad matriz.

Como factor poblacional intermedio entre la ciudad y el campo aparece el arrabal, que comprende la población que mora fuera, aunque en los alrededores, del recinto amurallado de cada villa o ciudad y que constituye un verdadero enclave demográfico en los concejos. Se trata, en efecto, de un hábitat humano de fisonomía rural, aunque tenga topografía urbana.

La población, en la época contemplada, se compone de nobleza y pueblo llano. En los fueros municipales se establece una diferencia sustancial entre el vecindario que compone el concejo, resultando las dos categorías sociales básicas de caballeros y pecheros. Son nobles caballeros los vecinos capaces de mantener un caballo en armas; ello les excusa de ciertas obligaciones, en especial de pagar impuestos, y la pérdida de su condición lleva consigo la desaparición de las prerrogativas anejas al título nobiliario. Todos los demás vecinos, que no pueden prestar a la milicia otro servicio que el peonaje, son el pueblo llano y han de soportar las cargas o tributos («pechos»), por lo que también se les califica de pecheros.

La exención de los impuestos a nobles y clérigos se extendió también

después a su servidumbre y allegados, con lo que la carga se hacía cada vez más insoportable para los pecheros sujetos. Si se piensa además que el poder municipal estaba controlado por los caballeros, los abusos aumentaron hasta dar lugar a que los vecinos comunes sintiesen la necesidad de la defensa; para ello se organizaron a fin de obtener mayor representación en los concejos y poder expresar sus quejas.

Así es cómo la colectividad pechera, pese a su subordinación económica y social, adquiere una acentuada conciencia estamental que pone de manifiesto, incluso en varias y sonadas revueltas en caso de situaciones límite.

Dentro de los pecheros destacan, por ser mayoría, los labradores, los cuales no son todos propietarios, ya que hay bastantes arrendatarios o aparceros y hasta jornaleros entre ellos.

En cuanto a los vecinos labradores de las aldeas también se organizan y comienzan a enviar a sus representantes o compromisarios a la ciudad o villa cabecera para que se constituyan en junta o cabildo y traten de solucionar los problemas que les aquejan. Precisamente este nombramiento de procuradores, que se alternan y continúan, es la causa por la que los pueblos regularizan sus reuniones, acabando por constituir una junta permanente que ostenta la representación y defensa de los intereses de la comunidad pechera.

¿De qué modo se gobiernan estos concejos? La villa o ciudad capital es, por supuesto, la cabeza de la jurisdicción concejil, desde la que se gobierna por residir en ella los órganos competentes. De aquí se derivan dos principios: la soberanía territorial es única e incompatible con otra y, por otro lado, el de la totalidad y, por tanto, sumisión de todo el territorio y sus habitantes a cumplir las prestaciones exigidas por la urbe. En consecuencia, la contribución pecuniaria del vecindario es ineludible para consolidar y conservar las obras de defensa y las de interés público, como puentes, calzadas o fuentes, siendo la más representativa la construcción de la casa consistorial o ayuntamiento.

Aunque en principio los concejos se regían por las normas de los fueros, que estaban dadas para una época de lucha, van apareciendo después otras reglamentaciones escritas que amplían, corrigen o suplen los preceptos forales. Hay una primera modalidad de ordenamientos de contenido general, otros son de carácter político-social; pero las ordenanzas concejiles más frecuentes son casi siempre de índole económico-administrativa y surgen a instancias de todo el concejo y por voluntad de su corporación rectora.

La economía del concejo se regula en todos los órdenes y dentro de un contexto predominantemente autárquico; así, en la actividad agrícola se ocupan de la defensa del derecho de propiedad y de regular la faceta productiva de las fincas privadas, ya que la tierra communal se rige por los fueros o el uso inmemorial. Con menor rango existen las ordenanzas de las aldeas, aprobadas por sus concejos, subordinadas a las ordenanzas generales de Villa y Tierra, de las que son complementarias.

El régimen communal agrario, ya en su sentido estricto, es estudiado en la segunda parte del libro, que el autor distribuye en tres capítulos dedicados, respectivamente, a la clasificación jurídica de la tierra, al contenido agrario de la explotación y al significado político del patrimonio communal.

Los reyes, en las cartas pueblas, solían hacer cesión expresa a los concejos del dominio útil de todos los campos exentos comprendidos en su

jurisdicción para goce y disfrute del vecindario. A comienzos de la Edad Moderna la mayor parte de esta tierra corresponde a los llamados baldíos, los cuales suelen estar situados en los contornos de las poblaciones, siendo su aprovechamiento más característico el del pasto para el ganado. La necesidad creciente de tierras labrantías fue la causa de roturaciones y adehesamientos, enajenándose bastantes baldíos durante la dinastía austríaca, con el consiguiente cambio en la titularidad y tenencia del antiguo terrazgo castellano. Esta enajenación continúa durante los Borbones, y por Real Decreto de 8 de octubre de 1738 se da estado a la situación creando la llamada Junta de Baldíos, que entiende de modo directo en estas ventas. Esta reducción de los antiguos campos abiertos alcanza su punto álgido en los últimos años de la Edad Moderna, a causa de la colonización agrícola consiguiendo al aumento de población, que coloca al patrimonio territorial rústico de los concejos en una situación crítica a finales del siglo XVIII.

Junto a los bienes comunales los concejos cuentan ya desde su origen con la más genuina fuente de rentas que es la explotación de sus bienes raíces, que son los llamados «propios». Así, ya en *Las Partidas* se dice: «Campos e viñas, e huertas, e olivares e otras heredades e ganados e otras cosas semejantes que dan fruto de sí o renta, con todo eso no puede cada uno de por sí apartadamente usar de tales cosas; mas los frutos e las rentas que salieren dellos, deven ser metidas en pro comunal de toda la cibdad o villa». En el tránsito de la Edad Media a la Moderna es cuando se piensa que el patrimonio municipal puede ser fuente de rentas, siendo el arrendamiento rústico la forma más usual.

El *contenido agrario* de la explotación comunal ofrece diferentes particularidades según tenga por objeto el aprovechamiento forestal, la ganadería o la agricultura.

El *aprovechamiento de los montes* es el más antiguo en los patrimonios concejiles. De ellos los vecinos extraen leñas y maderas para sus usos particulares, destacando el carboneo con destino doméstico. Suelen estar designadas la comunidad del suelo para pastar de la comunidad vecinal que busca la madera y la leña en el vuelo. Como caso especial, en Extremadura los encinares son fundamentales para el mantenimiento del ganado porcino por la bellota y éste pudo ser uno de los motivos de que los ganaderos extremeños tuvieran interés en adquirir a la vez el suelo y el vuelo en los predios concejiles; el problema se resuelve al fin por Decreto de 1793, en el que Carlos IV dice: «He resuelto que quando en los montes de la provincia de Extremadura corresponda o pertenezca el suelo a particulares, y el arbolado y su fruto a los Propios de los respectivos pueblos, se vendá por su justa tasación el usufructo y propiedad de los arbolados al dueño o dueños del suelo, imponiéndose a favor de los Propios en otras fincas las cantidades que resultasen de la venta».

La *riqueza ganadera*, base de la economía medieval, se obtenía en la Meseta a partir de una explotación extensiva del suelo, con desplazamientos periódicos del ganado dentro de la misma jurisdicción concejil. La enorme extensión de los pastizales comunes era tal que éstas proporcionaban una renta segura, con poco más que la aportación del capital semoviente y sin apenas riesgos. Es frecuente además la mancomunidad de pastos entre municipios colindantes, con figuras consuetudinarias que aún perviven.

El Honrado Concejo de la Mesta era una corporación privilegiada inte-

grada por las cabañas trashumantes de todo el Reino. En su institucionalización, allá por el siglo XIII, destacaron dos causas fundamentales: la agrupación de diversas cabañas locales para defender sus intereses y la política regia que intenta afianzar la unión castellano-leonesa a base de fomentar los elementos integradores para superar las cerradas demarcaciones concejiles. La Mesta basaba la trashumancia en el pastoreo en los diversos términos y el trazado de cañadas y vías pecuarias; el traslado de los rebaños implicaba la necesidad de su manutención en los pastos públicos y concejiles del recorrido, pagando el correspondiente «montazgo», que era una regalía de la corona.

En cuanto a la *agricultura*, la posibilidad de acceder al cultivo directo y personal de la tierra era uno de los motivos fundamentales que movían a los hombres llanos para acudir a la llamada colonizadora de los concejos. El reparto concejil de tierras comunes para labranza del vecindario llegó a generalizarse en los concejos medievales y normalmente exigía como contraprestación el pago de un módico canon por parte de los labradores beneficiarios. A partir de la Edad Moderna estos patrimonios comunes se van convirtiendo en propios de los municipios y éstos obtienen más sustanciosas rentas mediante su arrendamiento. Por otro lado, cuando la población aumenta y las cargas tributarias se hacen más penosas, los vecinos labradores tratan de escapar a su pobreza mediante las roturaciones furtivas del terrazgo comunal, sobre todo en las tierras alejadas de la ciudad; con la llegada de la Edad Moderna estas apropiaciones adquieren una intensidad creciente y llegan a suponer un fenómeno irreversible.

Según MANGAS, hasta finales de dicha Edad Moderna la agricultura soporta bastantes trabas que se oponen a su desarrollo. Entre los problemas que aquejaban a los pequeños labradores señala la escasez de tierras labrantías y la carestía de los arrendamientos, encima de tener que soportar ellos solos las cargas tributarias, amén de los privilegios de determinadas instituciones. Bajo los reinados de Carlos III y Carlos IV se pretende una tarea reformista para tratar de minorar los privilegios más abusivos que se enumeran en el conocido Memorial del Conde de Campomanes. También deben destacarse las medidas jurídicas tendentes a la consolidación de la plena propiedad de las heredades rústicas particulares; en 1788 Carlos III concede la facultad de cerrar o cercar dichas fincas. La expansión agrícola, además, tiene una relación causal con la reforma de las haciendas concejiles, ya que el saneamiento de éstas depende en gran medida de la recta administración de las rentas rústicas, asumiéndose tales objetivos por la Contaduría General de Propios y Arbitrios. Desde otra perspectiva, la movilización de recursos naturales para la producción agrícola obedece a la política de repoblación y colonización interior emprendida por los últimos Borbones. El primer ensayo reformista campesino es ciertamente el Real Decreto de 1793, por el que Carlos IV reparte terrenos incultos en Extremadura.

El significado político del patrimonio comunal se aborda en el capítulo III y último, empezando por determinar que si en el pacto foral se opera en principio la asignación al concejo de un territorio jurisdiccional, ésta lleva consigo la cesión y el reconocimiento de ciertos derechos sobre el terrazgo y hay una transferencia dominical de la corona a los municipios. Existe, pues, una vinculación municipal de la tierra por virtud del pacto foral, que a veces sufre extralimitaciones de algunos monarcas me-

dievales o es objeto de pactos o transacciones. Una característica del realengo medieval es su indefensión frente a las agresiones externas de nobles y eclesiásticos, a veces con la connivencia de los regidores y otros oficiales públicos. También el rey ejerce su soberanía en los concejos arbitrariamente y extralimitándose con frecuencia en sus funciones y prerrogativas.

Las cesiones de soberanía que fueron pródigas en los primeros tiempos, con diversos avatares, se detienen con la subida al trono de los Reyes Católicos, que son conscientes de los perjuicios que ocasiona una excesiva política de favores. Incorporados a la corona los maestrazgos de las Ordenes Militares, los Reyes de la Casa de Austria, con concesión papal, venden en parte el patrimonio de dichas Ordenes, en compensación de los gastos vertidos por la monarquía española para defender la Iglesia. Felipe IV por Real Cédula de 1626 enajena nuevos realengos para paliar el déficit grave de la Hacienda Pública; aunque este avance remite algo, Carlos IV le da un fuerte impulso, intentando llevarlo a sus últimas consecuencias con la incorporación de los señoríos de naturaleza eclesial por Real Cédula de 1805.

En esta segunda parte el autor intenta explicar cómo se pasa del régimen comunal agrario castellano de la Edad Media a la sistemática general del llamado Antiguo Régimen, consecuencia de la unidad nacional conseguida. JOSÉ MANUEL MANGAS NAVAS se nos revela como un ingeniero agrónomo metido a historiador y jurista, buceando directamente en los textos de las cartas pueblas, fueros y ordenanzas de villa y tierra del ámbito de Castilla. Hemos de decir que demuestra saberse la papeleta y sale airoso de la prueba, enseñándonos estos interesantes aspectos del régimen comunal agrario y de la vida medieval de los pueblos del corazón de España.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. Sección de Publicaciones. Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1982.

En las obras que, desde el punto de vista de la propiedad intelectual, encuadramos para su inscripción como científicas es muy difícil que no trascienda de ellas el carácter y forma de ser del que las escribe. En la novela, en el teatro, en el ensayo, cabe una mayor libertad, y dentro del estilo propio del autor la narrativa, la trama y los personajes poco sirven para identificar al mismo. Digo todo esto porque la lectura de esta obra revela al autor de ella con una vocación universitaria de enseñanza, con unos grandes deseos de claridad y con una inquebrantable fidelidad a su línea recta. Entiendo que estas afirmaciones, aparte de estar apoyadas por haber compartido con el autor diversas jornadas en comisiones de leyes y códigos, vienen reflejadas en el prefacio de la obra, donde se habla de «dar noticia suficiente al alumno», «se pretende que los datos encuentren claridad y sencillez» y «una idea en su sitio adquiere luz especial y ahorra cien palabras».

El contenido de la obra responde al deseo de la «noticia suficiente» que el autor ofrece y así, en esas dos partes en que se estructura el volumen, se trata de los derechos reales y del derecho hipotecario (denominación a la que yo también he vuelto en mi última salida libraria). Por ello, al estudiar los derechos reales va planteándose el contenido habitual de la materia: su noción y datos para su distinción, los modos de adquirir el dominio y los derechos reales, la posesión, la propiedad, las propiedades especiales, la comunidad de bienes, los derechos limitados de goce, los de adquisición y los de garantía. En la exposición del derecho hipotecario (que en portada se llama así y en el texto se denomina como «derecho registral inmobiliario») estudia el concepto del registro y su función, el procedimiento de registración, la eficacia del mismo y las anotaciones preventivas.

En el centenario del nacimiento de ORTEGA Y GASSET resulta oportuno hacer la cita de la claridad. La cortesía del filósofo es la claridad. Y DÍEZ-PRADO reforzaba hace poco la frase diciendo que la claridad es la cortesía del intelectual, del profesor y del jurista. La claridad en cuanto esfuerzo y la claridad como exigencia. Esta última frase nos sirve en el caso presente, ya que esa claridad que se predica supone en el autor un gran esfuerzo al tener que reducir la exposición de materias, de por sí amplias, densas y complicadas, y ofrecerlas debidamente despojadas de todo lo que les podría hacer ininteligibles. La exigencia de la claridad se convierte en tributo de esta forma.

La línea recta de que hablo, representada por la frase que cito del autor, es una constante en la obra. Y estoy seguro que en las posibles tentaciones que haya podido tener para aceptar cualquier otro camino las ha rechazado con esa especie de defensa medieval, incluida la cota de malla, coraza con peto y espaldar, guanteletes y morrión o casco de acero: una idea en su sitio ahorra cien palabras.

Vamos ya con el contenido específico de la obra en sus dos partes.

PARTE PRIMERA. LOS DERECHOS REALES

Resulta casi imposible exponer todo el contenido de esta parte con cierta extensión, pues son muchos los problemas que se abordan y muchas las materias que se tocan. De ahí que, sin reducirme al esquema del índice sumarial, adopte un criterio intermedio.

El concepto, naturaleza, diferencias, clases, etc., de derechos reales abre las puertas de la obra y nos permite saber que estamos ante derechos subjetivos de carácter absoluto que tienen por objeto cosas (*ius in re*). Entiendo que es fructífera la exposición de las consecuencias de la distinción entre derechos reales y obligacionales en su proyección de los modos de adquisición y extinción, posesión y publicidad y en otras diferencias que el autor señala. Destaca la posición del autor al encuadrar el arrendamiento y el derecho de retención dentro de las llamadas figuras intermedias. Los modos de adquirir y perder el dominio y demás derechos reales completan la teoría general que va a permitir el estudio de los diferentes tipos de derechos reales. En los modos de adquirir se estudian la ocupación, la transmisión, la especial forma de las adquisiciones a *non domino* y la usucapión. Quiero destacar cómo al enfocar la teoría del título y el modo la relaciona inevitablemente con el problema

de los contratos traslativos, para negar su existencia (¿salvo el mutuo?) sin el requisito de la tradición. Entre los modos de perder el dominio estudia el abandono y sus tres proyecciones de: simple, traslativo y liberatorio, la renuncia y la revocación, haciendo previamente una clasificación de los comunes al dominio y derechos reales y los especiales de estos últimos (consolidación, muerte, prescripción y redención).

La capacidad de síntesis del autor queda patente al reducir a unas veintitantas páginas esa materia tan conflictiva y a la que cierto profesor dedicaba casi un curso entero: la posesión. El autor la encuadra como un derecho real con potestad «provisionalmente prevalente». Mayor espacio tiene que destinar el autor al estudio de la propiedad, que divide en cinco partes: el concepto, fundamento y clases, la estructura, la accesión, las limitaciones y la defensa. Destaco, por ser una labor importante, que en materia de limitaciones el autor ha logrado en el momento de la publicación de la obra estar plenamente al día en la legislación que cita, no sólo en la especial, sino en la urbanística y agraria, que en forma concisa expone y estudia. Como una modalidad de las limitaciones el autor encuadra dentro de lo que llama «modificaciones singulares» las prohibiciones de disponer, la regulación de las viviendas de protección oficial, la adjudicación de tierras por el IRYDA y la nueva regulación de las explotaciones familiares agrarias.

Entre las propiedades especiales aborda el estudio de la de las aguas, minas, propiedad industrial e intelectual. Materias éstas que tradicionalmente se han venido estudiando dentro del Derecho civil, pero que en un determinado momento histórico (incluso en programas de oposición a Notarías y Registros) se llegaron a incluir en los temarios de Derecho administrativo. Es claro que, con el Código en la mano, las materias son civiles y no «eduardo-administrativas». De todo el grupo me voy a fijar, por razones de afinidad, en la propiedad intelectual, en la que la exposición responde a los temas palpitantes que el proyecto de la nueva Ley está abordando. Fiel a sus convicciones separa la naturaleza del derecho de autor de la de los derechos vecinos o conexos, adscribe la condición de autor a solamente la persona física y entiende, bien entendido por cierto, que la inscripción de la obra en el Registro no es constitutiva. Como hemos discrepado en algunos puntos en las discusiones habidas en la comisión especial, creo que aquí debo cerrar el comentario. De todas formas creo que la protección gubernativa que da como vigente ha de entenderse con restricciones por el actual artículo 20 de la Constitución. La crítica que hace a la Sociedad General de Autores, a la que me uno, merecería un comentario más amplio.

Dice el autor que cuando la titularidad de uno o varios derechos o de un patrimonio corresponde a una pluralidad de personas existe comunidad. Con esta rectificación de la expresión legal se inicia el capítulo destinado a la comunidad —como manifestación de cotitularidad— y que comprende la ordinaria, la de pastos, leñas y montes, la propiedad horizontal y la medianería, novedad esta última, ya que tradicionalmente se ha venido tratando dentro de las servidumbres. Trazadas las líneas generales de la comunidad para su diferenciación de otras figuras, se adentra en la exposición de su contenido y extinción, para luego estudiar las otras formas, siendo un alarde de síntesis lo referente a la propiedad horizontal, como institución compleja.

Dentro de los derechos limitados de goce se exponen el usufructo, el uso y la habitación y las servidumbres, estudiándose en forma separada y en tres capítulos independientes y en un título separado, lo referente a los censos y derechos análogos, en base de ser también derechos reales limitados que se caracterizan por conferir la facultad de obtener del bien gravado una renta, pensión o prestación. Por su parte, y dentro de los derechos reales de adquisición, el estudio se concentra en el de opción, el tanteo voluntario, el retracto de igual origen, el retracto convencional y los tanteos y retractos legales. Salvo estas dos últimas figuras tratadas, las demás en su estudio obligan al autor a plantearse el problema de sus deslindes para determinar cuándo las mismas tienen carácter real.

La parte más amplia de la obra es, sin duda, la destinada a los derechos reales de garantía en su estudio general y en el particular de la prenda, la anticresis, la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento y el derecho real de hipoteca. La simple enunciación no da una noción más que general del estudio, ya que es preciso penetrar en el mismo a fin de descubrir la regulación minuciosa que de las figuras hace el autor, partiendo de la distinción entre derechos reales de garantía típicos y los atípicos o inominados (venta en garantía, opción, recuperación de cosa vendida en caso de impago, retención y prohibición de disponer), notas comunes a los típicos y especial examen de cada uno de ellos. Especial importancia tiene el estudio sobre el derecho de hipoteca a través de su concepto y caracteres, constitución, contenido y extinción. Concreto examen hace el autor de casos particulares de hipoteca por razón del bien hipotecado y por razón de la obligación garantizada, y en estas últimas aborda la hipoteca de seguridad, la en garantía de obligaciones futuras, sujetas a condición, obligaciones de hacer y no hacer, de moneda extranjera y la problemática de las cláusulas de estabilización. En forma diferenciada también estudia las hipotecas en garantía de deuda de responsabilidad limitada, de rentas o prestaciones periódicas, en garantía de cuentas corrientes y de títulos transmisibles por endoso o al portador, añadiendo los estudios de las en garantía de letras de cambio y la nueva regulación del mercado hipotecario con sus figuras de cédulas, bonos y participaciones.

La hipoteca constituida por acto unilateral, estudiada como modalidad especial del acto constitutivo, y el tema de las hipotecas legales cierran esta parte de la obra. La materia de hipotecas legales la considera subsistente aún y a pesar de la reforma llevada a cabo por el Código Civil.

PARTE SEGUNDA. DERECHO REGISTRAL INMOBILIARIO

Habíamos dicho que eran cuatro los grandes puntos que estudia el autor. El primero de ellos se concentra en lo que debe entenderse por Registro y la función que representa. La naturaleza de la función determina la del Registro, y de ahí que el autor considere que el Registro es un organismo del Estado a quien incumbe la función registral referente a la propiedad inmueble: la función por la que se proclaman oficialmente las situaciones jurídicas actuales de los bienes inmuebles. A la hora de precisar la naturaleza el autor no duda en considerar a la función registral como «jurisdiccional» en su sentido material, pero no en el formal y distinta de la típica Administración del Estado. Con estas ideas y la precisión de la importancia, el régimen jurídico y lo que debemos entender por Derecho registral inmobiliario, se cierra el primer punto.

El segundo punto o materia está destinado al procedimiento de registración (palabra ésta heredada por los hipotecaristas a partir de Roca SASTRE y de difícil desarraigo), que estructura en tres campos, según sea el general, el especial de inmatriculación y reanudación del tracto y aquel destinado a la rectificación registral. Enfoque que obliga al autor a afrontar en el primero todos los requisitos que son comunes a los diferentes procedimientos. Es una forma puesta en circulación por LACRUZ BERDEJO y que quizá no sea muy coincidente con el carácter jurisdiccional que atribuye a la función, donde mejor cabría hablar de proceso que de procedimiento.

El tercer punto concentra la clave de la importancia del Registro en cuanto precisa la eficacia registral en su triple dimensión legitimadora, protectora del tercero, constitutiva, oponible y publicitaria. Por último, el cuarto punto, destinado a las anotaciones preventivas, sirve para dar en seis páginas una noción de las ideas fundamentales sobre las mismas.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

PÉREZ PÉREZ, EMILIO: *Competencia del Instituto Geológico y Minero de España sobre las aguas subterráneas*. Centro de Estudios Jurídicos del Agua. Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, 1982. Un tomo de 101 páginas.

Con motivo de celebrarse en Murcia el I Congreso Nacional del Derecho de Aguas, el autor, gran experto y estudioso en la materia, al que ya conocemos por haberle comentado otras obras, presentó este libro, en el que se contempla la cuestión de la secular lucha de competencias planteada dentro de la Administración española respecto a las aguas subterráneas.

A primera vista podría parecer que se trata de una simple cuestión administrativa tan solo, de una mera lucha de cuerpos en defensa de unos intereses o prestigios profesionales. Pero si sólo fuese esto no merecería la pena ocuparse del tema. Lo importante, a juicio del autor, es que considerándose necesaria la unidad de la Administración Pública del agua, esta división de atribuciones resulta incompatible con ella y hasta contraproducente.

Porque precisamente de esa inexistencia de una planificación, gestión y control adecuados de nuestras aguas por parte de la Administración derivan en gran medida las deficiencias de su aprovechamiento, su despilbarro y degradación y todas las consecuencias sociales y económicas que producen la falta de agua o de la calidad de la misma.

En la primera parte el autor, para estudiar esta lucha de competencias sobre las aguas subterráneas, expone la cambiante evolución normativa que se advierte en la legislación española. Resalta que ni siquiera ofrecen un grado de conflictividad muy distinto las normas dictadas antes de la división del antiguo Ministerio de Fomento y las posteriores a la distribución de sus competencias entre diferentes Departamentos; en una y otra época se producen escaramuzas legislativas similares, lo que evidencia que su motivación en el fondo es una continuada confrontación entre Cuerpos de la Administración, en especial los de Ingenieros de Minas y los de Caminos, Canales y Puertos.

La vigente Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 vino a reproducir en materia de aguas subterráneas los preceptos de la Ley de 1866. Pero es significativo que no recogiese el viejo artículo 51, en el que se establecía que el permiso para hacer calicatas o investigaciones en busca de aguas subterráneas había de concederle el Gobernador «oído el Ingeniero Jefe del Ramo de Minas». En el mismo sentido, pero expresamente, se producía la Instrucción de 5 de junio de 1883, que daba ya de modo abierto intervención a los Ingenieros de Caminos, alegando «que los trabajos pueden afectar al dominio público e influir en las corrientes de aguas y aprovechamientos existentes»; se trataba, pues, de una transacción o chalaneo, ya que el ámbito de competencia compartida quedaba reducido a las aguas buscadas en terrenos de dominio público, pero no en los demás casos.

A pesar de depender por entonces del único Ministerio de Fomento las dos Direcciones Generales a que estaban adscritos los dos Cuerpos de ingenieros citados, la primera controversia normativa clara y abierta surge en dos Decretos de la misma fecha, 28 de junio de 1910, regulando auxilios para alumbrar aguas, que reflejan una poco ejemplar repetición de preceptos de uno en otro y en los que por un lado se encarga la tramitación de expedientes al Negociado de Minas y por otro se da intervención al Instituto Geológico de España, que posteriormente habría de llamarse Instituto Geológico y Minero de España.

Siguiendo la evolución normativa, el autor recoge la reforma administrativa que desmembró al Ministerio de Fomento y que, en lo referente a esta materia, se reflejó en el Decreto de 23 de agosto de 1934 sobre Policía Minera. En éste se atribuyó al Cuerpo de Ingenieros de Minas la inspección y vigilancia de las aguas subterráneas, señalando como misión del Instituto Geológico y Minero de España el estudiar las posibles cuencas hidrológicas subterráneas y desarrollar un plan escalonado de obras de alumbramiento de aguas. El Decreto establece que los trabajos de investigación y alumbramiento de aguas se efectuarán bajo la inspección y vigilancia de las Jefaturas de Minas correspondientes y, como novedad principal, se crea el Registro de manantiales y alumbramientos.

El contraataque de Obras Públicas no se hizo esperar y por Decreto de la Presidencia del Consejo de Ministros de 4 de mayo de 1935 se declaró en suspenso el Decreto de 1934 en tanto se llevase a cabo su revisión «en cuanto afecte a los servicios de Obras Públicas y a las esferas de competencia o jurisdicción de los correspondientes cuerpos facultativos».

Esta solución aplazada se intentó abordar por Decreto de la Presidencia del Gobierno de 23 de octubre de 1941, en el que se disponía que serían tramitados por el Instituto Geológico y Minero «todos los expedientes de alumbramiento de aguas subterráneas» y por Obras Públicas «todo cuanto se refiere a conducciones de aguas subterráneas ya alumbradas». Lo que aporta el Decreto de 1941 no es más que el viejo criterio ya adoptado por la Real Orden del Ministerio de Fomento de 1872, según la cual la distinción era clara: todo lo relativo a la investigación y alumbramiento de aguas subterráneas es competencia de Minas; lo que después afecte a la conducción y otras operaciones sobre las mismas aguas ya alumbradas corresponde a Obras Públicas.

El Reglamento orgánico del Instituto Geológico y Minero de España, aprobado por Real Decreto 450/1979, de 20 de febrero, viene a suponer la readaptación del Instituto a las nuevas exigencias planteadas en España

en orden a la utilización cada vez mayor de los conocimientos de las ciencias del suelo y el subsuelo. El artículo 8.º señalaba las competencias que corresponden a la Dirección de Aguas Subterráneas y Geotecnia, pero esto produjo una fuerte reacción de rechazo en círculos que se sintieron afectados y, al parecer, con poder suficiente para modificarlo, porque dieciséis días después de publicado apareció en el *Boletín Oficial del Estado* una «corrección de errores» que dice por sí misma mucho más que cualquier comentario. En la redacción inicial se atribuían a dicha Dirección las actividades relacionadas con la aplicación de la Geología, sin otra limitación; sin embargo, en la artera corrección de errores se acota debidamente esta materia, dejándola reducida tan sólo a «las actividades que sean competencia del Ministerio de Industria y Energía». ¡Observen la rara astucia!, que habría dicho la revista de humor *La Codorniz*.

Tras pasar revista a las diversas normas de ámbito particular referentes a Zonas de actuación del IRYDA, Canarias, Baleares, Almería y cuencas del Segura y Guadalquivir, EMILIO PÉREZ entra a estudiar dos Decretos, uno de 1974 y otro de 1980, por los que se resolvieron sendos conflictos de atribuciones. En el primero el conflicto se daba entre Obras Públicas y Gobernación, en un recurso contra el acuerdo de suspender un alumbramiento de aguas dictado por un alcalde. En el de 1980 el conflicto estaba planteado entre una Comisaría de Aguas (Obras Públicas) y una Delegación Provincial del Ministerio de Industria (Minas), quienes discutían la competencia para otorgar la concesión de aguas de un manantial y que se resolvió en favor de la Comisaría de Aguas. En opinión del autor debió tener mayor peso específico el interés del abastecimiento de agua a una población que patrocinaba Obras Públicas que los fines ganaderos que se pretendían por la Jefatura de Minas; hay que contemplar el caso concreto y tener muy presentes los intereses en discordia para valorar las resoluciones.

La segunda parte del libro se dedica a estudiar la Administración Pública del agua en general y el Instituto Geológico y Minero de España en particular, según la legislación vigente. Estas disposiciones, dice PÉREZ, distan mucho de ser un grupo normativo con coherencia suficiente para inferir unos criterios claros y precisos que permitan el examen conexo de los problemas del agua. Es más, muchas veces se han dictado con el propósito de eludirlos más que de resolverlos, aplazando *sine die* la solución de los conflictos. Como estos conflictos nacieron después de promulgarse la Ley de Aguas y se acentuaron al dividirse el Ministerio de Fomento, esta Ley no ha podido inspirar los principios generales que dieran unidad al tema.

En el campo doctrinal, en principio, parece dominar la postura que admite una competencia genérica de Obras Públicas sobre todas las cuestiones de aguas no atribuidas expresamente a otra autoridad y el error nace de creer equivocadamente que Obras Públicas es el heredero universal de Fomento, cuando de éste proceden por igual la mayor parte de los otros Departamentos ministeriales.

Para poner las cosas en sus límites justos el autor analiza, teniendo a la vista las correspondientes disposiciones, cuál es el verdadero ámbito y calificación de las aguas subálveas de cauces de dominio público, y con-

cluye que la competencia general sobre dichas aguas subterráneas corresponde al Instituto Geológico y Minero de España, a la Dirección General de Minas y a las Secciones de Minas de las correspondientes Delegaciones Provinciales del Ministerio de Industria y Energía, enumerando detalladamente a continuación cuáles atribuciones pertenecen a cada uno de estos órganos, según las disposiciones vigentes.

En un capítulo especial considera el autor que la investigación hidrológica es función propia y específica del citado Instituto, basándose en toda una serie continuada y uniforme de disposiciones desde el Real Decreto de 12 de julio de 1849 hasta la actualidad. Todas ellas atribuyen al propio Instituto el estudio de las aguas subterráneas o de las cuencas hidrológicas, bajo diferentes expresiones que se concretan en la investigación hidrogeológica, básica y aplicada.

Como aplicación directa de esta función investigadora corresponde al Instituto la determinación del perímetro relativo a las aguas subterráneas para proteger su calidad y cantidad. También debe determinar los caudales y la capacidad de embalse del acuífero y, por último, la fijación de los puntos de sondeo para que las prospecciones sean positivas y resulten las más apropiadas para la óptima utilización de los caudales.

En realidad, la tesis final a que tiende este libro se basa en la oportunidad que supondría la reforma proyectada de la Ley de Aguas para conseguir la deseada unificación de la competencia administrativa sobre el agua.

A la hora de la delimitación de funciones, dice PÉREZ PÉREZ que dos parecen ser los requisitos esenciales de una nueva Administración Pública del Agua: su independencia de los actuales Departamentos enfrentados y creación de una autoridad única del agua.

Se impone, en primer lugar, la que MARTÍN RETORTILLO llama «neutralidad» de la Administración en el uso y aprovechamiento del agua, puesto que la autoridad única debe afrontar las distintas tensiones sectoriales y sólo con la creación de un órgano *ad hoc* nuevo e independiente puede superarse la situación caótica actual.

En segundo lugar, resulta también necesaria la delimitación de las funciones de ordenación, planificación, gestión y policía del agua, ahora atribuidos a diferentes organismos, para atribuir todo a esa nueva autoridad única que podría ser, en opinión del autor, una Secretaría de Estado del Agua adscrita a la Presidencia del Gobierno.

Esta tesis ya había sido defendida por el mismo autor en 1981 en su libro *Legislación y administración del agua en España*, que comentamos en otra ocasión, donde se propugna que esta reforma administrativa no es muy costosa y resulta perfectamente viable, aprovechando la promulgación de la nueva Ley de Aguas que está en el telar. Se podría aprovechar, desde el punto de vista orgánico, todo lo que hoy existe mediante las necesarias transferencias de competencias y de funcionarios de los distintos Departamentos para pasar al unitario que se pretende. Esta nueva administración sería multidisciplinar y neutral y haría desaparecer la actual lucha de competencias con su enorme carga de ineficacia e inútiles pugnas.