

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LI • Mayo - Junio 1975 • Núm. 508



CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

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

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección: General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléf. 225 53 16.

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

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

Depósito legal: M. 968 - 1958

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

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«La capacidad jurídica de la mujer casada» (continuación), por ENRIQUE FOSAR BENLLOCH	485
«Lo jurídico, lo fiscal y lo registral», por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ.	557
«El tercero civil, el tercero hipotecario y sus protecciones en nuestro Derecho», por MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS y CALIXTO GARCÍA ARANDA	591
«Legado de crédito y legado de liberación», por IGNACIO SERRANO GARCÍA	627

JURISPRUDENCIA:

Resoluciones y Sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO	645
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JUAN MANUEL REY PORTOLÉS, JOSÉ QUESADA SEGURA, JOSÉ CERDÁ GIMENO y FRANCISCO CASTRO LUCINI	673
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	743

LIBROS:

«Procedimiento registral de la Propiedad», de G. COLÍN SÁNCHEZ, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	753
--	-----

	<i>Págs.</i>
«Derecho registral aplicado», de RAÚL R. GARCÍA CONI, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	757
«La justicia administrativa en España», de J. GONZÁLEZ PÉREZ, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	761
«Estudios de Derecho Procesal», de EDUARDO GUTIÉRREZ DE CABIEDES, por FERNANDO JIMÉNEZ CONDE	763
«Libre del II Congrés Juridic catala», por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ.	766
«El Derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística», de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, por JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY	769
«Ejecución de los Planes de Urbanismo», de MIGUEL ANGEL NÚÑEZ RUIZ, por JOSÉ ANTONIO GONZALO RODRÍGUEZ	771
«Estudios sobre garantías reales», de JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO, por SALVADOR MÍNGUEZ SANZ	773
«Derecho de Sucesiones», de JOSÉ RAMÓN VÉLEZ TORRES, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	779

REVISTAS:

Noticias de Revistas	785
----------------------	-----

ESTUDIOS

La capacidad jurídica de la mujer casada

(Aspectos históricos, sociológicos y de derecho
positivo)

(Continuación)

CAPÍTULO XIV

EL MOVIMIENTO DE LIBERACION DE LA MUJER Y EL PROBLEMA DE SU CONDICION JURIDICA

Al jurista que estudia el problema de la capacidad jurídica de la mujer, en sentido amplio—esto es, su posición jurídica en el matrimonio y en la familia, en los aspectos personales y patrimoniales—parece que no debe interesarle un movimiento tan polifacético y aparentemente alejado de las preocupaciones del investigador del Derecho como el llamado Movimiento de Liberación de la Mujer (Women's Liberation).

Sin embargo, tal conclusión creo es precipitada y es preciso al menos, tomar conciencia del problema que las mujeres y hombres enrolados en dicho movimiento plantean, de su marco geográfico y sociológico concreto y de las implicaciones que en el tema objeto de mi estudio pueden tener sus reivindicaciones sustanciales.

Las reformas que en la condición legal de la mujer han realizado las legislaciones, no han colmado, en modo alguno, las aspiraciones de las más conscientes de ellas. Podría decirse que es una ley histórica que

a las mujeres se les ha concedido «demasiado tarde y demasiado poco» de sus reivindicaciones.

En lo que podría llamar la «revolución francesa» de la mujer, se les ha concedido la equiparación con el varón en el campo del Derecho Privado y Derecho Público. A dicha fase corresponde el feminismo militante y el sufragismo del siglo XIX y principios del XX.

En la fase que podría considerarse la «revolución soviética» de la liberación de la mujer se ha mejorado su *status* económico, mediante una legislación social protectora que ampara su condición profesional y las particularidades derivadas de su condición de mujer de hogar y madre.

Sin embargo, para un observador atento la analogía entre la reforma legal de la condición de la mujer y tales movimientos revolucionarios de alcance mundial e incalculables consecuencias históricas, no pasa de ser irrisoria.

En efecto, ni siquiera en los países más avanzados de Occidente se ha conseguido la igualdad formal ante la ley de varones y mujeres. Las leyes que he enumerado en el apartado anterior dejan bien a las claras entrever que subsisten profundas disparidades entre la condición legal de la mujer y del varón, en el matrimonio singularmente, pero también fuera de él. Tal vez constituyan una excepción las de los países socialistas, pero también el papel de la ley en estos países tiene menor importancia, por lo mismo que es el aparato productivo estatal en definitivo el que prepondera, de un modo abrumador, en la vida de las personas. No tiene mucho sentido hablar de la igualdad legal absoluta de varones y mujeres en los países socialistas si el sistema de la producción y el educativo no brindan la misma igualdad de oportunidades a unos y otras.

La emancipación económica de la mujer tampoco se ha logrado plenamente en ningún país del mundo: la mujer con casi absoluta unanimidad percibe menores sueldos por iguales trabajos que el hombre, ocupa las profesiones más desprestigiadas de la sociedad, trabaja muchas veces temporalmente, tiene un menor nivel de instrucción y sufre un mayor paro laboral que aquél.

Hablar en tal sentido de una «revolución soviética» de la condición económico-social de la mujer no deja de ser una broma de mal gusto para las mujeres dotadas de sentido crítico.

Frente a las afirmaciones de los sociólogos conservadores de que la sociedad americana es un matriarcado, regido por mujeres, de que las mujeres en América controlan la mayor parte del fabuloso capital de las sociedades anónimas, las militantes enroladas en el «Movimiento de liberación» afirman que tal matriarcado es una ilusión, que las mujeres están sujetas a todas las discriminaciones características de una sociedad patriarcal, hecha por y para los hombres, y sobre todo, que la psicología

profunda de todos, hombres y mujeres, está condicionada desde hace milenios para imponer—el varón—y para sufrir—la mujer—la jerarquía sexual patriarcal.

ARANGUREN (81) se pregunta cuál es la meta, el objetivo del Movimiento de Emancipación de las mujeres. Y responde con ALICE ROSSI que «se ha tomado conciencia mucho antes de la desventaja social de la raza y de la clase económica que de la impuesta por el sexo. Una mujer encuentra grandes dificultades, multiplicadas si se casa, para abrirse camino profesional, llegar a ocupar puestos importantes en el profesorado o en la investigación científica, tener plena independencia jurídico-económica, desempeñar cargos públicos, gozar de una libertad amorosa y sexual semejante a la del hombre».

No es admisible—sería grosero y anticientífico—confundir el movimiento de liberación de la mujer con la llamada revolución sexual. Mucho menos con el libertinaje universal indiscriminado. Las *Women's lib* más conscientes consideran que tal revolución, la supresión de todos los tabúes sexuales en el comportamiento erótico de la mujer, no la sacaría, como vio SIMONE DE BEAUVOIR y recuerda ARANGUREN (82), de su confinamiento erótico, de su ser con referencia al hombre.

Las reivindicaciones de las mujeres son, según ARANGUREN, la económico-profesional, la legal y la política, la familiar y la religiosa.

Para ARANGUREN (83) «el núcleo último de la dificultad está en la familia—la actual familia nuclear o conyugal—como institución social. Pero una repulsa de la institución familiar que las más radicales de las liberacionistas propugnan, pone en cuestión los fundamentos religiosos morales de nuestra cultura, y globalmente, la cultura misma».

Muy razonablemente el mismo autor pregunta frente a la tesis, hoy por hoy utópica de JULIET MITCHELL, de que la familia nuclear se autodisolverá, por pérdida total de su función, como se disolvió la familia extensa o consanguínea, que mientras no desaparezca esta familia reducida o conyugal, a la mujer, ¿qué solución aquí y ahora se le ofrece? (84). Y afirma que caban reformas en la familia, pero no una solución de recambio a menos que a la revolución de las actuales formas de aquélla proceda una revolución cultural (85) (85 bis).

(81) *Erotismo* . . , cit., pág. 125.

(82) *Ob. cit.*, pág. 129.

(83) *Id.*, *id.*, pág. 130.

(84) *Id.*, *id.*, pág. 136.

(85) *Id.*, *id.*, pág. 140.

(85 bis). Uno de los máximos cultivadores de la ciencia política en el momento actual, MAURICE DUVERGER, en su obra *Las dos caras de Occidente*, Ediciones Ariel, 1973, pág. 255, reconoce que «un condicionamiento tan completo (de la mujer por los medios de masas de la sociedad de consumo) torna difícil el que la masa de las mujeres sea sensible a la “contestación” que llevan a cabo

Algunas de las ramas más radicales del Movimiento, atacan—como apunta ARANGUREN—a la familia moderna conyugal, igualitaria, fundada en el trabajo del hombre y en la actividad hogareña y profesionalmente subordinada de la mujer, como la última tentativa del sistema patriarcal para seguir subordinando a la mujer.

Al atacar tal modelo occidental de familia—casi diría mundial, pues los procesos socioeconómicos del momento actual son casi uniformes en todo el mundo—atacan también al movimiento reformista, difuso, pero no menos operante en todas las esferas de la sociedad occidental, que pretende mejorar la condición de la mujer.

Lógicamente el temor a las ideas del Movimiento puede retraer a sectores importantes del conservadurismo occidental, de continuar el proceso largo, inacabable, de promoción de la mujer.

Para algunos países ultraconservadores, como Portugal (85 ter), las ideas del Movimiento pueden ser cómodos pretextos para no iniciar siquiera lo que es ya viejo de muchos decenios en Europa: la supresión de la autoridad patriarcal del varón en el matrimonio.

Es posible que los círculos jurídicos interesados en la reforma de la legislación familiar ignoren totalmente las aspiraciones del Movimiento, y sigan su camino reformista sin tener en cuenta los positivos estudios acerca de la condición de la mujer que las ramas más moderadas del mismo han realizado.

En la medida en que tales estudios sean tenidos en cuenta y sean confrontados con los restantes datos que suministran las Ciencias del Hombre, y el conocimiento empírico de la realidad sociopolítica por los juristas reformistas, la labor de reforma de la condición jurídica de la mujer no operará sobre el vacío, sino será fecunda y actuante.

Las más moderadas de las mujeres que integran el Movimiento, no pretenden destruir el matrimonio ni la familia, sino reformar, humanizar las estructuras sociales para que ni el matrimonio ni la familia sean una opresión para la mujer. Pretenden que se suprima la competitividad exagerada de la moderna sociedad de consumo, se adopte el principio

los movimientos de liberación femenina que se desarrollan en Occidente. Estos son muy minoritarios en proporción; aún mucho más que los movimientos de estudiantes o jóvenes. Su aspecto pintoresco hace olvidar a veces que luchan contra una opresión real y profunda». Este autor incluye los movimientos de liberación de la mujer en su capítulo «La impugnación del sistema de Occidente», epígrafe «La revuelta de los marginados».

La impotencia de los movimientos de liberación de la mujer para hacer progresar su condición, agudamente denunciada por DUVERGER, en modo alguno debe ser un motivo para archivar sus justísimas demandas. La opresión existe aunque el oprimido carezca de armas políticas para eliminarla. Una política legislativa humanista debe esforzarse en atender dichas demandas y plasmarlas en leyes y praxis sociales liberadoras.

(85 ter) Este párrafo fue escrito antes de la Revolución de 25 de abril de 1974.

cooperativo frente al principio competitivo, se extienda a todos los seres humanos la calidad de la vida, se libere a la mujer de cuantas discriminaciones y tabúes la han encadenado durante milenios, actuando en las esferas de la educación, legislación, medios de masas, dinámica de pequeños grupos, de forma que vaya cambiando el condicionamiento del subconsciente social que destine al varón a la competición y a la mujer a la pasividad.

Dentro de este orden de ideas, de la reforma de la propiedad, de la educación, de la empresa, de la política y de la sociedad toda, al liberarse la mujer se liberaría también al hombre, obligado ahora, quiéralo o no, a mantener el rol dominante, predador, que milenios de cultura patriarcal han infiltrado en su subconsciente. Rol que muchas veces es destructor de su felicidad y no pocas de su equilibrio psíquico.

El jurista, como jurista y como ciudadano que es de pleno derecho, tiene que estar disponible a toda esta problemática que preocupa en el momento actual a los mejores pensadores de Occidente. Como defensor que es de los derechos humanos de los ciudadanos, no puede remitirse fríamente a las leyes que consagran sobre el papel la igualdad de derechos de varones y mujeres. Mucho menos cuando tal igualdad—como en España—no ha sido lograda ni siquiera en el *Boletín Oficial del Estado*. Debe tomar conciencia que tales derechos humanos no han sido desenvueltos y consagrados en la praxis social de ningún país, ni siquiera los más avanzados socialmente. Debe suministrar las fórmulas jurídicas necesarias para el avance social de la mujer, conociendo todos los datos que las Ciencias del Hombre—y el Movimiento de Liberación de la Mujer—arrojan sobre el problema.

La tarea es hercúlea, pero está hecha a la medida de su vocación de hombre justo y de su preparación de jurisperito.

La reforma de la condición de la mujer, que de modo apremiante, vehemente, y quizá a veces algo áspero, pero con una gran carga de razón nos plantea el Movimiento de Liberación de la Mujer, se halla en íntima conexión, con las mismas *Women's Lib* reconocen, con el problema de la elevación de la condición socioeconómica de todos los desfavorecidos sociales. La justicia social es indivisible y no puede ser aislada en compartimientos estancos.

En la medida en que la promoción de la condición femenina se lleve a efecto, articulando a la par la reforma del Derecho de Familia—privado, administrativo y jurisdiccional—, a impulsos de una coherente política familiar inspirada en el humanismo personalista y en la participación política, creo que el Movimiento de Liberación de la Mujer, no será en Occidente un factor de perturbación social, sino la voz de la conciencia

que destruya la «buena conciencia» del conformismo apático de la sociedad de consumo actual.

En la medida en que tal política no se lleve a cabo, los problemas socioeconómicos que la cuasi marginación social de la mujer lleva consigo, se encontrarán con el transcurso del tiempo, causando daños irreparables en la delicada trama de las relaciones sociales.

CAPÍTULO XV

EL PROBLEMA DE LA CAPACIDAD DE LA MUJER EN NUESTRO DERECHO HISTÓRICO

No puede afirmarse cuál sea la tendencia dominante en nuestro Derecho histórico acerca de la capacidad jurídica de la mujer casada.

Como en el resto del occidente europeo, en el Medievo español existe un acentuado pluralismo normativo, y la regulación de la capacidad de la persona guarda relación con su pertenencia a un estamento de la sociedad. Habría que distinguir, pues, cuál es la posición jurídica de la mujer casada infanzona o rica hembra, la de la villana, de la burguesa o habitante de las villas, de la sierva o de la que se halla en alguna de las situaciones intermedias entre la simple adscripción a la gleba y la franquicia de los hombres de behetría que podían cambiar de señor siete veces al día si así lo deseaban.

No es de extrañar que, por lo que sé, no se haya intentado hacer un estudio de conjunto de la capacidad de la mujer casada en nuestro Derecho, fuera de la memorable obra de EDUARDO DE HINOJOSA, *La condición civil de la mujer en el Derecho español antiguo y moderno*.

Sin embargo, sí es posible hacer algunas conjeturas sólidas como las expuestas por DE CASTRO (86): «En el antiguo Derecho español no se ve una línea clara ni una dirección dominante; junto a disposiciones que presuponen la plena capacidad jurídica de la mujer casada, hay otras que se la niegan, en especial para librar al marido de responsabilidad por los actos de su mujer. En general, la situación personal de la mujer es regulada por el uso, mientras que su capacidad patrimonial mayor o menor resulta del régimen de los bienes conyugales en los distintos territorios. En Cataluña y Navarra la aplicación del Derecho romano se subordina al régimen pactado en capitulaciones matrimoniales. En Aragón, la institución de la sociedad o consorcio conyugal impone, a falta

(86) *Derecho Civil de España*, II, Madrid, 1953, pág. 255.

de pacto, una comunidad de bienes, determinantes de restricciones de poder para la mujer y el marido.»

En Aragón, afirma PALÁ MEDIANO (87), «en el Antiguo Cuerpo legal de Fueros y Observaciones no aparece precepto alguno que establezca la subordinación de la esposa con la institución de la potestad marital y sus secuelas del deber de obediencia y de la interposición de licencia como regla general para todos los actos jurídicos de la mujer. Las limitaciones que producía el matrimonio, no ya en la capacidad jurídica, sino en el poder de disposición sobre los bienes matrimoniales, se referían a ambos cónyuges que habían de actuar conjuntamente, o uno de ellos con el consentimiento del otro...» Con todo, la situación de la mujer casada—asegura DELGADO ECHEVERRÍA (88)—fue deteriorándose con el paso del tiempo.

LACRUZ BERDEJO (89), aun reconociendo la incapacidad de la mujer casada, con carácter general, consecuencia de las costumbres germánicas que admitían el Munt del marido, reconoce que en muchos fueros municipales el principio de unidad de acción en el matrimonio determina que se limite la capacidad de los cónyuges recíprocamente, y así, ambos cónyuges han de disponer en mano común de los bienes inmuebles. La mujer, fuera de ello, sólo puede realizar actos de gestión doméstica—que habrá que entender que para mujeres de artesanos y pequeños profesionales sería de suma importancia, dada la economía primitiva de la época—salvo si ejerciera con licencia del marido una profesión o comercio, en cuyo caso tiene plena capacidad y puede comparecer en juicio sin licencia del marido.

El Fuero Viejo, inspirándose en el de SEPÚLVEDA y otros, limita la capacidad de la mujer para obligarse o enajenar, sin licencia del pariente con el que morare.

El Fuero Real, sigue diciendo DE CASTRO (90), desviándose de la legislación de las Partidas, dispuso que la mujer no pudiese hacer deuda sin otorgamiento de su marido.

CASTÁN TOBEÑAS (91) afirma que aunque estuviese reconocida en nuestra patria por los Cuerpos legales del Antiguo Derecho y por las costumbres el predominio del marido en la familia, de acuerdo con la tesis general de la autoridad marital, consagrada por el Cristianismo, no

(87) «La esposa administradora en la Compilación de Derecho Civil de Aragón», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1968, pág. 352.

(88) «Notas sobre parafernales en Aragón», *Anuario de Derecho Civil*, 1971, página 1168.

(89) *Derecho de Familia. El matrimonio: su régimen y economía*.

(90) *Ob. cit.*, pág. 90.

(91) *La condición social y jurídica de la mujer*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1955, pág. 170.

encontramos una regulación sistemática de la autoridad marital hasta las Leyes de Toro, que dedicaron a esta materia las Leyes 54 a 59, precedente directo de las disposiciones de la Ley del Matrimonio Civil de 1870 y del Código civil.

Conforme a dichas leyes, la mujer no podía durante el matrimonio, asegura LACRUZ BERDEJO (92), sin licencia del marido, repudiar ninguna herencia ni aceptarla, como no fuera a beneficio de inventario (Ley 54), hacer contrato alguno ni separarse de él ni presentarse en juicio (Ley 55); el marido podía darle licencia general (Ley 56); y en su defecto otorgársela el juez con causa legítima o necesaria o próspera para la mujer (Ley 59); por último, no le estaba permitido a la mujer obligarse como fiadora de su marido, ni solidariamente con él, salvo ciertos casos (Ley 61).

Respecto del sentido de tales leyes, la doctrina se preguntó si en los parafernales no entregados por la mujer al marido conservaba la mujer la administración y, por tanto, si tenía o no capacidad de contraer respecto de ellos. ¿Eran preferentes las Partidas, que admitían los parafernales no entregados al marido o las Leyes de Toro, que exigían la licencia marital para contratar y obligarse la mujer?

Asegura DE CASTRO (93) que la mayor parte de la doctrina opinó en sentido contrario a la capacidad de la mujer, por estimar que ésta se hallaba sujeta a la curatela del marido, como si de una menor se tratase, y que los frutos de los parafernales son gananciales, y su administración corresponde al marido.

Sin embargo, la práctica y la jurisprudencia anterior al Código entendieron que se mantenía la vigencia del Derecho de las Partidas y así la capacidad de la mujer casada de administrar sus bienes.

DE CASTRO opina también que antes de la vigencia del Código civil no era derogable el régimen de la sociedad legal de gananciales por medio de capitulaciones matrimoniales.

En las mismas no se podía pactar el régimen de separación, inconciliable con la preceptiva sociedad legal de gananciales; las mismas sólo podían contener las aportaciones de los cónyuges, la entrega de dote o de parafernales, donaciones por razón de matrimonio, mejoras, etc.

El régimen establecido para la capacidad de la mujer casada por las Leyes de Toro, afirma DE LA CÁMARA (94), tiene como obligado telón de fondo la sociedad legal de gananciales.

No cabe duda que la posición personal de la mujer casada en los usos

(92) *Ob. cit.*, pág. 177.

(93) *Ob. cit.*, pág. 256.

(94) «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo de 1969, pág. 82.

sociales había mejorado considerablemente en las capas ilustradas de la sociedad del siglo XVIII, con relación a la de los siglos XV a XVII, que integran la que con frase feliz ha llamado AMÉRICO CASTRO (95), «La Edad Conflictiva». En aquel siglo se admitía cierta libertad personal de la mujer casada y ésta, a imitación de las costumbres franceses o italianas, podía tener un «acompañante», en otras latitudes *cavalier servant* o *cicisbeo*.

Sin embargo, en el siglo XIX el prestigio de la ideología patriarcal de la codificación francesa, y la avasalladora influencia de la moral victoriana—trasunto de la ética sexual calvinista característica de la burguesía triunfante en dicho siglo—influyeron en los juristas y hombres de Estado todos que examinaron en nuestra Patria el tema objeto del presente trabajo.

GARCÍA GOYENA funda el deber de la obediencia de la mujer hacia su protector, el marido, en una consecuencia necesaria de la sociedad conyugal, que no podría subsistir si uno de los cónyuges no obedeciera al otro. Obediencia que comportaba, según el propio autor, el derecho de corregir moderadamente a la esposa. Esta venía a ser una verdadera menor de edad.

Es, pues, lógico que en el Proyecto de Código civil de 1851 no sólo se admitieran las incapacidades de las Leyes de Toro para la mujer casada y se consagrara el deber de obediencia de la mujer al marido, sino que todos los bienes de la mujer cayeran en la administración forzosa del marido, desapareciendo enteramente la regulación de los bienes parafernales.

Pese a que la revolución de septiembre de 1868 vino a suponer una consagración del liberalismo y consiguientemente, de las ideas de libertad e igualdad, extensibles a todos los ciudadanos—se instauró por vez primera el sufragio universal—, no parece que los pensadores de la revolución superaran el hábil equívoco de ROUSSEAU sobre la equivalencia de ciudadano-varón.

(95) «... Hasta fines del siglo XV, durante unos cuatrocientos años, en los reinos cristianos de la Península, habían convivido bastante en paz cristianos, mudéjares y judíos en virtud de un sistema de tolerancia, en su raíz fundado en preceptos islámicos. Gracias a ellos cada uno de dichos grupos desempeñó su peculiar cometido... A medida que tal ensamblaje humano fue desencajándose se produjo una situación cuyos momentos más salientes son: de una parte, el predominio estatal e internacional de una de esas tres castas, con reducción del valor y de la posibilidad de subsistir de las otras dos. Desde fines del siglo XV—ya sin judíos, con los moriscos reducidos a nivel cada vez más bajo—España se trastornó económicamente mientras los hispano-cristianos se alzaban a inimaginables cimas de grandeza... Tal fue el drama de la vida española» (*De la edad conflictiva. Crisis de la cultura española en el siglo XVII*, Taurus Ediciones, S. A., Madrid, 1972, págs. 41-42).

En efecto, en una conferencia dada en Madrid en 1869, PI Y MARGALL afirma (96): «Hay ciertamente en los pueblos modernos, cierta tendencia no sólo a que la mujer sea política y literata, sino también a que entienda de industria y de comercio. Pero en esos pueblos suele observarse que los lazos de familia se relajan de día en día, que la mujer pierde las bellas cualidades de su sexo, sin adquirir las del hombre, y que, lejos de ser un elemento civilizador, pasa a ser un elemento perturbador... La mujer que se entrega completamente a la industria, el comercio, a la literatura, a las artes, sí suele ver con cierto desdén el hogar doméstico... No es ése el camino que yo quisiera que la mujer siguiese: no fuera, sino dentro del hogar doméstico creo que debe llenar su misión. En el hogar doméstico tiene la mujer su teatro, su asiento, su trono»...

Lo único que puede decirse en descargo de PI Y MARGALL es que ni ROUSSEAU, ni SCHOPENHAUER, ni CARLOS DARWIN, entre otros, superaron en el siglo XIX su planteamiento de la condición femenina, pero sí lo hicieron, como antes examiné, entre otros, ALEXIS DE TOCQUEVILLE, STUART MILL, MARX y ENGELS.

ESPÍN CÁNOVAS (97) reconoce que el movimiento feminista no tuvo resonancia en la España del siglo XIX. «Bajo los regímenes políticos más dispares se había estructurado la familia sobre la misma base de la autoridad marital sin que ello despertara protestas.»

Ello es lógico. Hacia el año 1870, la economía española era dualista (98), con un débil sector capitalista y un amplísimo sector tradicional todavía vigoroso. El factor tierra era abrumadoramente importante en la jerarquía social.

Nada había cambiado en la infraestructura económica de la familia que contemplaron las Leyes de Toro. El Derecho de Familia se fundaba en las costumbres, y en él, la existencia de las potestades—marital, patria, tutelar—ahorraba mucho esfuerzo al legislador al delinear las relaciones personales y patrimoniales de sus miembros. Estas relaciones eran jerárquicas y no había ninguna razón de cambio social que las alterara.

El 80 por 100 de la población española trabajaba en la tierra. Es sobradamente conocido que el proceso de emancipación femenino se

(96) Citado en el *Informe Sociológico sobre la situación social de España 1970*, de la Fundación Foessa, Madrid, 1970, Editorial Euramérica, S. A., página 491.

(97) *Ob. cit.*, pág. 68.

(98) «Dos modalidades se enfrentan... Una economía capitalista inmadura se yuxtapone, se codea dentro del mismo espacio con una economía tradicional vigorosa... La economía española ostenta evidentemente una posición ambigua. Era a la vez tradicional y moderna, de subsistencia y capitalista; propiamente era una economía dual» (NICOLÁS SÁNCHEZ ALBORNOZ, *España hace un siglo: una economía dual*, Barcelona, 1968, pág. 13).

intensifica en la octava década del siglo XIX y llega a plasmar en las leyes del Estado de Nueva York—1878—y la inglesa de 1882. Precisamente, las dos únicas áreas de Occidente donde cientos de miles, quizá millones de mujeres trabajaban fuera del hogar, desempeñaban profesiones retribuidas.

En suma: mal podía desarrollarse el movimiento feminista en la España socialmente inmóvil de fines del siglo XIX (98 bis) cuando faltaban todos los presupuestos infraestructurales para ello, singularmente el desarrollo de la moderna economía capitalista y la incorporación masiva de la mujer al mundo del trabajo.

Pese a ello, la ley de matrimonio civil no deja de hacerse eco en su exposición de motivos del movimiento feminista, al afirmar (99) que pretendía ser «el último desarrollo de la teoría que tiene por objeto la emancipación jurídica de la mujer, y el reconocimiento de sus derechos en el seno de la familia», y en algunos puntos es más progresista que el proyecto de Código civil de 1851 (100).

Sin embargo, como afirma DÍAZ PICAZO (101) «la ley del matrimonio civil no contenía sólo una normativa sobre la forma del matrimonio, sino también una disciplina sobre los efectos generales respecto a las personas y los bienes de los cónyuges y sobre los efectos del matrimonio respecto de los hijos (problema de legitimidad, de patria potestad y de alimentos)... Las disposiciones de la Sección 1.ª del capítulo 5.º (artículos 44 a 55 de la ley) han pasado con algunas variaciones que probablemente son sólo de detalle, al vigente Código civil donde constituyen los artículos 55 al 66. La tónica de estos preceptos, como la del Código, es la de una limitación de la capacidad de la mujer y una sumisión de ésta a la autoridad del marido. La mujer debía obedecer al marido, vivir en su compañía y seguirle dondequiera que trasladase su residencia. Se admite que los tribunales puedan eximirla de la obligación cuando el marido se traslade al extranjero. En cambio, no se admite la excepción relativa a las provincias de ultramar»...

(98 bis). «El profesor JOVER ZAMORA hablará de la “inercia básica de nuestra evolución social” y de “la persistencia de un espectro social cuasi feudal” en los años que señalan la mitad del siglo XIX» (ANTONI JUTGLAR, *La España que no pudo ser*, Dopesa, Barcelona, 1971, págs. 186-187).

(99) Citado en DE CASTRO, *ob. cit.*, II, pág. 257, nota.

(100) El artículo 64 de la Ley reconoce que la madre, en defecto del padre, es titular de la patria potestad, lo que supone un notable avance sobre el resto de las legislaciones decimonónicas.

(101) «El Derecho de la Persona y el Derecho de la Familia en la legislación de 1870», conferencia insertada en la obra colectiva *El centenario de una gran obra legislativa*, publicada por el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia y la Academia Valenciana de Legislación y Jurisprudencia, Valencia, 1972, páginas 136 y 137.

«La sujeción de la mujer a la autoridad del marido es en 1870 extraordinariamente rigurosa. Puede calificarse, sin duda, de sistema conservador, y desde nuestro punto actual de vista, de racionario.» Incluso se exige la licencia marital o en su defecto autorización judicial para que la mujer pueda dar a la luz pública los productos de su imaginación.

La ley del matrimonio civil no respondió a las aspiraciones de ninguno de los grupos de la Cámara, no atendió a los deseos de la minoría republicana, ni envolvió ninguna reforma fundamental en la organización civil de la familia, como ya reconoció SILVELA en las Cortes Constituyentes en sesión del 9 de mayo de 1870 (102). Por otra parte, su vigencia fue controvertida y fue prontamente derogada en su esencia la forma civil del matrimonio por Decreto de 9 de febrero de 1875.

El Decreto de 2 de febrero de 1880, al sentar sobre nuevas bases la solución del problema foral, implícitamente dio paso a la posterior introducción del principio de libertad civil, característico de los fueros, en la regulación del régimen económico matrimonial, mediante las capitulaciones matrimoniales.

No obstante, el Proyecto de Código civil de 1882 no reguló los bienes parafernales, siguiendo en esto la pauta del de 1851.

La Ley de Bases del Código civil estableció en la número 15 que el contrato sobre los bienes con ocasión del matrimonio tendrá por base la libertad de estipulación entre los futuros cónyuges... y en la 25 que «quedaban a salvo los derechos... que puedan establecerse respecto al uso, disfrute y administración de ciertas clases de bienes por la mujer durante el matrimonio».

Es así como el Código, dice DE CASTRO (103), «al dar cumplimiento al encargo de la Ley de Bases, se ha separado completamente del ejemplo francés y de la dirección restrictiva de la capacidad de la mujer casada, estableciendo un nuevo y distinto sistema»:

(102) Díez PICAZO, *El Derecho de la Persona...*, pág. 141.

(103) *Ob. cit.*, pág. 257.

CAPÍTULO XVI

EL SISTEMA DE CODIGO CIVIL: ¿PUEDE VARIAR
LA CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA SEGUN
EL REGIMEN MATRIMONIAL DE BIENES?

El sistema adoptado por el Código civil sobre la capacidad jurídica de la mujer casada es sobradamente conocido para que haga hincapié en el mismo (104).

Creo que es importante resaltar, por ello, el mayor o menor fundamento y la mayor o menor eficacia práctica de ciertas interpretaciones progresistas del mismo por la más brillante doctrina jurídica de nuestro tiempo.

DE LA CÁMARA (105) ha afirmado que «las conocidas limitaciones de los artículos 60 y 61 del Código civil son el trasunto de la Ley 54 de las de Toro, que tenía como obligado telón de fondo la sociedad de gananciales... Es lícito, pues, preguntarse hasta qué punto las graves y amplísimas restricciones que imponen dichos artículos a la capacidad de obrar de la mujer casada deben ser aplicadas cuando los cónyuges, en uso de la libertad que les concede el artículo 1.315 no sólo han excluido el presupuesto normal de actuación de las mismas (es decir, la sociedad de gananciales), sino que además han establecido otro sistema económico con el que aquéllos son incongruentes o difícilmente conciliables. La licitud, al menos, de una licencia general conferida con el carácter de estipulación capitular y, por tanto, irrevocable, parece estar en ese caso, completamente justificada».

Sigue afirmando el autor (106) que «cabe aducir en contra de esta solución que la licencia marital es irrenunciable y esencialmente revo-

(104) En brevísima síntesis, ESPÍN CÁNOVAS, *ob. cit.*, pág. 26, lo delinea así: «la mujer casada: a) está sujeta a la obediencia del marido (art. 57), al que ha de seguir dondequiera que fije su residencia, excepto si la traslada a Ultramar o a país extranjero (art. 58), concediéndosele al marido la administración de los bienes del matrimonio, por regla general (art. 59); b) la mujer ve restringida su capacidad a través de la representación procesal de su marido o la venia marital; c) respecto al régimen económico matrimonial se permite la libertad de estipulación y, en su defecto, rige la sociedad de gananciales, bajo la gestión marital, proyectándose la incapacidad de la mujer en sus bienes privativos a través de la licencia marital para los actos dispositivos y comparecencia en juicio».

Es objetable, a la luz de la teoría que a continuación expondré en el texto, su afirmación de que «nuestro Código... siguió en general en esta materia el modelo francés».

(105) *Ob. cit.*, págs. 82 y 83.

(106) *Id.*, *id.*, pág. 83.

cable, pues, los artículos 60 y 61 del Código civil son de orden público. Se arguye a este propósito..., que tanto en las Leyes de Toro como en la del matrimonio civil, la licencia marital era irrenunciable, y de otra, que los preceptos sobre capacidades son derecho necesario, y concretamente, con relación a los artículos 60 y 61, así lo confirma su inclusión en el título IV del libro I».

Históricamente, opina DE LA CÁMARA contra tales argumentos, hasta el Código civil no fue conocido el régimen de separación de bienes en la práctica, y ello, por seguir el precedente de las legislaciones forales, luego hubo un cambio fundamental del sistema del Código en relación con la antigua legislación castellana. Por otra parte, aunque las normas sobre capacidad son de Derecho necesario, la mujer casada no es realmente una incapaz. «La inclusión de los artículos 60 y 61 en el título IV del libro I es un dato sintomático, pero que, a mi juicio, queda desvirtuado por el tenor literal del artículo 59, que después de sentar la regla general de que el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, sanciona la validez del pacto en contrario» (107).

Sigue opinando el autor de que si los artículos 60 y 61 son completamente y desarrollo del 59 y si éste admite la posibilidad del pacto en contra de la administración de la sociedad conyugal por el marido, cabe en este último supuesto eliminar las restricciones a la capacidad de la mujer casada. Tal posibilidad no choca contra la autoridad que corresponde al marido en el matrimonio (art. 1.316), pues tal autoridad debe ser interpretada de acuerdo con las concepciones sociales imperantes en cada momento, y de acuerdo con las que están hoy vigentes en nuestra sociedad no puede sostenerse seriamente que sea depresivo para la autoridad del marido que ésta habilite los medios para que su mujer goce de plena capacidad patrimonial (108).

DE LA CÁMARA examina con detenimiento el ámbito de la capacidad patrimonial de la mujer, haciéndolo depender del régimen legal o paccionado de bienes del matrimonio. En el aspecto personal, la autoridad marital no puede ser menoscabada por los pactos capitulares, lo que sería depresivo de la que corresponde al marido, si bien entiende que el derecho de dirigir y controlar la conducta y actividades de la mujer, y la potestad de trazar el régimen de vida de la familia, deben ejercitarse dentro de límites razonables.

La teoría de DE LA CÁMARA es un brillante desenvolvimiento de la de DE CASTRO, al opinar este autor que el Código civil estableció un nuevo y diverso sistema del delineado en el Derecho histórico.

(107) Id., id., págs. 83 y 84.

(108) Id., id., págs. 84 y 85.

La antinomia que parece observarse entre los artículos 60, 61 y 62 del Código, que consagran la incapacidad de la mujer con caracter general, y el 1.263,3 del mismo cuerpo legal, que parece sentar la incapacidad sólo para casos taxativamente establecidos por la ley, según DE CASTRO, deriva de que no se acoplaron bien en el articulado del Código los primeros preceptos, procedentes de la ley de matrimonio civil, que entendía obligatorio el régimen de gananciales en el antiguo Derecho, y el último, que desarrollaba el principio de libertad de contratación (arts. 1315 y ss.) (109).

«Las restricciones de la capacidad de la mujer casada no corresponden a una condición o cualidad que por sí sola la produzca (incapacidad en sentido estricto: condición de protegido), sino de una causa externa impeditiva (limitación de la capacidad: protección de otra persona), cuyo alcance y subsistencia dependen de la causa de la limitación.

La especial condición jurídica de la mujer casada deriva de dos causas: una común a la mujer y al marido, el estado del matrimonio; otra, peculiar a la mujer casada, la de que al marido corresponden normalmente la autoridad familiar y la dirección económica de la familia, que la mujer y los terceros han de respetar» (110).

Así, pues, en el ámbito personal, entiende el autor que «el deber de obediencia se da respecto a las decisiones del marido, dirigidas a la protección a la mujer (también de su personalidad), a la racional dirección de la sociedad conyugal y de los hijos; pero no respecto de las arbitrarias e inmotivadas, en las que se advierta por ello abuso de la autoridad marital. El respeto debido a la personalidad de la mujer, la concesión legal en su favor de propias y exclusivas funciones imponen la fijación de los límites y el alcance de la autoridad marital; la ley, prudentemente, no los ha marcado, sino deja que los precise la moral, y, secundariamente, el ambiente social, mediante el concepto de las buenas costumbres» (111).

En la esfera patrimonial, las limitaciones de la capacidad de la mujer casada dependen, en su extensión, del régimen jurídico de los bienes de la sociedad conyugal. «La libertad de pacto de las capitulaciones matrimoniales (arts. 1.315, 1.316), permite que la mujer pueda ser la administradora de la sociedad conyugal, con exclusión del marido (arts. 59, 1.412), que se imponga su cooperación, que se le reserve el poder disponer y administrar sus propios bienes (art. 1.432) y que se estipula la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para admi-

(109) *Compendio de Derecho Civil, Introducción y Derecho de la persona*, Madrid, 1970, pág. 231.

(110) *Derecho Civil de España*, cit., II, pág. 259.

(111) *Derecho Civil*, cit., II, pág. 260.

nistrar y disponer de la sociedad conyugal. En todos estos casos, las limitaciones previstas en los artículos 59, 60 y 61 del Código civil serán inaplicables» (112).

De la misma opinión, 'supresión de la licencia marital en los casos en que los cónyuges hayan pactado capitulaciones matrimoniales con régimen de separación de bienes, son PUIG SALELLAS (113), aunque admite matizaciones su doctrina, y VALLET DE GOYTISOLO (114), en casi los mismos términos que DE LA CÁMARA, aunque sin su lujo de argumentos.

CAPÍTULO XVII

LEGISLACION POSTERIOR AL CODIGO CIVIL QUE REGULA LA CAPACIDAD JURIDICA DE LA MUJER CASADA: LEY DE 24 DE ABRIL DE 1958

Tampoco quiero hacer una enumeración exhaustiva de leyes, resoluciones y jurisprudencia que han ampliado generosamente el ámbito de la capacidad jurídica de la mujer casada con posterioridad al Código civil (115).

Interesa destacar sólo algunos preceptos de trascendencia práctica indudable, aplicables en sectores tan importantes de la vida jurídica como la actuación laboral y administrativa de la mujer.

El artículo 11 de la Ley de Contrato de Trabajo establece que la mujer casada podrá concertar la prestación de sus servicios laborales con autorización de su marido, salvo separación de derecho o de hecho, en la que se entenderá concedido por ministerio de la ley para todos los efectos derivados del contrato, incluso el percibo de la remuneración. Y el artículo 58 de la misma ley que será válido el pago hecho a la mujer casada de la remuneración de su trabajo, si no consta la oposición

(112) *Derecho Civil*. II, cit., págs. 262-263.

(113) «Autonomía patrimonial de la mujer casada», conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 12 de mayo de 1969.

(114) «Para mí no ofrece duda que, en caso de pactarse la separación de bienes, la licencia marital es eliminable en capitulaciones matrimoniales. Más dudoso me parece—dado el destino de los frutos de cualquier procedencia—en caso de haberse pactado el régimen de gananciales, aunque también me inclino por la validez del pacto» (*Panorama del Derecho Civil*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1963, pág. 252).

(115) Sobre este punto, CASTÁN TOBEÑAS en *La condición social...*, cit., páginas 180 y ss., y «Los últimos avances de la condición jurídica de la mujer española», en *Estudios de Derecho Público y Privado*, ofrecidos al profesor don IGNACIO SERRANO SERRANO, Valladolid, 1965, tomo I, págs. 103 y ss.

del marido. Tal oposición no podrá realizarse en caso de separación legal o de hecho (116).

El artículo 22 de la Ley de Procedimiento Administrativo reconoce la capacidad de obrar ante la Administración pública a la mujer casada sin asistencia del marido. Parecidas declaraciones se contienen en el Reglamento del Procedimiento Económico administrativo y en la Ley de lo Contencioso Administrativo.

Y llegamos a la trascendental Ley de 24 de abril de 1958, que modifica muchos artículos del Código civil que afectan a la condición general de la mujer, y a la capacidad—*lato sensu*—de la mujer casada.

Pero interesa hacer resaltar lo que tal vez no se ha destacado lo suficiente. La ley no se limita a tal reforma—progresista, aunque tímida—de la capacidad de la mujer, sino sienta afirmaciones doctrinales que pretenden formular un principio general de Derecho: el de la supremacía del varón en el matrimonio bajo la fórmula «unidad de dirección del matrimonio» que se le encomienda a él. Oigamos, en efecto, la Exposición de Motivos de dicha ley.

«Si bien es cierto que el sexo por sí no debe dar lugar a diferencias y menos a desigualdades de trato jurídico civil, ha parecido igualmente claro, hasta el punto de estimarlo también como principio fundamental, que la familia, por ser la más íntima y esencial de las comunidades, no puede originar desigualdades, pero sí ciertas diferencias orgánicas, derivadas de los cometidos que en ella incumben a los miembros de la familia. Se contempla, por tanto, la posición peculiar de la mujer casada en la sociedad conyugal en la que, por exigencias de la unidad matrimonial, existe una potestad de dirección que la naturaleza, la religión y la historia, atribuyen al marido, dentro de un régimen en que se recoge fielmente el sentido de la tradición católica que ha inspirado siempre, y debe inspirar en lo sucesivo las relaciones entre los cónyuges.»

Consecuente con el principio de igualdad de sexos, sin perjuicio de la necesidad de unidad de dirección del matrimonio por el marido, la ley referida suprimió la incapacidad de las mujeres—casadas o no—para ser testigos de los testamentos, para ser tutoras o miembros del Consejo de Familia, la pérdida de la patria potestad de la madre bínuba, mejoró la cuota legítima usufructuaria y dio una nueva redacción al artículo 1.413.

En este precepto se consagró la necesidad del consentimiento de la mujer para los actos de disposición del marido sobre inmuebles o es-

(116) Es muy importante la interpretación progresista de dichos preceptos por DE LA CÁMARA (*ob. cit.*, págs. 284-287).

tablecimientos mercantiles gananciales, sin perjuicio de que el marido pudiera recabar la autorización judicial supletoria en un procedimiento sumario y de la posibilidad de que el Juez estableciera medidas cautelares para la administración del patrimonio ganancial a solicitud de la mujer cuando el marido realizare actos que entrañasen grave riesgo para la sociedad de gananciales. No perjudicarían a la mujer los actos de disposición que realizare el marido en contravención al Código o en fraude de aquélla (117).

CAPÍTULO XVIII

LEGISLACION DE LA DÉCADA DE LOS AÑOS SETENTA DEL PRESENTE SIGLO: LEY DE 22 DE JULIO DE 1961, COMPILACIONES DE DERECHO CIVIL ESPECIAL DE VIZCAYA, CATALUÑA, BALEARES, GALICIA Y ARAGON Y DECRETO 2310/70, DE 20 DE AGOSTO

Resultaba inevitable, siguiendo la línea de equiparación de sexos pretendida por la Ley de 24 de abril de 1958—pese a la ambivalencia de la misma—, regular la condición de la mujer en el plano de su actividad política, profesional y laboral. Al iniciarse la década eran insufribles para la opinión pública vetustas restricciones que consideraban a la mujer en tales campos como perpetua menor de edad, violando el espíritu del artículo 3.º del Fuero de los Españoles, reafirmado por la Ley Promulgadora de los Principios del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958, dictada inmediatamente después de la de 24 de abril del mismo año.

La Ley de 22 de julio de 1961 atendió a dichas exigencias sin avanzar, eso sí, un paso más allá del criterio de la Exposición de Motivos de la de 24 de abril de 1958; equiparación de la mujer soltera o viuda al varón en la generalidad de los campos de actividad profesional o laboral y mantenimiento de la unidad de dirección del matrimonio

(117) La bibliografía acerca de dicho artículo es sobradamente conocida para que insista sobre la misma. Es fundamental el excelente trabajo de DE LA CÁMARA ALVAREZ, «El nuevo artículo 1.413 del Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1959, págs. 450-479, 847-898, y 1960, 361-499; ROCA JUAN, «Protección del interés de la mujer en el patrimonio ganancial», en el mismo *Anuario*, 1959, págs. 481-533; COSSÍO, *La sociedad de gananciales*, publicado por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1963, y los tratados generales de Derecho de Familia posteriores a la reforma (PUIG BRUTAU, LACRUZ BERDEJO, ESPÍN CÁNOVAS, BONET RAMÓN).

en el marido y consiguiente licencia marital para que la mujer casada ejercitara tales derechos, aunque estableció un recurso judicial contra la mala fe o abuso del derecho de éste.

Así disponía el artículo 5.º de dicha ley, que cuando la misma exigiere la autorización marital para el ejercicio de los derechos reconocidos en ella, deberá constar de forma expresa, y si fuere denegada, la oposición o negativa del marido no será eficaz cuando se declare judicialmente que ha sido hecha con mala fe o abuso del derecho.

A lo largo del decenio, las compilaciones de Derecho civil especial, fueron estableciendo una serie de preceptos que hacen referencia a la mujer casada sujeta a dichos regímenes, de acuerdo con sus características y tendencias históricas.

Al no regular de modo sistemático la capacidad de aquélla, han dado lugar a la aplicación del título IV del libro I, en el que se hallan situados los artículos 56 y siguientes del Código civil con la consiguiente instauración de la licencia marital para la mayor parte de los actos patrimoniales de la misma y consagración del deber de obediencia de la mujer hacia el marido (118).

Sin embargo, son tantas y tan importantes las excepciones a tal aplicación teórica del régimen del Código, que lo menos que puede decirse es que el régimen especial foral tiene primacía sobre el previsto en aquel cuerpo legal, que sobre todo en el plano patrimonial, tiene muy escasa aplicación. Conviene matizar esta afirmación, especificando el sistema de cada una de las Compilaciones.

1) Compilación de Derecho civil especial de Vizcaya (Ley 42/59, de 30 de julio): El artículo 42 de la misma establece que a falta de contrato sobre los bienes, cuando el marido fuere vizcaíno infanzón, en el momento de contraer matrimonio, se entenderá contraído éste bajo el régimen de la comunicación foral de bienes. Y el artículo 46 de la misma, que la administración de los bienes del matrimonio se regirá por el Código civil. Parece, pues, que la problemática del régimen de la capacidad de la mujer casada vizcaína debe ser la misma que la que plantea el Código civil.

2) Compilación de Derecho civil especial de Cataluña (Ley 40/60, de 29 de julio): Su artículo 7.º establece que el régimen económico familiar de los cónyuges será el convenido en sus capitulaciones ma-

(118) Sostiene ESPÍN CÁNOVAS (*ob. cit.*, págs. 60 y 65) que los artículos 56-66 del Código civil son de aplicación general para Aragón, Cataluña y Baleares por estar comprendidos en el Título IV del Libro I, declarado de aplicación general a todas las provincias por el artículo 12, apartado 1. Para Aragón, afirma lo propio PALÁ MEDIANO («La esposa administradora en la Compilación de Derecho Civil de Aragón», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1968, pág. 352).

trimoniales, que podrán otorgarse antes del matrimonio o durante el mismo, necesariamente en escritura pública, y serán irrevocables salvo lo prevenido en esta Compilación. En defecto de pacto, el matrimonio quedará sujeto al régimen de separación de bienes que reconoce a cada cónyuge la propiedad, disfrute, administración y disposición de los bienes propios, sin perjuicio del régimen especial de la dote si la hubiere. El artículo 49, que son parafernales todos los bienes propios de la mujer al tiempo de celebrarse el matrimonio y los que por cualquier título adquiriera después de contraído, siempre que no formen parte de la dote. En la duda, respecto al carácter de bienes propios de la mujer, se presumirá que son parafernales. La mujer tendrá el dominio, disfrute y libre administración de los bienes parafernales, pudiendo adquirirlos, enajenarlos, gravarlos, defenderlos en juicio y aceptar y repudiar herencias y legados sin licencia de su marido, el cual no estará obligado a los gastos que la gestión y defensa de dichos bienes ocasione. Es importante también el régimen de las compras con pacto de sobrevivencia, pues el artículo 62 establece que los bienes adquiridos con dicho pacto por los cónyuges en régimen de separación, no podrán ser enajenados ni gravados sino por acuerdo de ambos, no pudiendo transmitir ninguno de los cónyuges los derechos que tengan sobre la cosa comprada a tercera persona (119).

3) Compilación de Baleares (Ley 5/61, de 19 de abril): Su artículo 3.º establece que el régimen económico conyugal será el convenido en capitulaciones matrimoniales. A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá contraído el matrimonio bajo el régimen de absoluta separación de los mismos. El artículo 4.º, que en régimen de separación de bienes, cada cónyuge retendrá el dominio y administración de los que le pertenezcan, haciendo suyos todos los frutos, si bien con la obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del mismo. Tanto el marido respecto de sus bienes privativos, como la esposa con respecto a los parafernales, tienen la plena facultad para ejecutar cualesquiera actos o negocios de adquisición, administración, enajenación, gravamen o disposición y gozarán de plena legitimación activa o pasiva para su gestión y defensa, sin necesidad de que en el ejercicio de tales facultades medie licencia, intervención o consentimiento del otro cónyuge. Serán válidos en dicho régimen los actos y contratos que celebren entre sí los cónyuges a título oneroso... La mujer casada puede salir fiadora de su marido y obligarse mancomunadamente con él.

(119) Para un estudio general de la Compilación véanse notas de los Vocales Ponentes de la Comisión de Juristas que redactó el Proyecto CONDOMINES VALLS y FAUS ESTEVE, al texto publicado por la Librería Bosch, Barcelona, 1960.

El artículo 65 hace aplicable para Menorca dicho régimen y el 66 establece otro similar para Ibiza y Formentera.

4) *Compilación de Derecho civil especial de Galicia* (Ley 147/63, de 2 de abril): Aunque en principio rige el Código civil en Galicia, por falta de normas especiales de la *Compilación*, no hay que olvidar la importante institución jurídica de la *compañía familiar gallega*. En ella, «la mujer casada tiene personalidad propia y es, con relación a la *compañía*, de condición igual a su marido (art. 47, 2). Por otra parte, como el artículo 52 de la misma, dispone que «corresponde la administración de la *compañía* a la persona que determine el contrato de constitución», es evidente que la mujer casada puede tener tal administración, y consiguientemente, las facultades de dirigir y representar la sociedad, adquirir para ella y obligarse en su nombre y disponer de los semovientes y muebles sociales, sin necesidad de licencia de su marido, pues es de condición igual a él.

5) *Compilación de Derecho civil especial de Aragón* (Ley 15/67, de 8 de abril): ESPÍN CÁNOVAS (120) estudia minuciosamente los preceptos de la *Compilación* que se refieren a esta materia, y acertadamente apunta una serie de preceptos que ensanchan la capacidad de la mujer casada en relación con el régimen de Derecho común.

Sin embargo, debo resaltar, en el plano de su capacidad patrimonial, dos preceptos verdaderamente básicos de la *Compilación*: el artículo 25, al establecer que los capítulos matrimoniales podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al régimen familiar y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurren al otorgamiento, siempre que no sean contrarias a los fines propios del matrimonio. Y el 49, al establecer que el marido administrará los bienes privativos de la mujer en tanto no se haya estipulado lo contrario o ella no recabe para sí la administración. El poder de administrar lleva consigo el de realizar cuantas actuaciones judiciales o extrajudiciales exija su normal ejercicio.

En tal orden de cosas, el primero de los preceptos citados comparado con el artículo 59 del derogado Apéndice de Derecho foral aragonés, elimina la referencia a la «prohibición expresa en la legislación vigente en Aragón».

Ello hace pensar que tal derogación ha sido intencionada y que el principio *standum est chartae* es hoy todavía más amplio en la *Compilación* que lo fue en el Apéndice. Por tanto, si los cónyuges pactan la separación de bienes en capítulos, antes o durante el matrimonio (art. 26), o establecen que en la comunidad de bienes, legal o paccio-

(120) *Ob. cit.*, págs. 60-66.

nada, la mujer tenga la dirección del consorcio y la administración del mismo, es evidente que su capacidad patrimonial será plena. Las ideas de DE LA CÁMARA y de CASTRO, tendrá plena aplicación aquí sin los obstáculos que para su desenvolvimiento presenta el sistema de preceptos del Código civil.

Pese a la opinión favorable de LACRUZ BERDEJO (121) no creo sea muy acertada la regla prevista en el artículo 49.

El artículo 48 de la Compilación encomienda la administración de la comunidad matrimonial legal al marido. La mujer participa en la misma con las facultades necesarias para el buen gobierno del hogar. Las facultades del marido pasan a la mujer cuando aquél resulte incapacitado, desaparezca de su domicilio, aun dejando representante y en los demás supuestos del artículo 1.441 del Código civil. El artículo 50 reconoce la posibilidad de privar de su administración al cónyuge administrador por resolución judicial, en juicio sumario, si en el ejercicio de sus facultades incurriere en culpa grave o negligencia habitual, con notorio perjuicio de los intereses familiares.

6) Es importante, por último, estudiar, al final de la década de los sesenta en nuestra Patria, el importante Decreto 2310/70, de 20 de agosto, que desarrolla para la mujer trabajadora los preceptos de la Ley de 22 de julio de 1961.

La Exposición de Motivos del mismo reconoce que «la creciente participación de la mujer en las actividades laborales reviste extraordinaria importancia, en la fase presente del desarrollo económico y social, al par que resulta manifiesta la evolución de muchos de los conceptos que inspiraron la legislación específica sobre el trabajo femenino, hasta el punto de que es cada día más necesaria y universalmente aceptada la equiparación de la mujer, tanto para conseguir un empleo, como para desempeñarlo en igualdad de condiciones con los trabajadores varones».

En tal sentido, el artículo primero del Decreto citado establece que la mujer tiene derecho a prestar servicios laborales en plena situación de igualdad jurídica con el hombre y a percibir por ello idéntica remuneración. Las Reglamentaciones de Trabajo, Ordenanzas Laborales, Convenios Colectivos Sindicales, Normas de Obligado Cumplimiento y Reglamentos de Régimen Interior no establecerán preceptos o cláusulas que impliquen diferencia en las categorías profesionales, condiciones de trabajo y remuneraciones entre los trabajadores de uno y otro sexo.

El artículo 2.º, apartado 3, que la mujer casada podrá contratar la prestación de sus servicios con la autorización de su marido, que se

(121) «El Derecho de Familia en la nueva Compilación aragonesa», *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre de 1967, pág. 744.

presumirá concedida si anteriormente viene desempeñando funciones laborales. La oposición o negativa del marido no será eficaz cuando se declare por la autoridad judicial que fue precedida de mala fe o con abuso de sus derechos. En caso de separación conyugal de derecho o de hecho, se reputará concedida por ministerio de la ley la autorización para celebrar contratos de trabajo, con los efectos que de los mismos puedan derivarse. La mujer casada, para comparecer en procedimientos laborales no precisa autorización ni asistencia de su marido, aunque, facultativamente, pueda estar asistida o representada por éste.

Por último, la disposición transitoria primera del Decreto dispone que antes de primero de enero de mil novecientos setenta y dos, el Ministerio de Trabajo procederá a la revisión de las Reglamentaciones de Trabajo, Ordenanzas Laborales y Normas de Obligado Cumplimiento para adaptarlas a lo establecido en el artículo primero. Así deberá procederse en la renovación de los Convenios Colectivos de Trabajo y en la revisión de los Reglamentos de Régimen Interior de las empresas.

CAPÍTULO XIX

CRITICA DEL SISTEMA DEL CODIGO CIVIL, LEGISLACION POSTERIOR AL MISMO Y COMPILACIONES DE DERECHO CIVIL ESPECIAL SOBRE LA CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA

Del mismo modo que no quise entrar en el estudio pormenorizado del sistema del Código civil, por estimarlo sobradamente conocido, tampoco quiero entrar en el detalle de la interpretación tradicional del mismo, según el que los preceptos de los artículos 56 a 66 del Código civil que regulan la capacidad de la mujer casada, por ser la capacidad una materia de orden público, son inderogables, cualquiera que sea el régimen patrimonial familiar que se haya pactado en capitulaciones matrimoniales y aplicables a las regiones forales por virtud del artículo 12 que hace extensivo los preceptos del título IV del libro I de las mismas.

1) Crítica de la teoría de DE CASTRO, DE LA CÁMARA y otros autores: La teoría merece todas las alabanzas desde el punto teórico e ilumina vivamente aspectos preteridos por la doctrina al analizar la materia, brindando un sugestivo campo de análisis para el desarrollo de preceptos que habían pasado un tanto olvidados y que son capitales para

una progresiva ampliación de la capacidad patrimonial de la mujer casada en el campo del Derecho común. Los artículos 1.384 del Código civil y 58 de la Ley de Contrato de Trabajo, sobre todo, hábilmente manejados por la práctica, pueden mitigar un tanto la angustiosa situación de la mujer separada de hecho. Sería muy de desear que tal teoría fuera consagrada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Sin embargo, la misma tiene fallos que sus propios autores no dejan de reconocer lealmente, por lo que su aplicación práctica amenaza ser más bien restringida, dejando a la mujer casada sujeta en la práctica al sistema codificado de incapacidad, con sus terribles consecuencias para la mujer en caso de abandono por el marido o separación de hecho.

De la judicial no merece la pena hablar, pues el procedimiento canónico de separación, habitual dada la catolicidad sociológica de la inmensa mayoría de la población, necesita una profundísima reforma y no contribuye en nada a resolver los problemas a que está destinado (122).

El primer hecho, estadísticamente incontrovertible, con el que choca dicha teoría, es que la aplastante mayoría de los matrimonios en España no conciertan capitulaciones matrimoniales (123).

Ello trae como consecuencia que el régimen de bienes habitual de los cónyuges de Derecho común es el de la sociedad legal de gananciales, donde rige, de un modo incontrovertible, el sistema de limitación de la capacidad de la mujer casada que hemos examinado. Pero es que en caso de que tal régimen se intente sustituir por otro más adecuado a la situación conflictiva entre los esposos, por convenio—normalmente el de separación de bienes—, tal convenio choca con la prohibición de modificar el régimen de bienes después de contraído el matrimonio que establece el artículo 1.320. En suma, el que casa queda atrapado para siempre, salvo separación judicial, por el régimen de gananciales, y la mujer percibe sus graves inconvenientes en caso de situación conflictiva con su esposo.

(122) Es de interés el estudio de AMAT CORTÉS contenido en la obra colectiva *¿Divorcio en España?*, de GINESTA AMARGÓS, de PASCUAL DE MIRALLES y otros, Editorial Nova Terra, Barcelona, 1972, en que se reconoce que «en España, desde antiguo, fue extremadamente complejo, largo y costoso el procedimiento a seguir en el caso de separación matrimonial. Por ello, desde antiguo también, muchos españoles optaron por la separación convencional, es decir, aquella convenida a través de los respectivos letrados, con carácter privado, en documento suscrito por ambas partes y, a veces, incluso con intervención notarial» (*ob. cit.*, página 177).

(123) Según mi cálculo, un poco apresurado, hecho sobre el *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado* de 1971, en dicho año el total de las capitulaciones matrimoniales otorgadas en escritura pública en toda España ascendió a mil ciento setenta y dos, de ellas seiscientas noventa y seis en las provincias catalanas o aragonesas y once en Mallorca.

DE LA CÁMARA (124) se adelanta a dicha objeción afirmando que la norma del artículo 1.320 debe interpretarse en sentido restrictivo, como prohibitiva que es, y como se refiere exclusivamente a lo pactado en capitulaciones matrimoniales, no puede ser invocada, para declarar sin más, nula o ineficaz cualquier modificación de lo que no haya sido objeto de pacto capitular.

En suma, la prohibición de un convenio de separación amistoso que establezca la separación de bienes y restituya la capacidad jurídica de la mujer casada separada, viene impedida por el artículo 1.315 que no permite el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales posnupcias. Por ello, concluye el autor, que cuando los cónyuges no intentan cambiar el sistema administrativo de la sociedad de gananciales, sino sólo modificar transitoria e indirectamente el régimen de administración de algunos bienes de la misma sociedad, no debe serle aplicable la prohibición legal de irreformabilidad del régimen económico matrimonial.

Temo que la objeción no quede disipada, pese al brillante esfuerzo dialéctico de DE LA CÁMARA. Por otra parte, los pactos o convenios de separación amistosa, son, en la teoría de aquél, más convenios entre caballeros que verdaderos contratos jurídicamente vinculados, pues el convenio—según el mismo autor—pierde su eficacia «... si cesa la separación de hecho, o si el marido se opone a que la separación continúe mediante el ejercicio directo y veraz del derecho que en este sentido le corresponde» (125).

La posibilidad de coacción del marido a la mujer para obtener nuevas concesiones en la separación convenida—amenaza de iniciar la separación judicial, obligarla a convivir de nuevo con él, etc.—, hace que tales convenios no sean, como muchas veces demuestra la práctica, sino meros armisticios en la borrascosa pelea entre dos esposos desavenidos, en que, por regla general, en igualdad de condiciones, lleva las de perder la mujer.

La jurisprudencia registral y del Tribunal Supremo, difícilmente reconocerán la validez de tales convenios cuando precisamente surja la cuestión candente: el problema de su revocabilidad y de la revocación de las autorizaciones, consentimientos, etc., que los instrumentan con eficacia ante terceros. Hay demasiados artículos prohibitivos en el Código civil, y demasiada jurisprudencia contraria a la separación convencional para facilitar la tarea al práctico que intente dar una salida a la mujer que busca una solución a su problema.

Tampoco es fácil que, justificada la inexistencia de cargas del ho-

(124) *Ob. cit.*, págs. 100-101.

(125) *Ob. cit.*, pág. 111.

gar—desaparecido con la separación de hecho—y la existencia de rentas de los bienes parafernales o de salarios de la mujer separada (artículos 1.384 C. c. y 11 de la Ley del Contrato de Trabajo), puede ésta conseguir establecer un santuario invulnerable para sus ahorros, protegido por la fuerza de los principios legitimadores del tráfico jurídico frente a terceros (arts. 34 L. H., 464 C. c., 545 C. Com.).

Cuando la mujer transmite a un tercero lo que ha adquirido por tales fuentes de ingresos, en estado de separada de hecho, sin autorización del marido, ¿el tercero adquiere en firme y es irreivindicable su adquisición? ¿Puede, por el contrario, el marido anular tal enajenación, en virtud de lo previsto en el artículo 65 del Código, y negar la condición de tercero al adquirente, al menos, al primer adquirente de la mujer?

La cuestión es tan dudosa, que difícilmente funcionario alguno implicado en tal problema—Notario, Registrador de la Propiedad, Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio—autorizará o inscribirá con absoluta convicción y sin hacer las oportunas reservas del caso al acto jurídico de transmisión de la mujer al tercero. Reservas que obviamente constituirán en situación de mala fe—conocimiento del derecho de impugnación del marido—al adquirente, quien no podrá nunca quedar protegido por el principio de irreivindicabilidad de su adquisición.

En la práctica, pues, vemos que la excelente construcción teórica de estos autores no ha quedado muy bien parada.

Por otra parte, esta teoría puede ser motejada de clasista sin culpa alguna de sus autores y sí de las estructuras socioeconómicas de la sociedad española: es obvio que las capitulaciones matrimoniales que se pactan en España las otorgan los contrayentes de clase media y elevada. No sé de ningún matrimonio obrero que capitule antes de casarse. El conocimiento de las dificultades que acechan a la mujer que se casa con hombre de determinados antecedentes, modo de ser o profesión, puede ser un motivo para pactar separación de bienes, licencia marital irrevocable y cuantas cautelas permitan ampliar al máximo la capacidad de la mujer casada. Es evidente que tales cautelas sólo las articularán los contrayentes favorecidos por la fortuna, no los obreros. Y nadie podrá convencer a la mujer trabajadora separada de hecho de que hay dos leyes, una para ricos y otra para pobres, y que a ella se le aplica la peor.

Por último, con la teoría de DE LA CÁMARA, no veo por ninguna parte protegidos los ahorros de la mujer que ejerce una profesión libre, pues el artículo 58 de la Ley del Contrato de Trabajo no le es aplicable. Porque la Ley de 21 de julio de 1961 sólo se ocupa de que la mujer profesional trabaje, pese a la oposición de mala fe o con abuso

de derecho del marido, pero no cuida—ni puede cuidar, porque no es ésc su cometido—del destino de los productos de dicho trabajo, y más concretamente, del superávit que la actividad profesional de la mujer pueda proporcionarle. Evidentemente, caerán en la masa de la sociedad de gananciales, y teórica y prácticamente el marido podrá bloquear su disposición, alegando que como administrador de la sociedad de gananciales a él deben atribuirse.

Debo concluir que, aun cuando la teoría de DE LA CÁMARA tenga escasa aplicación práctica, el esfuerzo dialéctico de su autor no ha quedado baldío: nos recuerda la imperiosa necesidad de la reforma legislativa de los preceptos que regulan la capacidad de la mujer casada en nuestro Derecho.

2) Crítica de la Ley de 24 de abril de 1958: Una crítica elemental de la misma consiste en que de ninguna manera ha suprimido las incapacidades y discriminaciones de la mujer contenidas en el Código civil, dejando aparte el tema de la capacidad de la casada (126).

Para criticar dicha ley en el tema objeto de este estudio, conviene separar lo que podría llamar filosofía de la reforma, contenida en su Exposición de Motivos, y el examen del trascendental artículo 1.413, y su derivación hipotecaria, el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, reformado a su vez por Decreto de 17 de marzo de 1959.

La filosofía de la Exposición de Motivos es ambigua y contradictoria. Principia afirmando la igualdad de sexos ante la ley; a continuación asevera que la familia no puede introducir desigualdades, pero sí ciertas diferencias orgánicas, derivadas de los cometidos que en ella incumben a sus miembros. Concluye que por exigencia de la unidad matrimonial existe una potestad de dirección que la naturaleza, la religión y la historia atribuyen al marido en relación con su mujer.

Nada tengo que objetar frente al principio teórico de la igualdad de sexos que establece la Exposición, sino eso mismo: que queda en principio teórico, que es incumplido en el texto de la misma ley y en la praxis social de cada día. Creo, no obstante, que como corolario del principio general del Derecho, de igualdad de todos los hombres ante la ley—principio de Derecho no sólo político (art. 3.º del Fuero de los Españoles), sino de Derecho natural, e incluso histórico tradicional—, desempeña todas las trascendentales funciones de los principios generales del Derecho, que no es el caso examinar aquí. Las

(126) Lo prueba el hecho de la promulgación de la Ley 51/72, de 22 de julio, que deroga tácitamente la incapacidad de la mujer menor de veinticinco años contenida en el antiguo artículo 321 del Código. Pero es que en este mismo cuerpo legal existen multitud de artículos que consagran discriminaciones o incapacidades para la mujer, o simplemente preferencias para el varón que no han sido afectados por ninguna reforma.

excepciones a dicho principio deben ser, por tanto, interpretadas restrictivamente, como contrarias al tenor de la razón de la ley.

La más trascendental, la incapacidad de la mujer casada, consecuencia de la unidad de dirección del matrimonio atribuida al marido, no puede escapar al imperio del principio general de la igualdad de sexos, y debe ser interpretada restrictivamente en todo aquello que el tenor literal de la disposición que la establezca no imponga la incapacidad.

No entiendo, por otra parte, qué diferencia puede hallarse entre desigualdad y diferencia orgánica. Marido y mujer, parece decir la Exposición de Motivos, son iguales..., pero el marido es más igual que la mujer, como cabría decir, parodiando humorísticamente a GEORGE ORWELL, en *Animal Farm* (127). O son iguales o son desiguales: no cabe un término medio. Predicar la igualdad moral de los cónyuges, pero imponer una diferencia de *status* jurídico, es tanto como encubrir ideológicamente la aplastante desigualdad real con bella semántica confusionista.

La referencia a la teoría orgánica de la sociedad, o es una pura imagen retórica, sin transcendencia alguna, o tiene verdadera importancia porque trasluce una ideología ultraconservadora (128).

Por último, la unidad de dirección del matrimonio se presupone.

El legislador de 1958, ciertamente, no tenía grandes modelos válidos

(127) En la imaginativa utopía de ORWELL que lleva ese título, los animales de una granja expulsan al granjero, su amo, y establecen una comuna igualitaria, en la que, por supuesto, todos son iguales... Pero pasan los años y se instaura en el poder una casta de animales privilegiados: los cerdos. Así se explica el pasaje que sigue: «Por primera vez Benjamín consintió en quebrantar su costumbre y leyó lo que estaba escrito en el muro. Allí no había nada, excepto un solo mandamiento. Este decía: *Todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros*. Después de esto no les resultó extraño que al día siguiente los cerdos, que estaban supervisando el trabajo de la granja, llevaran todos látigo en la mano» (Editorial Planeta, S. A., Barcelona, 1973, págs. 148-149).

(128) RECASÉNS SICHES (*Sociología*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1970, páginas 73-74) afirma que «aunque en apariencia hay algunas semejanzas entre los entes colectivos y los organismos biológicos, también es cierto que existen notorias diversidades de gran importancia y muchas de ellas esenciales... Las doctrinas organicistas, a pesar de que pretenden consistir en una mera observación de la realidad mediante métodos naturalistas, están inspiradas por un prejuicio político, el cual casi siempre es el deseo de subordinar absolutamente el individuo al Estado... Profesar una u otra convicción política resultaría respetable en todo caso; pero lo que ya no es digno de respeto, sino, por el contrario, de condena es su intención fraudulenta (enmascarar su actitud política con el revestimiento de una pseudociencia naturalista). Esto constituye un engaño intolerable».

SOROKIN (citado en RECASÉNS SICHES, *ob. cit.*, págs. 71-72) afirma que del mismo modo que «las leyes de la Biología sean aplicables al hombre, no se sigue que la sociedad humana sea un organismo animal... Podemos admitir que la sociedad humana constituya una especie de unidad, cuyos miembros se hallan en relación de interdependencia. Pero es falso deducir de ello que la sociedad humana sea un organismo tan sólo porque un organismo es una especie de unidad».

que le hubieran permitido atribuir la dirección del hogar a la potestad conjunta de ambos cónyuges, fuera de la muy reciente Ley alemana de 1957 de equiparación de los mismos. Por tanto, se atribuyó la dirección del hogar al esposo.

La opción era legítima en tal año. Pero a la luz del más reciente Derecho comparado, es evidente que en 1973 sólo Portugal y Luxemburgo comparten nuestra posición patriarcalista en la Europa a la que aspiramos integrarnos.

El legislador no tiene por qué exponer las razones en que funda sus decisiones. Cuando lo hace, actúa como mero jurista privado y, por tanto, tales razones pueden ser controvertidas, y si las mismas son insostenibles padecerá descrédito el mandato legislativo: el jurista deberá obedecerlo, pero restringirá su alcance mediante la interpretación del mismo (sistemática, correctora, restrictiva y, si el caso lo requiere, abrogante).

La potestad de dirección del matrimonio, según la Exposición de Motivos, es atribuida al marido por la naturaleza.

Esto, o significa que las propias condiciones psicobiológicas de la persona humana y su historia genética establecen una disparidad de condiciones de los sexos, que justifica el predominio del varón y la inferioridad de la mujer, o significa esto mismo, y que la filosofía natural consagra esta situación, que por Derecho natural el hombre es superior a la mujer, al menos en el matrimonio.

Lo primero es una enorme ineptia. Estudios científicos reiterados han demostrado que la mujer no es inferior en condiciones psicobiológicas al hombre, que los coeficientes de capacidad mental e inteligencia de ambos sexos son similares, que no hay superioridad innata del varón, sino superioridad adquirida por el condicionamiento que los diferentes papeles sociales imponen al hombre y a la mujer. Por otra parte, sería disparatado que el hombre casado fuera superior a la mujer casada e igual a la soltera o viuda ¡como si el matrimonio hiciera imbéciles a las mujeres y potenciara la inteligencia a los hombres! La contradicción lógica del legislador no puede ser mayor. No se puede emancipar a las solteras o viudas, como hace el preámbulo de la ley y desarrolló la Ley de 21 de julio de 1962, y encadenar a las casadas.

Que la autoridad marital sea de Derecho natural, es más que discutible. Es posible que a los ojos de Santo Tomás lo fuera, influido por el pensamiento de San Pablo, que ya he estudiado, y por la Munt usual en las costumbres germánicas que conoció en su tiempo. Sería interesante hacer un estudio minucioso de tal afirmación en Santo Tomás, en el contexto de la *Summa Theologica* (128 bis), que desgra-

(128 bis) 1.ª, 2.ª q, 97, a 1 (cit. en DE CASTRO, *ob. cit.*, I, pág. 422, nota 2).

ciadamente no puedo hacer aquí. Sin embargo, el mismo autor sentó las bases de la moderna Sociología jurídica al reconocer que las leyes deben variar cuando varían las circunstancias que las han originado. Es evidente que las circunstancias sociales son muy otras de las que conoció Santo Tomás, que es seguro que no repetiría su afirmación acerca de la mujer si hoy pudiera hacerlo.

Que la religión consagra la autoridad del varón y la inferioridad de la mujer en el matrimonio, es otra afirmación de la Exposición que no resiste la crítica de la Teología posconciliar. A la autorizada opinión de SCHILLEBEECKX que antes expuse me remito. Las directrices pastorales de San Pablo, dadas para un contexto histórico y una situación antropológica determinados, no pueden fundamentar la tesis de los que opinan que la autoridad marital, jefatura familiar del varón o como queramos llamarla es de Derecho natural. Esto es tanto como decir que si en la Biblia no hay base para consagrar tal superioridad del varón, los iusnaturalistas que lo deseen deben fundarse en otros argumentos distintos de los religiosos: históricos o derivados de la misma naturaleza.

Temo que si algún iusnaturalista católico quiere hoy fundar la natural supremacía del varón en el matrimonio en tales razonamientos su tarea será muy ardua, a la luz de los modernos estudios de las Ciencias Humanas, que destruyen los viejos prejuicios patriarcalistas, y muestran la inmensa plasticidad del ser humano, capaz de asumir nuevas formas de vida, de pensamiento, de sentimiento de los que han sido tradicionales, por medio de una aculturación y de una educación adecuadas.

Pero es que aun cuando las afirmaciones patriarcalistas de San Pablo sobre la mujer casada constituyeran un dato revelado y obligaran en conciencia los fieles católicos—no parece que robustezca mucho tal tesis el carácter voluntario con que la nueva liturgia posconciliar de la misa de casados establece la lectura, antes preceptiva, de tales textos—, es evidente que la obligación de la sana laicidad del Estado que establece la declaración sobre la libertad religiosa del Concilio Vaticano II impide discriminar a los creyentes, imponiéndoles la carga de la autoridad marital mientras los no creyentes podrían regirse por el principio diárquico de la colaboración y acuerdo libre de ambos esposos en el manejo del hogar y de los asuntos familiares.

Tal declaración del Concilio, aparte de obligar a inspirar la legislación del Estado español, según el tenor literal del punto II de los Principios del Movimiento (Ley de 17 de mayo de 1958), ha influido en la ley sobre el ejercicio del Derecho civil de libertad religiosa, que aunque no contiene precepto alguno sobre el punto que me ocupa, señala un cambio de criterio legislativo que arrumba la fuerza del argumento empleado en 1958 por el legislador.

Sería también absurdo que el no católico, que puede acudir a la forma civil del matrimonio probando su acatolicidad en la forma simplificada contenida en la modificación del Reglamento del Registro Civil contenida en el Decreto 1138/69, de 22 de mayo, artículos 245 y 246, se vea obligado a soportar la autoridad marital, prevista en el Código civil para ambas formas de matrimonio, sólo porque San Pablo la impuso a los creyentes.

Ninguna de tales posibilidades resiste la crítica de la moderna teología posconciliar (129), ni puede decirse sea materia de revisión concordataria con la Santa Sede, que impida la supresión unilateral por el legislador español de la autoridad marital del sistema de nuestras leyes civiles.

La unidad de dirección, sigue afirmando la Exposición de Motivos, es atribuida por la historia al varón.

Tal afirmación tampoco resiste la moderna crítica. Antes expuse cuál era la tendencia dominante de nuestros autores y creo que lo menos que puede decirse al respecto, que ni la potestad marital ni la incapacidad de la mujer casada resultan con nitidez del cuerpo de nuestro Derecho histórico en su conjunto.

Por otra parte, la apelación a la historia, o es una simple figura retórica intrascendente, ya que se acude a la misma como a un inmenso cajón de sastre en que pueden hallarse pruebas para cualquier afirmación que se haga en el presente, o debe querer decir algo más. En efecto, la historia ha de ser asumida por el presente que se encara con el futuro para intentar resolver los problemas que aquí y ahora nos acucian. Pero tal asunción es a beneficio de inventario, sin legitimar situaciones injustas con la apelación al pasado. Nos sirve la evocación del tiempo muerto en cuanto de él podemos extraer pautas de vida para el futuro. ¡Y no parece que sea muy deseable para la familia española del año 2000 el esquema de familia y de posición jurídica de la mujer casa-

(129) «Es un principio sólido que el Estado no está obligado a imponer coactivamente a los ciudadanos la observancia de la totalidad del orden moral, sino solamente aquellos elementos que puedan ser considerados como «pública moralidad» exigida por el justo orden público. La determinación del nivel de pública moralidad, impuesta normativamente y exigible coactivamente por el ordenamiento jurídico, debe hacerse teniendo en cuenta los valores morales objetivos (por decirlo así), pero teniendo en cuenta, a la vez, la situación sociocultural, los factores históricos y lo que podríamos llamar «nivel de conciencia social colectiva».

Por otra parte, se deduce muy claramente de la Declaración sobre la libertad religiosa del Concilio Vaticano II que el Estado no puede hacer discriminaciones entre los ciudadanos por motivos de religión (cosa expresamente afirmada en la Constitución pastoral sobre la Iglesia en el mundo contemporáneo, *Gaudium et Spes*, núm. 29), y que no puede imponer restricciones a la libertad de conciencia (religiosa o moral) más que por razones de justo orden público» (Díez ALEGRÍA, *Teología frente a sociedad histórica*, Editorial Laia, Barcelona, 1972, pág. 308).

da que nos brindan las Leyes de Toro y la Ley del Matrimonio Civil de 1870!

Ello máxime cuanto que la definitiva plasmación de la jerarquía patriarcalista en nuestra sociedad por la Ley de 1870, tuvo como influjo directo el ordenamiento napoleónico, contrario a la libertad civil de los legislaciones forales, y al puesto que todas ellas atribuían a la mujer casada.

Arrumbados tales argumentos, cabría añadir uno suplementario en apoyo de la potestad marital que reafirma la Ley de 1958. La constitución democrático-orgánica de nuestro Estado impone necesariamente una visión patriarcalista de la familia, incompatible con la abolición de la incapacidad de la mujer casada.

Cierto que las leyes fundamentales declaran a la familia como célula primaria y fundamento de la sociedad, y entienden que el matrimonio será uno e indisoluble, e incluso atribuyen el sufragio familiar al cabeza de familia, pero ello no significa que sea constitucional en España la jerarquía patriarcalista. La familia es una célula orgánica, que se rige por su propia ley interna, autónoma. Si las mores actuales de la familia no son, al menos con carácter de generalidad, autoritarias, sino democráticas, el legislador no puede menos de tomar nota de tal estado de cosas y en lugar de seguir regulando el matrimonio según el principio jerárquico, puede hacerlo perfectamente, sin mengua de la estabilidad y cohesión familiares, plasmando en la familia el diárquico o democrático.

En ninguna parte de nuestras leyes fundamentales veo yo una alusión a las potestades familiares como Principios Fundamentales del Movimiento Nacional, a diferencia de la unidad e indisolubilidad del matrimonio. Principios éstos de unidad e indisolubilidad cuyo examen obligaría a restringir su tenor literal (129 bis). Y que tal afirmación es acertada lo prueba la extensión del sufragio, para la elección de procuradores «familiares», a la mujer casada, junto al cabeza de familia. En

(129 bis) La afirmación de las leyes fundamentales de que el matrimonio es uno e indisoluble—afirmación que parece tomada de un manual escolar de Teología Moral más que de fuentes jurídicas—, claramente no impide el paso a segundas nupcias del viudo o de aquel a quien se ha declarado nulo un matrimonio, ni ataca lo más mínimo la potestad de la Iglesia para disolver el matrimonio—canónico o civil—por dispensa *super rato*, por profesión religiosa o por aplicación de los privilegios paulino o «petrino»—este último olvidado en la redacción del Concordato—. Cualquiera que sea la evolución de la jurisprudencia canónica acerca de la interpretación de la indisolubilidad o la mayor facilidad para declarar nulos matrimonios aparentemente válidos, debe el Estado limitarse a seguir cumpliendo su compromiso concordatario de acatar plenísimamente y sin restricciones la jurisdicción de la Iglesia en materia matrimonial.

pura democracia orgánica de cuño patriarcalista, con el simple sufragio del cabeza de familia, holgaba el de la mujer casada.

Todo ello me permite afirmar lo que sigue: la potestad marital, extraña a la sustancia misma del Derecho histórico patrio, sin apoyo en la religión, ni en las leyes de la naturaleza, no es un principio político consagrado por las leyes constitucionales españolas, que se limitan a tomar nota de su existencia en el ordenamiento jurídico general. Los principios constitucionales consagran la par condición de los españoles ante la ley, con lo que cierran la posibilidad a la configuración de la potestad marital como un principio general del Derecho, diga lo que quiera la Exposición de Motivos examinada.

El legislador puede consagrar cuando quiera un principio general del Derecho, siempre y cuando le dote de los requisitos técnicos precisos para tal misión y lo integre, sin contradicción flagrante, en el resto del ordenamiento jurídico, pero no puede atribuir caprichosamente tal carácter a una regla de Derecho de alcance restringido o limitado. Decir que la potestad marital, que la incapacidad de la mujer casada son principios generales del Derecho, es tanto como afirmar que tales reglas son aplicables, como fuente del Derecho, a las relaciones e intereses de marido y mujer no expresamente contemplados por la ley, extendiendo el tenor literal de los preceptos que consagran tal incapacidad o potestad, y ello sean cualesquiera los cambios que se hayan introducido en la condición social de la mujer casada desde 1889.

Si la mujer es el verdadero sostén de la familia, y el marido se halla en situación de incapacidad de hecho—marido débil mental—, si la mujer por exigencias de su trabajo debe desplazarse incluso con cierta periodicidad lejos del domicilio del varón, que no aporta contribución sustancial a la economía del matrimonio, ¿debe aquélla obedecer al varón aun cuando su voluntad sea débil, prácticamente inexistente o maliciosa? Los temperamentos que los diversos autores introducen a la potestad marital demuestran que ésta no es sino relativa, condicionada por las circunstancias del tiempo y lugar, por las costumbres dominantes, por las motivaciones de los esposos. Difícilmente puede, pues, hablarse de un principio general de Derecho, base de la organización de la familia, que consagre la potestad marital.

La potestad marital es, pues, una regla jurídica más, sujeta al juego normal de las demás reglas jurídicas y de los principios generales del Derecho, uno de los cuales—y éste sí que lo enuncia la propia Exposición de Motivos—es el de la igualdad jurídica de los sexos. Todas las limitaciones y condicionamientos que introducen la jurisprudencia y la doctrina en dicha regla son, pues, perfectamente admisibles en el cuadro de nuestro ordenamiento jurídico.

Entrando en el estudio concreto de la reforma del artículo 1.413, la misma es saludada con alborozo por DE CASTRO (130): «La reforma de 1958 ha puesto fin a la situación descrita de tal modo que supone una verdadera revolución para la organización patrimonial de la inmensa mayoría de las familias españolas (casi todas las de territorios de Derecho común). Ha terminado la monarquía absoluta del marido y se establece una diarquía; el marido conserva las facultades de iniciativa, pero ahora quedan condicionadas en gran parte al consentimiento de la mujer, y los actos mismos que el marido puede realizar por sí solo quedan expuestos a la posibilidad de que la mujer los impugne.»

VALLET DE GOYTISOLO (131), mucho menos optimista, afirma que «la reforma pudo obedecer, y probablemente obedeció, más que a un cambio de criterio en la concepción de la sociedad de gananciales, en la idea de la creciente abundancia de maridos dilapidadores de los bienes familiares. Ahora bien, a ese fin, no creo que la reforma haya servido para nada, o, mejor dicho, creo que la reforma es contraproducente». Porque el marido malgastador no suele tener gananciales, o porque los pone a nombre de una sociedad que controla o de terceras personas. Cuando el marido es trabajador y la mujer frívola, el marido se verá entorpecido por el consentimiento de la mujer. La reforma del artículo 144 del Reglamento Hipotecario que obliga a dirigir las demandas contra marido y mujer conjuntamente para anotar los embargos sobre bienes inmuebles gananciales, ha sentado la práctica de que los Bancos exijan la firma de la mujer y del marido al conceder los créditos, con lo que termina la antigua impunidad de los parafernales de la mujer casada por las deudas a cargo de la sociedad de gananciales.

Yo creo que la reforma pecó de tímida, al no haber replanteado sobre nuevas bases la capacidad de la mujer casada, pero ello no podía hacerlo una ley que profesaba la desdichada filosofía de la condición de la misma que he estudiado. En tal sentido, mientras no se replantee el problema sobre otro principio jurídico distinto—la paridad absoluta de los sexos ante el Derecho, en el matrimonio y fuera de él—la crítica de las sucesivas reformas de la condición de la mujer casada, que conceden siempre «demasiado tarde y demasiado poco» a sus justas reivindicaciones será siempre parcial y fragmentaria, y en el fondo, quedará siempre el debate abierto y el problema en pie.

3) Crítica a la Ley de 22 de julio de 1961: No cabe duda que la misma ha supuesto un paso importante en la solución de los problemas de la promoción de la mujer soltera o viuda. Podría objetarse que la

(130) *Compendio*, citado, pág. 225.

(131) *Panorama*, citado, págs. 258-259.

misma es esencialmente clasista: la mujer soltera o viuda de clase media o alta, a partir de tal ley, podrá ejercer profesiones y desempeñar cargos públicos que antes le estaban vedados y que difícilmente serán accesibles—porque la estructura educativa de la sociedad española lo impide—a la mujer de las clases menos favorecidas. Pero más que ser clasista la ley se limita a consagrar un estado de hecho de la sociedad española, y formalmente al menos sienta las bases de la emancipación femenina en el mundo de las profesiones, cargos públicos y cargos políticos.

Sin embargo, aunque algo mejora la posición de la mujer casada en el plano profesional y laboral, en otros aspectos parece que más bien retrocede. Es de encomiar el recurso judicial que otorga a la mujer, en caso de negativa del marido para conceder la licencia marital para el ejercicio de sus derechos, en los casos de mala fe y de abuso de derecho de aquél. Se sigue en esto las orientaciones progresistas de la doctrina y de la jurisprudencia que tienden a ampliar los casos en que cabe recurrir frente a la negativa injustificada de la licencia del marido, hasta postularse la existencia de una regla general en tal sentido.

Sin embargo, la negativa del marido a que su mujer trabaje o ejerza la profesión debe ser solventada en el procedimiento sumario previsto en el artículo 5.º, 2, de la ley, en el que debe demandar la mujer.

Aunque técnicamente la solución es correcta obliga a aquélla a enfrentarse al marido, lo que inhibirá en muchos casos la actuación práctica de la reforma.

Por ello afirma ESPÍN CÁNOVAS (132) que «hubiera sido preferible, al menos en el Derecho laboral, generalizar la norma contenida en la Ley del Contrato de Trabajo para el percibo de la remuneración por la mujer que induce la licencia tácita del marido del hecho de no constar su oposición y que impone a éste la carga de formular la oposición ante la Magistratura del Trabajo».

Tampoco es precisamente un modelo de progresismo la exigencia de licencia expresa del marido para ejercer los derechos reconocidos por la ley. El Código civil no exige tanto, y la jurisprudencia ha admitido desde siempre la licencia tácita para los actos de la mujer que la precisan.

No es tampoco un modelo de corrección terminológica la ley al reputar concedida por su ministerio la licencia marital en los casos de separación de derecho o de hecho, pues es sabido que tal licencia decae cuando hay separación legal, al desaparecer la autoridad marital.

(132) *Ob. cit.*, pág. 50.

Por último, ESPÍN CÁNOVAS (133) afirma que la ley no ha establecido enlace alguno con el ejercicio del comercio por la mujer casada. Por tanto, entiende dicho autor «que en el ámbito mercantil y por ahora actúa como un principio pragmático para vetar el abuso o mala fe en la negativa marital y que la aplicación efectiva de este principio exige normas de desarrollo. Se da una situación análoga al precepto constitucional mientras no se dictan normas ordinarias que lo impongan».

Creo que aunque es cierto que no existe la adecuada conexión en el texto de la Ley de 1961 con el Código de Comercio, y en esto la redacción de aquélla merece censura, no establece un principio general de derechos que permita impugnar la negativa del marido cuando exista mala fe o abuso del derecho, sino se limita a reconocer su existencia que se deduce del conjunto de los preceptos legales que reconocen la supremacía del varón en el matrimonio.

La exposición de la Ley de 24 de abril de 1958 afirma estar fundada en el principio de la unidad de dirección del matrimonio que se atribuye al marido y en el cometido orgánico de cada uno de los miembros de la familia en la misma. Si la potestad marital es una regla jurídica limitada por el juego de los principios generales del Derecho, los que vedan la mala fe y el abuso del derecho de cualquiera de los implicados en una relación jurídica deben serle aplicados.

No se diga que el Código de Comercio no regula la impugnación de tal negativa. Ni tiene por qué, ya que en defecto de sus disposiciones deben aplicarse las reglas del Derecho común (arts. 3 y 50 C. Com. y 16 C. c.).

La falta de conexión de la Ley de 1961 con el Código de Comercio no impide que se apliquen sus reglas por analogía *legis*. Una mujer casada arquitecto, piloto civil, médico cirujano o capitán de buque que puede acudir al juez solicitando la declaración de que la negativa del marido a que ejercite su profesión se ha realizado con mala fe o abuso de derecho, se halla en una gran analogía posicional con una mujer casada comerciante que obliga los bienes de la sociedad de gananciales en los términos del Código de Comercio. El riesgo para la sociedad de gananciales dimanante de los actos habituales de la mujer es tan grave en unos como en otros casos.

Podría hacerse un catálogo de actividades profesionales que comprometen por la índole del trabajo en que consisten los bienes gananciales de forma semejante a la prevista en el Código de Comercio. La analogía posicional del ejercicio del comercio y de una profesión, no

(133) Id., *id.*, págs. 45 y 46.

siempre inocua para los bienes de la sociedad de gananciales en razón a los riesgos que comporta, es clarísima y obliga a admitir como más fundada la tesis de GARRIGUES y DÍAZ CAÑABATE, que admite recurso judicial contra la negativa del marido de autorizar el ejercicio del comercio por la mujer casada o a la revocación de dicho ejercicio.

4) Crítica de las Compilaciones de Derecho civil especial: Lo primero que salta a la vista es que en la mayor parte de las mismas se establece la posibilidad de pactar o modificar, después del matrimonio, las capitulaciones matrimoniales. Así la catalana (art. 7.º) y aragonesa (art. 26). Es claro, pues, que los conflictos desgarradores dimanantes de la situación de separación de hecho de los esposos no pueden perjudicar a la mujer casada, por cuanto que podrá pactar capitulos matrimoniales que establezcan absoluta separación de bienes con el esposo, si hay convenio amistoso de separación, o en el peor de los casos tendrá en Baleares y en Cataluña la poderosa protección de los textos citados que consagran su capacidad patrimonial casi absoluta, al establecer el régimen de separación de bienes.

Diferente será la posición de la mujer casada aragonesa en régimen de comunidad legal. El artículo 49 de la Compilación atribuye al marido, como he indicado, la administración de los bienes privativos de la mujer, cuando ésta no la recabe, y el artículo 50 permite privar de la administración al marido cuando éste incurriera en culpa grave o negligencia habitual con notorio perjuicio de los intereses familiares.

Parece, según opina DELGADO ECHEVARRÍA (134), que los dos preceptos regulan situaciones distintas. El artículo 49 permite a la mujer casada recabar del marido en cualquier momento, incluso por simple requerimiento extrajudicial (135), la administración de sus bienes privativos. En tal caso, la mujer puede administrarlos, aplicar los frutos de los bienes a los gastos de producción y deudas contraídas por ella en el ejercicio de una actividad útil para la comunidad, y entregar las ganancias líquidas al marido.

PALÁ MEDIANO (136) afirma que la mujer puede constituirse un patrimonio reservado con los productos de la explotación de la propia empresa o con los del ejercicio de una actividad profesional o laboral, patrimonio que administrará libremente, cumplida su obligación de contribuir a los gastos familiares.

Sin embargo, DELGADO ECHEVARRÍA (137) no deja de oponer a la

(134) *Ob. cit.*, págs. 1183 y 1184.

(135) PALÁ MEDIANO, *La esposa administradora*, cit., págs. 398-399.

(136) «La promoción de la mujer casada en la Compilación aragonesa y en el Derecho Comparado», en *Estudios de Derecho Civil en honor de don José Cástán Tobeñas*, I, Pamplona, 1969, pág. 371.

(137) *Ob. cit.*, págs. 1187-1188.

progresista afirmación de PALÁ el artículo 48 de la Compilación que establece que el marido es el administrador de la comunidad.

En el fondo se plantea el mismo problema que tan ingeniosamente quería resolver DE LA CÁMARA en el sistema del Derecho común y que no tiene solución en los textos del Derecho vigente, pero que obliga imperiosamente a una urgente reforma legislativa en profundidad de la capacidad de la mujer casada.

Por otra parte, la mujer casada que recaba de su marido la administración de su patrimonio privativo, queda sujeta a la licencia de éste para la mayor parte de los actos jurídicos que excedan de la mera administración, salvo los que deriven de su gestión doméstica, la comparecencia en juicio respecto de tal gestión o la aceptación de una herencia (art. 137 de la Compilación).

Si pretende obtener una ampliación de esa capacidad precisará la habilitación judicial subsidiaria, a menos que obtenga la administración de la comunidad de bienes en los supuestos del artículo 49 o consiga la privación de la administración de los bienes por su marido, en los del 50 del mismo cuerpo legal.

La Compilación gallega, fuera del supuesto especial de la sociedad familiar, institución ésta de escasa vigencia sociológica, no presenta ninguna innovación sobre el régimen de capacidad jurídica de la mujer casada aforada, por lo que se aplica en esta región el Código civil.

CAPÍTULO XX

SOCIOLOGIA DE LA CONDICION DE LA MUJER ESPAÑOLA DE LA DECADA DE LOS AÑOS SESENTA DEL PRESENTE SIGLO

El cambio social del último decenio en nuestra patria ha sido espectacular. Sin embargo, nuestros sociólogos afirman que el mismo no ha sido uniforme en todas las esferas de la vida social, y no es tan admirable como podría parecer a simple vista, pues sólo nos aproximamos —en unos aspectos más, en otros menos— a aspectos y formas de vida existentes con anterioridad en el resto de los países de Occidente.

En muchos sectores, no obstante, y creo que la familia es uno de ellos, hemos quemado etapas que nos distanciaban excesivamente del proceso general de modernización de las estructuras sociales que Occidente tiene en curso desde hace muchos decenios.

Una ley sociológica—y cultural, en un sentido más amplio—afirma que el proceso de modernización a la larga no puede quedar confinado a un solo sector de la estructura social—por ejemplo, la tecnología—, sino que se propaga a todas las esferas de la vida.

No podemos a la larga utilizar un «jet» para dar la vuelta al mundo en dos días, ni utilizar una computadora electrónica para procesar los datos de nuestra empresa, y a la par exigir obediencia prusiana a nuestra mujer y a nuestros hijos. El espíritu de libertad e inventiva que creó tales artefactos repugna el autoritarismo en el resto de los aspectos de la vida social.

Algunos aspectos cuantitativos de los fenómenos sociales de la condición de la mujer, merecen ser destacados.

En números redondos, de un millón de mujeres que integraban la población activa de España en 1930, se pasa en 1960 a dos millones, y en 1970 a tres millones setecientas mil, según AMANDO DE MIGUEL (138). En este último año, la cuarta parte de la población activa es femenina, frente a sólo el 12 por 100 en 1950.

El mismo autor—ciertamente controvertido por otros sociólogos—anuncia que los Planes de Desarrollo del último decenio se han dictado para crear puestos de trabajo para la mujer. Podría añadirse al análisis del sociólogo, que no por altruismo de los empleadores, sino por las peculiares condiciones de esta mano de obra.

Se ha creado un millón y medio de puestos de trabajo femeninos desde 1960 a 1970 y sólo cien mil puestos de trabajo masculinos. En la década de los años mil novecientos setenta a mil novecientos ochenta, aumentará en un millón el número de mujeres activas, frente a sólo trescientos mil varones activos (139).

La educación de la mujer ha experimentado un notable avance en las últimas décadas: mientras en 1953-1954 sólo el 25 por 100 de los bachilleres superiores eran mujeres, en 1966 lo son ya el 33 por 100. El porcentaje de mujeres ha llegado a ser en la actualidad del 25 por 100 del total de los universitarios (140).

En 1967, el 62 por 100 de las mujeres contraen matrimonio antes de los veinticinco años, mientras en el quinquenio 1956-1960, no excedía su número del 48 por 100 (141).

Todos estos indicadores sociales demuestran que la posición personal

(138) *España, marca registrada*, Madrid, Editorial, 1972, pág. 53.

(139) AMANDO DE MIGUEL, *ob. cit.*, pág. 56.

(140) SALUSTIANO DEL CAMPO URBANO, «Epílogo: El reto del cambio social en España», en la obra colectiva, dirigida por FRAGA IRIBARNE, VELARDE FUERTES y el mismo DEL CAMPO URBANO, *La España de los años 70*, I, *La Sociedad*, Editorial Moneda y Crédito, Madrid, 1972, pág. 980.

(141) SALUSTIANO DEL CAMPO, *ob. cit.*, pág. 980.

de hecho de la mujer ha experimentado un notable avance y que el cambio social postula un cambio jurídico correlativo, si no se quiere crear una situación de tensión en el seno de la familia y la sociedad.

Todos los sociólogos que estudian la familia española advierten que se ha producido una democratización de relaciones en el seno de la misma. La autoridad, la división de las tareas, y la formación de decisiones dentro de la familia, están sufriendo una considerable evolución, afirma SALUSTIANO DEL CAMPO (142).

Es difícil que la joven mujer, considerablemente más culta que sus predecesoras de las anteriores generaciones, que trabaja en casi paridad de condiciones con el varón y que contrae el matrimonio a edad más temprana, sin que tenga que pedir consejo paterno a partir de la mayor edad, pueda con buen talante trocar la debilitada potestad del padre o de la madre (143), por la anticuada potestad del marido ¡que puede obligarle, con el Código civil en la mano, a obedecerle!

Habrà que reconocer, con LEVY BRÜHL (144), el carácter esencialmente provisional de las normas jurídicas. «Puesto que el grupo cambia, el derecho debe cambiar... Al cabo de cierto tiempo, el grupo se habrá renovado más o menos enteramente por la muerte de algunos individuos y la introducción de nuevos miembros, sensibles a otras influencias. ¿Será posible que el Derecho, si es la expresión de voluntad de un grupo, pueda ser inmutable si éste último se modifica continuamente?»

Sin embargo, este proceso de agudo cambio social, que por sí solo, si no hubiera además poderosas razones filosóficas que robustecieran tal afirmación, justificaría una decidida política legislativa de supresión de discriminaciones basadas en el sexo y en el matrimonio, no deja de presentar su reverso sombrío.

(142) SALUSTIANO DEL CAMPO, *id.*, *id.*

(143) Me permito citar a BOB DYLAN, cantante de la revolución musical «folk», en su canción *The Times are A-Changing* (selección, traducción y prólogo de algunas de ellas por EDUARDO CHAMORRO, Colección Visor de Poesía, Alberto Corazón, editor, Madrid, 1971, págs. 48 y 49: «Gentes que vagáis por doquier / reuniros a mi alrededor. / Y admitir que está alta la marea, / y aceptar que pronto os calaréis hasta los huesos. / Si os merece la pena salvar vuestra época, / es mejor que comencéis a nadar u os hundiréis como piedras. / ¡Pues los tiempos están cambiando! / Acercaos! ¡Acercaos! / ¡Los tiempos están cambiando!... / Acercaos, padres y madres / de toda la tierra / y no critiquéis / a aquellos que no comprendéis. / Vuestros hijos e hijas están más allá de vuestro dominio. / Rápidamente envejece vuestra ruta obsoleta. / Por favor, si no podéis echar una mano, / saliros de la nueva. / ¡Pues los tiempos están cambiando!»

La joven mujer de nuestros días de que hablo ha oído o leído a BOB DYLAN. Su recital, difundido por un «long play», quizá en una reunión juvenil casi en trance, dice más a su sensibilidad y le provoca un impacto mayor que cien discursos del antiguo estilo.

(144) *Sociología del Derecho*, Edición Universitaria de Buenos Aires, septiembre de 1971, pág. 16.

El mismo SALUSTIANO DEL CAMPO, en unas recientes declaraciones (145), ha afirmado que el pueblo español es mucho más moderno que su *élite* dirigente. Añado yo: sólo la *élite* dirigente está legitimada, hoy por hoy, para producir el cambio legislativo que sea consecuencia del cambio social descrito.

No dejan de observarse en el seno de la sociedad española actitudes autoritarias de los padres frente a la conducta más libre de los hijos e hijas. No es de esperar una mejora sustancial de la condición jurídica de la mujer casada en tal ambiente autoritario que los sociólogos no dejan de reconocer funciona espontáneamente, al margen de las instancias del poder.

La sociedad tradicional, en franco declive, quema los últimos cartuchos en defensa del viejo y añorado orden familiar patriarcal, de una manera franca o solapada, oponiendo la inercia a las iniciativas reformistas de las costumbres familiares.

El puesto de la mujer sigue siendo para estos tradicionalistas lo que fue durante milenios: los niños, la Iglesia, la cocina; las tres K (*Kinder, Küche, Kirche*) (146).

En el plano legislativo, las disposiciones legales que eliminan la discriminación de la mujer casada trabajadora, son vulneradas con suma facilidad sin que se observe reacción adecuada frente a la práctica contra *legem*.

Concluyo este análisis sociológico acerca de la condición de la mujer casada, con la exposición de AMANDO DE MIGUEL (147): es absurdo que el *status* de mujer casada inhiba tanto la participación social. Supone el mayor derroche de talentos y energías que pueda imaginarse. Sólo un país inmensamente rico—que no es, por supuesto, España, añado yo—podría permitírselo.

Sin embargo, las reformas que se exigen no pueden hacerse a golpe de *Boletín Oficial* (148). Se trata de cambios muy sutiles en la mentalidad, que en el mejor de los casos ocuparán el lapso de una generación. El vehículo más importante de tales cambios es la educación preescolar,

(145) Diario *Ya*, en los primeros meses de 1973.

(146) Más crudamente, en Cataluña se postulaba que la novia ideal tuviera las tres R: ruca—bruta—, rica, religiosa.

(147) *Ob. cit.*, págs. 61 y 62.

(148) Por supuesto que sólo con el *Boletín Oficial*, no. Pero sin el *Boletín Oficial*, esto es, sin la decisión política que plasma en ley coactiva inapelable, toda Francia tendría derechos feudales como la tarde del 4 de agosto de 1789, y el mundo civilizado conocería la esclavitud, o—en otro orden de ideas—la U. R. S. S. seguiría siendo la Rusia zarista basada en la propiedad privada de los medios de producción. El cambio social necesita algo más que la ley para su institucionalización, pero sin la ley el proceso social se retarda hasta las calendas griegas.

los grupos juveniles y la acción de los medios de comunicación de masas. Pero ninguno de tales elementos o estamentos sobresale por su progreso.

Un cambio sustantivo y visible del papel de la mujer en todas las esferas de la vida económica, social y política, supondría una revolución mucho más radical que otras reformas de estructuras sobre las que tanto se habla (reforma agraria, nacionalización del suelo, etc.). Por eso se habla tan poco de ese cambio: en el fondo, muy pocas personas lo desean.

Agrego yo a la penetrante exposición de AMANDO DE MIGUEL, que comparto plenamente, que creo firmemente que los juristas, como juristas y como ciudadanos, tenemos un deber—también es un honor—de formar parte de ese grupo de personas—cada día se amplía más y más—que desean tal cambio social y aspiran a institucionalizarlo en las leyes y en la práctica social.

CAPÍTULO XXI

LINEAS PARA UNA REFORMA DEL SISTEMA LEGISLATIVO DE DERECHO COMUN

Debe incrementar el peso del balance negativo de la reforma de la condición de la mujer trabajadora, el que hasta la fecha de mayo de 1973 no se hayan dictado las disposiciones revisoras de las Reglamentaciones de Trabajo, Ordenanzas Laborales y Normas de Obligado Cumplimiento vigentes, para adecuarlas al principio de plena igualdad del varón a la mujer en la prestación de los servicios laborales. Interrogado el Ministro competente por la Procuradora en Cortes doña María Belén Landaburu, contestó que su departamento estaba trabajando en ese sentido. Son ya diecisiete meses de retraso sobre la fecha tope prevista en el Decreto de 20 de agosto de 1970.

El IV Congreso de la Abogacía, celebrado en León en 1970, adoptó una conclusión en la que se instaba de los poderes públicos la reforma del Derecho de familia.

Obedeció a la conciencia de lo insostenible de algunas de las instituciones de tal Derecho, la derogación del artículo 321 del Código civil, que consagraba la clausura, ¡única en el mundo!, de la mujer soltera menor de veinticinco años, en la casa del padre o madre con los que conviviera. Ello tuvo lugar mediante Ley 32/72, de 22 de julio (149).

(149) Sobre esta Ley véase el trabajo de FEDERICO DE CASTRO, «La Ley de 22 de julio de 1972 y el artículo 321 del Código civil», *Anuario de Derecho*

También obedeció al clima creado por dicha conclusión del Congreso y a la inteligente campaña, movida en los medios de masas, por la Asociación Española de Mujeres Juristas, la creación en fecha de enero de 1973, de una Sección en la Comisión General de Codificación destinada al estudio del Derecho de familia y a las consecuencias que el cambio social haya podido introducir en la misma, pudiendo hacer las propuestas de modificación de ley que procedieren.

Saludo con entusiasmo esta iniciativa oficial y creo es mi deber de jurista hacer ciertas observaciones acerca del papel de dicha Sección, en relación con la capacidad de la mujer casada.

¿Puede la misma considerar que el cambio social existente en la última década en la familia española será absorbido en el marco de la concepción autoritaria paternalista que consagra nuestro Código civil, con sólo leves retoques de algunos preceptos particularmente hirientes—v. g., abolición del deber de obediencia de la mujer al marido y supresión de la licencia marital para los actos que pueda realizar la mujer casada—? En tal caso, me remito a lo que dije en «La Derogación del antiguo artículo 321 del Código civil» antes citado (149 bis): «Si por el contrario, el legislador pretende reñir una batalla de retaguardia y reafirmarse en la postura conservadora—«España es diferente al resto del mundo en su Derecho de familia»—, mucho temo que la crisis se agravará de tal modo que en muy pocos años tal derecho irá por un lado y la realidad familiar española por otro ...El Derecho es instrumento de liberación, de paz y de justicia si se adapta a la sociedad a la que pretende controlar; de opresión y dureza si desconoce el proceso de cambio social. Las tensiones sociales nada ganan al ser ignoradas: más bien se enconan.»

Creo, por el contrario, que el papel de la Sección debe ser el que magistralmente describe así ELÍAS DÍAZ (150): «El Derecho, para su propia efectividad, deberá adecuarse a la realidad social en cambio, no siendo obstáculo para la evolución social, sino al contrario, institucionalizando los cambios sociales. Pero junto a ello, el Derecho podrá asimismo fomentar el cambio: podrá, no sólo actuar después de la sociedad, sino también adelantándose en cierto modo a la sociedad, o al menos, a ciertos grupos o clases de ella, para favorecer e impulsar así los cambios sociales. La legislación puede, en efecto, cumplir esa función transformadora de la sociedad.»

Civil, julio-septiembre de 1972; y mi propio estudio «La derogación del antiguo artículo 321 del Código civil por Ley 31/72, de 22 de julio, y la necesaria reforma del Derecho de familia español», en el mismo *Anuario* y año, págs. 1159 y siguientes.

(149 bis) *Ob. cit.*, pág. 1160.

(150) *Ob. cit.*, págs. 189-190.

Función conservadora de las formas familiares del pasado, función institucionalizadora del cambio social ya acaecido, función novadora, transformadora de la sociedad: tales son las tres opciones básicas de la Sección en la proposición de las inevitables reformas del arcaico articulado de nuestro Código.

Del acierto de la opción derivará la utilidad de la creación de aquélla o su irremediable inoperancia.

Admitiendo, pues, como mínimo la postura reformista, institucionalizadora del cambio social de la condición femenina que creo haber demostrado es agudo, extenso e irreversible en nuestra Patria, la Sección merece toda la ayuda que los juristas—y los ciudadanos todos—puedan prestarle.

Debiera ser formalizada tal ayuda y creados los necesarios contactos entre la Sección y las instituciones todas que de un modo u otro investigan o aplican el Derecho de familia: Academias de Legislación y Jurisprudencia, de Ciencias Morales y Políticas, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Colegios Profesionales, Audiencias y Juzgados.

Deberían realizarse exámenes sociológicos sobre aspectos del Derecho de familia a reformar, especialmente, aplicando los métodos de encuesta indispensables hoy para analizar la realidad social. Merecería la pena concentrar los esfuerzos sobre la realidad y problemática de la marginación social en su relación con la familia—separación de hecho de los esposos, filiación extraconyugal—: el Derecho no puede guardar silencio por más tiempo sobre tales situaciones que son verdaderos desafíos a una política legislativa humanista. Y para legislar es preciso cuantificar y conocer científicamente—no ideológicamente—la realidad social.

No sería demasiado difícil para la Sección conseguir los apoyos adecuados de los organismos de investigación sociológica de la familia: los equipos de investigación sociológica de la Fundación Foessa, realizadores de constantes informes sobre la situación social de España, la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, ciertos investigadores privados, debieran ser consultados por la misma.

Llegado a un cierto grado de elaboración de los correspondientes anteproyectos de reforma ¿podría sustraerse su conocimiento a la opinión pública, jurídica y no jurídica? ¿Pueden elaborarse con acierto leyes que afecten a todos los españoles en sus relaciones más íntimas y personales, sin que se recojan sus sugerencias, sus opiniones?

Creo que llegado tal momento, es preciso la divulgación de las grandes líneas de los anteproyectos reformadores, por los poderosos medios de comunicación de masas, y el conocimiento de la opinión pública, acerca de ellos.

La asignación a la Sección de medios presupuestarios adecuados, la

plena dedicación de algunos de sus miembros a las tareas a ella encomendadas, la creación de una biblioteca especializada en la materia de las Ciencias de la Familia y del Derecho de la familia—no creo haya una sola en toda España—, creo son aspectos importantes del modo o técnica de operar de la misma.

No dudo por un momento que se crearán en el seno de la Sección diversos departamentos o subsecciones, que se distribuirán el abrumador trabajo que sobre ella pesa: la capacidad jurídica de la mujer, casada y no casada, los regímenes económicos-matrimoniales, las formas del matrimonio, la paternidad y filiación, los Derechos civiles especiales... justifican por sí solos la creación de tales equipos especializados.

Es evidente que la misma establecerá un orden de prioridad en los trabajos preparatorios, pues es imposible reformar a la vez todo el Derecho de familia. Parece que la capacidad jurídica de la mujer casada y la filiación—especialmente la extramatrimonial—son instituciones a reformar con verdadera urgencia.

Limitándome al análisis de las reformas en el campo del Derecho común, evidentemente más necesitado de ellas que los Derechos civiles especiales, hay que suprimir, como superado por la conciencia moderna, el deber de obediencia de la mujer al marido, eliminar todas las incapacidades—llámeselas como se quiera—que dimanen para la mujer del matrimonio y que no corresponden a una paralela limitación de capacidad del varón, suprimir la necesidad de la licencia marital para la eficacia de los actos de la mujer.

El hogar se debe regir por el sistema diárquico puro: ambos esposos de común acuerdo, resolverán los problemas familiares, determinarán el domicilio común, establecerán el plan de vida familiar y ejercerán la patria potestad sobre los hijos comunes. No existiría la noción de «jefe de familia» bajo este régimen.

No se me oculta que tal vez las leyes constitucionales españolas habrían de sufrir algo con la supresión de la noción de jefe de familia. Pero si he de ser consecuente, no puedo admitir doctrinalmente que lo sustancial—la regulación de la familia bajo la inspiración del principio diárquico—pueda quedar a merced de lo accidental—al condicionamiento de nuestro ordenamiento constitucional que atribuye funciones políticas concretas al cabeza de familia—. El cambio constitucional que propugno sería mínimo, casi puramente terminológico: otorgar el sufragio familiar a los hombres y mujeres casados, sin hacer referencia a la condición de cabeza de familia de los primeros.

Porque si en Europa sólo el Derecho portugués y el luxemburgués nos siguen en la consagración de la jefatura familiar del varón, haremos un mal papel internacional intentando mantener una institución que ter-

minará siendo desconocida en pocos años en el Derecho comparado del mundo occidental en que queremos integrarnos con plenitud de derechos.

No se me oculta el argumento de los juristas conservadores de todo el mundo cuando resaltan los peligros que para la estabilidad de la familia representa la intromisión del Juez en la necesaria solución de las controversias entre marido y mujer, solución que hasta la fecha se dejaba al buen criterio... del marido. Algún jurista que no parpadea ante la posibilidad de que el marido abuse de su prepotencia jurídica y económica, alega que con tal intervención se limitaría la autonomía de la familia para reglar sus propios asuntos. Humorísticamente, se ha llegado a hablar de un *ménage a trois*: el marido, la mujer y el Juez.

Todo esto temo que encubra ideología conservadora que en el fondo no quiere se introduzcan cambios en la estructura familiar que conoció en el período de la formación de su personalidad y quizá durante la mayor parte de su vida. Porque resulta difícil en el análisis de la realidad familiar, abstraerse de la circunstancia concreta del investigador, de sus prejuicios y de sus tabúes.

Esto no quiere decir que la solución de las controversias familiares deba encomendarse a la jurisdicción ordinaria que conocemos: honesta y competente, pero cargada de trabajo y tal vez poco conocedora de los rudimentos de las Ciencias de la Familia. La creación de una jurisdicción familiar especializada, a imitación de las creadas experimentalmente en Burdeos y Lila, en Francia, creo es una tarea apremiante del actual decenio en España. De la mano, por supuesto, de una reforma a fondo del Derecho de familia.

También sería necesario admitir el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales después de contraído el matrimonio y la modificabilidad de las mismas en este período posnupcial, con lo que quedarían paliados no pocos de los traumas de la separación de los cónyuges y posibilitada la legalización de no pocas separaciones de hecho.

ESPÍN CÁNOVAS (151) no es de mi opinión al afirmar que «el matrimonio, como toda organización humana, necesita una dirección, que en el supuesto de divergencias en el interior del organismo ha de encontrar el medio idóneo para superarlas de forma armónica y eficiente. Partiendo de una diarquía matrimonial, la divergencia puede superarse o bien con un radicalismo diárquico, dando paso inmediato al recurso judicial dirimente, o bien con mayor moderación en el juego diárquico, estableciendo un primer grado decisorio con prevalencia marital y un segundo

(151) *Ob. cit.*, pág. 72.

grado en que definitivamente se confíe a la autoridad judicial la decisión dirimente». Y opta por esta última solución, en aras del bien familiar. En el fondo, acoge todos los argumentos que he expuesto de los juristas conservadores, temeroso de que se rompa la paz del hogar con la fórmula diárquica pura.

Cabe aducir a tales consideraciones, que desde que ESPÍN pronunció su discurso, Francia y Holanda se han unido a la numerosa teoría de países del Oeste—en los del Este no hay cuestión desde hace varios decenios—que han suprimido la jefatura familiar del varón y la misma noción de «jefe de familia» en sus textos legales. Italia ha aprobado, en primera lectura, el texto legislativo de 1 de diciembre de 1971 en que hace otro tanto. Creo que la fórmula de ESPÍN, todavía buena para los años sesenta, queda irremisiblemente anticuada en los años setenta de este siglo, al nivel de la que establecen Luxemburgo y Portugal y por bajo de la fórmula búlgara o albanesa, países de escaso desarrollo socio-económico. Se puede optar por la de ESPÍN, pero habrá que pagar por ella el precio del aislamiento jurídico de España respecto de los restantes países de Europa.

Sin embargo, este autor admite que el principio de equiparación moral de los cónyuges (152), si bien en aras de la unidad de dirección es compatible con la decisión primaria otorgada al marido en el sentido expuesto, no requiere forzosamente que la mayor parte de los actos patrimoniales que realice la mujer tengan que obtener el consentimiento marital a través de la institución de la licencia. La supresión de la licencia marital dotaría al tráfico jurídico de los cónyuges de mayor seguridad jurídica en defensa de los terceros de buena fe, evitando incluso posibles confabulaciones de los cónyuges que promuevan la anulación de contratos otorgados por la mujer casada sin licencia marital.

La fórmula de ESPÍN, sobre establecer una difícil conciliación entre principios inconciliables (jerarquía patriarcal del marido-igualdad de sexos en el matrimonio), resulta una solución de semiigualdad o igualdad condicional para la mujer que presenta pocas diferencias con el actual régimen de decisión incontrolada del marido.

Para que el sistema diárquico imperfecto propuesto por ESPÍN CÁNOVAS pudiera ser una alternativa sustancialmente distinta a la actual de primacía indiscriminada y absoluta del marido, debiera establecerse que la mujer pueda proponer al Juez una solución mejor que la tomada, con carácter ejecutivo, por el marido, sin necesidad de alegar mala fe o abuso del derecho por éste. Sólo los méritos intrínsecos de las posiciones discrepantes del marido y de la mujer inclinarían al juez a declarar

como definitiva la decisión del marido o, por el contrario, revocarla y consagrar la propuesta por la mujer.

Pero si ha de admitirse la posible crítica intrínseca de la decisión del marido, entrando en el tema de la oportunidad y conveniencia de la misma, ¿por qué no suprimir el trámite inútil de la provisional vigencia de dicha decisión y no acudir directamente al Juez en caso de disensión de los cónyuges?

Nótese que con la fórmula de ESPÍN, del marido «jefe de familia», es la mujer la que tiene que impugnar ante el Juez la decisión del marido, mientras que con la fórmula diárquica pura, el veto de la mujer al intento patriarcal del marido de imponer su decisión sin más, hace anti-jurídica la posición del marido que intenta ejecutar su decisión unilateral—antijuridicidad que puede ser incluso constitutiva del delito de coacciones—y obliga a aquél, como en el caso del artículo 1.413 del Código civil actual, a recurrir al Juez si quiere salir del *impasse* en que se halla.

La posición de la mujer como demandada es psicológicamente más conveniente, y quizá fuerce el arreglo más justo del asunto controvertido, lo que será imposible si la mujer sabe que tiene que seguir un proceso, aún sumario, para obtener la revocación de la decisión del marido.

Ello, sin perjuicio de que cupiera articular en la reforma una medidas provisionales, a imagen de las previstas en el Código civil para los procedimientos de separación o nulidad de matrimonio, para aquellos asuntos (educación de los hijos, traslado de domicilio, emigración), que no admitieran la demora ni siquiera del procedimiento sumario que se estableciera al efecto.

Una segunda fase menos urgente en el trabajo de la Sección especial de la Comisión la constituiría la reforma de los regímenes matrimoniales. Tal vez habrá que concederle un lapso de un lustro para desarrollarla, o quizá sea preciso «quemar etapas» y establecer un plazo menor.

No tiene sentido consagrar los artículos 1.336 a 1.380 para regular una institución como la dote, totalmente caída en desuso desde hace quizá un siglo. No creo que ningún jurista deba lamentar la supresión de un vestigio fósil de una familia extensa estamental que no existe desde hace siglos en nuestra patria. Las reformas legislativas del Derecho de familia prescinden de este régimen en desuso o lo prohíben para el futuro.

Ni siquiera la dote obligatoria debe salvarse de esta supresión, pues obedece a una concepción hogareña arcaica de la hija de familia, no muy diferente de la que preveía el extinto artículo 321 del Código civil. La mujer que ha entrado en competencia con el varón y cuya mayor riqueza es la posesión de un puesto de trabajo, no necesita reclamar a su padre

o madre la dote obligatoria que puede con creces conseguir con su «trabajo extrahogareño».

Sólo en aquellos casos en que la mujer viva en la casa de sus padres, trabajando para el pequeño negocio o explotación agrícola familiar, sin percibir salario, debiera arbitrarse—al margen del Derecho de familia y como aplicación del principio que veda el enriquecimiento sin causa—algo semejante al llamado «contrato de trabajo con salario diferido», que tiene vigencia legal en Francia desde hace decenios. Pero en tal caso, idéntica indemnización debe concederse al varón que trabaja: es el enriquecimiento sin causa, no la condición de hembra, lo que justificaría tal indemnización.

Si adoptamos el principio de la par condición del varón y de la mujer, el principio de igualdad de sexos como fundamental para regular las relaciones entre los cónyuges, es obvio que debe desaparecer la regulación de los bienes parafernales, pieza, además, del régimen dotal. No debe privilegiarse a la mujer con relación al marido, y privilegiado es el régimen de los parafernales en el actual Código.

Una regulación de bienes privativos adecuada, que garantizara la igualdad de los esposos y los derechos de los terceros, sería suficiente para sustituir el régimen de los bienes parafernales.

Ello me lleva a la necesidad de propugnar la instauración de un régimen patrimonial primario, aplicable a todos los regímenes con carácter coactivo e inderogable, por constituir la osatura misma de la economía de la familia que el legislador no quiere quede al arbitrio de la voluntad de los esposos (153). La reforma francesa de 1965 dedica un buen número de artículos a delinear este régimen patrimonial primario. Su estudio por la Sección me parece prioritario dentro de la necesaria reforma de los regímenes matrimoniales de bienes.

Se abre paso entre los autores de nuestra Patria la conveniencia de adoptar como régimen legal supletorio el de la separación de bienes con igualación en las ganancias.

Yo creo que es uno de los que deben articularse en la pretendida reforma, pero no que deba establecerse con carácter supletorio de primer grado, en defecto de convenciones matrimoniales.

(153) «La familia, incluso cuando se reduce a los dos esposos, no es sólo una unidad espiritual, sino también una realidad económica y jurídica que, en cierta medida, tiende a ser distinta de la personalidad de sus miembros, aun cuando no constituya una persona jurídica. Cualquiera que sea el régimen matrimonial, esta sociedad conyugal necesita un mínimo de cohesión jurídica y una organización de cargas y de poderes que permitan a los cónyuges subvenir a las necesidades del hogar. Esto es lo que había demostrado el redactor de la Ley en su célebre tesis (J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, These Bordeaux, 1932) (PATARIN y MORIN, *La réforme des régimes matrimoniaux*, cit., tomo I, pág. 155).

Francia lo ha regulado como uno de los que pueden pactarse, pero no como el supletorio, en defecto de contrato matrimonial. Se le achaca el ser demasiado complicado, obligar a los esposos a iniciar la vida matrimonial estableciendo, como buenos contables, un inventario de base de sus respectivos patrimonios, a fin de poderse calcular, al tiempo de la disolución del matrimonio, las ganancias habidas en cada patrimonio; por otra parte, una encuesta notarial ha demostrado la inaplicación práctica del mismo, y que puede ser suplido con ventaja por la presunción de comunidad de las adquisiciones realizadas durante el matrimonio por los esposos (154).

Sin embargo, Alemania lo prefiere a cualquier comunidad legal restringida. «La cualidad principal del régimen de la *Zugewinnsgemeinschaft* es la de ser un régimen simple que reduce al mínimo las complejidades de todo régimen matrimonial. Y esta simplicidad es un honor para los juristas alemanes, considerados con mucha frecuencia como espíritus teóricos» (155).

No cabe duda de que es perfectible tal sistema. Las críticas que pueden argüirse, aparte de lo dicho, son: la insuficiente protección que tal régimen dispensa a los terceros que contratan con los esposos y la insuficiente precisión de la fórmula legal cuando habla de «conjunto de patrimonio» como caso en que la disposición precisa el consentimiento de ambos esposos (156).

Probablemente, por ello, es preferible que la Sección se incline más a reformar drásticamente la sociedad legal de gananciales, en el sentido de democratizar su régimen de administración y disposición, que a establecer como supletorio el de separación de bienes con nivelación de ganancias (157).

(154) FERNÁNDEZ CABALEIRO, *El régimen económico matrimonial legal en Europa*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, 1969, página 149, nota.

(155) LABROUSSE RIOU, *ob. cit.*, pág. 231.

(156) *Id.*, *id.*, págs. 231-232.

(157) DÍEZ PICAZO es favorable a la implantación de la separación con nivelación de ganancias en nuestro Derecho al afirmar: «La gran aporía del sistema de comunidad, tal como nosotros lo venimos concibiendo, estriba precisamente en haber puesto el énfasis en el momento de la titularidad gestión. El avance del papel de la mujer se traduce entonces en formas de cotitularidad y codisposición que no hacen sino agravar los problemas especialmente en los casos en que la avenencia no reina entre los casados. El artículo 1.413, plagado sin duda de buena intención, es una clara prueba de ello. Quizá por esto la fórmula de la «comunicación» o «participación distributiva merezca un serio y detenido estudio en orden a una futura reforma de nuestro Código civil. En el sistema hacia el que se apunta, cónyuge conserva la titularidad y el poder de gestión, no sólo de los bienes aportados, sino de los productos y de los rendimientos de su propio trabajo. La «comunicación» de ganancias es una operación contable que se realiza

Creo que la duración milenaria de la sociedad de gananciales en nuestro Derecho es considerada por la opinión pública como un dato de la naturaleza muy difícil de desarraigar de cuajo.

La opinión de ARANGUREN, fino conocedor de la realidad social del mundo occidental, aun a sabiendas de que no es un jurista ni un sociólogo del Derecho, es un argumento en pro de la solución de la reforma del régimen de gananciales (158).

Pero es que en la práctica en poco difieren el régimen de gananciales democratizado y el de separación con nivelación de ganancias.

Parece justo que el régimen de administración y disposición de bienes y levantamiento de las cargas de la sociedad legal de gananciales sea el pactado por los cónyuges, a salvo siempre aquí y en todo régimen, el régimen primario que se juzgue fundamental para el buen funcionamiento del hogar y la protección de los intereses de los terceros. En su defecto, administración y disposición se confiarán solidariamente a ambos esposos, aunque deberá especificarse aquellos actos que precisarán la voluntad conjunta de los mismos (enajenación de los inmuebles, establecimientos mercantiles, o el conjunto o la mayor parte de los bienes comunes).

La Sección no dejará de establecer las cautelas adecuadas para evitar lo que parece ser el doble escollo que presenta la democratización de la sociedad legal de gananciales: anarquía (si cada esposo «hace lo que le da la gana» en el patrimonio común) o parálisis (si se exige, acto por acto, la intervención de ambos esposos para cualquier negocio de admi-

al disolverse la sociedad» (prólogo a *El régimen económico matrimonial legal...*, de FERNÁNDEZ CABALEIRO, pág. XIII).

ESPÍN CÁNOVAS (*ob. cit.*, págs. 77 y 78) parece hacerse eco de la tendencia del Derecho Comparado hacia la administración separada, dentro del régimen de comunidad.

LACRUZ BERDEJO (*Derecho de Familia*, cit., pág. 617) es también favorable a este régimen al afirmar: «En su conjunto, el régimen llamado de participación en las ganancias o también, más impropriamente, de comunidad *post mortem*, presenta ventajas muy notables (al lado de ciertos inconvenientes): hay quien cree que debiera ser adoptado por el legislador español, acaso en combinación con la supresión de las limitaciones de la capacidad de la mujer casada, y es muy probable que tenga razón, al menos a juzgar por la popularidad que ha adquirido este régimen en poco tiempo en la legislación y en la doctrina extranjera.»

(158) «Entrando ya de lleno en lo jurídico, el régimen de gananciales, que de no pactarse expresamente otra cosa es el que se da por supuesto según la ley española, es superior y no demanda, necesariamente, una interpretación paternalista: la sociedad conyugal es—debe ser—una distribución por partes iguales del trabajo y las ganancias. Los Estados que en Norteamérica conservan este régimen de gananciales o *community property* son los que lo han retenido desde su pertenencia a España y luego a México. El problema del modelo más satisfactorio de contrato conyugal es muy discutido. Asimismo el de una auténtica igualdad de derechos de las mujeres respecto de los hombres. El sexismo lo impregna todo...» (*Erotismo y liberación de la mujer*, cit., pág. 132).

nistración o disposición). Aparte del régimen legal primario, que establecerá una adecuada dotación de facultades a ambos cónyuges, ya sea para actuar separadamente (adquirir bienes duraderos de cierto valor a plazos, evitando el endeudamiento familiar; enajenar el hogar familiar, sea cualquiera el cónyuge que lo adquiera), los principios de la gestión de negocios sin mandato, del enriquecimiento injusto, de la ratificación *a posteriori* de lo hecho por el cónyuge sin previo consentimiento del otro, de la representación aparente, evitarán el perjuicio del tercero que contrató con uno sólo de ellos, cuando se exija la intervención del otro. Por el contrario, debe mantenerse y extenderse a ambos cónyuges la posibilidad del actual párrafo 3.º del artículo 1.413, de que cualquier cónyuge pueda oponerse a los actos del otro que entrañen grave peligro para el patrimonio ganancial, aun cuando en principio pueda realizarlos por sí solo (marido que se opone a que la mujer siga administrando los bienes gananciales por su conducta ligera e irresponsable). La extensión de dicha facultad al marido, parece perfectamente coherente con la paridad de los cónyuges en la administración del patrimonio ganancial.

La regulación de la pura separación de bienes como otro régimen pactable, sería una necesidad imperiosa de la reforma. Y, por supuesto, la novación del régimen de bienes dimanante de las situaciones patológicas del matrimonio, hoy contemplada en el capítulo VI del título destinado al contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio del Código, debe ser armonizada con las nuevas necesidades de la sociedad en cambio. Los convenios de separación amistosa de bienes y personas debieran ser lícitos, regulando los límites estrictos dentro de los que podrían desenvolverse, y siendo sometidos a la homologación del Tribunal Familiar.

Sería preciso regular un Registro de contratos matrimoniales e incapacidades—mejor, limitaciones a la legitimación de uno de los cónyuges o ambos, para realizar actos eficaces respecto de determinados bienes del consorcio—. La no constancia de los pactos nupciales, de sus modificaciones o de dichas limitaciones a la libre disponibilidad de sus bienes en tal Registro, no perjudicaría a terceros que de buena fe contrataran con cualquiera de los cónyuges. Por supuesto que el Registro sería centralizado y se formaría con los partes que todos los funcionarios competentes que—Notarios o Jueces—formalizaran capítulos nupciales o dictaran resoluciones que limitaran la disponibilidad de los cónyuges respecto de los bienes del consorcio, deberían remitir a dicho Registro Central.

El trabajo de la Sección en el tema que me ocupa, es abrumador: eliminar a lo sumo en un quinquenio casi un siglo entero de incuria legislativa, de incumplimiento sistemático de las disposiciones adicionales del Código civil.

Si la reforma del Derecho de familia dependiera sólo de la altura de miras y de la competencia de sus miembros, cabría esperar lo mejor: la articulación de anteproyectos de leyes reformadoras de las diversas instituciones familiares, que pronto pasarían a ser conocidas por las Cortes.

Temo, no obstante, que su esfuerzo pueda embotarse y convertirse en el parto de los montes, ante lo que parece ser un funesto hado que secularmente persigue los esfuerzos reformistas en el seno de la sociedad española. Sin embargo, antes de entrar en la parte final del presente trabajo, quiero dar cuenta de los preceptos de la novísima Ley 1/1973, de 1 de marzo, en la medida que afectan al tema de la capacidad de la mujer casada navarra.

CAPÍTULO XXII

LA COMPILACION DE DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA Y LA CAPACIDAD JURIDICA DE LA MUJER CASADA

La Ley 1/1973, de 1 de marzo, aprueba la Compilación del Derecho civil foral de Navarra. Culmina con ello—dice la Exposición de Motivos de la ley—un largo proceso elaborador del Derecho navarro, que presentó siempre peculiaridades por razón de la llamada Ley paccionada de 16 de agosto de 1841, que exigía el procedimiento del convenio entre el poder central y los órganos representativos de las región navarra (Diputación Foral) para introducir cualquier innovación en la legislación peculiar de la provincia (159).

Interesa, por lo que diré, resaltar ciertas leyes del título preliminar—clara réplica del del Código civil—, junto a las que hacen referencia a la materia objeto de mi estudio.

La Ley 1 contiene una referencia a la tradición jurídica navarra, al

(159) No parecè que sea èste el sentido primigenio de la llamada ley paccionada, ni es fácil conciliar tal interpretación ni con la Constitución política entonces vigente, ni con las posteriores, ni con la Ley Orgánica del Estado. Aun con la supervivencia de los fueros, el régimen jurídico de Navarra es alterado por desaparecer en él la autonomía legislativa al dejar de actuar las Cortes propias y, por tanto, el procedimiento más eficaz de renovación. La Ley de 16 de agosto de 1841, que aunque calificada de «paccionada» es dada unilateralmente por BALDOMERO ESPARTERO, vuelve a reconocer la legislación especial, pero, de acuerdo con el programa constitucional, prevé la formación de Códigos generales para regir en toda la monarquía y dentro de ella, Navarra.

Salvo una autonomía mucho mayor en lo administrativo, el Reino de Navarra aproxima su situación jurídica a la de Aragón, Cataluña y demás territorios denominados «forales» (LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica al Derecho español*, Ediciones Ariel, 1970, pág. 246).

afirmar que «esta Compilación del Derecho privado foral o Fuero Nuevo de Navarra, recoge el vigente Derecho civil del antiguo Reino, conforme a la tradición y a la observancia práctica de sus costumbres, fueros y leyes».

La Ley 2 dispone que en Navarra, la prelación de fuentes de Derecho es la siguiente: Uno. La costumbre. Dos. Las leyes de la presente Compilación. Tres. Los principios generales del Derecho. Cuatro. El Derecho supletorio. La Ley 3, importante para mi análisis, dispone que «la costumbre que no se oponga a la moral o al orden público, aunque sea contra ley, prevalece sobre el Derecho escrito. La costumbre local tiene preferencia respecto a la general. La costumbre que no sea notoria deberá ser alegada y probada ante los Tribunales».

También deben ser tenidas en cuenta las Leyes 4 (principios generales de Derecho navarro), 6 (papel del Código civil y leyes generales de España como Derecho supletorio de la Compilación), 7 (prevalencia de la voluntad sobre cualquier fuente de Derecho), 8 (alcance de la libertad civil).

El Libro Primero de la Compilación lleva la rúbrica de las personas y de la familia. El título IV se destina a la capacidad de los cónyuges. La Ley 53 establece un principio general de que el marido es el representante y administrador de la sociedad conyugal en los términos establecidos en la Compilación. La mujer puede, por sí sola, disponer y obligar los bienes de la sociedad conyugal para atender las necesidades ordinarias de la familia encomendados a su cuidado, conforme al uso del lugar y las circunstancias y posición de la familia. La 54, párrafo 2.º, afirma que la mujer conserva la representación y administración de sus bienes propios que no tengan la consideración de dote o arras, salvo que haya delegado la administración en el marido, delegación que es siempre revocable, salvo que haya sido pactada en capitulaciones matrimoniales. La 53 permite disponer a la mujer de sus bienes privativos con licencia del marido. La 57 establece un elenco de actos que puede realizar la mujer casada sin licencia marital, entre ellos, aceptar atribuciones a título gratuito, pero sin que las cargas de los mismos afecten a los bienes de la sociedad conyugal.

Dicha ley afirma, en su párrafo 2.º, que en todo caso, la mujer, sin licencia de su marido, puede realizar los actos para los que esté facultada por el régimen de bienes que se haya establecido. La licencia, según la Ley 58, puede ser suplida por habilitación judicial en todos los actos para los que se precise aquélla.

La 78 admite el otorgamiento de capitulaciones antes o después de la celebración de las nupcias. La 80, que las capitulaciones podrán es-

tablecer libremente cualquier régimen de bienes de la familia. La 81, que pueden ser modificadas en cualquier tiempo.

La 82, enclavada en el título IX (Del régimen de bienes del matrimonio), y su capítulo I afirma ser régimen legal supletorio el de conquistas. En dicho régimen, y salvo pacto en contrario, la administración de los bienes de conquista corresponde al marido (Ley 86). La 87, que la disposición a título oneroso por actos *inter vivos* corresponde al marido, pero éste no puede enajenar ni gravar los bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales y sus elementos esenciales, sin consentimiento de la mujer, pero pudiendo ser suplido tal consentimiento por el Juez; la disposición a título gratuito corresponde a ambos cónyuges conjuntamente, salvo donaciones moderadas para piedad o beneficencia.

El capítulo II de dicho título se destina a la sociedad familiar de conquistas. El III a la comunidad universal de bienes. Y el IV a la separación de bienes. La Ley 103 admite que los cónyuges pueden pactar el régimen de separación de bienes en capitulaciones otorgadas antes o después del matrimonio. Este régimen reconoce a cada cónyuge la propiedad, disfrute, administración y disposición por sí solo de sus bienes propios, y le atribuye la responsabilidad exclusiva de las obligaciones por él contraídas. Las cargas del matrimonio se levantarán por ambos cónyuges en función a lo pactado, y en defecto, en proporción a los bienes de uno y otro.

La pureza de líneas de este régimen queda gravemente menoscabado por la presunción de copropiedad de marido y mujer sobre aquellos bienes muebles cuya pertenencia privativa no conste.

La crítica del régimen navarro de la capacidad de la mujer casada se presta a consideraciones que conviene clasificar y estudiar separadamente:

1) ¿Se aplica en Navarra el título IV del libro I del Código? Parece que el mandato del Código—(art. 12, 1)—es imperativo y debe tener vigencia, por tanto, dicho título en Navarra. Pero no cabe duda que muchos de sus preceptos (arts. 59 a 65, sigularmente) quedan sustituidos por los de la Compilación, que establecen un sistema de capacidad patrimonial de la mujer casada diverso al del Código, como expuse al analizar el resto de las Compilaciones de Derecho civil especial.

2) Puesto y significación de los artículos 56 a 58 del Código civil en el ordenamiento foral navarro: No creo que tales preceptos deban considerarse supletorios del ordenamiento foral navarro, que ciertamente no regula la materia a que los mismos se refieren. El carácter supletorio implicaría que sólo se aplicarían en defecto de ley, costumbre, principios generales del ordenamiento foral navarro y aplicación analógica de otros

preceptos (Leyes 2 a 6), sin poder aplicarse a supuestos distintos de los expresamente previstos.

Deben considerarse como preceptos directamente aplicables a Navarra en virtud del mandato directo del Código civil.

Ahora bien, en cuanto los artículos 57 y 58, consagran la potestad marital, deben ser interpretados conforme a la Exposición de Motivos de la Ley de 24 de abril de 1958, y consiguientemente, como una regla jurídica, y no como un principio general de Derecho, por las razones que expuse. Ello, máxime cuanto que la Ley 17 de la Compilación reconoce que los derechos pueden ejercitarse libremente sin más limitaciones que las exigidas por su naturaleza, *la buena fe, las rectas costumbres* y el uso inocuo de otras personas... Creo que esta delimitación del ejercicio de los derechos es preferentemente aplicable a la institución general de la potestad marital, implantada por el Código civil en Navarra, en sustitución de la Ley del Matrimonio Civil de 1870, de vigencia general en toda España.

Pensar que la potestad marital aún procedente del Derecho común, puede sustraerse al funcionamiento de los principios generales del Derecho navarro, entre los que figura el de la libertad civil (Ley 8) y el que establece la Ley 7 (*paramiento fuero vienze*), resulta ilusorio. Por tanto, en la práctica, la potestad marital en Derecho navarro debe considerarse esencialmente limitada por el juego de los principios generales del Derecho navarro y los del Derecho civil común, última clave de la bóveda del edificio institucional español.

Ello nos lleva al tema crucial: 3) ¿Puede ser derogada la potestad marital en Navarra?

Por dos vías puede tener lugar la inaplicación de la potestad marital en su aspecto personal en Navarra: en virtud de derogación singular e individualizada, por pacto entre los esposos y por costumbre contra *legem*.

a) ¿Cabe pactar en contra de la potestad marital y establecer convencionalmente en Navarra el régimen de diarquía pura en el manejo de los asuntos del hogar, fijación de residencia, supresión de todo control de la mujer casada por el marido, etc.?

Prescindiendo de momento de la admisibilidad o no del pacto, estudiaré aquí lo relativo a su forma. ¿Es preceptiva la forma que para las capitulaciones matrimoniales establece la Ley 79 (escritura pública)?

Por supuesto, nada se opone a que tales pactos consten en capitulaciones matrimoniales: es más, es lógico que cuando se pacte separación de bienes, se establezca una lógica regulación cautelosa de las relaciones personales dimanantes de la unión (mujer profesional que debe despla-

zarse con frecuencia del domicilio conyugal e incluso tener una residencia separada del marido para fines profesionales).

Sin embargo, las capitulaciones matrimoniales tienen por objeto primordial regular cualquier régimen de bienes de la familia (Ley 80): tienen un típico alcance patrimonial.

Exigir que tales pactos acerca de la potestad marital consten en capitulaciones matrimoniales con el rigor formal que las caracteriza (Ley 79), parece excesivo y contrario a la libertad de forma de las declaraciones de voluntad (Ley 18).

¿Son válidos tales pactos?

En Derecho común es evidente el carácter de orden público de la potestad marital, por muy irracional y arcaico que pueda parecer el contenido concreto de la misma a la luz del cambio social de nuestros días. La autonomía de la voluntad choca contra el obstáculo del principio de orden público (arts. 4 y 1.255 C. c.). Aunque cabría distinguir tal vez la derogación pura y simple de la potestad marital en el aspecto personal y consiguiente establecimiento de una regulación diárquica de los asuntos conyugales y familiares, y el establecimiento de ciertas modalidades del ejercicio de la potestad marital, que no serían sino concreciones del principio general de Derecho que limita el ejercicio de todos los derechos subjetivos.

Tales principios, como antes indiqué, no han sido creados, sino meramente reconocidos por la Ley de 22 de julio de 1961, que ha querido aplicar a un caso particular (negativa injusta del marido a otorgar la licencia para el ejercicio de una profesión o la prestación de un servicio laboral por la mujer) la prohibición general, ínsita en todos los derechos subjetivos de ejercitar un derecho con mala fe o con abuso de derecho.

Que los cónyuges navarros puedan pactar contra la potestad marital choca, aparentemente, con el orden público y la moral: no veo cómo pueda entenderse el pacto en perjuicio de tercero ni mucho menos contrario a un precepto de la Compilación que lo sancione con la nulidad.

Pero aplicar la clara teoría de los artículos 4.º y 1.255 al pacto de referencia, choca con el criterio liberal de las Leyes 7 y 8 de la Compilación.

Cierto que la primera de tales leyes establece como limitación a la libertad de pactar todo lo divino y humano, el orden público. Pero sigo opinando que si la misma puede tener algún sentido en materia de Derecho de familia, debe lógicamente ensanchar el ámbito de la autonomía de la voluntad, clave de un principio no reconocido en el Código, pero que se intuye en la Compilación: el de la autarquía de la familia navarra, que puede regular por sí misma seus propios asuntos, con arreglo al principio de la unidad de la casa y de sus explotaciones agrícolas

(Ley 75), establecer cualquier régimen de bienes (Ley 80), pactar capitulaciones matrimoniales en cualquier tiempo (Ley 78) y modificarlas (Ley 81), constituir sociedad familiar de conquistas (Ley 92), crear comunidades familiares de bienes (Ley 128), acoger en casa a alguna persona a cambio de trabajar en la casa (Ley 131), resolver las cuestiones familiares por la intervención de los parientes mayores (Ley 137), instituir heredero por medio de donación universal de bienes (Ley 150), delegar en fiduciarios comisarios o en herederos de confianza la facultad de disponer u ordenar la herencia u otorgar poder *post mortem* (Ley 151), establecer, modificar, extinguir o renunciar derechos de sucesión *mortis causa* por medio de pacto (Ley 172)... Nos hallamos en un mundo jurídico ajeno por completo al del Código civil, donde cabe perfectamente estructurar por pacto en el ámbito patrimonial y en parte en el personal, una familia extensa o patriarcal. Resulta absurdo que en lo patrimonial podamos regirnos por formas comunitarias casi colectivistas, características de la familia extensa y en lo personal, necesariamente debamos adoptar el modelo de familia individualista patriarcal que establece el Código civil, y que no constituye, como creo haber demostrado hasta la saciedad, un modelo sociológico para la familia del presente.

La libertad civil, si tiene sentido proclamarla en una ley dictada en un proceso de cambio familiar que agita a Navarra, parte minúscula de Occidente, debe comportar restringir al máximo la noción de orden público en aras de la libertad de pacto.

Si la libertad civil navarra quiere decir algo distinto de la consagración del principio general de la autonomía de la voluntad en el Código civil, se deben minimizar los límites que la atenazan. De otro modo, hubiera sido ocioso formularla (160).

Creo que el legislador ha dado cauce con dicha ley, por motivos fácilmente comprensibles, a las aspiraciones de una región en el sentido que—con evidente exageración—apuntaba GANIVET en el *Idearium Español*: a condensar todos los fueros y todas las leyes en un breve fuero

(160) VALLET DE GOYTISOLO recuerda que «para que sean preservadas estas características de intensidad, de profundidad—que la hace interdependiente de las generaciones pretéritas y de las futuras—y de extensión—que hace recíprocamente complementarias las familias—se requiere que sea mantenida la independencia de la familia respecto de los entes políticos mayores y en especial del Estado. A esta necesidad responde la denominada libertad civil o reconocimiento por parte del Estado de la soberanía que es inherente al individuo y a la familia en el círculo de sus relaciones privadas». Y cita a JOAQUÍN COSTA: «donde el Estado—afirmaba éste—impone a las familias una forma determinada de constitución, de régimen autónomo de sucesión testada e intestada, las familias carecen de autoridad y de iniciativa, obran movidas por ajeno impulso, no son seres vivos» (*Algo sobre temas de hoy*, Speiro, S. A., Madrid, 1973, pág. 233).

que dijera, «este español está autorizado para hacer lo que le dé la gana».

DÍEZ PICAZO (161) entiende por orden público «la íntima y radical conexión de los principios informadores de una determinada institución jurídica con los principios fundamentales de organización de la comunidad. El orden público tiene en el Derecho de familia una gran relevancia por ser la familia institución fundamental de la sociedad y ser principios esenciales de nuestra organización jurídica reconocidos como tales en nuestras leyes constitucionales los de unidad e indisolubilidad del matrimonio, autoridad y jerarquía familiar, función tuitiva del padre de familia, etc. El orden público limita la autonomía privada». Y entiende que son características sustanciales del negocio jurídico familiar «la existencia de subordinación y de autoridad dentro de las relaciones familiares (potestad marital, paterna, tutelar). Esta distinta posición de los sujetos dentro de la relación impide que pueda existir, por lo general entre ellos, pacto acuerdo o estipulación».

Creo que la argumentación de DÍEZ PICAZO—siempre tan perspicaz—debe matizarse adecuadamente, y él mismo así lo hace. En primer término, en ninguna parte de nuestras leyes constitucionales veo consagradas las potestades familiares.

En ellas se hace una referencia a la familia como célula primaria y fundamento de la sociedad, y se declara al matrimonio uno e indisoluble. Pero la familia puede estar articulada con arreglo al principio jerárquico de la supremacía del varón o diárquico del común consenso del marido y la mujer.

Por otra parte, el artículo 3.º del Fuero de los Españoles reconoce la igualdad de todos los españoles ante la ley, con lo que implícitamente equipara a ambos sexos ante la misma.

Los miembros de la familia pueden pactar entre sí con carácter de generalidad: los pactos entre los miembros de la familia no sólo son lícitos, sino que el Derecho civil establece determinadas cautelas para evitar el abuso de la posición de uno de ellos sobre los otros.

La noción de orden público en el Derecho común no puede sin más trasplantarse a un ordenamiento como el navarro, que quiere mantener el hecho diferencial del «entramado de una honda y arraigada estructura social, que lo mismo es reflejada por JOAQUÍN COSTA o por los autores catalanes, que mostrada en las legislaciones de estas regiones, de Vizcaya y de Navarra» (162).

No niego son de orden público las recíprocas obligaciones de los

(161) «El negocio jurídico de Derecho de Familia», publicación de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1952, págs. 11 y 12.

(162) Algo sobre temas de hoy, cit., *La libertad civil en el Derecho*, pág. 99.

cónyuges previstas en el artículo 56, que no hacen sino transcribir en mandatos legales algunos de los fines esenciales del matrimonio, sustraídos en todo el mundo civilizado, en tanto dura el matrimonio, a la voluntad de las partes. Pero no parece que tengan igual trascendencia, ni igual fundamento los artículos 57 y 58 que consagran la potestad marital.

Anteriormente puse de relieve la debilidad de las razones que el legislador de 24 de abril de 1958 aducía en apoyo de tal potestad. Claro es que la equivocación filosófica de tales pretendidas razones no equivale a la derogación tácita, sin más, de los preceptos que la consagran.

Pues bien, los preceptos que consagran tal potestad llegan al Derecho navarro siguiendo una vía que a pocos civilistas de esta región puede gustar: como réplicas casi exactas de los de la Ley del Matrimonio Civil de 1870, que quisieron tener alcance general en España y que introdujeron variaciones en la concepción tradicional de la familia navarra que desconocía tales nociones, dimanantes directamente del *Code* civil francés.

Si en la tradición foral navarra no encontramos nada que ni de cerca ni de lejos equivalga a los principios contenidos en los artículos 57 y 58 del Código, de inspiración extranjera, es evidente que en el seno de aquella tradición sí encontramos el de libertad civil, consagrado en la Ley 8.^a Conforme a ésta, debe ser lícito repristinar la tradicional libertad de la mujer casada navarra y suprimir los discriminaciones contenidas en los tan repetidos preceptos del Código civil.

No olvidemos que para interpretar las disposiciones de la Compilación debe traerse a colación la tradición jurídica navarra, que tiene rango preferente para la interpretación e integración de las leyes de la Compilación (Ley 1.^a). Y aunque los discutidos preceptos del Código es evidente que no forman parte de la Compilación, tampoco pueden desconocer la abrumadora tradición de la libertad civil y la posición personal de la mujer navarra en la legislación anterior a 1870. Pactar contra la potestad marital en Navarra es tanto como volver a los tiempos anteriores a la uniformidad legislativa del siglo XIX, meta de muchos nostálgicos de la región. Curiosamente, la familia igualitaria así dibujada sería a la vez tradicional y plenamente moderna, y la libertad civil permitiría delinear una familia extensa—esto último en el ámbito patrimonial—o una familia conyugal nuclear, igualitaria y democrática, a voluntad de los contrayentes (163).

(163) Ello aunque VALLET DE GOYTISOLO parece ser más bien partidario de la familia extensa, enraizada en el suelo, vínculo de unión de las generaciones pasadas y de las presentes, y recuerda la opinión de GIL MORENO DE MORA: «El reducir la familia al solo núcleo de padres e hijos inicia la descomposición social, pues una familia aislada se encuentra pronto falta de complementariedad imprescindible en la vida de hoy. Tiene que recurrir a reclamarla de un ente superior. Por desgracia, el único ente capaz de proporcionarle hoy un minimum de comple-

Lo esencial es mantener las obligaciones que para los cónyuges establece el artículo 56: fuera de ello, debe admitirse la posibilidad de pacto en contrario.

b) ¿Cabe la costumbre contra *legem* derogatoria de la potestad marital? La Ley 3 reconoce la licitud de la costumbre contra *legem*, contra la conocida doctrina del artículo 5.º del Código civil. La posibilidad de que caiga en desuso en Navarra la potestad marital o abiertamente los cónyuges—sobre todo los de las generaciones jóvenes—vivan en contradicción absoluta con la obligación que establece el artículo 57 del Código civil, no sólo no puede desconocerse, sino que es muy posible que se plantee en muy pocos años. No parece que la Sociología de la familia descubra peculiares pautas de arcaísmo familiar en dicha región y sí de modernización similares a los de las restantes regiones españolas. El vivo proceso de desarrollo socioeconómico en que se halla inmersa la región no puede sufrir a la larga un retraso en las pautas de conducta familiares.

Como en el caso anterior, estudiaré primero las formas de dicha posible costumbre contraria a lo preceptuado por el Código civil, para luego examinar la posibilidad de aplicación de la misma.

El primer problema que en tema de Sociología jurídica cabría plantear es la extremada variación de situaciones a que pueda dar lugar la aplicación de los repetidos preceptos del Código civil. De tales situaciones de-

mentariedad es el Estado. Y así, la familia aislada no tiene más remedio que entregarse en manos del Estado desde el momento que deja de estar conectada en la familia de familias.»

Por supuesto que tal familia extensa existe en la sociedad española actual. Me abstengo de valorar su influjo, deseable o indeseable, en la estructura y funciones de la sociedad española. Me remito al estudio de CARLOS MOYA VALGAÑÓN, «Las élites económicas y el desarrollo español», contenido en el libro colectivo *La España de los años 70*, antes citado, págs. 541-542: «Los intercambios matrimoniales, estrechando en términos estamentales las relaciones de clases, son uno de los mecanismos básicos para la formación y reproducción de la Aristocracia Financiera. La familia extensa—como «familia numerosa» en hijos y como extensa red parental de corte tradicional—es el supuesto social básico para esa dinámica de concentración de poder financiero industrial, cuyas redes de consejeros comunes, emparentados y amigos, cumplen a la vez una típica función estamental de mantenimiento de las familias en su aristocrático *status*—estratégicamente abierto para las grandes carreras individuales—. La familia extensa siempre surge espontáneamente, incluso en el sistema capitalista, cuando se trata de vincular recíprocamente familia y propiedad (KONG).

En la sociedad española la familia extensa no ha vuelto a aparecer a partir de cierto nivel de acumulación económica, como un mecanismo social que asegure la formación y perpetuación de cierto patriciado capitalista. Más bien el desarrollo capitalista español se ha apoyado desde sus inicios en tales familias extensas, cuya estrategia social aristocratizante sería decisiva para la reestructuración postestamental de la tradicional clase dominante...» «Familia extensa y endogamia postestamental son pautas claves en la estrategia social de la Aristocracia Financiera española.»

biera tenerse conocimiento, para hablar con propiedad, por medio de encuestas que muestrearan la región navarra de un modo representativo. ¿Cómo se vive en los hogares navarros: de un modo patriarcal autoritario o de forma democrática?

A mayor nivel de ingresos, de educación y, en general, de *status* socioeconómico, el Informe Foessa afirma que aumenta el grado de decisiones tomadas en común por ambos cónyuges. Ello, de ser aplicable a Navarra —y no veo yo por qué no tenga que serlo—, llevaría a una pauta clasista lamentable, pero existente. *Grosso modo* podría enunciarse así: las familias modernas, de elevado *status* socioeconómico y jóvenes, se rigen democráticamente y derogan en la práctica el deber de la obediencia de la esposa hacia el esposo. Las familias de clase media quizá mantienen una postura ambigua: en la práctica funcionan como las de clase alta, pero mantienen el principio de jerarquía residual del varón sobre la mujer. Sólo las de inferior *status*, quizá los emigrantes recién acomodados en Navarra, y las campesinas o de mayor edad, mantienen obstinadamente la pauta tradicional de la jerarquía del varón en el matrimonio. Es evidente que estadísticamente hablando, la abrumadora mayoría de las familias de la región pertenecen a este último *status*.

Como es natural, un Derecho que quiera fundarse en los principios modernos igualitarios, no puede compartimentar el estatuto personal de los ciudadanos en función de su pertenencia a una clase socioeconómica: ello sería volver al Derecho de la sociedad estamental, que quedó arrumbada definitivamente por la Constitución gaditana de 1812.

Creo, por tanto, que sólo la praxis de la región navarra permitirá el establecimiento de una costumbre que sea general o local y que derogue los preceptos del Código que consagran la potestad marital. Esta praxis tenderá a establecer tal costumbre igualitaria, democrática, consagrada de la diarquía como forma de funcionamiento del matrimonio y la familia. El desarrollo económico, la extensión de la educación a todos los navarros, varones y hembras, el trabajo de la mujer y su sustancial aportación económica al levantamiento de las cargas de la familia, militan en pro de la extensión de las costumbres democráticas de las familias de la clase alta y media a las familias proletarias.

Es previsible también que las costumbres contra *legem* se instaure primero en las grandes ciudades y villas de tipo medio de la región, extendiéndose muy al final de su evolución a las familias campesinas enclavadas en perdidas aldeas pirenaicas.

La posibilidad práctica de tal costumbre creo que queda suficientemente estudiada con estas notas. Ahora bien: ¿sería contraria a la moral o al orden público?

No veo por ninguna parte que la pauta diárquica de la conducta de los cónyuges en el matrimonio sea contraria la moral.

Si por moral entendemos la ley natural participada por medio de la conciencia al hombre, es evidente que no es inmoral que el matrimonio se rija por el principio diárquico y no por la autoridad marital. Antes examiné la noción de «naturaleza» en la exposición de la Ley de 24 de abril de 1958, y a este examen me remito.

Si entendemos por moral, la cristiana, creo que asimismo las consideraciones que antes hice acerca de la noción «religión» en la misma ley pueden reproducirse aquí (164).

Queda una tercera vía posible de noción de moral: lo que el Código civil llama «buenas costumbres», el uso social recto que repugna aberraciones o actos que lo ofendan. Pero dicha noción es esencialmente negativa: no pretende imponer normas positivas, sino sólo se rebela contra los atentados a un estado de conciencia determinado. Y tal uso social es esencialmente evolutivo, sometido a la pauta del cambio social: lo que es contrario a las buenas costumbres de la civilización A, no lo es a las de la B, y lo que es honesto ahora es deshonesto luego y viceversa.

No creo que sea contrario a las buenas costumbres que el matrimonio navarro funcione sin potestad marital, por el mutuo consenso de los cónyuges. La costumbre que tal cosa introdujere no podía, en modo alguno, considerarse atentatoria a la conciencia regional, ni a los principios generales del Derecho navarro, entre los que no se encuentra la potestad marital como antes afirmé.

Tampoco la noción de «orden público» debe detenerme en el análisis de la posible costumbre contra los artículos 57 y 58. A los argumentos que antes aduje respecto del posible pacto en contrario, habría que añadir uno lógico: si admitimos que el uso individual de la familia navarra

(164) ARANGUREN, en su *Ética* (Revista de Occidente, S. A., Madrid, 1972, páginas 436-437), reconoce la existencia en el ámbito de la cultura occidental de dos morales diferentes: una protestante—secularizada—y otra católica latina. La segunda continúa teniendo una raíz religiosa, y por eso tienen dentro de ella un valor central la virginidad, la indisolubilidad conyugal y la procreación. Por el contrario, la moral protestante secularizada considera todas las relaciones humanas desde el punto de vista de una ética de la lealtad y de la palabra dada, y desde el punto de vista de la justicia.

En su novísimo libro *Moralidades de hoy y de mañana* (Taurus Ediciones, Sociedad Anónima, Madrid, 1975, págs. 164-165) destaca «el hecho empírico de la pluralidad irreductible de códigos morales en los distintos grupos socioculturales. En la sociedad contemporánea es característico el pluralismo simultáneo de códigos dentro de la misma sociedad global...» «La sociedad global no puede trascender su horizonte cultural, pero una minoría inconformista, discrepante, crítica, sí, y su esfuerzo tenderá a la ruptura del monolitismo de la "sociedad cerrada" en que vive y a producir en ella, como meta, el cambio social y por de pronto la pluralidad, el pluralismo.»

derogue, por medio del correspondiente convenio, la potestad marital, con mayor razón habremos de admitir la costumbre general o local.

Pero es que conviene traer aquí a colación un argumento derivado de la Exposición de Motivos de la ley que promulga la Compilación. «Hay que tener en cuenta, por lo demás, que las mismas leyes de esta Compilación, *como todas las leyes vigentes en Navarra*, tienen normalmente carácter dispositivo (Ley 8), ya que el primer principio y fundamento de todo el Derecho Navarro es la primacía de la voluntad privada, como se expresa en la antigua regla «paramiento fuero vienze» (Ley 7). El orden público debe limitarse al mínimo indispensable para el recto funcionamiento de la institución familiar: obviamente, el precepto del artículo 56 del Código.

Otra cuestión aparte es la prueba de la costumbre que pueda introducirse, en el sentido antes expresado, y que regularmente deberá ser alegada y probada ante los Tribunales (Ley 3, *in fine*), porque tardará en ser notoria a los mismos ante los que se discuta su procedencia.

4) Capacidad patrimonial de la mujer casada navarra: El título IV del libro I ha querido establecer una normación paralela a la del Código en los artículos 59 a 66. Por ello éste, sólo como Derecho supletorio, en defecto de tradición jurídica navarra autóctona, tendrá aplicación, pues toda la materia está, en primer término, regulada por la Compilación.

La Ley 53, al establecer que el marido es el representante y administrador de la sociedad conyugal, parece en principio adoptar la postura del Código en sus artículos 59 y 1.412 en su primer inciso.

Pero es más claro que dichos preceptos generales al remitirse inmediatamente a la regulación de la Compilación vienen a quedar reducidos a una remisión a los diversos regímenes conyugales, que pueden aumentar o disminuir la capacidad—o mejor dicho la legitimación—de la mujer casada y del varón casado, por supuesto.

Será, pues, éste administrador y representante de la sociedad conyugal cuando no se hubiere pactado régimen alguno, en cuyo caso rige el de la sociedad conyugal de conquistas (Ley 82), o cuando tuviere vigencia la comunidad universal de bienes y no se hubiere pactado otra cosa (Ley 101). En todos estos casos, y salvo pacto en contrario, la administración de los bienes de conquista corresponden al marido (Ley 86). Claro que tal pacto contrario puede tener lugar en cualquier momento (Ley 78 y 81), y no creo que sean de tener en cuenta las dudas y escrúpulos que el artículo 1.316 del Código permite abrigar (depresión de la autoridad del marido en el matrimonio), ya que está bastante claro que el régimen de la libertad civil navarra permite pactar el régimen diárquico puro en la administración de los bienes conquistados.

La mujer, aun en tal régimen, conserva la representación y adminis-

tración de sus bienes propios, que no tengan la consideración de dote o arras, salvo que haya delegado la administración en el marido, delegación que será siempre revocable, a no ser que hubiese sido pactada en capitulaciones matrimoniales.

Creo que la misma libertad civil debe permitir: a) hacer participar a la mujer en la administración de la dote o de las arras. Es evidente que la regulación de la dote que establece la Ley 121 es supletoria, y cabe pacto en tal sentido. Lo mismo permite la Ley 125 al hablar de las arras. b) Establecer la cesión de la administración de la dote o arras del marido en ciertos casos, previstos expresamente, por el mismo motivo. c) Modificar el pacto que atribuye la administración de los restantes bienes de la mujer al marido, siempre que se emplee la forma prevista para las capitulaciones matrimoniales, forma que es *ad solemnitatem* (Ley 18, párrafo 3.º). Porque es absurdo el contraste entre la regulación dispositiva general de la Compilación, extremo confirmado en el análisis de la dote y arras, y el carácter imperativo de la entrega de la administración de los bienes de la mujer al marido en capitulaciones matrimoniales, que parecería deducirse del tenor de la Compilación. Es correcto que para derogar este pacto deban modificarse las capitulaciones y utilizar la forma *ad solemnitatem* que la Compilación establece: disparatado que quepa modificar todo lo pactado en capitulaciones, excepto la entrega de la administración de sus bienes por la mujer al marido.

Tal facultad de administrar la mujer debe implicar la facultad de obligarse, siempre que tales obligaciones se contraigan en el ámbito de una administración ordinaria.

Si exceden de tal ámbito, será preciso la licencia del marido, por aplicación, en último extremo, del Código civil (art. 60), a menos que se haya pactado lo contrario en capitulaciones matrimoniales, lo que sería tanto como introducir un régimen diárquico tácito en este punto.

Lo mismo puede decirse de la disposición por la mujer de sus bienes propios (Ley 55): el pacto de la libre disposición de los bienes privativos de la mujer por ésta, sólo puede equivaler a la separación de bienes tácita, pero en este caso, debe aplicarse la cautela del último inciso del primer párrafo de la Ley 103; la mujer, disponiendo sin licencia del marido de sus bienes, no puede obligar ni comprometer los bienes del marido ni los de la sociedad conyugal.

La mujer casada, aparte de lo dicho, puede obligar los bienes de la sociedad conyugal para atender las necesidades ordinarias de la familia, sin necesidad de la licencia del marido (Ley 53, párrafo 2.º), y realizar los actos previstos en la Ley 57, que ensanchan notablemente el ámbito de los angostos preceptos de los artículos 60 a 62 del Código.

Es muy importante el último inciso de la Ley 57 al afirmar un prin-

cipio general que no vacilo en considerar como una aplicación de la libertad civil al ámbito de los regímenes económicos patrimoniales: «en todo caso, la mujer, sin licencia del marido, puede realizar los actos para los que está facultada por el régimen de bienes que se haya establecido». Tal principio permite, sin esfuerzo ninguno, con las variaciones adecuadas, transportar al Derecho navarro todas las consideraciones progresistas que para el común han hecho DE LA CÁMARA, DE CASTRO, VALLET DE GOYTISOLO y otros autores.

En el régimen de conquistas, el artículo 86 establece una regulación de la enajenación de bienes conquistados mucho más perfecta que la del Código, aunque inspirada sustancialmente en la Reforma de 24 de abril de 1958.

Por último, es claro que en régimen de separación de bienes la mujer casada tiene la propiedad, disfrute, administración y disposición *por sí* sola de sus bienes propios, salvo pacto en contrario (Ley 103). La innecesariedad de licencia, aparte de las palabras subrayadas, debe deducirse de las Leyes 54 y 55, apartado *d*). La primera ya la he estudiado arriba; la segunda remite en cuanto a la disposición de los bienes propios por la mujer, sin necesidad de licencia marital, a la Ley 103.

5) Consideraciones críticas de la Compilación navarra en orden a la capacidad de la mujer casada: No puede menos de ser favorable el balance que en orden a la promoción jurídica y económica de la mujer navarra presenta la Compilación. Creo que la misma puede aplicarse, además, a los casos en que la mujer casada pretenda ejercer el comercio o una profesión o empleo retribuido y se haya pactado en capitulaciones matrimoniales la separación de bienes.

Si la mujer navarra puede administrar y disponer de sus bienes libremente porque se ha pactado separación en el matrimonio, y no necesita licencia del marido para los actos de su peculiar estatuto civil, es evidente que no la necesitará para concertar la prestación de sus servicios laborales o profesionales, ni para todas las incidencias que de los mismos deriven. Se halla en la misma posición que la mujer catalana o balear en régimen de separación. Sería absurdo que se pretendiera que la mujer necesita licencia para el ejercicio de tales actividades, cuando con carácter general no lo exige el régimen de bienes que ha pactado.

Cuestión aparte, pero que debe resolverse en el mismo sentido, es la aplicación de tal libertad civil de la mujer navarra en régimen de separación de bienes al ejercicio por ella del comercio, cuando la propia Compilación establece como cautela, que sólo responderán de sus obligaciones, sus bienes. En este punto, la Compilación está en armonía con el Código de Comercio (arts. 11 y 12) y *mutatis mutandis*, deben aplicarse los preceptos combinados de uno y otro, en el sentido de ser inne-

cesaria la licencia marital para el ejercicio del comercio por la mujer casada en régimen de separación de bienes.

Sin embargo, el juicio favorable en su conjunto de los preceptos de la Compilación y de sus principios generales de libertad civil y autonomía amplísima, casi omnimoda de la voluntad privada, que permiten configurar del modo más conveniente a las modernas corrientes sociológicas la familia conyugal, quiebra radicalmente al examinar la arcaica, inadmisible regulación de la patria potestad (título V de la Compilación). Parece que late en el fondo una inconfesable nostalgia por la agnaticia patria potestad romana, como puede apreciarse en la obligación de dotar que incumbe al abuelo respecto a la nieta en defecto del padre (Ley 120) y en la definición—absolutamente innecesaria en una ley civil—que de la misma da la 103: «es el poder de fijar y señalar el domicilio de una familia, regir las personas que la integran o conviven en la casa, así como mantener y defender el patrimonio de la familia y el nombre de la casa».

El arcaísmo del precepto no puede ser mayor. La fijación del domicilio compete al jefe de la familia, independientemente que tenga hijos que permitan hablar de patria potestad. Si no los tiene y es casado, será asunto suyo—de acuerdo con el artículo 58 del Código—fijarlo, aunque no creo que deba, a la vista de este incorrecto precepto, desdecirme de lo que dije acerca del pacto en contra de dicho precepto en Derecho navarro. Si los tiene, en cuanto jefe de familia y no titular de la patria potestad, fijará el domicilio de la familia. La patria potestad obliga al padre o madre a mantener a los hijos en su compañía (art. 154 del Código), lo que indirectamente fija su residencia, como derivación de la que al jefe de familia compete fijar. Pero creo que la Ley 63 es desafortunada al mezclar problemas que para nada debieron ser mezclados.

También es arcaico, por paternalista-patriarcal, hablar de «regir las personas que la integran o conviven en la casa». ¿Se ejerce la patria potestad sobre la mujer? ¿Y sobre los hijos mayores que conviven en la casa familiar? ¿Y sobre la empleada o empleado que pernocta bajo un mismo techo con su empleador? Es evidente que los absurdos se acumulan en la desastrosa definición, contraria a toda la sociología de la moderna familia urbana y a los principios igualitarios ínsitos en nuestras leyes fundamentales, singularmente en el artículo 3.º del Fuero de los Españoles.

El mantenimiento del patrimonio de la familia y el nombre de la casa pueden ser cargas morales, honoríficas para el jefe de familia, pero difícilmente pueden tener plasmación en un texto legal moderno, dictado en un proceso de cambio social imparable. Creo que deben considerarse como *obiter dicta* del legislador.

Pero si de los conceptos altisonantes y pseudofilosóficos—expresión de una filosofía orgánico-historicista sin repercusiones posibles en el articulado de un cuerpo legal—pasamos a las aplicaciones prácticas, observaremos con alarma que la Ley 64 no sólo ha consagrado la fórmula del artículo 154, de la patria potestad defectiva de la madre, sino que la ha reforzado: «la potestad de los hijos menores no emancipados corresponde al padre». Es lamentable que la regulación foral no haya callado sobre este punto y remitido la cuestión al Código civil, como bien podía.

Pero es que refuerza con toda la autoridad de un precepto legal la patria potestad patriarcal al establecer que «sólo en su defecto la ejercerá su madre». Es evidente que el añadir el vocablo en cuestión reduce a pavesas las teorías de los autores, a veces apoyadas por el Tribunal Supremo, en el sentido de la coparticipación de la madre en la patria potestad, pese a la dicción literal del Código civil.

El último inciso del precepto dice así: «Esta potestad comprende la representación de los hijos y el usufructo, administración y disposición de sus bienes.»

Esto plantea nuevo problema: ¿se pretende en la Compilación regular sólo en el aspecto patrimonial la patria potestad, y en tal sentido, tendría lógica la misma—dentro del sistema familiar patriarcal—al excluir a la madre de toda administración de los bienes del hijo? ¿Quedarán los deberes de manutención, educación y convivencia regulados por el Código civil y, por tanto, la madre quedará gravada con los mismos—según doctrina que prevalece en nuestra patria—, aunque sin derecho a intervenir para nada en la administración del patrimonio del hijo? Es evidente que la discriminación de la madre no puede ser mayor: se le otorgan derechos-deberes que le imponen más bien cargas con relación a los hijos menores, pero se le excluye de toda participación en la administración de los bienes de estos mismos hijos, con lo que sus facultades de gestión doméstica—previstas en el párrafo 2.º de la Ley 53—quedan alicortadas cuando el patrimonio del hijo sea la principal fuente de ingresos de la familia.

Son tales problemas los que crea la Ley 64 que bien hubiera hecho el legislador con no haberla promulgado y haberse remitido al Código.

Tampoco puede considerarse progresista la extinción de la patria potestad por contraer segundas nupcias el viudo o viuda, aunque, al menos, tal penalización se impone por igual al padre y a la madre (Ley 67), sin perjuicio que puedan pedir al Consejo de Familia el otorgamiento de la tutela sobre su propio hijo o que le autorice para retener a los hijos bajo su guarda o protección (Ley 69). Pero al menos, no ha sido discriminatoria para la mujer como el antiguo precepto del artículo 168 del Código, modificado por la repetida Ley de 24 de abril de 1958.

CAPÍTULO XXIII

LA REFORMA DE LA CAPACIDAD JURIDICA DE LA MUJER
CASADA ¿PROBLEMA HISTORICAMENTE INSOLUBLE
EN ESPAÑA?

Me ha impresionado vivamente el cotejo de las Exposiciones de Motivos de dos leyes separadas en el tiempo por un lapso de casi un siglo, que para el resto de Europa ha significado casi tanto como todo un milenio: la de Matrimonio Civil de 1870 y la de 24 de abril de 1958. En ambas se parte del principio teórico de la igualdad de sexos. Aquella pretendía ser, como ya apunté, «el último desarrollo de la teoría que tiene por objeto la emancipación de la mujer y el reconocimiento de sus derechos en el seno de la familia», y en ésta se hace explícita afirmación de la igualdad de los sexos ante la ley.

Sin embargo, en los articulados de una y otra ley tal afirmación teórica se desvirtúa inmediatamente: la igualdad no es sino un bello sueño para los progresistas o un adorno retórico, molesto e innecesario para los integristas.

En 1870 se estableció la primacía patriarcal del varón en el matrimonio y en 1958 explícitamente se consagró la unidad de dirección del matrimonio por el marido, fundada en las poco convincentes razones que ya critiqué.

Han pasado casi cien años y ambos legisladores, de signos ideológicos aparentemente contrapuestos, han coincidido prácticamente en lo mismo: el marido y la mujer son iguales, pero el marido es más igual que la mujer. Eso sí: la igualdad moral, de uno y otro—bello disfraz ideológico que encubre una discriminación real—no se discute.

¿Será España ese país del tiempo dormido, de la historia recurrente, como una pesadilla sin fin, como un capricho de Goya que se repite en un tiempo inmóvil? ¿Será una *Vaterland*, tierra de los padres, no una *Kinderland*, tierra de los hijos, un país de relaciones sociales anquilosadas, ancladas en el pasado, una suerte de Tibet de Europa, de que han hablado con amargura tantos de nuestros mejores pensadores?

Desearía que Díez PICAZO se equivocara cuando, en las palabras finales de la brillante conferencia de que antes di cuenta, con un tono cargado de pesimismo, coincide con SILVELA en afirmar que la Ley del Matrimonio Civil no respondió hace ya cien años, y no responde ahora, a las aspiraciones genuinamente democráticas. Estas aspiraciones son en el fondo las mismas que entonces. En el orden civil ha de llevarse

definitivamente a buen puerto, entre otras cosas, el principio de absoluta independencia de la mujer dentro de la familia. Estas aspiraciones fueron inviables hace cien años y es muy posible que su viabilidad sea hoy también imposible. Por eso, a cien años vista—sigue afirmando DÍEZ PICAZO—, estas Leyes de 1870, en materia de Derecho privado, a mí me parecen una frustración histórica debida a las internas contradicciones de la sociedad de aquel momento.

Quisiera poderle decir a DÍEZ PICAZO, que la España de los años setenta del siglo xx ha repristinado su creencia en los derechos humanos que enfrentó a Fray Francisco de Vitoria y a Fray Bartolomé de las Casas con las pretensiones esclavizadoras de los indios de Ginés de Sepúlveda—polémica que alumbró el Derecho internacional—, y consiguientemente, quiere implantar, entre otros, el principio de paridad absoluta de los sexos, en el matrimonio y fuera de él, y que pretende desarrollar tal principio mediante leyes novadoras y praxis sociales fecundas y actuantes, a vivo ritmo, con prisa y sin pausa, quemando etapas.

Quizá tal fue el íntimo designio—frustrado designio—de los más progresistas de los legisladores de 1870: adecuar el contexto social y familiar de la España del siglo xix a los principios democráticos y seculares que entonces se alumbraban en los países de Occidente.

Tales principios eran en tal fecha una simple promesa generosa de las mejores mentes de las minorías de la Europa de hace un siglo, pero desde entonces, bajo los puentes de la historia de Occidente, ha pasado mucha agua que temo no lo haya hecho por los de España.

Las promesas del siglo xix son hoy realidades fecundas, integradas irrevocablemente en la morada vital de los pueblos de Occidente por la ley y el pacto, por la educación y la praxis social democrática. El proceso democrático es una realidad que conduce a la plena toma de posesión por los pueblos de sus recursos todos y a una toma de conciencia, un despliegue y refinamiento de una nueva ética social tal vez no existente en nuestra Patria (165).

Principios éstos a los que necesariamente habremos de adherirnos—cambiando nuestro Derecho y nuestra mentalidad y práctica social—en el seno de una comunidad europea ensanchada y renovada.

(165) ARANGUREN, en *Moralidades...*, págs. 97 y 98, afirma que «en España, particularmente, tal como veo yo las cosas, importa librarnos del peor de los males que nos afligen: la desmoralización».

NOTA ADICIONAL SOBRE ESTRUCTURALISMO Y CODIGO CIVIL

Terminada la redacción del presente estudio, leo en *Le Monde* de 3-4 de junio de 1973 la reseña de JEAN LACROIX, *Code civile et analyse structurale de la obra Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, de ANDRÉ JEAN ARNAUD. Dice JEAN LACROIX: «para discutir este volumen de inspiración marxista haría falta—al menos—otro».

El apasionante análisis que de la obra hace la breve reseña de LACROIX, muestra el inmenso interés de la aplicación del método—¿método?, ¿ideología?, ¿filosofía?—estructural a un mensaje lingüístico sistematizado como es un cuerpo de Código civil. Me reservo hacer una suficiente nota crítica de la obra, pero es importante al objeto del presente estudio, resaltar que dentro del juego comunicatorio burgués del *Code* civil, «para tener un puesto de jugador, es preciso formar parte de un grupo, siguiendo una integración estatutaria, que va de la plena capacidad para el hombre de más de veintiún años hasta una capacidad más y más limitada para la hija mayor, la mujer casada, el niño y el muerto civil. Para los primeros es bastante sentarse a la mesa del juego para ser admitido a participar en la partida; para los otros hacen falta dos sillas para jugar un juego, estando ocupada la segunda por un jugador de primera clase que da la mano al segundo».

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH
Notario

Lo jurídico, lo fiscal y lo registral^(*)

I. EXPLICACIONES PREVIAS

Excelentísimos e ilustrísimos señores y señoras, compañeros y amigos todos.

Dispuesto a justificar presencias en este casi recién inaugurado SEMINARIO DE DERECHO HIPOTECARIO DE ALBACETE, podría alegar unas cuantas que debidamente *clasificadas* os ofrezco de inmediato:

A. PERSONALES

Alguno de vosotros recordará cómo hace algunos años las «muchachas que tienen que servir»—hoy empleadas de hogar en lenguaje oficial y democristiano—se «ofrecían» y exhibían los «informes» (hoy *curriculum vitae*) precisos para ser admitidas. En cierto modo, algo de esto es lo que yo hice un buen día en la Biblioteca del Colegio cuando vi muy apurados a nuestros compañeros Manuel Álvarez Bejiga (unido ya únicamente por cordones umbilicales a este Seminario) y Francisco Bautista Aranda, que estructuraban y hacían planes para la solemne fundación del Seminario de Albacete.

Tímidamente me «ofrecí» por si les podría servir de algo mi contribución a este sistema de ponencias, aportaciones o trabajos a realizar en el mismo. No debió caer muy bien aquella sugerencia, pues si en un principio parecieron incluir mi nombre en la lista de posibles participantes, luego retrasaron mi participación para estas fechas, en las que más que inaugurar un seminario, lo que hacemos es estrenar local y mobiliario.

Las razones del aplazamiento nunca las supe y pensé en que mis

(*) Conferencia pronunciada, con asistencia del Ilmo. Sr. Decano del Colegio Nacional de Registradores, en el Seminario de Derecho Hipotecario de Albacete el día 30 de noviembre de 1974, con motivo de la inauguración de los locales del Seminario.

posibles «informes» no eran suficientes para dejarme «participar» o que por mi cualidad de «artista invitado» se me reservaba el honor de «abrir la cancha» de este segundo curso del Seminario. De todas formas y al estilo del viejo Derecho romano, «a los gentiles» de este Seminario mi agradecimiento por brindarme esta oportunidad... ellos han intuido esa persistencia en conseguir algo que, como secuela, me queda de mis viejos tiempos opositoriles.

B. REALES

Cuando se inicia la fundación de Seminarios bajo una idea en la cual yo participé activamente, se sentaron como bases el objeto y finalidad de los mismos, que no es otro que el de dar parte activa en el estudio de los problemas hipotecarios, en forma descentralizada, a todos nuestros ilustres compañeros.

Había, por supuesto, que dar a estas reuniones de «solidaridad corporativa» un signo «diferente» (como España) de las acostumbradas y viejas manías *tertulianas*, donde con habilidad se practican los tres pecados de nuestra profesión.

Porque sé que en este Seminario se estudian—iba a decir «todavía», pero no lo digo—solamente los temas que nos interesan desde su ángulo jurídico, es por lo que califico a esta razón de real u objetiva. Todos sabéis que, por razones éticas, tuve que poner el *veto* a algún Seminario, porque en él se trató de mi *voto*.

Esta razón objetiva me hace brindaros una famosa frase que allá en la ciudad de Estella, la Toledo del norte, donde VALLE INCLÁN hace transcurrir una de sus Sonatas, campea en uno de los troncos de árboles del paseo de «Los Llanos» (fijaros cómo los nombres se repiten, ya que aquí, a tiro de piedra, tenemos también Los Llanos). En ese paseo, en el que el general Zumalacárregui formaba y arengaba a sus tropas antes de entrar en batalla y en el que en mis tiempos de Milicia universitaria tratábamos de convencer a las *mocetas* de nuestro imperecedero amor, hay unos árboles corpulentos y en uno de ellos una frase que dice así: «Estos árboles, que son de todos, al cuidado de todos se confían.» Pues bien, yo os digo parodiando la frase: estas inquietudes jurídico-hipotecarias, que son de todos nosotros, al cuidado de todos deben estar confiadas...

C. FORMALES

Suele circular en el mundillo de los refranes una frase referida a Albacete. Dice así: «Albacete, toma café y vete»..., y que aquí podríamos modificarla diciendo: «... lee tu trabajo y vete». Pero Albacete, aunque para mí puede ser ciudad de paso, tiene la gran tentación de cerrar un ciclo que puede dar forma a mi «hecho jurídico».

Todos sabéis que para que el hecho jurídico produzca efectos, esto es, para que «el hecho despierte la eficacia dormida de la norma, es preciso que se exteriorice, que se patentice, que se haga visible por medio de la forma».

Pues bien, aquí, a treinta grados a la sombra en pleno mes de agosto del año 1955, apruebo mi primer ejercicio de oposiciones a Notarías y recibo, posteriormente, la negativa para ser Notario en un dramático segundo ejercicio (con escasez de banquetas para su realización), en el que sobrábamos lo que entonces se llamó *las señoritas del treinta cero uno*... Ahora quiero cerrar el ciclo leyendo estas palabras que siguen sobre un tema de Derecho y, con ello, ya lo veréis, se va a confirmar aquel suspenso que va a dar forma a lo que—siguiendo la tesis de PETER—podríamos calificar como el logro o el alcance de «mi nivel de incompetencia».

D. RAZONES DEL TEMA

La razón del tema es «electiva». Cuando se trató de la materia a desarrollar ofrecí a la «guardia mora» de este Seminario tres temas: el técnico de «La reversión y el Registro de la Propiedad» (tema que ofrezco a una famosa publicación en honor de un profesor de Derecho), la colección de anécdotas llenas de alegría y buen humor, bajo el título «El opositor, la oposición y el funcionario» y el tema que os ha anunciado. El que haya sido este tercero y no el segundo os restará el jolgorio que produce recordar una época de oposiciones por todos pasada y sufrida. El haber descartado el primero me ha obligado a un trabajo lleno de dificultades y tropiezos y sin la copia de un esquema que alegremente entregué y que luego al escribir ni lo recordaba. Lo que quise decir entonces no se parece a lo que ahora digo y, por supuesto, a lo que DEBO decir.

El tema es un producto de mi constante curiosidad de lector impenitente. He leído una serie de libros y ellos me han permitido enlazar algunas ideas para ofrecérsolas. El fondo, por supuesto, es tan viejo como la existencia del Derecho. No hay nada nuevo bajo el sol, pero en

esta etapa de «urgencias» y «emergencias» que nos ha tocado vivir, bien vale la pena detenerse un poco y pensar con sosiego. Aunque la materia está inmersa en esa escalofriante zona de «la filosofía del Derecho», no esperéis disertaciones dogmáticas y alturas vertiginosas, sino simplemente un *acotamiento de materia* para que otros se encarguen de la especulación doctrinal.

Hasta qué punto ha penetrado lo jurídico dentro del campo fiscal y del hipotecario y cómo reacciona o debe reaccionar el intérprete al tropezar con una norma poco jurídica, es la idea matriz de estas notas. He procurado darles el tranquilizante de la anécdota, para que esto no resulte denso y plomizo, pero sois vosotros, al final, los que sabréis decirme si lo he sabido conseguir. Vamos con el tema.

II. LO JURIDICO COMO CATEGORIA DOGMATICA

Lo «jurídico» es un término que, conforme al Diccionario, significa *lo que atañe al derecho o se ajusta a él*. Aceptando esta idea, inevitablemente siempre que utilicemos el término jurídico estaremos proyectando la idea del Derecho. Lo que sucede es que no conviene identificar el Derecho con la norma, pues partiendo de esa identificación tendríamos que considerar como jurídico lo que se ajuste a ella y vamos a tratar de demostrar que no toda norma es Derecho y que, dentro de éste, puede existir uno justo y otro injusto. Jurídico sería, por tanto, lo que se ajusta a un Derecho justo.

A. SEPARACIÓN ENTRE LO JURÍDICO Y LO LEGAL O NORMATIVO

De todos es conocida la secuela normativista del Derecho, que parte de la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, considerando que el primero es «el conjunto de normas» y el segundo un poder o facultad jurídica. Como todos hemos estudiado por CASTÁN, creo que sobra con la cita de este autor para aseverar que casi todos los demás parten generalmente de la misma idea (1).

Esta idea, que asimila conceptos, permite una conclusión que acertadamente destaca Díez PÍCAZO (2): «El derecho es algo que se encuentra previamente dado. Lo encontramos formulado o cristalizado en las normas. El derecho se nos aparece como una previa formalización norma-

(1) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*. Tomo I, *Introducción y parte general*, Madrid, 1949.

(2) L. Díez PÍCAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, 1973.

tiva, abstracta y general, que nos viene ya dada. De acuerdo con esta idea, el derecho es el orden previsto o preestablecido para una sociedad, comunidad o grupo humano. Para que este orden se realice, para que una comunidad viva ordenadamente, es necesario, ante todo, un previo planeamiento o una previsión del orden que es considerado como deseable. Este orden se ofrece a través de una serie de reglas o de preceptos, que son estatuidos con una eficacia social de organización y mediante los cuales aquel orden se intenta o se ensaya.»

Frente a esta concepción, creo que es preciso reaccionar y perseguir otra del Derecho más ajustada a una realidad viviente. Con el autor antes citado, sería preciso afirmar que «el derecho no es una formalización abstracta y general, con un valor universal, que pretende ahormar las conductas humanas para que en el futuro se ajusten a unos modelos preestablecidos. Con un símil se podría decir que las normas no son, como las ideas para una expresión idealista del mundo, algo a lo que la realidad debe ajustarse, sino simplemente instrumentos dinámicos para resolver los problemas que esta misma realidad plantea.

Entiendo que hay que volver de nuevo a una concepción romanista del Derecho. FEDERICO SCHULZ plasmó en frases geniales la gran contraposición existente entre la norma y el Derecho. «Si echamos un vistazo —decía— al material legislativo creado por Roma mediante declaraciones estatales, se ve inmediatamente que su extensión es impresionantemente pequeña. Es natural que el derecho creado por el Estado tenga poca importancia en los pueblos jóvenes o de vida jurídica primitiva, sin que pueda deducirse de ello una repugnancia especial hacia esa forma de producción del derecho. Pero si en unos quinientos años de alta cultura espiritual y especialmente de alta cultura jurídica, desde el fin de la guerra de Aníbal hasta Diocleciano, la promulgación estatal del derecho ha quedado siempre en segundo plano y circunscrita a determinadas funciones, puede deducirse, sin vacilación, este principio: la concepción romana es fundamentalmente contraria a la codificación y observa una sobriedad rigurosa frente a la legislación particular. *El pueblo del derecho no es el pueblo de la ley.*»

Pero si el derecho lo separamos de la norma se hace preciso formular una noción del mismo que sirva para su neta precisión. ¿Qué es derecho? Poco antes de morir, HERNANN KANTOROWICZ (3) escribió unas admirables páginas de ensayo relativas a la definición del derecho. El autor no pensó nunca que se entregaba a un mero ejercicio jurídico, sino que señaló que toda la historia de la ciencia jurídica debe limitar su contenido y que ello es difícil de llevarse a cabo mientras no se dé una respuesta

(3) H. KANTOROWICZ, «La definición del Derecho», *Rev. Occidente*, 1964.

a la cuestión básica. ¿Qué es el Derecho? KANTOROWICZ escribe su ensayo en el año 1939 y en el prólogo de este ensayo, publicado en España en 1964 por la «Revista de Occidente», decía GOODHART: «Cabe, pues, confiar en que su ensayo estimulará la discusión entre los filósofos del Derecho, que se encuentran todavía a la búsqueda de respuestas a problemas que vienen siendo objeto de debate desde hace más de dos mil años.»

Para un intento definitorio del derecho es fundamental este trabajo de KANTOROWICZ, que no rebasa las ciento cincuenta páginas. Este libro, como otros muchos, pueden calificarse de los de «cabecera» o fundamentales para iniciar la singladura de la investigación sobre lo que debemos entender por derecho. El autor, y resumo comprimidamente su postura, plantea los dos posibles métodos para resolver el problema de la definición del derecho, negando virtualidad al que emplea el *realismo verbal* o, lo que es lo mismo, el que pretende la definición a través de la «lexicografía», y afirmando que el auténtico método correcto es el del *pragmatismo conceptual*, en el cual radica la función legítima de las definiciones, pues no es lo mismo afrontar la definición de «LO QUE SE ENTIENDE POR DERECHO» que lo que «DEBE SER ENTENDIDO POR DERECHO».

Rechaza como criterios inservibles para el logro pretendido, los que asimilan el concepto de derecho al «derecho positivo», pues si esto fuera así el «*Ius belli ac pacis*», de Grocio, no debería ser citado en una historia de la ciencia jurídica, ya que sus relevantes ideas referentes al derecho natural, de la misma manera que las de sus innumerables predecesores y sucesores, no serían ideas referentes al «derecho». Igualmente, estima que es equivocado el término derecho limitado a *normas absolutamente vinculantes*, pues, como señala el autor, si con ello quiere evidenciarse el dato de la «validez» o carácter obligatorio, ello puede predicarse de toda norma y no solamente de las jurídicas. Criterio éste que, como sabemos, mantuvo Kelsen (4) en su «Teoría pura del derecho». Otra concepción que el autor rechaza es la que considera el derecho no como un cuerpo de normas, sino como una masa de «hechos reales», como es, por ejemplo, la actuación de los jueces. Y, por último, descarta como viable la definición oficial alemana que fue formulada por el REICHSRECHTSFUHRER y presidente de la «Akademie für deutsches Recht» y ministro del Reich, doctor FRANK, según la cual «derecho es lo conveniente para el pueblo», aunque parece referirse, si bien el contexto no está claro, al pueblo alemán, ya que, de acuerdo con las enseñanzas

(4) H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires, 1973.

nazis, derecho es cultura, toda cultura es aria y el pueblo alemán es el principal representante de la «raza» aria.

Después de rechazar estas definiciones, formula la suya en estos términos: derecho es *Un cuerpo de normas que ordenan el comportamiento externo y que son consideradas como justiciables*. Como vemos, para evitar llegar a la identidad entre norma y derecho, el autor habla de «cuerpo de normas» o, por decirlo de otro modo, cuando se trata de normas que poseen alguna característica común que las hace coherentes e interdependientes y que prescriben una conducta determinada (entendiendo por tal la conducta externa que pertenece al derecho y no la interna que corresponde al campo de la Ética), así como son consideradas justiciables o, lo que es lo mismo, aptas para ser aplicadas por un órgano judicial en un procedimiento determinado.

Es curioso que esta definición que supuso un gran avance dogmático del concepto incide en el mismo defecto de la mayor parte de las definiciones contenidas en más de siglo y medio de la inmensa mayoría de los tratados y manuales. Señala VALLET DE GOYTISOLO (5) que el concepto *voluntarista* del derecho (como poder de voluntad, facultad de obrar) que tiene su origen en la escolástica franciscana de Duns Scotto y Guillermo d'Ockam, llevó inevitablemente al *normativismo o legalismo*, siendo para la escuela francesa de la exégesis equivalente el derecho con la «norma» (o conjunto de normas) positivamente impuesta por la autoridad del Estado». Pero ya la idea del positivismo fue desplazada por PHILIPP HECHK, quien, citando a VON BULOW, rector de la Universidad de Tübinga, destacó cómo una ley de la que todo el mundo supiera que no tenía aplicación en los Tribunales de justicia y de la que sociológicamente no puede predicarse que efectivamente se vive y se realiza, perdería su carácter de tal.

De estas ideas deduce VALLET DE GOYTISOLO las tres formas de configurar el derecho: cargar la fuerza del concepto del derecho en lo que podríamos denominar *justo* (el derecho debe responder a una cualidad de justicia, sin la cual deberá ser rechazado como tal Derecho), en lo *ordenado positivamente* o en lo *vivido realmente*. La posible armonización de estas tres formas es insostenible cuando falta norma aplicable de carácter positivo, cuando la norma positiva es incumplida o cuando tiene vigencia una conducta social injusta. VALLET opta por aceptar sólo una de las enunciadas significaciones y se decide por la primera de ellas: *el derecho es el arte de lo justo*.

Quedan, como sigue apuntando VALLET, dos notas o caracteres que

(5) J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho civil*, Barcelona, 1963. *En torno al Derecho natural*, Madrid, 1973.

mucha parte de la doctrina ha utilizado para perfilar el concepto del derecho. De una parte es la *imposición o coercibilidad*. Sólo es derecho aquello que puede imponerse por la fuerza. El derecho, según dice Kelsen, es un modo de organizar la fuerza. De otra parte, tenemos el *principio de legalidad*, en virtud del cual las normas sólo son válidas si han sido creadas con autoridad para ello. Estas dos notas, según el citado autor, de coercibilidad y efectividad, son cualidades extrínsecas que DEBEN acompañar al Derecho, pero no son características suyas, sino del PODER, en sus diversas funciones, que éste pone al servicio de aquél.

Esta tesis de VALLET, apoyada por infinidad de citas y de razones, viene a ser recogida—en lo que el derecho representa la idea de lo justo—por Díez PICAZO (6). Este autor considera que frente a la concepción normativista es posible pensar que la experiencia jurídica primaria o el fenómeno jurídico primario es, antes que cualquier otra cosa, *el conflicto de intereses*. El derecho no es otra cosa que un modo de tratar de resolver tales conflictos aunque no, por supuesto, el único modo. Para ello, las normas no ofrecen otra cosa que criterios, que no son nunca absolutamente rígidos, sino flexibles. Las normas son las pistas que deben ser seguidas para resolver los conflictos de intereses.

El derecho, sigue diciendo el autor citado, es fundamentalmente un conjunto de experiencias vividas, que en la mayor parte de los casos son experiencias existenciales de decisiones o de series de decisiones sobre concretos conflictos de intereses. En nuestra lengua, la expresión derecho es ante todo un adjetivo que se aplica a diferentes hechos, actos o situaciones. Lo derecho se contrapone a torcido, o, dicho con expresión más castiza, a lo tuerto. Lo derecho es también lo *directo o lo recto*. Por ello la expresión «esto es derecho» significa, en rigor, que un determinado conflicto debe recibir una cierta solución, porque esta solución es la más correcta o la más aceptable.

Frente a las dos posibles concepciones del derecho—derecho justo y derecho normativo—es evidente la distinta postura que el jurista adopta. El derecho concebido como norma exige una fidelidad a la letra de la ley, que será considerada como la norma prototípica. Sin la ley no hay nada que hacer. Es muy frecuente esta postura incluso en aquellos de quienes depende una decisión fundamental. Luego lo veremos al tratar de los problemas fiscales y registrales. Con el abandono del sistema del normativismo—sigue diciendo Díez PICAZO—se hace posible una *interpretación evolutiva* del material normativo y unos medios de integración

(6) L. Díez PICAZO, *ob. cit.*

del sistema para colmar las lagunas que en él se producen incesantemente.

De lo dicho se deduce que mi posición se inclina por ese abandono normativista que hoy encierra un mayor peligro de los antes apuntados, pensando en esa *fluidez legislativa* de los tiempos modernos.

No hace mucho tiempo, en un famoso prólogo, GONZÁLEZ PALOMINO (7) hacía alusión a esta «época de inflación legislativa». Con el humor que le caracteriza, explicaba las dos causas que motivaban el fenómeno: De una parte, la evidente e incontenible vocación (no aptitud) de nuestro siglo para la legislación, tan imperiosamente sentida que desborda de los órganos de competencia legislativa y específica y hace sentir el llamamiento a todos los demás: grandes y chicos. De otra parte, la evidente fe de los «legislados» en la eficacia de las leyes para resolver todos sus problemas, que les lleva a pedir leyes o códigos en cuanto hay una mala cosecha, una plaga de langosta o una epidemia de gripe... Tal es la superproducción legislativa que se ha producido el fenómeno, normal en régimen de economía de mercado, de su desvalorización: en prestigio, en vigencia y en técnica.

La técnica legislativa tradicional—sigue diciendo GONZÁLEZ PALOMINO—consistía en dictar *normas generales* para los casos generales de la vida, sobre la base de criterios de normalidad jurídica: de lo que normalmente sucede. La técnica legislativa contemporánea, además de hacer alarde de una redacción pocas veces ejemplar, ha dado en la gracia de *eleva a regla la excepción*. Antes la excepción confirmaba la regla, pero no era la regla. Ahora el legislador (deseoso de conseguir la justicia del caso concreto), que no es función suya, ha adoptado un procedimiento de inversión que consiste en legislar para las *excepciones con normas de carácter general* aplicables a todos los casos, sin que quepa considerar como excepción de la regla los casos normales, que son los más.

A esto añadimos lo que apunta VALLET (8) al decir que el hecho de considerar al Estado como creador y árbitro del Derecho, lleva naturalmente, como consecuencia, a que éste conceda una atención muy relativa a la Justicia y coloque por encima de ella toda clase de razones de oportunidad o conveniencia... Los gobiernos han procurado la conservación del poder; la Administración, la realización con la mayor eficacia y rapidez los planes que justifiquen sus actuación; los hacendistas, las fórmulas más cómodas y fáciles para el organismo recaudador, etcétera. Tropezamos con la situación de que «los funcionarios han llegado a tener

(7) J. GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios jurídicos de arte menor*, Pamplona, 1964.

(8) J. VALLET DE GOYTISOLO, *obras citadas*.

la sensación de que cada uno de ellos, en su respectiva esfera, era el propio Estado».

La situación a que esta llamada *legislación motorizada* nos puede llevar es peligrosa, pues, de una parte, a ella no podemos otorgarle el calificativo de Derecho y, de otra, la peligrosidad que la penetración de lo público en el derecho privado plantea serias disyuntivas para averiguar lo que debemos reputar como justo en el entramado de lo político, lo social y el interés superior de lo público.

Todo ello ha llevado a numerosos autores a plantear seriamente si estábamos en una época de *crisis del derecho*. Primorosos trabajos se han escrito sobre este punto; aquí sólo quiero traer el que hace muy poco escribiera ALVARO D'ORS, que recoge una serie de publicaciones suyas en torno a esa cuestión. Como todos los libros breves lleva la impronta de su bondad. Al comienzo os he dicho que había que «regresar» un poco al Derecho romano. ALVARO D'ORS (9) lo dice con más gracia: «Como un pato—de todos es conocido el símil goethiano—, como un pato que se zambulle y oculta por un trecho para reaparecer poco después con fresca y renovada jovialidad, así también el Derecho romano, en el transcurso de su larguísima historia, suele ocultarse a nuestra vista para sorprendernos más allá con una vitalidad renovada»...

La necesidad de que los juristas modernos vuelvan los ojos, otra vez, hacia el Derecho romano lo patentizan dos obras de los últimos tiempos: la de PAUL KOSCHAKER, «Europa y el Derecho romano y la de CARL SCHMITT, «La situación de la ciencia jurídica europea».

ALVARO D'ORS estima que el jurista actual, oprimido por la tiranía legislativa, se refugiaba, como decía con sal un colega madrileño, en el alivio de la inobservancia. Pero lo más grave es que había perdido totalmente su dignidad; se había reducido, no diremos ya al papel de un mero exegeta, sino al de un agente miserable e infortunado agorero de un legislador desbocado. Sólo con una posible crisis del legalismo podría hablarse de un amanecer de libertad y dignidad para el jurista, como indicio de que se restablecerá el debido respeto de la voluntad planificadora y absolutista hacia las formulaciones intelectivas, prudenciales del juriconsulto: el respeto de la *lex* hacia el *ius*.

B. DISTINCIÓN ENTRE DERECHO JUSTO E INJUSTO

Entiendo—y partiendo de lo que ya llevamos dicho—que no puede hablarse de derecho justo e injusto. Hemos llegado a la conclusión que

(9) ALVARO D'ORS, *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, Roma-Madrid, 1973.

todo derecho es justo o que el derecho es el arte de lo justo. Lo que sí puede predicarse es la existencia de una ley o de una *norma injusta o no jurídica*:

Por supuesto que el *iusnaturalismo* dio la gran posibilidad de hablar de una norma injusta, solución de difícil encaje en el positivismo. Como aún parece dominar en la doctrina este último movimiento, conviene preguntarse si de verdad puede hablarse seriamente de una norma injusta. He seleccionado tres trabajos que cito cronológicamente. El primero se publica en el año 1928 en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Lo firma NAVARRO REIG y se titula «Lo legal y lo justo». En él plantea un curioso caso de testamento abierto otorgado ante Notario y tres testigos, uno de los cuales, al cabo de los años se descubre que no era idóneo.

Es un caso curioso, pero más lo son las tremendas alegaciones que aportan los juristas alemanes RADBRUCH, SCHMIDT y WELZEL en tres trabajos reunidos en un pequeño volumen bajo el nombre genérico de «Derecho injusto y derecho nulo». Dice en la introducción RODRÍGUEZ PANIAGUA (10) que los tres trabajos responden a una misma problemática que arranca de la situación creada por el derecho nacionalsocialista y por los juicios emitidos sobre él posteriormente, en el campo de la doctrina y en el de la misma jurisprudencia.

Es una pena que en el estrecho marco de tiempo en que me debo mover no dé tiempo para ofreceros con cierta amplitud estos trabajos que, siendo de tres épocas, reflejan unas preocupaciones similares. El primero, que firma RADBRUCH en el año 1946, exige la necesidad de un derecho justo. Arranca de unas afirmaciones que reflejan una situación. El nacionalsocialismo alemán se aseguró la sujeción de los soldados, por un lado, y de los juristas, por otro, sobre la base de dos principios: «Las órdenes son órdenes», que se aplicaba a los primeros y «Ante todo se han de cumplir las leyes», que se refería a los segundos. En el primer principio existía la excepción cuando se tratase de órdenes encaminadas a la realización de fines delictivos, pero en el segundo no se puso ninguna limitación. Hablar de leyes que no constituyeran Derecho es una contradicción igual que hablar de un Derecho que estuviera por encima de las leyes. En su trabajo se ameniza la lectura con una serie de casos curiosísimos, siendo el primero la famosa Sentencia de la Sala de lo Contencioso de Wiesbaden, según la cual las leyes que establecían que las propiedades de los judíos pasaran al Estado se hallaban en contradicción con el Derecho natural y, por consiguiente, eran ya nulas en el momento de su promulgación. A modo de conclusión, decía el autor

(10) G. RADBRUCH, E. SCHMIDT y H. WELZEL, *Derecho injusto y Derecho nulo*, Aguilar, 1971.

alemán: *De ningún modo se ha de admitir que es derecho todo lo que es útil al pueblo, sino que al pueblo le es útil, en último término, tan sólo lo que es derecho, lo que trae seguridad y tiende a la justicia.*

El segundo trabajo es de SCHMIDT y está escrito en el año 1952. En él el autor va a destacar los valores positivos y negativos del positivismo, resaltando ciertas exageraciones a que puede llevar la doctrina «iusnaturalista». Para él es fundamental la seguridad jurídica. Parte de la idea de que la ciencia pandectística del siglo XIX (HUGO, PUGTHA, BINDING, MERKEL, WINDSCHEID, SAVIGNY, etc.) sirve de base a un «positivismo científico», entendiendo por tal el que hace derivar todos los preceptos y decisiones jurídicas de los conceptos y principios de la Ciencia del Derecho. El jurista que quiera comprender los preceptos o elaborar las decisiones jurídicas no tiene más que representarse el sistema de los conceptos de la ciencia del Derecho. Pero este *positivismo científico* se convirtió, a fines del siglo XIX, en un *positivismo legal*. Las necesidades que tuvo que atender el legislador a partir de 1914 exigieron elevar al máximo el número de revoluciones de la máquina de la legislación, al mismo tiempo que impedían hacer preceder a las leyes de una cierta preparación científica y provocaban un desplazamiento de la labor legislativa, desde el legislador a los representantes del poder ejecutivo. De este modo quedó devaluado el concepto de ley, con lo que tenía que destruirse la confianza en ella que los juristas habían heredado del siglo XIX. Ello llevó a plantear el viejo problema de la existencia del Derecho natural y los poderes que han de atribuirse al Juez en su tarea de valoración, revisión, inhibición y aplicación de la ley.

El tercer trabajo está firmado por WELZEL en el año 1966. Parte de la idea conciliadora de la necesidad de una justicia y de una seguridad. Para el autor, el derecho no tiene una doble vertiente: el de la factividad o positividad y el de la idealidad o legitimidad. El derecho, a nivel de positividad, necesita de la convicción de la mayoría, de la conciencia jurídica general o de la común convicción en torno al Derecho. Una de las objeciones más serias la utiliza el autor en la famosa frase de JELLINEK: «A las víctimas de la inquisición española les ha de ser muy difícil reconocer que las normas en virtud de las cuales fueron juzgadas eran normas de Derecho.» ¿Por qué debe valer respecto a MI una norma por razón de que OTROS la acaten?

Comprenderéis que en las páginas de estos trabajos existe el aliciente para poder emprender de nuevo una andadura en busca de la razón justificativa del derecho y la determinación de su esencia, pero antes os había hablado de otra publicación que se me antoja importante para rematar estas mal cosidas ideas, pero que es necesario destacar, ya que

afronta el problema de la reacción del jurista frente a una ley injusta. La obra es de VÍCTOR MANZANILLA SCHAFFER, publicada en México en el año 1948 y se titula «El jurista ante la ley injusta». Después de demostrar sobradamente la posibilidad de una ley injusta (fijaos que no emplea el concepto de Derecho injusto, sino de ley) se plantea el problema de la reacción que debe tener el jurista frente a una ley de ese tipo y las consecuencias que su decisión tienen o pueden tener en el ámbito de la sociedad. ¿Cuál de los fines del derecho tendrá mayor valor o importancia para la decisión?: la seguridad jurídica, la justicia, como valor de rango superior, o el orden social y el bien común, los que vengan a influir directamente en el cumplimiento o no cumplimiento de lo dispuesto por la ley injusta?

La obra viene amenizada por citas históricas y literarias. Yo elijo esta última. Es de Shakespeare en el problema cumbre que plantea en su obra *Shylock* o *El mercader de Venecia*. La trama es de todos vosotros conocida. Dos personas en Venecia celebran un contrato de mutuo con la obligación de devolver en un plazo determinado la suma de dinero prestado. Shylock, el prestamista, entrega a Antonio, el comerciante, una cantidad de dinero como préstamo y en dicho contrato se establece una cláusula penal en donde se estipula que, si llegado el plazo convenido, no se ha hecho entrega de la mencionada cantidad, Shylock podrá reclamar su entrega, o bien cortar una libra de carne del pecho de Antonio, como pena por la mora en que éste incurrió. Antonio no cumple el contrato y Shylock lo lleva ante el Juez de Venecia llamado Porcia, exigiendo el derecho de cortar una libra de carne del pecho de Antonio.

Bassanio, amigo de Antonio, suplica al Juez en nombre del sentimiento humano y de la justicia que salte una sola vez por encima del derecho establecido evitando así una injusticia. Porcia contesta: «No, no puede ser, no hay poder en Venecia que pueda romper la ley establecida y alterar un decreto, no hay fuerza que pueda saltar por encima del derecho, pues los ciudadanos de Venecia han dormido tranquilos sabiendo que al levantarse cuentan con la *certeza* y la *seguridad* que el derecho imprime a sus relaciones sociales, les harán posible un día más de vida social; ellos comprenden que están regidos por leyes y mientras éstas no se alteren, la paz social imperará en esta ciudad.

Todos sabéis cómo termina el drama planteado. Porcia, con pleno respeto a lo establecido y conservando la seguridad jurídica, tan necesaria para la existencia y conservación de las sociedades, dicta su fallo interpretando equitativamente las cláusulas del contrato: «cúmplase la ley y lo pactado; pero entiéndase bien, Shylock deberá cortar precisamente una libra de carne del pecho de Antonio por haber incurrido

éste en mora; pero una libra exactamente, ni más ni menos, pues si corta menos el contrato será incumplido, y si corta más se convertirá en reo del delito de lesiones».

A la luz de la interpretación jurídica del pasaje, es famosa la discusión mantenida por IHERING y KOHLER, estimando el primero que la postura de Shylock es la más acertada y representa el triunfo del derecho, mientras que el segundo señala el acierto del juez al resolver el problema de una forma equitativa, abriendo así paso a una norma nueva y más humana. Los dos, sin embargo, condenan la cláusula como contraria a la moral y a los principios del orden público.

Los ejemplos podrían multiplicarse. El autor citado trae a colación también el suceso acaecido en la vieja Atenas al correr del año 399 antes de J. C., donde se condena a Sócrates a la pena de muerte por el crimen de corromper a la juventud de Atenas y en base de la acusación de Meleto. Al someterse Sócrates a la sentencia y no aceptar la huida que le proponían sus amigos, realiza un acto pleno de justicia, cumpliendo con la seguridad jurídica y cristalizando la justicia, valor supremo del derecho.

No creo que debamos añadir más, pues lo importante de estas lecciones históricas y literarias está en la forma en que debemos entender los juristas de aplicar el derecho y esto puede tener una gran repercusión al abordar el tema tan importante de la penetración del derecho en el campo fiscal y su reflejo registral.

III. LO JURIDICO Y LO FISCAL

Es muy importante señalar tres grandes fases en el campo de lo que actualmente se denomina Derecho fiscal. Las apunta acertadamente PONT MESTRES (M.) (11) en un interesante libro sobre un problema candente en la sociedad actual: «La resistencia fiscal». Del primitivo impuesto-castigo, se pasó al impuesto-opresión, métodos propios que llegan hasta la Edad Moderna, para pasar en ella a lo que se ha denominado *impuesto-contribución*. La norma tributaria, en esta última etapa, comienza a convertirse en Derecho.

PÍO CABANILLAS (12), en una documentadísima conferencia que clausura la Semana XII de Estudios de Derecho financiero, señalaba cómo la formación del Derecho tributario, en sentido estricto, es más bien reciente y procede, según una opinión pacífica y muy próxima a la verdad,

(11) M. PONT MESTRES, *El problema de la resistencia fiscal*, Barcelona, 1972.

(12) P. CABANILLAS GALLAS, *La nueva Ley tributaria: Derecho tributario y teoría general del Derecho*, 1964.

del período inmediatamente posterior a 1919, fecha en la que el Ordenamiento alemán recogió los principios que disciplinaban la imposición en un texto legislativo orgánico y completo que tuvo el efecto de estimular la dirección doctrinal en pro de la sistematización dogmática de las relaciones jurídicas existentes entre el ente acreedor del tributo y el contribuyente. Desde esa fecha hasta hoy día los juristas han tratado de dar carácter sistemático al campo de la materia tributaria, y tras una serie de procesos, todos ellos caracterizados por previas operaciones de deslinde, se logra acotar el concepto de *la actividad financiera del Estado* como contenido moral, en su aspecto jurídico, del Derecho financiero, llegándose a aislar dentro de éste la rama autónoma del Derecho tributario, entendido genéricamente como el que tiene por objeto «la determinación de los principios generales organizadores de los tributos como fenómenos jurídicos».

Favorece este movimiento el supuesto técnico concurrente que se inició en el siglo xx y que puede denominarse de modo genérico «la transformación del derecho privado», que no sólo replanteó los límites de este derecho, sino que al restar valor a la distinción entre derecho público y derecho privado permitió aplicar extensiva y analógicamente los esquemas de la teoría general del derecho civil a otras ramas jurídicas necesitadas de «amparo» conceptual.

Pero conviene preguntarse, y éste va a ser el objeto de nuestra exposición, hasta dónde los esquemas conceptuales de la teoría general del derecho han penetrado sustancialmente en la norma tributaria para nutrir la de carácter jurídico y elevarla a la categoría de tal. CABANILLAS no tiene más remedio que reconocer que el trasvase de esquemas y conceptos no ha podido hacerse conservando las sustancias incólumemente, siendo preciso establecer ciertas variantes. Pero cabe preguntarse: ¿estas variantes atentan seriamente a la concepción de la teoría general del derecho? Estos contrastes del Derecho tributario tienen la debida justificación dogmática para ser incorporados a lo que hemos definido como derecho? Este es nuestro problema. Aisleemos debidamente los siguientes puntos:

A. PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA

Conforme al autor anteriormente citado y a RODRÍGUEZ ADRADOS (13) en un trabajo especialmente destinado a la materia, pueden apuntarse como fundamentales principios admitidos por la Ley General Tributaria de 28 diciembre de 1963, los siguientes:

(13) A. RODRÍGUEZ ADRADOS, «La influencia de la Ley fiscal sobre los contratos». Ponencia Congreso Internacional Latino, Atenas, 1971.

1. El principio positivo de certeza, en cuya virtud debe permitir que cualquiera esté en grado de conocer preventivamente cuáles son los comportamientos debidos o simplemente lícitos y las sanciones, así como las consecuencias de las acciones no conformes al Derecho. Principio éste que, como puede fácilmente deducirse, está plenamente sancionado por nuestro Código civil al estimar que la *ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento*.
2. Principio de legalidad que aparece proclamado en el artículo 2 de la L. G. T. al decir que «La facultad originaria de establecer tributos es exclusiva del Estado y se ejercerá mediante ley votada en Cortes».

Pero este principio tan prometedor viene desfigurado, como apunta DÍEZ PICAZO (14), por la curiosa afirmación que hace el artículo 18 de la misma ley, en el cual se dice que «la facultad de dictar disposiciones interpretativas o aclaratorias de las leyes y demás disposiciones en materia tributaria corresponde privativamente al Ministro de Hacienda, quien la ejercerá mediante Orden publicada en el *Boletín Oficial*. Parece—sigue diciendo dicho autor—como si se le quisiera conceder al Ministro de Hacienda un *monopolio* interpretativo. Sin embargo, por mucho que el artículo 18 de la L. G. T. delegue funciones, la interpretación de las leyes tributarias llevada a cabo por el Ministro de Hacienda no podrá ser nunca una interpretación «auténtica». Su eficacia vinculante, además, es mínima, y, como termina por reconocer la propia ley, este tipo de disposiciones interpretativas o aclaratorias son de obligado acatamiento para los órganos de gestión de la Administración Pública, pero sólo para ellos.

Igualmente queda desvirtuado este principio por los artículos 9 y 11, en el que se destacan los Decretos y Ordenes ministeriales como fuentes del Derecho y las Delegaciones y autorizaciones de las Cortes al Gobierno.

3. Principio de seguridad jurídica, como consecuencia obligada del de legalidad. En el fondo, no se proclama abiertamente dentro de la L. G. T. pero pueden servir de manifestaciones del mismo los artículos 7 (al admitir la impugnación de los actos de gestión y potestad reglamentaria en la vía contenciosa y jurisdiccional), el artículo 16 (al exigir que toda modificación de leyes o reglamentos lleve una redacción completa de las normas afectadas) y el artículo 19 (al declarar nulas de pleno derecho las resolucio-

(14) L. DÍEZ PICAZO, *ob. cit.*

nes administrativas de carácter particular dictadas por órganos de gestión y que vulneren una norma de carácter general).

Pero este principio, sin embargo, queda desvirtuado, según ha demostrado sobradamente MARTÍN OVIEDO (15) en un documentado artículo publicado en la *Revista de Derecho Privado*. Al regular la relación jurídica tributaria sienta la base general de que deberá regirse por ley todos los elementos de la misma, aunque al hablar del «hecho imponible» en el artículo 24 se permite que la Administración *declare imponible* un hecho que no está calificado por tal por una ley cuando «aquél se haya ejecutado con el propósito de eludir el impuesto» y «produzca un resultado equivalente al derivado del hecho imponible». También al tratar del sujeto pasivo se altera el principio de seguridad jurídica, pues se estima como tal si así se establece por una ley tributaria a «las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás *entidades* que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado, susceptibles de imposición» (artículo 33). ¿Cuáles son esas *entidades*?

MARTÍN OVIEDO sigue señalando más fallos del principio de seguridad jurídica, cuales son el de la *fijación de la base liquidable*, ya denunciado por SAINZ DE BUJANDA al deducir que se trata de elementos esenciales de tributación cuando la base viene establecida por la propia normativa, pero no cuando se establecen—en vez de determinarse—por órganos y procedimientos administrativos. Por último, cabe señalar en cuanto al tipo de gravamen, la vaguedad con la que está redactado el artículo 12 de la Ley al admitir la posible variación de los tipos de gravamen por razones de política económica, vaguedad que supo remediar, en parte, la Ley de Reforma de Sistema Tributario de 11 de junio de 1964.

Este principio de seguridad jurídica tiene considerables fallos en materia de creación de normas tributarias, en la aplicación de las mismas y en el problema del fraude.

4. Principio de equitativa distribución de las cargas fiscales. La Ley de Principios del Movimiento Nacional, en su apartado IX, sienta la gran aspiración del logro de que «todos los españoles tienen derecho... a una equitativa distribución... de las cargas fiscales». Igualmente, la idea se repite en el artículo 9 del Fuero de los Españoles y en la L. G. T., en su artículo 3, al hablar de

(15) J. M.^a MARTÍN OVIEDO, «El principio de seguridad jurídica en el Derecho fiscal», *Rev. Derecho Privado*, 1970.

«la generalidad y equitativa distribución de la carga tributaria», reiterándose la misma idea en el artículo al, al decir que los tributos han de servir «para la estabilidad y progreso sociales y procurar una mejor distribución de la renta nacional».

Sería muy difícil llegar a conclusiones definitivas sobre si este principio ha tenido realidad, pues la clasificación de impuestos directos e indirectos creo que, en principio, desequilibra igualdades y, de otra parte, es temerario afirmar que el que más tiene es el que más impuestos ha satisfecho.

B. VARIANTES ADVERTIDAS ENTRE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y LA LEY.

El panorama poco alentador de los fundamentales principios de la L. G. T. no mejora el descubrir esas «variantes» del derecho tributario con la teoría general del Derecho. Con una fórmula simplemente enunciativa, podríamos clasificar las mismas según se reflejan en la Ley General Tributaria o en los diversos textos de los impuestos que por razones de política legislativa están a cargo en su labor de gestión por los Registradores de la Propiedad.

1. En la Ley General Tributaria

- a) *El criterio de validez o nulidad.* El respeto que parece tratar de imponerse al principio de legalidad, aparte de los fallos ya señalados, sufre con el problema de los actos y contratos nulos un durísimo golpe injustificable desde ningún punto de vista: ni siquiera desde la mentalidad de la mayor recaudación. Creo que es poco serio, dañino para la mentalidad jurídica y atentatorio al más elemental sentido jurídico, el precepto del artículo 25, que ordena liquidar y recaudar el impuesto cuando el hecho imponible sea un acto o contrato, prescindiendo de los defectos intrínsecos o de forma que pudieran *afectar a su validez*.

No me atrevo a predicar en forma genérica, a pesar de que esté universalmente admitido, que los actos nulos de pleno derecho no producen ningún efecto, pero sí quiero destacar cómo la Ley General Tributaria hace aplicación de esta regla de derecho en el artículo 19, sancionando con tremenda dureza a las resoluciones administrativas que no se ajusten a lo que el artículo ordena, estableciendo *que serán nulas de pleno dere-*

cho. ¿Cómo es posible que artículos más avanzados en numeración vengan a decir todo lo contrario? Creo que este artículo contiene una gran violación a no sólo el artículo 4 del Código civil, sino a los artículos 41 y 59 de la Ley Orgánica del Estado y al artículo 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. La aplicación de los mismos obliga no sólo a los Tribunales, sino a todos los funcionarios y, en definitiva, a la organización jurídica entera, como dice DÍEZ PÍCAZO.

- b) *La capacidad de obrar en el orden tributario.* Es sorprendente la regulación que la Ley Tributaria hace de la capacidad de obrar, pues de una parte se sienta el principio—muy de acuerdo con la legislación civil—que por los que carezcan de capacidad de obrar habrán siempre de actuar sus representantes legítimos, pero luego parece que la mujer y los menores de edad pueden tener capacidad en aquellas actividades cuyo ejercicio le está admitido por el ordenamiento jurídico sin asistencia del marido o del que ejerza la patria potestad o la tutela (arts. 42 y 44).

Si esto es así, creo que sobra la última afirmación, pues ya el Código civil establece taxativamente los actos en los que tanto la mujer como el menor de edad (la legislación no se refiere para nada a otros supuestos de incapacidad) pueden actuar válidamente.

Lo que sí es paradójico es que a los sujetos pasivos carentes de capacidad se les exija la representación legal y en el artículo 25 se dé por válidos los contratos que ellos celebren. No hay que olvidar que en todo caso exige la ley prescindir «de los defectos intrínsecos o de forma...».

- c) *El domicilio y la residencia.* CABANILLAS había destacado este punto señalando cómo la L. G. T. al recurrir a la idea de residencia efectiva, en realidad lo que hace es transmutar la concepción voluntarista del domicilio, sostenido hoy en nuestro país por la casi totalidad de la doctrina civilista, por una concepción enteramente objetiva. Se sustituye así la idea de «domicilio» como criterio de determinación del ámbito de aplicación de la ley y su sustitución por el criterio de residencia.
- d) *La prescripción tributaria.* Igualmente, CABANILLAS puso de relieve el criterio distinto de la L. G. T. frente al Código civil, en cuya virtud la misma puede ser aplicada de «oficio» sin necesidad de que se invoque o excepcione por el sujeto pasivo (artículo 67). Ello no quiere decir, concluye el autor citado,

que la prescripción tributaria se convierta en una especie de *caducidad*, porque subsiste todavía otra de las características diferenciales como es la susceptibilidad de la interrupción.

Dentro de la teoría general del Derecho, en orden a la influencia del tiempo en la adquisición, conservación y pérdida de los derechos, suele estudiarse la figura del «plazo preclusivo» o término dentro del cual sólo pueden ser ejercidos los derechos concedidos. La legislación fiscal utiliza el sistema del plazo, pero no de carácter «preclusivo», pues simplemente se reduce a un plazo de cumplimiento, surgiendo del mismo las penalidades consiguientes si no se respeta. El incumplimiento del plazo no hace desaparecer el derecho, sino hace nacer a favor del Estado una sanción. Si el derecho desapareciese, al cumplirse el plazo, desaparecería el acto liquidable y la acción fiscal para su persecución.

- e) *La conservación del acto jurídico.* Hemos de citar nuevamente a CABANILLAS, que destaca en el artículo 11, 3.º, el principio de conservación de los actos jurídicos dictados en virtud de delegaciones o autorizaciones legislativas, estimando que *tendrán la fuerza o eficacia de las disposiciones administrativas*, aunque excedan de los límites de la delegación o autorización. Inteligentemente el autor citado nos habla en este caso de una modalidad o forma de *conversión* que trata de salvar a toda costa la norma administrativa.

Una aplicación rigurosa de los esquemas generales tendrá que conducir a la invalidez, a la ineficacia del acto de extralimitación de la autoridad administrativa, pero no es así. Con ello se establece una inexplicable jerarquía de normas estatales, diferenciando la norma legal y la norma administrativa.

Podrían señalarse más supuestos, como los de la limitación temporal de las exenciones o bonificaciones, así como los problemas de fraude y de interpretación a los que luego haremos una brevísima referencia. No es posible penetrar más en esta jungla legislativa en la que el jurista sale muy poco alentado.

2. *En los Impuestos de Transmisiones, Sucesiones y Actos Jurídico Documentados*

Respondiendo a una idea de penetración de lo jurídico en este singular campo de los Impuestos de Transmisiones, Sucesiones y Actos Jurídicos

Documentados, el legislador intuyó la necesidad de que los liquidadores *calificasen* los actos o contratos liquidables con arreglo a su *verdadera naturaleza*, aunque lo que en la realidad sucede es que tal principio de calificación jurídica se destruía luego dando por válido, fiscalmente hablando, lo que era nulo jurídicamente. Ello destruía el principio y dejaba mermadas las facultades de los liquidadores que se acercaban más en sus funciones a la figura del *funcionario público administrativo* que a la del funcionario público elevado por la ley a la categoría de jurista. La idea de la recaudación privó sobre la de la protección jurídica. Es más importante—desde el punto de vista fiscal—recaudar que dar cumplimiento al principio de la legalidad. El Estado de Derecho se transforma—parcialmente, por supuesto—en un Estado de recaudación. Hoy día, el principio de calificación, con las restricciones apuntadas, lo recoge el artículo 25 de la L. G. T. y el 7 del Texto refundido de los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales, Sucesiones y Actos Jurídicos Documentados. Al fallo de este principio le han sucedido otros varios, que sucintamente enumeramos:

- a) En la legislación vigente en el año 1947, el Reglamento de 7 de noviembre, gravaba o sujetaba al Impuesto de Derecho Reales el concepto de *HIPOTECA*, sin pensar que la hipoteca solamente podía ser gravada desde su existencia o constitución, y ésta se producía por su inscripción en el Registro de la Propiedad, pero para la previa inscripción y consiguiente nacimiento del concepto fiscal era preciso la liquidación, conforme al artículo 254 de la Ley Hipotecaria. El desconocimiento del legislador fiscal era notorio, pues en realidad lo que existía, antes de la inscripción, era un préstamo garantizado realmente con un gravamen pendiente de constitución. Hoy día, con más depurada técnica, en la legislación vigente más que destacar la figura de la «hipoteca» lo que se pretende gravar es el concepto del «préstamo» garantizado con la misma, haciendo viable la aplicación de la liquidación anticipada y previa a la inscripción en el Registro de la Propiedad conforme al anterior artículo de la Ley Hipotecaria.

Sin embargo, de diferentes artículos se deduce que la terminología empleada no es muy adecuada y en muchos de ellos se sigue aplicando el antiguo criterio de la «hipoteca» como figura sujeta. No creo que sea necesario recorrer terminológicamente la ley, pero quiero destacar un artículo desconcertante y poco acorde con esta especie de cambio conceptual del legislador, fiscal de nuestros días. Me refiero al artículo 56 del texto refundido de los Impuestos citados de 6 de abril de 1967, en el que

se equipara al concepto fiscal de «hipotecas» el de las «condiciones resolutorias» explícitas de las compraventas a que se refiere el artículo 11 de la Ley Hipotecaria.

- b) La transformación conceptual del antiguo «Impuesto de Derechos Reales y sobre transmisión de bienes», convertido hoy únicamente en «Impuesto de Sucesiones, Transmisiones patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», parece indicar que en el campo de las «transmisiones» únicamente deben tributar aquellos actos que jurídicamente supongan ese tránsito patrimonial que el concepto fiscal parece presuponer. Por ello, sería muy discutible, en el campo conceptual, por supuesto, ya que en el legal es preciso respetarlo, la sujeción de ciertos actos de «constitución» de ciertos derechos reales, sobre todo los de garantía, y determinadas figuras que en sí no llevan consigo transmisión.

La legislación viola, por supuesto, la esencia traslativa del acto sujeto al impuesto al «presumir» la existencia de transmisiones en determinados actos que supone contienen un acto traslativo. Me estoy refiriendo al «expediente de dominio» cuya esencia es la de habilitar al titular que carece de documento inscribible de un título para que pueda verificar la inscripción. Lo mismo sucede con las «actas de notoriedad» y las complementarias de documentos públicos.

- c) Siguiendo con las «transmisiones patrimoniales», si lo que se trata de gravar es el acto traslativo, sobra, por supuesto, el concepto de acto sujeto de los arrendamientos de obras y servicios de todas clases, en los cuales no existe transmisión patrimonial (art. 54, 6.º texto refundido, de 6 de abril 1967).
- d) En materia de «concesiones administrativas» también se observan ciertas desviaciones conceptuales. Si según la corriente más destacada, toda concesión supone la «constitución» de un hecho real sobre bienes de dominio público, es evidente que no debe figurar como concepto fiscal independiente, pues ya el número 2 del artículo 54 engloba la «constitución» «por contrato, acto jurídico o *administrativo*» de toda clase de derechos reales.

Aun la concesión permite más críticas. El artículo 61 del mismo texto refundido, a efectos fiscales, considera como concesiones a las «autorizaciones» administrativas (a la que aluden los artículos 126 y siguientes de la Ley del Patrimonio del Estado) que, como sabemos, se diferencian conceptual y metodológica-

mente de las primeras, no ya en el campo de lo civil, sino en el puramente administrativo. Registralmente fue clara su diferenciación en la conocida Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 18 de abril de 1969.

Rozando el tema de las «autorizaciones» administrativas, me viene a la memoria la tesis o el argumento desarrollado en la obra «Proceso por la sombra de un burro». Un mercader trataba de atravesar el desierto y alquila a un mulero el único burro de que dispone. El mercader se monta en el burro y a la mitad del camino desértico siente tanto calor que se apea del burro y en la sombra que éste proyecta intenta protegerse del sol. El mulero, propietario del burro, le advierte: «yo solamente le alquilé el burro, pero no su sombra»...La comedia sigue en torno a quién de los dos tiene razón. Pues bien, en esas autorizaciones administrativas para la explotación de sombrillas en las playas y en las zonas turísticas ¿qué concepto debe liquidarse?, ¿la autorización para colocar la sombrilla en terreno de dominio público, la sombra que ella proyecta variablemente sobre ese mismo dominio o ambas cosas a la vez?

El apunte hecho, que no pasa de ser un divertimento, no impide que nos fijemos en el número 23 de la Tarifa que sujeta al 2,30 por 100 el concepto de concesiones y, por otra parte, el 33, referente a los Actos Jurídicos Documentados, también las grava con quince pesetas. Conforme al artículo 100, 1.º c), quedan sujetas al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados las concesiones administrativas y conforme al artículo 54, 8.º de la misma ley quedan también sujetas al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales. Parece existir una doble tributación que trata de salvar el número 2 del artículo 100 al considerar «no sujetos» al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados los actos que ya lo estuvieren al Impuesto de Transmisiones, Sucesiones o Tráfico de Empresas. Intentando buscar la razón de esta duplicidad, se hace difícil encontrar concesiones distintas de las perpetuas, por tiempo ilimitado, no reversibles, temporales o revertibles que están ya aprisionadas legalmente con diferentes tipos en los números 23 a 27 de la Tarifa, correspondientes al Impuesto de Transmisiones.

- e) Problema serio y ya tratado con pulso firme es el de las «anotaciones preventivas». FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ (16), nuestro compa-

(16) FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, *El impuesto sobre actos jurídicos documentados*. Volumen II del *Sistema tributario español 1966*, Ed. Rev. Derecho Financiero.

ñero MANUEL GARCÍA GARCÍA (17) y CHINCHILLA RUEDA (18) se han ocupado del tema, siendo el segundo de los citados quien expone en forma completa las diversas teorías existentes. Mi posición es que liquidar algo que no existe conceptualmente, choca violentamente con mi sensibilidad jurídica. Si en vez de liquidarse el concepto *anotación* se hubiese acudido al «documento en que se solicite u ordene», otra cosa podríamos opinar.

- f) JOSÉ MENÉNDEZ (19) estudió con detenimiento algunos supuestos a los que me remito, pues no quiero excederme en un casuismo que haría poco «fácil» el tema elegido por mí para desarrollar estas notas.

El citado autor afronta los problemas conceptuales de la subrogación del artículo 1.209 del Código civil y su repercusión fiscal; la extinción de la obligación por pérdida o destrucción de la cosa debida del artículo 1.182 del mismo Código civil; la constitución de dote a favor de las hijas, conforme al artículo 1.343 del Código civil; la disolución de la sociedad por la voluntad o renuncia de uno de los socios, conforme al artículo 1.705 del Código civil; la problemática del artículo 1.842 del Código civil en orden a las facultades del fiador y el concepto de prescripción del artículo 1.930 del mismo Código.

Creo que esta serie de problemas ofrecidos pueden servir de guía o pauta para darse cuenta de lo poco que la legislación fiscal ha asimilado las enseñanzas jurídicas de los Derechos de los cuales pretende nutrirse. Enumerar más casos y supuestos haría interminable esta disertación, por lo cual paso, sin más, a la problemática de fondo que esta falta de juridicidad plantea en la aplicación e interpretación de las normas por los funcionarios encargados de velar por su observancia.

C. MODO DE PROCEDER E INTERPRETAR LA NORMA FISCAL

Si la falta de carácter jurídico de una norma fiscal le resulta patente al funcionario encargado de aplicar o interpretar la misma, ¿cómo debe proceder en su actuación? Sin querer, estamos planteando de nuevo el

(17) J. M. GARCÍA GARCÍA, «Liquidación de anotaciones preventivas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre, núm. 480, 1970.

(18) R. CHINCHILLA RUEDA, «El concepto fiscal de anotación preventiva de embargo y la reforma tributaria de 1947», *Rev. Derecho Privado*, 1951.

(19) J. MENÉNDEZ, «La normativa del Código civil y los impuestos de transmisiones patrimoniales y de sucesiones», *Rev. Derecho Notarial*, 1967.

viejo problema de qué es lo que debe prevalecer: *el principio de justicia o el de seguridad*.

Comprenderéis que este viejo problema ha sido muy discutido por la doctrina y que sobre el mismo se pronunciaron diversas posturas en el Tercer Congreso del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica, celebrado en Roma durante los años 1937-1938. Cito, como importantes aportaciones, las de LOUIS DE LE FUR, Catedrático de Derecho Internacional de París; el reverendo padre JOSÉ T. DELOS, Profesor de la Facultad Libre de Lille, y la aportación singular de GUSTAVO RADBRUCH, ex catedrático de la Universidad de Heidelberg.

En nuestra Patria, los nombres de RECASENS SICHES y de LEGAZ LACAMBRA deben servir al oyente para estimar abordable y acotado el tema. Debo citar un valiosísimo trabajo de MANUEL DE LA PLAZA NAVARRO (20) sobre este punto, en el que se adopta, como luego veremos, una postura intermedia.

Cuando una ley atenta contra los fundamentos de lo justo, no es Derecho y parece que carece de fuerza de obligar; no puede presentarse como un deber obligatorio, sino tan sólo como una necesidad condicional. El deber de garantizar la justicia, que obliga al Juez a establecer un Derecho auténtico y no una negación del mismo, le prohíbe aplicar este tipo de leyes. ¿Pero es lo mismo la postura judicial que la del funcionario fiscal?

En nuestro Derecho civil se parte de la base, en lo que a los Tribunales de Justicia de refiere, que no pueden eludir el fallo judicial a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes (art. 6 de lc. c.) que repiten el Código penal, en el artículo 357; la Ley Orgánica del Poder Judicial, en sus artículos 8 y 245 y siguientes; la ley de Enjuiciamiento Civil, en los artículos 361 y 903 y siguientes; así como la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los artículos 757 y siguientes.

Bajo la idea que expuso con gran brillantez nuestro anterior Ministro de Justicia, Ruiz Jarabo, en la apertura del año judicial de 1973, y en la cual se afirmó que «el Estado de Derecho tiene el deber ineludible de hacer cumplir las leyes», no cabe en el funcionario público ostente un posible derecho de revisión, un poder de desistir de la decisión o una facultad de juzgar críticamente las leyes valiéndose de un método objetivo que se deriva de la esencia y de la idea del Derecho. No, aquí no caben estas actitudes. Conforme al artículo 17 del Fuero de los Españoles, «todos los órganos del Estado actuarán conforme a un orden jerárquico de normas establecidas, que no podrán arbitrariamente ser interpretadas ni alteradas». Es decir, el funcionario público, aun revestido del manto

(20) M. PLAZA NAVARRO, «Justicia y seguridad», *A. D. Civil*, 1956.

de lo jurídico para su actuación fiscal, no tiene la libertad ni la gran satisfacción del filósofo o del moralista, de olvidarse del derecho positivo haciendo su crítica y valoración, aunque con ellos, como expresa GEORGES RENARD, «Contempla el cielo; pero a través de los barrotes de una prisión».

Predomina, por tanto, en nuestro sistema el principio de *seguridad* por encima del de *Justicia*. No obstante, cabe añadir a estas conclusiones unas ideas de LEGAZ LACAMBRA, quien al plantearse el problema de los dos principios dijo acertadamente: Justicia y seguridad son evidentemente realidades distintas; pero cuando de aquélla se abstrae la idea de seguridad, la justicia o es una pura idea o una mera virtud del individuo; y, por el contrario, cuando de la idea de seguridad abstraemos la de justicia, es la primera una fuerza dominadora de la existencia que carece de todo sentido ético. Ambas necesidades, pues, han de implicarse y tiene una zona de interferencia que es el Derecho, donde la seguridad constituye un orden que está dotado de intrínseca justificación.

En lo que se refiere a la interpretación, caso de que ésta pudiera quedar en manos del funcionario liquidador del impuesto, aparentemente se dicta una disposición invocando como regla fundamental la de que las disposiciones «se interpretarán con arreglo a los criterios admitidos en Derecho» y que los «términos empleados» se deberán entender conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda, no admitiéndose la analogía para extender el ámbito del hecho imponible, las exenciones o bonificaciones. CABANILLAS dice que todo ello no puede significar más que un mandato que el Estado se dicta a sí mismo, o es una pura instrucción de régimen interior, aunque tal vez sea su más hondo sentido el de desterrar lo que con frase feliz se ha podido llamar «interpretatio pro fisco», es decir, una interpretación fundada más en criterios económicos que jurídicos. El destierro de la «interpretatio pro fisco» merece una justa condena, aunque no parece, según dice el autor citado, que sea la ley el lugar sistemáticamente más adecuado para disponer una condena.

D. EL FRAUDE, LA AMENAZA Y LA CONCIENCIA FISCAL

Qué fácil hubiese sido definir el fraude fiscal bajo los cánones jurídicos. En la conceptualización general del Derecho existe fraude cuando se dan, como señala CABANILLAS recogiendo a la doctrina civilista, los siguientes requisitos: a) Defraudación de una norma jurídica; b) Existencia de una norma de cobertura; c) Intrascendencia del propósito efectivo perseguido por el autor. En suma, comete fraude el que amparándose en una norma jurídica que no ha sido dictada para protegerlos,

obtiene un resultado contrario a otra norma jurídica. El artículo 24,2 de la L. G. T., al hablar de «hechos realizados con el propósito probado de eludir el impuesto», hace desaparecer la concepción objetiva del fraude, situándolo en la objetiva, haciendo desaparecer el juego de la ley defraudada y de la ley de cobertura, que es lo característico del puro fraude, para situar el centro de gravedad en la «producción de un hecho equivalente».

Prescindiendo de las ideas de coacción, vinculación y cumplimiento a que antes hemos aludido, siguiendo la tesis de Kelsen, conviene destacar aquí la idea de la *amenaza* unida a la de la pena, característica ésta muy frecuente en la legislación fiscal. Con PONT MESTRES, en el trabajo ya citado, es preciso señalar «que las leyes meramente penales adquieren su más exacta significación, en cuanto sirven para distinguir entre leyes tributarias justas y leyes tributarias injustas. Si la ley es injusta, lo es también la pena con que se sanciona su incumplimiento. De ahí que debamos reconocer que la vía idónea para superar realmente la concepción de las leyes tributarias como leyes meramente penales, esté, más que en convencer a los moralistas de la fundamental misión de la ley fiscal en nuestro mundo actual, en producir un Derecho financiero correcto, que sea rectamente aplicado. Con DE CASTRO podría decirse que «la perfección de un ordenamiento positivo se muestra por el grado en que logra moralizar a la sociedad» y al conseguirse esta perfección, merced a un Derecho financiero correcto, el mismo colaborará a la moralización de los contribuyentes.

Ello nos da paso—obligado y breve—para el tema de la conciencia fiscal. Creo que he preguntado alguna vez en alguna publicación ¿cómo es posible que podamos pensar en una conciencia fiscal cuando en la elaboración de las leyes fiscales se aumentan los tipos impositivos para prevenir el fraude? Con el autor antes citado, podríamos decir que el deber fiscal sólo arraiga en la conciencia moral cuando el sentimiento de justicia que emerge de la vida psíquica, coincide o se aproxima al acontecer tributario exterior. En otro caso subsiste como obligación impuesta, pero no como deber vivenciado. Todavía no se ha logrado un ordenamiento jurídico-tributario acorde con el Derecho financiero. Derecho, legalidad y realidad discurren por sendas diferentes.

IV. LO REGISTRAL EN RELACION CON LO JURIDICO Y LO FISCAL

La pauta del epígrafe que elegimos nos puede dar la obligatoria distinción entre las relaciones que el Derecho Hipotecario o Registral tiene

con lo jurídico y las que ofrece frente al fiscal, al cual históricamente se encuentra vinculado por razones de servicio al Estado.

A. EN RELACIÓN CON LO JURÍDICO

La legislación hipotecaria, parte diferenciada del Derecho de Cosas, goza en nuestro ordenamiento de la autonomía que un grupo de normas diferenciadas le otorga al regular un aspecto peculiar de la constitución y desenvolvimiento de los derechos reales sobre los bienes inmuebles. De la publicidad de los actos referentes al tráfico jurídico inmobiliario se ocupa preferentemente esta rama destacada del Derecho de Cosas.

La penetración de lo jurídico en esta rama del Derecho creo entender que se opera por tres cauces decisivamente importantes: la construcción dogmática de los principios que rigen la materia, la protección judicial que los asientos del Registro tienen y la garantía de que los principios de justicia y seguridad se hacen efectivos a través del principio de calificación registral. Es curioso apuntar que la deseada unidad de criterios en este punto de seguridad y justicia, se hace realidad en esta materia, en la que la amplitud de funciones otorgadas al órgano calificador permite su posible coordinación.

- Dentro de la Ley Hipotecaria existen normas que podríamos clasificar, siguiendo a DÍEZ PICAZO, en de conducta, de estructura, arbitrarias, formales, adjetivas, etc. y a su lado el juego de unos principios sustanciales que dan base y fundamento al sistema hipotecario. En las normas citadas, la juridicidad puede tener poca trascendencia, pues ni plazos, ni requisitos, ni circunstancias, ni formas, pueden traspasar los límites de lo arbitrario para convertirse en auténticas normas de Derecho. La verdadera norma, como indica el autor citado, es siempre una formulación sobre la justificación de una pretensión y sobre la decisión que un conflicto debe decidir. Lo único que ocurre es que el supuesto de hecho es muchas veces complejo y abarca el conjunto de condicionamientos y de procedimientos que han de ser tenidos en cuenta.

Los *principios hipotecarios* son los que verdaderamente encarnan la naturaleza jurídica del sistema y hacen compatible los principios de justicia y seguridad. Creo que es muy difícil postular antijuridicidades en los mismos, pues desde la rogación o petición de protección para el derecho que ha de inscribirse, hasta la legitimación y fe pública registral, pasando por la prioridad, especia-

lidad y tracto, tienen los suficientes argumentos para poder defender sus razones jurídicas. No obstante, cabría apuntar que cierto principio, cual el de la prioridad, podría poner en duda los argumentos éticos que pueden sustentarlo, si no fuese porque el Código civil, principal pieza de nuestro rodennamiento, da solución prioritaria al tenebroso problema de la doble venta, conforme al criterio que inspira el artículo 17 de la Ley Hipotecaria en una de sus posibles proyecciones. De otra parte, el principio de fe pública registral, de importación puramente germánica, pudiera representar un exceso en un sistema latino de protección en el que la inscripción no es constitutiva. Creo que podríamos consultar en este punto la sugestiva tesis mantenida sobre todo ello por TIRSO CARRETERO (21) en su ponencia del Primer Congreso Internacional de Derecho Registral.

- La protección judicial que a los asientos registrales ofrece la autoridad judicial, supone la garantía de que el principio de justicia está patente en los asientos que se practican, los cuales sólo pueden ser modificados por virtud del consentimiento de su titular o por medio de la decisión judicial. Es decir, aquí queda plenamente patente el principio de seguridad jurídica a que tienen derecho todos los españoles, conforme el artículo 17 del Fuero de los mismos, y que se diversifica en una seguridad jurídica o judicial, representada por la intervención de la autoridad judicial, y una seguridad del tráfico jurídico inmobiliario a través de los pronunciamientos registrales.
- La calificación registral. Sabréis disculparme el que no os explique toda la grandeza y la servidumbre jurídica que encierra nuestra principal labor que nos da rango, privilegio y caracteres propios frente a los funcionarios públicos.

En el ejercicio de la función, sin embargo, existen casos, y cito la Resolución de 16 de julio de 1971, en el que la insistencia de un aspecto poco jurídico desvalorizó la misma. Este caso hacía realidad aquella frase que cuenta con mucha gracia Francisco González Dabra—Oficial de Registros—al decir que *la pega es inherente a la función*.

En la propensión a la finalidad—decía GONZÁLEZ PALOMINO (22)—se diferencia realmente el jurista del leguleyo y del buró-

(21) T. CARRETERO GARCÍA. «Principios hipotecarios y el Derecho comparado». Ponencia del I Congreso Internacional de Derecho Registral. Buenos Aires, *Revista de Derecho Registral*, núm. 1, 1974 (Centro Internacional de Derecho Registral).

(22) J. GONZÁLEZ PALOMINO, *ob. cit.*

crata. El leguleyo es idólatra de la letra de la ley; el burócrata lo es del requisito; el jurista, de la justicia jurídica del caso concreto, para lo que usa la ley instrumentalmente, dándole cumplimiento funcional. Uno de los deportes favoritos del jurista de pura sangre es la «caza del requisito»; pero la caza en sentido «venatorio»: para desrequisitar los requisitos. Porque la mentalidad jurídica es «antiburocrática», por esencia, presencia y potencia. El jurista se esfuerza en resolver los problemas. El burócrata en poner dificultades. Lo primero requiere estudio y talento. Lo segundo no.

Por puro entretenimiento, cabría echar sobre el tapete el problema de la aptitud o no para el ejercicio de esta función por parte de las mujeres, muchas de las cuales militan en nuestras filas y están ya al borde de alcanzar la plenitud de sus derechos civiles. Para animar el coloquio que seguirá a estas palabras, ofrezco la opinión de un gran soltero y fabuloso jurista: ALVARO D'ORS (23).

En los momentos actuales en los que se acerca el logro de la anhelada igualdad de derechos entre hombre y mujer y que parece haber tocado techo la llamada «realización» femenina, merece la pena brindar a dos ilustres compañeras oyentes de estas notas—Consuelo Movellán y Beatriz Blesa—la oportunidad de que pasen de su paciente, comprensiva y afectuosa escucha al posible ataque que mis opiniones les puedan sugerir.

Dice ALVARO D'ORS que en la labor interpretativa de las leyes existen dos tipos de mentalidad profesional: los ordenancistas y los justicialistas. Como tipos intermedios examina el caso de las mujeres y dice que «tampoco debemos tomar en consideración a las mujeres, por que es un hecho reiteradamente comprobado que con ser capaces, de especial inteligencia, carecen, sin embargo, de aquella limitación que impide volar al pensamiento, como desprendido de los datos formales y concretos que constituyen el marco imprescindible del jurista, a la vez que carecen de aquella capacidad de *generalización* que impide apegarse excesivamente a los accidentales datos personales del caso. Así suele la mentalidad femenina pasar rápidamente de una baja visión, puramente afectiva, de la circunstancia humana del conflicto a estratosféricos ideales de justicia, sin detenerse en aquella zona intermedia, de generalización realtiva y concreta, que constituye la atmósfera donde habita el hombre de leyes. En un detalle puede apreciarse característica de la mentalidad femenina, en la

(23) A. D'ORS, *Una introducción al estudio del Derecho*, Rialp, 1963.

medida en que permanece fiel a sí misma: en la repugnancia que normalmente sienten las mujeres para plantear los problemas jurídicos de términos de 'Ticio y Cayo'. Por lo demás, esta inidoneidad de la mujer para el oficio jurídico es congruente con el hecho de que siguen siendo pocas las jóvenes que eligen la carrera de Derecho, pero aún es mucho más reducido el número de aquellas que lo hacen guiadas por un interés profesional...».

Esto lo escribía ALVARO D'ORS en el año 1960, y catorce años después algunas de sus consideraciones vienen desmentidas. En un coloquio que mantuve en un Seminario de Derecho Hipotecario, mis dos primeros oponentes—Ana María Viola y María Teresa Guerreira—me pusieron en serios aprietos calificadores. Lo que sí me da pena es que la mujer pase de su condición de protegida a la zona neutra de la igualdad. Pienso en las costumbres holgazanas o de Córdoba, que concedían gananciales a las barraganas y sin querer rezo responsos por esa constante y subterránea pérdida de derechos.

B. EN RELACIÓN CON LO FISCAL

Por una serie de razones históricas que no son del caso explicar en estos momentos, la gestión y liquidación de los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales, Actos Jurídicos Documentados y Sucesiones están a cargo de los Registradores de la Propiedad en los Partidos Judiciales, donde no exista Abogacía del Estado o Subdelegación de Hacienda. Por virtud de atribución en el cargo de Registrador de la Propiedad, se unen también el de funcionario público encargado de la gestión y liquidación del Impuesto, aparte de ser Inspector de Tributos.

No podemos descender a enumerar las ventajas e inconvenientes que este trabajo lleva consigo y de las repercusiones favorables o adversas que la reunión en una sola Oficina ha provocado en orden a la registración, pues aquella frase de *pasar por el Registro* lo han entendido muchas regiones españolas limitado a la práctica de la liquidación. Aquí nos vamos a referir única y exclusivamente a las posibles interferencias que el funcionario tiene en su doble carácter de Liquidador y Registrador, sobre todo pensando en su facultad calificadora, y a la necesidad de una previa liquidación para la práctica de los asientos registrales.

- a) *La calificación fiscal* Ya hemos visto cómo el funcionario público encargado de la calificación fiscal, aunque deba ajustarse a la verdadera naturaleza del acto o contrato para decidir la inclusión

o no dentro de los actos liquidables, tiene una doble limitación, en cuanto que con arreglo al artículo 17 del Fuero de los Españoles es preciso que se sujeten «a un orden jerárquico de normas preestablecidas, que no podrán ser interpretadas ni alteradas» y, de otra, en cuanto que no puede penetrar en la naturaleza intrínseca del acto para deducir o no su validez o nulidad, pues aunque decidiera su nulidad, debería ser liquidable el acto.

Esto último significa un gran retroceso, ya que la calificación jurídica no se ve influida por un principio de estricta legalidad, cosa que en el Reglamento de 14 de enero de 1873 (artículo 73), como recuerda BAS Y RIVAS, no sucedía, pues el mismo decía que: «No se exigirá el impuesto por el documento o contrato que adolezca de vicio de nulidad». También el actual artículo 25 de la L. G. T. y el correspondiente del Texto refundido de los Impuestos de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados (art. 7) no se ajusta mucho a la idea que proclamaba la Orden de 30 de marzo de 1901, cuando exigía que para determinar el concepto fiscal o gravable de un determinado acto, ha de atenderse a su condición y sentido como institución de Derecho civil.

De ello parece deducirse que, por supuesto, la calificación fiscal no puede en ninguna forma *vincular* la que posteriormente debe hacer el Registrador de la Propiedad en orden a la capacidad, las formalidades extrínsecas y la validez de los actos dispositivos, máxime cuando en determinados casos compraventas típicas en su aspecto puramente civil, deben ser liquidadas por la escala de las herencias cuando el tipo impositivo fuese mayor (art. 74 del texto refundido), concesiones administrativas confundidas con autorizaciones, sólo las primeras son inscribibles y no las segundas (art. 61 del mismo texto), condiciones resolutorias con hipotecas (art. 56 del mismo texto), el caso de compraventa con ejecución futura de obra nueva en el que no se señala precio y sí valor para la futura obra, lo que obliga a estimar al liquidador la existencia de un contrato de compra de terreno y comprobar el valor del mismo por los medios de comprobación a efectos de girar liquidación, aunque jurídicamente el contrato sea nulo. Es decir, hay una total separación de calificaciones, pues una se mueve en el campo de la burocracia y otra en el jurídico.

Hasta tal punto es *inocua* la calificación fiscal para la prác-

tica de los asientos registrales, que el artículo 414 del Reglamento Hipotecario, que desarrolla el 254 de la Ley Hipotecaria, dispone que «...los Registradores se abstendrán de calificar cuanto se relacione con la liquidación y nota indicada, sin perjuicio de poner en conocimiento de la Delegación de Hacienda respectiva los errores o diferencias que advirtieran, si lo estimarán procedente». Repite la misma idea el artículo 114,6 del Texto refundido, de 6 de abril de 1967 y las Resoluciones de la Dirección General de 10 de agosto de 1940, 25 octubre de 1945 y 19 de noviembre de 1947.

El hecho de haber concedido a los Liquidadores de partido la facultad calificadora para que el tributo se aplique conforme a la naturaleza de los actos, es un reconocimiento del carácter jurídico en que se apoyan dichos funcionarios y aunque legalmente existan restricciones que reduzcan el ámbito conceptual en que deben moverse, lo cierto es que sólo beneficios pueden lograrse con esta atribución hasta que pueda llegar el momento en que lo jurídico penetre plenamente en el campo fiscal.

De entre las limitaciones legales al desarrollo de la función calificadora—aparte las vistas en orden a la nulidad y anulabilidad—existe la del mecanismo de la fijación de la base liquidable, en la que los medios más que jurídicos son económicos y aunque los mismos tengan repercusiones registrales, creo que no merece la pena profundizar en el problema.

- b) *La previa liquidación.* Desde la primitiva Ley Hipotecaria de 1861, el Registro de la Propiedad se convirtió en auténtico guardián, inspector nato, podríamos decir, del pago de los impuestos, ya que para poder verificar cualquier inscripción se hace preciso acreditar el pago o la exención de los impuestos que se establezcan por la ley. Así lo disponía el artículo 244 de la primitiva ley y lo repite hoy el 254 de la vigente, añadiéndose por el Reglamento Hipotecario en el artículo 51, que debe hacerse constar en la inscripción si se satisfizo o no el impuesto, si se declaró exento y si, en su caso, se archivó la carta de pago.

No voy a caer en la tentación de hacer la crítica de estas disposiciones que mediatizan, retrasan y entorpecen la práctica de la inscripción y de la fluidez del tráfico jurídico, pues ello ya se ha hecho con reiterada insistencia y profundidad. Únicamente cabe aquí apoyar esa moción del Seminario de Derecho Hipotecario de Aragón que, en un artículo de nuestro *Boletín de*

Información (24), abogaba por una aplicación extensiva del artículo 196 del Texto refundido del impuesto o una aplicación analógica de lo que dispone el arbitrio de plusvalía: es suficiente con que el documento se haya presentado a liquidación para que el mismo pueda inscribirse.

Las exigencias de la vida moderna harán que todo ello se produzca en una próxima reforma fiscal, a imagen y semejanza de esa serie de casos en los que se permite la inscripción sin previa liquidación y que en otro lugar cito (25). La forma actual de enfocar este problema entiendo que está desfasada, pues contando el Estado con una serie de recursos para el cobro de los impuestos, afecciones hipotecarias, inspección y vigilancia, es evidente que existen argumentos más que suficientes para que un requisito de carácter fiscal—nada jurídico, por supuesto—entorpezca la protección registral en forma definitiva de los actos jurídicos.

Si bien el Registro de la Propiedad, por su carácter público, no puede ser un instrumento al amparo del cual se pueda amparar un fraude fiscal, es evidente que su finalidad de protección del tráfico jurídico no deba ser supeditada al cumplimiento de un requisito fiscal que queda debidamente garantizado, con repercusiones para tercero—en los libros registrales. De cualquier forma, en esta política legislativa se viene a demostrar la gran función social, fiscal y comunitaria que el Registro de la Propiedad ha prestado y seguirá ofreciendo.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ
Registrador de la Propiedad

(24) Interpretación de los artículos 254 y 255 de la Ley Hipotecaria. *Boletín de Información*, 1972, pág. 391.

(25) J. M.^a CHICO ORTIZ, E. CABALEIRO y V. AGERO HERNÁNDEZ, *Manual del Registro de la Propiedad*, Madrid, 1966, págs. 297 y ss.

El tercero civil, el tercero hipotecario y sus protecciones en nuestro Derecho

(Estudio sobre un concepto unitario de tercero hipotecario) ⁽¹⁾

SUMARIO: PRIMERA PARTE.—I. *Introducción.*—II. *El tercero en el Derecho:*

A) *Acepciones de la palabra tercero. Sentido en que se emplea en Derecho.*

B) *El tercero de la relación jurídica:* a) Concepto de tercero: 1) Tercero en sentido amplio. El tercero simple o genérico. 2) Tercero en sentido menos amplio. El tercero conexo o tercero concreto meramente posicional. 3) Tercero en sentido estricto. El tercero afectado. 4) Tercero en sentido restringido. El tercero perjudicado.—b) Elementos del concepto de tercero en sentido restringido: 1.º Relación jurídica determinante. 2.º Relación jurídica conexa. 3.º Conexión de las relaciones. Conexión objetiva: *ob rem* patrimonial y mixta. Conexión subjetiva: inmediata y mediata. Conexión en derivación y conexión en concurrencia. Conexión en colisión. 4.º Afección negativa. Afección total y afección parcial. Afección actual y afección latente.—c) Clasificación de los supuestos de tercero en sentido restringido: 1) Supuestos de conexión en derivación. 2) Supuestos de conexión *ob rem* en colisión y conexión subjetiva. 3) Supuestos de conexión patrimonial. 4) Supuestos de conexión mixta. 5) Supuestos de solo conexión objetiva.—d) La sucesión hereditaria como relación conexa y los supuestos de tercero en sentido restringido que pueden originarse con ocasión de la sucesión hereditaria, especialmente de la testamentaria. e) Reglas generales de la afección negativa.—C) *El tercero del negocio jurídico.*

(1) Un avance de este trabajo fue presentado en la sesión del Seminario de Derecho Hipotecario de Extremadura, celebrado en Cáceres el 25 de enero de 1975. La mayor extensión que desde entonces le hemos dado nos aconseja dividirlo en tres partes, siendo esta primera introducción de las dedicadas al tercero civil y al tercero hipotecario.

PRIMERA PARTE

I. INTRODUCCIÓN.

La Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 alude a «una exagerada exégesis que, en gran parte, motivó las dudas que con harta frecuencia se han suscitado sobre el valor conceptual de tercero».

Y ciertamente, los esfuerzos de nuestra doctrina hipotecarista anterior a dicha ley, en relación con el concepto de tercero, se concentraron principalmente en la exégesis de los artículos 23 y 27 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, reproducidos por las posteriores, con los dispares resultados que cabía esperar de los distintos planteamientos de que partían dichos artículos (2).

La distinción entre tercero favorecido y tercero perjudicado por la inscripción, con que algunos hipotecaristas intentaron conciliar esos artículos, no satisfizo a otros, que discutieron si el verdadero tercero hipotecario era el del artículo 23 ó el del artículo 27.

Al margen de esta discusión y a finales de la época aludida, el sector doctrinal llamado germanista sostuvo que el único tercero hipotecario de nuestro sistema es el que se halla en posición que le hace merecedor, si concurren ciertos requisitos, de la protección condensada en el llamado «principio de fe pública», tercero que, aunque en forma borrosa, concretaba el artículo 34 de la Ley Hipotecaria entonces vigente, de 10 de diciembre de 1909.

Los autores de la Ley de 1944 se decidieron por esta opinión y suprimiendo dichos artículos 23 y 27 llegaron a afirmar que «habían allanado las dudas al precisar el concepto de tercero en el artículo 34 reformado», añadiendo: «A los efectos de la *fides* pública, no se entenderá por tercero el *penitus extraneus*, sino únicamente el tercero adquirente, es decir, el causahabiente de un titular registral por vía onerosa.»

La supresión del desafortunado artículo 27 terminó con la antigua discusión, pero la afirmación de que el concepto de tercero está precisado en el artículo 34 de la Ley de Reforma Hipotecaria, no fue aceptada por

(2) Aunque para los lectores de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* resulte manifiestamente innecesario, recordamos que los artículos 23 y 27 de las Leyes Hipotecarias anteriores a la de reforma de 1944 decían: Artículo 23. Los títulos mencionados en los artículos 2.º y 5.º que no estén inscritos en el Registro no podrán perjudicar a tercero. Artículo 27. Para los efectos de esta Ley se considera como tercero aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito.

un importante sector doctrinal, el cual sostiene que, además de ese tercero, hay en nuestro sistema hipotecario el tercero que se halla en posición que le hace merecedor, si concurre cierto o ciertos requisitos, de la protección condensada en el llamado «principio de inoponibilidad», recogido en el artículo 32 del texto oficial de Ley Hipotecaria aprobado por el Decreto de 8 de febrero de 1946, en esencia el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861.

En conclusión, pese a la censura de los autores de la Ley de 1944 y pese a su intento de reducir el concepto de tercero hipotecario al del artículo 34 de dicha ley—y de la vigente—, una nueva discusión, más apasionada que la antigua, divide a nuestra doctrina hipotecarista en dos sectores: el que sostiene que en nuestro sistema hipotecario no hay más tercero que el destinatario de la *fides* pública, el llamado «tercero germánico», y el que defiende que además de ese tercero hay el destinatario de los preceptos inspirados en el principio de inoponibilidad, el llamado «tercero latino» (3).

Así han surgido las tesis «monista» y «dualista» del concepto tercero hipotecario.

Creemos que la tesis dualista es actualmente dominante, y decidiéndonos por ella estimamos conveniente «unificar» los terceros hipotecarios en un concepto que convenga a todo tercero destinatario de cualquier protección dispensada por nuestro sistema registral o hipotecario.

Esta unificación es difícil porque las diferencias entre las posiciones de los terceros germánico y latino son tan profundas que nada tiene de extraño ver en ellos personajes distintos.

Sin embargo, si la «afección» a tercero de las construcciones jurídicas vinculantes se toma en el sentido que oportunamente explicaremos, puede llegarse al concepto «tercero en sentido restringido» o «tercero perjudicado» y partir de este concepto para llegar al de cualquier «tercero cualificado», entre ellos el tercero hipotecario.

Adelantando las conclusiones a que llegaremos en este trabajo, dire-

(3) LACRUZ BERDEJO sintetiza las posiciones de tercero protegidas por nuestro sistema hipotecario en los dos esquemas siguientes: «a) Secundus vende una finca a Primus, y posteriormente (cuando, pues, ya no es propietario) vuelve a venderla a Tercius, quien se adelanta a inscribir su adquisición. b) Primus vende una finca a Secundus, pero la compraventa es anulable, resoluble, etc. Secundus vende a su vez a Tercius, quien inscribe su adquisición antes que se anote la demanda de nulidad, resolución, etc.» Tercius del esquema a) es el tercero latino, y Tercius del esquema b) es el tercero germánico. En estos esquemas se plantea un supuesto de conexión de relaciones en colisión y otro de conexión de relaciones en derivación. Pero el esquema a) sólo da una leve idea de los supuestos de conexión en colisión. Indagar y sistematizar estos supuestos ha sido la labor más ardua de este trabajo, a la que temerariamente nos lanzamos convencidos de que una clara exposición del concepto de tercero hipotecario exige la previa de las situaciones que generan ese tercero.

mos que para nosotros tercero hipotecario es «el tercero en sentido restringido de una relación jurídica inmobiliaria, no protegido por el Derecho civil y que protege el Derecho hipotecario si inscribe o anota, según los casos, la relación jurídica, también inmobiliaria, en conexión con aquella de la que es sujeto activo».

Decimos «el tercero en sentido restringido», pero no todo tercero en sentido restringido, sino solamente el que no estando protegido por el Derecho civil, es protegido por el Derecho hipotecario. El tercero hipotecario es, pues, un tercero seleccionado del tercero en sentido restringido. Hecha la selección el único requisito para ser protegido por el Derecho hipotecario es que inscriba o que anote, según el caso, el título de que derive su derecho.

Naturalmente, el tercero en sentido restringido es concepto extraído de otro concepto más genérico. Este tercero genérico y los terceros concretos no seleccionados por el Derecho en vista de una protección, pueden ser comprendidos en la rúbrica «el tercero en el Derecho».

II. EL TERCERO EN EL DERECHO.

Contemplamos aquí el tercero no destinatario de normas de protección (4).

Así considerado el tercero está en el Derecho, pero no es el tercero a que el Derecho se dirige, no es el tercero del Derecho. El tercero en el Derecho es resultado de la dinámica de las construcciones jurídicas vinculantes. Mientras el Derecho no valore este resultado y lo altere con

(4) Nuestros antiguos hipotecaristas iniciaban el estudio del tercero hipotecario adentrándose en los intrincados problemas que surgían de los principales artículos de nuestra Ley Hipotecaria, lo que sin duda contribuyó a extender la creencia de que se trata de un personaje misterioso, sólo conocido por los especialistas del Derecho Hipotecario. FELICÍSIMO CASTRO resaltó que nuestra Ley Hipotecaria no ha elaborado un concepto de tercero, como tampoco ha construido los de nulidad y rescisión, sino que estos y otros conceptos los recibe elaborados del Derecho civil. Y ROCA SASTRE, después de referirse a las opuestas opiniones sobre el artículo 27 de las anteriores Leyes Hipotecarias, dice en la primera edición de su *Derecho Hipotecario*: «El concepto de tercero a los efectos del Registro no es tan complejo ni de tan difícil configuración. Lo que conviene en este punto es emplear un proceso de simplificación a base de un buen enfoque del problema. Para ello, antes de determinar quién es tercero a los efectos hipotecarios, conviene precisar quién es tercero en el orden civil puro.» El camino señalado por ROCA SASTRE es el acertado, que procuramos seguir. En el orden civil puro examinamos primero la simple posición de tercero y después esa misma posición con sus consecuencias jurídicas, todo lo cual comprendemos en la rúbrica «el tercero en el Derecho». En este tercero el Derecho no interviene en las consecuencias jurídicas de la posición de tercero. Cuando lo haga surgirá el tercero del Derecho.

sus normas, el tercero no es personaje del Derecho, sino comparsa o acompañante de los verdaderos personajes.

A) *Acepciones de la palabra tercero. Sentido en que se emplea en Derecho*

La palabra «tercero» es un adjetivo que determina el puesto o lugar que una persona o una cosa ocupa en un conjunto ordenado. El Diccionario de la Real Academia da el siguiente significado: el que sigue inmediatamente al segundo.

Se emplea también sustantivada para significar, según el mismo Diccionario, «la persona que no es ninguna de dos o más de quienes se trata».

Se aprecia que al sustantivar la palabra tercero se altera y se restringe su significado, pues se aplica únicamente a las personas y se prescinde de toda referencia a un orden entre ellas.

Sustantividad y, por tanto, carente de toda idea de ordenación, es como la palabra tercero se emplea en Derecho para designar la persona que no es ninguna de las que integran una construcción jurídica vinculante (5).

La construcción jurídica vinculante conceptualmente más amplia es la relación jurídica. Por ello, para obtener la máxima generalización del concepto de tercero lo referiremos a la relación jurídica, sin perjuicio de ocuparnos después del tercero del negocio jurídico.

B) *El tercero de la relación jurídica (6)*

a) *Conceptos*

Aunque referir el concepto de tercero a una relación jurídica supone una determinación de aquél, caben distintos grados de determinación

(5) En Derecho el tercero no es necesariamente la persona que en una situación aparece después de otras dos. Prescindiendo de las situaciones en que figuran más de tres personas y de las que originan terceros recíprocos, el verdadero tercero—que llamamos tercero en sentido restringido—aparece siempre después que las partes en las situaciones de conexión en derivación—tercero adquirente—. Pero en las situaciones de conexión en colisión el tercero puede aparecer en segundo lugar, como sujeto activo de la relación primera en el tiempo—acreedor de la enajenación en fraude de acreedores—. Si se quiere conservar la idea de orden en el tercero en Derecho, hay que referirla al proceso de apreciación de la situación: se toma en consideración primero la relación jurídica y se aprecia después la posición de tercero. Este orden lógico puede coincidir o no con el orden cronológico.

(6) Nos referimos únicamente a la relación jurídica patrimonial. No entraremos en el examen de la relación jurídica, pero creemos conveniente aclarar el aspecto en que tomamos las relaciones reales. A efectos de este trabajo vemos en toda relación un vínculo entre sujeto pasivo y sujeto activo y la representamos por una recta inter-partes. Esta consideración y esta representación se ajustan a

que originan varios conceptos de tercero, a los que es preciso dar denominaciones adecuadas. Tenemos así los siguientes conceptos:

1. *Tercero en sentido amplio.—El tercero simple o genérico.*

En sentido amplio, tercero de una relación jurídica es la persona que queda fuera de esa relación. Los sujetos están dentro de la relación, son su elemento personal y por ello también se les llama «partes». El tercero queda fuera de la relación, no entra en la estructura de la misma. En este aspecto estructural el tercero es extraño o ajeno a la relación jurídica de que se predica el concepto y se contrapone al de parte.

A este tercero, obtenido por sólo el criterio de exclusión, la doctrina le llama tercero en general, tercero simple y tercero absoluto (7).

las relaciones personales o de crédito, que han servido de modelo para formar el concepto relación jurídica. En las relaciones reales el sujeto pasivo está constituido por todas las personas que no son sujeto activo, a las que la teoría obligacionista atribuye la obligación de abstención, de no invadir o perturbar el poder del sujeto activo sobre la cosa. De seguir esta teoría la representación gráfica de la relación real consistiría, como dice LAWSON, «en trazar una serie de radios que partieran de un centro en el que se hallaba el titular del derecho real y se suponía que iban a recaer en cada uno de los no titulares». Pero dicho autor inglés rechaza la teoría obligacionista y afirma que «si se quiere representar gráficamente y de manera más exacta la imagen del derecho real, en oposición a la imagen lineal del derecho de crédito, cabe recurrir al concepto de «campo» con sentido análogo al que le da la Física moderna. También sería aceptable—añade—el símil que daría un naturalista: una tela de araña». Con estas representaciones «quiere decirse—según PUIG BRUTAU—que no cabe pensar que ya inicialmente en el derecho real existan una serie de personas colocadas en relación jurídica con el titular. La imagen del campo o zona de influencia nos permite ver que existen muchas personas situadas fuera de él y que, por tanto, en tal estado sólo tienen una idoneidad personal para aproximarse y entrar en él». En definitiva, se vuelve a la concepción de la relación jurídica como «dirección jurídicamente eficaz de una persona hacia otras personas o hacia ciertos objetos—cosas o derechos—» (ENNECERUS), de tanto predicamento en la doctrina alemana. En nuestra doctrina prevalecen las opiniones eclécticas, como la de ROCA SASTRE, que resaltan como esencia del derecho real el señorío directo sobre la cosa y añaden la protección de este señorío frente a todos. Dejando a un lado estas teorías, consideramos en este trabajo la relación real como la situación del sujeto activo y de la persona de que procede su poder sobre la cosa. La protección del señorío sobre la cosa se da frente a todos, pero principalmente frente a la persona que lo trasladó o lo constituyó a favor del sujeto activo, lo que es sobre todo evidente en los derechos reales limitados. Es una visión parcial del derecho real, pero la más importante en su colisión con otras relaciones, porque descubre la razón de su eficacia. Esta visión nos llevará a distinguir entre relaciones traslativas o constitutivas reales y relaciones traslativas o constitutivas personales, según que sitúen a las partes—transmitente o constituyente y adquirente—en la situación subsiguiente al traslado o a la constitución del derecho real, o en la situación subsiguiente a la obligación—y correlativo derecho—de transmitir o constituir el derecho real. Contemplada así la relación real puede ser representada por una recta inter-partes.

(7) ROCA SASTRE le llama «tercero en general»; NÚÑEZ LAGOS, «extraño» o «poenitus extraneus», y GARCÍA-BERNARDO LANDETA, tercero absoluto. La expresión

Apreciada la relación jurídica en su aspecto funcional, el tercero simple es también ajeno a aquélla. La relación jurídica no atribuye al tercero un poder, ni le impone un vínculo. De aquí que las normas relativas a este tercero se agoten en el viejo brocado *res inter alios acta, tertiis neque nocet, neque prodest*.

En atención a esta desvinculación de la relación jurídica, al tercero simple o genérico se le llama también *penitus extraneus*.

2. Tercero en sentido menos amplio.—El tercero conexo o tercero concreto meramente posicional

El tercero simple o genérico apenas merece consideración en Derecho, ya que a éste interesan las personas como sujetos de relaciones jurídicas (8). Para que el tercero de una relación jurídica sea tenido en cuenta por el Derecho, ha de ser sujeto activo de otra relación jurídica.

Tenemos así dos relaciones jurídicas, una, a cuya estructura es ajeno el tercero, y otra, de la que el tercero es sujeto activo. Estas relaciones han de estar conectadas por su contenido, bien por recaer sobre la misma cosa, bien por repercutir pasivamente—aminorándole—sobre el mismo patrimonio. Sin esta conexión objetiva la elección de la relación jurídica en que situar al tercero resultaría tan arbitraria como la mera individualización del tercero genérico.

La conexión objetiva de las relaciones sitúa al tercero en las proximidades de la relación jurídica de que se predica el concepto. El tercero conexo o tercero posicional de una relación jurídica está fuera de esta relación, pero en sus aledaños. Pasa así el tercero a ser una realidad sensible en la vida del Derecho.

Podemos, pues, decir que el tercero concreto meramente posicional de una relación jurídica es la persona que no es parte de esa relación, pero es sujeto activo de otra relación objetivamente conectada con aquélla (9).

En el tercero concreto meramente posicional—o simplemente, tercero

«*poenitus extraneus*» resulta aplicable también a nuestro tercero concreto posicional, y la denominación de tercero absoluto contradice la relatividad de todo tercero. Preferimos llamarle «tercero genérico» porque, como dice Roca Sastre, «es la noción primaria de la persona del tercero», el género de que se extraen las especies de terceros concretos.

(8) Como dice GARCÍA-BERNARDO LANDETA, «el concepto absoluto de tercero como sujeto indiferente ante el acto o contrato no tiene relevancia jurídica precisamente por su indiferencia, aunque su concepto es útil por ser indispensable para fijar el concepto de tercero relativo».

(9) Encontramos destacado este tercero en nuestros hipotecaristas, pero sin denominación especial o con la de *poenitus extraneus*, que también conviene al tercero genérico. Cuando en los supuestos de conexión en colisión sólo hay un tercero en sentido restringido, el otro tercero es tercero concreto posicional.

posicional—apreciamos solamente la posición. Por tanto, para mayor claridad prescindimos de la eficacia de las relaciones del supuesto o situación.

Al partir este concepto de tercero de la existencia de dos relaciones: puede apreciarse la aparición de dos terceros, uno respecto de cada relación jurídica. Son terceros recíprocos y cabe hablar de la «reversibilidad»—perfecta o imperfecta—de la situación que los genera.

Para más fácil comprensión adelantaremos dos supuestos que emplearemos frecuentemente:

1.º Supuesto de doble venta. Ticio vende una cosa a Mevio y posteriormente Ticio vende la misma cosa a Cayo. Cayo es tercero de la primera venta y Mevio tercero de la segunda.

Puede decirse que en este supuesto las relaciones tienen distintos signos, porque conducen a resultados distintos. También puede decirse que la conexión de las relaciones se manifiesta en «colisión». Pero si prescindimos de la eficacia de las relaciones la reversibilidad de la situación es perfecta: Mevio tiene, respecto de la segunda venta, idéntica posición que Cayo respecto de la primera.

2.º Supuesto que llamamos «subventa». Ticio vende una cosa a Mevio y posteriormente Mevio vende la misma cosa a Cayo. Cayo es tercero de la primera venta y Ticio lo es de la segunda.

Puede decirse que en este supuesto las relaciones son del mismo signo, porque conducen al resultado final. También puede decirse que la conexión se manifiesta en «derivación». Pero si se prescinde de la eficacia de las relaciones, la reversibilidad de la situación es imperfecta: la posición de Ticio, respecto de la segunda venta, es distinta que la de Cayo respecto de la primera.

3. *Tercero en sentido estricto.—El tercero afectado*

En la situación que genera al tercero posicional hemos prescindido de la eficacia de las relaciones. Para llegar al concepto de «tercero afectado» hay que partir de la misma situación, pero tomando en consideración la eficacia de las relaciones.

En la situación de dos relaciones objetivamente conectadas se aprecia que casi siempre la eficacia o la ineficacia de una de las relaciones repercute en la eficacia de la otra (10).

(10) Hemos estado tentados de terminar este párrafo añadiendo «pero no viceversa», como puede decirse para la conexión en derivación. Pero en la conexión en colisión son tantos los supuestos de terceros recíprocos que hemos desistido de dicho añadido como regla general.

Esta repercusión varía según que las relaciones sean del mismo signo o tengan signos distintos, como puede apreciarse en los supuestos anteriores.

En la doble venta—conexión de relaciones de distintos signos—, cuando la venta a Mevio es eficaz, repercute en ineficacia de la venta a Cayo, y cuando la venta a Mevio es ineficaz, repercute en eficacia de la venta a Cayo.

En la subventa—conexión de relaciones del mismo signo—, cuando la venta a Mevio es eficaz, repercute en eficacia de la venta a Cayo, y cuando la venta a Mevio es ineficaz, repercute en ineficacia de la venta a Cayo.

Por el contrario, tanto en uno como en otro supuesto, la eficacia o la ineficacia de la venta a Cayo en nada influye sobre la eficacia de la venta a Mevio.

A esta repercusión le llamamos «afección». Desde IHERING, la doctrina viene resaltando la trascendencia a terceros de la eficacia de los negocios jurídicos, trascendencia que comprende en los llamados efectos reflejos o indirectos de dichos negocios. Nosotros referimos el concepto de «afección» a la relación jurídica y comprendemos tanto la repercusión o trascendencia a tercero de la eficacia de la relación jurídica, como la repercusión o trascendencia de la ineficacia.

Tenemos, por tanto, que las innominadas relaciones jurídicas de la situación del tercero posicional, pasan, cuando se toma en consideración el aspecto funcional de estas relaciones, a «relación afectante» y «relación afectada».

Pues bien, tercero en sentido estricto o tercero afectado es el sujeto activo de la relación afectada. El tercero en sentido estricto de una relación jurídica puede ser definido como la persona que no es parte de esta relación, pero es sujeto activo de otra relación objetivamente conectada y afectada por aquélla (11).

La «afección» es la nota que transforma la posición simple hecho en posición jurídica. El tercero posicional surge del simple hecho de la conexión objetiva de dos relaciones jurídicas. El tercero afectado surge cuando ese hecho pasa a categoría de hecho jurídico, cuando produce el resultado de la afección.

El tercero afectado de una relación jurídica deja de ser extraño o

(11) Es el tercero concreto a que suelen referirse la mayoría de civilistas e hipotecaristas. ROCA SASTRE sólo toma en consideración una fracción, la del tercer adquirente. Además de precisarlo con la conexión objetiva y la afección, lo dividimos en tercero favorecido y tercero perjudicado, y llamamos a este último tercero en sentido restringido. Nada nuevo hay en todo esto y sí sólo—así lo creemos—en resaltar las posiciones con la distinción de conceptos.

ajeno a esta relación, pues aunque sigue siéndolo a su estructura, no lo es a su eficacia. Se contrapone así al *penitus extraneus*.

4. Tercero en sentido restringido.—El tercero perjudicado

Al entender la «afección» en el sentido que hemos explicado, resultan ser sus manifestaciones: la «afección positiva», cuando favorece al tercero, y la «afección negativa», cuando perjudica al tercero. Lo que lleva a dividir al tercero afectado en «tercero favorecido» y «tercero perjudicado». Cada uno de estos terceros es «tercero en sentido restringido», pero reservamos esta denominación para el tercero perjudicado, por ser el único que interesa en Derecho.

Por tanto, puede decirse que tercero en sentido restringido de una relación jurídica es la persona que no es parte de esta relación, pero es sujeto activo de otra objetivamente conectada y negativamente afectada por aquélla, es decir, perjudicado por la eficacia o por la ineficacia de la relación jurídica de que se predica el concepto de tercero.

El tercero en sentido restringido es resultado de la eficacia, en unos casos, o de la ineficacia, en otros, de la relación jurídica de que se predica el concepto. En la conexión en colisión el tercero en sentido restringido es resultado de la eficacia de la relación, mientras que en la conexión en derivación es resultado de la ineficacia de la relación.

El perjuicio que sufre el tercero en sentido restringido—la ineficacia de la relación de que es sujeto activo—es consecuencia natural de las normas que rigen las relaciones jurídicas en juego. Segismundo del Derecho puede lamentarse, aunque a veces sin razón, de haber nacido para sufrir.

El Derecho puede crear remedios para este tercero. No puede hacerlo con carácter general, porque supondría subvertir el orden que el mismo Derecho ha creado. Pero puede hacerlo en ocasiones en que circunstancias especiales aconsejan la protección.

Del tercero en sentido restringido el Derecho selecciona para proteger a los seleccionados. Si las normas que seleccionan y protegen son de Derecho civil, los seleccionados pueden ser integrados en un concepto de tercero más concreto, el que llamamos «tercero civil», destinatario de normas civiles de protección de terceros. Si las normas son de Derecho hipotecario, los seleccionados pueden ser agrupados en otro concepto de tercero más concreto, el tercero hipotecario, destinatario de normas hipotecarias de protección de terceros (12).

(12) Puede hablarse de terceros seleccionados y protegidos por otras ramas del Derecho, especialmente de los seleccionados y protegidos por el Derecho mercantil con la finalidad de dar seguridad al tráfico mercantil. Las leyes de

Vemos, pues, que el tercero hipotecario es el último resultado de selecciones hechas con la finalidad práctica de proteger a los seleccionados. Después de seleccionado el «tercero civil» quedan terceros en sentido restringido que el Derecho hipotecario estima conveniente proteger para dar seguridad al tráfico inmobiliario. El tercero hipotecario surge con posterioridad al tercero civil, con vistas a una protección no dispensada por el Derecho civil y que se estima necesaria para finalidades no previstas en el Derecho civil.

Por ser el tercero en sentido restringido la materia prima de que se extraen los terceros civil e hipotecario, interesa completar su estudio con el examen de sus elementos y agrupar los supuestos o situaciones en que surge. Es preciso también examinar la posición del heredero en las relaciones jurídicas de su causante y las situaciones especiales que pueden surgir con ocasión de la sucesión hereditaria. Y, por último, conviene formular reglas de la afección negativa, reglas que expliquen la afección negativa en los diversos grupos de situación en las que aparece el tercero en sentido restringido. De todo esto nos ocuparemos seguidamente.

b) *Elementos del concepto de tercero en sentido restringido*

Aunque resultan de lo que llevamos expuesto, los examinaremos separadamente e intentaremos darles denominaciones que convengan a los demás conceptos de tercero, en cuanto sean comunes a estos conceptos (13).

1.º *Relación jurídica respecto de la que se predica el concepto de tercero*

NÚÑEZ LAGOS la llama relación determinante. «Las partes de toda relación jurídica son dos sujetos, con dos posiciones procesales o civiles

Arrendamientos rústicos y urbanos protegen a los arrendatarios como terceros en la colisión del arrendamiento con la transmisión del dominio de la finca arrendada. Sin embargo, siempre que en este trabajo nos refiramos al arrendamiento como relación en colisión, deberá entenderse que nos referimos al arrendamiento del Código civil.

(13) Para NÚÑEZ LAGOS son elementos del tercero: a) Una relación jurídica determinante. b) Una vinculación colateral con la relación determinante. c) Relatividad del tercero respecto de la relación determinante. Excluimos la relatividad como elemento porque más bien es característica del tercero. GARCÍA-BERNARDO LANDETA desdobra la vinculación colateral distinguiendo la relación jurídica en la que sitúa al tercero como sujeto activo y el contacto con el objeto de la relación determinante. Nosotros destacamos la conexión objetiva y la afección negativa, y llegamos a los siguientes elementos del tercero en sentido restringido: 1.º Relación determinante. 2.º Relación conexa. 3.º Conexión objetiva entre ambas relaciones. 4.º Afección negativa.

contradictorias... La contradicción sitúa a ambos sujetos frente a frente, como dos extremos de una línea recta. A esta recta *inter partes* la llamo relación jurídica determinante, porque determina al tercero al mismo tiempo que lo excluye.» En un orden lógico de percepción lo primero es esta relación determinante y después el tercero (14).

En el tercero en sentido estricto llamamos afectante a esta relación. La denominación de «determinante» es más amplia, pues puede aplicarse también a la relación del tercero genérico y a la del tercero posicional.

2.º *Relación jurídica de la que el tercero es parte, concretamente, sujeto activo*

La relación determinante determina sólo al tercero genérico. Dada una relación jurídica, que se toma como determinante, hay innumerables terceros («el mundo de los terceros», dice ROCA SASTRE), comprendidos en el concepto de tercero genérico. Para pasar al «tercero concreto» no basta, como hemos dicho, con individualizar arbitrariamente el tercero genérico, con tomar uno cualquiera de los innumerables terceros que comprende, sino que hay que situarlo en otra relación jurídica como sujeto activo o titular del derecho o facultad que dimana de esta relación (15).

En el tercero en sentido estricto llamamos «afectada» a esta relación, denominación inaprovechable en el tercero posicional. Por ello, adelantando un requisito de esta relación que resulta del elemento siguiente, creemos preferible llamarla relación conexa.

3.º *Conexión objetiva de las relaciones que se manifiesta en derivación o en colisión*

Llamamos conexión objetiva de las relaciones a la coincidencia de las mismas, por su contenido, en una cosa o en un patrimonio (16).

(14) Para NÚÑEZ LAGOS la relación determinante es pieza fundamental del concepto de tercero, de la que hace depender la relatividad de éste. «Esta relación jurídica y el concepto de tercero—dice—están en la relatividad de sol y sombra. Por eso el tercero varía de posición al variar la relación determinante, de igual forma que la sombra cambia de situación topográfica al variar el movimiento aparente del sol. El concepto de tercero es único, pero su posición se define con respecto a una relación jurídica variable. Para saber quién es tercero hay que constatar: ¿dónde está la relación jurídica determinante?»

(15) En GARCÍA-BERNARDO LANDETA encontramos al tercero decididamente situado en una relación jurídica, como sujeto activo de la misma. Su tercero relativo «es tercero frente a una relación jurídica y parte de otra que tiene, en todo o en parte, el mismo objeto».

(16) El concepto de tercero de una relación jurídica es sumamente sencillo. También lo es precisar quién es tercero concreto de determinada situación o su-

Inspirándonos en NÚÑEZ LAGOS llamamos *conexión ob rem* a la coincidencia de las relaciones en una cosa, y «conexión patrimonial» a la coincidencia en un patrimonio que las relaciones aminoran.

puesto. Lo difícil es llegar a un concepto de tercero concreto de cierta generalidad que le haga útil en Derecho. A este concepto sólo puede llegarse por «segregación», pues es tal la variedad de situaciones en las que aparece el tercero en Derecho, que resulta poco menos que imposible su clasificación. Nuestros hipotecaristas que se han ocupado del examen del concepto de tercero (ROCA SASTRE, NÚÑEZ LAGOS, GARCÍA-BERNARDO LANDETA) llegan a conceptos de terceros concretos separando del tercero genérico el tercero de que parten para sus concepciones hipotecarias. ROCA SASTRE, después de definir el tercero en general, añade: «Para concretar el concepto de tercero en general hay que distinguir entre terceros adquirentes y terceros simples. En el mundo de tercros respecto de cada relación jurídica se destaca una clase de éstos tipificada por la circunstancia de adquirir por negocio jurídico la situación de poder que radica y emana de ella. Es el tercer adquirente. Los demás terceros en cuanto a la misma relación son terceros simples o simples terceros.» Con lo que no hace más que segregar el tercero con que construirá su tercero hipotecario. Según NÚÑEZ LAGOS, «las partes de toda relación jurídica son dos sujetos con posiciones procesales y civiles contradictorias... Al margen de esta relación—que llama determinante—quedan los extraños (*poenitus extraneus*). El extraño puede intervenir en la relación, bien al hilo, sumándose a una de las partes (adhesión: contrato de adhesión; intervención litis consorcial: coadyuvante); bien de través, cruzando perpendicular u oblicuamente la relación determinante. Al sujeto que conecta colateralmente con la relación determinante se le llama tercero». Con lo que no hace más que separar el tercero que referirá al Registro para construir sus conceptos hipotecarios de tercero externo y tercero interno. Siguiendo análogo criterio dice GARCÍA-BERNARDO LANDETA: «El concepto de tercero es absoluto y negativo, quien no es sujeto activo ni pasivo de una relación jurídica. El tercero absoluto cuando toma contacto, en virtud de una nueva relación jurídica, con el objeto de otra aún vigente, deviene tercero relativo e interesado.» Con los que separa al tercero relativo para referirlo al Registro y llegar también a los conceptos de tercero externo y tercero interno. El criterio de ROCA SASTRE es excesivamente estrecho y lleva a un concepto de tercero concreto demasiado limitado. El de NÚÑEZ LAGOS—vinculación colateral—y el de GARCÍA-BERNARDO LANDETA—contacto con el objeto de la relación—son también limitados, y NÚÑEZ LAGOS amplía el suyo con el de «conexión genérica al patrimonio del deudor». A nuestro juicio el criterio adecuado es el de la «conexión objetiva» de las relaciones, conexión que no es vinculación ni contacto con el objeto de la relación, sino la coincidencia de las relaciones en la cosa o en el patrimonio a que se dirigen inmediata o mediatamente, entendiendo por dirección de una relación la del poder del sujeto activo: comprador-cosa comprada, arrendatario-cosa arrendada, acreedor común-patrimonio del deudor. Siguiendo sus respectivas direcciones las relaciones coinciden, se encuentran, en una cosa o en un patrimonio. Esta conexión objetiva es suficiente para segregar nuestro tercero concreto posicional, de cuyo concepto quedan excluidos los terceros de situaciones en las que sólo hay otro tipo de conexión. Así, no es nuestro tercero concreto el del siguiente ejemplo: A es acreedor de B y B es acreedor de C; hay conexión de las relaciones en B—conexión subjetiva—, pero no hay conexión objetiva. Tampoco es nuestro tercero el fiador—o el deudor—en la conexión de fianza y crédito afianzado, ni el tercero del contrato a favor de tercero. Con el criterio de la conexión objetiva se llega a un concepto de tercero que comprende los terceros de las situaciones que genera el tráfico jurídico, y de aquí la utilidad del concepto. La distinción entre conexión *ob rem* y conexión patrimonial la encontramos en NÚÑEZ LAGOS: «Si el tercero frente a la *actio in rem* tiene una vinculación *ob rem* con una cosa concreta y determinada—*eadem re*—, el tercero del sistema de prioridad tiene una conexión genérica al patrimonio del deudor » Pero sólo coincidimos con

Esta distinción responde a la que puede hacerse de las cosas a que las relaciones se dirigen, según que sean específicas o genéricas (17).

Cuando las relaciones se refieren o dirigen, mediata o inmediatamente, a una cosa específica, la conexión se produce en esta cosa, insustituible por otra.

La conexión *ob rem* no exige que las relaciones originen derechos reales, sino que se dirijan a una misma cosa, aunque sea mediante la prestación del sujeto pasivo. La dirección a una cosa específica influye ya en el tratamiento de la relación. La sujeción de la cosa a la relación es un valor añadido a la dirección que convierte en «real» la relación. Pero entre la dirección y la sujeción hay otros grados de «inherencia» que hacen discutible la tajante clasificación de las relaciones (o de los derechos patrimoniales) en personales y reales (18).

NÚÑEZ LAGOS en los términos de la clasificación, no en el contenido de éstos, pues ampliamos la conexión *ob rem* a costa de la patrimonial de NÚÑEZ LAGOS.

(17) Esta clasificación de las cosas tiene capital importancia en la creación y en la efectividad de las relaciones. Huyendo del término «objeto» de la relación jurídica—que tantos problemas crea a la doctrina—hablamos de «cosa a la que se dirige la relación jurídica inmediata o mediatamente». En la relación cuyo contenido es la obligación—y correlativo derecho—de dar cosa específica del sujeto pasivo, a la dirección de la relación a la cosa acompaña cierta inherencia de la cosa a la relación. Esta inherencia no es más que el destino dado a la cosa al crear la relación, destino que por su eficacia jurídica sólo puede borrar el sujeto pasivo extrayendo la cosa de su patrimonio. Puede trazar otro destino a la cosa mientras continúa en su patrimonio, pero sin borrar el anterior, produciéndose colisión de relaciones. Esta inherencia no llega a la «sujeción» de la cosa a la relación que se produce en las relaciones reales, pero tiene trascendencia jurídica. En las relaciones cuyo contenido es una obligación—y correlativo derecho—de dar cosa genérica, no se produce la inherencia de la cosa a la relación, porque lo impide la incompleta determinación de la cosa. El destino que traza el sujeto pasivo es el de las cosas del mismo género que haya en su patrimonio o que pueda adquirir. De aquí la necesidad de «concentración» o «especificación» de la cosa genérica de la relación jurídica. La trascendencia jurídica de la inherencia queda de manifiesto en el artículo 1.096 del Código civil: «Cuando lo que deba entregarse—dice—sea una cosa determinada, el acreedor puede compeler al deudor a que realice la entrega. Si la cosa fuere indeterminada o genérica, podrá pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor» En el primer caso la relación se dirige a cosa específica que se supone en el patrimonio del deudor y por eso el acreedor puede compelerle a la entrega de la misma cosa. En el segundo caso la relación se dirige a cosa genérica diluida en el patrimonio del deudor o fuera de ese patrimonio, y por eso el acreedor sólo puede exigir la efectividad de la relación a expensas del deudor, haciendo extraer la cosa genérica del patrimonio del deudor o que se adquiriera a costa de este patrimonio.

(18) Basta recordar el «intento de clasificación de las relaciones patrimoniales que se refieran, mediata o inmediatamente, a cosa inmueble determinada» de VALLET DE GOYTISOLO, en la que la bimembre clasificación tradicional de los derechos patrimoniales es sustituida por los siguientes grupos de relaciones y situaciones jurídicas: a) El dominio. b) Las relaciones de goce y disfrute inmediato de la cosa por su titular activo. c) Situaciones jurídicamente protegidas, sin inmediato goce o disfrute de la cosa, pero que pueden dar lugar a una sujeción con mayor o menor inherencia en ella. d) Relaciones y situaciones fuera de toda inherencia. La novedad principal de esta clasificación está en el amplio—abigarrado

Cuando las relaciones se refieren o dirigen a cosa genérica, la conexión se produce en el patrimonio del sujeto pasivo, pues al determinarse las cosas genéricas por su género y su cantidad—a veces también por su calidad—, pueden ser detraídas del patrimonio del sujeto pasivo, incluso aunque no existan en este patrimonio, a expensas del mismo.

Pueden crearse relaciones sobre cosas genéricas «separadas», pero generalmente entran en las relaciones jurídicas sin otra determinación que la del género y el número—a veces también la calidad—, lo que impide que se produzca la sujeción y aun la simple inherencia de la cosa a la relación y hace que sea sustituida por la «responsabilidad patrimonial», merced a la cual el sujeto activo de la relación puede obtener la cosa

lo llama ROCA SASTRE—grupo c), integrado por relaciones jurídicas de las que dimanen discutidos derechos reales y por situaciones de las que dimanen facultades discutiblemente calificables de derechos subjetivos. Para formar este grupo prescinde VALLET de la inmediatez y sustituye la absolutividad por «la sujeción con mayor o menor inherencia en la cosa». Refutando las opiniones de GIORGIANNI y de VALLET defiende ROCA SASTRE la clasificación de los derechos patrimoniales en personales y reales, reconociendo la existencia de tipos intermedios entre los típicamente personales o reales, por lo que dicha clasificación debe conservarse racionalizada, sin extremismos. No podemos entrar en tan debatida cuestión, y sólo advertimos que «la sujeción en la cosa» puede ser criterio suficiente para hacer dos grupos en las relaciones que se dirigen a cosa específica, pudiendo seguir llamándolas relaciones reales y relaciones personales, según que se aprecie o no la sujeción de la cosa a la relación. Al crear una de estas relaciones el sujeto pasivo marca un destino o una trayectoria para la cosa. La permanencia de este destino o trayectoria puede ser mientras la cosa esté en el patrimonio del sujeto pasivo o aunque la cosa salga de este patrimonio. En el primer caso la relación será eficaz *inter partes*; en el segundo, eficaz *erga omne*. A la permanencia de este destino o trayectoria puede llamársele «inherencia», y distinguir una inherencia simple o de primer grado y otra inherencia de segundo grado o sujeción. Por tanto, la «inherencia» se da en todas las relaciones que se dirigen a cosa específica del sujeto pasivo, mientras que la sujeción sólo se encuentra en las relaciones reales. VALLET sitúa la compraventa perfecta, pero no consumada, en las proximidades de su grupo de situaciones con sujeción, viendo posiblemente reforzada la inherencia simple por el valor que al título concede nuestro sistema traslativo del dominio. En cambio, sitúa fuera de toda inherencia a la promesa de realizar una prestación referida a cosa específica (promesa de venta de una finca o de sus frutos, etc.), porque la «inherencia» se debilita a medida que aumenta la «mediatidad» entre el sujeto activo y la cosa a que se dirige la relación. La simplicidad del criterio de «la sujeción en la cosa» permite una neta separación de dichos dos grupos de relaciones, sin la existencia de tipos intermedios, explicables como supuestos de protección de tercero en sentido restringido. En la doble venta, la primera sin tradición prevalece sobre la segunda con tradición cuando el segundo comprador conocía la existencia de la primera venta. Por ello se ha visto en la primera venta una relación en la que la inherencia despliega su eficacia más allá de las partes, sin llegar a ser *erga omne*. Pero en realidad se trata de una protección de tercero en sentido restringido. El primer comprador es sujeto activo de una relación personal, y el segundo comprador es sujeto activo de una relación real. Es un supuesto de conexión *ob rem*: el primer comprador es tercero en sentido restringido. Pero el Derecho—nuestro Derecho—protege a este tercero ante la mala fe del segundo comprador. Es una protección indirecta, dispensada, no por merecimiento del protegido, sino como sanción de la mala fe del sujeto activo de la otra relación en colisión.

genérica del patrimonio del sujeto pasivo o a expensas de este patrimonio. Y hasta puede ocurrir que dificultades procesales impidan al acreedor obtener coactivamente cosa genérica distinta de dinero, al que se reducen las demás cosas genéricas (19).

De aquí que a la conexión objetiva de relaciones genéricas le llamemos «conexión patrimonial».

Hay también conexión mixta, que se produce cuando una de las relaciones se dirige a cosa genérica y la otra a cosa específica del patrimonio del sujeto pasivo de la primera. La conexión es patrimonial mirada desde una relación y *ob rem* mirada desde la otra. Es el caso de conexión de un crédito común y una relación traslativa de cosa del deudor.

Con la conexión objetiva puede coincidir, y generalmente coincide, otra conexión subjetiva, inmediata o mediata (20).

Hay conexión subjetiva «inmediata» entre dos relaciones cuando uno de los sujetos de la primera entra también como sujeto en la segunda. Si las relaciones son del mismo signo—supuesto de la subventa—, el sujeto activo de la primera relación pasa a sujeto pasivo de la segunda. Si las relaciones son de signos distintos—supuesto de la doble venta—, es el sujeto pasivo el que dobla su papel.

(19) Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil se desvía de la norma del artículo 1.096 del Código civil respecto de la efectividad coactiva de las relaciones genéricas. «Cuando en virtud de sentencia deba entregarse al que ganó el pleito alguna cosa inmueble—dice el precepto procesal—, se procederá inmediatamente a ponerlo en posesión de la misma. . . Lo mismo se practicará si la cosa fuere mueble y pudiere ser habida. En otro caso se procederá en la forma prevenida en los artículos 928 y siguientes para el resarcimiento de perjuicios.» No hay regla especial sobre ejecución de sentencia de condena a entregar cosa genérica, por lo que hay que aplicar las de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 928. Si en el patrimonio del deudor hay cosas del género de la cosa de la condena, se procederá a entregarla al que ganó el pleito. Pero si no hay cosas de ese género no se cumple la obligación a expensas del deudor, como dice el artículo 1.096 del Código civil, sino que se cumple otra obligación equivalente cuyo contenido es entrega de dinero. Las cosas genéricas—para la Ley de Enjuiciamiento Civil las que se pesan, cuentan o miden—pueden ser adquiridas fácilmente en el mercado, por lo que entregando su precio al que ganó el pleito se evitan enojosos trámites en la ejecución de la sentencia. Pero puede decirse que la efectividad coactiva de las relaciones dirigidas a cosa genérica sólo puede conseguirse cuando existe el género en el patrimonio del sujeto pasivo o cuando la cosa es dinero. En otro caso la relación genérica es sustituida por otra equivalente dirigida a dinero (*id quod interest*).

(20) Precisamente es en los supuestos de esta doble conexión donde aparece claramente la «afección», en el sentido en que nosotros la entendemos. Por ello puede pensarse que la afección procede de la conexión subjetiva. Sin embargo, hay supuestos de conexión sólo subjetiva en los que no surge la afección: varios créditos de un acreedor contra distintos deudores, varias relaciones de adquisición de cosas distintas por varios adquirentes a un solo transmitente, etc. Y, sobre todo, hay supuestos de sólo conexión objetiva en los que se producen efectos análogos, aunque no idénticos, a los de la afección, supuestos que conviene encuadrar entre los de tercero en sentido restringido. Por ello nos decidimos por la conexión objetiva como elemento del concepto de tercero en sentido restringido.

Hay conexión subjetiva «mediata» cuando entre la relación determinante y la conexa se interpone otra—u otras—que sirve de eslabón entre aquéllas.

En los supuestos de conexión mediata hay dos terceros—o más—, el sujeto activo de la relación intermedia—tercero inmediato—y el sujeto activo de la relación derivada de la intermedia—tercero mediato—(21).

En la conexión mediata hay siempre conexión en derivación, pero puede darse partiendo de relaciones conectadas en colisión, pues bastará que a una de éstas siga otra en derivación. Es el caso de la doble venta en que uno de los compradores vende la cosa a otra persona (tercero mediato) y el de la enajenación en fraude de acreedores cuando el adquirente transmite a otra persona (tercero mediato).

Como hemos dicho, la conexión objetiva de relaciones se manifiesta en derivación o en concurrencia—modalidad de ésta es la conexión en colisión—. Estas manifestaciones son especialmente claras cuando hay, además, conexión subjetiva.

Vista la relación determinante como una recta cuyos extremos son los sujetos pasivo y activo, la relación conexa sólo puede conectar en uno de estos extremos.

Si conecta en el sujeto pasivo—conexión que puede ser *ob rem* o patrimonial—, tenemos la conexión en concurrencia. Si conecta en el sujeto activo—conexión que sólo puede ser *ob rem*—, tenemos la conexión en derivación.

Vista la relación conexa como otra recta, la conexión en concurrencia vendría representada por un ángulo—de aquí nuestra denominación de «tercero angular»—y la conexión en derivación por dos rectas pro-

(21) Nuestra doctrina apenas se ocupa del tercero mediato porque el principal supuesto en que aparece lo regula nuestro Código civil partiendo de una visión parcial, en la que desaparece el tercero mediato. Dicho supuesto—prescindiendo de su aspecto interno—es como sigue: A, deudor de B, vende una finca a C y éste la vende a D, quedando el patrimonio de A insuficiente para cubrir el crédito de B—*eventus damni*—. El acreedor es tercero inmediato de la primera venta y tercero mediato de la segunda. Recíprocamente, adquirente y subadquirente son tercero inmediato y tercero mediato del crédito. Pero sólo el acreedor es tercero en sentido restringido. Se altera este supuesto si sólo se toman en consideración las transmisiones de A a C y de C a D. Entonces D es tercero de la primera transmisión, y si esta transmisión es ineficaz, D es tercero en sentido restringido. A esta visión parcial responde la norma del párrafo 2.º del artículo 1.295 de nuestro Código civil, en cuyo supuesto la ineficacia de la primera transmisión se debe a fraude del deudor y del primer comprador en perjuicio del acreedor. Este fraude es considerado como vicio o defecto de dicha primera transmisión, por lo que el adquirente de la segunda resulta tercero en sentido restringido. Desaparece el tercero mediato y se transforma al subadquirente en tercero perjudicado. Esta visión parcial del supuesto hizo que nuestros hipotecaristas entablaran apasionada e inútil polémica sobre la interpretación del artículo 37-3.º de la Ley Hipotecaria de 1909, no del todo acallada en la interpretación del artículo 37-4.º de la vigente.

longación una de la otra: de aquí nuestra denominación de «tercero lincal».

En la conexión en derivación—que siempre es *ob rem* y subjetiva—hay algo más que la simple coincidencia de las relaciones en una cosa específica. La relación conexa deriva, procede, de la determinante. Aparecen como fases sucesivas del mismo fenómeno. Hay entre ellas «nexo genético» que hace de la conexión una especie de sucesión, por la que el contenido o parte del contenido de la relación determinante pasa a ser el contenido de la conexa. Por eso al tercero de los supuestos de conexión en derivación se le llama «subadquirente».

Por el contrario, en la conexión en concurrencia—que puede ser *ob rem* o patrimonial, con o sin conexión subjetiva—no hay más que la coincidencia de las relaciones en una cosa específica o en un patrimonio. Las relaciones aparecen como fenómenos distintos, sin afinidad, ni menos filiación, entre ellas. El tercero de los supuestos de conexión en colisión es más tercero, más extraño, a la relación determinante que el tercero de los supuestos de derivación. Nada puede esperar de la relación determinante y sí sólo que sea ineficaz (22).

(22) Conexión en derivación (o simplemente derivación) es la conexión objetiva, y a la vez subjetiva, de relaciones del mismo signo. Es siempre conexión *ob rem*, porque nuestro Derecho no admite la transmisión *inter-vivos* de un patrimonio y regula la sucesión hereditaria como subrogación del heredero en las relaciones jurídicas del causante. La derivación, a diferencia de la concurrencia, no puede clasificarse en pacífica y conflictiva, porque la idea de derivación excluye las de coexistencia y colisión. Modernos civilistas italianos, como COVIELLO y CARIOTA FERRARA, defienden un concepto de sucesión jurídica que comprende la transmisión *inter-vivos*. Según esta construcción el adquirente «subentra» en la relación jurídica del transmitente, no hay dos relaciones, sino una que se modifica subjetivamente. Sigue esta opinión ROCA SASTRE al definir al tercer adquirente como «el sujeto que subentra, en virtud de negocio jurídico, en el derecho de su autor o transferente y, por tanto, en la relación jurídica de éste singularmente considerada». Para ROCA SASTRE el subadquirente «es un tercero hasta el instante de adquirir, pero una vez efectuada la adquisición del derecho subjetivo entra en la relación jurídica». Creemos que esta construcción desorbita el papel de la relación jurídica, al negar sustantividad al derecho subjetivo. Desde antiguo algunos derechos subjetivos son considerados como posibles objetos de nuevas relaciones jurídicas, como bienes o cosas. En el Derecho moderno esta objetivación o cosificación llega hasta los derechos de crédito. La relación jurídica de que es sujeto activo el transferente no es la misma que se crea en la transmisión, aunque la primera no desaparece totalmente con la creación de la segunda, sino que subsiste el contenido objetivado—el derecho subjetivo—para pasar a contenido de la nueva relación. Cuando se habla de derechos transmisibles se alude a entes jurídicos susceptibles de pasar de un patrimonio a otro. Últimamente prestigiosos autores se oponen a la objetivación o cosificación de los derechos subjetivos, sosteniendo que el objeto de la relación jurídica es siempre la cosa a que se dirige, opinión en la que aparece igualmente claro que en la transmisión, incluso en la traslativa, se crea una nueva relación. En el concepto de tercero es esencial la existencia de esta relación, pues no podría llamarse tercero—como ocurre en la sucesión hereditaria—al que subentra en la relación jurídica ocupando

La conexión en concurrencia puede ser pacífica, de coexistencia de las relaciones, cuando el contenido de éstas cabe en la cosa o en el patrimonio a que se dirigen, o conflictiva, de colisión de las relaciones, cuando el contenido de éstas no cabe en la cosa o en el patrimonio a que se dirigen y pugnan por prevalecer. Los supuestos de concurrencia simple o pacífica generan terceros posicionales. En los supuestos de colisión hay uno o varios terceros en sentido restringido.

4.º *Afección negativa o perjuicio del tercero*

Es el elemento que tipifica al tercero en sentido restringido (23).

Con los tres elementos examinados generalmente se tiene el tercero en sentido estricto, ya que la conexión objetiva produce la afección, excepto

el lugar de una de las partes, del transferente. Por eso ROCA SASTRE afirma que es fundado continuar llamando tercero al subadquirente.

Conexión en concurrencia (o simplemente concurrencia) es la conexión objetiva de relaciones de signos distintos. Admite varias modalidades: *ob rem*, patrimonial, pacífica, conflictiva. Combinando estas modalidades se tienen las distintas especies: *ob rem* pacífica, *ob rem* conflictiva (o colisión *ob rem*), patrimonial pacífica y patrimonial conflictiva (o colisión patrimonial). Nuestro Código civil utiliza los términos concurso y concurrir para referirse a la concurrencia patrimonial conflictiva. Respecto de la concurrencia *ob rem*, emplea denominaciones especiales para la pacífica de algunas relaciones (comunidad, condominio, medianería), pero en cuanto a la conflictiva se limita a describir los supuestos que regula (art. 1.473: si una misma cosa se hubiere vendido a diferentes compradores...; art. 1.522: cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto..., etcétera). La concurrencia *ob rem* pacífica es producto del Derecho, que para facilitar la obtención de los máximos rendimientos de las cosas permite que puedan ser obtenidos separadamente los de partes materiales o inmateriales de una cosa o los de facultades aisladas del dominio, mediante la creación de relaciones dirigidas a esas partes o a esas facultades. En principio, estas relaciones pueden coexistir pacíficamente cuando se dirigen a distintas partes o a distintas facultades, aunque pueden plantearse conflictos en algunos aspectos (administración de la cosa común, elementos comunes de la propiedad horizontal) o aunque haya colisión latente (concurrencia de relaciones dirigidas a distintas facultades). Pero no es concurrencia pacífica la de relaciones que sólo pueden coexistir merced a una regulación especial de su eficacia, como ocurre entre varias hipotecas sobre inmueble de valor inferior a las responsabilidades de aquéllas, pues al acreedor de la segunda hipoteca le perjudica la existencia de la primera. Sólo puede hablarse de coexistencia pacífica de hipotecas cuando, como ocurre en Derecho alemán, se adopta el criterio de que cada una se dirija a una fracción estancada del valor del inmueble.

(23) A la conexión objetiva sigue casi siempre, como consecuencia, la afección. Los civilistas y algunos hipotecaristas vienen estudiando la eficacia a terceros de los negocios jurídicos. ROCA SASTRE dice: «Los negocios jurídicos no producen efecto respecto a terceros... Pero hay numerosas excepciones, debido a que los contratos o negocios jurídicos, como también muchos hechos o sucesos a los que el Derecho atribuye trascendencia jurídica, pueden alcanzar o penetrar en un círculo de personas distinto del formado por las partes... Estas personas son los terceros. Estos efectos a tercero solamente por excepción podrán ser directos, pero en mayor grado son reflejos (según concepción de IHERING) o indirectos.» Nuestro concepto de la afección comprende algunos efectos reflejos o

en los supuestos de concurrencia pacífica. Separando de los supuestos de tercero en sentido estricto aquellos que jurídicamente pueden ser calificados de «anormales», se tiene los supuestos de tercero en sentido restringido.

En la conexión en derivación lo normal es que la relación determinante sea perfecta en su estructura, que tenga los elementos exigidos para su eficacia. Entonces la relación conexa, si es igualmente perfecta, resulta eficaz. Pero si la relación determinante es estructuralmente imperfecta, la relación conexa, aunque sea perfecta, resulta ineficaz. Crear una relación perfecta ineficaz es «anormal», porque no entra en la finalidad del Derecho.

En la conexión en concurrencia es normal que las relaciones concurrentes en una cosa o en un patrimonio sean perfectas y eficaces. Es la coexistencia o convivencia pacífica, producto del Derecho. Pero si las relaciones concurren en colisión, aunque sean perfectas, alguna, algunas o todas, resultan total o parcialmente ineficaces. Aunque esta ineficacia puede ser posterior a la creación de la relación o de las relaciones ineficaces, la situación en «anormal», no entra en la finalidad del Derecho.

Agrupando los supuestos «anormales» de conexión objetiva de relaciones, sea en derivación, sea en concurrencia, tenemos los supuestos de tercero en sentido restringido. En ellos, la eficacia o la ineficacia—según que la conexión sea en colisión o en derivación—de la relación determinante, acarrea la ineficacia de la relación conexa. El sujeto activo de la relación conexa—tercero—sufre las consecuencias de la eficacia o de la ineficacia de la relación determinante. A esta repercusión o trascendencia a tercero de la eficacia o de la ineficacia de una relación le

indirectos, pero no coincide con éstos. Llamamos afección a la repercusión o trascendencia a tercero de la eficacia o de la ineficacia de una relación jurídica, pero sólo a la repercusión o trascendencia que es consecuencia de la conexión objetiva entre esta relación y aquella de la que el tercero es sujeto activo. Así, en el ejemplo en que A es acreedor de B y B es acreedor de C, aunque A resulte favorecido por el crédito de B y esta eficacia a tercero del crédito de B sea efecto indirecto de dicho crédito, no es nuestra afección, porque no procede de conexión objetiva de las relaciones. Resulta así que nuestra afección es concepto más limitado que el de efectos reflejos o indirectos. Pero es también más amplio porque comprende la repercusión o trascendencia a tercer adquirente de la eficacia o de la ineficacia de la relación de que deriva la suya, repercusión o trascendencia que la doctrina suele estudiar en la transmisión de derechos—la trascendencia de la eficacia—y en la ineficacia de los negocios jurídicos—la repercusión de la ineficacia—. Esta extensión de nuestro concepto de la afección nos permite conservar en el tercero en sentido estricto—y, por tanto, en el tercero en sentido restringido—la unidad conceptual del tercero concreto posicional, sin separar radicalmente el tercero de los supuestos de derivación y el tercero de los supuestos de colisión.

hemos llamado «afección negativa». El tercero negativamente afectado es el tercero en sentido restringido o tercero perjudicado.

La afección negativa es, pues, el elemento diferencial del tercero en sentido restringido. Cuando no hay afección negativa el tercero concreto es tercero favorecido, en la conexión en derivación, o tercero posicional, en la conexión en concurrencia.

La afección negativa puede ser total o parcial, según que produzca la ineficacia total o parcial de la relación conexa.

En los supuestos de conexión en colisión puede haber afección total o parcial. Si el contenido de la relación determinante es igual o más amplio que el de la conexa, la afección es total. Si el contenido de la relación determinante es menos amplio que el de la conexa, la afección es parcial.

La afección parcial se traduce en «minoración» del contenido efectivo de la relación conexa. Si es relación dirigida a cosa genérica, la afección parcial divide su contenido en parte efectiva y parte inefectiva—crédito en parte cobrable y en parte incobrable—. Si es relación dirigida a cosa específica, la afección parcial no divide su contenido, sino que la relación sufre como «carga» el contenido de la relación determinante, si bien la doctrina reserva la denominación de «carga» para el contenido de la relación determinante de naturaleza real, pues si es de naturaleza personal se limita a decir que «afecta» al contenido de la relación conexa—supuesto del arrendamiento que subsiste a la venta de la finca arrendada.

En los supuestos de conexión en derivación, la afección negativa es siempre total. La relación determinante es simplemente eficaz o ineficaz. No hay ineficacia parcial procedente de defecto en la estructura de la relación jurídica.

Por último, la afección negativa puede ser actual, o inmediata, o potencial, o latente.

En la conexión en colisión la afección negativa es «actual» cuando las relaciones son materiales, cuando implican posesión o contacto de la cosa a que se dirigen—relación traslativa del dominio, relaciones de goce, arrendamiento—. Si una de las relaciones, o ambas, son inmateriales, no implica o no implican posesión o contacto de la cosa a que se dirigen—relaciones de crédito, relaciones de las que dimanen derechos de adquisición, relaciones de garantía excepto la prenda—, la colisión conflictiva sólo se producirá con la efectividad de la relación o de las relaciones inmateriales. Pero ya antes se manifestará esta colisión porque está «latente» en la conexión de las relaciones. En esta situación anterior a la efectividad de la relación o de las relaciones inmateriales, la futura colisión conflictiva está prevista y se conoce su resultado.

En la conexión en derivación la afección negativa es inmediata cuando la relación determinante es ineficaz *ab initio*—supuesto de relación determinante ineficaz por nulidad o por inexistencia—. Si la ineficacia de la relación determinante pende del ejercicio de un derecho o facultad por una de las partes o por otra persona, la afección negativa sólo está «latente»: supuesto de ineficacia de la relación determinante por anulabilidad, rescisión, revocación o resolución.

c) *Clasificación de los supuestos de tercero en sentido restringido*

Siendo muy numerosos y muy variados estos supuestos, conviene clasificarlos por las características de la conexión de las relaciones. Con este criterio pueden hacerse los siguientes grupos (24).

1.º *Supuestos de conexión en derivación* (25).

Las relaciones son del mismo signo y la conexión subjetiva se produce en el sujeto activo de la relación determinante (adquirente). Por la posición de las relaciones el tercero puede ser llamado «tercero lineal».

El supuesto tipo es el que hemos llamado «subventa». Ticio vende una cosa a Mevio (relación determinante) y posteriormente Mevio vende la misma cosa a Cayo (relación conexa). Si la venta a Mevio es ineficaz, Cayo es tercero en sentido restringido.

Son otros ejemplos: relación ineficaz de adquisición de una cosa (compraventa) y relación constitutiva de un derecho real (usufructo) o personal (arrendamiento) creada por el adquirente sobre la misma cosa; relación ineficaz de adquisición de un derecho real (hipoteca) o personal (arrendamiento) y relación constitutiva de otro derecho real (subhipoteca) o personal (subarriendo) de menor entidad creada por el adquirente sobre el derecho adquirido; relación ineficaz de creación de un derecho real (usufructo, hipoteca) o personal (arrendamiento) y posterior cesión de

(24) Hemos creído conveniente representar gráficamente, en hoja unida a este trabajo, los cinco grupos de supuestos que comprende nuestra clasificación. Representamos la relación jurídica por una recta que une a las partes y señala la dirección del poder del sujeto activo, sin lo hemos representado suponga una opinión sobre la debatida cuestión de la estructura de la relación jurídica.

(25) De aplicar rigurosamente la terminología que resulta de lo que llevamos expuesto, el nombre completo de este grupo sería «supuestos de conexión *ob rem* en derivación y conexión subjetiva». Pero lo hemos abreviado porque los supuestos que comprende no pueden ser de conexión patrimonial y siempre son de conexión subjetiva. Incluso quedaba suficientemente identificado con la denominación «supuestos de derivación». También hemos suprimido la referencia a la conexión subjetiva en los nombres de los grupos tercero y cuarto, por la misma razón de que en los supuestos que comprenden hay siempre esta clase de conexión. Queda únicamente con su nombre completo el grupo segundo.

este derecho por el adquirente; relación ineficaz de crédito y cesión posterior del mismo.

Si se tiene en cuenta la causa de la ineficacia de la relación determinante (nulidad, anulabilidad, rescisión, revocación y resolución), se aprecia otra variedad de supuestos cuyo examen corresponde a otra parte de este trabajo, por enlazar con la protección del tercero en sentido restringido.

2.º *Supuestos de conexión ob rem en colisión y conexión subjetiva*

Las relaciones son de signos contrarios y la conexión subjetiva se produce en el sujeto pasivo de la relación determinante (transmitente, deudor). Por la posición de las relaciones el tercero puede ser llamado «tercero angular».

El supuesto tipo es el de la doble venta. Ticio vende una cosa a Mevio (relación determinante) y posteriormente Ticio vende la misma cosa a Cayo (relación conexa). Si la venta a Mevio es ineficaz, Cayo es tercero en sentido restringido.

Son otros supuestos: constitución de un derecho real sobre una finca y posterior enajenación de ésta; constitución de dos hipotecas sobre una finca siendo las responsabilidades de aquéllas superior al valor de ésta; aparición de dos retractos legales en la venta de una finca; arrendamiento de una finca y posterior enajenación de ésta; concurrencia de dos créditos privilegiados sobre una cosa cuyo valor es inferior al importe de aquéllos; doble cesión de un crédito, etc.

3.º *Supuestos de conexión meramente patrimonial*

Como en los del grupo segundo, las relaciones son de signos contrarios y la conexión subjetiva se produce en el sujeto pasivo de la relación determinante (deudor). La diferencia radica en la conexión objetiva, que en estos supuestos es patrimonial.

También puede llamarse «tercero angular» al de estos supuestos. Pero generalmente hay varios terceros en sentido restringido—terceros recíprocos—, consecuencia de la perfecta reversibilidad del supuesto aun teniendo en cuenta la afección. Además, casi siempre las relaciones son numerosas y hay tantos terceros en sentido restringido como relaciones, no computadas las de créditos con privilegio general.

Supuesto tipo es la concurrencia de dos créditos comunes contra un deudor parcialmente insolvente. Ticio, en virtud de un préstamo en documento privado, contrae una deuda con Mevio, y posteriormente Ticio, en virtud de otro préstamo en documento privado, contrae otra deuda con

Cayo. El patrimonio de Ticio es insuficiente para cubrir los dos créditos. Cayo es tercero del crédito de Mevio y Mevio es tercero del crédito de Cayo, terceros recíprocos en sentido restringido o terceros perjudicados.

Por eso se dice, con razón, que todos los acreedores de un deudor son terceros entre sí. Mientras el patrimonio del deudor es suficiente para el pago de todos los créditos, los acreedores son sólo terceros posicionales. Pero cuando resulta insuficiente, los acreedores se convierten en terceros en sentido restringido.

Los supuestos de este grupo son muy simples, consecuencia de dirigirse las relaciones a cosas genéricas. La variedad de éstas—trigo, aceite, mercancías en general—apenas introducen alteración en el esquema general. Incluso en la práctica, los supuestos de colisión de relaciones genéricas dirigidas a cosa distinta de dinero sólo pueden darse cuando la cosa genérica está en el patrimonio del deudor, pues si sale de este patrimonio la relación genérica, como consecuencia de dificultades procesales, se reduce para su efectividad a otra equivalente dirigida a dinero (*id quod interest*, art. 926 de la Ley de Enjuiciamiento civil) (26).

4.º *Supuestos de conexión mixta*

Las relaciones son también de signos contrarios y la conexión subjetiva se produce en el sujeto pasivo de la relación determinante (deudor y transmitente).

Son, por tanto, supuestos de tercero angular, pero a diferencia de los del grupo segundo una de las relaciones se dirige a cosa genérica (conexión patrimonial) y la otra a cosa específica (conexión *ob rem*).

Cuando la relación que se dirige a cosa específica es de naturaleza real hay que referir el supuesto al momento de crear esta relación, pues una vez creada la cosa o el derecho real, sale del patrimonio del sujeto pasivo y desaparece la conexión objetiva. Por la misma razón, la relación dirigida a cosa genérica tiene que ser la primera en el tiempo.

Puede ponerse como supuesto tipo la conexión de un crédito y una relación traslativa del dominio de una cosa del deudor. Ticio, en virtud de un préstamo, contrae una deuda con Mevio, y posteriormente Ticio

(26) Esta circunstancia aumenta la simplicidad de los supuestos de este grupo, reducidos a la colisión de créditos comunes o de créditos con privilegio ordinario. El crédito especialmente privilegiado se dirige a cosa genérica—dinero—, por lo que habría que admitir que en su colisión con otro crédito hay conexión patrimonial. Pero, como hemos dicho, la conexión patrimonial se produce en el patrimonio a que se dirigen las relaciones, y el crédito especialmente privilegiado se dirige, además de al patrimonio del deudor, a la cosa específica sobre la que recae el privilegio. Por eso su colisión con otro crédito es conexión *ob rem* (con otro crédito especialmente privilegiado sobre la misma cosa) o conexión mixta (con otro crédito común o con otro crédito de privilegio ordinario).

vende una finca a Cayo. Si el patrimonio de Ticio es insuficiente para cubrir el crédito de Mevio, éste es tercero en sentido restringido.

Son otros supuestos: La concurrencia de un crédito común y otro especialmente privilegiado contra deudor parcialmente insolvente; la concurrencia de un arrendamiento y un crédito contra el arrendador insolvente ; la concurrencia de un crédito común y una hipoteca, etc.

5.º *Supuestos de solo conexión objetiva*

En los supuestos de los apartados anteriores a la conexión objetiva, esencial en nuestro concepto de tercero concreto, se une la conexión subjetiva, inmediata o mediata, porque uno de los sujetos de la relación determinante pasa a ser sujeto de la relación conexa o de la intermedia.

Pero pueden darse supuestos de conexión objetiva sin conexión subjetiva. Los sujetos de la relación conexa son distintos de los sujetos de la relación determinante, ninguno de éstos dobla su papel.

Estos supuestos solamente se dan en la conexión *ob rem*. En la conexión en derivación el sujeto activo de la relación determinante necesariamente ha de pasar a sujeto pasivo de la relación conexa o de la intermedia. Y en la conexión patrimonial, el patrimonio ocupa el lugar de su titular, es el aspecto económico del sujeto pasivo de la relación, el deudor reducido a responsabilidad patrimonial. Por lo que, al coincidir las relaciones en un patrimonio, coinciden en el titular de este patrimonio, hay conexión subjetiva.

Como supuesto tipo puede ponerse la doble venta de una cosa por distintos vendedores. Ticio, dueño de una cosa, la vende a Mevio, y Mario, diciendo ser dueño de la misma cosa, la vende a Cayo. Este es tercero en sentido restringido del supuesto.

Parecerá artificioso este supuesto, pero se da con frecuencia en bienes muebles y no es raro en inmuebles. La doble inmatriculación registral puede tener origen en este supuesto. Las enajenaciones del heredero aparente pueden producir también supuestos de este grupo (27).

(27) Sólo con cierto esfuerzo puede admitirse que en los supuestos de este grupo hay afección negativa. Hemos llamado afección negativa a la trascendencia desfavorable a tercero de la eficacia o de la ineficacia de una relación jurídica, pero sólo a la que es consecuencia de la conexión objetiva entre esta relación determinante y aquella de la que el tercero es sujeto activo—relación conexa—. Pues bien, en los supuestos de este grupo la relación conexa es ineficaz, pero no como consecuencia de la eficacia de la relación determinante. En el ejemplo del texto la venta a Cayo es ineficaz, aunque la venta a Mevio también lo sea. No hay afección negativa en la eficacia de la relación conexa porque ésta es siempre ineficaz. Pero hay afección negativa en la apariencia de eficacia de esta relación y en los efectos de esta apariencia. Cayo puede ser tenido por dueño de la cosa que compró, puede poseerla de buena fe, acortar el plazo de usucapión, etc. A todo esto afecta la venta a Mevio. Cayo puede ser llamado tercero perjudicado

Incluimos también en este grupo los supuestos de colisión que pueden originarse con ocasión de la usucapión del dominio o de un derecho real. El supuesto más claro es el de colisión del dominio del usucapiente y una relación traslativa del dominio o constitutiva de un derecho real sobre la misma cosa creada por el dueño después de la usucapión. Ejemplo: Ticio es dueño de una finca que Mevio adquiere por usucapión, y después de consumada ésta, Ticio vende la finca a Cayo. Este es tercero en sentido restringido.

d) *La sucesión hereditaria como relación conexa y los supuestos de tercero en sentido restringido que pueden originarse con ocasión de la sucesión hereditaria, especialmente de la testamentaria* (28)

Lo que llamamos «conexión *ob rem*» en derivación no es más que lo que BETTI llama «nexo genético» de la adquisición derivativa, en virtud del cual la adquisición deriva de la pérdida o de la limitación del derecho, pero no viceversa. La adquisición del derecho por el sujeto activo de la

o tercero en sentido restringido. Contemplados aisladamente los supuestos de este grupo, el tercero en sentido restringido nunca es protegido por el Derecho. Pero puede serlo si es a la vez tercero en sentido restringido de otro supuesto de conexión en derivación en el que la relación determinante es aparentemente eficaz, porque la protección que reciba en el supuesto de conexión en derivación le protege también en el supuesto de conexión en colisión. En el ejemplo del texto, si la cosa es un inmueble que Mario tenía inscrito a su nombre por haberlo comprado a Sempronio en escritura falsa o simulada y Cayo lo compró creyéndole dueño—buena fe—e inscribe, Cayo es protegido contra la afección de la ineficacia de la venta a Mario e indirectamente contra la afección de la eficacia de la venta a Mevio. Hay combinación de dos supuestos con un solo tercero «inmediato». La posibilidad de esta combinación es lo que da importancia a los supuestos de este grupo.

(28) Cuando nuestra doctrina refería el concepto de tercero a los contratos principalmente, resultaba obligado excluir en su definición a los herederos de las partes. Así, ROCA dice en la primera edición de su *Derecho Hipotecario* que «es tercero aquel que es extraño a la formación de un contrato, bien por no haber sido parte en él (por sí o por representante), bien porque no es heredero de los que fueron parte en el mismo». Al referir, como lo hace nuestra reciente doctrina, el concepto de tercero a la relación jurídica ya no es necesario excluir en su definición a los herederos de los sujetos de esta relación, porque la sucesión hereditaria se explica como subrogación del heredero en las relaciones jurídicas de su causante, ocupando el lugar de éste. Como consecuencia de la identidad de la relación jurídica antes y después de la sucesión hereditaria, referido el concepto de tercero a una relación jurídica se entiende referido a todos los momentos de existencia de esa relación. Pero el estudio del tercero no es el de la relación jurídica y por ello es conveniente aclarar, fuera de la definición de tercero, que no son terceros los herederos de las partes. Así lo hace ROCA SASTRE: «No tienen la consideración de terceros los herederos por subentrar en la misma posición jurídica de parte que tenía el causante.» También GARCÍA-BERNARDO LANDETA explica que «en el supuesto de fallecimiento de uno de los sujetos de la relación surge el heredero, que ocupa la posición jurídica de su causante, es un *alter ego*, y en ese sentido es parte». Del mismo modo explicamos nosotros en este apartado la inexistencia de relación conexa en la sucesión hereditaria.

relación conexas, deriva, es consecuencia, de la pérdida o de la limitación del derecho del sujeto activo de la relación determinante. La relación determinante se extingue o se limita para dar paso a la relación conexa. El contenido o parte del contenido de la primera relación pasa a la segunda.

Esto resulta claro en la adquisición derivativa llamada transmisión—traslativa o constitutiva—. Pero en la adquisición derivativa conocida con el nombre de «sucesión», se entiende que el adquirente «subentra» en la relación por la que el causante, transferente o autor adquirió el derecho objeto de la sucesión, ocupando el lugar de dicho causante—subrogación personal—. Por tanto, en la sucesión no hay dos relaciones, sino una relación en la que el sucesor entra para ocupar el lugar del sujeto activo. El sucesor no es tercero, sino parte de la relación en que sucede.

Aunque en nuestro Derecho hay otros casos de subrogación personal, concretamente, de subrogación personal activa (29), la denominación de sucesión se reserva para la sucesión hereditaria, caracterizada por la extensión de la subrogación personal a todas las relaciones del causante, tanto en la posición de sujeto activo como en la de sujeto pasivo.

Si partiendo de una relación, que se considera determinante, se toma en consideración la sucesión hereditaria de cada uno de sus sujetos, solo aparentemente hay conexión de relaciones, pues en realidad hay una relación en la que subentra el heredero del sujeto activo o el heredero del sujeto pasivo.

Aparentemente los supuestos se presentan así:

1) Ticio vende una cosa a Mevio—relación determinante—y posteriormente fallece Mevio y le hereda Cayo—relación conexa—. Si la venta a Mevio es ineficaz, Cayo sería tercero en sentido restringido, tercero de un supuesto de derivación comprendido en el anterior grupo primero.

2) Ticio vende sin tradición una cosa a Mevio—relación determinante—y posteriormente fallece Ticio y le hereda Cayo—relación conexa—. Si la venta a Mevio es eficaz, Cayo sería tercero en sentido res-

(29) De nuestro Código civil citamos los siguientes: la subrogación de los acreedores en el ejercicio de los derechos y acciones del deudor, después de hecha excusión de los bienes poseídos por éste (art. 1.111); la subrogación en los derechos del acreedor por quien no siendo deudor cumple la obligación, que se produce en numerosos supuestos (acreedor que paga a otro preferente, interesado en la obligación que paga, no interesado que paga con aprobación del deudor—artículo 1.210—, fiador que paga la deuda afianzada—art. 1.829—, legatario que paga la deuda garantizada con prenda o con hipoteca de la cosa legada—art. 867—, etcétera); la subrogación del colindante que ejercita el retracto legal en el lugar del que adquiere una finca rústica por compra o dación en pago—art. 1521—, etcétera.

tringido, tercero de un supuesto de colisión comprendido en el anterior grupo segundo.

Pero según la construcción de la sucesión hereditaria, en estos supuestos no hay más relación jurídica que aquella de la que era parte el causante, en la cual subentra el heredero ocupando el lugar de aquél. La sucesión hereditaria no origina verdadera relación jurídica entre causante y heredero, sino que es un mecanismo jurídico que permite al heredero entrar en las relaciones jurídicas de su causante, ocupando el lugar de éste. La adquisición hereditaria es sólo consecuencia de la sucesión, de la subrogación del heredero en las relaciones de que el causante era sujeto activo.

Por tanto, en la sucesión hereditaria no hay relación conexa de las relaciones del causante. El heredero no puede ser tercero, es tan parte como lo era su causante. En el ejemplo 1) Cayo se subroga en los derechos de comprador que tenía Mevio y en el ejemplo 2) Cayo asume las obligaciones de vendedor que tenía Ticio. Cayo es parte de las compras-ventas.

No obstante, el heredero puede ser tercero en su condición de heredero. Al asumir la posición de su causante, si éste era tercero en determinada relación jurídica, el heredero tendrá la misma condición en esa relación, a no ser que personalmente fuera parte (30). Y en la colisión de heredero aparente y heredero verdadero, éste es tercero del título de aquél y aquél es tercero del título de éste.

Distinta de la posición del heredero es la del legatario. El legado es relación jurídica de la que el legatario es sujeto activo. Esta relación la crea el testador en el testamento, aunque precise la aceptación del legatario, pero sólo es eficaz al fallecimiento del testador y entonces el heredero subentra como sujeto pasivo del legado. El legado es, pues, rela-

(30) El heredero asume la posición de tercero de su causante en las mismas condiciones que éste. Si el causante era tercero perjudicado en condiciones que le hacían merecedor de protección, el heredero es tercero perjudicado merecedor de protección, y si el causante era tercero perjudicado en condiciones que le hacían no merecedor de protección, el heredero es tercero perjudicado no merecedor de protección. Es frecuente aludir a la posición en condiciones favorables con la expresión «condición de tercero». A, dueño registral de una finca, la vende a B, que la inscribe, y la vende a C, que también inscribe. La primera venta es impugnada por causa que desconocía C—buena fe—. Fallece C y le hereda D. Este asume la posición de tercero en condiciones favorables que tenía C. Por el contrario, si C conocía la causa de la impugnación, D asume la posición de tercero en condiciones desfavorables que tenía C. Cuando el heredero es parte no puede asumir la condición de tercero de su causante, porque no se puede ser a la vez parte y tercero por ser términos antagónicos. A, dueño registral de una finca, la vende a B, que inscribe, y la vende a C, que también inscribe. La venta a B es impugnada por causa que ignoraba C. Fallece C y le hereda B. Este no asume la condición de tercero que tenía C.

ción jurídica entre heredero y legatario, salvo casos especiales (legado a cargo de otro legatario, distribución de la herencia en legados) (31).

Al ser el legado relación jurídica, el legatario es tercero de las relaciones jurídicas de que era parte el testador. Igualmente es tercero de las relaciones de que el heredero es personalmente parte, y cuando hay varios legados los legatarios son terceros entre sí. Por último, los acreedores del causante y los acreedores del heredero son terceros entre sí.

Resulta, por tanto, que con ocasión de la sucesión hereditaria, especialmente de la testamentaria, pueden surgir numerosos supuestos de conexión de relaciones, comprendidos en los cuatro primeros grupos que antes hicimos—apartado c)—. De estos supuestos los comprendidos en el grupo primero—supuestos de conexión en derivación—tienen escasa importancia, porque el legatario—tercero perjudicado— nunca es protegido en nuestro Derecho (32). Los comprendidos en el grupo segundo—supuestos de conexión *ob rem*—también tienen escasa importancia, porque

(31) Como dice GARCÍA-BERNARDO LANDETA, en la herencia con legado «hay dos relaciones que tienen el mismo objeto, una cuyo sujeto era el causante y es ahora el heredero, que ha permanecido idéntica no obstante la sucesión, y otra en que el sujeto activo será el legatario, como adquirente, en este caso, del causante—heredero». Pero ROCA SASTRE niega al legatario la posición de tercero, porque «de terceros adquirentes—dice—sólo puede hablarse en negocios jurídicos entre vivos. como si implicase comercio jurídico, mas no en los negocios por causa de muerte, aunque se trate de contratos sucesorios». Su limitado concepto de tercero concreto lo limita aún más al exigir que sea adquirente por negocio jurídico entre vivos. Es como si en nuestras situaciones de conexión en derivación distinguiéramos entre situaciones en las que la relación conexa procede de negocio *inter-vivos* y situaciones en las que la relación conexa procede de negocio *mortis-causa*, y sólo admitiéramos la existencia de tercero en las primeras. Pero lo cierto es que no hay diferencia en la posición del sujeto activo de la relación conexa de unas y otras situaciones. El legatario tiene, respecto de la relación jurídica por la que su causante adquirió la cosa específica legada, la misma posición que tiene el segundo comprador respecto de la primera venta en la «subventa», por lo que no hay razón para llamar tercero a este segundo comprador y no poder llamarlo a aquél legatario. Si en las aludidas situaciones la relación determinante es ineficaz y el Derecho selecciona al tercero que ha de proteger entre los que adquirieron por negocio *inter-vivos*. esto no quiere decir que los no seleccionados adquirieran por negocio jurídico *inter-vivos* o por negocio jurídico *mortis-causa* dejen de ser terceros. Precisamente ha sido ROCA SASTRE quien más ha insistido en la distinción entre la posición de tercero y la protección del tercero. La protección ha hecho que la doctrina preste atención al tercero que adquiere por negocio entre vivos, quedando casi olvidado el tercero que adquiere por negocio *mortis-causa*, y de aquí que de terceros adquirentes sólo se hable en los negocios jurídicos entre vivos, pero no porque no pueda hablarse en los negocios por causa de muerte.

(32) Sirve el siguiente ejemplo: A vende una finca a B. Fallece B con testamento en el que lega la finca a C. Este legatario es tercer adquirente, y si la venta a B es ineficaz, C es tercero en sentido restringido. En nuestro sistema hipotecario el legatario nunca es protegido en esta posición de tercer adquirente, porque sólo protege al tercer adquirente por título oneroso y el legatario es considerado siempre como adquirente por título gratuito, aunque los artículos 889 y 890 del Código civil hablen del legado oneroso.

son de difícil originación y porque el tercero en sentido restringido raramente es protegido (33). Quedan, pues, como supuestos interesantes los comprendidos en los grupos tercero—supuestos de conexión patrimonial—y cuarto—supuestos de conexión mixta—, únicos a que nos referiremos.

(33) Es difícil que se produzcan estos supuestos, y más difícil aún que el tercero en sentido restringido sea protegido. Para que haya colisión *ob rem* el legado ha de ser relación real y la otra relación ha de dirigirse a la cosa legada. Pero en el legado relación real el legatario adquiere la cosa legada sin que pase por el patrimonio del heredero, quien en ningún momento es dueño de la cosa. Ante esto es difícil que el heredero cree una relación dirigida a la cosa específica legada, y si la crea será ineficaz, no como consecuencia de la afección del legado, sino porque el sujeto pasivo nunca fue dueño de la cosa. La colisión entre esta relación y el legado encaja en el grupo de supuestos de solo conexión objetiva. Como hemos dicho en la nota 27, en los supuestos de solo conexión objetiva—*ob rem*—el tercero puede ser protegido por su confianza en la apariencia de la relación de que deriva la suya. Pero el Derecho civil no protege al adquirente del heredero—tercero en sentido restringido de este supuesto—que confió en la apariencia, y el Derecho hipotecario no puede protegerle porque el heredero no puede inscribir a su nombre la finca legada a otro, no puede convertir en apariencia registral la apariencia civil, y la apariencia registral es la base del principio de fe pública, que es el que el adquirente del heredero podría aducir en su protección. Ahora bien, si la razón de no poder ser protegido por nuestro sistema hipotecario el adquirente del heredero está en que el heredero no puede inscribir el inmueble legado, resulta evidente que dicho adquirente podrá ser protegido si el heredero consigue inscribir. Esto puede ocurrir si el heredero—verdadero o aparente—presenta en el Registro un título hereditario distinto del testamento en que se ordenó el legado—testamento anterior, declaración de heredero abintestato—. El adquirente del heredero que confió en la apariencia registral e inscribió su adquisición será protegido frente al legatario del inmueble transmitido. Aunque es difícil que se produzca este supuesto, pues normalmente lo impide el Registro de Actos de Última Voluntad, puede darse y justifica la anotación del legado de inmueble determinado. Mayores posibilidades de originación tiene la colisión *ob rem* de legado y relación creada por el testador. Si esta relación es traslativa del dominio o constitutiva de un derecho real—supuestos previstos en los artículos 867, 868 y 869 del Código civil—, el legatario es tercero en sentido restringido y sin posible protección. El artículo 869-2.º dice que «el legado quedará sin efecto». Esta ineficacia no es la ineficacia consecuencia de la afección negativa, sino una revocación tácita del legado. El legado queda sin efecto porque ésta es la voluntad del testador, no porque la relación traslativa sea eficaz. Aunque la relación traslativa sea ineficaz o aunque el testador readquiriera la cosa, el legado continuará siendo ineficaz, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa. El artículo 869-2.º resuelve también la colisión *ob rem* de legado y relación traslativa personal—obligación de dar cosa determinada—. Si el testador vendió la cosa específica legada, pero no llegó a entregarla al comprador, el legatario es tercero en sentido restringido porque por la venta, aun sin tradición, quedó revocado el legado. Pero nuestro Código civil carece de reglas sobre la colisión *ob rem* de legado y relación creada por el testador, de la que dimana otro derecho personal dirigido a la cosa legada. Viendo solamente la colisión de relaciones de distinta naturaleza, el sujeto activo de la relación personal es tercero en sentido restringido. Sin embargo, el carácter excepcional del artículo 1.571 del Código civil permite sostener que en la colisión con arrendamiento el legatario es tercero en sentido restringido. Y el concepto restringido de la herencia, que en el texto recogemos, permite sostener también que en la colisión con crédito especialmente privilegiado sobre la cosa legada, el legatario es tercero en sentido restringido.

Y son interesantes porque el tercero perjudicado es a veces protegido por el Derecho y porque nuestra doctrina discute quién es este tercero. Para adaptar nuestra exposición a la aludida discusión doctrinal tomaremos como tipo de relación procedente del causante o del heredero, en colisión con el legado o entre sí, la deuda del causante y la deuda del heredero, sin perjuicio de hacer referencia a las colisiones con otra clase de relaciones que estimemos interesantes.

Estos supuestos pueden darse en dos situaciones distintas de la herencia: en la herencia aceptada a beneficio de inventario y en la herencia aceptada pura y simplemente.

En la herencia aceptada a beneficio de inventario el heredero es sujeto pasivo de relaciones para cuya efectividad cuenta con dos patrimonios: la herencia, con la que responde de la efectividad de las relaciones creadas por el causante—deudas del causante y legados—, y su patrimonio, con el que responde de la efectividad de las relaciones creadas por el propio heredero—deudas del heredero—. Entre las relaciones de un origen y la de otro no hay conexión objetiva y, por tanto, no hay afección negativa (34). Ninguno de los sujetos activos de las relaciones de un grupo es tercero en sentido restringido de las relaciones del otro grupo. En cambio, entre las relaciones del mismo grupo hay conexión objetiva y, por tanto, hay tercero en sentido restringido. En la colisión de legado y deuda del testador este papel corresponde siempre al legatario.

En la herencia aceptada pura y simplemente, los bienes de la herencia y los bienes del heredero se refunden en una masa que en lo sucesivo será el patrimonio del heredero, con la que éste responderá de la efectividad de todas las relaciones de que es sujeto pasivo, tanto de las creadas por el causante como de las creadas por el propio heredero. Las relaciones creadas por el causante y las creadas por el heredero coinciden en este patrimonio, hay conexión entre ellas, y si dicho patrimonio es insuficiente para la efectividad de todas, los sujetos activos de estas relaciones—acreedores del causante, legatarios y acreedores del heredero—son terceros recíprocos en sentido restringido. Hay una excepción. En el legado de cosa específica y determinada propia del testador, el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada desde la muerte del testador (art. 882 del C. c.). Su relación real prevalece sobre las demás de carácter personal. Este legatario no es tercero en sentido restringido.

De aquí que en la herencia aceptada pura y simplemente convenga

(34) Según resulta de lo dicho en la nota 16, entre el crédito contra el causante y el crédito contra el heredero no hay conexión objetiva. El acreedor del causante y el acreedor del heredero son terceros recíprocos, pero ninguno de ellos es nuestro tercero concreto, ni siquiera nuestro tercero concreto meramente posicional.

distinguir entre legado relación real y legado relación de crédito, según que el legatario adquiera la cosa o el derecho legado directamente del testador, o adquiera un crédito contra el heredero dirigido a la cosa o al derecho legado. Recuerda esta distinción la que en Derecho romano se hacía entre *legatum per vindicationem* y *legatum per damnationem* (35).

Este planteamiento general de la colisión de relaciones en la herencia aceptada pura y simplemente, es rigurosa consecuencia de la unidad del patrimonio personal y del concepto romano de la herencia, recogido en el artículo 659 de nuestro Código civil (la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte). Pero una fuerte opinión doctrinal defiende la aplicación, en algunos casos, de un concepto económico de la herencia que comprende «el remanente que reste a favor del heredero después de pagadas las deudas del causante y de cumplidas las obligaciones que haya impuesto en el testamento» (PUIG BRUTÁU). Y es general la opinión que da preferencia a las deudas del causante sobre las obligaciones impuestas en el testamento—legados—. No obstante, aunque sólo sea provisionalmente, partiremos de la unidad del patrimonio personal y del concepto romano de la herencia para plantear los supuestos concretos de colisión, sin perjuicio de tener en cuenta las apuntadas opiniones cuando estudiemos, en el apartado e), las reglas generales de la afección negativa de estos

(35) «El *legatum per vindicationem*—dice SOHN—es la forma de legar propia de las XII Tablas. Confiere directamente al legatario un derecho real de carácter civil—v. gr., la propiedad o una servidumbre—sobre cosas que fueren propiedad quirritaria del causante en el momento de su muerte. Este legado tiene, pues, eficacia real, es un acto dispositivo, y de tal suerte desglosa de la herencia el derecho legado que éste no entra para nada en el patrimonio del heredero, sino que pasa directamente al legatario tan pronto como aquél realice la adición.» «El *legatum per vindicationem*—dice el mismo autor—, posterior probablemente a las XII Tablas no tiene eficacia dispositiva, sino puramente obligacional; impone al heredero la obligación—por Derecho estricto—de transmitir al legatario la propiedad de una cosa u otro bien patrimonial cualquiera. El legatario adquiere tan sólo un crédito—el derecho a reclamar el *dare* o el *facere*—contra el heredero, pero no adquiere la propiedad inmediata.» El aspecto formal de esta distinción no ha pasado al Derecho moderno, pero sí el material. El artículo 882 de nuestro Código civil dice que «cuando el legado es de cosa específica y determinada propia del testador, el legatario adquiere la propiedad desde que aquél muere». Aunque la expresión de este artículo es muy restringida, hay que interpretar la palabra «cosa» en el sentido amplio en que ROCA SASTRE interpreta la palabra «inmueble» del artículo 47 de la Ley Hipotecaria: «cuando se habla de inmueble determinado, dentro del concepto de inmueble deben naturalmente comprenderse el dominio de las fincas, los derechos reales impuestos sobre ellas y las participaciones de uno y otros». Como legado relación real entendemos el del dominio y el de derecho real pertenecientes al testador. Y como legado relación de crédito entendemos todos los demás legados, especialmente el de cosa genérica o de cantidad. Las expresiones legado relación real y legado relación de crédito facilitarán nuestra exposición y bastarán para explicar las soluciones de muchos supuestos.

supuestos. Por tanto, las calificaciones de tercero en sentido restringido que siguen son también provisionales.

De acuerdo con lo que antecede, planteamos los antes aludidos supuestos que interesa examinar, del modo siguiente:

1. Supuestos de colisión de legado y deuda del causante en la herencia aceptada a beneficio de inventario.

Son supuestos de conexión patrimonial, cuando el legado es relación de crédito, o de conexión mixta, cuando el legado es relación real. Pero a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de los grupos tercero y cuarto, el legatario, y sólo el legatario, es tercero en sentido restringido.

2. Supuestos de colisión de legado y deuda del causante en la herencia aceptada pura y simplemente (36).

Según el contenido del legado estos supuestos son:

1'. Supuesto de conexión patrimonial, cuando el legado es relación de crédito. Legatario y acreedor son terceros recíprocos en sentido restringido.

2'. Supuesto de conexión mixta, cuando el legado es relación real. Sólo el acreedor es tercero en sentido restringido.

3. Supuestos de colisión de legado y deuda del heredero en la herencia aceptada pura y simplemente.

Estos supuestos pueden ser:

1'. Supuesto de conexión patrimonial, cuando el legado es relación de crédito. Legatario y acreedor son terceros recíprocos en sentido restringido.

2'. Supuesto de conexión mixta, cuando el legado es relación real. El acreedor del heredero es tercero en sentido restringido.

Con la expresión «deuda del heredero» nos referimos a una relación creada por el heredero y dirigida a cosa genérica. Pero el heredero puede crear también relaciones dirigidas a cosas específicas procedentes de la herencia. La colisión de una de estas relaciones con el legado relación de crédito origina el siguiente supuesto:

(36) Nuestra advertencia sobre la provisionalidad de las soluciones—quién es tercero en sentido restringido—reza especialmente para las de estos supuestos. La regla, tan repetida a propósito de la enajenación en fraude de acreedores, de que «ha de ser preferido el que trata de evitar un perjuicio (*certat de damno vitando*) sobre el que trata de conseguir una ventaja (*certat de lucro captando*)», conduciría a considerar siempre al legatario tercero en sentido restringido. Pero esta solución exigiría entrar en cuestiones y en aclaraciones que no son propias de este lugar, por lo que provisionalmente admitimos las soluciones que derivan de los principios expuestos en el texto.

3'. Supuesto de conexión mixta, cuando el legado es relación de crédito y la otra relación, creada por el heredero como sujeto pasivo, se dirige a cosa específica de la herencia. Si esta relación es de naturaleza real—traslativa del dominio o de un derecho real o constitutiva de un derecho real—el legatario es tercero en sentido restringido (37).

4. Supuestos de colisión de deuda del causante y deuda del heredero en la herencia aceptada pura y simplemente.

Son supuestos de conexión patrimonial. La deuda del causante y la deuda del heredero se dirigen a cosa genérica del patrimonio del heredero. Acreedor del causante y acreedor del heredero son terceros recíprocos en sentido restringido.

Pero, como hemos dicho, el heredero puede crear una relación real sobre cosa específica de la herencia. La colisión de esta relación y la deuda del causante es un supuesto de conexión mixta. El acreedor del causante es tercero en sentido restringido.

5. Supuestos de colisión de legados.

Los legados son relaciones jurídicas que tienen origen en la voluntad del testador. Por tanto, habría que reconocer a esta voluntad valor para decidir de antemano la colisión que originen los legados que ordena. Sin embargo, en nuestro Código civil el artículo 887 antepone a esta voluntad el valor que concede a la distinción entre legado relación real y legado relación de crédito. Interpretando literalmente dicho artículo, los supuestos de colisión de legados son:

1'. Supuestos de conexión mixta, cuando uno de los legados es relación real y el otro relación de crédito. El legatario del legado relación de crédito es tercero en sentido restringido.

Hay una excepción a favor de un legado privilegiado: si el legado relación de crédito es remuneratorio, se antepone al legado relación real. El legatario del legado relación real es tercero en sentido restringido.

2'. Supuesto de conexión patrimonial, cuando los legados son relaciones de crédito. Todos los legatarios son terceros recíprocos en sentido restringido.

Hay las siguientes excepciones:

1.^a A favor del privilegio concedido al legado remuneratorio. El legatario del otro legado es tercero en sentido restringido.

(37) Este supuesto 3' es, sin duda alguna, el más interesante, sobre todo en el aspecto hipotecario. El legatario de este supuesto es seleccionado por el Derecho Hipotecario para ser protegido contra las relaciones que cree el heredero sobre bienes inmuebles de la herencia, protección que puede conseguir con la anotación preventiva del legado. Este legatario entra en nuestro concepto de tercero hipotecario.

2.^a A favor del legado que el testador haya declarado preferente. Tercero en sentido restringido es el legatario del otro legado, siempre que no sea remuneratorio.

3.^a A favor de los privilegios concedidos al legado de alimentos y al legado de educación por este orden. Si la colisión es entre estos legados, el legatario del legado de educación es tercero en sentido restringido. Si cualquiera de ellos colisiona con otro legado común (no privilegiado) que el testador no haya declarado preferente, el legatario del legado común es tercero en sentido restringido.

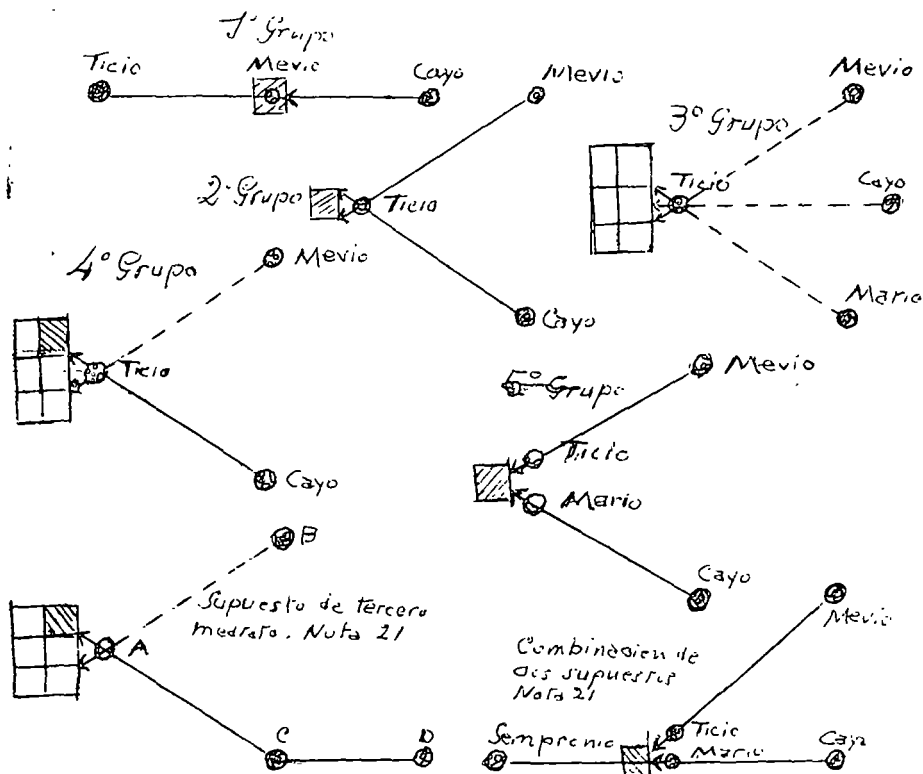
MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS

Notario y Registrador de la Propiedad

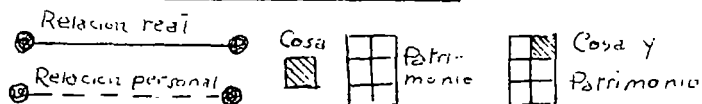
CALIXTO GARCÍA ARANDA

Registrador de la Propiedad

Representación gráfica de los supuestos de tercero



Signos convencionales



Legado de Crédito y Legado de Liberación

LEGADO DE CREDITO

PRECEPTOS APLICABLES

La regulación legal de estos dos legados se encuentra en el Código civil, en los artículos 870, 871 y 872. Pero para poder construir estas figuras, desde un punto de vista jurídico-positivo, debemos tener también en cuenta—mientras no contradigan los preceptos específicamente dedicados a los legados—los artículos 1.526 y siguientes, encuadrados dentro del capítulo *De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales*. Piensa SÁNCHEZ ROMÁN (1) que la primera de las figuras es una verdadera novación, por lo que entra dentro del concepto del artículo 1.203, núm. 3, y son de aplicación los artículos 1.204 y 1.209, todos ellos del Código civil. El mismo autor, al tratar del legado de liberación o de perdón, dice que estamos ante una condonación de la deuda y que le son aplicables los artículos 1.187 al 1.191, ambos inclusive (2).

CONCEPTO DEL LEGADO DE CRÉDITO

La cesión de créditos puede hacerse, tanto por negocio jurídico *inter vivos*, como *mortis causa*. En caso de que el crédito pase al heredero, no hay tal cesión al ser el heredero el continuador de la personalidad jurídica del causante. La cesión de créditos operada *mortis causa* se da cuando el crédito que el testador tiene contra un tercero es objeto de legado.

(1) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. 2.º, 2.ª edición, Madrid, 1910, pág. 1315.

(2) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, cit., pág. 1318.

Debemos dejar bien sentado que es el crédito lo que se lega, y no la suma a que asciende dicho crédito; en este segundo caso estaríamos ante un legado de cantidad, del artículo 884 del Código civil.

NATURALEZA DEL CRÉDITO OBJETO DEL LEGADO

Cuando el Código trata de los legados, no nos dice nada acerca de la naturaleza del crédito que puede ser objeto de legados; únicamente hace una precisión respecto de los intereses debidos: «...comprenderá los intereses que por el crédito o la deuda se debieren al morir el testador». Debiera haber dicho: «si el crédito o la deuda producen intereses». Hay que preguntarse cuáles son los créditos que devengan intereses. Es sabido que son los de entregar cosas fungibles y, más específicamente, los créditos consistentes en la entrega de una suma de dinero. Lo cual no quiere decir que el testador no pueda ceder otra clase de pretensiones credituales contra tercero, o que no pueda liberar o perdonar la deuda de un deudor, que lo sea de dar, hacer o no hacer algo; pero creemos que en la mente del legislador español se pensaba, sobre todo, en el crédito que consistía en entregar una suma de dinero.

CREACIÓN DE UN CRÉDITO EN EL TESTAMENTO

Puede ocurrir, también, que el testador cree, en el testamento, un crédito en favor de tercero, exigible contra el heredero o herederos. Aquí estamos claramente fuera de la figura del legado de crédito que regula el Código civil, porque el Código habla, en el artículo 870, de legado de crédito contra tercero... *subsistente al tiempo de morir el testador*. Entonces, aunque queda fuera de la figura que estudiamos, dejamos apuntada la posibilidad, indicando el caso curioso que señala el Digesto (3), en el que alguien había dejado a ciertos libertos, a título de fideicomiso, alimentos y agua, precisamente en un país en el que el agua era escasa y, por consiguiente, se compraba. ULPIANO resuelve, en primer lugar, que semejante fideicomiso es válido, tanto si el testador tenía cisternas—sobre las cuales recaería en tal supuesto un gravamen—como si no las tenía, en cuyo caso el legado consistiría en la cantidad de dinero necesaria para comprar el agua; es decir, como consecuencia de la disposición testamentaria nacería para el legatario un crédito contra el heredero o herederos.

(3) Cfr. D. 34, 1, 14, 3. Recogido por OSSORIO, *Las servidumbres personales*, Madrid, 1936, pág. 53.

Otro supuesto curioso es recogido por OSSORIO MORALES; se trata de una sentencia que estimó como legado válido el gravamen impuesto al heredero de dar una portería de una de las casas que le pertenecían a una criada, asignándole un sueldo de treinta pesetas mensuales por los servicios que había prestado al testador (4).

GANGI (5) piensa que puede ser gravado con un legado, un deudor del testador. La imposición de una carga al deudor presupone un tácito legado liberatorio en favor suyo. Cuando el testador diga: dejo a Caio lo que me debe Ticio; dejo a Caio quinientas de las dos mil que Ticio me debe. Quien se encuentra gravado será el heredero, más que el deudor, pudiendo constituir tal disposición un legado de crédito. Cuando no apareciera claro que el testador quiere que sea el deudor quien pague el legado, gravado lo estará el heredero, el cual cobrará la deuda y deberá entregar la suma legada.

DERECHO ROMANO. SISTEMA DE ACCIONES, MÁS QUE DE DERECHOS

La figura del legado de crédito era ya conocida en el Derecho romano, entendiéndose que es éste y no la cosa debida, el verdadero objeto del legado. Señala el profesor ARIAS BONET (6) que, como los romanos tenían una concepción del ordenamiento jurídico, como un sistema de acciones más que de derecho, el objeto del *legatum nominis* era la posibilidad de actuación judicial contra el *debitor*. Recordemos el segundo párrafo del artículo 870: «el heredero cumplirá con ceder al legatario todas las acciones que pudieran competirle contra el deudor».

AVANCE QUE SUPONE LA «LEX POETELIA PAPIRIA»

En principio, en el período más antiguo del Derecho romano, la obligación era una trabazón personalísima entre el acreedor y la persona que había ligado su nombre a un compromiso. Era tal la conexión que, en principio, el deudor estaba obligado hasta con su propio cuerpo. Es con la *Lex Poetelia Papiria* con la que se llevan los *nomina* al campo del patrimonio. Pero incluso en este momento, en que los créditos se sitúan en el campo del patrimonio, resultó difícil a los romanos asimilar los derechos de crédito con las cosas. Por ello, los sistemas de transmisión

(4) Véase Sentencia de 6 de diciembre de 1907, recogida en OSSORIO, *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, pág. 390.

(5) C. GANGI, *I legati nel diritto civile italiano*, tomo I. Roma, 1908, pág. 57.

(6) JUAN ANTONIO ARIAS BONET, «*Legatum nominis*», en R. G. L. J., tomo 187 (1950), pág. 60.

de créditos *mortis causa* tuvieron que ser indirectos, a base de utilizar figuras jurídicas existentes ya en el ordenamiento, aunque usadas para otras finalidades. Como para el viejo *ius civile* el *nomen* no es algo transferible, el legatario no se hace titular del derecho de crédito, con la muerte del causante; no se producía, por tanto, una verdadera *successio*, sino que el *legatum nominis* originaba una obligación de cesión por parte del heredero. El legatario se hacía cesionario del *heres*.

PROCURATIO IN REM SUAM

Quizá no interesa, en este momento, el problema de cuándo aparece, históricamente, la figura, pero sí que el legado de crédito, dada la noción romana del *nomen*, tanto en el Derecho antiguo como en el clásico, sólo cabía en el tipo del legado *per damnationem*; la *damnatio* del testador obligaba al heredero a una cesión de acciones que se producía a través del medio, defectuoso, de la *procuratio in rem suam*: el heredero cedente nombraba al legatario *procurator* para que entablara la acción contra el deudor y le dispensaba de la obligación de rendirle cuentas y de traspasarle lo obtenido por la sentencia, con lo cual el *procurator* actuaba realmente para sí; era un *procurator in rem suam* (7).

DERECHO POSTCLÁSICO. «VOLUNTAS TESTATORIS. ACTIO UTILIS»

En el Derecho postclásico, cuando comienza a darse primordial importancia a la *voluntas testatoris*, se empieza a pensar que el *legatum nominis* adquiere unos ciertos efectos directos, que apuntan hacia una cesión de acciones hecha por el heredero. La iniciación de esta dirección se redujo a la concesión al legatario de una *actio utilis* que el Derecho imperial otorgaba en los casos de negocios jurídicos que implicaban un traspaso de créditos, de modo que el adquirente de éstos no tuviese que depender del *mandatum procesal*. Las acciones no las ejercitaba el adquirente como *procurator*, sino como acciones útiles, en su propio nombre.

47

PROYECTO DE GARCÍA GOYENA

En Derecho español, la regulación actual del Código civil procede directamente del proyecto de Código civil de 1851, el cual, en su artícu-

(7) Cfr. ARIAS RAMOS, *Derecho romano*, 11.ª edición, revisada por ARIAS BONET, Madrid, 1969, pág. 691; KASER, *Derecho romano privado*, versión de SANTA CRUZ TEIJEIRO, Madrid, 1968, pág. 245.

lo 886 decía: «El legado de un crédito o de perdón de una deuda sólo surte efecto en la parte del crédito o de la deuda subsistente al tiempo de morir el testador. En el primer caso, el heredero cumple con ceder al legatario todas las acciones que le competirían contra el deudor. En el segundo, con dar al mismo legatario carta de pago, si la pidiere. En ambos, a dos, el legado comprende los intereses que por el crédito o deuda se debieren al morir el testador.»

Hemos tratado de destacar, al hablar del *legatum nominis*, la evolución que se produce en el Derecho romano, desde la consideración del *legatum nominis* como un legado *per damnationem*, hasta la situación justinianeana en que podemos decir que el legado produce ciertos efectos reales. La cuestión de si el legado de crédito produce efectos directos para el legatario o si es un mandato al heredero, se plantea también en el Derecho español actual, habiendo opiniones encontradas.

NATURALEZA JURÍDICA DEL LEGADO DE CRÉDITO. TESIS DE OSSORIO

En primer término, señalemos la tesis de OSSORIO MORALES (8), quien sostiene que el legado de crédito es de carácter obligacional, de modo que el legatario no se convierte en acreedor del tercero por el hecho del fallecimiento del testador, ya que son los herederos quienes suceden en los créditos (art. 661) y es necesario que éstos los cedan al legatario para que éste se convierta en acreedor. Impone, pues, el legado de crédito al heredero un *facere*, según resulta del 870: «el heredero cumplirá con ceder al legatario todas las acciones que pudieran competirle contra el deudor». Esta opinión es también la sustentada por ROYO MARTÍNEZ (9), ya que este autor divide los legados, al igual que en el Derecho romano en legados de cosa específica y determinada propia del testador y legados de carácter obligacional, y entre estos segundos encuadra el legado de crédito, así como el legado de perdón o liberación. LACRUZ BERDEJO (10) cita la opinión de OSSORIO, pero no la suscribe íntegramente, ya que hace a continuación importantes salvedades que parece le inclinan hacia la solución contraria, al menos de *lege ferenda*. El propio profesor LACRUZ, en las notas al *Erbrecht*, de JULIUS BINDER (11), decía, sin embargo,

(8) JUAN OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*. Madrid, 1957. página 390.

(9) MIGUEL ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio «mortis causa»*. Sevilla, 1951, páginas 167 y 168.

(10) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones. I. Parte general. Sucesión voluntaria*, Barcelona, 1971. pág. 576.

(11) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Notas conforme al Derecho español, a la 2.ª edición del Derecho de Sucesiones*, de BINDER, Julius, Barcelona, 1955, página 319.

que siendo el crédito determinado y del causante, pasa su titularidad *ipso jure* al abrirse la sucesión la regla del 870-2 debe entenderse en igual sentido que la del 885.

La otra postura es la sustentada por ROCA SASTRE (12), y antes lo había sido por TRAVIESAS (13). De forma menos decidida, se inclina también hacia la tesis del carácter real del legado de crédito, DÍAZ CRUZ (14). Es curioso que TRAVIESAS utiliza el mismo artículo 661 que esgrimía OSSORIO, pero para llegar a una solución contraria, pues dice: «de ningún modo puede cobrar el heredero un crédito que no le pertenece, porque los derechos hereditarios se transmiten al sucesor por el hecho de la muerte del causante (art. 661) y, por tanto, el crédito pertenece al legatario, y no al heredero, desde la muerte del testador».

TESIS DE ROCA SASTRE

ROCA SASTRE (15) es el más decidido partidario del carácter real del legado que estudiamos, porque dice que «cuando el legado es de cosa específica y determinada propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere (art. 882, párr. 1.º). La cosa específica y determinada puede consistir en una cosa en sentido estricto y también en un derecho real o de crédito». De esta premisa saca todas las consecuencias que, para el legado de cosa específica y determinada propia del testador, señala el Código civil.

Me parece importante el tema, porque de seguir una u otra postura las consecuencias serán importantes. Consideremos, en pura teoría, de acuerdo con un conceptualismo aséptico, el supuesto de renuncia al legado: si el crédito se transmite directamente al legatario, desde la delación hereditaria, la renuncia al mismo haría que resultara beneficiado el deudor; si el heredero no interviene para nada en la transmisión y el legatario no quiere cobrar lo legado, es el deudor el que se beneficia de la actitud del legatario. En el otro supuesto: si el crédito es del heredero, con una obligación de entrega, la renuncia del legatario redundaría en beneficio del heredero, el cual vería extinguida su obligación de entrega con la renuncia, y podría cobrar el crédito en beneficio.

(12) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, «Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas», en *Derecho de Sucesiones*, de THEODOR KIPP (en *Tratado de Derecho civil*, por ENNECCERUS, KIPP y WOLFF), vol. II, Barcelona, 1951, pág. 170.

(13) MIGUEL TRAVIESAS, «Legados», *R. D. P.*, 1931, págs. 136 y ss.

(14) MARIO DÍAZ CRUZ, *Los legados*, Madrid, 1951, pág. 270.

(15) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, *Estudios*, cit., pág. 170.

propio. Dicho de otra manera: si gravado lo está el heredero, la renuncia del legatario redundará en favor suyo; si gravado lo está el deudor, la renuncia del legatario redundará en favor del mismo deudor, que ya nada tendrá que pagar.

Pero lo expuesto inmediatamente antes es una teoría; es la representación de lo que sucedería en un puro conceptualismo. En la realidad, el Código civil dice que la renuncia o la imposibilidad del legatario para cobrar el legado, hará que éste se refunda en la masa de la herencia (16).

Si el crédito fuera del legatario se produciría otra ventaja, cual es la de impedir la enajenación o el cobro del crédito por el heredero, salvo que se precise su importe para cubrir atenciones legalmente preferentes. Mientras que si el heredero es el titular del crédito, puede cederlo a tercero distinto del legatario y puede, desde luego, cobrarlo del deudor, no quedándole al legatario más que una acción personal contra el heredero por el importe del crédito. El objeto legado, que era un crédito, se convertirá de esta manera en una suma de cantidad. Pero es que al legatario, como dice TRAVIESAS (17), puede interesarle no cobrar, verbi-gracia, porque el crédito devengue intereses y el deudor no tenga inconveniente en seguir gozando del crédito y pagando los intereses. Si al heredero le fuera permitido cobrar el crédito, lesionaría el derecho del legatario de regir su propio patrimonio.

Recientemente, GARCÍA CANTERO (18) ha sostenido que, al ser el crédito determinado, su titularidad para *ipso jure* al legatario, conservando el heredero únicamente la posesión del mismo. Este mismo autor sigue diciendo que debe entenderse el artículo 870, 2.º «en el sentido de que el deudor no puede hacer efectivo el crédito legítimamente al legatario, mientras no sea oportunamente notificado por el heredero, cuya notificación equivaldría a la escritura pública de entrega de la cosa inmueble».

Sin perjuicio de inclinarnos hacia la postura de ROCA SASTRE y de TRAVIESAS, nos parece más ajustada a la letra del Código civil la opinión sustentada por OSSORIO, pues el artículo 659 dice que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones... y el artículo 661, «los herederos—y creemos que el artículo usa esta expresión en sentido técnico y no en el de sucesores—suceden... en todos sus derechos y obligaciones», omitiendo los bienes.

(16) Cfr. artículo 888 del Código civil español.

(17) MIGUEL TRAVIESAS, *Legados*, cit., págs. 136-137.

(18) GABRIEL GARCÍA CANTERO, «Ensayo de una clasificación de los legados, en particular en el Código civil», *R. C. D. I.*, 1973, pág. 795.

DERECHO POSITIVO

Vamos a examinar la cuestión, aunque sea rápidamente, teniendo en cuenta, no los beneficios que se derivan de adoptar una u otra postura, sino más bien atendiendo a la letra del ordenamiento jurídico. Tenemos, en primer lugar, el artículo 440: «la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante». De aquí se deduce que cuando el legado consista en una cosa específica y determinada propia del testador, el heredero tiene que entregar la posesión al legatario (art. 885), aunque por imperativo del artículo 882 «el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere». Tenemos también, por otro lado, el artículo 881: «El legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite a sus herederos.» Y el artículo 886 nos dice que el heredero debe dar la misma cosa legada, pudiendo hacerlo, y no cumple con dar su estimación. Por último, el artículo 888 señala que cuando el legatario no pueda o no quiera admitir el legado, o éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia (19).

Ante esta serie de preceptos que nos indican, por un lado, que el heredero tiene que entregar; por otro, que el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada (20); y, por último, que el legatario adquiere el derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador, se encuentra uno perplejo, y queriendo ver, claramente, cuál de las dos posturas extremas es la más convincente, para adscribirnos a ella encontramos una cierta dificultad en hacerlo. Se puede decir que el hecho de que el heredero o albacea tenga la posesión de los bienes es indicio de que la titularidad pasa *recta via* al legatario. (Es decir, que al tener el heredero la posesión, puede pensarse que la propiedad pasa directamente al legatario.) Sin embargo, lo que parece más exacto es que, en el momento de la muerte del causante, el legatario adquiere una pretensión contra el gravado; no un derecho real sobre el bien, sino un derecho de carácter obligacional contra el que resulte gravado con el legado. En todo caso, la adquisición del derecho al legado o, sobre el legado, se verifica desde la muerte del causante, pero no sólo esto, sino

(19) Hay que tener en cuenta que lo dispuesto en el artículo 886 no se produce en todos los casos, ya que cuando hay un llamamiento solidario que reúna los requisitos del artículo 982, se producirá el derecho de acrecer, por disposición del artículo 987, que expresamente menciona a los legatarios.

(20) Puede que la viniera ocupando antes de la delación hereditaria, caso éste que contempla la Resolución de la Dirección General de los Registros de 18 de mayo de 1947.

que tiene lugar por determinación legal (*ipso jure*), sin necesidad de aceptación, aunque con derecho a repudiar.

Es decir, que nos adscribimos a la tesis que entiende que no hay un derecho real sobre el crédito legado, sino un crédito contra el heredero, y basamos esta opinión, por una parte, en que el heredero sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones (art. 661), y, por otra, en que el legatario no puede ocupar, por su propia autoridad, la cosa legada, sino que tiene que pedir la entrega al heredero (art. 885); por último, tenemos que ponderar lo que más adelante se manifiesta, de que el legatario no puede tener seguridad del pago del legado hasta que se hayan liquidado las deudas de la herencia.

CRÉDITOS QUE PUEDEN LEGARSE

No hay señalada limitación en este punto, por lo que pueden legarse los créditos de dar, de hacer o de no hacer. Puede legarse los créditos presentes y los futuros; los condicionales o los puros y simples; los a plazos (que serán los más normales, porque lo ordinario será el cumplimiento de las obligaciones cuando llegue el día del vencimiento, pero si el acreedor fallece antes del vencimiento, dispondrá de la parte de crédito aún impagada). Pueden legarse créditos quirografarios, refaccionarios, etc.

Acerca de los condicionales hay que hacer una precisión; el crédito condicional no hace condicional al legado; el legatario adquirirá el crédito, aunque su objeto no llegue a materializarse. Y si muere antes de haberse cumplido la condición, transmitirá este crédito a sus herederos. Pero si el testador lega un crédito que fue legado al propio testador bajo condición, no valdría el legado si a la muerte del testador no se hubiera cumplido la condición.

Hay créditos que no pueden legarse por ser personalísimos del testador, siendo un ejemplo claro de éstos el *crédito de alimentos*.

También se plantea el problema en el caso de *crédito derivado de una obligación natural*. El supuesto está en el Digesto (36,2,25,1); se trata de un texto confuso. Este caso—dice ARIAS (21)—tiene que ser justiniano, porque en el Derecho romano clásico, según el cual el legatario cobraba el crédito actuando como un mandatario del heredero, el supuesto no pudo darse, ya que la obligación natural no engendraba acciones. Pensamos, para el derecho español, que no parece haya dificultad en legar un crédito derivado de una obligación natural. La forma de hacerlo efectivo sería a través de una notificación que el heredero tendrá que

(21) JUAN ANTONIO ARIAS BONET, *Legatum...*, cit., pág. 60.

hacer al deudor de la obligación natural, para indicarle que pasa a ser acreedor el legatario. Pero no podrá ocurrir lo que dispone el párrafo 2 del artículo 870, de que el heredero cumplirá con ceder las acciones al legatario, ya que no hay tales acciones que ceder. Lo que si podrá hacer el heredero es pedir la entrega de los documentos acreditativos del crédito, aunque no pueda producirse una cesión de acciones.

El crédito puede ser del propio testador, que tenga contra un tercero, pero también puede ser un crédito del heredero o del legatario, e incluso puede ser un crédito de un extraño; pero en estos supuestos últimos no vamos a detenernos. El heredero o legatario gravado no responde, en principio, de la *bonitas* ni de la *veritas* del crédito.

INTERESES

El artículo 870, 4.º, dice que «el legado comprenderá los intereses que por el crédito o la deuda se debieren al morir el testador». El Código se decide, pues, porque dichos intereses correspondan al legatario, poniendo así en relación la fecha de otorgamiento del testamento, donde se hizo el legado, con la época de la muerte del testador; es decir, considera anejos al legado los intereses que por razón del crédito debieran haberse percibido antes de la muerte del testador. Claro que si el testador los ha cobrado, no son del legatario.

Esta norma es un tanto excepcional, ya que el legatario nada adquiere hasta la muerte del testador, por lo que parece natural que los réditos anteriores pendientes de pago no le pertenezcan, pero el Código claramente se ha apartado de esta que podríamos llamar norma general en el derecho sucesorio. El legado de crédito es considerado por la doctrina como legado de cosa determinada (MANRESA (22), ROCA (23), entre otros), pero respecto del legado de cosa específica y determinada propia del testador, del artículo 882, encontramos el supuesto de cosa fructífera, disponiendo el artículo citado que «el legatario hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte». Ya hemos visto cómo en el legado de crédito el legislador se aparta de esta regla.

CUMPLIMIENTO

Sobre este punto las opiniones de la doctrina son dispares; el Código civil dice claramente que «el heredero cumplirá con ceder al legatario

(22) JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, tomo VI, Madrid, 1898, pág. 599.

(23) ROCA SASTRE, *Estudios...*, cit., pág. 170.

todas las acciones que pudieran competirle contra el deudor» (art. 870) y «el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla» (art. 885). Hay una incorrección en la expresión del primero de los artículos citados, y es que sólo se refiere al heredero cuando puede encontrarse gravado con un legado de crédito, también un legatario o incluso otras personas distintas: debería haber dicho entonces «el *gravado* con el legado».

La disparidad de opiniones de la doctrina se encuentra en que MANRESA (24), y SÁNCHEZ ROMÁN (25) dicen que es potestativo en el heredero cobrar el crédito y entregar lo cobrado al legatario, o ceder las acciones. Y SÁNCHEZ ROMÁN añade: «el que el heredero opte por una u otra forma de cumplimiento influye en el extremo de la responsabilidad de los gastos hechos por el cobro del crédito que, según el artículo 1.168, los extrajudiciales que ocasione el pago serán de cuenta del deudor; y respecto de los judiciales, decidirá el tribunal con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento civil» (26).

Parece más acertada la doctrina contraria, basada en el artículo 886-1: «El heredero debe dar la misma cosa legada, pudiendo hacerlo, y no cumple con dar su estimación.» Es claro, entonces, que lo que debe entregar el heredero o el gravado serán los documentos—si los hay—acreditativos del crédito, y no cobrar por su cuenta y entregar el objeto del crédito. Ahora bien, puede ocurrir que no pueda el gravado más que dar lo cobrado, porque, verbigracia, haya llegado el vencimiento del crédito y el deudor lo haya satisfecho. Puede ocurrir, asimismo, que el heredero ignore la existencia del legado y en este caso habrá que tratarle como un poseedor de buena fe; cobrará el crédito y, posteriormente, cuando se entere de la existencia del legado, lo entregará al legatario. Este supuesto puede aparecer si con posterioridad a la muerte del causante y a la distribución de la herencia, aparece un testamento ológrafo, ordenando un legado de crédito. Pero, espontáneamente, y sabiendo la existencia del legado, el heredero no puede de ninguna manera cobrar el crédito, porque lo que se lega es una posición crediticia en una relación jurídica y no el objeto de esa posición.

Se ha sostenido, dice MANRESA (27), sin citar quién lo ha hecho, que la cesión de acciones que ordena el 870 es más formularia que real, puesto que el testador ha cedido el crédito y con él las acciones que lleve consigo; que la intervención del heredero debe limitarse a entregar

(24) MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., pág. 600.

(25) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, cit., pág. 1316.

(26) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, cit., pág. 1316.

(27) MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, pág. 601.

los documentos en que el crédito se funda o a facilitar los medios probatorios que posea; y que, con ellos y el testamento, queda completa la personalidad del legatario para reclamar. El testamento más los medios de prueba por sí solos no valen; es precisa la cesión de acciones y la razón de ello está en que el legado puede reducirse o quedar sin efecto, por lo que si pudiera cobrar sin esa cesión de acciones, podrían producirse perjuicios irreparables.

De manera que, como dice GITRAMA (28), no hay problema cuando el activo hereditario supere con creces al pasivo y—añadimos—los legados no invadan las cuotas legitimarias. El artículo 1.027 señala la preferencia de los acreedores de la herencia sobre los legatarios en el cobro; de manera que no pueden pagarse los legados hasta que se hayan satisfecho las deudas, siendo la razón de esto el que no pueda concebirse liberalidad si quien quiere llevarla a cabo no ha pagado previamente lo que debe. Por ello el pago del legado de crédito debe hacerse siempre luego de liquidada la herencia.

La forma de este pago es entrega de documentos o medios probatorios si los tenía el testador, y la cesión de acciones por parte del heredero en nombre del testador, como continuador de su personalidad jurídica. Esta cesión de acciones, por imperativo del artículo 1.280, número 6, debe hacerse en escritura pública.

Puede ocurrir, señala LACRUZ (29), que se legue un documento de crédito, lo cual ocurre con frecuencia, por ejemplo, un reconocimiento de deuda o una libreta de ahorros; entonces no basta con la cesión de acciones, sino que hay que entregar el documento. En el caso de la libreta, parece que ésta no puede continuar a nombre de persona distinta; sino que se extingue y hay que abrir otra nueva a nombre del legatario. La tendrá que abrir el heredero. Lo que sí puede hacerse es acumular el nombre del legatario junto al del testador; pero no sustituirlo.

En caso de que el crédito legado se contenga en una letra de cambio, habrá que endosarla a nombre del legatario. Pensamos que no hace falta ceder acciones.

NOTIFICACIÓN AL DEUDOR

Trataremos a continuación de la notificación al deudor, de la cesión operada. Esta notificación no está exigida por ningún precepto de los que tratan de los legados, pero parece muy conveniente hacerla en virtud

(28) MANUEL GITRAMA, *La administración de herencia en el Derecho español*. Madrid, 1950, págs. 265-266.

(29) LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones*, cit., pág. 577.

de lo que dispone el artículo 1.527: «el deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación». Y entonces al legatario sólo le quedará una acción contra el heredero para que le entregue el crédito que ya ha satisfecho el deudor.

Ya hemos apuntado que el heredero no responde, en principio, de la legitimidad del crédito y, menos aún, de la solvencia del deudor. Ahora bien, como estas normas del derecho sucesorio son, en su mayor parte, interpretativas de la voluntad del causante, puede ocurrir que del contenido de la disposición en que se contiene el legado se deduzca una intención distinta, en cuyo caso habrá que estar a lo que el testador haya dispuesto.

Los gastos que se hayan originado por la entrega del legado serán a cargo del gravado (art. 866, redactado con poca propiedad, pues se refiere sólo a los herederos).

CADUCIDAD DEL LEGADO

El legado ordenado en el testamento puede quedar sin efecto por una serie de razones. En primer lugar, porque el crédito que existía en el momento de la confección del testamento no exista ya, por haberse satisfecho, por ejemplo. Como el Código dispone que sólo surtirá efecto en la parte del crédito o de la deuda *subsistente al tiempo de morir el testador*, si subsiste parcialmente, esta parte será la que adquiera el legatario; si no subsiste en absoluto, habrá quedado sin efecto dicho legado.

El Código también se refiere a la demanda judicial hecha al deudor para el pago de la deuda (art. 871). Es éste un caso de caducidad presunta aunque *ex lege*, pues por estos actos posteriores claramente indica el testador su intención de cobrar y de querer revocar el legado.

Hay quien ha sostenido que el pago voluntario hecho al testador no extingue el legado. Y la fundamentación de esta postura está, por una parte, en la Partida 6,9,15 y en la voluntad presunta del acreedor que, al no hacer nada para obtener el cobro (aunque lo haya recibido) se entiende que no ha cambiado su intención de legar. Esta opinión choca claramente con el artículo 870: «El legado... sólo surtirá efecto en la parte del crédito subsistente.»

Un supuesto curioso es el que señala TRAVIESAS (30) recogiendo opiniones de la doctrina italiana. Se trata del caso en que el acreedor retira de su deudor el crédito, y con la misma suma constituye un crédito

(30) TRAVIESAS, *Legados*, cit., pág. 137.

nuevo. Se pregunta si será eficaz el legado. RICCI y VITALI (31) opinan que sí, porque el crédito subsiste a la muerte del testador, y porque en el legado de crédito no se tiene en cuenta la persona del deudor, sino las pretensiones crediticias pertenecientes al testador. Pero es preciso que se constituya el nuevo crédito con la misma suma proveniente del crédito primero, de forma que si con el crédito cobrado el acreedor compra un fundo, y luego con una suma idéntica a la primera constituye un nuevo crédito, el legado no puede reputarse eficaz.

LOSANA (32), por su parte, opina que no subsiste el legado por aplicación del principio general, según el cual la transformación que sufre la cosa legada, de manera que borre el ser jurídico primitivo, produce la ineficacia del legado.

Parece más acertada la opinión de LOSANA, porque evidentemente el crédito que se había legado no subsiste, y es indiferente la razón de la no subsistencia, debiendo tenerse en cuenta únicamente esa circunstancia. El crédito no revive porque otro nuevo haya venido a sustituirlo.

Por otro lado este legado puede reducirse, en cuyo caso es preciso que el heredero lo haga efectivo.

LEGADO DE LIBERACION

Vamos a hacer unas breves consideraciones acerca del mismo, porque participa, en gran medida, de las características del legado de crédito ya estudiado más ampliamente. Y debemos decir, en primer término, que este legado tiene en el Código civil tres variedades: Específico (de las varias deudas determinadas); Genérico (de todas las deudas a favor del testador existentes al tiempo de hacerse el testamento) y Legado de cosa empeñada.

Este legado consiste en condonar la deuda que el legatario tenía hacia el testador-acreedor. Puede el testador liberar a su deudor tanto de una obligación de dar como de una obligación de hacer. Puede liberarle totalmente o parcialmente. Puede ser una liberación absoluta, de manera que la deuda se perdona para siempre, o puede ser relativa, concediendo, por ejemplo, al deudor un plazo de diez años, a contar desde el día de mi muerte para que pague su deuda.

Si el crédito legado al mismo deudor estaba garantizado, se extingue también la garantía. Ahora bien, si de un crédito garantizado con una

(31) Véanse las citas que hace TRAVIESAS en lugar citado en nota anterior.

(32) LOSANA, *Le successione testamentarie secondo il codice civile italiano*, Torino, 1884, pág. 298.

fianza, legamos el perdón de dicha fianza, el fiador quedará liberado, mas no el deudor principal. Lo mismo en los otros tipos de garantía, ya que al ser accesorios, la extinción del débito principal provocará automáticamente la extinción de la garantía. Mas no al contrario.

Puede ocurrir que el testador tenga varios deudores solidarios. Si dispone un legado de liberación en favor de uno de ellos, mas no de los otros, a estos otros qué no son beneficiarios del legado, no les podrá ya exigir la totalidad de la deuda originaria, pues en otro caso, el legado sería ilusorio. Supongamos que haya tres personas obligadas solidariamente hacia el acreedor testador por 3.000 pesetas. El testador lega el perdón a uno de ellos: el heredero del testador no podrá exigir de los otros más que dos mil pesetas, ya que si pidiera las tres mil, los deudores solidarios, utilizando la acción interna, podrían pedir mil al deudor liberado, y el legado no existiría.

Otra cosa sería que el testador declare simplemente que libera a uno de los codeudores del vínculo de solidaridad. El legado significaría que al legatario sólo le podría demandar la parte de deuda que le corresponde, y no la totalidad de la misma.

Las formas de hacer este legado son muy variadas: puede decir

- lego a mi deudor Caio, lo que me debe.
- lego a Caio el título, en el que se contiene el crédito.
- ordeno a mi heredero que no reclame a Caio lo que me debe.
- digo que Caio me ha pagado ya la deuda que tenía conmigo (33).

Un caso frecuente de legado de liberación será el que haga una persona diciendo que dispensa a su administrador de rendirle cuentas. Lo que se lega en este caso es el sometimiento a un control de su administración, y se libera de la posible responsabilidad en que pudiera haber incurrido; mas debe entregar al heredero lo que exista en su poder.

La liberación de una obligación derivada de un contrato bilateral, hace que subsista íntegramente la obligación por parte del testador o de su heredero. Los contratos son ley entre las partes y, si una quiera renunciar a las ventajas que le reporta la prestación de la otra parte, no por eso va a quedar liberado de cumplir su prestación.

CUMPLIMIENTO

Se reduce a dar el heredero al legatario carta de pago «si la pidiere» (art. 870-3), puesto que a él es a quien le interesa quedar libre de la deuda, dándola por pagada en virtud del legado de liberación.

(33) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios* ..., cit., págs. 1317 y 1318.

En caso de legado de liberación ordenado en testamento, si con posterioridad a la confección del mismo, el testador reclama judicialmente el crédito, caduca el legado que había ordenado. Su voluntad se entiende que ha variado, y el testamento queda sin efecto en lo que a esa disposición se refiere.

Este legado de liberación hace que se extinga no sólo la deuda principal, sino también los intereses, en caso de producirse.

Asimismo, se produce la extinción de las obligaciones accesorias, ya que al faltar la principal carece de sentido que sigan existiendo.

Un caso que podemos plantearnos es el del deudor que, ignorando que el testador le ha perdonado, liberándole de su deuda, paga dicha deuda al heredero. El tratamiento de este caso es el de considerar que estamos ante un pago indebido, hecho por error, por lo que se podrá reclamar su devolución, a través de la *conditio indebiti* y, simultáneamente, pedir la carta de pago al heredero.

Habrà una renuncia tácita al legado de liberación cuando el legatario deudor, conociendo la existencia del legado, paga al heredero.

IGNACIO SERRANO GARCÍA
Doctor en Derecho

JURISPRUDENCIA

Resoluciones y sentencias

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

POR MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALETRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

8. NO ES INSCRIBIBLE EL PACTO AÑADIDO A UNA CONDICIÓN RESOLUTORIA DE COMPRAVENTA POR IMPAGO DE PRECIO APLAZADO, POR VIRTUD DEL CUAL LA CANCELACIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA EN EL REGISTRO SE PRACTICARÁ CON CARÁCTER AUTOMÁTICO TRANSCURRIDO EL PLAZO CONVENIDO PARA ESTO (SUPERIOR AL DEL APLAZAMIENTO), EN LOS DOS SUPUESTOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 355, APARTADO 1.º, DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO (CON OCASIÓN DE PRACTICARSE CUALQUIER ASIENTO O DE EXPEDIRSE CERTIFICACIÓN DE CARGAS).

Resolución de 11 de diciembre de 1974 (B. O. del E. de 15 de enero de 1975).

Antecedentes de hecho.—Por escritura otorgada en Madrid el 8 de noviembre de 1973 ante el Notario don Roberto Blanquer Ubero, don Manuel Romero Menéndez-Valdés, con el consentimiento de su esposa, doña Ene-dina Fernández Alvarez, vendió a don Ramón García Lence y a don Vale-riano Martín Delgado, que compraron por mitad e iguales partes indivisas, un piso en la calle de Puerto Rico, número 47, de esta capital, por el precio de 400.000 pesetas, el cual quedó aplazado, estableciéndose lo pertinente en cuanto al vencimiento y pago del mismo, entregándole la parte com-pradora al vendedor 32 letras de cambio representativas de los plazos

y vencimientos señalados, y añadiéndose, entre otras estipulaciones, que la falta de pago a su vencimiento de cualquiera de las letras referidas facultará al vendedor para resolver la venta; que la notificación de usar la facultad de resolver la venta, y el transcurso del plazo de quince días naturales de gracia determinará la resolución plena y automática de la venta; que las partes establecen, y el vendedor especialmente consiente, que la condición resolutoria que respecto a la finca se pacta quede extinguida por el transcurso de treinta y cinco meses a contar de la fecha de la escritura, si antes no se hubiera ejercitado el derecho a la resolución; que el vendedor presta expresamente su consentimiento formal, desde este momento y para entonces, para la cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad de dicha condición resolutoria, y que la cancelación se practicaría con carácter automático transcurrido el plazo convenido de treinta y cinco meses, bien con ocasión de practicarse cualquier asiento relativo a la finca o de expedirse certificación de cargas, conforme al artículo 355 del Reglamento Hipotecario, a que se remiten las partes.

Presentada en el Registro de la Propiedad número 7, de Madrid, primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del documento que precede por contener el siguiente pacto: 'la cancelación se practicará con carácter automático transcurrido el plazo convenido de treinta y cinco meses, bien con ocasión de practicarse cualquier asiento relativo a la finca o de expedirse certificación de carga conforme al artículo 355 del Reglamento Hipotecario, a que se remiten las partes'. Cuyo pacto, de tener acceso al Registro, motivará en su día una cancelación sin que ésta pagase el correspondiente impuesto. Esta nota la extiende a petición verbal del presentante y de conformidad con mis dos cotitulares. Madrid, 26 de marzo de 1974.»

Retirada y presentada de nuevo la escritura fue calificada con la siguiente nota: «Prevía la conformidad de la presentante, a tenor del artículo 434 del Reglamento Hipotecario, se ha inscrito el precedente documento en el tomo 199, libro 18, finca 4.769, inscripción quinta. Denegándose, en cuanto a la estipulación tercera del mismo, la inscripción del siguiente pacto: 'la cancelación se practicará con carácter automático transcurrido el plazo convenido de treinta y cinco meses, bien con ocasión de practicarse cualquier asiento relativo a la finca o de expedirse certificación de cargas conforme al artículo 355 del Reglamento Hipotecario, a que se remiten las partes'. Madrid, 30 de mayo de 1974.»

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que el pacto contenido en la escritura por el que se establece la cancelación automática de la condición resolutoria y cuya inscripción se deniega es un pacto de *lex commissoria*, adoptado al amparo del artículo 1.255 del Código civil, que consagra la libertad de pactos, y regulado por el artículo 1.504 del mismo cuerpo legal; que fue incorporado voluntaria y libremente por las partes a la escritura; que la limitación temporal en cuanto a la facultad de resolver es lícita y puede ser establecida de modo válido por las partes; que el artículo 11 de la Ley Hipotecaria consagra el acceso al Registro de la Propiedad del pacto de *lex commissoria*, con la denominación de condición resolutoria explícita, con la finalidad de que la facultad resolutoria que nace de él tuviese publicidad y su ejercicio perjudicase a terceros, en contraposición con el supuesto del artículo 1.124 del Código civil; que la publicidad registral recogida, entre otros, en los artículos 2-2, 9, 10, 11, 17, 32, 33, 34, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria complementa la finalidad tradicional del pacto comisorio, consistente en facilitar al vendedor un medio de autodefensa, y de esta forma permite que el sistema de publicidad registral se inserte en su sistema civil, inspirado en el principio de que nadie puede transmitir más de lo que tiene; que en el artículo 82, segundo, de la Ley Hipotecaria, y el 174, primero, de su Reglamento, se reconoce como legal la posibilidad

de que el derecho inscrito quede extinguido por resultar así del título en cuya virtud se practicó la inscripción, sin necesidad de acto, contrato, declaración o exteriorización de conducta o de voluntad, y destaca la similitud entre el caso de este recurso con el de la sujeción registral de una finca al éxito del ejercicio judicial de una pretensión, acción o demanda de dominio referente a ella; que de acuerdo con el artículo 82-1 de la Ley y 174-3 del Reglamento, tras fijar un plazo de duración a la condición resolutoria, se confiere una declaración de consentimiento formal de la parte vendedora, en cuanto titular del derecho resolutorio inscrito, y titular del asiento de inscripción de la facultad resolutoria expresa, para que el asiento pueda cancelarse una vez caducado el derecho inscrito por vencimiento del plazo, a la vez que se logra una mayor agilización; que del artículo 355 del Reglamento Hipotecario, en relación con el 232-3, se deduce que el Registrador deberá cancelar el asiento de condición resolutoria cuando se produzcan los casos previstos en el mismo y que resulta incongruente que se haya inscrito la parte sustantiva de la estipulación y se haya denegado la aclaratoria o forma, lo que justifica este recurso, ya que la denegación hecha podría hacer pensar que la cláusula adolece de defectos sustantivos; que con la calificación denegatoria se produce una aplicación indebida del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, al no señalarse que la escritura calificada adolezca de defectos en sus formas extrínsecas o de capacidad de los otorgantes o de validez de los actos dispositivos; que el Registrador lleva su calificación a un campo ajeno, que es el propio de los Organismos gestores fiscales, pues únicamente debe limitarse a cumplir lo ordenado en los artículos 254 y 255 de la Ley Hipotecaria; que la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de enero de 1959 expresa la doctrina de que la función registral y la fiscal se desenvuelven en diferente órbita, sin que el criterio seguido por una pueda servir de base para aplicarlo a la otra, y con más claridad para un caso más concreto lo expresa la resolución de 16 de marzo del mismo año, y que es reiteradísima la doctrina del Centro Directivo por la que el Registrador no puede suspender o denegar la inscripción en que conste la nota puesta por el Liquidador del Impuesto por razones de interpretación o calificación fiscal.

El Registrador informó: que la nota denegatoria, puesta de conformidad con los otros dos cotitulares del Registro, se refiere sólo al pacto que establece la cancelación automática de la condición resolutoria, al que concreta su informe; que es indudable que la cancelación automática no la pueden decretar las partes, sino el Registrador, que es el que debe estimar si procede; que no se han puesto defectos a la condición resolutoria, sino sólo al automatismo de la cancelación; que el procedimiento registral es rogado, y así la resolución de 20 de junio de 1888 dijo: «Que pese a existir en el Registro la partida de defunción del usufructuario, dada la voluntariedad de la inscripción, el Registrador carece de atribuciones para extender de oficio la cancelación de un derecho», y la de 10 de abril de 1900: «Que para extender cualquier asiento de cancelación deben presentarse los documentos y llenarse los requisitos determinados en la ley sin que a los Registradores les sea lícito prescindir de ninguno de ellos»; que la estipulación citada no es un caso de caducidad, palabra que no aparece en la escritura, sino de extinción o mejor renuncia de un derecho; que el caso discutido no entra dentro del artículo 355 del Reglamento Hipotecario, que sólo comprende a los derechos que han caducado con arreglo a la Ley Hipotecaria, mientras que en el caso del recurso el derecho se extingue por voluntad de las partes; que el vendedor renuncia al plazo que le concede la ley para el ejercicio de su acción resolutoria y lo limita al de treinta y cinco meses a partir de la fecha de la escritura; que los derechos concedidos por las leyes son renunciables, a no ser esta renuncia contra el interés, el orden público o en perjuicio de terceros,

como decía el artículo 4 del Código civil vigente en la fecha de la escritura, y ha recogido el párrafo segundo del artículo 6 del Decreto de 31 de mayo de 1974; que este tercer perjudicado puede ser nada menos que la Hacienda Pública; que el Registrador no invade un terreno que no le es propio ni dice nada en cuanto a la liquidación practicada, que no tiene por qué calificar; pero que el artículo 254 de la Ley Hipotecaria impone a los Registradores la obligación de que «ninguna inscripción se hará en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir»; que el Registrador no puede cancelar sin más la condición resolutoria, ya que para ello deberá presentarse solicitud del interesado que haya pasado previamente por la Abogacía del Estado, o petición verbal del interesado acompañada del título ahora inscrito con nueva presentación del mismo en la Abogacía del Estado para liquidar la extinción de la condición resolutoria.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, y teniendo en cuenta: Que el esgrimido principio de rogación o voluntariedad, reiteradamente consagrado por la jurisprudencia registral (resoluciones de 22 de mayo de 1936, 18 de agosto de 1939, etc.) como principal y muy generalmente informador de nuestro Régimen Hipotecario, veda la pretendida cancelación automática, es decir, de oficio de la condición resolutoria en cuestión, dado que entre los excepcionales casos de claudicación de dicho principio previstos en la legislación hipotecaria no se comprende el que nos ocupa, al no ser aplicable el invocado (por el recurrente) artículo 355 del Reglamento; que ello ha de entenderse sin perjuicio de que en su momento, al amparo del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, del primero del artículo 174 de su Reglamento y concordantes de aquella y de éste, y con la simple presentación de la propia escritura «en cuya virtud se hubiese hecho la inscripción», o sea, con la copia autorizada de la de compraventa de 8 de noviembre de 1973, se pueda cancelar, a instancia de parte interesada, la registrada condición resolutoria por extinción del temporal derecho asegurado por el mero transcurso de los mencionados treinta y cinco meses.

Apelado el auto presidencial por el recurrente, la Dirección General (1) acuerda confirmar el auto y la nota del Registrador en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—Al haberse inscrito la compraventa contenida en el título calificado, a excepción de la estipulación tercera, por haberlo así solicitado el interesado, de acuerdo con el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, la única cuestión a resolver en este expediente hace referencia a si es posible o no que se inscriba también el pacto discutido, que supondría—de tener acceso a los libros registrales—que en su día se practicara por el Registrador una cancelación con carácter automático, una vez se cumplieran las circunstancias convenidas en la mencionada estipulación.

Antes de entrar en el examen del recurso parece obligado recordar que el artículo 106 del Reglamento Hipotecario exige que la nota expresiva del defecto o defectos señalados en el título, aparte de extenderse en forma clara y precisa, haya de contener los motivos en que se basa la calificación y el alcance de ésta, a juicio del Registrador, ya que el olvido de estas exigencias puede originar—como sucede en este caso—el desconocimiento por parte del recurrente del verdadero fondo de la cuestión debatida, así como el concreto precepto legal vulnerado, y que, en

(1) VISTOS los artículos 1.255 y 1.504 del Código civil; 6, 23, 82, 83, 254 y 255 de la Ley Hipotecaria; 56, 174, 175, 177, 355 y 414 del Reglamento para su ejecución, y las resoluciones de este Centro de 17 de noviembre de 1908, 20 de enero de 1909, 29 de diciembre de 1930, 24 de abril de 1936 y 5 de enero y 16 de marzo de 1959.

consecuencia, el escrito de interposición del recurso contenga alegaciones que están fuera de lugar o sean inapropiadas a la índole del defecto que se ha pretendido señalar.

Una de las finalidades pretendidas por la Ley de Reforma de 1944, y ciertamente no de las menos importantes, fue, según se desprende de su exposición de motivos, la de purgar el Registro y expulsar de los libros registrales todo el farragoso lastre de cargas prescritas y asientos que estuvieran caducados, y ello se plasmó en una serie de artículos de la nueva Ley y del Reglamento, de los cuales interesa, a efectos de este recurso, el artículo 355 del último texto legal, que obliga al Registrador—en base a una pretendida solicitud presunta del interesado por la simple petición de un certificado de cargas, con lo que así no se desvirtúa el carácter rogado del procedimiento registral—a cancelar los asientos que hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

No obstante la importancia y utilidad del innovador artículo 355 del Reglamento Hipotecario, no por ello deja de ser un precepto de carácter excepcional dentro de la normativa y directrices de nuestro sistema hipotecario, que únicamente cabe aplicar a los supuestos concretos a que se refiere, sin que por una interpretación extensiva pueda aplicarse su campo de aplicación a casos no comprendidos, como sucede con el examinado en este recurso, en que la caducidad del derecho que en su día se pretenda sea cancelado, tiene lugar por voluntad de las partes, y no con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, tal como establece el mencionado precepto legal.

Tampoco parece pueda tener acceso al Registro la cláusula discutida al amparo de una anticipada petición de cancelación, pues aparte de que ello supondría una extraña anomalía respecto a la forma en que aparece regulado el principio de rogación en las disposiciones legales, si se examina la esencia del pacto escriturado, al consumarse la adquisición del derecho por el cumplimiento de la condición, son los artículos 23 de la Ley y 56 y 177 del Reglamento los que establecen el procedimiento y forma de hacer constar en el Registro esta circunstancia, y por cierto de manera diversa a la señalada en el pacto.

Por último, es reiterada doctrina de este Centro la de que la función registral y la fiscal se desenvuelven en distintos campos, y que el Registrador cumple con lo ordenado en el artículo 254 de la Ley Hipotecaria al comprobar que el documento inscribible ha sido presentado en la Oficina Liquidadora y contiene la nota correspondiente, y se abstendrá, como indica el artículo 414 del Reglamento, de calificar cuanto se relacione con la liquidación, sin perjuicio de poner en conocimiento de la Delegación de Hacienda respectiva, si lo estima conveniente, los errores o deficiencias que haya podido advertir.

COMENTARIO.—Ante todo, tenemos que reconocer que la nota del Registrador, el auto del Presidente de la Audiencia al confirmarla y la Dirección General, al confirmar una y otro, sólo rechazan la parte final del subpacto añadido al pacto de condición resolutoria y no todo ese subpacto. Solamente se rechaza la parte final, por virtud de la cual la cancelación se practicará con carácter automático una vez transcurrido el plazo de treinta y cinco meses (al parecer, tres meses después de terminado el plazo de pago total del precio) y siempre que además se diese alguno de los dos supuestos del artículo 355 del Reglamento Hipotecario. Parece, pues, que no rechazaba nadie la inscripción del pacto en cuanto establecía que la condición resolutoria quedase extinguida por el transcurso de treinta y cinco meses (a contar desde la fecha de la escritura), si antes no se hubiese ejercitado el derecho a la resolución, y tampoco en cuanto establecía que el vendedor prestaba expresamente su consentimiento formal, desde este momento (el del otorgamiento) y para entonces (transcurridos

los treinta y cinco meses), para la cancelación de la inscripción de la condición resolutoria.

Ahora bien: solamente el Presidente de la Audiencia lleva a sus últimas consecuencias el criterio de que lo único rechazable era la parte final del pacto (cancelación automática y de oficio por el Registrador), porque es el único que en ningún momento (al menos según el correspondiente resultado) pone en tela de juicio el resto del mismo (temporalidad de la condición resolutoria) y porque considera clara y directamente aplicable el artículo 82, párrafo 2.º (cancelación automática), de la Ley Hipotecaria. El Registrador, a primera vista, mantiene la misma posición al entrecomillar en sus notas solamente la parte final del subpacto y al mostrarse conforme con la cancelación, si se le presentase la escritura de venta acompañada de solicitud, luego de transcurridos los treinta y cinco meses y liquidado el Impuesto por cancelación (2). Pero desliza en su informe algunos pasajes (que la denegación no se refiere a la condición resolutoria, sino a su cancelación automática, al automatismo de su cancelación; que no se trata de caducidad, sino de renuncia a plazo de prescripción de acción, etc.) que nos hacen dudar de si en el fondo no era la totalidad del pacto de temporalidad de la condición resolutoria lo que le desagradaba.

Pero es la Dirección, en sus considerandos, la que nos hace dudar más de si esta Resolución debe considerarse contraria solamente a la cancelación de oficio, conforme al artículo 355 del Reglamento, de una condición resolutoria por impago de precio aplazado pactada con término final, o debe considerarse contraria también al mismo pacto de término final en dicha condición resolutoria. Veremos lo justificado de tal duda al analizar los considerandos.

El escrito del Notario recurrente se limita a defender su pacto (todo él) por tratarse del pacto de *lex commissoria*, basado en los artículos 1.255 y 1.504 del Código y 11 de la Ley Hipotecaria, incorporado libre y voluntariamente por las partes (frente al art. 1.124) para que pueda perjudicar a tercero. En su escrito de recurso, junto a alegaciones escasamente influyentes para la calificación del pacto añadido al de *lex commissoria*, hay una de indudable fuerza, consistente en apreciar incongruencia en que se inscriba la parte sustantiva de la estipulación (que para mí sería el pacto de condición resolutoria sometida a término final) y se deniegue la parte aclaratoria o formal (cancelación automática y de oficio de tal condición resolutoria).

El análisis de los considerandos nos conduce al siguiente resultado: El primero se limita a centrar la cuestión discutida, adelantando la acertada idea de que la inscripción del pacto de cancelación automática de la condición resolutoria transcurrido su plazo obligaría al Registrador a tal cancelación automática y de oficio. El segundo recuerda la exigencia reglamentaria (art. 106) de que la nota contenga los motivos en que la calificación se basa y el alcance de ésta, para que el recurrente conozca la cuestión debatida y el precepto legal vulnerado. Hay que reconocer que la admonición que el considerando implica está justificada, porque la segunda nota no contiene la menor referencia al defecto observado, referencia inexcusable aunque haya actuación del artículo 434 (3). En descargo del

(2) Véanse las frases finales de su informe.

(3) Es cierto que el artículo 434 no es muy claro en este punto y cabría defender que tanto la conformidad del interesado a que se refiere su apartado tercero como el desistimiento previsto en el apartado cuarto, al suponer conformidad con la calificación denegatoria del Registrador, cierra el paso al recurso; en la práctica es frecuente entender que esto es así y preocuparse poco de la justificación y argumentos de la denegación en la nota, habida cuenta de la conformidad del interesado. Pero el último apartado del artículo y la posibilidad de que exista urgencia en obtener la inscripción, en tanto se ventila la controversia sobre la estipulación o pacto que el Registrador considera no inscribible, conducen a la solución contraria. Y la Dirección, al resolver sobre este recurso y casi amonestar al Registrador por la falta de motivación en la nota, ha sentado implícitamente la doctrina de que ni

Registrador hay que observar que en la primera nota, de denegación total, si hay un principio de motivación del defecto, cuya parquedad no debe juzgarse con excesivo rigor, pues la misma resolución demuestra que se trataba de una calificación difícil.

El considerando sexto, al recordar la doctrina de la Dirección que deslinda y separa como muy distintos los campos de la función registral y la fiscal, parece rechazar el motivo de la denegación en la nota primera del Registrador, así como todas sus alegaciones del informe en que se hace referencia a la consecuencia fiscal (impago del impuesto), que tendría la cancelación automática y de oficio. Pero este considerando no debe tener valor admonitorio, porque una cosa es que el Registrador no se inmiscuya en la calificación fiscal del documento cuya calificación registral está verificando, y otra cosa que no deba tener como elemento de calificación registral de un pacto el artículo 254 de la Ley Hipotecaria. Si este precepto prohíbe al Registrador practicar cualquiera inscripción sin que se acredite el pago del impuesto (devengado por el acto a inscribir) creo que es pura calificación registral y no fiscal la que decide no inscribir un pacto del acto que se califica (aunque este acto si haya pasado por la Oficina Liquidadora), cuya inscripción vincularía y obligaría al Registrador a la práctica automática y de oficio de una cancelación sin acto cancelatorio susceptible de pasar en su día por dicha Oficina (4). Los considerandos tercero y cuarto se limitan a excluir la aplicación al caso del artículo 355 del Reglamento, que tiende a facilitar la expulsión del Registro (a través de una norma de caducidad de asientos) de las cargas que la Ley ha supuesto prescritas y no es susceptible de extensión a casos no comprendidos en él, como el del recurso, en que la caducidad no resulta de la Ley, sino de la voluntad de las partes.

Hemos de llegar al considerando quinto para encontrar la base fundamental del fallo, la cual, en mi opinión, desborda el limitado ámbito en que parece desenvolverse la denegación del Registrador. El considerando contiene dos proposiciones independientes: la primera es que la petición anticipada de cancelación supone una extraña anomalía respecto al principio de rogación, tal como aparece regulado en la Ley; la segunda, que al consumarse la adquisición del derecho (desaparición o extinción de la resolubilidad) han de aplicarse los artículos 23 de la Ley Hipotecaria y 56

aquella conformidad ni aquel desistimiento impiden entablar el recurso contra la denegación del pacto, por no tener aplicación la prohibición del *venire contra factum proprium*.

Una Resolución de 17 de septiembre de 1968 estimó que en caso de conformidad del presentante no es preciso expresar las razones jurídicas de la denegación de uno de los pactos escriturarios si no lo ha solicitado así el mismo presentante. Pero esta doctrina debe seguirse con cautela porque el personaje principal para el recurso es el interesado y no el presentante. El 434, sin mucha justificación, en un apartado habla del presentante y en otro de los interesados.

(4) Partiendo de una indudable sujeción al impuesto de la cancelación de condición resolutoria expresa, el Registrador era consecuente al negar la inscripción de un pacto que, como la Dirección reconoce, le vincularía, caso de inscribirse, a practicar la futura cancelación de oficio sin documento liquidable. No habrían de existir otros obstáculos civiles e hipotecarios para la inscripción y éste sería suficiente para rechazar una inscripción que necesariamente le obligaba, en su día, a transgredir el artículo 254 de la Ley. El que las funciones registral y fiscal se desenvuelvan en campos distintos no conduce a entender otra cosa. El 414 del Reglamento no tiene aquí aplicación, porque no se trata de reparos del Registrador a la calificación fiscal del documento presentado, sino de calificación estrictamente registral de un pacto contra la Ley fiscal e hipotecaria del artículo 254.

Casi todas las Resoluciones citadas en el VISTOS se relacionan con este considerando sexto:

- La de 17 de noviembre de 1908, al tiempo que declaraba mal redactada una escritura de constitución de sociedad, por la manera de hacer constar el capital, rechazó otros reparos de la nota como el referente al pago del impuesto por cesión, por no corresponder al Registrador censurar la forma en que se haya hecho la liquidación. La de 20 de enero de 1909, en un caso de acumulación de varias sucesiones y liquidaciones de sociedades conyugales, ratifica la misma doctrina. La de 29 de diciembre de 1930 declara que las funciones del Registrador, en cuanto se refieren al artículo 245 de la Ley, quedan cumplidas si el documento contiene la nota firmada por el Liquidador acreditando el pago, prescripción, exención o aplazamiento del pago del impuesto, sin que la inscripción haya de quedar subordinada a los trámites de revisión comprobatoria. También se refiere a esta doctrina, de la diferente órbita en que se desenvuelven la función fiscal y la hipotecaria, la Resolución de 5 de enero de 1959.

y 177 de su Reglamento, que son los que establecen el procedimiento y forma de hacer constar en el Registro esta circunstancia de manera diversa a la señalada en el pacto.

Está claro que el considerando rechaza más o menos directamente, y por implicar una actuación anómala del principio de rogación, ese consentimiento formal anticipado de cancelación («desde este momento y para entonces») de la condición resolutoria, a pesar de encontrarse en una frase de la cláusula, anterior a lo expresamente denegado por el Registrador. Para mí representa un claro indicio de que no es tan fácil separar la temporalidad de la condición resolutoria (condición resolutoria con término final) de sus últimas consecuencias registrales (cancelación automática y de oficio) (5).

La segunda proposición del considerando quinto, o sea, la de que la normativa aplicable es la contenida en los artículos 23 de la Ley y 56 y 177 del Reglamento, lleva en sí una oposición aún más directa al sometimiento a un término final de la condición resolutoria por impago del precio. No obstante, antes de llegar a esta conclusión es conveniente aclarar dos imprecisiones de la parte final del considerando: a) Cuando hace referencia a dichos artículos 23 y 56, donde dice «al consumarse la adquisición del derecho por el cumplimiento de la condición», debe querer decir incumplimiento de la condición, ya que la condición inscrita es la resolutoria basada en el hecho del impago del precio y no la suspensiva basada en el hecho del pago del mismo. La adquisición se consuma y la nota marginal se pone cuando el dominio del comprador deja de ser resoluble por haberse pagado ya el precio (o sea, por hacerse imposible el impago, que es el evento resolutorio). Acaso el considerando ha hablado con corrección de cumplimiento, y el descuido ha estado en decir cumplimiento de la condición en lugar de cumplimiento del término final de la condición resolutoria; pero entonces faltaría en el considerando toda la argumentación necesaria para conectar dichos preceptos (23 y 56), que sólo contemplan el incumplimiento de la condición (pago), con la inclusión por pacto de un término final en la condición misma, que es el problema del caso y cuya solución legal se busca. b) La otra imprecisión que encontramos consiste en alinear el artículo 177 del Reglamento con los repetidos artículos 23 y 56, ya que aquél contiene una solución contraria o, al menos, diversa de la de éstos. En efecto, el artículo 56 del Reglamento al desarrollar el 23 de la Ley contiene la regla general, consistente en la necesidad de justificar documentalmente al Registrador el hecho que se trata de acreditar, o sea, en nuestro caso, el incumplimiento de la condición resolutoria (mediante la prueba del hecho positivo contrario, o sea, el pago del precio); en cambio, el artículo 177 del Reglamento establece una norma excepcional o especial para el supuesto de la venta con pacto de «retro», en el cual la consumación de la adquisición del derecho por el comprador, por extinguirse la condición potestativa temporal (más propiamente la acción de retracto), se puede hacer constar en el Registro por simple solicitud del comprador (la presentación de la escritura de venta es mero símbolo) siempre que hayan transcurrido ocho días desde la terminación del plazo de retracto y no exista asiento contradictorio con dicha consu-

(5) El considerando no apura la explicación verdadera de por qué resulta rechazable la anómala actuación de la rogación en dicho consentimiento anticipado de cancelación. La explicación verdadera presenta dos vertientes: una deriva de ser un consentimiento formal, y por tanto abstracto, que en principio ha de considerarse excepcional en nuestro sistema jurídico, otra, que enlaza con este carácter de abstracto de tal consentimiento cancelatorio, y deriva de las dificultades de separar la cancelación del asiento, de la condición resolutoria inscrita y ésta del acontecimiento futuro e incierto del que depende la resolución o la consumación definitiva de la adquisición por el comprador (el impago o el pago del precio).

Más adelante insistiré en lo contradictorio de la condición resolutoria por impago del precio, con terminal final.

mación de la adquisición («sin que exista asiento alguno que indique la resolución, rescisión o modificación del contrato de venta»).

Nos llevaría demasiado lejos el estudio de este precepto reglamentario y hasta qué punto implica una toma de postura del legislador sobre la naturaleza jurídica de la venta con pacto de «retro» y del derecho y la acción de retracto convencional; pero no es aventurado afirmar que la distancia entre la venta a carta de gracia y la venta con condición resolutoria, la temporalidad legal (caducidad) del retracto (art. 1.508 del Código) y razones de carácter práctico justificaron que el Reglamento desgajase el supuesto de la normativa general del cumplimiento o incumplimiento de condiciones. Por ello es criticable el considerando al colocar los tres preceptos citados en la misma línea.

El problema fundamental planteado por la condición resolutoria pactada en la escritura autorizada por el señor Blanquer consiste precisamente en la posibilidad de someter a un término de caducidad la condición resolutoria de impago de precio aplazado. Si es posible, no vemos la razón para poner inconvenientes a los pactos instrumentales dirigidos a la constancia registral de tal caducidad, bien deteniéndose en la normativa del artículo 177 o bien avanzando más (constancia de oficio), siempre que se encuentre una fórmula que salve los derechos de la Hacienda (6).

Pero la orientación de este comentario es contraria a dicha posibilidad y, además, creo que los considerandos dan suficiente pie para estimar que la Dirección ha apuntado algunos inconvenientes y reservas al pacto de caducidad. Por ello intentaré explicar mi opinión, aun sabiendo cuán impopular ha de resultar, habida cuenta de lo extendidas que están ya, las cláusulas iguales o parecidas a la discutida en el recurso y de las ventajas prácticas que llevan consigo.

Son muy variadas las fórmulas empleadas para facilitar la cancelación en el Registro de las condiciones (o acciones en potencia) resolutorias por impago de precios aplazados, evitando el otorgamiento de escritura de carta de pago o resolución judicial en caso de imposibilidad o dificultad de escritura. Desistimos de todo intento clasificatorio que las ordenase por orden de admisibilidad. Las menos perniciosas son las que procuran mantenerse en términos de mera cancelación registral conseguida a solicitud del comprador o propietario (susceptible de presentación en la Oficina Liquidadora); otras se aprovechan del enérgico valor ejecutivo de las letras cuando se han cruzado, para prever un acta notarial acreditativa de la tenencia de las mismas por el contrador; muchas se encaraman al derecho sustantivo y haciendo mangas y capirotos de la acción de cobro del precio, de su plazo de prescripción y de todo lo que es fundamental en la condición resolutoria, a través de peregrinas presunciones de pago o de aseveraciones parecidas, bordean la nulidad, pues por mucho valor que se quiera dar a la libertad de pacto, todo tiene su límite.

Repito que la proliferación de tales cláusulas es grande y sus motivos, como luego veremos, muy importantes y razonables; pero, no obstante, pretendo que este comentario sirva de prevención para quienes estiman que cualquier innovación, simplemente por resultar práctica para solucionar un problema concreto y no ser peligrosa a primera vista, deba ser admitida a pesar de vulnerar principios generales, poco visibles en los

(6) La alternativa principal planteada en el recurso consiste en si la nota marginal acreditativa del pago del precio aplazado y cancelatoria de la condición ha de ser practicada exclusivamente en virtud de documento público acreditativo del pago (escritura de carta de pago otorgada por el vendedor o resolución judicial), o si cabe por analogía al artículo 177 del Reglamento y en virtud de pacto establecer un procedimiento automático de cancelación basado en el mero transcurso de un plazo contado a partir de la escritura de venta o de la finalización del plazo de pago del precio. Por ello el considerando debió destacar las diferencias entre la norma general (23 de la Ley y 36 del Reglamento) y el supuesto especial del pacto de «retro» (art. 177 de éste), y resolver la cuestión de si por pacto cabe asimilar el retracto convencional y el derecho a resolver una compraventa ordinaria por impago del precio, a pesar de las notables diferencias de ambas situaciones.

textos legales precisamente porque su nula vulneración hasta el momento hacían innecesaria su formulación legal expresa. Pretendo insinuar, para que se me desmienta en su caso, que uno de tales principios es el de que la voluntad contractual no puede convertir anticipadamente una realidad en otra ni un precio aplazado impagado en pagado. Quiero que se me desmienta mi creencia de que las cláusulas de condición resolutoria sometida a plazo, en las que se dice que transcurrido éste el precio se tendrá por pagado o cosas parecidas, deben producir asombro al Juzgador. Y que si lo que se pretende cortar a fecha cierta son los efectos *erga omnes* de la condición resolutoria, manteniendo todo lo demás intacto después del plazo, las cláusulas han de ser más meditadas y ciertos problemas básicos de la publicidad registral aplicada a esta figura, previamente resueltos (7).

Por ello, y aunque el planteamiento total del problema excede de la extensión y profundidad que estos comentarios han de tener, pasamos a exponer algunos puntos iniciales de una argumentación contraria a la conveniencia y posibilidad de las cláusulas de temporalidad de la condición resolutoria en garantía del precio aplazado, que desarrollaremos partiendo del auto presidencial, el cual inexplicablemente reflejó la posición más benévola con la escritura del señor Blanquer, aunque, en definitiva, confirmaba la nota del Registrador.

Como ya vimos, es en el auto del Presidente de la Audiencia donde se reconduce de manera más directa la solución del caso hacia la doctrina de la cancelación automática de asientos. La Dirección se ha abstenido de reproducir la tesis del auto, a pesar de dar por vistos todo el artículo 82 de la Ley y el 174 y 175 del Reglamento. Desde luego no encaja nuestro supuesto en ninguno de los apartados del artículo 175 y, por tanto, se trata de decidir si encaja en el apartado primero, en el segundo o en la frase final del tercero del artículo 174. En principio, la cancelación automática es una figura manifiestamente excepcional y que casi se condensa en una serie de supuestos concretos, a pesar de que el apartado segundo del artículo 82 de la Ley al dar estado legal a los supuestos de cancelación automática emplease una formulación de carácter general. Según ROCA ésta tendrá lugar cuando huelgue el consentimiento cancelatorio, debido a que la extinción del derecho inscrito se ha producido por derivación natural del acto inscrito (condición o plazo resolutorio, etc.) o bien por ministerio de la Ley y de la norma institucional (8).

La tesis del Presidente de la Audiencia parece sencilla: si lo que se trata de cancelar es la condición resolutoria (de impago de precio) y ésta, según la escritura inscrita, sólo duraba treinta y cinco meses, es claro que transcurridos éstos estaremos en un supuesto de cancelación automática.

Pero no es tan sencilla la cosa si nos fijamos en la insistencia de ROCA SASTRE en que no hay que confundir la caducidad de los derechos con la caducidad de los asientos; si continuamos observando que la condición resolutoria no es un derecho, sino otra cosa distinta, y terminamos

(7) Aunque llegásemos a la conclusión de que debe admitirse la condición resolutoria temporal de la compraventa por impago del precio aplazado, la conexión entre la temporalidad de tal condición y su reflejo registral deberá hacerse con más cuidado que en la cláusula de la escritura del recurso, en la que se dice que quedará extinguida (la condición resolutoria) por el transcurso de treinta y cinco meses a contar de la fecha de la escritura si antes *no se hubiera ejercitado* el derecho a la resolución, pues resulta una grave imprecisión, a efectos del Registro, en el supuesto de que el derecho a la resolución se ejercite antes de transcurridos los dichos treinta y cinco meses, pero tal ejercicio llegue al Registro después de transcurridos. Para el Registrador el hecho negativo condicionante de su negativa a la cancelación automática por transcurso de los treinta y cinco meses sólo puede ser la previa constancia en el Registro del ejercicio judicial o extrajudicial de la resolución. El descuido de la cláusula prueba una vez más la dificultad de separar lo registral (cancelación de la condición resolutoria) de lo sustantivo (posibilidad de someter la condición a término final).

(8) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1968, III, págs. 261 y ss., especialmente 265. Obsérvese que a pesar del exhaustivo estudio de ROCA sobre la cancelación automática nuestro caso no aparece.

viendo la dificultad (acaso imposibilidad) de que cualquier condición pueda someterse a un plazo de manera distinta a la prevista en los artículos 1.117 y 1.118 del Código.

a) En cuanto a lo primero, es la caducidad y extinción de los derechos lo que, por vía de consecuencia, origina la cancelación automática de los asientos; en cambio, la cancelación de asientos por caducidad, sin perjuicio del derecho en su vida extrarregistral, es cosa que debe estar reservada a la Ley, atendidas diversas razones enlazadas todas con cierta presunción *juris tantum* de haberse extinguido ya el derecho. Creo que debe evitarse todo paso que conduzca a que la voluntad de los particulares pueda intervenir libremente en las inscripciones registrales mismas, abstracción hecha de los derechos (pactos sobre inscripción o no inscripción y pactos de caducidad y cancelación de asientos) (9).

b) En cuanto a lo segundo, si bien debe admitirse, en general, que los derechos derivados del contrato, incluso los derechos llamados potestativos, se configuren como temporales, sometidos a término, habra de tenerse en cuenta que la condición, en cuanto elemento accidental de un negocio jurídico, tiene ya su tiempo vinculado al evento o acontecimiento en que la condición consiste. Este suceso o acontecimiento puede llevar en sí un tiempo cierto (que ocurra el suceso X antes del día Y o después del día Y); pero no es tan fácil considerar congruente una voluntad negocial en la que el evento o suceso sea ajeno al plazo (como el pago o el impago del precio) y luego, a continuación, la condición toda quede sometida a un plazo de caducidad, porque entonces, tanto si el plazo se cumple antes del acontecimiento-condición como después, resulta que hubo una voluntad contradictoria y la doctrina de las condiciones ambiguas debe tener aplicación. Se dirá que la caducidad de la condición toda opera sólo en el aspecto registral, hipotecario y respecto de terceros y, en cambio, en el civil y sustantivo la condición opera pura y simplemente con su acontecimiento o suceso fundamental (el pago o el impago del precio aplazado); pero siendo así no sólo llevamos la voluntad negocial de los particu-

(9) Las únicas Resoluciones del VISTOS que no se enlazan con la prohibición al Registrador de inmiscuirse en la calificación fiscal del liquidador del Impuesto, una vez que en el documento conste la nota de éste, son las dos siguientes, que restringen la aplicación de la cancelación automática y distancian la caducidad de asientos y de derechos

- La de 24 de abril de 1936, que, en el caso de una hipoteca dotal, estimó que debe subsistir hasta que la devolución de la dote haya tenido efecto o hasta que cese la obligación del marido de restituirla, y añade que dependiendo esto de hechos ajenos al Registro, el procedimiento cancelatorio será el que establecen los artículos 82 y 83 de la Ley y 163 del Reglamento (antiguos), porque la cancelación automática (sin consentimiento del titular) por su excepcionalidad sólo puede practicarse cuando la extinción del derecho tiene lugar de un modo manifiesto y automático, no cuando su subsistencia sea dudosa, controvertida o dependiente del cumplimiento de condiciones.
- Y la Resolución de 16 de marzo de 1959, que estimó procedente la cancelación por caducidad de unas anotaciones preventivas, operando tal caducidad de modo automático por el simple transcurso del tiempo, a pesar de que (además de la prórroga) se había practicado una nota marginal, en virtud de providencia judicial, expresiva de estar en marcha el procedimiento de apremio y en trámite de segunda subasta en quiebra y determinando que no procedería la cancelación de los embargos hasta el total término del procedimiento. Uno de sus considerandos dice que la caducidad como causa que origina la decadencia de los derechos opera de modo automático por el simple transcurso del tiempo previamente señalado por la Ley o, en su caso, por los particulares, *en los supuestos poco frecuentes de caducidad convencional*, y se haya fundado no tanto en una presunción de abandono como en la necesidad de dotar de seguridad al tráfico jurídico. Más adelante, al seguir diciendo que no es susceptible de interrupción ni su vida puede prolongarse *cundo se trate de asientos registrales más allá del término señalado por el legislador*, nos parece indicar que está distinguiendo entre caducidad de derechos y caducidad de asientos, y que si en la primera son muy poco frecuentes los casos de caducidad convencional, en la segunda son imposibles. En otro considerando se afirma que la cancelación automática y de oficio del artículo 355 del Reglamento no exige un previo examen del liquidador del Impuesto, pero no conviene olvidarse de que el trato fiscal de la cancelación de anotaciones y de asientos caducados, conforme a las disposiciones transitorias de la Ley Hipotecaria, es distinto al de la hipoteca y la condición resolutoria en garantía del precio aplazado (a pesar de las dudas en cuanto a la extinción de esta última).

Debemos recordar que el caso de esta Resolución de 1959 movió la reforma del artículo 199 del Reglamento (adición del apartado segundo).

lares a la caducidad de asientos, sino que la grave incertidumbre de la relación *inter partes* la extendemos a los terceros.

c) En definitiva, someter la condición resolutoria de impago del precio a un plazo de caducidad no es otra cosa que introducir la problemática del negocio abstracto en uno de sus *accidentalía*. La causa de dicha condición resolutoria es la seguridad y la garantía del cobro del precio; al añadirla el plazo de caducidad, se viene a desconectar la condición de su causa, y al cortar la relación entre la resolución y su evento (el impago del precio) por los caminos del negocio abstracto, se llega a una cláusula absurda y contradictoria en la compraventa con precio aplazado. Creo que en el tema del negocio abstracto, el Derecho comparado terminará por encontrar soluciones menos extremas que las corrientes en la doctrina española (pendulante entre una admiración total y un violento rechazo); pero también opino que en la situación actual del Derecho español es contraproducente llevar a cualquier recoveco de las relaciones jurídicas la abstracción de su causa, cual es el caso de que una condición resolutoria por impago, al someterla a un tiempo determinado de vida (caducidad), se haga abstracción del hecho condicionante y resulte irrelevante la justificación del pago para que se tenga por extinguida la condición resolutoria.

d) Desde el punto de vista de una jurisprudencia de fines o de problemas y olvidándonos un poco de la construcción de conceptos, no es descabellado buscar la analogía con la hipoteca. El triunfo de la condición resolutoria sobre la hipoteca como instrumentos de garantía del precio aplazado, a pesar de la mayor adecuación de la segunda a la finalidad perseguida y de la larga historia de la hipoteca legal del vendedor, se debió a razones fiscales (tardío sometimiento al Impuesto de la condición resolutoria) y monetarias (recobrar la finca en periodos de inflación es más ventajoso que cobrarse el precio ejecutando la hipoteca); pero precisamente por haberse operado la sustitución de una figura por otra con idéntica finalidad parece lógico recurrir a la analogía. Y preguntamos: ¿Cabe someter la hipoteca a término final desconectándola de la devolución del préstamo garantizado o, en general, del pago del crédito hipotecario? ¿No es ello una flagrante violación del principio de accesoriedad de la hipoteca?

ROCA SASTRE incluye entre las causas de extinción de la hipoteca por vía directa o principal, la expiración del plazo; pero sólo aduce argumentos en favor de la posibilidad de la hipoteca a término final (cosa distinta de la hipoteca en garantía de un crédito a término final) en el supuesto de hipoteca por deuda ajena (fianza real). En términos generales, fuera de este supuesto excepcional, sólo se apoya en GAYOSO y en el Código italiano; pero debemos tener en cuenta que el Derecho italiano parte de una temporalidad institucional de la hipoteca (la inscripción de hipoteca sólo surte efecto durante veinte años, si no ha sido renovada antes que transcurra este término), y por ello consideramos que en este punto sería más razonable buscar la solución en la doctrina alemana y francesa, acaso más coincidentes con nuestro principio de accesoriedad (*Ausleihungsdogma*) (10).

e) Aunque ya expuesto en b) creo conveniente destacar más mi opinión de que la condición resolutoria temporal de nuestro caso es otra cosa diferente de las condiciones incardinadas en plazo, reguladas en los artículos 1.117 y 1.118 del Código civil, aunque a primera vista puedan pare-

(10) ENNECCERUS-WOLFF incluyen entre las causas de extinción de la prenda el término final o la condición resolutoria pactados, y entienden que, en la duda, el sentido del pacto de término final es el de que la prenda debe extinguirse si la realización del valor no se ha llevado a efecto antes del término final señalado. En cambio, al tratar de la hipoteca no encontramos mencionado el plazo o término final ni entre las causas de extinción efectiva de la hipoteca ni entre las de su transformación en hipoteca de propietario, aunque sí, dentro de éstas, la de extinguirse el crédito garantizado por cumplimiento de un plazo o condición resolutoria. (*Derecho de cosas*, vol. II, págs. 261, 278 y 454, edición de 1937)

cer similares, y entonces sería el Código civil un decisivo argumento para no poner reparos a aquélla. En las condiciones reguladas en ambos artículos, el plazo forma parte integrante del hecho, suceso o acontecimiento condicionante; el tiempo en que acontece es un elemento esencial más del acontecimiento mismo. En las cláusulas notariales que nos ocupan el hecho condicionante es el pago o el impago sin más, ocurra cuando ocurra (prescindiendo ahora de su justificación o prueba y de la prescripción de la acción de cobro) (11). Pero luego, a la condición resolutoria así establecida, por motivos distintos de la finalidad principal de garantía del cobro, se la pretenden suprimir los efectos *erga omnes* de la resolución (cancelando la condición en el Registro) cuando haya transcurrido un tiempo que se calcula suficiente para que en el orden normal de los acontecimientos la relación jurídica en tensión se haya agotado (por el cobro o por la reclamación del precio). Si esto es posible y cómo, es lo que está en cuestión.

En las condiciones de los citados artículos del Código la voluntad concorde de las partes es unívoca y clara y no lleva ninguna contradicción interna, ya se trate de suspensivas, a las que son directamente aplicables, o ya de resolutorias, a las que se aplicaría la norma respectivamente inversa. Sólo a estas condiciones incardinadas en plazo parece aplicable la doctrina de las Resoluciones de 7 de octubre de 1929 (12), 10 de enero de 1944 y todas aquellas que han consagrado la doctrina de la innecidad de justificar los hechos o circunstancias negativas, así como también las que han destacado casos en los que no han de tener aplicación dicha doctrina, cuales son las de 20 de mayo de 1919, 28 de junio de 1920 y 20 de julio de 1922.

Frente a los anteriores argumentos, contrarios a la condición resolutoria sometida a un término final, nos encontramos la, al parecer, incontenible proliferación de cláusulas parecidas a la del recurso en las escrituras de ventas de inmuebles (principalmente en las de pisos nuevos) con precio aplazado. Los motivos o razones justificativos de tal proliferación son muy variados e importantes (13).

El primero acaso fuese el intento de que la asimilación fiscal de la condición resolutoria explícita con la hipoteca no fuese total y no se llevase a sus últimas consecuencias (asimilación en la fase extintiva). Si la condición resolutoria moría de muerte natural, sin escritura de cancelación, parecía más defendible la no sujeción al Impuesto, a pesar del artículo 56, 1, del Texto Refundido de 6 de abril de 1967, que hizo la equiparación con la hipoteca en términos más absolutos que los aún tímidos del artículo 13, 2, c), del Reglamento del Impuesto. En honor del Notariado diremos que aun cuando los otorgantes contribuyentes tenían ya perdida la partida, las cláusulas se prodigaron con el único fin de aligerar la

(11) Hay que tener en cuenta que el plazo o plazos para pago del precio no juega directamente en el evento condicionante. El *dies interpellat pro homine* es otra cosa.

(12) Esta Resolución estimó que uno de los puntos más delicados de la técnica hipotecaria es el de la demostración del cumplimiento e incumplimiento de las condiciones, porque no sólo es necesario atender a hechos y circunstancias que se desenvuelven fuera del Registro, sino que, aun cuando se haya determinado el plazo dentro del que ha de realizarse o no el hecho condicionante, ha de dejarse un período suficiente para acreditar en forma la deficiencia o existencia de la condición.

ROCA SASTRE estima fácilmente aplicable la doctrina de los hechos negativos en las suspensivas incardinadas en plazo cuando éste ha pasado, y lo mismo, en general, para el incumplimiento de las resolutorias; pero termina confesando que la variedad de supuestos en cuanto al procedimiento de justificar el cumplimiento o incumplimiento es enorme y los artículos 238 y 239 del Reglamento son una simple ayuda.

(13) La proliferación de los pactos de cancelación facilitada por temporalidad de la condición es relativamente reciente. Así vemos que en el documentado trabajo de ANTONIO R. ADRADOS sobre el pacto de *lex commissoria* (conferencia de 17 de marzo de 1967 en el Centro de Estudios Hipotecarios, publicado en *Revista Crítica*, núm. 464, enero-febrero de 1968, págs. 49 y ss.) sólo hace referencia a la cancelación por acta notarial acreditativa de estar las tierras pagadas y en poder del comprador. pero no al pacto de término final de la condición resolutoria

operación extintiva de la condición, de los gastos de escritura (instancia liquidable, acta de recogida de la última letra, etc.).

Pero simultáneamente aparecía otro motivo justificativo de gran entidad. Era muy frecuente que las inmobiliarias de vida corta se extinguiesen de hecho o de derecho sin preocuparse de otorgar las escrituras de carta de pago y cancelación de la condición resolutoria antes de morir, y sin asesorar demasiado a los compradores de que su piso llevaba un serio gravamen real no cancelable en el Registro con el recibo privado del precio. La cláusula de caducidad de la condición resolutoria pasado un tiempo prudencialmente superior al del aplazamiento era la solución ideal para estos casos de descuido para el otorgamiento de las cancelaciones. Era mejor violentar algo la lógica jurídica y sacrificar los honorarios notariales de cancelación, que colocar a grandes masas de compradores sin medio hábil para liberar su finca cuando la sociedad inmobiliaria se había extinguido sin formalizar notarialmente la carta de pago.

Las dichas, la simplificación documental sin más y posiblemente otras varias razones hicieron atrayente y sugestiva la cláusula de condición resolutoria temporal, y no deja de asustarme exponer mi oposición a toda ella cuando la Resolución comentada se ha limitado a rechazar directamente sólo la consecuencia más aventurada de una de sus formulaciones.

La cuestión es peliaguda y estoy deseando encontrar donde sea argumentos que echen por tierra mis reservas y prevenciones contra la temporalidad abstracta de la condición resolutoria por impago del precio aplazado. De momento sólo tengo frente a mis reservas, que la inscripción de cláusulas semejantes se extiende «sin que pase nada». No obstante, no me explico por qué, junto a esta solución de la temporalidad, no se ha acudido a la solución causal de prever en la escritura de venta una forma menos solemne que la escritura de carta de pago para la justificación de éste. Y tampoco me explico por qué las cláusulas de plazo cierto de caducidad son tan variadas y, en general, tan faltas de cuidado como sobradas de despreocupación de los graves problemas de fondo que de su texto puedan derivarse. Obsesionados por facilitar la cancelación en el Registro sea como sea, corremos el peligro de llegar a formulaciones de la cláusula sólo admisibles en imaginarios sistemas jurídicos de otros planetas.

Como resumen de este comentario podemos sentar las siguientes conclusiones:

- La Resolución de 11 de diciembre de 1974 ha rechazado expresamente los pactos por virtud de los cuales la condición resolutoria por impago del precio o el pacto de *lex commissoria* son cancelables por el Registrador automáticamente y de oficio, transcurrido un plazo a contar de la escritura de venta o de la finalización del plazo de pago del precio. La misma doctrina suponemos aplicable a la constancia registral del pago del precio cuando no ha sido garantizado con los referidos pactos de trascendencia real (14).
- Aunque expresamente sólo ha rechazado lo dicho, opino que también ha apuntado *obiter* grandes reservas al plazo resolutorio de la condición resolutoria, a pesar de que en el recurso el pacto de caducidad de la condición resolutoria misma no parecía ser objeto

(14) Habiéndonos salido de la razonable extensión en este comentario, no podemos hacer referencia ninguna a la lamentable situación actual en materia de aplazamientos de precio no asegurados especialmente. La generalidad del artículo 58 del Reglamento, cierta contradicción interna en la normativa de los artículos 10 y 11 de la Ley y el fantasma de la hipoteca legal del vendedor a plazo, siempre dispuesto a aparecer, creo que conducirán muy pronto a una convicción jurídica popular totalmente contraria a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley, que terminaría por obligar una vez más a los Tribunales a buscar medios de desvirtuar la Ley Hipotecaria. En efecto, es muy difícil explicar al hombre de la calle que cuando no hay condición resolutoria expresa (o explícita, o *lex commissoria*) la nota marginal de pago tiene meros efectos de publicidad noticia, y, en cambio, cuando hubo tales pactos, la nota marginal tiene plenos efectos de publicidad constitutiva (aquí extintiva) respecto de terceros.

de controversia y por ello la Resolución no recayó directamente sobre tal pacto en su totalidad, sino solamente sobre un aspecto parcial del mismo (la cancelación automática y de oficio).

- Opino modestamente que para facilitar la cancelación del pacto de comiso en el Registro deben buscarse caminos más directos que el plazo de caducidad de la condición resolutoria, con abstracción del acontecimiento condicionante verdadero (el pago-impago). Esta opinión ha surgido pura y simplemente de la lectura de las cláusulas usualmente utilizadas, hecha con el pensamiento puesto en la eventual demanda judicial del precio impagado.
- En tanto que el tiempo o el legislador no nos dé la solución es indudable la conveniencia de someter a revisión crítica las fórmulas notariales empleadas para que reflejen claramente lo que se pretende: cancelación del aplazamiento y de su garantía real en el Registro a efectos de tercero sin alteración de la relación normal entre comprador y vendedor en cuanto a la acción de cobro del precio, prescripción de la misma y respectiva posición en cuanto a carga de la prueba. Las dudas sobre si las partes quisieron (si es que podían quererlo) la alteración de la situación ordinaria respecto a todas o alguna de estas cosas, y no solamente aquellos efectos registrales y respecto a terceros, son el primer inconveniente, aunque no el único, de todas las fórmulas «facilitadoras» de la cancelación, que parten de una temporalidad de la condición resolutoria y *dan por pagado* el precio, transcurrido el plazo señalado sin previo ejercicio de la resolución.

T. C. G.

9. PROPIEDAD HORIZONTAL.—PROHIBICIÓN DE DISPONER: NO ES INSCRIBIBLE EN EL REGISTRO EL PACTO CONTENIDO EN LA ESCRITURA DE ADJUDICACIÓN DE UN PISO A UN COOPERATIVISTA, POR VIRTUD DEL CUAL SE PROHÍBE REALIZAR ACTOS DE DISPOSICIÓN SEPARADA SOBRE EL PISO Y LA PARTICIPACIÓN DE GARAJE TRANSMITIDOS CONJUNTAMENTE.

Resolución de 19 de diciembre de 1974 (B. O. del E. de 17 de enero).

A) *Antecedentes de hecho.*—Con fecha 22 de febrero de 1956 y ante el Notario de Zaragoza don Carlos Alonso y Alonso, modificada y aclarada por otras de diversas fechas ante el Notario de Madrid don Juan M. Antonio Alvarez Robles, se otorgó la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal del inmueble sito en Madrid, calle de Gaztambide, número 51. En dichas escrituras se constituyen como fincas independientes, con los números 1 y 2, los locales comerciales situados en la planta sótano destinados a garaje; ambos locales son fincas completamente independientes y distintas y con número diferente. Y en los estatutos protocolizados con la citada escritura se establecen normas para el uso y disfrute de dichas fincas destinadas a garaje, siendo inscritas estas escrituras el 5 de febrero de 1971. El 24 de marzo del mismo año la «Cooperativa de Viviendas Areneros», que había adquirido previamente varios locales en el referido inmueble, adjudicó a don Juan Moral Torres y esposa la vivienda tipo H, designada como piso tercero, letra D del mismo, que fue inscrita en el Registro número 5 de Madrid al tomo 1.229, folio 206, finca 51.308, inscripción primera.

Esta escritura de adjudicación fue firmada exclusivamente por el señor Moral Torres y el representante de la Cooperativa, y en ella se incluye la siguiente cláusula: «...Se establece expresamente que el piso y participación de garajes así transmitidos constituyen una unidad inseparable, de tal manera que no se podrá enajenar ni realizar acto alguno de disposición si no es afectando conjuntamente a dicha finca piso y participación de garajes.» Y con fecha 18 de diciembre de 1973, el comprador o adjudicatario de dichas fincas y participaciones indivisas presentó en el Registro de la Propiedad instancia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 98 de la vigente Ley Hipotecaria, solicitando la cancelación del pacto contenido en las dos escrituras, por entender que, dado lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, no tiene carácter real ni es inscribible en el Registro de la Propiedad, siendo una mera obligación personal entre las partes.

Presentado en el Registro el anterior documento, fue calificado con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la cancelación solicitada en el precedente documento, presenta el defecto, que se considera insubsanable, de que el pacto transcrito y señalado con el número 3 no se estima una

mención ni una prohibición de disponer de las comprendidas en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria. El Registrador que suscribe entiende que es una norma lícita y válida de las amparadas o posibles en el régimen de propiedad horizontal, que está, como el asiento de que forma parte, bajo la salvaguardia de los Tribunales. Se ha cumplido el trámite del artículo 485, c), del Reglamento Hipotecario y el cotitular prestó conformidad a esta nota.»

Interpuesto recurso gubernativo contra la anterior calificación, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador. Y la Dirección General de los Registros revoca el auto apelado y dicha nota de calificación basándose en la siguiente doctrina:

B) *Doctrina de la Dirección General.*—Que al amparo del artículo 98 de la Ley Hipotecaria, por entender el recurrente que carece de trascendencia real el pacto contenido en una escritura de adjudicación de piso a un cooperativista, en donde se prohíbe realizar acto alguno de disposición por separado de los pisos y las dos participaciones de garajes transmitidas en edificios contiguos, solicita, en consecuencia, su cancelación, por lo que la cuestión a resolver en este recurso se plantea sobre la base de eficacia *erga omnes* o no del pacto inscrito.

Que tanto el recurrente como el funcionario calificador coinciden en que si el expresado pacto hubiera tenido el carácter de estatuario, por encontrarse incluido dentro de las normas que regulan el régimen de propiedad del edificio al que pertenece la vivienda del adjudicatario, no habría duda sobre su permanencia en los libros registrales, tal como, fundándose en el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal, lo declaró la Resolución de 20 de diciembre de 1973, disintendiéndose, en cambio, por el apelante ante el hecho de que en el presente caso, por no tratarse de un pacto estatutario, no cabe aplicar aquella excepcional doctrina a un supuesto diferente para el que fue dictada.

Que desde la creación del Registro de la Propiedad por la Ley Hipotecaria de 1861, ha sido norma general la de que sólo los derechos reales son objeto de inscripción, rechazándose, salvo en escasas excepciones, los títulos que únicamente producían obligaciones personales, criterio basado en la propia exposición de motivos de la primitiva Ley y fundamentado en el artículo 3 del Reglamento Hipotecario de 1870—entonces vigente—y en la copiosa jurisprudencia de este Centro, que a partir de la ya lejana Resolución de 15 de enero de 1888 ha venido manteniendo una postura negativa respecto de estos títulos, y que aun en el caso de que indebidamente hubieran ingresado no habrían de producir ningún efecto frente a tercero.

Que la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944 recogió claramente la anterior doctrina, que aparece plasmada, sobre todo, en el artículo 98 de la vigente Ley y en los artículos 9 y 355 del Reglamento para su ejecución, en los que se elimina el *jus obligationis* de los libros registrales, lo que indudablemente ha de originar dificultades para el funcionario calificador, pues no siempre resulta sencillo en la práctica distinguir entre el derecho personal y el real, y de ahí el peligro de que puedan ingresar en el Registro pactos sin trascendencia real, que en principio podría pensarse que quedaban protegidos al aparecer en los asientos correspondientes, pese a que la inscripción no puede cambiar la naturaleza de un derecho y transformar un derecho de crédito en otro *erga omnes*.

Que el pacto discutido—que contiene una prohibición de enajenar en un acto a título oneroso—, según se desprende del artículo 27 de la Ley Hipotecaria, no tiene más eficacia que la puramente obligacional y no puede tener acceso a los libros registrales, tal como establece el texto del propio artículo, y por eso la Dirección General de los Registros y del Notariado ha restringido el alcance de estos pactos, sin desconocer lógi-

camente los efectos civiles que de su incumplimiento pueden derivarse, y ha declarado en reiterada jurisprudencia su no inscribibilidad, como entre otras, y para un supuesto similar, hizo la Resolución de 4 de noviembre de 1968.

Además que en la meticulosa y detallada regulación que los Estatutos de la comunidad dedican a la planta de garaje, no se contiene ninguna norma sobre la inseparabilidad como unidad a efectos de transmisión de piso y participación en el garaje, ni consta tampoco de los documentos aportados que hubiera acuerdo de la Cooperativa adjudicataria en ese sentido, que en todo caso—y de haberlo—para que afectase al título constitutivo, al suponer una reforma o modificación de sus reglas, exigiría o que hubiese sido adoptado cuando la Cooperativa era dueña única de la casa, con la justificación pertinente, tal como indicó la Resolución de 22 de octubre de 1973, o el consentimiento de todos los copropietarios, si hubiese tenido lugar después, todo ello de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal.

Que en consecuencia de lo expuesto han de entrar en aplicación los artículos 1, párrafo 3.º, y 98 de la Ley, así como el 355 de su Reglamento, que mantienen el principio básico de nuestra legislación inmobiliaria: uno, en su aspecto positivo, de que los asientos, sólo en cuanto se refieren a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales, y los otros dos, en su aspecto negativo y excluyente, al ordenar que aquellos otros derechos que por no producir efecto frente a tercero podrían sembrar el confucionismo de continuar permanentemente en los libros del Registro, sean expulsados y se proceda a su cancelación a petición de parte interesada.

C) COMENTARIO.—El tema de las prohibiciones de disponer es siempre complejo y lleno de dificultades. Tanto por su amplitud y la necesidad de perfilar un concepto técnico de esta figura, que sirva para deslindar sus perfiles institucionales, excluyendo otros fenómenos jurídicos conexos, aunque distintos (cuestión de sus requisitos y ámbito de aplicación), como por la exigencia de explicar sus efectos jurídicos, permitidos o prohibidos según los casos (cuestión de eficacia jurídica), de acuerdo con la regulación vigente en función de la finalidad social que se pretende (1). Los problemas se hacen más agudos al estudiar las prohibiciones de disponer en cada caso concreto y ponerlas en contacto con su aplicación práctica. Buena prueba de ello es que el tema de las prohibiciones de disponer ha sido objeto de discusión en varias Resoluciones recientes.

En el presente caso se suscitaba un supuesto de prohibición de disponer en conexión con cuestiones de propiedad horizontal. En la escritura de adjudicación de un piso y una participación indivisa de garaje en la misma casa se había pactado la cláusula antes expresada, en que se imponía la disposición conjunta de piso y porción de garaje para el caso de enajenación de cualquiera de ellos. Dicha escritura y la estipulación referida habían sido inscritas en el Registro. Al solicitarse ahora la cancelación de la inscripción de ese pacto, y no acceder a ello el Registrador, se planteaba el problema de la inscribibilidad de tal pacto. Si debía o no estar inscrito, es decir, si podía estarlo, en orden a justificar la razón de pedir en la solicitud de cancelación. Si era susceptible de eficacia real u oponibilidad y, por tanto, de publicidad registral. En definitiva, cuál era su naturaleza jurídica.

Como hemos indicado repetidas veces, el tema de la naturaleza jurídica de los contratos y estipulaciones que pretenden su acceso al Registro es muchas veces un tema complejo y difícil; entraña un juicio de valor por

(1) Para un planteamiento general del tema, véase «Prohibición contractual de disponer v derecho de adquisición preferente», *ADC*, XVIII-IV (1965), págs 953-988

parte del Registrador respecto a los perfiles institucionales de los negocios jurídicos sometidos a su calificación, y es absolutamente imprescindible para cumplir su labor de dispensar la publicidad registral. En esa delicada tarea cuasijurisdiccional de decir lo que es conforme a Derecho (*di-rectum*), a efectos de permitir su entrada en el Registro, encuentra su justificación la sólida preparación jurídica que el Registrador como funcionario debe poseer. Y en ella se basa la amplia eficacia que legalmente se dispensa a las relaciones jurídicas inscritas.

A la vista del supuesto de hecho contemplado en el presente recurso, pueden formularse dos consideraciones previas: 1) Inicialmente, el pacto discutido ¿entraña una prohibición de disponer en sentido técnico jurídico? Parece que sí. A través de él se impedía la enajenación por separado del piso y de la porción indivisa del garaje, conjuntamente adquiridos por su actual titular. De acuerdo con la finalidad negocial perseguida y claramente manifestada, no se podía adquirir la participación en el garaje sin adquirir al mismo tiempo la titularidad del piso correspondiente. Lo cual se justifica expresamente en la unidad de destino común de ambos derechos, y en la subordinación—presunta—de la utilización del garaje a la propiedad del piso. Limitación relativa a la libre facultad de enajenar por separado los derechos recayentes sobre piso y garaje. Restricción parcial y objetiva del *ius disponendi*, que no atribuye un derecho correlativo a favor de otra persona, y que representa una de las modalidades posibles de las prohibiciones de disponer en sentido técnico.

La calificación del contenido de aquel pacto como prohibición de disponer justifica la remisión a la norma expresada en los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria. Si se estima aplicable la regulación manifestada en estos preceptos, y supuesto que el negocio de adjudicación conjunta de piso y porción de garaje no parece tener causa gratuita, sino presuntamente onerosa, la conclusión que se desprende parece clara: la restricción a la facultad dispositiva del adjudicatario no debe inscribirse; e inscrita, deberá ser cancelada.

Como se afirmó en la importante Resolución de 4 de noviembre de 1968, dictada para un caso parcialmente coincidente con el actual, la cláusula de la escritura en que no se permite al propietario transmitir libremente una porción indivisa de garaje si no es conjuntamente con otra vivienda de aquella casa o a favor de quien ya fuera propietario de otra vivienda de dicho edificio, constituye una obligación de no disponer, la cual si como obligación personal puede tener trascendencia en caso de incumplimiento por la responsabilidad que pudiera originar, desde el punto de vista registral no tiene tal pacto acceso al Registro, según el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, por no tener su origen en uno de los supuestos del artículo 26, ni haberse garantizado su cumplimiento mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real (2).

2) De otra parte, y desde el punto de vista de su finalidad, no debemos olvidar la realidad social que subyace en estos casos, y la función social que puede cumplir la estipulación redactada en esos términos, dentro de la mecánica de la propiedad horizontal. Supuesta la unidad de destino que se pretende entre la titularidad del piso y la utilización del garaje, de modo que sólo el propietario de aquél pueda ser beneficiario del garaje, esa subordinación de este servicio a aquella situación dominical parece suficientemente justificada. Por la necesidad social, cada vez

(2) Véase nuestro Comentario a esta Resolución. la crítica que allí se apunta al estrecho cauce legal de las prohibiciones de disponer en nuestro sistema registral, especialmente cuando se establecen al servicio de finalidades lícitas y razonables, como en los casos de comunidad de destino unitario de dos fincas, tan frecuentes en materia de propiedad horizontal; las fórmulas jurídicas de subordinación de las porciones de garaje a los pisos a que se atribuye ese disfrute en forma objetivamente real, y la necesidad de una interpretación jurisprudencial más amplia en casos semejantes, en esta misma Revista, núm. 472, mayo-junio 1969, págs. 770-773

más urgente, de que los ocupantes de los pisos tengan a su disposición plazas de garaje en el mismo edificio en que viven para encerrar sus automóviles, sin agravar cada vez más el difícil problema urbano de aparcamiento en la calle. De modo que debería ser obligatoria, y funcionar en la realidad como tal, esa construcción de plazas de garaje al edificar los inmuebles.

Claro que la utilización del garaje puede reservarse a los ocupantes de los pisos, o bien ser reconocida a favor de terceras personas, vendiéndose libremente. Pero, en cualquier caso, parece socialmente razonable y debe ser jurídicamente posible que sólo puedan ser titulares del garaje los propietarios de los pisos. ¿Cómo conseguir eficazmente esa finalidad? Lo normal será exigir la disposición conjunta de piso y parte de garaje si inicialmente han sido vendidos o adjudicados a una misma persona los derechos sobre ambos elementos. De modo que sólo pueda ser la misma persona el titular de esos dos derechos. Pero también entonces pueden utilizarse varios caminos. Entre otros, fundamentalmente dos: a) Constituir el garaje en elemento común, con utilización por todos los propietarios de los pisos, en proporción a su respectiva cuota de participación. b) Configurarlos como un departamento procomunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal. Es decir, que la proindivisión o comunidad en su uso haya sido establecida voluntariamente «para el servicio o utilidad común de todos los propietarios» (3). Tal parece ser la fórmula más oportuna si se quiere mantener el local destinado colectivamente a garaje como elemento privativo.

A partir de ahí, si se acepta la posibilidad legal de establecer el régimen jurídico del garaje como un departamento procomunal, dependiendo su titularidad conjunta de las de los pisos, es decir, como una suma de titularidades *ob rem*, lo que parece claro es que esa construcción debe hacerse en la escritura de constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal o en una ulterior modificación del régimen, pero siempre con los requisitos necesarios para esos actos de mayor trascendencia (arts. 5 y 16-1.º de la Ley de Propiedad Horizontal). Por la repercusión que aquella configuración del garaje como elemento procomunal tiene respecto a los demás pisos o locales, a los coeficientes de participación en la comunidad, y a la estructura de esta misma comunidad y de sus elementos. Con doble motivo si las participaciones en el garaje se establecen como titularidades *ob rem*, atribuyéndose necesariamente a quienes ya sean propietarios de los pisos. Por todo ello, y teniendo en cuenta que esos pactos deben tener necesariamente trascendencia real y afectar a los sucesivos adquirentes de los pisos y locales, creemos que deben formar parte de los Estatutos de la comunidad; en cuanto son reglas que objetivamente afectan al destino de uno de los elementos separados del edificio, como es el garaje, a su utilización y a su conexión con los demás titulares de los pisos en función de esa inseparable comunidad de fin que así se establece (art. 5, párrafo 3.º, de la Ley de Propiedad Horizontal). Norma estatutaria que deberá ser inscrita necesariamente en el Registro para su oponibilidad *erga omnes*.

Llegados a este punto, resulta ineludible recordar la plausible doctrina contenida en la reciente Resolución de 20 de diciembre de 1973. En ella se consagra expresamente la licitud y eficacia real del pacto estatutario, en un inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal, por virtud del cual se establece el destino del sótano «para aparcamiento de automóviles o garaje», y su uso y aprovechamiento exclusivo a favor de

(3) Véase el importante trabajo de MANUEL DE LA CÁMARA: *Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Centro de Estudios Hipotecarios, «Curso de Conferencias sobre Propiedad Horizontal y Urbanizaciones Privadas», Madrid, 1973, págs. 33 y ss., especialmente págs. 48-51.

diversas viviendas del inmueble, atribuyendo a dicho sótano el carácter de elemento procomunal (4).

Pues bien, en el caso que ahora nos ocupa y que sirvió de base a la Resolución que estamos comentando, la Dirección General llega a la conclusión de que aquel pacto, que impedía la enajenación separada del piso y las participaciones de garaje conjuntamente transmitidos por la Cooperativa, no era susceptible de inscripción registral, tal como venía figurando en la escritura, por constituir un pacto meramente obligacional con efectos *inter partes*, y quedar así sometido a la sanción negativa que consagra el artículo 27 de la Ley Hipotecaria para las prohibiciones de disponer impuestas en negocios jurídicos con causa onerosa. Pero que si dicha norma negocial se hubiera incorporado a los Estatutos de la propiedad horizontal entonces, establecido el carácter procomunal del local de garaje, vinculada su titularidad *ob rem* a los dueños de los pisos, y convenido todo ello con el consentimiento unánime de los propietarios de los pisos a la sazón existentes (requisito necesario para la creación o modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal), aquella norma estatutaria sí hubiera sido válida e inscribible. Y no procedería la cancelación de su inscripción, como, por el contrario, aquí se permite.

La doctrina jurisprudencial así apuntada en relación con las concretas circunstancias de este caso nos parece razonable y oportuna. Tanto por la justificación en que se basa, como por las ideas aquí desarrolladas, como por la propia naturaleza y finalidad del pacto discutido. Su eficacia organizadora general, es decir, *erga omnes*, y su valor normativo respecto a la vida de la comunidad existente en la propiedad horizontal del inmueble, exigían su establecimiento como norma estatutaria, y no como simple pacto obligatorio *inter partes*, que impediría entonces su oponibilidad. Con doble motivo cuando aquí se había regulado ya minuciosamente y en Estatutos la situación de los sótanos dedicados a garaje.

A pesar de lo cual, y de la justeza de la solución elaborada para el problema así planteado, la complejidad fáctica del caso sometido a discusión no deja de brindar algunas preguntas complementarias: ¿Hubiera sido la misma la respuesta dada a este problema si la adquisición conjunta del piso y porción de garaje por parte del socio de la Cooperativa hubiese sido hecha en un acto a título gratuito? ¿Debe reputarse onerosa en todo caso la «adjudicación» que aquí se contempla? ¿Afecta o no a la solución del caso el hecho de que el transmitente fuere una Cooperativa y el adquirente uno de sus miembros? ¿Tenía facultades el representante de la Cooperativa que otorga la escritura de adjudicación, en ejecución de un acuerdo previo concebido en términos generales, para imponer esa limitación al adquirente? ¿Pueden unificarse en su tratamiento jurídico el derecho que se tiene sobre un piso como finca perfectamente delimitada, y el que tiene por objeto una porción indivisa, no físicamente delimitada o separada, del sótano-garaje? Quede su recuerdo así señalado para meditación de los lectores.

M. A. G.

(4) Considerando que «dentro de tal regulación (la contenida en la L. P. H.) aquellas limitaciones que, saliendo al paso de un abusivo ejercicio de los derechos de los titulares de viviendas, prohíben la transmisión de este derecho procomunal con independencia de la correspondiente titularidad de propietarios a que está aquél vinculado, no hacen sino reiterar una limitación institucional del régimen de la Propiedad especial por pisos, según lo proclamado por el último párrafo del artículo 3º de la Ley, y en el mismo artículo 4º *in fine* al negar la acción divisoria, y en este sentido no se atenta con ello al fundamental principio de libertad de disposición del artículo 348 del Código civil, ni se está ante uno de los supuestos que el artículo 27 de la Ley Hipotecaria impide su acceso al Registro».

Véase el prudente Comentario de TIRSO CARRETERO a dicha Resolución en esta misma Revista, número 502, mayo-junio 1974, págs. 635-641.

REGISTRO MERCANTIL

1. SOCIEDAD ANONIMA.—CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN. SIEMPRE QUE LOS ESTATUTOS NO DISPONGAN OTRA COSA, EL CONSEJO ESTÁ AUTORIZADO NO SÓLO PARA DESIGNAR LA COMISIÓN EJECUTIVA O EL CONSEJERO DELEGADO, SINO TAMBIÉN A CONFERIR LOS APODERAMIENTOS QUE ESTIME NECESARIOS, Y COMO TAL PODERDANTE PODRÁ REVOCAR EN CUALQUIER MOMENTO EL PODER OTORGADO, SIN QUE LA JUNTA PUEDA HACERLO DIRECTAMENTE POR SUPONER UNA INTROMISIÓN EN LAS RELACIONES INTERNAS DEL CONSEJO CON SU APODERADO.

Resolución de 8 de febrero de 1975 (B. O. del E. de 25 de febrero).

Por escritura autorizada en Guadalajara por el Notario recurrente el 11 de mayo de 1974, en cumplimiento de los acuerdos adoptados por la Junta Universal de 22 de marzo del mismo año, se modificaron varios artículos de los Estatutos sociales de la Compañía mercantil «Prefabricados de Guadalajara, S. A.», entre ellos el artículo 28, que en su nueva redacción dice: «Para el ejercicio de las funciones de dirección, administración y representación de la Sociedad, el Consejo de Administración podrá designar a uno o más de sus miembros Consejero Delegado, así como nombrar uno o más Gerentes, que no precisarán ser Consejeros ni accionistas. La separación de ambos cargos será competencia exclusiva del Consejo de Administración.»

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, y en uso de la facultad que autoriza el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, se practicó en el Registro la inscripción de la mencionada escritura de la siguiente forma: «Inscrito el precedente documento en el Registro Mercantil de esta provincia, tomo 17, libro 8.º de la sección tercera de Sociedades, folio 112, hoja número 120, inscripción segunda, a excepción del párrafo del artículo 28 de los Estatutos que dice: 'La separación de ambos cargos será competencia exclusiva del Consejo de Administración'.»

Presentada de nuevo esta escritura «se deniega la inscripción del pacto que se excluyó antes, según consta en la nota precedente, porque dados los términos en que está redactado origina el defecto insubsanable de ir contra lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, no tomándose anotación de suspensión por no ser procedente, no habiéndose tampoco solicitado».

El Notario autorizante del instrumento interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la cláusula contiene dos supuestos dispares, el de Consejero Delegado y el de Director general, con diverso tratamiento, por lo que se estudiarán

por separado; que en cuanto a la separación del cargo de Consejero Delegado, la redacción del artículo 28, cuya inscripción se deniega, es correcta, ya que no contradice el principio de libre remoción de Administradores consagrado en el artículo 75 de la Ley (y reconocido expresamente por el artículo 22 de los Estatutos); que la doctrina coincide en que la delegación y su duración, salvo disposición en contrario de los Estatutos, es función privativa del Consejo; que si bien el Consejero es elegido por la Junta, el Consejero Delegado lo es por el Consejo y no puede aquélla—salvo previsión estatutaria—intervenir en las cuestiones de régimen interno de éste, como expresamente viene a reconocer el artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas, pues siendo la facultad de delegar materia dispositiva no es aplicable a la misma el artículo 75 citado; que la delegación o concentración de las funciones del Consejo en uno o más Consejeros es un juicio de valor que sólo compete a éste y no a la Junta, máxime cuando la responsabilidad por las actuaciones dolosas o gravemente culposas del Delegado es del Consejo y no de la Junta; que la Junta podrá siempre destituir al Consejo o a los Consejeros, pero lo que no puede será retirar una Delegación que no concedió; que en cuanto a la separación del Director general, el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas no parece referirse al mismo, sino a los Administradores como órgano social imprescindible, puesto que el Director general, como aclara el artículo 77 de la misma Ley, es un mero apoderado de los Administradores, habrá de ser persona que por sus cualidades y aptitudes merezca la confianza de aquéllos, máxime cuando con su actuación puede desencadenar la responsabilidad del Consejo en base a una culpa *in eligendo* o *in vigilando*, y que la Junta es soberana, pero no tanto que no deba respetar los límites que a su actuación prevean los Estatutos, y si en materia no coactiva se pacta que la Junta no podrá—sin modificar aquéllos o remover el Consejo—alterar la posición del Director general en la Empresa, no parece que exista ningún obstáculo derivado del ordenamiento que impida tal previsión.

El Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que en relación a los Consejeros Delegados, el recurrente sustituye el concepto de Consejero Delegado por el de delegación, lo cual induce a confusión, pues si bien la delegación es asunto interno y privativo del Consejo, la cláusula denegada no se refiere a la delegación como función añadida al cargo de Consejero Delegado, sino que dice que «la separación del cargo de Consejero Delegado será competencia exclusiva del Consejo», por lo que más que ante un problema jurídico se está ante un problema gramatical, ya que la cláusula discutida no parece decir lo que indica el recurrente en su escrito, a la cual no hay que poner ninguna objeción, sino que, por el contrario, espera otra cosa que puede inducir a confusión, lo que no es deseable ni en una escritura pública ni en el asiento registral correspondiente, y que si la Junta general puede destituir cuando quiera a cualquier Consejero, incluyendo a los Consejeros Delegados, no es admisible la redacción del artículo estatutario denegado; que la figura del Consejero Delegado se compone de dos titularidades: un cargo, el de Consejero, que le faculta para una administración conjunta, y una función añadida, la delegación, que le faculta para administrar en nombre del Consejo; que si le falta lo primero, cuyo nacimiento y extinción dependen de la Junta, no podrá desempeñar la segunda; que en cuanto al Gerente (que el recurrente llama en su escrito Director general, aunque esta denominación no se emplea en la escritura) le es igualmente aplicable el artículo 75 de la Ley, que no es susceptible de interpretaciones restrictivas, puesto que—aunque no es específicamente un órgano social de administración—ejerce la administración como función concedida por el Consejo según se deduce de la cláusula denegada; que la intención del legislador al atribuir a la Junta la facultad omnimoda de destituir a un Administrador único o a varios Consejeros no se basa en

que la Junta no puede tolerar que sus intereses estén en manos de quien los administra mal, y estas mismas razones existen para poder destituir a cualquier persona, cualquiera que sea su nombre, que ejerce la administración; que la duración del cargo de Gerente no puede depender nunca exclusivamente del Consejo, como se pretende que conste en los Estatutos, y que la facultad de separar a los que administran una Sociedad Anónima es contemplada por la doctrina y la jurisprudencia como no susceptible de limitaciones de clase alguna, y en este sentido se pronuncian las Sentencias de 28 de junio de 1934, 31 de diciembre de 1930, y muy recientemente la Resolución de la Dirección General de 13 de marzo de 1974.

Vistos los artículos 11, 75 y 77 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951.

Considerando que en la cláusula sujeta a debate se ha distinguido, tanto por el Notario recurrente como por el funcionario calificador, por exigir un tratamiento diferente, de una parte, la cuestión relativa a la separación del cargo de Consejero Delegado y, de otra, la también separación del puesto de Gerente, designados en ambos casos por el Consejo de Administración, por lo que se procederá a su estudio examinando los dos supuestos con independencia.

Considerando que los respectivos informes de las dos partes coinciden en cuanto al punto esencial de que es al Consejo de Administración a quien corresponde retirar la delegación que ha concedido, discrepándose en cuanto a la forma en que se ha redactado la cláusula, que para el Registrador no aparece lo suficientemente clarificada, al poder inducir a confusión, y por eso indica «no estamos ante un problema jurídico propiamente dicho; es más, un problema gramatical».

Considerando que, en efecto, una interpretación rigurosamente literal llevaría a afirmar que, en contravención del artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas, podría el Consejo de Administración, de acuerdo con el texto estatutario, no sólo revocar la delegación efectuada, sino también separar a uno de los miembros del Consejo, dado que se habla de Consejero Delegado abarcando el doble aspecto de Administrador y delegación de funciones, ello no obstante, por la sola lectura del artículo 28 de los Estatutos, que se refiere claramente a esta última función, y máxime si se tiene en cuenta que el artículo 22 de los mismos Estatutos reconoce a la Junta general la competencia de separar en cualquier momento a cualquiera de los Consejeros, hay que concluir que en este punto es más adecuado la interpretación contraria, y sin que ello suponga cercenar en nada las facultades de la Junta, que como órgano supremo de la Sociedad puede—de acuerdo con el mencionado artículo 75—al separar al Administrador que ostente a la vez una delegación del Consejo hacerle cesar en esta función, por ser inexcusable para ello formar parte del mismo.

Considerando, en cuanto a la segunda parte de la cláusula, es decir, en lo que al Gerente se refiere, es indiscutido que el Consejo que lo nombró está facultado para proceder a su revocación, señalándose en la nota de calificación que al redactarse en la forma indicada se vulnera el artículo 75 de la Ley, por cuanto queda amputada una de las facultades de la Junta general—cual es su derecho a separar—, que debe aplicarse no sólo a los Administradores, sino también a quien sin ser órgano de la Sociedad ejerza la administración como función conferida por el Consejo de Administración y no por la Junta.

Considerando que al ser el Consejo de Administración a quien corresponde la gestión y representación de la Sociedad, de la que responderá por sus actos ante ella, le incumbe por su propia esencia la organización interna y distribución, en su caso, de funciones, para lo cual no sólo está autorizado, siempre que los Estatutos no dispongan otra cosa, para designar la Comisión Ejecutiva o el Consejero Delegado, a que hace referencia el artículo 77 de la Ley, sino también a conferir los apoderamientos que

estime necesarios a cualquier persona, y como tal poderdante podrá revocar o no en cualquier momento el poder otorgado, sin que la Junta pueda hacerlo directamente por suponer una intromisión en las relaciones internas del Consejo con su apoderado, aunque sí podrá al fiscalizar la gestión social del Administrador aprobar o no la actuación seguida y proceder, en consecuencia, si lo estima oportuno, a su remoción, que podría llevar aparejada la del apoderamiento dado.

Esta Dirección General ha acordado revocar la nota del Registrador.

COMENTARIO.—El problema planteado consiste en que la nota calificadora excluye la inscripción del artículo 28 de los Estatutos, que señala que «la separación de los Consejeros Delegados y de los Gerentes nombrados por el Consejo de Administración será competencia exclusiva de dicho Consejo». El fundamento de la exclusión descansa en que tal precepto estatutario contraviene lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas, que expresa que «la separación de los Administradores podrá ser acordada en cualquier momento por la Junta general».

Ahora bien: la cláusula estatutaria sujeta a debate exige un tratamiento diferenciado para las dos cuestiones incluidas en la misma: de una parte, la relativa a la separación del cargo de Consejero Delegado y, de otra, la separación del puesto de Gerente, pues aun cuando ambas figuras estén integradas bajo la denominación genérica de Administradores existe entre ellas la diferencia de que el Consejero es órgano social de administración, mientras que el Gerente es un simple Apoderado.

Respecto del Consejero Delegado, su peculiaridad descansa en un doble matiz: necesariamente ha de ser miembro del Consejo de Administración; su nombramiento como «Delegado» depende exclusivamente del Consejo, sin que en él tenga ninguna intervención la Junta general, es decir, que la delegación es privativa del Consejo—artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas—. Ambas notas nos indican con entera claridad que su carácter de Delegado está subordinado siempre al de Consejero, y ello debido, como acertadamente señala el Registrador, a que la figura del Consejero Delegado se compone de dos titularidades: un cargo, el de Consejero, que faculta a su titular para la administración conjunta, y una función añadida, la delegación, que le permite administrar en nombre del Consejo. Por tanto, aunque la delegación o el carácter de delegado sea competencia exclusiva del Consejo, la investidura de Consejero es competencia exclusiva de la Junta, con la única excepción prevista en el artículo 73-2 de la Ley y, en consecuencia, la separación del cargo de Consejero es igualmente atribución de la Junta general, conforme a lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley, con la particularidad, además, de que no es necesario alegar razón alguna para proceder a la revocación.

De lo anterior se deduce que en buena técnica jurídica no parece admisible la redacción del artículo 28 de los Estatutos cuando se refiere a la separación de los Consejeros Delegados situándola bajo la competencia exclusiva del Consejo de Administración, pues si bien es cierto, como queda indicado, que el carácter de Delegado depende únicamente del Consejo, no lo es menos que la cualidad de Consejero depende de la Junta y que si pierde esta condición principal no podrá desempeñar la accesoria de Delegado. Por ello, en aras de la deseable precisión, no nos parece adecuado que se diga que en donde se lee Consejero Delegado debe entenderse únicamente delegación.

El segundo problema—separación del puesto de Gerente—ofrece mayores dificultades, pues depende de la interpretación, amplia o restringida, que se dé al término «Administrador» utilizado por el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas. Surgen en este punto dos contrapuestas posiciones: la de considerar Administradores tan sólo a los órganos sociales de administración, y la de reputar Administradores a todos aquellos

que sin ser órganos de la sociedad ejerzan la administración como función conferida por el Consejo y no por la Junta. A nuestro juicio, el hecho de que la sección 2.ª del capítulo IV de la Ley de Sociedades Anónimas, bajo la rúbrica «De los Administradores»—artículos 71 a 83—, se refiera en el artículo 77 a los apoderamientos es más que suficiente para considerar Administradores a todos aquellos que por cualquier investidura ejercitan la administración y entre los que habrá que establecer una previa distinción basada únicamente en si revisten o no el carácter de órganos sociales, ya que es evidente que los Administradores que no sean órganos sociales habrán de actuar en el tráfico mercantil a base del oportuno apoderamiento.

Concretado así el problema parece que como primera medida será necesario determinar el origen de la representación concedida a los Apoderados, ya que de esta previa precisión dependerá la determinación del órgano—Junta general o Consejo de Administración—a quien incumbirá la facultad de revocar el poder otorgado. Parece evidente que la fuerza representativa habrá de emanar del órgano soberano de la sociedad y que todos los demás órganos sociales la tendrán por delegación de aquél. Por ello hay que matizar, en primer lugar, quién es el órgano soberano de la sociedad: la Junta general o el Consejo de Administración. La Ley de Sociedades Anónimas se inclina a considerar a la Junta general como el órgano supremo; así, el artículo 48-1 determina que «los accionistas constituidos en Junta general debidamente convocada decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la Junta», y es de observar que esta competencia no se limita en ningún precepto de la Ley y que, por el contrario, son esclarecedoras las normas relativas a las Juntas extraordinarias, como la del artículo 56, que «faculta a los Administradores para convocarla siempre que lo estimen conveniente a los intereses sociales», y, sobre todo, la del artículo 55, que señala que «la Junta se entenderá convocada y quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto». Resulta, pues, que el órgano soberano de la Sociedad Anónima es la Junta general, a quien corresponde el nombramiento de los Administradores conforme al artículo 71 de la Ley; Administradores que habrán de constituirse en Consejo de Administración cuando fueren varios—artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas—. En consecuencia, es precisamente al Consejo en su carácter de órgano ejecutivo a quien corresponde, por delegación de la Junta general, la facultad de designar, por la vía del apoderamiento, a los restantes Administradores que no revistan el carácter de órganos sociales. Llegamos, por tanto, a dos conclusiones: la primera es la de que cuando el Consejo apodera no se trata de un poder originario que emane directamente de él, sino que el poder lo otorgará el Consejo siempre por delegación de la Junta general; la segunda es la de que existen dos clases de Administradores: los orgánicos, sujetos a las normas propias de la Ley de Sociedades Anónimas, y la de los Administradores que no sean órganos sociales, que quedarán sometidos a las normas peculiares de la representación mercantil, contenidas en los artículos 281 y siguientes del Código de Comercio.

En síntesis, la doctrina de la representación mercantil se basa en las siguientes notas: 1. Que el poder se otorgue por el comerciante (artículo 281). 2. Que el factor tenga poder de la persona por cuya cuenta haga el tráfico (art. 282). 3. Que los factores negociarán y contratarán a nombre de sus principales (art. 284). 4. Que recaen sobre los principales las obligaciones que contrajeran los factores (arts. 284 y 286). La traslación de estas notas al campo de las Sociedades Anónimas sirve para esclarecer el problema planteado. En primer lugar, ¿quién es el comerciante que puede apoderar, la Sociedad o el Consejo de Administración? Indudablemente, no puede serlo más que la Sociedad, que delega en el Consejo la administración del ejercicio del comercio, pero que no por ello pierde su condición de comerciante; ello prescindiendo de que el Consejo no tiene ni

puede tener en ningún caso personalidad independiente de la Sociedad. ¿Por cuenta de quién hace el tráfico: de la Sociedad o del Consejo? Si el comerciante es siempre la Sociedad tampoco ofrece duda que las consecuencias de la actuación del apoderado recaen directamente sobre ella, que es lo que, en definitiva, nos vienen a decir los artículos 284 y 286 del Código de Comercio. En resumen, el Consejo apodera por delegación de la Sociedad, es decir, sustituye el ejercicio de parte de la delegación recibida de aquélla y cumple su misión auxiliado por Apoderado. Surge así una figura que en cierto modo se asemeja a la de la sustitución de la delegación concedida por la Sociedad al Consejo, que se canaliza por medio de poder y que debe facultar al principal, es decir, a la Sociedad, para la revocación de este último sin necesidad de retirar la delegación.

Sin embargo, la Resolución que se comenta dice en el último de los considerandos que «la Junta no puede revocar directamente al Apoderado, aunque sí podrá promover la remoción de los Consejeros, que podría llevar aparejada la del apoderamiento dado». Entendemos que quien sostenga esta tesis se verá obligado a admitir que aunque la Junta remueva a los Consejeros y nombre otros, éstos, al igual que los anteriores, tendrían plena independencia para proceder o no a la revocación de los apoderamientos otorgados por el Consejo. Con lo cual podría llegarse al absurdo resultado de una Sociedad cuya voluntad expresada en Junta general fuese contraria a un apoderamiento, y pese a esto tal poder continuara subsistiendo.

Tampoco está clara, e induce a confusión, la expresión contenida en el último de los considerandos de la Resolución que antecede de que «la remoción podría llevar aparejada la del apoderamiento dado», ya que el Código de Comercio, en su artículo 290, es terminante al señalar que «los poderes se estimarán subsistentes mientras no fueren expresamente revocados, no obstante la muerte del principal o de la persona de quien en debida forma los hubiesen recibido», es decir, que aun cuando exista remoción del Consejo, el poder subsiste siempre mientras no se revoque, subsistencia que tiene una extraordinaria importancia, pues cualquier matización de la misma equivaldría a paralizar en absoluto el tráfico mercantil.

E. F. C.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
J. M. REY PORTOLÉS,
JOSÉ QUESADA SEGURA,
JOSÉ CERDÁ GIMENO y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

NULIDAD Y CANCELACION DE INSCRIPCION: CUANDO ES POR NULIDAD DEL TITULO NO PUEDE DECRETARSE HABIENDO INTERVENIDO SOLO EL TITULAR REGISTRAL COMPRADOR Y NO LOS VENEDORES. TERCERIA DE DOMINIO: SOLO PRECISA DEMANDAR A EJECUTANTE Y EJECUTADO; NO IDENTIFICACION DE LA FINCA; VALOR APROBATORIO DE LA ESCRITURA PUBLICA (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1974).

Hechos.—Don Isidro Fernández Vegal formuló demanda de tercería de dominio contra el Banco Central, S. A., y contra doña Angela Rodríguez Pérez, alegando en síntesis lo siguiente: que por escritura pública otorgada el 10 de septiembre de 1964 compró a don Angel y a don Francisco García Alonso un prado de regadío en término de Bemibre, al sitio de la carretera Madrid-La Coruña, de 78 áreas, 24 centiáreas, que se inscribió en el Registro a su favor; que en procedimiento ejecutivo iniciado en 1970, el Banco Central embargó una finca de doña Angela Rodríguez Pérez, inscrita a nombre de la misma, con la superficie de 40 áreas y 20 centiáreas, y aunque los linderos no eran del todo coincidentes con la otra finca registral, se trataba de fincas idénticas, pues don Francisco Alonso Villaverde, de quien procedían las inscripciones de una y otra finca registral, sólo tenía en ese paraje una finca, y si figuraba inscrita a nombre de doña Angela Rodríguez Pérez lo era por un error, pues se trataba de la esposa de don Francisco García Alonso, que fue uno de los que le vendieron al actor la finca. Por todo ello solicitaba se alzase el embargo trabado sobre la finca registral de doña Angela, por ser la misma finca que figuraba inscrita a favor del actor, solicitando también la declaración de nulidad y cancelación de la inscripción de doña Angela.

El Banco Central contestó a la demanda oponiéndose y formulando reconvencción, en la que solicitaba la nulidad y cancelación de la inscripción.

ción del actor en tanto contradijera la inscripción que figuraba a nombre de la ejecutada, doña Angela Rodríguez Pérez.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Ponferrada estimó en lo fundamental la demanda ordenando se alzase el embargo, que debía quedar a disposición de su dueño, el actor.

Interpuesto recurso de apelación por el Banco Central, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid revocó la sentencia del Juzgado, desestimando la demanda de tercería, de la que absolvió a los demandados, y estimando la pretensión reconvenzional deducida por el Banco Central.

El actor interpone recurso de casación por infracción de la doctrina legal sobre litisconsorcio pasivo necesario, pues deberían haber intervenido también los vendedores de la finca que compró, y por aplicación indebida del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, ya que la Audiencia lo aplicó entendiendo que la acción reconvenzional ejercitada por el Banco Central era de rectificación de inscripciones.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, declara no haber lugar al recurso en cuanto a la demanda de tercería, confirmando en este punto la sentencia de la Audiencia, pero declara haber lugar al recurso respecto a la pretensión reconvenzional del Banco Central, casando la sentencia de la Audiencia en parte por estimar esa pretensión, que también debió desestimarse, al igual que la demanda de tercería.

Los «considerandos» más interesantes de la primera sentencia son los siguientes:

«Considerando que el primer motivo del recurso, formalizado por el cauce del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusando un supuesto error de hecho en la apreciación de las pruebas, no puede estimarse, pues para que aquél pueda invocarse y oponerse con éxito en casación ha de apoyarse en documentos auténticos que por sí solos, sin necesidad de acudir a interpretación, demuestren evidentemente el error del Juzgador de Instancia, circunstancia que no concurre en el caso presente, pues la escritura notarial de 10 de septiembre de 1974, que es el título que esgrime el tercerista y en la que se apoya el desenvolvimiento de la tesis del motivo, hace fe y ha de considerarse como auténtica en cuanto a su fecha y motivo del otorgamiento, pero no puede amparar con igual carácter el hecho de cuál fuera la realidad de la intención de las partes y conocimiento que tuvieran de lo que vendían y adquirirían, respectivamente, reflejado en el contrato, pues era cosa propia o no de los vendedores, ineficaz, por ende, para destruir la manifestación de la sentencia recurrida de que don Angel y don Francisco García Alonso vendieron una finca ajena...»

«Considerando que independientemente de todo lo que trata de atacarse en los precedentes motivos, si, como la sentencia recurrida afirma, existe una imposibilidad de identificar separadamente la finca del tercerista de la embargada, agregando en otro pasaje que la descripción de la finca enajenada por don Angel y don Francisco García Alonso al tercerista no guarda identidad con las relacionadas en las operaciones sucesorias de donde trae causa, es evidente la procedencia de la desestimación de la tercería, que lleva a cabo la sentencia recurrida, por falta de uno de los requisitos esenciales para que pueda prosperar la demanda, cual es la clara y precisa identificación del predio que se trata de reivindicar, a lo que venía obligado el actor, de acuerdo con el principio de prueba que reconoce y declara el artículo 1.214 del Código civil, extremo éste que no ha sido tema concreto del recurso.»

«Considerando que para resolver el tema de la falta de litisconsorcio

pasivo necesario, que pudiera ser apreciable de oficio por el Tribunal, así como su alcance, en el presente caso no puede verificarse desconectado del contenido del artículo 1.539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que por afectar al orden público del proceso sustanciado resulta también de imperativo acatamiento, tanto para las partes como para los Tribunales, al determinar quiénes son las personas que pueden ser parte en el mismo como demandados y contra los que ha de dirigirse la demanda de tercera, que son únicamente ejecutante y ejecutado, lo que impide puedan ser llamadas al proceso terceras personas no directamente vinculadas por la ejecución de que trae origen la tercera.»

«Considerando que en base a lo expuesto, la petición reconventional formulada por el Banco Central, conjuntamente con la petición de la absolución de la demanda, de que se declare la nulidad de la inscripción en el Registro de la Propiedad que causó la escritura de compraventa que sirve de título al accionante de esta tercera en cuanto pueda afectar al título de la ejecutada, es indudable que no sólo por lo impreciso de sus términos, sino también porque ante la falta de identificación de la finca que queda reconocida, que es lo que básicamente determina la desestimación de la tercera, hace innecesaria, y en todo caso sería procedente, la declaración de aquella nulidad, que al tener su origen en la referida escritura de compraventa habría de declararse la invalidez de aquel título, y ello no podría verificarse dentro del presente proceso a espaldas de los vendedores intervinientes en aquel contrato, lo que determina la nulidad y cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad del título del tercerista dentro del actual procedimiento.»

«Considerando que sentado lo que precede resulta innecesario entrar en el examen de los motivos tercero y cuarto, ambos formulados al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cualquiera que sea la opinión que pudiera sostener este Tribunal sobre la aplicación del artículo 40 de la Ley Hipotecaria en relación con el problema planteado en ambos motivos, e igualmente sucede con los motivos quinto y sexto.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo desestima la petición reconventional formulada por el Banco Central.

Aunque el Tribunal Supremo cree innecesario entrar en el examen del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, eludiendo dar cualquier opinión sobre el mismo, estimamos que hubiera sido conveniente (ya que el recurrente alegaba aplicación indebida de tal artículo) haberlo interpretado en coordinación con la idea del penúltimo «considerando» acerca de la necesidad de demandar a los vendedores para obtener la nulidad de la inscripción, sin que bastara demandar al titular registral comprador. Téngase en cuenta que el artículo 40 de la Ley Hipotecaria sólo exige demandar a aquellos a quienes la inscripción conceda algún derecho, entre los que no están, por lo menos en las inscripciones de inmatriculación, los vendedores, como lo demuestra la concreción que se hace en el acta de inscripción, en la que sólo se reseña como titular registral del derecho al comprador. Para coordinar lo dicho en aquel «considerando», con la literalidad del artículo 40 sobre legitimación pasiva procesal de la acción de rectificación, debería haberse puntualizado algo más sobre este tema, insistiendo en que la normativa del citado precepto se refiere exclusivamente a la acción de mera rectificación registral, es decir, a la acción dirigida a rectificar una inscripción sin tener que declarar previamente la nulidad del título inscrito. Cuando la rectificación del Registro exige la previa declaración de nulidad del título inscrito se trata de una acción mixta: por un lado, es acción de rectificación del Registro, que debe dirigirse, según el artículo 40, contra el titular registral (el comprador en caso de título de compraventa); por otro lado, es también acción de nulidad de título, que debe dirigirse, como afirma esta sentencia, contra los interesados en dicho

título, que son ambas partes, vendedor y comprador, y no sólo este último. No hubieran sobrado en esta sentencia unas declaraciones de este o parecido tenor, máxime teniendo en cuenta que se casa una sentencia que, al parecer, había fundamentado su fallo, entre otras normas, en la regulación del artículo 40 de la Ley Hipotecaria sobre legitimación pasiva de la acción de rectificación. Pero el Tribunal Supremo ha preferido no mostrarse explícito en este tema.

POSESION CIVIL Y POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO. INSCRIPCION REGISTRAL Y POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO: ARTICULO 35 DE LA LEY HIPOTECARIA. USUCAPION ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA (SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1974).

Hechos.—El «Canal Imperial de Aragón» deduce demanda contra la Compañía Mercantil «Hijos de Dámaso Pina, S. A.», sobre nulidad de título inscrito de dominio y otros extremos, alegando ser dueño de una finca en Zaragoza, en término de Miraflores, Barrio de Torrero, número 397, que había estado inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad, aunque después se habían producido ulteriores inscripciones a raíz de un acuerdo nulo del Delegado de Hacienda, hasta desembocar en la que actualmente figura a nombre de la Compañía Mercantil demandada, cuya nulidad se solicita por ser nulo el título que motivó la inscripción segunda.

Son antecedentes del caso los siguientes:

1.º En 1876, don Manuel León y Torán obtuvo del «Canal» la concesión de un aprovechamiento de aguas en la acequia del Antónar y la cesión en usufructo de un terreno para la instalación de una fábrica de hiladillos, otorgándosele más tarde nueva cesión para aprovechamiento de agua y usufructo de otra porción de terreno, concesiones por las que pagaba el canon correspondiente.

2.º Vendita la fábrica por don Manuel León a la razón social «Bono, Pina y Marín», se transfirieron a su favor aquellas concesiones. Fallecido el señor Bono, se constituyó una nueva Sociedad: «Pina y Marín», que obtuvo una nueva concesión. Dicha Sociedad interesó de la Delegación de Hacienda la concesión en propiedad de los terrenos que había tenido en usufructo, obteniendo acuerdo favorable del Delegado de Hacienda en 1898, lo que permitió a la Sociedad obtener la inscripción de la finca en pleno dominio. No obstante, como tal acuerdo no era todavía firme, el «Canal» interpuso contra el mismo un recurso, declarándose nulo aquél en 1904, sin formalizarse, a pesar de ello, la cancelación registral correspondiente. La Sociedad demandada, que traía causa de la antes citada, continuó pagando el canon por concesiones de aprovechamientos de aguas y terrenos en usufructo, igual que lo venían pagando sus antecesores.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Zaragoza estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la Sociedad demandada, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza revocó la sentencia del Juzgado desestimando la demanda.

El Abogado del Estado, en representación del «Canal», interpuso recurso de casación alegando aplicación indebida de los artículos 436, 447, 1.940, 1.941, 1.948 y 1.959 del Código civil, por faltar en el demandado el requisito de la posesión en concepto de dueño para la usucapion que declara a su favor la Audiencia, y del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, que contiene una presunción que admite prueba en contrario, la que resulta de Instancia.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre y Bernardo, estima el recurso, destacando los «considerandos» tercero y cuarto:

«Considerando que si bien, tal como se afirma en la recurrida sentencia y nada en contrario evidencian los documentos que obran en los antes expresados folios de los autos, la Sociedad 'Hijos de Dámaso Pina' venía en el disfrute de diversas concesiones de aprovechamientos de aguas, algunas, y de aguas y usufructo de terrenos, otras, no lo es menos, y así aparece patentizado de la mera lectura de los documentos obrantes a los folios 78 a 81, que por la concesión número 330, un litro de agua por segundo y usufructo de 154 metros cuadrados, 65 decímetros cuadrados de terreno, los cuasahabientes 'Hijos de Dámaso Pina' y por esta propia Sociedad, se venía pagando al 'Canal Imperial de Aragón' el canon correspondiente por agua y terreno desde el año 1895 al 1968, en el que se dejó de pagar por estar sujeto a revisión, como de igual forma se desprende de los documentos que aparecen a los folios 357 al 361, con referencia a las concesiones números 329, 325 y 671 de aguas y usufructo de terrenos, los cánones percibidos por el 'Canal' de 'Pina y Marín' y luego 'Hijos de Dámaso Pina', referente la primera y segunda a 2.893 metros cuadrados, 38 decímetros cuadrados de terreno, y 5.375 metros cuadrados, 66 decímetros cuadrados de terreno la tercera, desde 1891 a 1967, en cuyo año se deja de pagar por estar sujetos a revisión, apareciendo de la certificación expedida por el Secretario del 'Canal Imperial de Aragón', folio 361 de los autos, que en 14 de septiembre de 1963 'Hijos de Dámaso Pina' tenía cedidos en usufructo los terrenos a que anteriormente se hacía referencia, como del obrante al folio 90, que 'Hijos de Dámaso Pina', por instancia del Consejero Secretario de dicha Sociedad, de fecha anteriormente indicada, solicitó la baja en el pago del canon por las concesiones de agua números 324, 325 y 671 y la transformación en arriendo de los terrenos propiedad de ese 'Canal' que figuran a favor de esta Sociedad en usufructo, solicitud que se dejó sin efecto por instancia posterior; todo lo que demuestra que no sólo son las concesiones números 671, 702 y 1.209 sobre las únicas que la Sociedad demandada y recurrida reconoce el pago del canon y aceptase revisión, sino que lo son también las números 324, 325 y 330, sobre cuyos terrenos anejos se viene abonando el correspondiente canon, que deja de efectuarse precisamente por igual motivo de revisión ordenada sobre los mismos, sin que, por tanto, la posesión por parte de la tan meritada Sociedad, como la de aquellos de quienes trae causa, lo fuere en ningún momento a título de dueña, desvirtuándose de forma evidente la apreciación probatoria a la que llega el Juzgador de Instancia sobre uno y otro de dichos terrenos que forman la finca de autos, lo que hace ser estimado este primer motivo del recurso.»

«Considerando que si de la estimación del primer motivo del recurso ha de tenerse conocimiento y demostrado que la Sociedad Anónima 'Hijos de Dámaso Pina' desde su constitución, y con anterioridad aquellos de los que trae causa, no poseyeron en momento alguno en concepto de dueños los terrenos que forman la finca que es objeto de litis desde la primera concesión en usufructo de los mismos, propiedad del 'Canal Imperial de Aragón', a 'Bono, Pina y Marín', después 'Pina y Marín', posteriormente 'Hijos de Dámaso Pina, S. R. C.', y últimamente 'Hijos de Dámaso Pina, Sociedad Anónima', si bien por título, que después fue declarado nulo por jurisdicción competente, les permitiese la inscripción del dominio de la misma en favor al entonces 'Pina y Marín', dando lugar a esa inexacta realidad registral, con la que se presenta como realidad extrarregistral y cuyo acomodo se pretende por el actor y hoy recurrente, es claro que ni puede hablarse de la adquisición del dominio por usucapción ordinaria, partiendo desde que la actora surge a la vida del derecho como tal Sociedad Anónima, como de la extraordinaria, en razón a la posesión de quienes,

como ha quedado indicado, trae causa, ya que tampoco lo fue en tal concepto, requisito común a una y otra prescripción adquisitiva: sólo la posesión, dice el artículo 447 del Código civil, que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio, principio que tiene su desenvolvimiento en los artículos 1.930 al 1.970 de dicho Cuerpo legal, no cabiendo entender que por el juego del transcurso del tiempo y justo título o por solamente el primero, unido a una mera detentación o posesión natural, se pueda adquirir el dominio de una cosa cuando falta el *animus* determinante de la posesión civil, esto es, de la posesión en concepto de dueño, única válida para que con aquellos otros requisitos se adquiriera el dominio de las cosas, sin que a ello afecte aquella inscripción registral, que hoy se mantiene, pues si bien, conforme al artículo 35 de la Ley Hipotecaria, a los efectos de la prescripción adquisitiva, será justo título la inscripción y se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa, esta posesión, a que dicho artículo se está refiriendo, no es otra que la posesión *ad usucapionem*, esto es, en concepto de dueño, requisito que no concurre en los favorecidos por la inscripción registral, como ha quedado expresado, tanto en relación a la Sociedad demandada como en aquellos de los que trae causa, por todo lo que, al no entenderlo en tal forma el Juzgador de Instancia, es claro aplicó indebidamente al supuesto de autos los artículos 436, 447, 1.940, 1.941, 1.948, 1.957 y 1.959 del Código civil, como se denuncia en el cuarto de los motivos del recurso, que consecuentemente ha de ser estimado, y artículo 35 de la Ley Hipotecaria, que hace estimable el quinto y con ello innecesario entrar en el examen de los restantes.»

En la segunda sentencia confirma la del Juzgado de Primera Instancia.

COMENTARIO.—Dos cuestiones vamos a examinar: una de Derecho civil puro, la relación entre posesión civil y posesión en concepto de dueño, y otra de Derecho hipotecario, la relación entre inscripción registral y posesión en concepto de dueño. De ambas se ocupa esta sentencia.

1. *Posesión en concepto de dueño y posesión civil.*—La presente sentencia, al definir la posesión en concepto de dueño del artículo 432 del Código con referencia a la posesión civil del artículo 430 (1), sigue la orientación de otras anteriores, como son las de 2 de julio de 1928, 3 de octubre de 1962 y 21 de abril de 1965.

La sentencia de 2 de julio de 1928 (2) dice lo que a continuación recogemos con detalle, porque ha servido de pauta a las otras sentencias:

«Considerando que es doctrina de esta Sala, tanto con arreglo a la legislación histórica cuanto a la vigente en la actualidad, que la prescripción extraordinaria como medio de adquirir el dominio requiere no sólo el transcurso de los treinta años sin interrupción de la posesión, sino también que esa posesión no sea la simple tenencia material o posesión natural, sino que ha de ser la civil, es decir, la tenencia unida a la intención de haber la cosa como suya, por cuya razón se ha excluido de la posibilidad de prescribir a los arrendatarios, los precaristas, los guardadores y, en suma, todos aquellos que 'no son tenedores por sí más que por aquellos de quien la cosa tienen', según lo disponía antes la Ley 22, título XXXIX, de la Partida 3.ª, y ha reiterado después el artículo 430

(1) Recordemos que el artículo 430 del Código civil dice: «Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos.» Y el artículo 432: «La posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona.»

(2) *Jurisprudencia Civil*, tomo 184, pág. 527

del Código civil, y habiéndose consignado por el Tribunal de Instancia en el cuarto 'considerando' que si bien las fincas de que se trata las viene poseyendo desde hace más de treinta años el demandado y hoy recurrente, no es menos cierto que la prueba del pleito demuestra cumplidamente que esa posesión no la tuvo o ejerció dicho demandado en concepto de dueño, sino en el de encargado por el propietario de aquellos predios de su cultivo o administración, es forzoso reconocer que este carácter excluye el de verdadero poseedor y lo convierte en simple tenedor, razón por la cual no puede prosperar la infracción del artículo 1.959 del Código civil, con tanta mayor razón cuanto que es preciso estar a esa apreciación de hecho porque no se ha combatido en forma legal.»

«Considerando que por iguales razones es improcedente la supuesta infracción del artículo 447 del Código civil, porque si bien para la prescripción extraordinaria no se requiere título, sin embargo, es necesario demostrar que se posee a título de dueño y con intención de hacer la cosa suya, pues de lo contrario no existe verdadera posesión, sino tan sólo una tenencia a nombre de otro, como expresa el artículo 432 del Código civil.»

En el caso de la sentencia de 3 de octubre de 1962 (3), frente a la acción reivindicatoria se opone por los demandados la excepción de prescripción adquisitiva a su favor, alegando que habían estado en la posesión quieta, pacífica e ininterrumpida a título de dueños del terreno en cuestión, levantando paredes, haciendo atarjeas, poniéndolo en riego y cultivándolo. Estimada la demanda, se interpone por los demandados recurso de casación por infracción del artículo 1.959 del Código civil, y el Tribunal Supremo lo desestima, repitiendo literalmente lo que señaló la anterior sentencia respecto a la posesión civil y en concepto de dueño, con la misma referencia a las Partidas.

En la sentencia de 21 de abril de 1965 (4) diferentes vecinos de un pueblo de Galicia interponen recurso de casación contra resolución que había absuelto al Ayuntamiento demandado, entendiendo los recurrentes que se había infringido el artículo 1.959, pues llevaban en la posesión de la finca «Da Lama» más de treinta años. El Tribunal Supremo recuerda, en primer lugar, las pruebas de Instancia: que el Ayuntamiento era quien tenía la posesión de la finca y la ejercía en cada caso a través de los vecinos o grupos de vecinos, que la utilizaban en concreto para con sus rendimientos sufragar las fiestas patronales o gastos en beneficio común y, por tanto, no eran en realidad poseedores, ni siquiera poseedores inmediatos del derecho, sino simples servidores de la posesión, calidad en la cual utilizaron la finca de referencia y que no es idónea para generar el dominio por usucapción extraordinaria, puesto que este modo de adquirir sólo releva de la buena fe y el justo título. Y partiendo de aquí repite las mismas ideas de las sentencias de 1928 y 1962, refiriendo la posesión en concepto de dueño a la posesión civil, con igual alusión a la Ley 22, título 39, de la Partida 3.^a

En esta línea jurisprudencial se encuentra la presente sentencia de 3 de mayo de 1974. Se trata de un caso en que el poseedor demandado venía pagando cánones por concesiones de aguas y usufructo de terreno, a pesar de lo cual alegaba la usucapción a su favor por tener la posesión en concepto de dueño con título inscrito durante más de treinta años, expresando que si había continuado pagando a la entidad actora las cantidades señaladas en las pólizas de suscripción había sido debido a que no podía suspenderse el pago, al venir incluidos en el mismo recibo no sólo el canon por el mal llamado usufructo de los terrenos, sino el canon por concesiones de aguas, independiente este último del usufructo y de

(3) *Aranzadi*, núm. 3.530 de 1962, pág. 2404

(4) *Aranzadi*, núm. 2.278 de 1965, pág. 1396.

la posesión en concepto de dueño. No obstante, el Tribunal Supremo hemos visto que estima el recurso de la parte actora por la razón de que «para la prescripción, tanto ordinaria como extraordinaria, se requiere el *animus* determinante de la posesión civil, esto es, de la posesión en concepto de dueño, única válida para que con aquellos otros requisitos se adquiriera el dominio de las cosas», y en el presente caso no hubo tal *animus* en ningún momento, según la sentencia, ya que se pagó de forma continuada el canon por el usufructo de los terrenos.

Para perfilar mejor el sentido de esta jurisprudencia vamos a contrastarla con algunas opiniones doctrinales, distinguiendo dos grupos fundamentales:

A) Algunos autores diferencian la posesión civil y la posesión en concepto de dueño. Así:

a) MUCIUS SCAEVOLA define la posesión en concepto de dueño desde un punto de vista *subjetivo*, en el sentido de «convicción de que la cosa poseída ha pasado a su poder del de su legítimo dueño por virtud de un justo título» (5). Y al comentar la posesión civil del artículo 430 señala las siguientes conclusiones, que revelan la distinción que el autor admite dentro del Código civil entre una y otra clase de posesión: «Cuando el Código habla de ánimo de dueño y de concepto de dueño, ¿enuncia conceptos idénticos? Opinamos negativamente. Hay diversidad en las palabras y en su significado. La intención de poseer como dueño refiere generalmente la voluntad a tiempo venidero; el concepto denota actualidad; la intención equivale a *animus*; el concepto significa *convictio*. «Si el *animus domini* genera por sí solo la *possessio civilis* es indiscutible que bajo este último dictado no podemos comprender en modo alguno la posesión que conduce a la usucapción, porque para llegar a usucapir ordinariamente la intención poco significa.» Para concluir que la «posesión civil es una abstracción sin realidad positiva» (6).

b) MANRESA define la posesión en concepto de dueño desde un punto de vista *objetivo* atendiendo a la creencia u opinión general, por tanto, no del propio poseedor, sino de los demás que le rodean. Y también la distingue, aunque con ese matiz contrario al de SCAEVOLA, de la posesión civil del artículo 430 diciendo: «Si la intención representa el estado de ánimo del poseedor, su propósito, su voluntad, y la creencia significa el convencimiento fundado en la ignorancia de los vicios de la titulación, el concepto debe ser otra cosa distinta, aunque relacionada, como es natural, con las anteriores. La intención y el convencimiento son grados diversos en el estado de ánimo del poseedor, que o quiere ser dueño o cree que realmente lo es. El concepto debe ser formado fuera de la voluntad del poseedor y aparte de la situación especial de ánimo de éste. El que pretende ser dueño, crea o no que lo es, como dueño se conduce, actos de dueño realiza y como dueño es considerado o puede ser considerado por todos los que poseen la relación o el ejercicio de su derecho. Concepto es opinión, juicio que se forma de alguna cosa; en concepto de dueño equivale a en opinión de su dueño; pero no en opinión propia, sino en opinión ajena, en opinión o juicio formado por los demás. Concepto es idea que forma el entendimiento en virtud de los actos o de los hechos que presenta o conoce. Concepto es también creencia, pero no del poseedor, sino de los que no sean de él» (7). Y al comentar el artículo 430 dice: «Hay, pues, relación entre los artículos 430, 431 y 432; pero no se confunden, porque la posesión natural comprende toda otra posesión; la posesión civil no comprende la que se ejerce en nombre de otro y la que se ejerce en con-

(5) MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil*, tomos VIII-IX, 3.ª edición, pág. 331

(6) SCAEVOLA, *ob. cit.* en la nota anterior, págs. 287 y 288.

(7) MANRESA. *Código civil*, tomo IV, 6.ª edición, págs. 94 y 95.

cepto distinto al del dueño, pudiendo también ejercerse ésta en nombre propio, y la posesión civil está caracterizada no por tener la cosa o el derecho por sí mismo o por otra persona, en nombre propio o ajeno, ni por tenerla en concepto de dueño, sino por la intención de haber las cosas o derechos como suyos. El ladrón tiene esta intención casi siempre; pero si es conocido el vicio de la adquisición no poseerá en concepto de dueño. La Ley sólo puede juzgar por lo que sea conocido y visible» (8).

Esta distinción que hace MANRESA entre posesión civil y en concepto de dueño influye, al parecer, en BONET RAMÓN, que dice lo siguiente al comentar el artículo 432: «La posesión en concepto de dueño presupone la civil, pero no se identifica con ella, ya que además de ese estado especial de ánimo del poseedor exige la creencia general en ese sentido formada en vista de las circunstancias que preceden y acompañan a cada posesión» (9).

c) DE BUEN también diferencia la posesión en concepto de dueño y la posesión civil expresándose así: «Se trata de contraposiciones diferentes. Así, el usufructuario y el arrendatario son poseedores civiles de su respectivo derecho de usufructo o arrendamiento y, no obstante, no poseen como dueños de la cosa, sino como tenedores de ella para conservarla o disfrutarla, perteneciendo el dominio a otra persona» (10).

Ahora bien: la tesis de DE BUEN depende de la cuestión, puramente terminológica, acerca del sentido de las palabras «dueño» y «titular». Si se admite un concepto amplio de la palabra «dueño» equiparándola a «titular», que es lo más acertado desde el punto de vista del Código civil, ya no se ve esa diferencia entre posesión civil y posesión en concepto de dueño, que señala DE BUEN.

¿Qué sugiere esta jurisprudencia en relación con las opiniones de estos autores, que desde diferentes perspectivas distinguen los dos conceptos de posesión? Que resulta artificiosa la diferenciación de ambos tipos de posesión, a pesar de existir dos artículos distintos, con términos también distintos, en el Código civil. Si se acepta esta jurisprudencia, se descartará la tesis de MUCIUS SCAEVOLA, pues no habrá ningún inconveniente en definir la posesión en concepto de dueño atendiendo al término «intención» del artículo 430; eso sí, debidamente «objetivado» para no caer en un subjetivismo inadmisibles, y se excluirá la referencia a la creencia o convicción del propio poseedor, como hace dicho autor relacionando la posesión en concepto de dueño con la buena fe, a pesar de ser conceptos distintos. También quedará descartada la interpretación de MANRESA, no debiéndose distinguir la «intención» de la posesión civil y el «concepto» de la posesión como dueño, pues ésta se reconduce a aquélla, quedando excluida esa extraña idea de la «creencia general» de los demás sobre el concepto del poseedor. En cuanto a la opinión de DE BUEN, ya hemos dicho que queda encuadrada en un tema meramente terminológico, pero aun así se oponen a ella esta sentencia y sus concordantes, al destacar la equiparación de ambos conceptos de posesión.

B) Otros autores no ven ninguna diferencia entre posesión civil y posesión en concepto de dueño. Baste citar, como opiniones más recientes, las de estos autores:

a) ANTONIO M. MORALES MORENO estudia con detenimiento la cuestión a través de los antecedentes históricos remotos e inmediatos del Código civil, de los cuales deduce la equiparación entre ambos conceptos de posesión. «Parece fuera de duda—señala—que la posesión civil está proyectada hacia la usucapción. Es la que se adquiere y se disfruta en con-

(8) MANRESA, *ob cit* en la nota anterior, pág. 69.

(9) BONET RAMÓN, *Código civil comentado*, 2.ª edición, pág. 387.

(10) DE BUEN: *Derecho civil común*, 3.ª edición, tomo I, pág. 230, citado por CASTÁN (tomo II, volumen I, pág. 473, nota 2, 10.ª edición).

cepto de dueño (arts. 447 y 1.941 del Código civil).» A continuación confirma esta equiparación examinando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que «ha sabido destacar—dice—la conexión que existe entre posesión civil y posesión en concepto de dueño» (11).

b) ALBALADEJO es también tajante: «La bipartición recogida en el artículo 432, que cabe calificar de posesión en concepto de titular y posesión en concepto de no titular, es la misma que en el artículo 430 se designa como posesión natural y posesión civil, definiendo aquélla como «la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona», y ésta, como «esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa a derecho como suyos». «Por mucho que se pretenda lo contrario (como hacen algunos autores), ambos artículos expresan la misma idea» (12). Y más adelante precisa lo siguiente: «Cuándo haya o cuándo no posesión en concepto de dueño es cuestión de hecho que puede fijarse por el comportamiento exterior del poseedor (por ejemplo: disponer de la cosa como suya gastando sus frutos, prestándola, introduciéndole modificaciones, ofreciéndole en venta a terceros, etc.), pero que normalmente se precisará según el concepto en que recibió la posesión (como comprador, como donatario, y no como arrendatario o como depositario, etc.), ya que mientras que no se cambie, en los términos que ya sabemos, se sigue poseyendo en aquel concepto (arts. 436 y 1.951, que remiten a él)» (13).

Esta segunda dirección doctrinal, equiparadora de ambos conceptos de posesión, queda confirmada por la jurisprudencia señalada. Nosotros también aceptamos dicha interpretación atendiendo fundamentalmente a los antecedentes históricos del Código; pero nos preguntamos: ¿Por qué dos artículos, el 430 y el 432, del mismo contenido? ¿No es esto un contrasentido? En nuestra opinión, la dualidad de preceptos se justifica por la distinta finalidad de uno y otro: el artículo 430 es el primero en materia de posesión y tiene por objeto, al igual que los primeros artículos de otras instituciones (arts. 348, 392, 467, 530, etc.), dar un concepto previo de carácter general, sin perjuicio de añadir después en otros artículos las matizaciones necesarias. El Código, en materia de posesión, ante las dificultades conceptuales existentes, ha preferido dar un concepto dualista, o sea, por yuxtaposición, distinguiendo la posesión natural (*quaestio facti*) y la posesión civil *quaestio iuris*, lo que, en definitiva, supone seguir una vía media. No se trata de una clasificación de la posesión, sino de una definición con criterio acumulativo. En cambio, el artículo 432 pretende distinguir dos conceptos específicos de posesión que tienen regulación diferente en el resto del articulado (arts. 447, 448, 1.951). Pero nada se opone a que la definición de los conceptos expresados en el artículo 432 se reconduzca hacia el ámbito del artículo 430, que es el precepto introductorio o general a tener en cuenta en toda la normativa de la posesión.

2. *Inscripción registral y posesión en concepto de dueño.*—La especialidad del caso de la sentencia que estamos comentando respecto de los supuestos de las anteriormente citadas radica en que la situación del que se decía poseedor en concepto de dueño venía reforzada por la inscripción de dominio a su favor.

Esto plantea el problema de la relación entre inscripción registral y posesión en concepto de dueño, en el que la presente sentencia no llega a profundizar.

Para esta sentencia la inscripción, al parecer, no dice nada acerca de la posesión en concepto de dueño. Da la sensación como si se tratara de un presupuesto de aplicación del artículo 35 de la Ley Hipotecaria que habría de obtenerse de la realidad extrarregistral, de modo que sólo

(11) MORALES MORENO: *Posesión y usucapción*, Madrid, 1972, págs. 83 a 89

(12) ALBALADEJO *Derecho Civil*, III, vol. 1º, 1974, pág. 49

(13) ALBALADEJO, *ob. cit.* en la nota anterior, pág. 141

cuando existiese tal posesión fuera del Registro podría aplicarse el citado artículo 35. Al menos, es lo que deducimos del siguiente texto: «Sin que a ello afecte la inscripción registral que hoy se mantiene, pues si bien, conforme al artículo 35 de la Ley Hipotecaria, a los efectos de la prescripción adquisitiva será justo título la inscripción y se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica e ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa, esta posesión, a que dicho artículo se está refiriendo, no es otra que la posesión *ad usucapionem*, esto es, en concepto de dueño, requisito que no concurre en los favorecidos por la inscripción registral, como ha quedado expresado.»

Esta postura, más o menos explícita en la frase que acabamos de señalar, contrasta con la de la generalidad de los autores, que desde distintas concepciones del Derecho Hipotecario vienen todos a dar un gran valor a la inscripción registral en relación con la posesión en concepto de dueño.

Creemos conveniente ilustrar el aparente silencio del artículo 35 sobre la posesión en concepto de dueño exponiendo las diferentes opiniones doctrinales:

a) SANZ FERNÁNDEZ, autor que apenas concede valor a la presunción posesoria del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y a la presunción de «justo título» del artículo 35, a la que considera como simple presunción *iuris tantum*, valora, en cambio, sorprendentemente la inscripción registral respecto al concepto de dueño que ha de reunir la posesión *ad usucapionem*. De una forma breve, pero concisa, dice lo siguiente: «Las cualidades que ha de revestir la posesión para ser apta para la usucapión, según el artículo 1.941—en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida—, se presumen también, excepto la primera (o sea, en concepto de dueño), por derivarse directamente del hecho de la inscripción y guardar más relación con el título» (14). No resulta fácil medir con exactitud el alcance de estas ideas (15), pero lo indudable es que expresan el valor que debe tener la inscripción respecto a la posesión en concepto de dueño y que ésta no queda fuera del artículo 35.

b) ROCA SASTRE, aunque sea en nota a pie de página, advierte también el silencio del artículo 35 y lo aclara diciendo: «El artículo 35 de la Ley no alude a que la posesión sea 'en concepto de dueño', pero esta circunstancia ya se presupone y, naturalmente, resultará del Registro mismo, pues no cabe duda que la inscripción deberá ser en dominio o equivalente a él o de derecho real susceptible de señorío de hecho» (16). En esta conexión que señala Roca entre la inscripción de la titularidad y la posesión en concepto de dueño, nosotros vemos una consecuencia de la tesis que dicho autor mantiene a propósito de la presunción posesoria del artículo 38, que «implica—dice—la presunción de que (el titular registral) es un *propietario-poseedor* o un titular del dominio o derecho *completo* en el sentido de hallarse en su ejercicio, si bien a los solos fines legítimos, esto es, al único objeto de que *sea tratado como propietario-poseedor*, en tanto no se demuestre oportuna e idóneamente que el Registro es *inexacto* respecto de la existencia y titularidad del dominio o derecho real inscrito de cuya posesión se trate» (17). Parece, pues, que si pasan

(14) SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, pág. 533, año 1947.

(15) Por un lado, vemos que SANZ dice que «guarda más relación con el título», pero de otro lado indica que «deriva directamente de la inscripción». Creemos que, para no incurrir en contradicción, hay que interpretar del modo siguiente la tesis de SANZ: «no hace falta que la ley presuma la posesión en concepto de dueño, ya que deriva directamente tal concepto de la inscripción, pues ésta recoge el título del que se desprende que la posesión es en concepto de dueño». Claro que, desde esta perspectiva, tiene más valor el título que la inscripción en esta materia.

(16) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 6.ª edición, tomo II, pág. 15.

(17) ROCA SASTRE, *ob. cit.* en nota anterior, tomo I, pág. 404.

más de treinta años desde la fecha de la inscripción sin haberse demostrado que el Registro era inexacto, la posesión presumida habrá desplegado todos sus efectos en materia de usucapión. Si se obtiene esta consecuencia de la tesis de ROCA, resultará que es la opinión que más valor da a la inscripción registral en materia de posesión.

c) LACRUZ-SANCHO, aunque no se ocupan directamente de la posesión en concepto de dueño, parten de la base de que el artículo 38 se refiere a una presunción de «posesión civil, en el sentido que los artículos 430 y siguientes del Código civil dan a esta palabra, con sus limitaciones y sus posibilidades de protección. Es posesión *ad interdicta* y—salvo en la toma de razón de contratos de arrendamientos—*ad usucapionem* y tiene la medida que le marca el título inscrito» (18). Y aunque admiten la prueba en contrario recalcan también el valor de la presunción registral, al poner de relieve las dificultades de tal prueba en contrario: «La prueba de la no posesión del titular—indican—puede llegar a ofrecer dificultades, porque lo que se trata de demostrar no es el mero hecho de la tenencia material de otro—lo cual sólo probaría que el detentador era un poseedor inmediato o que había despojado al titular inscrito—, sino la posesión jurídica plena o mediata de este otro adquirida por título originario o derivativo o, al menos, la no posesión (mediata o inmediata) por parte del titular, aun no demostrándose la posesión de otro, durante ese tiempo. De lo contrario, la presunción opera en beneficio del titular declarando que ha poseído el inmueble todo el tiempo que manifiesta la inscripción» (19).

d) ANTONIO M. MORALES, aunque de pasada, dado que su objeto de estudio es el problema del justo título en el artículo 35, dice lo siguiente al relacionar la inscripción con el *concepto* en que se posee: «En la usucapión ordinaria debe existir armonía entre el derecho al que se refiere el título (justo título) y el concepto en que se posee. Caso de discordancia entre el contenido del verdadero título y el de la inscripción surge la cuestión de si el 'concepto' posesorio debe entenderse configura por el Registro o por el título sustantivo...» «La contestación—continúa diciendo—ha de inclinarse hacia el título que verosíblemente haya podido influir en la intencionalidad del poseedor, no en el plano concreto de cada poseedor, pues ello obligaría a salir del módulo presuntivo en que discurre el artículo 35 y a entrar en la prueba de cada situación particular, sino en el plano de los datos generales con que juega esta norma. En el terreno de la presunción posesoria que ella establece parece obvio que será a la inscripción, en cuanto justo título, a la que ha de atribuirse el papel de configurar la posesión presumida» (20).

No se negará que estas palabras entrañan una tendencia a vigorizar la posesión en concepto de dueño a través de la inscripción registral.

e) ALBALADEJO afirma que «la inscripción establece mientras dura la presunción de que el titular posee el derecho inscrito en concepto de pertenecerle», explicando en una nota que «aunque esto no lo dice expresamente el artículo 35 de la Ley Hipotecaria se desprende de que tiene inscrito el derecho a su favor, de modo que, a tenor del artículo 38, se presume que lo posee como suyo» (21).

Todas estas opiniones son bien expresivas en cuanto al valor de la inscripción respecto a la posesión en concepto de dueño. En cambio, la presente sentencia, con todos los respetos, nos parece insípida. No pretendemos criticar el resultado concreto a que llega, contrario a la presunción registral, pues, al fin y al cabo, la posesión en concepto de dueño es cuestión de hecho en la legislación vigente. Lo que criticamos es la penuria

(18) LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral*, 1967, pág. 184.

(19) LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.* en nota anterior, pág. 183, nota 2.

(20) ANTONIO M. MORALES: «La inscripción y el justo título de usucapión», *Anuario de Derecho Civil*, tomo IV de 1971, pág. 1133.

(21) ALBALADEJO, *ob. cit.* en la nota 12, pág. 163.

de la argumentación utilizada y entendemos que las frases antes señaladas no pueden servir de pauta en el futuro, como si la inscripción no dijera nada acerca de la posesión en concepto de dueño.

Planteándonos la cuestión en términos generales, fuera ya del caso concreto debatido, entendemos que la Ley Hipotecaria y la inscripción tienen mucho que decir sobre la posesión en concepto de dueño. En el artículo 38 está lo que no aparece de forma visible en el artículo 35: la presunción de posesión en concepto de dueño.

Efectivamente, si se presume que el titular registral tiene la posesión, como dicho artículo 38 no distingue, ha de comprenderse en esa presunción la posesión civil del artículo 430 del Código civil, es decir, empleando la expresión del artículo 432, la posesión en concepto de dueño. ¿Se refiere también a la posesión natural? No nos interesa ahora contestar a esta pregunta. Solamente que al no distinguir el citado artículo 38 la presunción, se refiere también la posesión civil, se comprenda o no, además, la posesión natural. Adelantamos, no obstante, que no es fácil que la Ley Hipotecaria haya querido referirse a la posesión natural, pues no existe el enlace lógico adecuado para establecer la presunción de tal posesión, ya que de la *quaestio iuris* que resulta de la inscripción no se ve por qué se va a deducir la *quaestio facti* que representa la posesión natural. En cambio, la presunción de posesión civil derivada de la inscripción es más consecuente en este aspecto dado el carácter «jurídico» de dicha posesión.

Por tanto, no importa que el artículo 35 no diga nada de la posesión en concepto de dueño, pues la presunción de la misma resulta del artículo 38, del que el citado artículo 35 es una consecuencia.

J. M. G. G.

(22) Hay que reconocer que en el presente caso el titular registral y sus antecesores habían seguido pagando unos recibos por el usufructo de terrenos, lo que era una prueba importante de su condición de usufructuarios, en contra de la inscripción. A pesar de todo la solución es discutible, pues el recibo que se venía pagando no era solamente por el usufructo, sino también por concesiones de aguas. Además, frente a ese hecho existen otros claros síntomas contrarios al usufructo: la primitiva solicitud de inscripción de dominio a través del procedimiento seguido ante el Delegado de Hacienda (aunque el acuerdo fuera nulo, pues no hay que confundir «nulidad del título» con «concepto de dueño»), las repetidas transmisiones de la finca y sucesivas inscripciones de dominio, y, en fin, la pasividad del perceptor de los cánones de usufructo y concesiones, dejando subsistente la inscripción contraria durante más de sesenta años.

II. DERECHOS REALES

PRESUNCION DE TRADICION INSTRUMENTAL: NO PUEDE DESVIRTUARSE POR PRUEBAS EXTRINSECAS A LA ESCRITURA NO SIMULTANEAS NI CONCLUYENTES. LA PRESUNCION POSESORIA DEL ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA A FAVOR DEL «ACCIPIENS» REFUERZA LA TRADICION INSTRUMENTAL. AL EXISTIR ESTA, LA ACCION DEL ADQUIRENTE ES REIVINDICATORIA Y NO PERSONAL DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO. IDENTIFICACION DEL CUERPO CIERTO POR DOS LINDEROS FIJOS (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1974).

Hechos.—La Empresa Mercantil «Plaza de Toros de León, S. A.», interpone demanda contra el Ayuntamiento de León exponiendo en síntesis: Que por escritura otorgada el 17 de diciembre de 1945, en ejecución de expediente de subasta, compró a dicho Ayuntamiento una parcela que éste segregó de otra de mayor cabida llamada «los terrenos y árboles del Parque de la Corredera». Por dicha escritura se operó la tradición instrumental precisándose detalladamente los linderos, de modo que aunque la superficie escriturada era de 10.242 metros cuadrados, la realmente existente dentro de tales linderos era de 13.662 metros. La adquisición se realizó con el compromiso de construir una Plaza de Toros, que se llevó a efecto por la entidad compradora, ocupando las edificaciones la superficie de 8.444 metros, quedando, por tanto, sin construir un resto de 5.217 metros, que el Ayuntamiento posee y no deja disfrutar a la actora. Suplicaba se dictase sentencia en la que estimando las acciones ejercitadas en la demanda se declarara el derecho de dominio de la parte actora sobre la totalidad de la parcela segregada, tanto en la parte edificada como en la que quedó sin edificar, condenando a la parte demandada a reintegrar a aquélla las parcelas de terreno circundantes al coso taurino comprendidas dentro del perímetro de la finca segregada y con una extensión de 5.217 metros cuadrados.

El Ayuntamiento demandado contesta a la demanda oponiéndose por entender que a pesar de la tradición instrumental, la tradición real sólo se había producido respecto a los 8.444 metros cuadrados edificados, no en cuanto al resto de 5.217 metros, pues la entidad demandante nunca había poseído más superficie que la que ocupaba la Plaza de Toros construida, oponiendo la excepción de prescripción de la acción interpuesta, que estimaba de carácter personal al faltar en el actor la tradición.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de León estimó en lo fundamental la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid.

El Ayuntamiento interpone recurso de casación por violación de los artículos referentes a la interpretación de los contratos, pues la escritura de compraventa sólo podía referirse a una *traditio ficta* de 8.444 metros cuadrados, según se desprendía de los antecedentes del expediente de

subasta y de la ocupación material de terreno realizada por la entidad adquirente; por violación igualmente del párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, pues al haberse postulado en la demanda una declaración de propiedad sobre una finca de mayor extensión que la que figuraba como segregada en el Registro, con merma de la que a su vez figuraba en la inscripción de la finca matriz, forzosamente tenía que haberse interesado la cancelación o modificación de lo pertinente en dichas inscripciones, y, además, partiendo de que la acción ejercitada no podía ser la reivindicatoria, al faltar el requisito de la tradición, sino simplemente una acción dirigida a compeler al Ayuntamiento al cumplimiento de la obligación de entrega derivada del contrato, había prescrito por ser de naturaleza personal y haber transcurrido más de quince años desde la fecha de la escritura de compraventa.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso, destacando los «considerandos» tercero y cuarto:

«Considerando que tal como quedan configurados los hechos por la instancia, no cabe duda de que la acción ejercitada por la parte actora es la reivindicatoria del artículo 348 del Código civil, como afirma la sentencia recurrida y el recurso combate en su motivo cuarto, ya que se dan en el caso todos los requisitos que la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 25 de abril de 1949, 3 de febrero de 1967 y 3 de mayo de 1968, entre otras muchas), interpretando el precepto mencionado, exige: primero, título del reivindicante, en este caso, la escritura de 17 de diciembre de 1945, y posesión instrumental transmitida, sin nada que la contradiga, en virtud de ella y de lo dispuesto en el artículo 1.462 del Código civil; segundo, identidad sobre el terreno de la parcela reivindicada: cuestión de hecho afirmada por la instancia y no combatida en el recurso por el cauce legal, y tercero, perturbación posesoria perpetrada por la parte demandada, no sólo afirmada por la instancia como hecho, sino confesada por la propia parte, empeñada en legalizarla por prescripción, todo lo cual acarrea la desestimación de los motivos tratados, pues siendo la acción ejercitada la reivindicatoria no sólo decae el motivo cuarto, sino también el tercero, porque los plazos de prescripción aplicables, al tratarse de acción real sobre bienes inmuebles, serán los fijados en el artículo 1.963, que aún no han transcurrido desde el otorgamiento de la escritura de venta.»

«Considerando que en el motivo primero, por el mismo cauce que los anteriormente aludidos e invocando la violación de los artículos 1.281 y 1.283 del Código civil, en relación con los 1.224, 1.279 y 1.450 del mismo Código, y del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y en el motivo segundo, donde por el mismo cauce se invoca la interpretación errónea de los artículos 1.462, párrafo segundo, y 1.471, se plantea a la casación el problema de la improcedencia de la reivindicación de una mayor extensión, por comprendida en los linderos consignados en la escritura de venta, descontado lo edificado, en relación con la cabida de 10.242 metros cuadrados expresada como área total de lo enajenado en la misma escritura, con lo cual parece, aunque no se dice expresamente, que se allana la parte recurrente a la reivindicación de la diferencia entre dicha cabida consignada en la escritura y el área de lo edificado; *pero en todo caso, ante el legítimo rescate de la totalidad del 'cuerpo cierto'*, procede la desestimación de ambos motivos: el primero de ellos, que es de interpretación, por la reiterada doctrina de esta Sala de que debe prevalecer la interpretación de la instancia, siempre que no sea desproporcionada, lo que no ocurre en este caso, en el cual, al detallarse en la escritura de venta límites, longitudes y ángulos de intersección con especificación de sus radios, el 'cuerpo cierto' queda perfectamente delimitado, a los efectos del artículo 1.471, con que sólo dos de los linderos permanezcan fijos, y en cuanto al segundo

motivo, porque si bien la *traditio ficta*, a que se refiere el primero de los artículos del Código civil que se dicen erróneamente interpretados, admite prueba en contrario, tanto la Ley como la jurisprudencia han puesto valladares a la posibilidad de impugnar la presunción que encierra: la primera al decir el propio artículo 'si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario' y por la sentencia de este Tribunal de 9 de enero de 1941, secundada por la de 25 de abril de 1949, entre otras, al exigir que no sea el propio vendedor quien la impugne, de no mediar sin perjuicio de tercero *pacto expreso* y válido simultáneo a la escritura de compraventa, en que el vendedor se reserve la posesión del todo o de parte de lo vendido: hipótesis muy similar a la prevista por la Ley, ninguna de cuyas circunstancias se dan en el presente caso, en que el comprador, además, está amparado en su posesión por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, ya que inscribió a su nombre la finca adquirida en el Registro de la Propiedad.»

COMENTARIO.—En la presente sentencia, aparte de otros temas interesantes que hemos indicado más arriba en el resumen de materias de la misma (1), se plantea el problema de si cabe desvirtuar la presunción de tradición instrumental del párrafo segundo del artículo 1.462 del Código por medio de ciertas pruebas extrínsecas a la escritura.

Se observará, desde luego, que la letra del citado precepto es terminante en el sentido de excluir las pruebas extrínsecas, ya que después de decir que «cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato», añade la siguiente frase decisiva: «si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario».

No obstante, cierto sector de la doctrina y de la jurisprudencia viene admitiendo el valor de varios medios de prueba extrínsecos a la escritura, que estudiaremos distinguiendo dos clases para dejar mejor situadas las declaraciones de esta sentencia en uno y otro aspecto: 1.º) La posesión contraria a la presunción de tradición instrumental. 2.º) El documento privado simultáneo a la escritura, como vehículo formal para acreditar la prueba en contrario de la tradición instrumental.

1) *La prueba extrínseca consistente en la posesión contraria a la tradición instrumental.*—Un detenido análisis de la jurisprudencia revela que procede a su vez, en este punto, distinguir dos grupos de problemas, dado

(1) Destaca especialmente la identificación del cuerpo cierto objeto de venta, a que se refiere el artículo 1.471 del Código, por medio de dos linderos fijos, en lugar de atender a la superficie escriturada. El tema tiene interés sobre todo teniendo en cuenta que se trataba de finca segregada, en que normalmente la identificación por la superficie es decisiva, pero la fuerza identificadora de los linderos se confirma aún en este caso de segregación; claro que es por la precisa determinación de dos de ellos, con indicación de longitudes y ángulos de intersección. También destaca en la sentencia la confirmación de la doctrina sobre los requisitos de la acción reivindicatoria. Queda fuera de comentario por el momento el problema de la relación entre el artículo 1.282 del Código civil, relativo a los medios extrínsecos de prueba en la interpretación del contrato o «título», y el párrafo 2.º del artículo 1.462, rígido en cuanto a la admisión de tales medios extrínsecos para la interpretación del «modo» o tradición (instrumental). Queda igualmente fuera de comentario el problema que plantea el recurrente a propósito del párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria sobre la necesidad de rectificar las medidas superficiales que figuran en el Registro cuando se ejercita una acción contradictoria de tales medidas; baste decir que resulta extraño que la sentencia haya hecho caso omiso de esta alegación, silenciándola; otra cosa es que carezca de fundamento, no porque el párrafo segundo del artículo 38 no se refiera también a los datos físicos identificadores, sino porque la contradicción entre el contenido de la acción ejercitada y la inscripción no existía al ser aquella conforme con la prevalente descripción resultante de los linderos, por ser muy precisa y detallada. A lo sumo, existiría contradicción entre dos datos descriptivos de la inscripción, los linderos y la superficie, que habría que resolver interpretando adecuadamente la inscripción (para lo cual sirve de ayuda el art. 1.471 del Código civil). Una vez obtenido el resultado de esa interpretación de datos contrarios (interpretación sistemática de la inscripción) se podrá saber si el contenido esencial de la misma es o no contradictorio con la acción ejercitada. Téngase en cuenta que el párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria se refiere a la contradicción entre el Registro y la acción ejercitada, no a la contradicción entre dos datos de la inscripción, de los cuales el prevalente (linderos, en este caso) no es contradictorio con la pretensión deducida.

que la valoración que el Tribunal Supremo ha hecho respecto a la posesión dependía del supuesto planteado:

a) *El problema de la posesión o falta de posesión del «tradens».*— Desde esta perspectiva, la cuestión de la posesión como medio de prueba extrínseco hay que plantearla así: ¿Se puede desvirtuar la tradición instrumental del párrafo segundo del artículo 1.462 del Código civil probando que el *tradens* no poseía la finca vendida?

La jurisprudencia permite desvirtuar por ese medio la tradición instrumental admitiendo así la prueba extrínseca a la escritura pública. En este sentido hay que citar las sentencias de 12 de abril de 1890, 25 de mayo de 1906 y otras muchas en que se resuelve acerca de si el comprador puede ejercitar la acción de desahucio (2).

La mayor parte de la doctrina confirma esta tendencia jurisprudencial (CASTÁN (3), ROCA SASTRE (4), MORALES MORENO (5), HERMIDA LINARES (6)). Otros autores se han opuesto a la misma, como, por ejemplo, LACRUZ (7) y ALBALADEJO (8). Claro que cuando entra en juego la inscripción se ha llegado a cierta aproximación, partiendo de que ante un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria huelga alegar la falta de posesión del *tradens* (9).

Sea de todo ello lo que fuere, la presente sentencia no se ocupa de este importante problema, por lo que pasamos al segundo.

b) *El problema de la posesión o falta de posesión del «accipiens».*— En este otro aspecto, la cuestión de la posesión como medio de prueba extrínseco contrario a la tradición instrumental habría que plantearlo así: ¿Se puede desvirtuar la tradición instrumental del párrafo segundo del artículo 1.462 del Código civil probando que el *accipiens* no llegó a poseer efectivamente la finca o una parte de ella, a pesar de que el *tradens* la poseía y precisamente porque el *tradens* la seguía poseyendo?

A esta otra pregunta la jurisprudencia contesta negativamente: el *tradens* no puede alegar que el *accipiens* no llegó nunca a poseer efectivamente (prueba extrínseca) si no es a través de la prueba intrínseca que

(2) PUIG BRUTAU, haciendo la importante advertencia de que hay que distinguir la *actio desahucii* de cada sentencia y el *obiter dictum*, señala las siguientes acerca de la legitimación en el ejercicio de la acción de desahucio: sentencias de 10 de noviembre de 1903, 21 de marzo de 1916, 9 de diciembre de 1922, 2 de mayo de 1923, 7 de julio de 1927, 22 de marzo de 1930, 25 de abril del mismo año, y, además, las de 30 de marzo de 1903, 22 de noviembre de 1910, 24 de marzo de 1915, 1.º de julio de 1926, 19 de mayo de 1932, 24 de mayo de 1941, 10 de diciembre de 1945 y 12 de noviembre de 1947 (*Derecho Civil*, tomo III, vol I, 1971, pág. 354). Téngase en cuenta también la interesante opinión de ALBALADEJO, que mantiene que todas esas sentencias sobre la acción de desahucio «no constituyen, hablando en sentido riguroso, jurisprudencia en el tema de la tradición instrumental» (*Derecho Civil*, tomo III, vol I, 1974, pág. 121, notar 21 ter).

(3) CASTÁN, recogiendo la jurisprudencia sobre el problema, *Derecho Civil*, tomo II, vol I, 1964, págs. 238 y 239.

(4) ROCA SASTRE *Derecho Hipotecario*, 6.ª edición, tomo I, págs. 256 y ss.

(5) MORALES MORENO, al rebatir las opiniones de LACRUZ y ALBALADEJO, *Poseción y usucapción*, 1972, págs. 263 y ss.

(6) HERMIDA LINARES, al criticar la posición de LACRUZ, dice lo siguiente «El párrafo 1.º del artículo 1.462 dice que se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador. Y el párrafo 2.º añade que cuando la venta se haga mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa, es decir, que el otorgamiento de la escritura pública equivale a poner la cosa en poder y posesión del comprador. Y de ahí deduce el Tribunal Supremo, muy acertadamente, que si el vendedor no tiene la posesión no puede entregarla.» (*Problemas fundamentales de Derecho Inmobiliario Registral*, 1973, en el que recoge anteriores trabajos del autor, pág. 172.).

(7) LACRUZ BERDEJO, en *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, 1957, págs. 160 y ss. Insiste, de pasada, en LACRUZ-SANCHO. *Derecho Inmobiliario Registral*, 1968, pág. 144.

(8) ALBALADEJO, *ob. cit.* en nota 2, pág. 127.

(9) ROCA SASTRE y HERMIDA LINARES, aunque mantienen tendencias dispares en lo relativo a si la tradición es o no requisito previo a la inscripción, vienen a coincidir en cuanto a los efectos de la falta de tradición respecto al tercero del artículo 34 L. H. (Confróntese ROCA, *ob. cit.* en nota 4, página 258, y HERMIDA, *ob. cit.* en nota 6, pág. 262).

constituye el pacto o deducción de la misma escritura. Así, las sentencias de 31 de marzo de 1951 y 30 de septiembre de 1964.

¿Y si el que alega la falta de posesión es un tercero extraño al contrato? Parece que siguiendo la misma lógica, la alegación tendría que referirse a la falta de posesión previamente en el *tradens*, en lugar de pretender alegar la falta de posesión del *accipiens*.

Aunque la doctrina no suele distinguir claramente estos dos aspectos de la jurisprudencia, según se trate del *tradens* o del *accipiens*, creemos que hay que separar ambas cuestiones, pudiendo encontrarse el fundamento de la distinción en el número segundo del artículo 460 del Código civil (10): si el *tradens* poseía al otorgar la escritura y no hizo ninguna reserva o salvedad en la misma, aunque continúe en la posesión efectiva, pierde la posesión mediata en beneficio del *accipiens*; en cambio, si se demuestra que el *tradens* no poseía en aquel momento, mal pudo transmitir la posesión al *accipiens*.

Tratando de encuadrar la presente sentencia de 18 de abril de 1974 decíamos que no se ocupa del problema a) (falta de posesión del *tradens*), sino que lo hace del problema b) (la cuestión de la posesión del *accipiens*), pues es el propio *tradens* el que recurre contra el *accipiens*. En el escrito de contestación y en el recurso, el *tradens* señala, frente a la presunción de tradición instrumental del párrafo segundo del artículo 1.462, que el *accipiens* no tuvo nunca la posesión real y efectiva de la totalidad del terreno escriturado, ya que sólo ocupó 8.444 metros cuadrados, construyendo en ellos la Plaza de Toros, por lo que la superficie restante continuó en propiedad del *tradens*. Por ello—concluye—al reclamar el *accipiens* esa diferencia de superficie no puede justificar el dominio ni intentar con éxito la acción reivindicatoria, tratándose a lo sumo de una acción personal dirigida a que se cumpla el contrato y se efectúe la entrega, acción que dada su naturaleza personal habría prescrito.

El Tribunal Supremo en la presente sentencia hace caso omiso de la falta de posesión real y efectiva del *accipiens*, preocupándole sólo la existencia de lo que llama «posesión instrumental». En este punto su doctrina se resume así: en el «considerando» tercero (que antes hemos recogido) dice que en este caso el *accipiens* tenía título para la acción reivindicatoria, como era la escritura y posesión instrumental transmitida, sin nada que la contradiga; más adelante se aferra acertadamente a la literalidad del párrafo segundo del artículo 1.462 y a las restricciones y valedades que hay que poner a las pruebas contrarias a la presunción que dicho precepto encierra, aludiendo a la jurisprudencia relativa a que no ha de ser el propio vendedor quien la impugne, y termina diciendo en el «considerando» cuarto algo muy interesante en relación con la inscripción del *accipiens*: que está amparado en la posesión por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, ya que inscribió a su nombre la finca. Obsérvese que no se trata aquí de la previa inscripción del *tradens* ni de la confianza del *accipiens* en dicha inscripción (como se plantea en otros supuestos), sino que se trata de la fuerza que la inscripción del propio *accipiens* tiene frente al *tradens*, vigorizándose por ese mecanismo registral la presunción de tradición instrumental y debilitándose la prueba extrínseca en contrario. Con ello queda patente que el Registro de la Propiedad tiene también importancia en la resolución de los problemas que surgen *inter partes*, a propósito de la tradición instrumental, y no sólo respecto a terceros del artículo 34.

Con la doctrina mantenida por esta sentencia interpretando restrictivamente el párrafo segundo del artículo 1.462 del Código civil en cuanto

(10) A ese precepto alude la sentencia de 31 de octubre de 1951. Recuérdese que el artículo 460 dice que «el poseedor puede perder su posesión: 2.º Por cesión hecha a otro, a título oneroso o gratuito».

a las pruebas contrarias a la presunción del mismo, se confirma la tendencia jurisprudencial del apartado *b*), anteriormente indicado. Especialmente su parecido es evidente con la sentencia de 31 de octubre de 1951, en la que el Tribunal Supremo tampoco aceptó la alegación de que el *accipiens* no había tomado posesión efectiva de toda la finca, basada en que el *tradens* recurrente había continuado en la posesión real de una parte de ella. En el «considerando» segundo de esa sentencia se lee lo siguiente: «Es lo cierto que ni de la escritura ni de ningún otro elemento de juicio resultaría destruida ni enervada la presunción legal de que por la tradición simbólica, derivada del otorgamiento de escritura pública, se entiende efectuada la entrega de la cosa vendida, ni se está tampoco en presencia de supuestos como los contemplados por múltiples sentencias de esta Sala en que la posesión *facta* cede ante el hecho de estar poseyendo lo vendido un tercero y no el vendedor, pues si es éste quien posee, la presunción se mantiene viva en los términos del artículo 1.462, en concordancia con el número 2.º del artículo 460 del Código civil, vigorizados en cuanto al dominio inscrito por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria» (se refiere a la de 1909) (11).

2) *El documento privado simultáneo a la escritura como vehículo formal para la prueba contraria a la tradición instrumental.*—Es fundamental en este punto comentar la aislada sentencia de 25 de abril de 1949, con objeto de poder valorar adecuadamente las declaraciones de la presente sentencia acerca de aquella decisión.

En el caso de la sentencia de 25 de abril de 1949 (12), el marqués de Lendínez había vendido la «hacienda» del mismo nombre a la marquesa de Acapulco, otorgándose la correspondiente escritura pública, en la que por no haber consentido el acreedor hipotecario la desmembración de la «hacienda», no se excluyeron de la venta cuatro fincas que el vendedor quería haberse reservado en propiedad. Por ello ambas partes, a pesar de otorgar la escritura pública de venta de la totalidad de la «hacienda» sin reserva alguna, acudieron al expediente de firmar un documento privado simultáneo a la escritura (más bien diríamos posterior en algunos instantes, pues en él se presupone la existencia de la compraventa escriturada), por el cual la marquesa de Acapulco volvía a vender al marqués de Lendínez las cuatro fincas en cuestión, estipulándose que en su día se otorgaría la escritura pública de esta segunda transmisión (una vez cancelada la hipoteca que gravaba la totalidad de la «hacienda») y que «el marqués de Lendínez no se interrumpiría en la posesión de tales fincas, en la cual no había llegado a entrar la marquesa de Acapulco más que en la forma simbólica del otorgamiento de la escritura pública».

Para valorar debidamente la *ratio decidendi* de esta sentencia hay que tener en cuenta que el problema fundamental que se planteaba era el de si el marqués de Lendínez (vendedor en la escritura y comprador en el documento privado) podía considerarse dueño de esas cuatro fincas después de los dos documentos otorgados, a efectos de poder ejercitar la acción reivindicatoria frente a la marquesa de Acapulco, o si, por el contrario, no era todavía dueño de las fincas en base a que perdió la propiedad por el otorgamiento de la escritura pública, sin haberlas readquirido aún a pesar del documento privado si se estimaba que a éste le faltaba la tradición, con la consecuencia, en tal caso, de que su acción no sería la reivindicatoria, sino una acción personal dirigida a que se cumpliera el contenido del documento privado y la obligación de entrega, acción que por ser de naturaleza personal habría prescrito.

El Tribunal Supremo entendió que se trataba de una acción reivindicatoria, entendiendo que el actor tenía título adecuado, consistiendo éste en

(11) Puede verse esta sentencia en *Aranzadi*, núm. 2 364, pág. 1609, año 1951

(12) *Jurisprudencia Civil*, tomo XXVI, marzo-mayo de 1949, pág. 661, núm. 52, Madrid, 1951.

el segundo documento (el privado), que aunque, en general, no lleva consigo la tradición, tampoco la excluye si se justificaba por otro medio su existencia, como aquí ocurría al no haber cesado nunca el marqués de Lendínez en la posesión de las cuatro fincas. Esta declaración, contenida en el «considerando» tercero, es la fundamental y decisiva de esa sentencia.

Para reforzar esta tesis del «considerando» tercero, el Tribunal Supremo utiliza en el «considerando» cuarto un argumento «a mayor abundamiento» (pues se hace la consideración «además»), que resulta contrario al texto de la ley y a otras declaraciones de la propia sentencia. Dicho «considerando» es del siguiente tenor: «Considerando, además, que la tradición instrumental, que en su párrafo segundo reconoce el artículo 1.462, antes citado, no es sino una presunción, combatible cuando no concuerda con la realidad jurídica, y que habiendo de prevalecer en favor de terceros, si de la escritura no resulta con claridad contrariada, ha de ceder respecto a los contratantes que fuera de aquélla tengan reconocida o concertada su falta de realidad, y esto es lo que acontece en el caso cuestionado, en que al reconocerse en el documento privado de compraventa de 5 de octubre de 1912 que las cuatro fincas que en él se vendían a don Rafael Brufal estaban ya poseídas por el mismo, sin que esta cesión hubiese cesado, por convenirlo así los contratantes, la entrega de ellas, tenidas ya por el comprador, era imposible, innecesaria y contraria a la realidad la tradición '*ficta*' de escritura pública de la misma fecha, de lo que ha de seguirse que asistido aquél del derecho real de dominio, que el recurrente desconoce, no incurrió al estimarlo así la Sala de Instancia en las infracciones que acusa el primero de los motivos del recurso, que ha de ser desestimado.»

Algún autor, centrando en este «considerando» la doctrina de esta sentencia, la comenta favorablemente diciendo: «Esta solución es muy ponderada. Es justamente la vía media para encontrar una armonización entre la exigencia de que conste en la escritura la limitación a su eficacia traditoria (art. 1.462, II) y la necesidad de valorar la voluntad en el terreno contractual por encima de la forma (art. 1.278)» (13).

Nosotros, aun respetando la opinión de este autor, no somos de su misma forma de pensar. Por un lado, ya hemos dicho que esa doctrina se produce «a mayor abundamiento», lo que le resta valor. Por otro lado, está en contradicción con lo que se expresa en el «considerando» quinto, en el que al plantearse el problema del párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria respecto a la inscripción de la primera transmisión, se reconoce que no es aplicable tal precepto y que no hay que cancelar dicha inscripción porque va a servir de base y fundamento a la inscripción de la segunda, expresándose así: «Lejos de impugnarse el derecho de dominio registrado (a favor de la marquesa de Acapulco), se parte de él en la sentencia recurrida para estimar que la titular del mismo y demandada lo transmitió al demandante en virtud de un posterior contrato de compraventa, que requiere una inscripción nueva que siga a la que antecede sin ser contradictoria de ésta.» Si todo esto se relaciona con el «considerando» tercero, en el que se alude a la necesidad de que medie la tradición para que tenga lugar la adquisición del dominio, habrá que concluir que si no hay que anular ni cancelar la inscripción de la primera transmisión será porque reunió todos los requisitos legales. Luego no se explica por qué se monta en el «considerando» cuarto un argumento negando la existencia de tradición en la primera transmisión, cuando lo que se planteaba era la existencia de tradición en la segunda transmisión, que, como se razona en el «considerando» quinto, presupone la plena validez de la primera. Y si a todo eso se añade la contradicción de esa

(13) ANTONIO M. MORALES MORENO, *ob. cit.* en la nota 5, pág. 289

doctrina con la letra terminante del párrafo segundo del artículo 1.462, no habrá más remedio que desconfiar de tal postura.

En nuestra opinión, no había necesidad de negar la tradición instrumental para llegar a la misma solución de la sentencia. Podía haberse seguido una de estas dos vías: o bien mantener la tradición instrumental de la escritura, aunque no se hubiera producido transmisión de posesión efectiva (al estilo de la actual tesis de ALBALADEJO (14)), o bien, si no se quiere llegar a tan progresiva tendencia, admitir la tradición instrumental con cesión al *accipiens* de la posesión mediata, conservando el *tradens* la posesión inmediata, y a continuación (a los pocos instantes diríamos) tradición *brevi manu* a favor de este último, con intervención del concepto en que poseyó durante esos instantes, producida tal intervención por el nuevo título de compraventa privada.

Cualquiera de estas dos soluciones hubiera sido más concorde con el texto legal, con las restantes declaraciones de la sentencia y con el pacto del propio documento privado, en el que se reconoce que la marquesa de Acapulco entró en la posesión de las fincas, aunque sólo fuera a través de la «forma simbólica del otorgamiento de la escritura pública».

Ahora podemos ya valorar lo que la presente sentencia dice de la de 1949 y si eleva o no a doctrina legal la tesis de ese discutible «considerando». A primera vista, la presente sentencia parece como si quisiera confirmar esa tesis, pues cita la sentencia y el supuesto de pacto expreso válido y simultáneo a la escritura diciendo que es una hipótesis similar a la prevista en la Ley. Pero en seguida se comprueba que la cita de la sentencia de 1949 no puede ser más que un *obiter dictum* destinado a dar una sensación de coordinación jurisprudencial, a pesar de producirse soluciones contrarias. Y es que mal puede hablarse de formación de doctrina legal cuando el supuesto y la solución de una y otra sentencia son totalmente distintos. En la presente sentencia de 1974 no se trata de una doble transmisión, como en la de 1949; el recurrente (vendedor) se limita a alegar como prueba contraria a la tradición instrumental la existencia de actos anteriores reflejados en el expediente de subasta y en la propia exposición de la escritura expresivos de que no hubo intención de entregar la totalidad de la finca. El Tribunal Supremo lo que hace ahora, a diferencia de lo resuelto en el año 1949, es mantener los términos de la propia escritura, la literalidad del párrafo segundo del artículo 1.462 y, en definitiva, confirmar la tradición instrumental producida. Nada de esto ocurre en el caso de la sentencia de 1949, por lo que la cita de ésta no puede significar que se apliquen sus ideas, aunque tampoco se pretenda contrariarlas. Ni se sigue ni se rechaza por esta sentencia la tesis del «considerando» cuarto de la de 25 de abril de 1949.

En conclusión, a pesar de dicha sentencia y de ciertas alusiones a ella en la presente, no somos partidarios de admitir como prueba en contrario de la presunción de tradición instrumental de la escritura la resultante de un documento privado simultáneo a ella, sin perjuicio de admitir en estos casos la tradición *brevi manu* subsiguiente a la tradición instrumental, a que antes hemos aludido, y sin perjuicio de llegar a resultado parecido demostrando la simulación del negocio contenido en la escritura pública, pues en tal caso la transmisión devendría ineficaz, pero no por defecto de tradición, sino por defecto del título.

(14) ALBALADEJO, ob. y pág. citadas en la nota 2

PROPIEDAD HORIZONTAL: LA CONSTRUCCION DE UNA ENTREPLANTA EN UN LOCAL APOYADA EN COLUMNAS DEL MISMO Y NO EN EL MURO COMUN NO REQUIERE ACUERDO UNANIME DE LOS COPROPIETARIOS (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1974).

Hechos.—Doña María del Pilar Torres Pérez y doña María Anunciación Jiménez Ruiz formulan demanda contra el Presidente de la Comunidad de Propietarios de la casa número 6 de la calle de San Vicente de Paúl, de Zaragoza, como legal representante de todos ellos, y contra los propietarios del local comercial existente en la planta baja de la casa indicada, suplicando se dicte sentencia por la que se declare dejar sin efecto el acuerdo de la Junta General Extraordinaria de Copropietarios mediante el que se autorizó por mayoría a los demandados a construir una entreplanta en el local de su propiedad, por ser necesario para ello el acuerdo unánime de todos los propietarios de la misma, declarando su nulidad, y como derivada y afecta a tal declaración, se condene a dichos demandados al derribo de la entreplanta a fin de dejar el local comercial en el mismo estado en que se encontraba antes de la obra.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Zaragoza estimó la demanda, pero su sentencia fue revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, que desestimó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte actora, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, declara no haber lugar al recurso, destacando los siguientes «considerandos»:

«Considerando que por expresa manifestación de los actores en el escrito de demanda queda centrada o limitada la presente litis, a determinar si para la construcción por los demandados de lo que se denomina por los actores la planta nueva que hoy figura en el local comercial de los mismos en su ejecución tuvieron que servirse de elementos comunes de la casa y si por ello era o no necesario el acuerdo unánime de todos los copropietarios.»

«Considerando que la calificación de la naturaleza de las obras referidas es una cuestión de hecho, que la sentencia recurrida resuelve en el sentido de que lo construido fue un altillo o entreplanta que ocupa aproximadamente la tercera parte de la superficie del local o planta propiedad de los demandados; que el peso de la referida entreplanta no gravita sobre el muro común, sino en once columnas metálicas que se apoyan en el suelo, y si bien penetra en dicho muro medianero el entramado del pavimento, no constituye apoyo para el mismo, que lo hace en los once pilares que le sirven de sustentación, ajenos a la expresada pared, de suerte tal que la sola penetración del entramado sin servir de apoyo no altera la seguridad del edificio, ni menoscaba su estructura, ni perjudica sensiblemente los derechos de los demás copropietarios.»

«Considerando que para destruir la expresada conclusión fáctica de la sentencia recurrida, a que queda hecha referencia, se formula el motivo octavo del recurso, al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba, que apoya en el contenido de la diligencia de reconocimiento judicial llevada a cabo por el Juez de Primera Instancia; pero aparte de que las diligencias de reconocimiento judicial no tienen el carácter de documento auténtico a efectos de casación, conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, en el caso de autos la valoración o interpretación del contenido de la misma ha sido hecha, como se desprende de la propia sentencia, conjugándola con el resultado del informe pericial, y de éste

se desprende que el peso o sobrecarga de la entreplanta construida no gravita sobre el muro común, sino que, como se afirma en la sentencia, se apoya y descansa en once pilares, que la sirven de sustentación, ajenos al expresado muro, sin que el hecho de que alguno de los pilares figuren adosados al muro es circunstancia que por sí sola no constituye apoyo que haga gravitar el peso de la entreplanta en el muro común, por lo que no es causa de alteración alguna en la estructura o fábrica del edificio, sino que integra una obra de modificación de los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios dentro de la planta, propiedad privativa de los demandados, obras permitidas por el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, sin otro requisito que la de ponerlo en conocimiento del representante de la Comunidad, no requiriendo el acuerdo unánime de todos los condueños.»

«Considerando que bajo el motivo séptimo, formulado al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la interpretación errónea del artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, precepto que lejos de ser infringido ha sido rectamente interpretado, sirviendo de apoyo a la resolución recurrida, pues dispone que la construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración en la estructura o fábrica del edificio en las cosas comunes afecta al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo, o sea, conforme al apartado primero del artículo 16 de la propia Ley, exigirse para la validez del acuerdo la unanimidad de todos los copropietarios; pero la construcción de una entreplanta dentro del local, cuya propiedad divisa pertenece a los demandados, no puede tener la consideración a que el citado artículo de la Ley ha querido referirse al aludir a la construcción de una nueva planta, que ha de significar una ampliación por elevación o adición o descenso de la edificación en su conjunto, pues la entreplanta discutida en el presente litigio no es más que una distribución del espacio de la planta, que pertenece a los demandados en propiedad, dentro de la cual pueden efectuar las modificaciones que estimen convenientes o necesarias para su utilización y destino siempre que no afecten a la estructura o fábrica del edificio o elementos comunes, y como la sentencia recurrida afirma que la referida entreplanta no gravita ni se sostiene en el muro o elemento común alguno, sino en unas columnas que tienen su asiento en el suelo de la misma planta, es indudable que no requiere su ejecución el acuerdo unánime de todos los copropietarios.»

LA ESCRITURA Y LA INSCRIPCION COMO DOCUMENTOS AUTENTICOS EN CASACION PARA REVELAR EL ERROR DE HECHO PADECIDO POR EL JUZGADOR DE INSTANCIA AL CONSIDERAR INCLUIDA EN EL LOCAL COMERCIAL VENDIDO LA TERRAZA, QUE CONSTITUIA EL LIMITE SUPERIOR DE DICHO LOCAL Y QUE ERA UN ELEMENTO COMUN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1974).

Hechos.—La Comunidad de Propietarios de la finca sita en la Avenida de José Antonio, números 313-321, de Barcelona, formula demanda contra don Jaime Casases García, titular de un local comercial del edificio, por haberlo ampliado en su límite superior a costa de la terraza común del edificio, construyendo allí una nave industrial, y por haber abierto una puerta en pared medianera con objeto de comunicar su local de negocio con otro edificio que el citado demandado tenía en arrendamiento. Suplica se dicte sentencia condenando al demandado a que desaloje la terraza

o vuelo, que detentaba sin ningún derecho, y a que tapie la puerta abierta en pared medianera.

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Barcelona estimó en lo fundamental la demanda.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha ciudad revoca esta sentencia no en lo relativo al cierre de la puerta, sino en cuanto a la nave industrial existente en la terraza, que considera propiedad privada del demandado, a pesar del título e inscripción registral existentes.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara haber lugar al recurso interpuesto por la parte actora por lo siguiente:

«Considerando que en el primer motivo del recurso, articulado por el cauce del número séptimo del artículo 1.692, se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba que surge de las escrituras de obra nueva: división para la enajenación en régimen de propiedad horizontal; división de la 'unidad segunda' en tres locales, denominados unidad segunda A, segunda bis y segunda tris, y las tres de venta de los mencionados locales, constando en la otorgada con el demandado el 8 de abril de 1969 que éste adquiriría la unidad segunda tris con linderos bien definidos y superficie total de 90 metros por precio de 239.500 pesetas, y del contenido de tales documentos auténticos aparece evidente el error padecido por el Tribunal de Instancia al establecer que el demandado adquirió a título de dueño el local ubicado en la terraza, que es límite superior de la unidad segunda, puesto que su descripción registral así lo proclama, procediendo por ello la estimación del motivo, estimación que lleva consigo la del segundo, en que se denuncia la violación de determinadas normas legales y de la doctrina de esta Sala, puesto que al establecerse una premisa de hecho errónea se conculcan aquéllas.»

En la segunda sentencia se confirma la del Juzgado de Primera Instancia.

Nota.—Esta sentencia ofrece especial interés porque no es frecuente, como en ella sucede, que el Tribunal Supremo considere como documentos auténticos, a efectos del recurso de casación y respecto al contenido de los mismos, a la escritura pública e inscripción registral, pues se suele basar en que fueron tenidos en cuenta por el Juzgador de Instancia al examinarlas entre otros medios de prueba. En este caso prevalece en casación el contenido de la escritura pública y de la inscripción registral acerca del objeto de venta delimitado por los linderos que figuran en dichos documentos, y con ello el Tribunal Supremo pone las cosas en su sitio, dando preferencia al «Derecho» (títulos e inscripción registral) sobre los meros hechos (la detentación de la nave industrial por el demandado).

Sobre la tesis general del Tribunal Supremo de que la certificación registral no es documento auténtico a efectos del recurso de casación puede verse, entre otras muchas, la sentencia de 23 de marzo de 1973 y nuestro comentario en *R. C. D. I.*, número 503, páginas 967 y siguientes.

TERCERIA DE DOMINIO: EL REQUISITO DE LA IDENTIFICACION DE LA COSA. NO FEHACIENCIA DE DOCUMENTO PRIVADO. PROBLEMAS TANGENCIALES SOBRE EL AMBITO DE APLICACION DE LA LEY DE VENTAS A PLAZOS DE BIENES MUEBLES (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1974).

Hechos—Don Francisco Pérez Bermúdez deduce demanda sobre tercera de dominio contra la entidad «Barranco Soler, S. A.», y contra doña

María Peregallo de Dubort, ante el embargo de aparatos electrodomésticos que «Barranco Soler, S. A.», había obtenido, entendiendo que pertenecen a la actora en base a un documento privado con cláusula de reserva de dominio, en el que constaba la venta de diversos aparatos electrodomésticos realizada por don Francisco Pérez Bermúdez a favor de doña María Peregallo con la citada cláusula, pero no se precisaban ni detallaban aquéllos, por lo cual acompañaba un presupuesto complementario por un valor inferior al que figuraba como total en aquel documento privado porque algunos aparatos habían sido devueltos a la vendedora.

La entidad «Barranco Soler, S. A.», se opone a la demanda alegando que de ese documento privado de compraventa con cláusula de reserva de dominio lo único que se desprende es que se ha realizado una operación comercial, pero sin especificar los elementos o mercaderías objeto de la misma, y si bien se adjuntaba otro documento en el que aparecen en detalle una serie de materiales, estaba expedido únicamente por el actor, sin que constara la aprobación de la compradora. Además, el contrato no se había confeccionado en el modelo que determina la Ley de Ventas a Plazos ni se había inscrito en el Registro Mercantil, por lo que adolecía de nulidad, aun suponiendo que hubiera existido el requisito de la identificación de los objetos.

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Málaga estimó la demanda ordenando alzar el embargo, pero la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada revocó la sentencia del Juzgado declarando no haber lugar a la tercera de dominio interpuesta por el actor.

El demandante interpone recurso de casación por varios motivos: no aplicación del artículo 1.227 del Código civil; no aplicación del artículo 464 del mismo; aplicación indebida de la Ley de Ventas a Plazos siendo que el valor individual de dos de los electrodomésticos no superaban las 50.000 pesetas, cuando lo procedente hubiera sido excluir del ámbito de la Ley todos los aparatos dado que lo que se tiene en cuenta por el legislador no es el valor de cada objeto en particular, sino el importe del contrato en su integridad, como digno o no de protección por dicha Ley.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que la cuestión que en el motivo primero del recurso se plantea es completamente inoperante a los fines de impugnar la sentencia de Instancia, porque ésta no basa su tesis absolutoria respecto a esos dos electrodomésticos referidos en que deben considerarse o no incluidos en la aludida Ley especial, sino que, como queda ya recordado, la basa fundamentalmente en la no aportación por el actor del título en que funda su demanda reivindicatoria en el procedimiento de tercera; por tanto, sea cual sea el criterio que pueda sostenerse respecto a si el valor que debe tenerse en cuenta para los efectos de reputar, incluida una venta de bienes muebles en la Ley especial, es el de cada objeto particular o el de la totalidad de los comprendidos en la venta, el resultado desestimatorio de la demanda tiene que permanecer inalterado como no se haya combatido adecuada y eficazmente aquella base fundamental de la sentencia.»

«Considerando que el artículo 1.227 del Código civil, que determina que la fecha de un documento privado se contará respecto de terceros desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un Registro público por razón de su oficio, no ha sido violado por la sentencia recurrida, porque ésta para desestimar la demanda de tercera se funda también en que el actor no ha acreditado la existencia del *pactum reservati domini*, ya que 'no consta que el documento original hubiese sido presentado al Juzgado número 5 tal como aparece relleno en la actualidad,

lo que engendra la vehemente presunción de que dicho documento al ser fotocopiado por la actora no contenía la cláusula que actualmente presenta y que ha debido serle incorporada con posterioridad a la redacción del resto del presupuesto', y tales afirmaciones de la sentencia de Instancia en nada contradicen lo que aquel precepto determina respecto a que ese documento tenía efectivamente existencia indubitada a partir del momento en que quedó incorporado a los autos que se tramitaban en el Juzgado número 5, puesto que tal existencia no comparte la demostración de que contuviese esa discutida cláusula, la cual, según presunción del Juzgador de Instancia, se sobrepuso posteriormente.»

«Considerando que en el tercer motivo del recurso, formulado con amparo en el número primero del referido artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se atribuye a la sentencia recurrida la infracción por violación, al no haberlo aplicado, del artículo 464 del Código civil, determinante de que la posesión de los muebles equivale al título; pero el recurrente, al desarrollar tal motivo, en lugar de exponer las razones por las cuales haya podido haberse cometido la violación del precepto, se extiende en consideraciones relativas a que el documento original no fue tachado de falso—lo cual nada tiene que ver con dicho precepto—y en otras referentes a la afirmada identificación de los objetos reclamados, que, según él, resultó evidenciada por la prueba de reconocimiento judicial, olvidando que la identificación, a efectos reivindicatorios, no consiste sólo en describir los objetos que reclaman identificándolos perfectamente y que ellos se encuentran en poder del interpelado, sino que se integra, además—y esto es esencial—, con la demostración de que los objetos así identificados son los que se comprenden en los títulos de dominio que se esgrimen como fundamento de la acción reivindicatoria, títulos que según la sentencia de Instancia estima no contienen esa referencia exacta y precisa.»

TERCERIA DE DOMINIO: TITULO PARA REIVINDICAR. FEHACIENCIA DE DOCUMENTO PRIVADO: FECHA DE PRESENTACION ANTE EL JUZGADO Y FECHA DEL MISMO ATENDIENDO A LOS ASIENTOS EN LOS LIBROS DE COMERCIO (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1974).

Hechos.—«Industrias Fernández, S. A.», formula demanda de tercería de dominio contra la Recaudación de Contribución de la Zona Tercera Capital-Pueblos de Salamanca y contra «Cerámica de la Maza», reivindicando una serie de bienes muebles embargados a esta última entidad por razón de débitos fiscales.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Salamanca estima la demanda ordenando alzar el embargo, siendo confirmada esta sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Salamanca.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado, en representación de la Recaudación de Contribución, por lo siguiente:

«Considerando que la acción que ejerce el tercerista es realmente la reivindicatoria y son elementales para ejercitarla con éxito los siguientes requisitos: 1.º) La identificación del bien reivindicado. 2.º) La perturbación posesoria que gravita sobre la cosa en el momento en que se actúa. 3.º) La demostración de la legitimidad del título en cuya virtud se procede, pudiendo decirse que en el presente caso, partiendo de la indiscutida concurrencia de las dos primeras, se discute solamente en el recurso, como se ha discutido en el pleito, la concurrencia del tercero, que no es otro,

y así lo reconocen ambas instancias, que el contrato firmado el 30 de noviembre de 1967 entre quien traspasó los bienes cuestionados a la entidad deudora del Fisco: 'Cerámica de la Maza Nuestra Señora del Carmen, Sociedad Anónima', y la parte actora en la tercería: 'Industrias Fernández de Oviedo, S. A.', suministradora a aquélla de determinada maquinaria *en régimen de depósito* mientras no fuera saldado totalmente su importe; título de propiedad que por ser privado no adquiere, en cuanto a su fecha, autenticidad contra tercero hasta el día 23 de agosto de 1969, *en que fue presentado* ante el Juzgado de Primera Instancia de Oviedo, habiéndose producido el embargo de la Hacienda Pública, al encontrarlos entre los de la Cerámica mencionada, el 15 de septiembre siguiente...»

«Considerando que, según afirma el artículo 1.225 del Código civil, 'el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública', lo que ocurre es que contra tercero sólo hará fe, en lo que a su fecha se refiere, cuando ésta se autentique de cualquiera de las formas que prescribe el artículo 1.227 del mismo cuerpo legal; una de ellas, citada por dicho precepto en tercer lugar, es: 'desde el día que se entregue a un funcionario público por razón de su oficio'; en el presente caso, el documento privado, título para la reivindicación, firmado en 1967, no puede perjudicar a tercero, en este caso el acreedor embargante, hasta el 23 de agosto de 1969, en que se presentó en un Juzgado, y ya es indiferente, al menos en cuanto a la autenticidad de la fecha, aquélla en la que el mencionado Juzgado falle el asunto que se le sometió; pero es más, la jurisprudencia de esta Sala, convencida de que lo importante es la autenticidad del acto que revalida la fecha, en las sentencias de 10 de enero de 1929 y 30 de enero de 1958 afirma que no hay inconveniente en que la fecha de un documento privado *se tenga por cierta* desde que se compruebe por medio de otros actos que alejen toda sospecha de falsedad o simulación, agregando a modo de ejemplo: 'por asientos de libros de comercio', a lo que también se refiere la Instancia para este caso; conceptos únicos que son los operantes para determinar la validez del título reivindicatorio discutido, ya que la estimación del artículo 464 del Código civil es meramente subsidiaria, y que de forma inexplicable no han sido para nada aludidos ni discutidos en un recurso en que se razona en todo momento que la posesión equivale al título, y con equivocación se combate el exhibido como si la Instancia reconociera que el título que ampara al tercerista es la sentencia de 27 de mayo de 1970 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Oviedo, lo cual lo hace desestimable, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar la 'Cerámica de la Maza Nuestra Señora del Carmen, S. A.', contra quien sin título para ello le vendió los bienes objeto de la tercería.»

SERVIDUMBRE DE VISTAS Y «ALTIUS NON TOLLENDI». OBLIGACION DE NO HACER: ARTICULO 1.098 DEL CODIGO CIVIL. INCONGRUENCIA (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1974).

Hechos.—Doña Guillermina Warning Voss y doña Sara, doña Delia y don Carlos Sureda Warning deducen demanda contra la entidad «Hoteles de Mallorca, S. A.», alegando que dicha Sociedad había construido un hotel frente a la finca de los actores, de forma que vulneraba la servidumbre de vistas y *altius non tollendi* (de no edificar en la parte norte del predio sirviente más arriba del antepecho de las ventanas de la finca dominante) que tenía a su favor la finca de los demandantes, según resultaba de las correspondientes inscripciones registrales. Suplican se dicte sentencia declarando el derecho de servidumbre a su favor, condenando

a la entidad demandada a la demolición de las obras en lo que sea necesario para que quede respetado aquel derecho.

«Hoteles de Mallorca, S. A.», contesta oponiéndose a la demanda, entendiendo que la pretendida servidumbre que reflejan los libros registrales no era más que un pacto personal entre los primitivos titulares, no un verdadero gravamen o derecho real de servidumbre.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Palma de Mallorca dictó sentencia estimando la demanda sólo en cuanto a la declaración del derecho de servidumbre a su favor, pero sin condenar a la entidad demandada a la demolición de las obras.

Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca dictó sentencia estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, pero condenaba a la entidad demandada no a la demolición de las obras, sino a la indemnización correspondiente, basándose en razones de equidad y de analogía con el supuesto de accesión invertida.

Ambas partes interponen recurso de casación: los actores, por inaplicación del artículo 1.098 del Código civil, por aplicación indebida del artículo 1.101 del Código civil, por incongruencia de la sentencia, por aplicación indebida de la doctrina legal sobre accesión invertida, etc., y la parte demandada, por entender que no había servidumbre a favor de los actores, sino una simple mención registral sin trascendencia real, entre otros motivos.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Juan Antonio Linares Fernández, declara no haber lugar al recurso interpuesto por «Hoteles de Mallorca, S. A.», ya que debía prevalecer el criterio interpretativo de la Sala sentenciadora respecto a la calificación de las servidumbres, al no ser falto de lógica. En cambio, declara haber lugar al recurso interpuesto por los actores, ya que existía incongruencia en la sentencia de la Sala, dado que concedía cosa distinta de la solicitada, que no fue la indemnización de daños y perjuicios, sino la demolición de lo construido en cuanto vulneraba el contenido de las servidumbres. Y, además, por lo que destacan los dos últimos «considerandos»:

«Considerando que, como consecuencia, también es procedente la aceptación de los motivos segundo y tercero del recurso, que, amparados en el número primero del artículo 1.692, acusan aplicación indebida del artículo 1.101 del Código y falta de aplicación de los 1.099 y 1.098, pues en las obligaciones de no hacer son aplicables los preceptos citados en segundo lugar y no el 1.101, que se refiere al incumplimiento de las obligaciones en general, y los 1.099 y 1.098 regulan expresamente el caso en que se infringió la obligación de no hacer, mandando que cuando la obligación consista en no hacer y el deudor ejecutase lo que se le había prohibido, se llevará a efecto lo dispuesto en el párrafo segundo del 1.098, es decir, que se deshaga lo mal hecho.»

«Considerando que justificado en autos que la edificación sobre la finca afectada por servidumbre de vistas, en favor de propiedad de los actores, en altura que impide la visión desde el predio dominante, constituye un menoscabo para el ejercicio de tal derecho, y que el predio dominante tiene por el lateral derecho vistas oblicuas, que han quedado aminoradas en el sector que cierra lo edificado en una anchura de dos a tres metros, por la parte de la edificación del 'Hotel Victoria', que limita un sector de unos dos o tres metros las vistas laterales y aparece construido sobre una zona del solar gravado; así lo reconoce la sentencia recurrida con acierto en vista del resultado de las pruebas practicadas, por lo que sin necesidad de especial estudio de los demás motivos del recurso y por razón de que la obligación de no hacer cuando se quebranta lleva aparejada la consecuencia de deshacer lo hecho con infracción legal,

se impone dar lugar al recurso entablado por la parte actora y, en su consecuencia, casar y anular la sentencia recurrida, sin expresa condena de costas por lo que a este recurso se refiere.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo acuerda la demolición de una parte del «Hotel Victoria» de Palma, por estar construido sobre terreno afecto a la servidumbre de vistas, en la medida en que priva de vistas oblicuas por el lateral derecho de la finca de los actores, lo que será fijado en ejecución de sentencia.

COMUNIDAD DE BIENES Y COSA JUZGADA: LA SENTENCIA DESFAVORABLE A LOS INTERESES DE LA COMUNIDAD, DESESTIMÁNDOSE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA INSTADA POR ALGUNOS COPROPIETARIOS, NO PRODUCE COSA JUZGADA NI PUEDE PERJUDICAR A LOS DEMÁS, QUE PUEDEN, POR TANTO, EJERCITAR DE NUEVO LA ACCIÓN REIVINDICATORIA SOBRE EL MISMO ASUNTO (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1973).

Hechos.—Don José Sugasti Necedal, doña María del Carmen Martínez Carranza y don Daniel de Meñaca Carranza, éste por sí y en beneficio de los demás copropietarios herederos de doña Concepción Sagasti, deducen demanda contra doña Inés Paula Goiri Sertucha y varios más sobre acción reivindicatoria, nulidad de título e inscripciones, alegando que los demandados se adjudicaron en escritura de herencia de don José Gutiérrez-Barquín, otorgada en el año 1967, cuatro fincas, que eran las mismas que estaban ya adjudicadas e inscritas a favor de los actores en base a una escritura del año 1940 a través de una larga larga historia registral, a diferencia de las inscripciones de los demandados, que lo fueron al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria. Por ello suplican se dicte sentencia declarando la identidad de fincas de ambos títulos y la nulidad del título e inscripciones de los demandados.

Los demandados se oponen alegando excepción perentoria de cosa juzgada, pues con anterioridad a este pleito se había promovido por otros copropietarios acción reivindicatoria sobre las mismas fincas, que fue desestimada por faltar el requisito de la identificación de tales fincas, siendo ya firme aquella sentencia, y a pesar de ello los actores vuelven ahora sobre el mismo asunto.

El Juez de Primera Instancia número 7 de los de Bilbao desestimó la demanda, pero su sentencia fue revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, que estimó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandados, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso, confirmando la doctrina legal existente sobre las relaciones de la cosa juzgada y la comunidad de bienes, resumida más arriba, y que desarrolla el primer «considerando»:

«Considerando que pese a que el condueño no tiene *ipso iure* la representación de los demás para actuar en juicio, y aunque las relaciones jurídicas entre los partícipes no son solidarias ni indivisibles, ello no obstante, dada la naturaleza y caracteres de la comunidad de bienes, la jurisprudencia ha venido siempre admitiendo, pudiendo citarse las sentencias de 4 de abril de 1921, 29 de octubre de 1951, 8 de abril de 1965 y 14 de marzo de 1969, que cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, tanto para ejercitar-

los como para defenderlos, por lo que un condueño puede entablar la acción reivindicatoria en beneficio de todos, pues ha de actuar en provecho de la comunidad y no exclusivamente para sí, y para compaginar la doctrina de la cosa juzgada con la no intervención de todos los condóminos se limita la eficacia de la sentencia dictada respecto a los que no fueron parte en el pleito al caso de que la misma les sea favorable, sin que les perjudique la adversa o contraria, pues, como declara la sentencia de 17 de junio de 1927, para que el fallo obtenido por un condómino afecte a los demás se precisa que haya resultado en interés de todos ellos, doctrina jurisprudencial en la que es preciso insistir y cuya aplicación al caso aquí debatido acarrea al desestimación de los dos primeros motivos del recurso.»

PRESCRIPCION EN CATALUNA: EL ARTICULO 342 DE LA COMPILACION SE REFIERE A UN ESTADO POSESORIO Y NO A UNA SITUACION DE ABANDONO DE LA FINCA SIN POSESION DE NADIE. IDENTIFICACION DE FINCA. LA DISCORDANCIA ENTRE LA TITULARIDAD REGISTRAL DEL MARIDO DE LA VENDEDORA Y LA TITULARIDAD DE ESTA REFLEJADA EN LA ESCRITURA DE VENTA QUEDO SUBSANADA AL RECONOCER EL CONTRATO LA HIJA DE AMBOS UNA VEZ FALLECIDOS (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1973).

Hechos.—Don Juan Galofre Grau deduce demanda contra el Ayuntamiento de Vandellós y otros reivindicando una finca inscrita a nombre del actor que había comprado en escritura de fecha 1930, suplicando se dicte sentencia declarando la propiedad a su favor y ordenando la nulidad y cancelación de la inscripción primera obtenida por el Ayuntamiento de Vandellós en el año 1961, por ser la misma que la del actor (supuesto de doble inmatriculación).

Contestada la demanda por el Ayuntamiento oponiéndose y seguidos los trámites pertinentes, el Juez de Primera Instancia número 1 de Reus dictó sentencia desestimando la demanda, pero la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona revocó la del Juzgado estimando esencialmente la demanda.

El Ayuntamiento interpone recurso de casación basándose en error de hecho en la apreciación de la prueba por parte de la Audiencia, en violación por falta de aplicación del artículo 342 de la Compilación de Cataluña (pues el Ayuntamiento dice que llevaba en posesión de la finca más de cuarenta años) y porque el actor no llegó a identificar la finca por la totalidad de sus linderos, sino sólo por algunos, contra la doctrina legal contenida en la jurisprudencia que cita (entre otras, sentencias de 30 de enero de 1915, 29 de abril de 1929, 28 de abril de 1958, 15 de noviembre de 1961 y 31 de enero de 1970).

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que son argumentos básicos del recurso interpuesto, los que afectan al elemento 'adjetivo y al objetivo', los siguientes: 1.º) Se aduce que la primera vendedora no era realmente tal, sino la esposa del primitivo propietario, aunque éste interviniera en la venta, pero a fin de dar la autorización para la compra, como marido de la contrayente, según se hizo constar en el documento otorgado en 1930. 2.º) El elemento 'objetivo', por falta de identificación de la finca comprada y la que figura como propia del Ayuntamiento, siendo la tesis de la sentencia de Primera Instancia, que después fue revocada en la dictada por la Audiencia.»

«Considerando que la primera excepción hay que entenderla condicionada, porque después de fallecida la vendedora y su esposo, la hija de ambos fue llamada a un proceso de juicio declarativo de menor cuantía por el hoy actor, con la pretensión de que se reconociera la escritura otorgada en 1930, a lo que se allanó la demandada, y en su vista hubo de dictarse sentencia acordándolo así y quedando de hecho con la validez necesaria la escritura otorgada entonces, con entrada libre al Registro de la Propiedad, a todos los efectos legales, acto que purifica el contrato suscrita.»

«Considerando que por ello hay que estimar el contrato de 1930 como perfectamente legal y quedan desestimados los motivos primero y segundo del recurso, sin que los demás tengan fuerza bastante, pues el único que podría valer era el sexto, en que se denuncia la violación, por falta de aplicación, del artículo 342 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña; pero a esto se puede oponer que esa supuesta falta de derechos, nacida de la prescripción, supone la posesión por un tercero de las cosas inmuebles por el tiempo de treinta años sin necesidad de título ni de buena fe, o sea, la de un estado posesorio que se prolongue durante dicho tiempo y no una situación de abandono sin posesión de nadie; esta situación es la que contempla el 'considerando' sexto de la sentencia recurrida.»

«Considerando que en el último motivo del recurso se aduce la violación de la doctrina legal contenida en las sentencias que se citan, y conforme a las cuales la identificación de una finca debe realizarse mediante la determinación de la totalidad de los linderos; aquí es preciso observar que se sigue la vía jurídica del número 1.º del artículo 1.692 y no la del número 7.º del propio precepto, causa que invalida el motivo alegado, pues todas las cuestiones relativas a la identificación son consideradas como de mero hecho y han de combatirse por el cauce indicado; es lo mismo que se dice en el número 9.º del artículo 1.729 como motivo de inadmisión, cuando el recurso se refiere a la apreciación de las pruebas, a no ser que el recurso esté comprendido en el número 7.º del artículo 1.692; aparte de esto hay la circunstancia de estar la identificación bien hecha, a virtud de los elementos probatorios aportados en Segunda Instancia para mejor proveer, razones de forma y de fondo en que se basa la repulsa del motivo alegado.»

USUFRUCTO DE MONTES: LOS ARBOLES PERTENECEN AL NUDO PROPIETARIO. EL ARTICULO 520 DEL CODIGO CIVIL, AL IMPLICAR UNA SANCION PENAL EN EL ORDEN CIVIL, ES DE INTERPRETACION RESTRICTIVA, NO PUDIENDO APLICARSE CUANDO EL USUFRUCTUARIO NO LLEVO A CABO UN COMPORTAMIENTO INTENCIONAL ABUSIVO (NO ABUSO DE DERECHO): ALUSION A LA BASE 2.ª DE LA LEY DE 17 DE MARZO DE 1973 PARA LA MODIFICACION DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Hechos.—Don Buenaventura Castro Rial, como representante legal de su hijo don José Luis Castro Rial y de don Buenaventura Castro Rial Rivadulla, formuló demanda contra doña Mercedes Moncholí Goldarmoena, suplicando se dicte sentencia declarando: que las fincas que forman parte del lugar acasurado llamado «El Penedo», y que se halla dado en arrendamiento desde mucho antes del fallecimiento del causante, don Manuel Rial (de quien proceden), pertenecen en nuda propiedad a los demandantes, hallándose gravadas con usufructo en beneficio de la demandada; que los árboles inventariados y valorados como formando parte

de la masa hereditaria y adjudicados como capital de las hijuelas atribuidas a los nudos propietarios, según consta del cuaderno particional de la herencia de dicho causante, forman parte integrante del capital de las hijuelas y no constituyen frutos; que la demandada taló y se apropió de tales árboles vendiendo todos los existentes en las fincas en su totalidad, apropiándose de todo su valor; que la tala referida perjudicó gravemente el valor de las fincas causando grave perjuicio a las mismas y lucrándose indebidamente la usufructuaria demandada; que se condene a ésta a que indemnice a los nudos propietarios en la cantidad de 800.000 pesetas, en que se cifran los daños ocasionados, o en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, y declarando que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 520 del Código civil, procede la entrega de las fincas a los nudos propietarios.

La demandada contestó a la demanda oponiéndose, ya que la tala se hizo de forma que la finca se pudiera poner de nuevo en producción.

El Juez de Primera Instancia de Corcubión dictó sentencia estimando en parte la demanda, pero sólo en cuanto que el lugar acasurado «El Pencdo», que se halla en arrendamiento desde 1915, pertenece en nuda propiedad a los demandantes, hallándose gravado con usufructo en beneficio de la demandada.

Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña revocó la del Juzgado, estimando la demanda salvo en lo relativo a la aplicación del artículo 520 del Código civil y en la cifra de indemnización, que se deja para ejecución de sentencia.

Ambas partes interponen recurso de casación: la demandada alega, entre otros motivos, interpretación errónea del artículo 485 del Código civil, pues la Sala entendió que dicho artículo contempla una situación de presente en cuanto al valor económico de la finca después de cada tala y no respecto a su capacidad productiva para el futuro, y los demandantes, por interpretación errónea del artículo 520 del Código civil, pues dada la actuación de la usufructuaria debería haberse condenado a la misma a entregar las fincas a los nudos propietarios.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar a los recursos interpuestos por ambas partes.

En cuanto al recurso de la demandada, por lo siguiente:

«Considerando que en los montes el aprovechamiento se halla principalmente en la madera y, por consiguiente, la Ley tiene que distinguir las talas o cortas que no traspasen los límites del derecho de fruición permitidas al usufructuario de las que entrañarían un derecho de disposición, debiendo el usufructuario obrar como un buen padre de familia, según la expresión del artículo 497, es decir, ha de aprovechar el monte, pero no destruirlo; usar, pero no abusar; porque si consumiese todo el arbolado nada quedaría al propietario; de aquí las limitaciones naturales impuestas en el usufructo sobre los montes por el artículo 484 del propio cuerpo legal, habiendo declarado la jurisprudencia de esta Sala que el derecho que por regla general compete al usufructuario para percibir todos los frutos producidos por los bienes sin detrimento de lo que constituye su esencia, está limitado por el cumplimiento de esta condición establecida en favor del propietario y subordinado a las condiciones particulares que en cada caso regulan su ejercicio, y por ello es evidente que el usufructo de los bosques, sea cual fuere la extensión que deba tener, atendida la diversa naturaleza y estado de cada uno de ellos, ora se consideren los árboles como productos ordinarios, ora como sustancia y esencia de tal clase de bienes, pertenecen privativamente al propietario, quien, por tanto,

puede exigir su conservación o su valor en el caso de que indebidamente se hubieran cortado (sentencia de 10 de marzo de 1893).»

«Considerando que la aplicación de esta doctrina al caso de autos hace desestimable el motivo cuarto y último del recurso de la demandada, pues declarado por la sentencia recurrida que la tala realizada por la usufructuaria no ha sido normal y, por el contrario, ha perjudicado gravemente el valor de las fincas, causando grave perjuicio en las mismas y lucrándose indebidamente aquella demandada usufructuaria, según resulta del informe del perito agrícola solicitado para mejor proveer en fase de Primera Instancia, y reconociendo que, según la costumbre del lugar, esas talas no suelen realizarse tan profundamente, sino sin arrasar el monte, como en este caso ha ocurrido, determinando que los pocos árboles que han quedado se encuentren sin protección contra las inclemencias del tiempo e incluso que una gran parte de los que no se han talado aparezcan arrancados de raíz por el viento precisamente por falta de abrigo, con la consecuencia de que, en general, no queda riqueza forestal aprovechable (considerando quinto de la Audiencia), sin que estos hechos se hayan intentado siquiera impugnar por la vía procesal adecuada, su firmeza en casación revela que las talas han sido llevadas a cabo sin guardar acomodo al modo y porción exigidos por la costumbre del lugar, en contra de la preceptiva del artículo 485 del Código civil y de la jurisprudencia que lo interpreta y aplica, procediendo la desestimación íntegra del recurso examinado.»

En cuanto al recurso de los demandantes, lo desestima por lo siguiente: «Considerando que igual suerte desestimatoria ha de correr el recurso formalizado por la parte actora, cuyos dos primeros motivos son inadmisibles, y en este momento procesal desestimables por estar formulados contra lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 1.720 de la Ley Procesal Civil, que exige, si fueren dos o más los fundamentos, se expresen en párrafos separados y numerados, y en el motivo primero se invocan conjuntamente los números 1.º y 3.º, todos ellos del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en cuanto al motivo tercero, si bien correctamente formulado, olvida que dado el carácter de sanción penal que en el orden civil reviste el precepto del artículo 520 del Código civil, que cita como infringido, se impone la necesidad de su interpretación restrictiva para que dicha sanción sólo sea aplicable al usufructuario que realice los actos abusivos, de acuerdo con cuya doctrina la sentencia recurrida no accede a la entrega de la cosa usufructuada a la parte actora, por negar que exista un comportamiento intencional del usufructuario, que es la esencia vivificadora y determinante de aplicación del repetido artículo sustantivo (considerando octavo de la Audiencia), concorde con la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 para la modificación del título preliminar del Código civil, en cuya base segunda, tres, apartado segundo, se establece que las Leyes penales y las de ámbito temporal o excepcional no se aplicarán en momentos ni a supuestos distintos de los previstos expresamente en ellas, y en la base tercera, uno, que con arreglo a los criterios ya contenidos en el Código y a las orientaciones de la doctrina y de la jurisprudencia, se configurará la sanción de los actos jurídicos que impliquen manifiesto abuso o ejercicio antisocial del derecho, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso que acaba de examinarse.»

J. M. G. G.

III. CONTRATOS

NECESIDAD DE LIQUIDAR, PREVIO AJUSTE DE CUENTAS, LA DEUDA QUE SE RECLAMA. NOVACION. VICIOS OCULTOS (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1973).

El demandado, don Blas Bañón Córcoles, industrial, dedicado a la venta al público de electrodomésticos, adquirió en firme y «sobre muestra» de uno de sus proveedores, «Olmos, S. A.», una partida de frigoríficos. Como quiera que en su reventa a los consumidores se pusieron de relieve ciertos defectos de fabricación, el demandado, además de desatender las letras correspondientes, recurrió a la casa suministradora, y tras múltiples conversaciones y cartas, ésta accedió a hacer «manipulaciones y cambios» en los frigoríficos, cuyo importe fue adelantado por el comprador. Parece que, en todo caso, persistían las deficiencias y hubo que sustituirlos por otros aparatos de diversas marcas. Entonces «Olmos, S. A.», reclamó judicialmente el importe de los frigoríficos, ascendente a 448.972,80 pesetas, y el señor Bañón se opuso alegando como excepción la existencia de diversas sumas y adelantos a su favor, así como de un perjuicio de su crédito comercial que valoraba en 150.000 pesetas, de tal suerte que se hacía necesaria una liquidación previa; subsidiariamente sólo se avenía a pagar 147.977 pesetas. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda íntegramente, pero la Audiencia la revocó acogiendo, en cambio, la excepción de ser necesaria una previa liquidación de la deuda. El recurso, formulado entonces por la entidad actora, se apoya en los siguientes tres motivos: 1.º) Inaplicación del artículo 342 del Código de Comercio, ya que transcurridos treinta días el comprador ha perdido toda acción para repetir por vicios ocultos de la mercancía. 2.º) Inaplicación del artículo 336, pues el comprador recibió los frigoríficos «a su contento». 3.º) Violación de la doctrina legal contenida en las sentencias de 25 de junio de 1955 y 15 de enero de 1949, que, a juicio del recurrente, acuerdan la rendición de cuentas previa si habiéndose pedido en reconvención, el actor había podido discutir las partidas alegadas de adverso; pero como en este caso se había propuesto como simple excepción, la recurrente veíase imposibilitada (estamos en un menor cuantía, no se olvide) de combatir las cuentas del demandado y obligada a acudir a otro proceso sin que siquiera se hubiese condenado a éste en la cantidad que subsidiariamente estaba dispuesto a pagar. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso.

Considerando que no obstante coincidir la Instancia con la apreciación desestimatoria del Juzgado en lo relativo a todas las excepciones opuestas por el demandado, en cuanto a no concurrir en el caso de autos ninguna de las causas de rescisión de los contratos por vicios ocultos de la cosa vendida, llega a la absolución del demandado, a diferencia de la sentencia de primer grado, fundándose en distinta causa, cual es la carencia de una liquidación previa de cuentas entre las partes contratantes, indispensable para determinar la realidad y cuantía del adeudo, pues aunque comprados en firme y sobre muestras los electrodomésticos en cuestión, como al ser

entregados a los clientes por el comerciante comprador se pusieron de relieve ciertos defectos de fabricación, aquél recurrió a la casa suministradora y ésta accedió, a través de correspondencia y de conversaciones posteriores al acuerdo primero a hacer «manipulaciones y cambios» en los aparatos suministrados, «con los consiguientes desembolsos por parte del demandado», que han de ser de cuenta del vendedor, lo que lleva implícita una novación de aquel acuerdo y que, según reconoce en confesión el gerente de la actora y recoge en su fallo la Instancia, queda «pendiente la operación liquidadora entre las partes», afirmación que no ha sido combatida por el cauce adecuado y que lleva consigo aquella otra de la necesidad de una liquidación previa al ejercicio de la acción.

Considerando que al ser diferente del impugnado el fundamento del fallo de Instancia caen por su base los dos primeros motivos del recurso, en los que se combate una supuesta rescisión por vicios ocultos.

Considerando que en el tercer motivo, con apoyo, como los anteriores, en el número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, se alega la violación de la doctrina sentada por dos sentencias de este Tribunal, que menciona, alusivas a la necesidad de previa «petición de rendición de cuentas por los deudores», la cual, si no ha sido pedida con antelación a la reclamación judicial, ha de ser hecha en forma de «reconvención» para que pueda enervar la acción, lo que no se ha hecho en el presente caso, y hay que desestimarlos igualmente, pues no se trata de deudas distintas sobre las que se pretenda el juego de la compensación, sino de la existencia de una deuda inicial, cuyo «monto» ha sido modificado por novación posterior llevada a cabo por convenio expreso de las partes en los términos que quedan relatados, o sea, que el adeudo no adquirió liquidez mientras no se practique el ajuste de cuentas, obligado después del acuerdo novatorio.

CUANDO LA CULPA DE UNO DE LOS CAUSANTES DEL DAÑO ES «GRAVE» NO PROCEDE SU ABSORCION O COMPENSACION CON LA DEL OTRO, SINO LA DISTRIBUCION PROPORCIONAL DE LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES. PRESUPUESTOS DEL ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1973).

El 15 de abril de 1968, y a primera hora de la mañana, dos amigos, don Francisco González y don Ismael Fernández, tras haber pasado la noche en vela e ingerido demasiadas bebidas alcohólicas, decidieron, a instancias del primero, trasladarse en automóvil a dos localidades cercanas, donde don Francisco tenía que realizar varios encargos. A tal efecto, el repetido don Francisco propuso y convenció a don Ismael, experto conductor, para que llevase éste el vehículo, ocupando aquél el otro asiento delantero. A causa de lo fatigado que se encontraba y del excesivo alcohol consumido, el conductor se distrajo, perdió el dominio del coche y se salió de la carretera, con tan desafortunada maniobra que él mismo salió despedido del vehículo, falleciendo por efecto del fuerte golpe recibido. Al parecer, el otro ocupante, don Francisco, propietario del automóvil, resultó ileso en el percance. Entonces la viuda de don Ismael, sobreseído el oportuno sumario, reclama en vía civil de don Francisco y de su compañía de seguros una indemnización de 600.000 pesetas en concepto de daños y perjuicios. El Juez de Primera Instancia en funciones desestima la demanda, pero la Audiencia, en cambio, la acoge parcialmente, al condenar a don Francisco, con absolución de su entidad aseguradora, a abonar 150.000 pesetas a la viuda demandante. El subsiguiente recurso de casación se intenta fundar en los siguientes cuatro motivos: 1.º) Violación del artículo 1.902 y doctrina legal concordante, pues de los tres presupuestos exigidos

para la aplicación de aquel artículo falta el requisito de la culpa. 2.º) Violación del artículo 1.902 y doctrina legal referente a la responsabilidad objetiva o por riesgo, pues esta responsabilidad no es sino una tendencia doctrinal no acogida legislativamente y, en cambio, aplicada por la sentencia recurrida. 3.º) Aplicación indebida de la doctrina legal sobre responsabilidad objetiva y carga de la prueba, pues ésta presupone que el causante del daño sea el conductor del automóvil, y la víctima, un tercero. 4.º) Violación de la doctrina legal referente a la compensación de culpas, pues en el caso de autos se dio, en último término, una concurrencia de culpas, donde la más grave del conductor debió absorber la del pasajero y propietario del vehículo. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso.

Considerando que para que pueda ser acogido un motivo de casación, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es necesario que la sentencia recurrida haya infringido la norma o doctrina legal invocada por el impugnante, y que lo haya sido precisamente por el concepto que se aduzca, requisito que no concurre en los motivos primero y segundo, toda vez que acusada la infracción, por el concepto de violación, del artículo 1.902 del Código civil y de la doctrina legal concordante, la Sala sentenciadora no ha podido incidir en tal clase de infracción, puesto que descartado el aspecto positivo de la violación, ya que en tales motivos no se suscita cuestión alguna respecto a ese tema, en cuanto al otro aspecto, el negativo, de inaplicación o falta de aplicación, es evidente que lo que hace la sentencia combatida es aplicar al caso debatido el citado artículo 1.902 y la doctrina legal que lo interpreta, por lo que acaso podría haber incurrido en una aplicación indebida o en una interpretación errónea de los mismos, pero nunca en su violación en el aspecto negativo antes indicado.

Considerando que aun prescindiendo del fundamento anterior también serían inviables dichos motivos, dado que en el caso discutido concurren los tres requisitos que el recurrente echa de menos, a saber: 1.º) La acción o conducta positiva del mismo recurrente, consistente en proponer al señor Fernández—no obstante constarle que éste, aunque no estaba embriagado, había bebido demasiado—que ambos se trasladasen a dos localidades donde tenía que realizar varios encargos, y que al efecto condujese el señor Fernández el coche propiedad del proponente, ocupando éste el asiento contiguo al del conductor. 2.º) La culpa o negligencia del hoy impugnante, puesto que permitir e incluso proponer al repetido señor Fernández que realizara la conducción del vehículo después que ambos habían pasado toda la noche en vela e ingiriendo demasiadas bebidas alcohólicas, o sea, en condiciones notoriamente inadecuadas para emprender el viaje, como se declara en el cuarto considerando de la resolución combatida, entraña una falta del cuidado o diligencia exigible en las circunstancias que configuran concretamente el caso, mediante cuya aplicación podría haberse evitado el resultado. 3.º) El nexo causal entre la referida acción culposa y el daño, toda vez que aun cuando la causa inmediata de éste fue que, por lo fatigado que se encontraba y por las bebidas que había ingerido, el conductor se distrajo y perdió el dominio de los movimientos del coche, saliéndose éste de la carretera y resultando aquél despedido, quien por efecto del golpe recibido falleció seguidamente, no puede olvidarse que la causa mediata fue que el ahora recurrente permitió e incluso propuso a su amigo que realizase la conducción del vehículo a sabiendas de que se hallaba en circunstancias notoriamente inadecuadas para emprender el viaje proyectado.

Considerando que por las razones anteriores deben desestimarse los dos primeros motivos, así como el siguiente, ya que en éste se alega la infracción por aplicación indebida de la doctrina legal sobre responsabilidad objetiva y carga de la prueba en materia extracontractual, especialmente en los hechos de tráfico, pues si bien es cierto que la sentencia

impugnada menciona en el cuarto considerando esa doctrina, se trata de una alusión hecha a mayor abundamiento, no constitutiva, por tanto, del verdadero fundamento del fallo.

Considerando que si en el área del artículo 1.902 del Código civil y en las hipótesis de coexistencia o concurrencia de culpas ha mantenido esta Sala en algunas ocasiones el principio de la absorción del perjudicado por la del agente o viceversa, en atención a la mayor o menor importancia de una u otra, y el principio de la neutralización o compensación total de culpas de ambos cuando fueren de igual grado y de idéntica virtualidad jurídica (sentencias de 21 de diciembre de 1910, 13 de junio de 1932, 18 de enero de 1936 y 10 de julio de 1943), en el supuesto que ahora se examina no se dan los requisitos exigidos para la aplicación de tales principios dada la gravedad de la culpa del recurrente, siendo, por el contrario, más ajustado al caso el principio de la moderación o disminución de la cuantía de la indemnización, conforme al cual cuando a la realización del daño han contribuido causalmente la acción u omisión culposa del agente y la llamada «culpa» del perjudicado, ambas deben ser valoradas jurídicamente al efecto de determinar el *quantum* citado, reduciéndolo, en uso de la facultad conferida por el artículo 1.103 del referido Código, en proporción al grado de participación que en la producción del resultado haya tenido la conducta de la víctima, y habiéndose atendido a este principio la sentencia recurrida procede desestimar el cuarto y último motivo, y con él, la totalidad del recurso...

LA ATRIBUCION DE LOS FRUTOS AL COMPRADOR NO DERIVA DE UN DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LA FINCA, SINO DE LA PERFECCION DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA. RECURSO CONTRA EXTRALIMITACIONES COMETIDAS EN EJECUCION DE SENTENCIA (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1973).

En ejecución de sentencia, por la que se condenó al demandado, señor Salvador Moreno, a que elevase a escritura pública un contrato privado de compraventa de una finca y a que restituyese al actor, señor Leopoldo Reyes, los frutos percibidos desde 10 de septiembre de 1962, se dictó un auto, a instancia del acto, requiriendo al condenado a que liquidase también los frutos percibidos desde que cumplió el mandato de escrituración (21 de diciembre de 1967). El señor Moreno recurre el auto en reposición pretextando que la condena a elevar una compraventa a escritura pública no supone tránsito de la propiedad, cuestión que sería propia de otro proceso y de otra acción (la reivindicatoria), y que, por tanto, los frutos posteriores a la escritura que el auto le ordenaba liquidar sólo a él le pertenecían. El Juzgado deniega la reposición con costas; la Audiencia confirma el auto también con costas, y el señor Moreno articula un recurso de casación en dos motivos, fundados ambos en el artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero el Tribunal Supremo tampoco da lugar a él.

Considerando que para que el recurso de casación por infracción de Ley, autorizado por el artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pueda ser estimado es preciso que se produzca una divergencia o discordancia entre la sentencia firme recaída en el proceso de cognición y los términos en que se lleva a cabo su cumplimiento, cuestión cuyo enjuiciamiento requiere una confrontación o examen comparativo a fin de determinar si se ha incurrido o no en el exceso de poder en alguno de los dos únicos casos o supuestos que establece el indicado precepto legal.

Considerando que en el primer motivo del recurso se sostiene que habiendo la sentencia de cuya ejecución se trata condenado al demandado,

y hoy recurrente, a elevar a escritura pública el contrato de compraventa que suscribió con el actor en el documento privado acompañado a la demanda, así como a entregarle los frutos de la finca vendida producidos desde el día 10 de septiembre, la resolución recurrida provee en contradicción con lo ejecutoriado, al haber acordado se le requiera «para que en el término de tres días presente la liquidación de los frutos percibidos en la finca desde el día 10 de septiembre de 1968 hasta la fecha», por entender el recurrente que los frutos que ha de liquidar son los producidos entre el día 10 de septiembre de 1962 y el momento en que se otorgó aquella escritura pública en 21 de diciembre de 1967, la cual fue presentada en el Juzgado y entregada al actor el día 15 de enero de 1968, pero no los producidos con posterioridad, que sólo pueden ser reclamados por el demandante mediante el ejercicio de una acción reivindicatoria; mas al argumentar de ese modo no tiene en cuenta que la atribución de todos los frutos al comprador no deriva de un derecho de propiedad sobre la finca que los produce, sino de la perfección del contrato de compraventa, aun no teniendo todavía a su favor derecho real sobre la finca que compró, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.468 en relación con el 1.095, ambos del Código civil, y olvida que la condena a la entrega de frutos desde el día 10 de septiembre de 1962 que contiene la sentencia le viene impuesta en su condición de vendedor, y que si se dejó indeterminado el día final fue porque estando la finca objeto del contrato en su poder resultaba ser desconocida la fecha en que tendría lugar la entrega al comprador, en cuyo momento, y sólo entonces, cesaría la obligación de entregar los frutos por la confusión de derechos, y siendo así que dicha finca aún continúa en poder del vendedor, es llano que mientras esa situación persista subsiste también el derecho del comprador a todos los frutos, y ello en cumplimiento de la sentencia de cuya ejecución se trata, decayendo, en su consecuencia, el motivo examinado y también el segundo y último, que reprocha a la resolución impugnada de resolver puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia, toda vez que parte del supuesto, que establece por su cuenta el recurrente, de que se pronuncia tácitamente sobre si la escritura pública de 21 de diciembre de 1967 cumple o no lo ejecutoriado, cuando es lo cierto que tal supuesto es inexistente y que, por el contrario, consta en autos, y así lo admite el propio recurrente, que esa cuestión ha sido suscitada por el actor en una demanda incidental, que se sustancia en pieza separada y en cuyo incidente no ha recaído aún sentencia.

Si la escritura pública a que se elevó la compraventa no contenía ninguna salvedad en contrario, no cabe duda que su otorgamiento equivalía a la entrega de la finca (art. 1.462-2.º), y sumados ya los títulos y modos que requiere el artículo 609, el actor resultaba indiscutible propietario del inmueble; en consecuencia, no sólo es que le pertenecían los frutos posteriores *iure proprietatis* y no simplemente *iure emptionis*, sino que podría ejercitar las expeditivas acciones de recuperación de la finca que al titular del dominio conciernen. Sin duda, se hallaba *sub iudice* el valor y efectos de la escritura de 1967 (cf. el final del segundo considerando) y por eso el Tribunal Supremo se vio obligado a recordar que los frutos pertenecen al comprador en cuanto mero acreedor obligatorio, conclusión que, aunque inquestionable de *iure dato*, supone una injustificada excepción para los frutos respecto del sistema general de transmisión de la propiedad, tan injustificado como el tránsito de los riesgos por la mera perfección del contrato (art. 1.452) (1).

J. M. R. P.

(1) Vide recientemente sobre las excelencias para la compraventa civil del principio *periculum est emptoris*, excelencias que no compartimos, la completísima obra de MARIANO ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1972, especialmente págs. 224 y ss., y 303 y ss.

COMPRAVENTA: NO CONSTITUYE INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO POR PARTE DEL VENDEDOR EL NO TENER LA FINCA INSCRITA A SU NOMBRE EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—Vendido un inmueble con precio aplazado e impagado éste por el comprador, demanda el vendedor la resolución del contrato. El demandado alega que previamente hubo incumplimiento por parte del actor, por no justificar que era dueño de la finca al no tenerla inscrita a su nombre. El Tribunal Supremo rechaza tal defensa.

Doctrina de la sentencia.—No es motivo para suponer que previamente existió un incumplimiento del contrato por parte del demandante el hecho de que el inmueble objeto de la compraventa no estuviese en el momento de la celebración de aquélla registrado a nombre del actor. Contra estas afirmaciones se alza el primer motivo del recurso, denunciándose en él que en ningún momento se acreditó que tal inmueble fuese de su propiedad, sin tener en cuenta que el recurrente, con su criterio, confunde, por una parte, el concepto de existencia del dominio con el de su inscripción en el Registro de la Propiedad y, por otra, la celebración del contrato, con la formalización del mismo en escritura pública, debiendo tener presente respecto al primer extremo que conforme a los principios inspiradores de nuestra legislación, la inscripción en el Registro de la Propiedad no es constitutiva de derechos, sino declarativa, ya que los derechos reales nacen, se transmiten y se extinguen fuera del Registro; por ello el ahora recurrente no puede suspender el pago del precio, porque resulta claro del contexto del artículo 1.502 del Código civil que solamente podría hacerlo el comprador cuando fuese éste perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida o tuviese fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, y es obvio que en el caso de los presentes autos no existe como real y cierta esa perturbación ni media tampoco un temor fundado, sin que sea eficaz el puramente hipotético que alega el recurrente.

EL PROMOTOR DE UN EDIFICIO DE PISOS ES EQUIPARABLE AL CONTRATISTA A LOS EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD QUE DETERMINA EL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—Una Comunidad de Propietarios de una casa demanda al promotor de la misma por ciertos defectos en la construcción. Se estimó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—El tema básico alrededor del cual gira el presente recurso es determinar si la moderna terminología de promotor de una construcción es o no equiparable a la de contratista a los efectos de la responsabilidad que determina el artículo 1.591 del Código civil o, por el contrario, queda al margen de aquélla y de la consiguiente responsabilidad; los demandados pretenden excluir aquella responsabilidad aduciendo que fueron unos meros propietarios del inmueble, que enajenaron una vez construido y que, en su caso, la única acción que podría ser ejercitada contra los mismos sería la de saneamiento, que se halla prescrita. La tesis de los demandados recurrentes es acertadamente desechada por la sentencia de Instancia, porque en el caso de autos los recurrentes promovieron la construcción del edificio sobre un solar de su propiedad

con la finalidad de enajenarlo por pisos; es cierto que el término de promotor no fue utilizado por el Código civil, por ser desconocido en aquella fecha el carácter de constructor con la amplitud y características del denominado actualmente promotor, que reúne en una misma persona generalmente el carácter de propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquél, enajenante o vendedor de los diversos locales o pisos en régimen de propiedad horizontal y beneficiario del complejo negocio jurídico, lo que no obsta para que en la realización o ejecución del proyecto utilice personal más o menos especializado, al que ha de contratar, cual realiza también el simple contratista, y por ello la responsabilidad a que se refiere el artículo 1.591 recae sobre el promotor o constructor del edificio en su totalidad, a lo que no es obstáculo su carácter de propietario, que no le puede exonerar de la citada responsabilidad; otro criterio representaría el desamparo de los compradores de pisos adquiridos a través de esa modalidad de la construcción, por medio de la cual se lleva a cabo hoy día la mayoría de las adquisiciones de pisos de nueva planta, lo que no puede ser tutelado por la Ley.

PARA ALEGAR INCONGRUENCIA ES PRECISA LA CITA DEL ARTICULO 359 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Para impugnar el fallo alegando vicio de incongruencia es precisa la cita del artículo 359 de la Ley procesal civil, definidor de aquel defecto, precepto de orden sustantivo y no meramente procesal y que es requisito de carácter esencial para tal censura, siendo jurisprudencia reiterada la que declara que su omisión constituye causa suficiente para desestimar el motivo. Los requisitos de forma contenidos en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el escrito de interposición del recurso de casación por infracción de Ley o doctrina legal son tan esenciales, que la omisión de cualquiera de ellos es óbice para la admisión del recurso, previniendo el párrafo segundo que si fueren dos o más los fundamentos del recurso, éstos se expresarán en párrafos separados y numerados, tendiendo indudablemente a que el escrito del recurso se formule con precisión y claridad para la mejor inteligencia de los problemas que plantea.

ARRENDAMIENTOS: LAS NORMAS QUE LAS PARTES SE IMPUSIERON AL CONTRATAR CONSTITUYEN LA PRIMERA LEY QUE HAY QUE OBSERVAR (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1974).

Hechos.—Por culpa del arrendatario de una fábrica se produjo en ella una explosión que causó cuantiosos daños. El arrendador solicita indemnización de daños y perjuicios; el demandado-arrendatario alega que deben compensarse los daños con las mejoras, pero su defensa no es aceptada por el Supremo.

Doctrina de la sentencia.—El primero de los motivos denuncia la violación por no aplicación del artículo 1.573 en relación con el 488, ambos del Código civil, en cuanto aduce el recurrente que dichas normas atribuyen al arrendatario el derecho de compensar los «desperfectos» de los bienes con las «mejoras» que en ellos se hubieren hecho. En materia de contratación no ha de olvidarse que en la decisión del pleito ha de atenderse con

preferencia a las normas que las partes se impusieron al concertar sus voluntades, las cuales constituyen la primera Ley que hay que observar; habiéndose pactado en el contrato que las mejoras realizadas por el arrendatario quedarán a favor del arrendador a la terminación del contrato sin indemnización alguna, ello implica una regulación convencional del problema de las mejoras, que excluye la aplicación del artículo 487 del Código civil, y dada la estrecha relación existente entre el mismo y el 488 comprende también a éste.

SOCIEDAD DE GANANCIALES: SE HALLA LEGITIMADA LA MUJER PARA ACTUAR CUANDO ESTA AUTORIZADA POR EL MARIDO (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—Un matrimonio avaló un préstamo de cuatro millones hecho a una Sociedad, y por el impago de ésta tuvieron que abonarlos. Reclama la mujer, asistida de su esposo, a la Sociedad el pago de esa cantidad; la Sociedad deudora se defiende no reconociendo personalidad a la mujer. No triunfó tal tesis.

Doctrina de la sentencia.—No puede impugnar o desconocer la personalidad o legitimación de un litigante quien dentro o fuera del pleito se la tenga reconocida. Aun cuando, en principio, la administración y representación e incluso la disposición con limitaciones de los bienes gananciales corresponda al marido, cuando conste, como en el caso de autos, que éste ha concedido su autorización, representación y consentimiento a la mujer, forzosamente se ha de entender que está legitimada para obrar o actuar judicial o extrajudicialmente en defensa de los intereses de la comunidad, sin que el hecho de que actúe en nombre propio pueda trascender a otro orden de relaciones que la de los intereses personales entre marido y mujer.

RECURSO DE CASACION: APORTACION DE DOCUMENTOS PRIVADOS COMO MEDIO DE PRUEBA (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El párrafo tercero del artículo 502 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere única y exclusivamente a los documentos públicos cuyos originales existen en un protocolo o archivo oficial, en cuyo supuesto deberán presentarse con la demanda, bien por copia fehaciente o bien por copia simple si el interesado manifestare carecer de otra fehaciente, bien entendido que en este último caso no producirá ningún efecto si durante el término de prueba «no se llevare a los autos una copia del documento con los requisitos necesarios para que haga fe en juicio». Los documentos privados sólo deben acompañarse a la demanda, según se induce del párrafo segundo del aludido precepto, si los tuviere a su disposición el demandante, pues en otro supuesto le basta designar «el archivo o lugar en que se encuentren los originales».

RECURSO DE CASACION: RIGORISMO FORMAL (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El rigorismo formal que impera en la regulación del recurso de casación condiciona la actividad de los litigantes no sólo en lo concerniente a los medios a emplear para impugnar las sentencias de Instancia, sino también respecto a la manera de utilizarlos; según

evidencian los razonamientos utilizados al desarrollar los motivos del recurso, todos tienen como característica común la de que el recurrente prescinde totalmente de la fundamentación de hecho de la sentencia impugnada, que ha de ser aceptada al no haber sido combatido eficazmente.

LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS ES COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—La sentencia recurrida establece la conclusión en que basa su fallo en una interpretación conjunta de la totalidad de las cláusulas generales y particulares del contrato, cosa que pretende soslayar la parte recurrente apoyándose únicamente en la literalidad de una de las cláusulas generales impresas, pretendiendo con ello, al margen de los elementos que ha tenido en cuenta el Tribunal *a quo*, sustituir con su criterio propio el de aquél, lo que, conforme tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala, es improcedente, por ser la cuestión de interpretación competencia de los Tribunales de Instancia.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: VIGENTE YA EL CONTRATO, INCLUSO EL DERECHO DE PRORROGA ES RENUNCIABLE A VOLUNTAD DEL ARRENDATARIO (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—La propietaria del cine «Capitol» de Granada otorgó contrato de arrendamiento de éste con una Compañía explotadora; contrato que fue novado posteriormente, estableciéndose al fin un incremento de la renta si la arrendataria hacía uso de su derecho de prórroga. Como la Compañía se negó a pagar tal incremento estimando nula esa cláusula, la propietaria demanda y obtiene la declaración de su derecho.

Doctrina de la sentencia.—Se alega por el recurrente que una copiosa jurisprudencia de esta Sala consagra el principio de que es improcedente el incremento indiscriminado de la renta cuando no se ajuste con escala móvil de alzas y bajas, porque puede conculcar el irrenunciable derecho de prórroga consagrado por la Ley. Pero no es el derecho de prórroga lo que se discutió en el pleito, por el contrario, ambas partes están conformes en que al arrendatario le corresponde dicho derecho; lo que el arrendatario se niega a aceptar es el meramente de renta prepactada para caso de prórroga, apoyándose en la jurisprudencia antes aludida de este Tribunal. La aplicación de la prórroga ni siquiera se discute ni en el pleito ni en el recurso, sino la licitud del aumento de renta prepactado para caso de prórroga. Las sentencias citadas en el motivo segundo del recurso aluden a hipótesis totalmente distintas de las de autos no sólo por tratarse de arrendamientos de locales de negocios y no de arrendamientos de industria, sino porque el caso presente es diferente; en efecto, aquella jurisprudencia se refiere al incremento indeterminado de momento y determinable sólo conforme a ciertos «módulos de alza»; en este caso no es eso lo pactado, sino que con arreglo a la libertad de contratación, proclamada en el artículo 1.255 del Código civil y respetada por la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuando ya la parte arrendadora está en posesión legal de la finca arrendada, se pacta novando el primitivo contrato un aumento de renta, lo que lleva a la consideración de que si bien, como dice el artículo 6 de la Ley locativa, cualquier renuncia anticipada a los beneficios otorgados por ella se considera nula y sin ningún valor, no lo es cuando en plena posesión del contrato el arrendatario consiente voluntariamente

en elevar la renta y ratificar lo de los incrementos periódicos, pues vigente ya el contrato, incluso el derecho de prórroga es renunciable a voluntad del arrendatario.

EL RECURSO DE CASACION EN EL FONDO CARECE DE VIABILIDAD SI LAS DISPOSICIONES QUE SE INVOCAN NO TIENEN EL CONCEPTO DE LEYES DEL REINO (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El motivo único acusa la infracción por violación o falta de aplicación del artículo 23 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivado del uso y circulación de vehículos de motor, motivo que no puede prevalecer porque reiteradamente tiene declarado este Supremo Tribunal que el recurso de casación en el fondo, que prevé el artículo 1.691, número 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «carece de viabilidad si las disposiciones que se invocan no tienen el concepto de Leyes del Reino», como no lo tienen los Decretos emanados de la Administración ni las prescripciones del mismo origen cuyo rango sea meramente reglamentario, rango y carácter que pese a la autorización contenida en la disposición final quinta de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, ostenta la norma citada al principio, por lo que procede declarar no haber lugar al recurso.

ACTOS PROPIOS: SOLICITANDOSE POR EL DEMANDADO LA CADUCIDAD DE LA INSTANCIA Y ALTERNATIVAMENTE RECURSO DE APELACION, QUE FUE ADMITIDO, NO PUEDE INVOCAR TAL CADUCIDAD DESPUES EN EL RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Es también reiterada y uniforme la doctrina jurisprudencial en el sentido de que la incompetencia de jurisdicción, cuya infracción se sanciona en la causa sexta del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es la estrictamente territorial, quedando al margen de ella otro tipo de cuestiones; el actual recurrente, que fue demandado en el pleito de que traen causa estas actuaciones, lo fue en rebeldía durante la Primera Instancia, personándose como apelante en el trámite correspondiente con un escrito en que se contenían dos peticiones alternativas: una, que se declarase la caducidad de la Instancia—en que ahora se apoya—, y otra, que se admitiera la apelación de la sentencia dictada en primer grado; habiendo sido desestimado lo primero y admitido el recurso con total y pleno acatamiento del apelante, en cuyo concepto compareció y actuó, manteniendo el recurso en todos sus trámites, en abierta contradicción con lo que en este momento pone de manifiesto y con vulneración de la doctrina de los actos propios elaborada y mantenida inalterablemente por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo.

EJECUCION DE SENTENCIA (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Al condenar la sentencia firme en el tercer apartado del fallo «a rendir cuentas de la comunidad de explotación», es evidente que la entrega de frutos está comprendida en dicho pronunciamiento, ya que no puede retrasarse la de la parte correspondiente a la recurrida haciendo propios los frutos de la finca pertenecientes al período

en que tal retraso se produjo, por lo que por dicho motivo el auto recurrido no ha acordado en contra de lo ejecutoriado.

EJECUCION DE SENTENCIA (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El recurrido auto ni resuelve puntos no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia o se provee en contradicción con lo ejecutoriado, toda vez que no haciendo sino mantener la referida providencia, ésta se conforma a lo dispuesto en auto, que, como se ha expresado, quedó firme, lo que hace sean desestimados los motivos.

LAUDO ARBITRAL: NO PUEDEN LOS ARBITROS PRORROGAR EL PLAZO EN QUE EL LAUDO HABIA DE SER EMITIDO, AUNQUE SEA PARA PRACTICAR NUEVAS PRUEBAS, PARA MEJOR PROVEER (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Ateniéndonos a la naturaleza esencialmente contractual antes que jurisdiccional del arbitraje de Derecho privado, no exento de un rigorismo formal en cuanto al procedimiento se refiere, que, como declara el artículo 26 de la Ley especial, «en ningún caso podrá ser modificado por convenio entre las partes», de lo que es de destacar que únicamente a las partes comprometentes corresponde determinar o señalar el plazo o término en que los árbitros hayan de pronunciar el laudo; si bien es cierto que, conforme a la regla cuarta del artículo 27 de dicha Ley especial, en el plazo de prueba podrá practicarse cualquier clase de las propuestas por las partes o incluso por iniciativa de los árbitros, para cuya celebración acude la Ley a las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de entenderse que si los árbitros proponen la práctica de pruebas, lo ha de ser en el propio plazo que para su proposición y práctica señalaron, por lo que no es posible equiparar aquella posible iniciativa con la facultad que para mejor proveer se concede por la Ley de Enjuiciamiento Civil a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria; supuesto que no se da en el juicio arbitral, en el que los árbitros gozan dentro del período de proposición y práctica de prueba de idénticas facultades que las propias partes, sin que, por tanto, y en ningún caso, puedan arrogarse facultades que la Ley no les concede, y bajo su dictado acordar la suspensión y prórroga de aquel plazo, que por su índole sustancialmente contractual es prerrogativa que sólo a las partes comprometentes corresponde.

CULPA AQUILIANA: LA OBJETIVACION ESPECIFICA DE LA RESPONSABILIDAD ES MAS EXIGIBLE CUANDO CONCURREN RAZONES PROFESIONALES (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1974).

Hechos.—Un obrero español que venía de Alemania a pasar las vacaciones de Navidad tomó un taxi para que le condujera a su pueblo. En una curva muy cerrada y con hielo en la carretera patinó el coche y cayó por un barranco, recibiendo el obrero graves lesiones y quedando con una incapacidad parcial para su trabajo. El taxista y la Aseguradora son condenados a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—El demandado taxista conducía el coche de su propiedad y al llegar donde la calzada se dispone en una curva muy

cerrada de giro a la derecha, al salir de la misma el coche patinó por consecuencia de la existencia de hielo, y siendo el demandado taxista, conocedor de la carretera, peligrosa en ese punto, debía haber adoptado unas precauciones que no tomó, ya que su velocidad era excesiva, es decir, que el conductor demandado maniobró con una patente falta de prudencia dada la peligrosidad por sí sola de la curva, agravada por el hielo, que hacía excesiva la velocidad de la marcha, conducta suficiente para considerar aplicable al caso de autos el artículo 1.902 del Código civil, pues si bien es cierto que toda acción u omisión determinante del daño indemnizable se presume siempre culposa, a no ser que su autor acredite haber actuado con el cuidado y diligencia que requieren las circunstancias de lugar y tiempo en el caso concreto.

En el de autos esta objetivación específica es más exigible por razones profesionales, que obligaban al conductor a una mayor diligente y precaución en los trazados peligrosos que le eran conocidos.

RESOLUCION DE CONTRATO (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1974).

Hechos.—El arrendador de una finca rústica solicita la resolución del arrendamiento por falta de pago de la renta por parte del arrendatario. Igualmente pide indemnización por unos árboles cortados por el arrendatario sin tener derecho a ello.

Doctrina de la sentencia.—Regulando el artículo 1.124 del Código civil una facultad atribuida a la parte perjudicada ante el quebrantamiento de las obligaciones que la otra libremente contrajo, a aquélla le asiste el derecho de opción entre exigir su cumplimiento o la resolución del contrato con la indemnización que le corresponde y que como sanción le impone el Juzgador, por lo que sólo existe incompatibilidad entre la petición de resolución del contrato y de cumplimiento; pero basada aquélla en la falta de pago del precio de arrendamiento entra en juego el principio de reciprocidad perfecta y nada obsta a que, además, se obligue al arrendatario demandado al cumplimiento del pacto, en virtud del cual se comprometía a entregar al propietario en su domicilio los árboles que por cualquier motivo fuese necesario cortar, condenando a devolverlos en especie en la forma expresada o bien mediante el pago de la suma en que aquéllos fueron pericialmente tasados, por tratarse de una obligación accesoria que ha sido objeto de petición especial por el actor.

CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA: LA FACULTAD DE DESISTIR CONCEDIDA AL DUEÑO DE LA OBRA POR EL ARTICULO 1.594 DEL CODIGO CIVIL, NO PUEDE EJERCERSE IMPUNEMENTE (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Hechos.—Una Sociedad española encargó a otra, suiza de nacionalidad, que le construyera una máquina para taladrar cañones de carabinas, pero posteriormente desistió de su encargo. La Empresa suiza demanda a la española y obtiene indemnización.

Doctrina de la sentencia.—Esa facultad de desistir que le concede al dueño el artículo 1.594 del Código civil en este tipo de contratos, no puede ejercerse impunemente, según el propio precepto legal, en perjuicio del

contratista, al que hay que indemnizar de todos sus gastos, trabajo y utilidad o beneficio industrial que pudiese obtener de la obra, y estando fijado el precio para la obra encargada por coincidencia de las partes en el contrato y no habiendo discusión posible sobre este extremo, queda como único problema el de la fijación de los porcentajes, a cuyo efecto basta con leer el considerando quinto de los aceptados de la sentencia de primer grado para comprobar que en el mismo se afirma rotundamente «que se ha evidenciado que la utilidad o ganancia que habría de producir al demandante la construcción de la máquina contratada asciende a un 15 por 100 del total del precio convenido». En su virtud no puede darse lugar a ninguno de los dos motivos del recurso, pues se limitan ambos a la afirmación, infundada y gratuita, de que sin estar acreditada su realidad, en el caso presente se ha concedido indebidamente la indemnización por lucro cesante, debiendo añadirse que en el motivo primero concurre también un defecto formal que lo vicia de inadmisión, al denunciar simultáneamente la infracción de los preceptos que cita por violación e interpretación errónea, conceptos perfectamente diferenciados y cuya atribución simultánea introduce una confusión lamentable.

LA VENTA A SABIENDAS DE UN LOCAL COMO HABITABLE SIN SERLO CONSTITUYE CAUSA ILICITA DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—El demandado vendió al actor un desván, cuyo destino a vivienda estaba prohibido por las Ordenanzas Municipales. El comprador demanda y obtiene la nulidad de tal compraventa.

Doctrina de la sentencia.—Según establecen los hechos declarados probados, «el demandado vendió a los actores un local abuhardillado habilitado para vivienda por precio de 350.000 pesetas, local construido sin la correspondiente licencia municipal y cuyo destino a vivienda estaba prohibido por las Ordenanzas vigentes». Ante tales hechos es evidente la improsperabilidad de los cinco motivos articulados, puesto que en cuanto a los dos primeros, que acusan la aplicación indebida y la interpretación errónea del artículo 1.275 del Código civil, la venta de un local como habitable sin serlo, a sabiendas de que tal destino resulta prohibido por la Ley, es evidente que constituye la causa ilícita declarada por el Tribunal de Instancia.

Estimada la existencia de causa ilícita en el contrato, la concurrencia de dolo en el vendedor y error *in substantia* en el comprador, resulta inoperante a efectos del fallo, que no puede sufrir modificación alguna, cualquiera que sea la estimación del Tribunal sobre la existencia de estos vicios del consentimiento. Tampoco puede prosperar el quinto motivo, en que se denuncia violación del artículo 1.301 del Código civil, puesto que los plazos de prescripción señalados en el mismo no son de aplicación a los contratos inexistentes por causa ilícita.

ES INCONGRUENTE LA SENTENCIA QUE ORDENA LA PRACTICA DE UNA RENDICION DE CUENTAS NO PEDIDA POR LAS PARTES (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Estos demandados, ahora recurrentes, no accionaron en sus escritos de contestación y réplica sobre esta cuestión, ahora surgida en esta fase extraordinaria del proceso, sino que se limita-

ron entonces a solicitar frente al suplico del escrito inicial de demanda la absolución de lo en ella pedido, y es por ello que en ningún momento los Tribunales pueden imponer una resolución que los propios litigantes no demandaron, desbordándose los límites del recurso e incurriendo con ello en incongruencia, con infracción de la doctrina de este Tribunal en el aspecto de rendición de cuentas, que sientan el criterio de que es incongruente la sentencia que ordena la práctica de una rendición de cuentas no pedida por las partes.

INCONGRUENCIA: UNA EXCEPCION NO ALEGADA POR EL DEMANDADO NO PUEDE SERVIR DE BASE AL FALLO ABSOLUTORIO (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1974).

Hechos.—La Organización Sindical cedió en arrendamiento varios locales suyos para su explotación, pero luego se niega a poner al arrendatario en posesión de los mismos. El arrendatario demanda a la Organización Sindical y triunfa, pues la sentencia absolutoria de la Audiencia es casada por el Supremo.

Doctrina de la sentencia.—El motivo quinto aduce que la sentencia recurrida no es congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, con lo que se vulnera lo preceptuado por el artículo 359. de la Ley de Enjuiciamiento Civil; motivo que merece ser acogido dado que aquella resolución funda su parte dispositiva en que entre las partes «hubo unos tratos, cuyo estado en un momento determinado se documentó para asegurar una posible promesa, pero no la expresión de una voluntad formada y formal igual al consentimiento en un contrato», hecho capital que por no haber sido alegado como excepción por la Organización Sindical demandada al oponerse a la pretensión del actor, no podía servir de base al fallo absolutorio pronunciado por la Sala sentenciadora sin quebrantar la citada norma de la Ley de enjuiciar.

DOCUMENTOS AUTENTICOS: REQUISITOS (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Los documentos que aunque reúnan los requisitos intrínsecos necesarios para su legitimidad, no acreditan inequívocamente por su contenido lo que mediante ellos pretenden justificar los recurrentes, carecen del requisito de autosuficiencia, que es uno de los atribuidos al documento por la doctrina de esta Sala para que pueda ser calificado de auténtico.

La presunción del artículo 1.277 del Código civil exonera de la carga de la prueba a los favorecidos por ella, pero por ser presunción *juris tantum* admite la prueba en contrario, por cualquiera de los medios probatorios admitidos en Derecho.

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El recurso por quebrantamiento de forma, como todos los de casación, se configura en todos los ordenamientos jurídicos con carácter esencialmente técnico, exigiéndose que en el escrito de formulación se cumplan inexcusablemente ciertos y determinados requisitos. Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil no podía sustraerse a este prin-

cipio general y en el artículo 1.693 determina de modo concreto y taxativo las formalidades esenciales, cuya omisión o incumplimiento puede dar motivo a la casación, sin que a tales efectos puedan admitirse otros. Por tanto, en el escrito de formalización deberán exponerse separadamente cada uno de los vicios *in procedendo* que se denuncian, incardinando cada uno de ellos en el respectivo número del artículo 1.693 en que se ampara, sin que sea lícito subsanar tales defectos de formulación en el acto de la vista. Es requisito esencial precisar el precepto legal que se supone vulnerado y la causa en que consiste tal vulneración, requisito que la jurisprudencia viene exigiendo con uniforme reiteración.

VALORACION PROBATORIA (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Los documentos que fueron tenidos en cuenta y valorados por la Sala de Instancia, según constante doctrina de esta Sala, no pueden invocarse como fundamento del error de hecho, salvo que se impugne el contenido de ellos por interpretación errónea por el ordinal primero del artículo 1.692, que sería el utilizado correctamente.

Para que se pueda infringir una norma de valoración probatoria por inaplicación es absolutamente necesario deje de ser tenida en cuenta y, por tanto, no se atribuya al medio de prueba tasado cuya valoración regule la eficacia correspondiente.

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Según tiene proclamado con reiteración la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, el rigor formal característico de los recursos extraordinarios, como es el de infracción de Ley que aquí se interpone, lleva consigo la exigencia de claridad y precisión contenidas en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no es compatible con la alegación conjunta e indiferenciada de dos o más de las infracciones señaladas con el número primero del citado artículo 1.692.

Se alega error de hecho en la apreciación de la prueba que se dice resulta de *actos auténticos* que revelan la equivocación evidente del Juzgador, aduciendo como tales determinadas actitudes procesales de las partes litigantes que carecen del pretendido carácter, porque ni son actos propiamente dichos, pues consisten en meras afirmaciones que las representaciones letradas hacen figurar en los escritos forenses, ni en sí mismos considerados pueden reputarse de auténticos en cuanto son simples reflejos de la postura particular e interesada que conviene a cada una de las partes.

RECURSO DE CASACION: NATURALEZA EXCEPCIONAL (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Como con reiteración ha declarado la jurisprudencia de esta Sala, el recurso de casación por infracción de Ley y doctrina legal es de naturaleza tan excepcional y extraordinaria, que su interposición se halla sometida en nuestro Ordenamiento jurídico a un tratamiento tan rigurosamente formalista, que para su efectividad requiere no sólo que quien pretenda valerse de él exprese con claridad y precisión la Ley y doctrina legal que estime infringida, sino también el concepto en que lo haya sido, sin que sea lícito hacerlo de forma dubitativa o entre-

mezclando dos conceptos diferentes, como los de violación e interpretación errónea, por ser éstos de contenido distinto; a la acción dirigida a reclamar daños y perjuicios derivados de culpa extracontractual comprendida en el artículo 1.902 del Código civil, como es la ejercida en la hipótesis que aquí se contempla, no le son aplicables las disposiciones que regulan la exigibilidad de determinados contratos o las indemnizaciones que de su incumplimiento dimanar dada la diferencia que entre ambas clases de culpa se señalan por la jurisprudencia de esta Sala.

LA PRESENTACION DE UN DOCUMENTO EN QUE SE RECOGE UNA PROMESA UNILATERAL EN LA OFICINA LIQUIDADORA DE DERECHOS REALES ES UNA EXPRESION DE LA ACEPTACION (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—No puede ponerse en duda la aceptación de la promesa por don Arturo, quien conservó en todo momento el documento cuestionado y lo presentó, pocos días después de su redacción y firma por don Ignacio, en un Registro público, como lo es la Oficina Liquidadora de Derechos Reales, acto que no revela únicamente pretender cumplir un requisito fiscal, sino que es una manifiesta expresión de la aceptación del ofrecimiento que en el mismo se hace por parte del destinatario de tal declaración, porque de no ser así resultaría totalmente ilógico que pretendiese pagar un impuesto por una transmisión de un derecho a su favor que no había aceptado.

ALCANCE DEL ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—La doctrina de esta Sala viene sentando que para fijar el alcance del artículo 1.124 del Código civil es preciso tener en cuenta que este precepto normativo de la llamada «acción de resolución» responde a un principio de equidad, según el cual, dada la condición recíprocamente subordinada de las obligaciones bilaterales, es razonable liberar a cualquiera de las partes intervinientes de las obligaciones que privativamente les incumben cuando la contraria deja incumplidas las suyas, pero siempre evitando que se pronuncie la «resolución del vínculo contractual» en aquellos supuestos en que no se patentice de modo indubitado bien una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, bien un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable lo impida.

LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD CIVIL (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.061 del Código civil dice que «se ha de guardar la posible igualdad haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos (en este caso socios) cosas de la misma naturaleza, calidad o especie», es decir, que esta exigencia relativa a las cosas que se adjudican se refiere no a que todos tengan que participar de los mismos objetos, sino que los que se entregan a cada uno deberán reunir aquellas condiciones, que es precisamente lo que aquí hicieron los Juzgadores de Instancia.

LA NEGATIVA POR PARTE DEL VENDEDOR DE UNA FINCA AL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PÚBLICA A FAVOR DEL COMPRADOR CONSTITUYE UN INCUMPLIMIENTO DE UNA PRESTACIÓN ESENCIAL DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Hechos.—Don Eugenio compró un piso a don Leandro, lo pagó puntualmente y se instaló en él. Al requerir don Eugenio al vendedor a que le otorgara escritura pública y resistirse aquél en varias ocasiones demandó la resolución del contrato. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia, que estimó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—La formalización en escritura pública de la compraventa del piso es *no solamente* una facultad legal que otorga a ambos contratantes, y, por consecuencia, al comprador, el juego conjunto de los artículos 1.280 y 1.279 del Código civil, *sino que es también* en el caso de autos una obligación contractual expresamente estipulada. En el motivo segundo se impugna la sentencia atribuyéndole violación por inaplicación de la doctrina legal establecida por las sentencias que señalaba, según cuya doctrina para que proceda la resolución de un contrato perfeccionado y válidamente pactado, por razón de incumplimiento realizado por cualquiera de las partes, es preciso que ese incumplimiento afecte a una de las prestaciones esenciales del contrato; toda la tesis del recurrente descansa en la aseveración gratuita de que la elevación a escritura pública no es una obligación principal, sino simplemente secundaria, siendo así que la resolución recurrida, con adecuados fundamentos legales, afirma lo contrario, pues constata que el compelimiento al vendedor para que formalice la escritura pública es el ejercicio de una facultad legal que se otorga a ambas partes contratantes, y, por consecuencia, al comprador, por el juego conjunto de los artículos 1.280 y 1.279 del Código civil; que, además, en el caso de autos existe la obligación contractual expresamente estipulada, y que la falta de cumplimiento por el vendedor de tal obligación constituye un verdadero y propio incumplimiento de una obligación trascendental.

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1974).

Hechos.—Un avión que fumigaba una finca dejó caer, por efecto del viento, parte del herbicida sobre otra contigua destruyendo su cosecha de remolacha. El piloto y la Compañía de Aviación son condenados a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—El primer motivo, que se formula al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de derecho en la apreciación de la prueba pericial, citando como infringidos por interpretación errónea los artículos 1.243 y 1.214 del Código civil y los 631 y 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tanto porque al declarar los últimos que la prueba pericial es de libre apreciación del Juzgador, como porque los citados del Código civil no dan reglas de valoración, ninguno de dichos preceptos contienen normas de apreciación de prueba y, además, el desarrollo del motivo no hace otra cosa que establecer la propia interpretación del recurrente, contraria en todo a la del Tribunal *a quo*.

NO EXISTE NOVACION CUANDO UNICAMENTE SE ESTABLECE UNA PRORROGA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Los motivos del recurso parten de estimar que lo convenido en el acto de conciliación modifica sustancialmente el contenido del contrato otorgado por ambas partes, cuando realmente lo único que establece es una prórroga de cinco meses para el cumplimiento de la obligación sin declarar la existencia de novación y, por tanto, de acuerdo con la reiterada doctrina de esta Sala, no existe la misma ni, por ende, de tales documentos surge con claridad y precisión dicha figura jurídica, procediendo, en consecuencia, la desestimación de los motivos.

J. Q. S.

IV. DERECHO DE FAMILIA

DEMANDA DE MEDIDAS PROVISIONALES PREVIAS A LA SEPARACION CONYUGAL INTERPUESTA POR LA ESPOSA: la interposición posterior por el marido y el problema de si procede o no la acumulación al pleito iniciado por la esposa; la competencia territorial y la prolongación de la jurisdicción, y la fecha para el cómputo de la antigüedad a efectos de la acumulación. GORDILLO c. LONGO (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1972).

Antecedentes.—I) La esposa demandante presentó escrito ante el correspondiente Juzgado de Madrid con fecha 28 de julio de 1971 solicitando la adopción de medidas provisionales de separación conyugal contra su esposo, residente en otra población, y entre estas medidas las siguientes: la separación provisional de su esposo, la guarda y custodia de sus hijos menores, la aprobación como domicilio del que tiene el abuelo materno en Madrid y que le sean entregadas las ropas y efectos personales de ella y sus hijos bajo inventario. Con fecha 13 de agosto de 1971, el Juzgado dictó auto, en el que se acordaban dichas medidas previas solicitadas y se hacía saber a la solicitante que las mismas quedarían sin efecto si en el término de los treinta días siguientes no se acreditaba la interposición de la demanda de separación ante el Tribunal Eclesiástico correspondiente o en cuanto se justifique su inadmisión.

II) La representación de la esposa presentó escrito ante el mismo Juzgado de Madrid con fecha 26 de noviembre de 1971, al que acompañaba certificación de haberle sido admitida por el Tribunal Eclesiástico de la provincia de . la demanda de separación de su esposo, y solicitaba la adopción de las siguientes medidas provisionales: 1) la separación de los cónyuges, ratificando el auto de 13 de agosto del mismo Juzgado; 2) la guarda y custodia de los cinco hijos del matrimonio en poder de la madre, ratificando el dicho auto de 13 de agosto, y fijando el régimen de comunicación y visitas a los hijos por su padre en el período de ejecución de sentencia; 3) aprobar como domicilio de la esposa e hijos el que indica; 4) señalar alimentos a la esposa e hijos en cuantía de 50.000 pesetas mensuales, por mensualidades anticipadas; 5) fijar en concepto de «litis expensas» la cantidad de 250.000 pesetas para atender a las costas de los litigios interconyugales, cantidad a abonar previa su justificación documental y dado que la esposa—casada en régimen de gananciales—carece de bienes e ingresos propios; 6) mantener al marido en la administración de los bienes gananciales, si bien deberá necesitar licencia judicial para los actos que excedan de la administración ordinaria, y para su efectividad se formará inventario de los bienes gananciales existentes.

III) El marido presenta escrito ante el Juzgado de..., donde tenía el domicilio el matrimonio, con fecha 24 de noviembre de 1971, en el que, pre-

via la justificación de la admisión por el Tribunal Eclesiástico de la provincia de la demanda de separación formulada por su esposa, solicitaba las siguientes medidas provisionales: 1) la separación provisional de los cónyuges; 2) fijar como domicilio de la esposa el que ella señale; 3) que el marido continúe en la administración de los bienes gananciales y en la administración y disposición de los suyos privativos; 4) que el marido continúe en el uso de la vivienda común; 5) que los hijos queden en poder del padre por ser el ambiente en que vive el más idóneo para su educación; 6) señalar alimentos a la esposa según se solicite. Por el Juzgado de... se dictó providencia señalando como fecha para la comparecencia, prevista en el artículo 1.897 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el día 7 de diciembre de 1971, y se libró exhorto al Juzgado decano de los de Madrid para la citación de la esposa. Comparecidos demandante y su esposa, aquél representado y ésta sin representación ni defensa, el Juez acordó señalar nuevamente la comparecencia para el día 11 de enero de 1972.

IV) Posteriormente al escrito presentado por el marido (el 3 de diciembre de 1971) la representación de la esposa presenta escrito al mismo Juzgado de Madrid conocedor de las actuaciones precedentes solicitando la acumulación de autos entre los presentes y los que se siguen en... a instancia del marido y haciendo constar: 1.º) que la demanda del marido lleva fecha de 24 de noviembre de 1971, lo que justifica con la cédula de notificación y citación a la esposa recibida por exhorto; 2.º) que los presentes autos son muy anteriores a los promovidos por el esposo, y a éstos deben acumularse los iniciados con posterioridad ante el Juzgado de..., como dispone el artículo 171 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la solicitud de la esposa es de fecha 28 de julio de 1971, y a tal razón de prioridad temporal y a la «vis atractiva» del pleito más antiguo sobre el más moderno se une la prescripción taxativa del artículo 1.892.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de las «segundas» medidas de separación; 3.º) la intención del marido es clara: retraer la adopción de medidas provisionales para el señalamiento de alimentos y litis expensas por todo el tiempo que tarde en sustanciarse la acumulación de autos; 4.º) del presente escrito se acompañan copias para el Ministerio Fiscal y el marido de la demandante; 5.º) conforme al artículo 184 de la Ley de Enjuiciamiento Civil deberá quedar en suspenso la sustanciación de ambos pleitos hasta que se decida finalmente sobre la acumulación, y dado el señalamiento hecho por el Juzgado de... para el día 7 de diciembre procede decretar la suspensión de este procedimiento y dirigir exhorto al Juzgado de... para que se suspenda igualmente la sustanciación del pleito cuya acumulación se pide. Terminaba con la súplica de que se dicte auto estimando procedente la acumulación solicitada, ordenando al Juzgado de... que le remita los autos, acordando la suspensión referida en el artículo 184 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y notificando con carácter urgentísimo al Juzgado de... la existencia de la presente acumulación de autos para que dé cumplimiento al citado artículo 184 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por el Juzgado dicho de Madrid se dictó auto de fecha 28 de diciembre de 1971, declarando procedente la acumulación solicitada y acordando dirigir oficio al Juzgado de... pidiéndole la remisión de los autos al objeto de acumularlos a los presentes.

V) Recibido en el Juzgado de... el oficio del Juzgado de Madrid solicitando la remisión de los autos, al objeto de acumularlos a los seguidos ante el Juzgado de Madrid, por dicho Juez de... se dictó providencia el día 11 de enero de 1972, acordando la suspensión de la comparecencia señalada para dicho día y dar traslado al marido demandante ante dicho Juzgado. Este se opuso a la acumulación solicitada, por estimar que dicha acumulación era en realidad una cuestión de competencia prohibida por

el artículo 1.892 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por ser el procedimiento iniciado en... de fecha anterior (24 de noviembre de 1971) al presentado ante el Juzgado de Madrid (3 de diciembre de 1971) y por someterse la esposa tácitamente al Juzgado de... en la comparecencia de 7 de diciembre de 1971. El Juzgado de... dictó auto con fecha 17 de enero de 1972, por el que acordó no haber lugar a la acumulación solicitada por el Juzgado de Madrid.

VI) Recibido en el Juzgado de... el oficio del Juzgado de Madrid en que participaba su resolución, acordó también remitir sus actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo para la resolución del conflicto planteado. Cada una de las partes compareció ante dicha Sala Primera, y previa la declaración de ser los autos conclusos, se mandaron traer a la vista con las debidas citaciones.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que fue ponente don Antonio Cantos Guerrero, declara la procedencia de la acumulación en mérito de la siguiente doctrina:

Considerando que la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción vigente, al regular en su artículo 1.881 las «primeras» medidas provisionales *para caso de separación, parte de dos supuestos que son inherentes a su naturaleza: de un lado, su carácter de «urgentes» al proveer a una situación de emergencia y, de otro, tiende a limitarlas a lo indispensable*, dada la urgencia transitoria de la situación que establezca, que ha de durar sólo hasta que se entable el pleito de separación; y por ello prescribe un procedimiento rápido a través del cual se da estado de derecho a la separación real creada por la emergencia; da a su actuación una vigencia de sólo treinta días, que son los que se creen indispensables para presentar la demanda de separación ante el Tribunal competente (artículo 1.885), y cuida de que no se demore el procedimiento prohibiendo que plantee ninguna cuestión de competencia (art. 1.884), para lo cual le confiere al Juez de Primera Instancia del domicilio de la mujer, el cual, cuando ha precedido la separación de hecho, puede no ser el conyugal.

Considerando que *una vez interpuesta la demanda de separación*, el artículo 1.886 y siguientes de la Ley Procesal Civil permite que acudan los esposos al Juez de nuevo *para que éste establezca, dentro siempre de la provisionalidad, el régimen jurídico que han de seguir las relaciones personales entre los esposos y sus hijos, así como las patrimoniales, mientras que la situación conflictiva no se resuelva de forma definitiva por el Tribunal competente*, fijando en su artículo 1.892, párrafo segundo, como *Juez competente* para estas supuestas medidas provisionales «el mismo a que se refiere el artículo 1.881 si hubiese precedido el auto a que dicho artículo se refiere, y sólo subsidiariamente, cuando dicho auto no se hubiese dictado, el del lugar del último domicilio conyugal»; *prohibiendo* el mismo precepto en su apartado tercero, también para estas «segundas» medidas, *todo planteamiento de competencias*.

Considerando que *en el presente caso se interpuso por el marido en 24 de noviembre de 1971, después de presentada por la esposa demanda de separación* ante el Tribunal Eclesiástico de Córdoba, *demanda de medidas provisionales*, al amparo del artículo 1.886 de la Ley Procesal Civil, ante el Juez de Instrucción de ., o sea, *ante Juez distinto del que había dictado las «primeras» medidas provisionales con relación a su matrimonio, a sabiendas de que aquéllas se encontraban en trámite*, porque ante el Juez que las acordó había comparecido el marido (escrito de 14 de agosto de 1971) y habiendo sido tenido como parte, postulado (escrito de 3 de septiembre de 1971) e incluso recurrido de sus acuerdos (escrito de 3 de octubre del mismo año), y *como la mujer planteó igual pretensión ante el Juzgado número... de los de Madrid*, que había conocido de las «primeras», para que no se divida la continencia de la causa, párrafo quin-

to del artículo 161 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la propia esposa pidió la acumulación de las diligencias que se seguían en Madrid, y al no acceder a ello aquel Juzgado fueron enviadas a este Tribunal ambas actuaciones para la pertinente resolución como superior común de ambos.

Considerando que *descartada toda alegación de competencia territorial*, que sería contraria a lo dispuesto por la Ley, la decisión de este Tribunal ha de fundarse en las sumarias normas que para el caso de acumulación de autos prescriben los artículos 160 y siguientes de nuestra Ley Procesal Civil, y al aplicar la regla segunda del artículo 171, acordar la acumulación de los autos más modernos a los más antiguos en el orden del tiempo.

Considerando que *en el caso concreto que nos ocupa*, por la remisión del artículo 1.892, párrafo segundo, a que antes nos hemos referido, *el Juez que acordó las «primeras» medidas prolonga su jurisdicción hasta conocer de aquellas que se pretenden después de interpuesta ante el Tribunal Eclesiástico la demanda de separación; por tanto, para decidir sobre la antigüedad a efectos de acumulación no ha de partirse de la fecha en que se pidió por cada una de las partes ante distinto Juzgado la aplicación de las medidas provisionales*, a que se refiere el artículo 1.886: el marido ante el de Lucena el 24 de noviembre de 1971, y la mujer ante el de Madrid el 26 del mismo mes y año, *sino de la fecha del 28 de julio de 1971, en que por la esposa se pidió la adopción de las «primeras» medidas provisionales*, al amparo del artículo 1.881 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *ante los Juzgados de Madrid*, donde había fijado su domicilio, con sus hijos, en casa de sus padres, al producirse la separación de hecho fundada en la alegación de malos tratos; petición que se turna al Juzgado número... de esta plaza, el cual por auto de 13 de agosto de 1971 adoptó dichas medidas.

Fallamos que debemos decretar y *decretamos la acumulación* de las actuaciones sobre medidas provisionales por separación conyugal seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia número... de Madrid por doña... contra su esposo don..., y de las promovidas por éste, también sobre medidas provisionales de separación conyugal, ante el Juzgado de Primera Instancia de...; remítanse todas las actuaciones con testimonio de esta resolución al Juzgado de Primera Instancia número... de los de Madrid para la subsiguiente tramitación, y póngase en conocimiento del Juzgado de Primera Instancia de...; no se hace especial pronunciamiento sobre costas, siendo de cada parte las causadas a su Instancia y las comunes por mitad.

J. C. G.

V. SUCESIONES

PARTICION REALIZADA POR EL TESTADOR.—Artículo 1.056 del Código civil (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1974).

El artículo 1.056 del Código civil faculta al testador para partir bienes propios, no los ajenos.

Don N. R. M. murió en estado de casado con la actora, de cuyo matrimonio dejó cinco hijos, de ellos cuatro demandantes en este pleito y uno demandado, habiendo consignado su última voluntad en testamento ológrafo protocolizado de fecha 6 de junio de 1937, en el que hacía la partición no sólo de sus bienes propios, sino también de los gananciales e incluso de los parafernales. Con base a este alcance excesivo de la partición se declararon nulas las operaciones de este tipo contenidas en dicho testamento por el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Madrid y por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de la misma capital, debiendo procederse a nueva partición sobre la base del referido testamento de 1937. Interpuesto recurso de casación por infracción de Ley por la representación de dos de los demandantes, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, según los siguientes razonamientos:

Considerando que la tesis que se sostiene en el primer motivo la resumen los recurrentes diciendo que «la participación de don N. R. M. no adolece de vicio alguno»; que «subsidiariamente dicha partición comporta un negocio jurídico simplemente anulable», y que en cualquiera de ambos casos, al declararla radicalmente nula, el fallo recurrido interpretó erróneamente el artículo 1.056 en relación con el 4 del Código civil o viceversa.

Considerando que estimado por los Juzgadores de Instancia que el testamento-partición discutido, fecha 6 de junio de 1937, comprende no sólo los bienes propios del causante, fallecido el 26 de agosto de 1939, sino los parafernales de su esposa, así como los gananciales, no puede decirse que la partición no adolezca de vicio alguno, porque, como tiene declarado esta Sala en su sentencia de 20 de mayo de 1965, dado el texto del propio artículo 1.056 en relación con el 659 del Código civil, la facultad que al testador confiere de hacer por acto *inter vivos* o por última voluntad la partición se refiere a los bienes de éste, pero no a la división y adjudicación de bienes ajenos, y aunque dicho artículo 1.056 exprese que se pasará por ella en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos, esa disposición se contrae al acto particional en su propio sentido, pues, cual bien dice la resolución de la Dirección General de los Registros de 13 de octubre de 1916, es necesario para la efectividad de tales disposiciones que los bienes distribuidos sean propios del causante, es decir, esté en su disponibilidad, pues de otro modo las facultades conce-

didadas al testador para dividir, liquidar y adjudicar el caudal propio se harían extensivas a derechos ajenos con el pretexto de hallarse íntimamente ligados con los suyos.

Considerando que si bien es cierto, como alegan los recurrentes, que para que se esté en un supuesto de nulidad radical—amparable en la norma genérica del artículo 4 del Código civil—no basta que exista una inadecuación entre un acto y un precepto legal, sino que es necesario, además, que éste establezca un mandato ineludible o imponga, siempre imperativamente, una prohibición, no lo es menos que la sentencia recurrida declara que los actos relativos a la partición de bienes que en su testamento hizo el causante de los litigantes infringen y violan de manera ostensible y expresa diversos preceptos del mencionado Código sustantivo, cuales son, aparte de los ya estudiados, el artículo 670 y los referentes a la sociedad de gananciales, 1.414, 1.417 y 1.418 y siguientes, así como los artículos 1.382 y 1.391, que afectan al régimen jurídico de los bienes parafernales, a los que después añade los artículos 1.319, 1.320, 1.322 y 1.394, con referencia a la inalterabilidad del régimen ganancial, terminando con la invocación de la doctrina de esta Sala corroboradora en su sentido de la tesis allí desarrollada, y como esta tesis no puede ser objeto de examen en este trance por no denunciarse en el recurso la infracción de tales preceptos y doctrina, hay que concluir que no existen términos hábiles en casación para afirmar que aquella partición comporta un negocio jurídico simplemente anulable, razón que unida a la desenvuelta en el considerando anterior lleva a la desestimación del motivo referido.

Considerando que el siguiente acusa la infracción por violación del artículo 1.259 del Código civil, motivo que tampoco puede prosperar, en primer término, porque para que la sentencia recurrida hubiese podido incurrir en la falta de aplicación de dicha norma sería menester que el caso de autos estuviese comprendido en el supuesto descrito en ella, requisito que, evidentemente, aquí no concurre, ya que no se está en presencia de un contrato celebrado en nombre de otro; en segundo lugar, porque si los recurrentes entendían que tal precepto no era aplicable directamente, pero sí lo era por analogía, debían haber alegado como infringidos la doctrina o principio jurídico que imponía la aplicación en ese concepto y tenían que haber demostrado que había igualdad jurídica esencial entre aquel caso y el referido supuesto, y, en último término, porque si, generalizando por nuestra cuenta el contenido de la norma, se extendiera a la hipótesis de negocios jurídicos, y no sólo de contratos, celebrados a nombre de otra, tampoco se podría predicar su aplicación al caso, toda vez que ni el causante otorgó la partición en nombre de su esposa, a la vez que lo hacía en nombre propio, ni podía haberlo hecho, porque la partición a que se refiere el artículo 1.056 es un acto personalísimo del testador que no puede efectuarse por medio de representante, como se infiere de su propia naturaleza, en relación con lo dispuesto en el artículo 670 del repetido Código, sin que aquí haga al caso lo prevenido en el artículo 831 del mismo Ordenamiento.

Considerando que articulado el motivo tercero y último con carácter subsidiario, esto es, para el supuesto de que se entendiese que la partición discutida es un negocio jurídico anulable y no nulo, supuesto que no ha tenido realidad, procede también desestimar dicho motivo y con él la totalidad del recurso, con la preceptiva imposición de costas, si bien debe devolverse el depósito constituido por no ser conformes de toda conformidad las sentencias de Primera y Segunda Instancia.

Como se ve, la doctrina es clara: las facultades particionales del testador se limitan a sus bienes privativos, sin poder extenderse a los gananciales ni a los parafernales. Cabe la posibilidad de distribuir bienes gananciales en cuanto los mismos se adjudiquen en pago de la participación que en dicha sociedad conyugal corresponde al causante, así como

bienes parafernales en cuanto los mismos se adjudiquen en pago de créditos que al testador corresponden, y también adjudicar bienes gananciales y parafernales como legados de cosa ajena. Pero ello no está exento de inconvenientes (v. gr., fiscales, confusión entre lo particional y lo dispositivo, posible desproporción entre las participaciones de los llamados), lo que hace deba ser muy meditada tal distribución y siempre efectuada con los pertinentes asesoramientos técnicos, lo que no sucedió en el presente caso, por lo que la consecuencia es clara: nulidad de la partición, dejando a salvo la validez del contenido dispositivo del testamento, conforme al cual ha de procederse a nueva partición, reducida a los bienes propios del causante.

DESHEREDACION E INDIGNIDAD PARA SUCEDER.—DOLO.—LEY «HAC EDICTALI».—Artículos 673; 756, número 6.º, y 853, números 1.º y 2.º, del Código civil, y 250, 253 y 255 de la *Compilación catalana* (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1974).

La calumnia, por constituir un agravio contra el honor de mayor entidad que las injurias, puede surtir el mismo efecto.

Los hechos que motivaron esta sentencia son, en síntesis, los siguientes:

Don J. T. P. tuvo de su primer matrimonio con doña E. S. S. dos hijos, los demandantes, apelantes y recurrentes. Fallecida aquélla contrajo segundo matrimonio el 15 de noviembre de 1958, con la demandada, apelada y recurrida doña C. V. L., a la sazón madre de dos hijos, sin que de este segundo enlace tuviera descendencia.

Fallecido don J. T. P. bajo la regionalidad civil catalana, dejando consignada su última voluntad en testamento notarial otorgado el 19 de febrero de 1965, los hijos de su primer matrimonio pretenden se declare su nulidad por captación dolosa de la voluntad del testador por su segunda esposa y, al propio tiempo, se estime la indignidad de ésta para suceder a su marido o, subsidiariamente, la ineficacia del testamento en cuanto lo percibido por la segunda esposa exceda de lo que corresponde al hijo legítimo del primer matrimonio menos favorecido, esto es, contravenga la limitación de la *Compilación catalana*, cuyo origen se encuentra en la *Ley Hac Edictali*, confirmada en la *Novela 22*.

La demandada niega la existencia de los hechos—dolo, bigamia, vida licenciosa—, que podrían originar la nulidad del testamento o la indignidad para suceder a su marido, replicando que son precisamente los actores, hijos del primer matrimonio de su esposo, quienes han incurrido en las causas de desheredación tipificadas en el artículo 853, números 1.º y 2.º, del Código civil, aplicables a Cataluña, por lo que debe mantenerse el valor de la disposición testamentaria desheredando a tales hijos y la institución de heredera a favor de ella.

El Juzgado de Primera Instancia de Manresa desestimó totalmente la demanda, sentencia confirmada por la de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona. Interpuesto por los actores y apelantes recurso de casación por infracción de Ley, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Federico Rodríguez-Solano y Espín, declara no haber lugar al mismo conforme a la siguiente doctrina:

Considerando que si bien es cierto que en el Derecho civil catalán, según el párrafo segundo del artículo 255 de la *Compilación* de 21 de julio de 1960, el haber el cónyuge sobreviviente maltratado de obra o injuriado gravemente a su causante difunto constituye motivo de indignidad para sucederle *mortis causa*, no lo es menos que, en el supuesto que aquí se contempla, el ultraje que los presuntos legitimarios atribuyen a la esposa

del *de cuius*, instituida en el testamento de 19 de febrero de 1965, para conseguir su exclusión de la herencia consiste en dar por acreditado que la misma contrajo matrimonio con el testador en 15 de noviembre de 1958, a pesar de estar ligada en anteriores nupcias con otro señor, que no falleció hasta el 7 de septiembre de 1959, y en haber enterrado a éste en un nicho perteneciente al causante, siendo así que la realidad de la indicada unión conyugal se niega expresamente en los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida, y que éstos se atacan en el recurso, por la vía formal del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Trámites, mediante el análisis de una serie de documentos que, aparte de que fueron objeto de examen en interpretación por el Tribunal *a quo*, lo que los privaría de virtualidad a los fines pretendidos, incluso respecto del número séptimo del mencionado artículo 1.692 (sentencias de 10 de diciembre de 1969 y 14 de febrero de 1973), origina que los dos primeros motivos del recurso se hallen incursos en el número noveno del artículo 1.729 de la Ley Procesal y en la consiguiente causa de desestimación en esta fase de las actuaciones, sin contar con que, conforme al párrafo segundo del artículo 53, en relación con el 54 del Código civil, los matrimonios celebrados con posterioridad a la promulgación de este cuerpo legal no pueden acreditarse por medios distintos de la certificación del acta del Registro Civil en que estén inscritos, no siendo lícito acudir a otros elementos de prueba supletorios, como la posesión del estado conyugal, sino cuando aquellos libros no hayan existido, hubieran desaparecido o se suscitase contienda ante los Tribunales, circunstancias las dos primeras cuya justificación corresponde a los actores, conforme al artículo 1.214 del referido Código y doctrina sustentada por las sentencias de esta Sala de 15 de junio de 1920 y 16 de octubre de 1948, y que ni siquiera se han intentado acreditar en el proceso de que estas actuaciones dimanen, en el que tampoco se ha formulado petición alguna relativa a la declaración de realidad del referido matrimonio, y como su celebración no consta llevada a efecto en Portugal y tampoco que en este país no exista Registro regular o auténtico sobre el estado civil de las personas, es indudable que no puede entrar en juego en este caso lo dispuesto en los artículos 54 y 55 de dicho Código, lo que unido a que el traslado de los restos mortales de aquel señor a un nicho del causante, en que también se funda la injuria, y las relaciones con el mismo de la demandada debieron ser conocidos por el testador antes del 19 de febrero de 1965, fecha del otorgamiento de su disposición de última voluntad, según aparece al final del tercer considerando de la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia, lleva a la conclusión de que deba aplicarse lo que se establece en el artículo 757 del Código civil y a que dicha causa, si existiera, estaría remitida por el testador y no produciría los efectos apetecidos por la parte recurrente, decayendo, en su consecuencia, los dos primeros motivos del presente recurso.

Considerando que para que la desheredación de un hijo habido dentro del matrimonio produzca el efecto de privarle de los derechos hereditarios que legalmente le pertenecen, conforme al Ordenamiento jurídico vigente en nuestro territorio nacional, y no dé lugar a que se anule la institución de heredero en cuanto le perjudique (art. 85 del Código civil y sentencia de 5 de febrero de 1918) o a que pueda reclamar lo que por legítima le corresponda (art. 141 de la Compilación catalana), es preciso: 1.º) Que se haya hecho en testamento, como dispone el artículo 849 de la Ley civil sustantiva, o en la forma y con las solemnidades que las Leyes exijan. 2.º) Que se designe de un modo inconcuso y preciso la persona que se desea desheredar. 3.º) Que se exprese la causa legal en que se funda la decisión del testador (art. 849 del referido Código), indicándola con claridad, aun cuando no sea imprescindible su reseña circunstanciada siempre que se haga factible su individualización y no se impida la posibilidad

de impugnarla, como se desprende del contenido de la sentencia de 4 de noviembre de 1904, recaída en interpretación del número segundo del artículo 853. 4.º) Que dicha causa sea una de las específicamente determinadas por la Ley (arts. 813, párrafo primero, y 848), cuya enunciación ha de entenderse exhaustiva, sin comprender en ella otras distintas, aun cuando guarden analogía o sean de mayor entidad, porque de otra forma se daría al traste con todo el sistema legítimo establecido en favor de los hijos por los artículos 806, 807-1.º y 808. 5.º) Que la misma sea imputable al desheredado. 6.º) Que sea *grave*, como indicó la Ley primera, título VIII, del libro V del Fuero Juzgo, que no admitió a estos efectos, respecto a los *fiios*, la *lieve culpa*, y se exige en la actualidad en algunos preceptos reguladores de la materia y en la sentencia de esta Sala de 20 de mayo de 1931, si bien su apreciación debe quedar al libre arbitrio de los Juzgadores de Instancia. 7.º) Que su realidad y certeza se acredite cumplidamente en juicio por el heredero o herederos del testador cuando la otra parte la contradiga, según de forma genérica impone el artículo 1.214 del Código civil para la prueba de toda clase de obligaciones, y específicamente para esa clase de cláusulas testamentarias el artículo 850, así como la doctrina proclamada en la sentencia de 8 de noviembre de 1967.

Considerando que los indicados requisitos concurren en el presente caso respecto a la causa de desheredación segunda del artículo 853 del Código civil, porque habiéndose opuesto a su estimación los recurrentes alegando tan sólo que la misma no se expresó con claridad en el testamento de 19 de febrero de 1965 y que los hechos declarados probados en la resolución que se impugna no reúnen las condiciones necesarias para su encuadramiento dentro del marco de las injurias graves, a que el precepto se refiere, no tiene presente que en el apartado O) del cuarto razonamiento jurídico de la sentencia de primer grado, aceptado por la Audiencia, se dice que el padre de dichos señores hizo constar en su testamento que los privaba de su legítima «por el mal comportamiento que han tenido conmigo y con mi actual esposa, llegando a *graves* amenazas y *calumnias* y con seguridad a atentar contra nuestra vida», utilizando el término *calumnia*, que por constituir un agravio contra el honor de mayor entidad que las injurias puede suplir al empleo de éstas, a efectos de lo dispuesto por el número segundo del referido artículo 853, por imperativo del principio general de Derecho: *Ubi est eadem ratio, debet esse eadem juris dispositio*, siendo ése el criterio mantenido por la sentencia de esta Sala de 20 de junio de 1959, que al interpretar el número segundo del artículo 853 inspirándose en esa doctrina, no eludió la posibilidad de comprender en él las calumnias dirigidas contra su causante.

Considerando que al afirmarse en la sentencia recurrida que los hechos integrantes de la causa segunda del artículo 853, antes citado, consistieron no sólo en el mal comportamiento de los hijos, llegando a robar a su padre (novenio considerando del Juzgado), sino también en «el abandono, falta de ayuda y mal trato, incluso el injurioso», y en «la explícita imputación de la convivencia del padre en relación con la calificada de *indigna* conducta de la segunda esposa», según expresamente se indica en el apartado segundo del cuarto fundamento jurídico de la resolución de la Audiencia, que por no haber sido atacada en el recurso ha quedado firme a efectos de casación, es indudable que tales frases deben ser estimadas como injurias graves susceptibles de servir de base para apoyar la desheredación, con arreglo a lo establecido en el número segundo del artículo 853 del Código civil, tanto porque las entrecomilladas en segundo lugar constituyen una verdadera calumnia proferida contra el testador, al contener la acusación de un delito de bigamia, según se deduce de su significado, puesto en relación con las manifestaciones vertidas por los actores en su escrito de demanda, como porque si se entendiera lo contrario habrían de encuadrarse dentro del marco de las injurias a que el precepto se

refiere, al haber estimado como tales la doctrina científica catalana, -la acusación de llevar una vida licenciosa o inmoral; nuestra legislación histórica, el hecho de infamar al padre (Ley cuarta, título VII, de la Partida VI), y el Código penal vigente, la imputación de un vicio o falta de moralidad (art. 458, número segundo), aparte de encajar en este motivo de privación de la legítima las palabras o expresiones *irrespetuosas*, cual parece indicar la sentencia de esta Sala de 24 de octubre de 1972, e incluso el «mal trato injurioso», reconocido por la Sala sentenciadora, de todo lo cual, y teniendo presente que el Tribunal *a quo* no acogió para apoyar su desheredación «el número primero en relación con el segundo del artículo 853», sino ambos conjuntamente, como se observa en el mencionado considerando, se hace preciso estimar la existencia de la causa segunda indicada, sin que a ello se oponga el error de derecho en la apreciación de la prueba, que, con violación del artículo 1.233 del Código civil, se dice cometido por el Juzgador de Instancia en el noveno motivo del recurso, porque ni dicho Tribunal dividió la contestación que dieron los actores a la posición octava del interrogatorio a que fueron sometidos; ni la eficacia en juicio de este elemento probatorio es superior a la de los restantes enumerados en el artículo 1.215, en conjunción con los cuales debe ser apreciado (sentencias de 19 de febrero de 1966 y 6 de marzo y 28 de abril de 1972); ni resulta imposible dividir la totalidad de lo confesado cuando, como aquí sucede, abarca hechos inconexos o no ligados íntimamente entre sí para todos los efectos (sentencias de 27 de marzo de 1958 y 20 de enero de 1964), debiendo, por tanto, desestimarse este motivo y los diez y once del presente recurso, así como los tercero y cuarto del mismo, sin que sea necesario entrar en el análisis de los restantes, relacionados con la causa primera del citado artículo 853, porque cualquiera que fuera la solución que se adoptase respecto a ella, no alteraría para nada la decisión que, en definitiva, habría de adoptarse.

PRESCRIPCION DE LAS ACCIONES DE IMPUGNACION DE LA LEGITIMACION O RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS NO NATURALES
(SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1974).

Las acciones de impugnación de la legitimación o reconocimiento de los hijos no naturales prescriben a los quince años.

Cuestionada la nulidad de una cláusula testamentaria en la que se instituía herederos a hijos reconocidos por el testador habidos por éste con la que luego fue su esposa, por lo que pasaron a ser legitimados por subsiguiente matrimonio, en base a pedir la nulidad de tales reconocimientos, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por los actores y apelantes, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que las cuestiones a resolver, por estar estrechamente relacionadas con la motivación del recurso, son las siguientes: A) Si no son prescriptibles las acciones para impugnar la legitimación o reconocimiento de los hijos no naturales, como sostienen los recurrentes en el motivo segundo, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, por infracción, por interpretación errónea, del artículo 1.936 del Código civil, o pueden prescribir, como se afirma en la sentencia impugnada, aceptando la tesis sustentada tanto por el Ministerio Fiscal como por los hoy recurridos. B) Si la transacción consignada en el documento de 30 de enero de 1953 y el acto de conciliación celebrado en marzo de 1967 interrumpieron la prescripción de las acciones mencionadas, criterio de los recurrentes expresado en el motivo tercero, alegado por

igual cauce procesal que el anterior, por violación del artículo 1.973 de idéntica Ley sustantiva, o no se produjo esa interrupción, como se afirma por el Tribunal de Instancia en el considerando cuarto de la sentencia recurrida. La cuestión referente a si la legitimación o el reconocimiento de los hijos no naturales son actos radicalmente nulos, planteada en el motivo primero, aducido por igual ordinal del artículo 1.692, por violación del párrafo primero del artículo 4 en relación con el 119, ambos del Código civil, y de la doctrina establecida en las sentencias que se citan, y por interpretación errónea de los artículos 128 y 138 de igual Cuerpo legal, por tener íntima relación con la primera de las mencionadas, la resolución de ésta ha de originar la de aquélla.

Considerando que es evidente que, según reiterada doctrina de esta Sala—sentencias de 18 de enero de 1929, 11 de diciembre de 1943, 4 de febrero y 15 de octubre de 1960 y 19 de enero de 1972, entre otras—, las acciones de impugnación de la legitimación o reconocimiento de los hijos no naturales son prescriptibles y, como acciones personales, el plazo de prescripción es el de quince años; tampoco ofrece duda que la legitimación para el ejercicio de ellas está atribuida a quienes perjudique—artículos 128 y 138 del Código civil—, extremo que han de acreditar—sentencias de 28 de abril de 1915 y 10 de febrero de 1942—; así, pues, conforme a la doctrina jurisprudencial, que indudablemente suple el vacío legal en dicha materia, y a la que se va aproximando la doctrina científica en su línea progresiva, ha de aceptarse el criterio de la Sala de Instancia, que en base al transcurso con exceso del plazo expresado acogió el hecho extintivo de la prescripción, que determinó la actuación desfavorable de la pretensión procesal, todo lo cual hace inviable el motivo segundo, porque, además, en el precepto alegado como infringido—artículo 1.936 del Código civil—se contempla el supuesto de imprescriptibilidad adquisitiva. La improsperabilidad de dicho motivo ha de determinar la del primero, ya que es evidente que las acciones fundadas en la nulidad absoluta del artículo 4 del Código son imprescriptibles.

Considerando que tampoco puede ser acogido el motivo tercero, porque además de que las afirmaciones fácticas contenidas en el considerando cuarto de la sentencia recurrida, en orden a la falta de prueba de actos interruptores de la prescripción y de la finalidad de las acciones ejercitadas por los recurrentes, con anterioridad a la demanda, que no fue la de impugnar la legitimación de los demandados, no han sido combatidos por el cauce procesal adecuado; hay que tener en cuenta que no se puede atribuir ninguna eficacia, tanto a la transacción como al acto de conciliación, como actos interruptores de la prescripción, porque aquélla recayó respecto a actos que por su naturaleza están sustraídos al poder dispositivo de las partes, y el acto de conciliación, como quiera que tuvo lugar en 1967 y la demanda es de mayo de 1971, carece de dichos efectos, de conformidad con lo que se dispone en el artículo 479 de la Ley Procesal.

DERECHOS SUCESORIOS DEL HIJO ADOPTIVO CONFORME A LA PRIMITIVA REDACCION DEL CODIGO CIVIL.—Artículo 177 del Código civil (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—Los cónyuges don A. S. P. y doña A. F. N. adoptaron conjuntamente, en virtud de auto judicial de 5 de enero de 1957 y escritura pública de 20 de marzo de 1957, a su bisobrinno don F. L. F.—actor, apelante y recurrido—, dando como razones para que se autorizase tal adopción «que se hallan unidos en matrimonio canónico careciendo de descendientes legítimos y legitimados; que como quiera que del matrimonio no hubiesen hijos tuvieron en compañía desde muy corta edad a don F. L. F., biso-

brino de los esposos, habiéndole educado con el mayor esmero y prodigándole todo el cariño propio de unos buenos padres, recibiendo ellos de aquél en compensación el que les profesa como si fuese un verdadero hijo. Por estas razones, puramente sentimentales, y además por la relación de parentesco que con él los une, han decidido adoptar conjuntamente al citado F., para el cual es útil y conveniente la adopción, como al mismo constaba». En la escritura de adopción se dice: «Que adoptan por hijo al expresado bisobrinno, aquí compareciente, don F. L. F., concediéndole el derecho de usar los apellidos de los adoptantes y los demás que las leyes reconocen a los hijos legítimos.»

Los padres adoptivos fallecieron sin dejar descendientes por la sangre ni ascendientes: ella, el 4 de diciembre de 1958, sin haber otorgado testamento, y don A. S. P., el 19 de agosto de 1971, dejando consignada su última voluntad en testamento otorgado el 19 de julio de 1967, en el que revoca en todas sus partes el otorgado con fecha 21 de enero de 1965, expresando su voluntad de permanecer intestado. En el testamento revocado y en otros dos anteriores había instituido único heredero al adoptado. Este, con base a lo estipulado en la escritura de adopción, demanda a quienes están en la posesión de la herencia de su padre adoptivo (la madre, al parecer, no había dejado bienes) para que le reconozcan como único y universal heredero haciéndole entrega de los bienes correspondientes.

El Juzgado de Primera Instancia de Chantada desestimó íntegramente la pretensión del actor. En cambio, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña revocó la sentencia del Juzgado y declaró que don F. L. F. es hijo adoptivo y único heredero de su padre adoptante don A. S. P.

Uno de los hermanos del causante formaliza recurso de casación por infracción de Ley y de doctrina legal, articulado en los siguientes motivos:

1.º Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción y por violación, al no haberlo aplicado, del artículo 4, párrafo primero, del Código civil, en relación con los artículos 108, 109, 110, 114-3.º y 913 del mismo Código, también infringidos por violación.

2.º Amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción y por aplicación indebida del artículo 177 del Código civil en su redacción anterior a la reforma de 1958. La adopción de que se trata es anterior a la reforma de 1958, se ha producido a virtud de escritura pública del año 1957. Y ambas sentencias están de acuerdo en que por tratarse de adopción anterior a 1958 está sujeta al régimen del derogado artículo 177 del Código civil, en su redacción anterior a 1958, en lo que a los problemas sucesorios se refiere.

3.º Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción y por violación, al no haberlo aplicado, del artículo 179 del Código civil, en su redacción anterior a 1958. El artículo 171 del Código civil dispone que: «Aprobada la adopción por el Juez definitivamente, se otorgará escritura expresando en ella las condiciones con que se haya hecho y se inscribirá en el Registro Civil correspondiente.»

4.º Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación, al no haberlos aplicado, de los artículos 737 y 913 del Código civil. La tesis de la sentencia recurrida es que la cláusula de la escritura de adopción por la que se conceden al hijo adoptivo los mismos derechos que a los legítimos significa una obligación de instituirle heredero en testamento, y que como ha revocado los tres testamentos en que le había instituido heredero universal por otro, el último, el que rige la sucesión, destinado pura y simplemente a revocar todos los

anteriores, porque su finalidad era morir intestado, se ha de aplicar la sucesión intestada precisamente en favor del hijo adoptivo.

5.º Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error en la interpretación del testamento último otorgado por el causante, que supone la infracción por violación de la norma interpretativa del artículo 675 del Código civil. En su último testamento, el causante revoca el anteriormente otorgado, en que había instituido heredero al hijo adoptivo, y todos los demás anteriores y hace constar su voluntad de morir intestado.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, desestima el recurso, conforme a las siguientes razones:

Considerando que el único tema de casación que plantea el presente recurso es de orden interpretativo, consistente en determinar la validez y el alcance de la cláusula señalada con la letra (A) de la escritura de adopción, que tras la debida aprobación judicial del expediente, iniciado en 1956—fue autorizada notarialmente el día 20 de marzo de 1957—, donde después de decir que se adoptaba a quien ahora figura como recurrido, se añadía que el matrimonio adoptante concedía a aquél «el derecho para usar los apellidos de los adoptantes y los demás que las leyes reconocen a los hijos legítimos», habiéndose suscitado la duda interpretativa cuando después del fallecimiento de los dos padres adoptivos sin dejar ascendientes ni descendientes legítimos o naturales, el adoptado entabló demanda en 1971 dirigida contra todos los posibles sucesores de aquéllos, en solicitud de que se le declarase heredero universal abintestado alegando la calidad de asimilado a los hijos legítimos que le había sido atribuida por la escritura de adopción, pretensión que fue desestimada por la sentencia de primer grado, por entender que la cláusula de referencia es nula de pleno Derecho, de acuerdo con la norma del artículo 4 del Código civil, pues va en contra de los principios básicos del Derecho de familia en materia de filiación, que tienen carácter inderogable por la voluntad de los particulares, así como de las reglas establecidas en los artículos 175, 176 y 177 también de nuestro primer Código sustantivo; pero fue, en cambio, acogida por la resolución que ahora se impugna, que no sólo proclamó la validez de la cláusula, sino también la plena virtualidad de su contenido, decisión contra la que se alza el recurso que se examina a través de los cinco motivos articulados.

Considerando que para valorar en sus justos términos ambas posturas dispares es preciso tener en cuenta, ante todo, que dada la fecha en que se efectuó la adopción, la normativa aplicable tiene que ser la de los artículos del Código civil en su versión primitiva, o sea, tal y como aparecía antes de las reformas introducidas por las Leyes de 24 de abril de 1958 y 4 de julio de 1970—carentes, por otra parte, de eficacia retroactiva—, a virtud de la cual el artículo 177 establecía que «el adoptante no adquiere derecho alguno a heredar el adoptado. El adoptado tampoco lo adquiere a heredar fuera de testamento, a menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado a instituirlo heredero», precepto que rompe la línea clásica de nuestro sistema, pues con apoyo exclusivo en el artículo 141 del Proyecto de 1851, se aparta de los que había constituido la tradición española en la materia, que con base en los precedentes romanos (especialmente Justiniano en dos, once y trece de la Instituta y VIII, título XLVIII, Constitución X del Código) se consagró en las Partidas (Leyes ocho y nueve del título XVI de la Partida IV), las Leyes de Toro (Ley sexta) y Novísima Recopilación (Leyes primera y séptima del artículo XX del libro X), así como en el Derecho foral, del que es ejemplo Cataluña, que lo mantuvo inalteradamente, haciéndose eco actual de ello el artículo 125 de la vigente Compilación de 21 de julio de 1960, como igualmente se aparta de los precedentes legislativos extranjeros, sobre todo los Códigos

francés (art. 356) e italiano de 1865 (art. 567), a los que siguieron los más modernos de Alemania (párrafo 1.757), Suiza (art. 268) e Italia de 1942 (artículo 567), todos ellos coincidentes en la misma dirección que se restablece en España con la reforma de 1970, en el sentido de equiparar a los hijos adoptivos con los legítimos a los fines sucesorios, que con el grafismo que le caracteriza se expresaba de este modo en el Código Alfonsino: «El profijado heredó todos los bienes del que le profijó si muriese sin testamento o non oviese otros fijos; en si los oviese, partirá con ellos su parte como cualquier dellos».

Considerando que el tenor literal del precepto, tal como aquí debe ser aplicado, excluía, sin duda, la posibilidad sucesoria del adoptado si no era la testamentaria, planteándose al problema sólo en el supuesto de que en la escritura de adopción el adoptante se hubiese obligado a instituirlo heredero, lo cual, con independencia de que implica ciertamente la admisión de una excepción a la regla general prohibitiva de los pactos sucesorios que con carácter general se contiene en el artículo 1.271 del Código, suscitó dudas acerca de su efectividad cuando el adoptante moría sin haber cumplido la promesa, bien por no haber otorgado testamento existiendo o no descendientes legítimos o bien habiéndolo hecho, pero sólo en favor de éstos si es que existían, de un extraño caso de no existir o en concurrencia con aquéllos en la parte que no afectase a su legítima, cuestiones éstas acerca de las cuales lo mejor de la doctrina científica se pronunció en el sentido de que el incumplimiento de la obligación —promesa de instituirle heredero—, si no se hizo testamento, implicaba el derecho del adoptado de convertirse en heredero universal al no existir hijos o descendientes legítimos o en concurrencia en la misma cuota que pudiese corresponder a los hijos legítimos, y si hubo testamento en favor de los legitimarios o de un tercero con exclusión del adoptado, éste conservaba el mismo derecho que pudiese corresponder a los hijos legítimos, criterio que obtuvo el respaldo de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en los casos en que tuvo ocasión de pronunciarse sobre la cuestión, siendo punto de partida ineludible la sentencia de 19 de abril de 1915, donde se contempló un supuesto de hecho similar al que aquí se examina, pues se trataba de la adopción de una niña cuyos padres adoptantes le atribuyeron sus apellidos y prometieron instituirle heredera en la porción legitimatoria que a favor de los hijos legítimos establecen las leyes, promesa que no fue cumplida, pues los adoptantes, que carecían de herederos legítimos, murieron sin testar, habiéndose reconocido a la dicha adoptada plenos derechos a la subsiguiente sucesión intestada, interpretación seguida en lo que interesa, es decir, en cuanto a línea de principio, aunque referida a supuestos fácticos diferentes, por las sentencias de este mismo Tribunal de 9 de abril de 1942 y 30 de mayo de 1951, y que debe ser mantenida en lo que supone de exacta valoración de la finalidad de lo que la adopción representa y representó en el período de tiempo a que el precepto aplicable se contraía y al que, como muy bien dijo la sentencia de 1915, hay que estar si no se quiere desnaturalizar la esencia de aquella institución, correspondiendo a la jurisprudencia la misión de suplir las omisiones involuntarias de algún concepto en que los redactores de los preceptos legales hubieran podido o puedan incurrir, todo lo cual obliga a la desestimación del motivo segundo del recurso, en que, por la vía del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia «aplicación indebida» del tantas veces citado artículo 177 del Código civil, donde además se contiene una manifiesta imprecisión del alegato, incompatible con la exigencia del artículo 1.720 de la misma Ley Procesal, pues en verdad lo que alega no es que el precepto fuese indebidamente aplicado, sino interpretado con error, lo que constituye otro de los tres conceptos de infracción señalados en el propio número primero del señalado artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, que por

sí sola sería causa de inadmisión—a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.729 del mismo cuerpo legal—, que en este trámite es de forzosa desestimación, como antes se anunció.

Considerando que en el caso ahora contemplado, tal y como aparece en la cláusula al principio transcrita, la obligación contraída por ambos adoptantes es más concluyente o indubitada que la que resulta de la letra estricta del mencionado artículo 177 del Código, puesto que éste excepcionalmente, según se ha visto, el supuesto de obligarse el adoptante a instituir heredero al adoptado, que, en definitiva, no es sino una promesa de futuro, mientras que aquí lo que se hizo es una atribución o concesión actual de todos los derechos que la Ley reconoce a los hijos legítimos, entre los que figura en primer lugar, según se dice en el número tercero del artículo 114 del Código civil, «la legítima y demás derechos sucesorios que este Código les reconoce», en relación, por lo que concierne al supuesto de la sucesión intestada, que es el que aquí interesa, con el 913 y, sobre todo, el 931, atribución que lleva implícita y sin necesidad de ulteriores precisiones ni aclaraciones, el derecho de suceder abintestato, que genéricamente para nada afecta a las normas propias de las relaciones familiares en orden a sus consecuencias sucesorias, y mucho menos en situaciones como la que actualmente se debate, justo porque los adoptantes, cuya decisión es impugnada, carecían de descendientes legítimos o naturales, que a virtud precisamente de aquella vinculación familiar pudieran ostentar exclusiva o concurrentemente un derecho sucesorio, todo ello en perfecta consonancia con la finalidad esencial de la institución antes recordada, en armonía con la cual se produjo la necesaria reforma del año 1970, lo que priva de base legal sólida a la afirmación de la sentencia de Primera Instancia de que lo ordenado en la examinada cláusula de la escritura de adopción era nulo por contrario a lo legal o imperativamente establecido por Ley y conduce a la desestimación del motivo primero del recurso, en que por la vía del número uno del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil se sostiene la misma tesis, denunciando violación por inaplicación de los preceptos sustantivos antes citados, junto con los recogidos en los artículos 108 y 110 del propio Código, desestimación que lleva consigo la del motivo señalado con el número tres, en que por el mismo cauce procesal se alega idéntico tipo de infracción con respecto del artículo 179 de nuestro primer Código sustantivo en la redacción anterior a la reforma de 1958, donde a los efectos de la escritura de adopción se dice que no podrá contener todas las condiciones libremente queridas por las partes, sino sólo las aprobadas judicialmente, no pudiendo incluirse aquí—cuando inicialmente sólo se adujeron razones sentimentales—algo que, en decir del recurrente y en contra de cuanto queda expuesto, supondría vulneración de los principios fundamentales del Derecho familiar.

Considerando que a esta conclusión, confirmatoria en un todo de la resolución impugnada, no puede ser obstáculo la circunstancia de que el padre adoptante, que en varios testamentos había instituido heredero, en diversa forma y medida, al hijo adoptado, en el último de los que otorgó, que lo fue el 19 de julio de 1967, revocase los precedentes—en especial al que concretamente alude, que es el inmediatamente anterior, de 21 de enero de 1965—: «y cualesquiera otras disposiciones testamentarias, siendo su voluntad permanecer por el presente intestado», como contrariamente se pretende en el recurso, cuyos motivos cuarto y quinto, ambos con amparo procesal en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, alegan el mismo concepto de violación por inaplicación, en un caso, de los artículos 737 y 913 y, en el otro, del 675, todos ellos de nuestro primer Código sustantivo, basando el alegato en que aquella revocación revela manifiestamente la voluntad del testador de excluir al adoptado de su sucesión intestada, que manda abrir a su muerte y que

habría de regirse por el orden sucesorio determinado en el artículo 913, que comprende a los parientes legítimos y naturales del difunto, su viudo o viuda y en último lugar al Estado; alegación que en su doble vertiente carece de todo fundamento, puesto que si bien es cierto que aquella revocación tuvo lugar como hecho, demostrando una inequívoca voluntad de querer ser sucedido abintestato, como igualmente es cierto que el testamento es por sí mismo y por disposición del artículo 737 del Código un acto revocable, no es menos cierto que la adopción es de suyo irrevocable, como dice categóricamente la nueva redacción del artículo 177 acomodada a lo que es de esencia de la institución, lo cual impide, por otra parte, en este momento, el planteamiento del problema de la validez de alguna de sus cláusulas por un extraño, porque con la fórmula que regía y es de aplicar al supuesto que aquí se examina, una vez cumplidos los requisitos que exigían los artículos 178 y 179, cuya inobservancia podía dar lugar a la petición, que no se hizo, de nulidad del acto, sólo se permitía la impugnación de la adopción—según decía el artículo 180—al adoptado menor o incapacitado dentro de los cuatro años siguientes a la mayor edad o la fecha en que hubiese desaparecido la incapacidad, sin que ninguna de ambas cosas haya sucedido y sin que sea lícito, por tanto, a los parientes del adoptante mantener la validez de la adopción, no impugnada por ellos, pero condicionadamente a la interpretación que particular e interesadamente pretende dar el testamento de 1967, consecuencia de todo lo cual es la de que si éste vale a los efectos de que la voluntad del testador era la de que su sucesión tenía que ser intestada y vale también la escritura de adopción, por la que el hoy recurrido tiene los derechos que el mismo testador le reconoció de hijo legítimo, es él quien, con exclusión de todo otro pariente que no tenga mejor derecho, puede ser considerado, por estricta interpretación de los actos que entran en juego y de la voluntad de quien contribuyó a formarlos, como el único y exclusivo heredero abintestato, lo que inevitablemente conduce a la desestimación de los dos indicados motivos.

COMENTARIO.—En un orden lógico parece que las cuestiones planteadas en el presente litigio son fundamentalmente las siguientes:

1.ª Una cuestión de Derecho transitorio, consistente en determinar la legalidad aplicable a la sucesión o herencia del padre adoptivo, que realizó la adopción bajo la vigencia de la primitiva redacción del Código civil y que fallece una vez que ha entrado en vigor la Ley de 4 de julio de 1970, la cual volvió a modificar los preceptos del Código civil en la materia, que ya lo habían sido por la Ley de 24 de abril de 1958.

2.ª Equivalencia de la expresión «concediéndole—al adoptado—el derecho de usar los apellidos de los adoptantes y los demás que las leyes reconocen a los hijos legítimos» con un pacto sucesorio o, al menos, viendo en tal cláusula la obligación contraída por el adoptante de instituir heredero al adoptado.

3.ª Valor de la voluntad del testador, puesta de manifiesto en la revocación de los testamentos en que instituía heredero al hijo adoptivo, y alcance de esta posible revocación en orden a admitir, al menos, una parte de libre disposición de la herencia o, en el supuesto contrario, negar la revocabilidad de la institución de heredero a favor del hijo adoptivo.

Al resolver la primera cuestión encontramos que la adopción se realiza bajo la vigencia de la primitiva redacción del Código civil; el testamento, o mejor, los testamentos, se otorgaron bajo la vigencia de la Ley de 24 de abril de 1958, que reformó por primera vez la adopción, tanto aquellos en que se instituyó heredero al adoptado como el revocatorio y expresivo de su voluntad de morir intestado, y, por último, cuando muere el padre adoptivo rige la Ley de 4 de julio de 1970. La fundamental diferencia, en lo que interesa, entre tales disposiciones estriba en que bajo el Código

civil se conoce una sola clase de adopción, y conforme a su artículo 175, el adoptado no adquiriría derecho alguno a heredar, fuera de testamento, al adoptante, a menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado a instituirle heredero; mientras que conforme a la modificación introducida por la Ley de 1958 se conocen dos clases de adopción, y en la menos plena—cuyo régimen sería el único que podría aplicarse a la conocida con anterioridad, salvo que expresamente se hubiera transformado en plena, lo que no ocurre en el presente caso—«los derechos del adoptado en la herencia del adoptante, y establecidos en la escritura de adopción, son irrevocables y surtirán efecto, aunque éste muera intestado...». En ambos sistemas se admite el llamado pacto sucesorio, con el que se propuso terminar el legislador de 1970 al establecer que «las adopciones anteriores a la vigencia de la presente Ley podrán ser acomodadas a sus disposiciones..., pudiendo en tal caso quedar sin efecto el pacto sucesorio si hubiera mediado», dándose por superado el sistema del pacto sucesorio, que se prohíbe en adelante, al establecer en la adopción simple—única equivalente a la del sistema originario—que «el hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos».

Parece que, desde luego, hay que descartar la aplicación directa de la «Ley intermedia», en este caso la de 1958, aun cuando indirectamente pudiera suministrar algún criterio interpretativo en orden a la *ratio legis* de la institución y, por ende, de los derechos sucesorios del hijo adoptivo; porque cualquiera que sea la solución que se adopte en cuanto a aplicar una u otra legislación, lo cierto es que la interpretación de la Ley que ha de aplicarse, sea la antigua o la nueva, ha de hacerse con criterios «de ahora», esto es, acomodados a las exigencias jurídico-sociales del sistema que actualmente se vive. Otra cosa conduciría a condenar la solución desde el principio por ahistórica.

A favor de la aplicación del Código civil en su redacción originaria militan las siguientes razones:

A) La disposición transitoria segunda del Código civil.

B) La disposición transitoria decimoprimer a del mismo cuerpo legal. Si en una adopción en trámite es dada, en principio, preferencia a la legislación anterior, con mayor motivo se aplicará esa misma legislación a una adopción ya consumada. Frente a esto cabe decir que una cosa es la forma o procedimiento al que se refiere esta disposición y otra muy distinta el fondo, y que no hay razón tajante y absoluta para aplicar idénticas soluciones a cuestiones diversas. Ello aparte de que, aunque la adopción esté consumada, existen efectos que pueden estar pendientes en la relación jurídica por ella creada, como es el caso de los sucesorios, puesto que no cabe hablar de herencia mientras una persona no ha fallecido.

C) La disposición transitoria de la Ley de 4 de julio de 1970, que antes he citado. Pero, cabe replicar, esta norma se refiere precisamente a aquellas adopciones en que existe propio y expreso pacto sucesorio, lo que no es el caso presente, en el que precisamente falta dicho pacto, existiendo sólo la ambigua cláusula de la escritura de adopción.

D) El principio favorable a la irretroactividad (art. 3 del Código civil). Frente al mismo, sin embargo, no sólo hay excepciones ya consagradas por la doctrina y jurisprudencia según los diferentes tipos de retroactividad, sino que atribuir eficacia a la nueva Ley, cuando los efectos de la relación jurídica creada al amparo de la antigua comienzan bajo el imperio de la Ley nueva, es, desde luego, dar a ésta un alcance retroactivo mínimo.

Para aplicar la Ley de 1970 pueden servir no sólo los argumentos esgrimidos en contrario de la anterior solución, sino también la disposición transitoria decimosegunda del Código civil, que aplicada a este caso viene

a decir que la herencia de las personas fallecidas después de entrar en vigor la nueva Ley (la de 1970), sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá conforme a ésta. La salvedad que se hace es la de cumplir, en cuanto la nueva Ley lo permita, las disposiciones testamentarias. Y como éstas no existen en el presente caso, porque el testador manifestó su voluntad de que su sucesión se rigiese por las normas de la sucesión intestada, parece que habrá de aplicarse la nueva Ley.

Por ello no es absolutamente cierto que el único tema—aunque lo sea en casación por el planteamiento del recurso—sea el de determinación de la validez y el alcance de la cláusula testamentaria, pues resolverlo implica dar ya por resuelto el de la legislación aplicable, como no puede menos de reconocer el segundo considerando de la sentencia. No está, sin embargo, tan claro, como dice la sentencia, que la normativa aplicable tiene que ser forzosamente la de los artículos del Código civil en su versión primitiva, dando como único argumento el de la fecha en que se efectuó la adopción. Porque hay argumentos para mantener que debe aplicarse la Ley de 1970, pues se trata de un efecto que comienza bajo su vigencia —*viventis non datur hereditas*—, y aplicar esta Ley es atribuirle una retroactividad mínima, lo que está conforme con los principios generales. En última instancia, creo que existe un argumento decisivo para inclinar la balanza en pro de la aplicación de la Ley de 1970, y es el principio general interpretativo favorable al adoptado, por el que deben resolverse los casos dudosos. Inspirándose en este principio, que ha recibido así consagración jurisprudencial, resolvió la sentencia de 19 de abril de 1915, declaratoria de que la adoptada, a quien el adoptante se había obligado a instituir heredera en la escritura de adopción en la porción legitimaria que a favor de los hijos legítimos establecen las leyes, sucede UNA VEZ FALLECIDO EL ADOPTANTE SIN HABER OTORGADO TESTAMENTO en la totalidad de la herencia. Doctrina que en cierto modo se vio confirmada por las sentencias de 21 de mayo de 1915 y 30 de mayo de 1951, y que alcanzó espaldarazo legislativo al redactarse la Ley de 24 de abril de 1958, siendo reiterada por la de 4 de julio de 1970.

El considerando tercero de la sentencia comentada cita la de 19 de abril de 1915, «donde—afirma—se contempló un supuesto de hecho similar al que aquí se examina». A mi juicio, y con todos los debidos respetos a nuestro más Alto Tribunal, el supuesto de hecho no es tan similar, sino precisamente algo diferente, porque mientras en el supuesto contemplado por aquella sentencia el adoptante se había obligado a instituir heredero al adoptado y falleció sin haber cumplido esta obligación, esto es, sin haber otorgado testamento alguno, en el caso presente, el adoptante dio cumplimiento a una cláusula de la escritura de adopción que indirectamente puede entenderse como obligación de instituir heredero al adoptado, instituyéndole así en testamentos que luego fueron revocados por otro testamento posterior, en el que manifestó su voluntad de morir intestado. Por tanto, aunque pueda llegarse a idéntico resultado en virtud del criterio interpretativo favorable al adoptado que he propugnado, no creo que la solución más correcta se encuentre por la vía de la pretendida analogía entre ambos supuestos, sino, por el contrario, en la aplicación de las normas de la Ley de 1970, que al conceder al hijo adoptivo la posición del natural reconocido en la adopción simple, equivalente a la única forma de la adopción conocida originariamente, viene a producir la consecuencia, conforme al artículo 939 del Código civil, de que a falta de descendientes y ascendientes legítimos suceden al difunto en el todo de la herencia los hijos naturales reconocidos.

La solución propugnada tiene, además, la ventaja de que con ella no hace falta entrar a dilucidar si la expresión empleada por el testador en su testamento equivale a un pacto sucesorio, ni la del valor que la revocación de ese testamento pueda tener en orden a si se puede llegar a ad-

mitir que aun supuesta la existencia del pacto sucesorio y la irrevocabilidad del mismo, una parte de la herencia del adoptante sea de libre disposición, pues no va a ser de mejor condición el adoptado que el hijo legítimo. Máxime cuando, como sucede en el presente caso, la sucesión hereditaria contractual no se defiere de modo claro y terminante, sino mediante la fórmula indirecta de conceder al adoptado, además del derecho de usar los apellidos de los adoptantes, los que las Leyes reconocen a los hijos legítimos, entre los cuales, ciertamente, se encuentran los derechos sucesorios, que determina el artículo 114, número 3.º, del Código civil; pero con ello, y en virtud del razonamiento seguido por la sentencia, se da la paradoja de que se reconocen unos superiores derechos sucesorios al adoptado bajo la primitiva legislación (en cuanto sucede en toda la herencia, por la excesiva amplitud que se da al controvertido pacto sucesorio indirecto), que al adoptado en forma simple en la actualidad, después de toda una evolución social y legislativa dirigida precisamente a mejorar la situación de los hijos adoptivos. Con lo que resultaría que dicha situación, en cuanto a los efectos sucesorios y siempre que existiera la posibilidad de la sucesión contractual anterior, se habría empeorado en vez de mejorarse. Sin olvidar que puesto que las Leyes excepcionales son de interpretación restrictiva, y el pacto sucesorio en el Derecho civil común lo es, por ir contra la prohibición general del artículo 1.271, párrafo 2.º, del Código civil, parece que ese mismo criterio habría de aplicarse en el presente caso, máxime existiendo otra posibilidad técnica de llegar al mismo resultado.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ADMINISTRADO POR DAÑOS COMETIDOS A LA ADMINISTRACION PUBLICA Y AUTODEFENSA POSESORIA (SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1975).

I. ANTECEDENTES

1. Los días 17 a 20 de octubre de 1972, el sureste de España se vio afectado de un fuerte temporal de lluvias que causó importantes daños.

2. Las lluvias, al caer sobre el depósito de estériles de una mina, provocaron su desplazamiento en el sentido de la fuerza de la gravedad presionando sobre el dique de contención. Como consecuencia de la presión de los lodos se rompió el muro de contención y las tapias del cementerio municipal próximo, anegándolo en su casi totalidad y ocasionando la muerte del conserje encargado de su custodia.

3. El Ayuntamiento de U. dictó acuerdo declarando la responsabilidad patrimonial del propietario de la mina, determinó la cantidad de 3.504.800 pesetas y exigió el pago al supuesto responsable, que interpuso recurso de reposición y fue desestimado.

4. Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Territorial de Albacete, dictó sentencia el 12 de febrero de 1974 anulando el acuerdo municipal, por considerar que la Administración pública carecía de competencia para decidir acerca de la procedencia de reclamar daños y perjuicios a un particular, por corresponder a la jurisdicción ordinaria.

5. El Ayuntamiento de U. interpuso recurso de apelación contra la sentencia de la Audiencia de Albacete, que fue desestimado por la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1975.

II. SENTENCIA DE LA SALA CUARTA DE 17 DE ABRIL DE 1975

Esta sentencia, de que fue ponente José Gabaldón López, en sus considerandos sentó la siguiente doctrina:

«Considerando que la sentencia apelada, con doctrina sustancialmente compartida por esta Sala, invalidó la resolución impugnada como consecuencia de la incompetencia de la Corporación para entender en materia propia de los Tribunales de la jurisdicción civil, cual es la de responsabilidad por daños causados por un particular a los bienes de aquélla, aunque sean de dominio público, como derivada del artículo 1.902 del Código civil, al no existir una norma específica que aun de modo excepcional atribuya a aquélla la facultad de resarcirse sin previo pronunciamiento

de los Tribunales; normas que ni existen en casos como el contemplado ni pueden derivarse de las facultades de intervención otorgadas por los artículos 1 y 5 del Reglamento de Servicios, cuyos presupuestos obviamente no concurren en el caso, así como tampoco en las normas relativas a la autotutela del estado posesorio, según el artículo 404 de la Ley de Régimen Local, que no comprende las facultades para pronunciar una reparación de daños, ni menos aún de los artículos 92, 93 y 98 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, que, evidentemente, se contraen a supuestos de culpa contractual, que no pueden extenderse a los de culpa aquiliana.

Considerando que en consonancia con ello no es de admitir la tesis esgrimida en la apelación de que la Corporación sería competente porque la actuación municipal, pese a una errónea calificación del acto impugnado, no constituiría ejercicio de una acción de resarcimiento, sino de sus potestades de recuperación posesoria sobre bienes demaniales, a tenor del artículo 55 del Reglamento de Bienes, al no limitarse dicha protección de la integridad posesoria a la recuperación material, sino que alcanzaría a que pudiera deshacer por sí la Administración cualquier perturbación en dichos bienes, incluso en lo relativo a los efectos dañosos de los actos de particulares; sin embargo, para desestimar esta teoría basta señalar que ello equivaldría a ampliar una excepcional prerrogativa de la Administración, un privilegio de la misma, como es la autodefensa posesoria de sus bienes a una institución de naturaleza jurídica diferente en su esencia y, por tanto, no subsumible entre las facultades derivadas de la primera; porque resulta claro que mientras el interdicto propio de la Administración tiene exactamente la misma naturaleza que el civil, o sea, la de acción para mantener o reponer el estado posesorio, y por ello medio cautelar referido directamente a las cosas para proteger situaciones que pueden no ser definitivas en tanto tiene lugar la declaración del derecho en la vía adecuada, las acciones indemnizatorias son, por un lado, puramente personales, como derivadas de una obligación de reparar el daño, y, por otra, no llevan a una protección cautelar, sino a un definitivo resarcimiento, además de lo cual su contenido se extiende a una serie de valoraciones instrumentales, pero necesarias, que no se limitan a la reposición del bien en su situación anterior, sino que deben pronunciarse sobre la valoración de los daños, la determinación del agente y la naturaleza de su actuación, la relación de causalidad y la imputación a un sujeto patrimonialmente responsable.

Considerando que por ello debe reputarse correcta la calificación otorgada en la resolución municipal recurrida, en cuanto a que su decisión se refería a la responsabilidad, que declaraba expresamente, del recurrente por los daños ocasionados en el cementerio municipal como consecuencia de la rotura del pantano de la mina Brunita afecto a su explotación..., así como la obligación de repararlos, y precisamente por virtud de esa su propia naturaleza entender que la Corporación actuó con incompetencia manifiesta, puesto que lo hizo invadiendo las atribuciones de los Tribunales civiles, y, en consecuencia, el referido acto es radicalmente nulo, como comprendido en el número primero, apartado a), del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo; argumento derivado de que el aluvión de lodos que invadió el cementerio no puede reputarse como productor de un desplazamiento o perturbación de la posesión de dicho bien municipal, sino simplemente de una serie de daños en el mismo; de aquí que proceda confirmar la sentencia recurrida en cuanto invalidó el referido acuerdo, a tenor de la ya muy conocida doctrina jurisprudencial, que en los casos en que la Administración actuó con incompetencia manifiesta entiende a esta jurisdicción competente para pronunciar exclusivamente la declaración de nulidad del acto.»

III. COMENTARIO

1. *La autotutela administrativa*

La Administración pública no tiene necesidad de acudir a los Tribunales para que se reconozcan y definan sus derechos. En virtud del privilegio de la decisión ejecutiva puede—en frase expresiva de HAURIOU—hacerse justicia a sí misma (1), esto es, dirimir los conflictos jurídicos que se plantean con las personas que con ella se relacionan mediante actos obligatorios y ejecutivos. Y en aplicación del principio de la acción de oficio puede llevar a cabo la ejecución forzosa o forzada de sus actos ante la resistencia de los sujetos obligados. Ambos privilegios se encuentran plenamente consagrados en Derecho español (2): el primero, en los artículos 33 y 38 de la Ley de Régimen Jurídico y 44 y 101 de la Ley de Procedimiento Administrativo; el segundo, en los artículos 100 y 102 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Refiriéndose a los mismos, alguna decisión de conflictos jurisdiccionales ha dicho: «En virtud del privilegio de la decisión ejecutoria que asiste a la Administración, los actos administrativos son ejecutivos sin necesidad de declaración judicial, pero no pueden oponerse eficazmente a una declaración judicial contradictoria (Decreto de 24 de febrero de 1890), y en cuanto al privilegio de la declaración previa que asiste también a la Administración, se limita a que ésta pueda declarar ejecutiva su pretensión antes de cualquier confrontación judicial» (Decreto de 22 de mayo de 1958). Y una sentencia de 24 de octubre de 1968 (ponente, Roldán) se refiere al «privilegio de la decisión ejecutiva, según lo que, por consecuencia de los principios o privilegios administrativos de la ejecutoriedad y de la acción de oficio, los actos administrativos que comprendan declaraciones referentes a existencia y límites de los derechos de la propia Administración son ejecutivos sin necesidad de una previa revalidación judicial».

Ahora bien: este privilegio, que es general cuando la Administración pública actúa como tal sujeta al Derecho administrativo, se encuentra limitado cuando actúa sometida al Derecho común.

Cuando las entidades que integran la Administración pública actúan como cualquier otro sujeto de Derecho, los litigios que surjan con las personas que con ella se relacionan serán decididos por la jurisdicción ordinaria a través del proceso civil que corresponda.

Es cierto que también en estos casos la Administración ostenta privilegios, manteniendo una posición de supremacía respecto de los demás sujetos de Derecho. Pero, en general, carece de los privilegios característicos del régimen administrativo. Así lo ha proclamado la jurisprudencia de conflictos en alguna decisión concreta, como el Decreto de 21 de mayo

(1) *La jurisprudence administrative*, París, 1929, tomo II, pág. 69. Nada tiene de extraño, por tanto, que esta forma de decisión de los conflictos se haya catalogado entre los sistemas de autodefensa por la doctrina procesal. Cfr. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1955, pág. 168. También la doctrina administrativa utiliza expresiones análogas para designar esta potestad. Y habla de «autocorrección y autoimpugnación» del acto administrativo (así, FOLIGNO, en *L'attività amministrativa*, Milán, 1966, págs. 186 y ss.). No obstante, BRISEÑO, en *El proceso administrativo en Iberoamérica*, México, 1968, pág. 89, pone en duda la posibilidad de emplear los términos de autocomposición y autodefensa si con ello se significa la composición del litigio por obra de las partes de forma egoísta o altruista, ya que al menos el órgano administrativo no está defendiendo algo personalmente suyo.

(2) Una referencia general al problema en GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1964, 2.ª edición, I, págs. 104-107, y «Hacienda y proceso», texto de la conferencia pronunciada en la Cámara de Industria de Madrid el 22 de junio de 1966, publicada en R C D I, 1968, número 466, págs. 627-632. Cfr. también VINCENT, *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, París, 1966, págs. 47-143, BRISEÑO, *El proceso administrativo en Iberoamérica*, México, 1968, págs. 81-84; GARRIDO, *Tratado de Derecho administrativo*, 5.ª edición, Madrid, 1970, I, páginas 547-553; GOYARD, *La compétence des Tribunaux judiciaires en matière administrative*, Ed Montchrestien, 1962, pág. 315.

de 1955, en el que se declaró la improcedencia de utilizar el procedimiento administrativo de apremio para el cobro de lo adeudado por precios de arrendamiento, «pues corresponde a la jurisdicción ordinaria, según el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conocer las pretensiones de una entidad pública dimanantes de un contrato civil». En análogo sentido, sentencias de 18 de diciembre de 1947 y 22 de diciembre de 1950 (3).

En el ámbito del Derecho común, la Administración pública únicamente podrá decidir los litigios por la fórmula de la autodefensa de los supuestos que expresamente autoriza el Ordenamiento jurídico (4).

2. *La responsabilidad patrimonial extracontractual de los particulares frente a la Administración*

Que la Administración pública carece de competencia—por corresponder a la jurisdicción ordinaria—para declarar la responsabilidad patrimonial en que hubiese podido incurrir un particular es evidente. *Salvo los supuestos excepcionales en que por Ley formal se disponga lo contrario, son los Tribunales ordinarios los únicos que pueden pronunciarse sobre si un particular incurrió o no en responsabilidad patrimonial frente a la Administración.*

La jurisprudencia es reiterada y constante.

El principio general se sanciona en la sentencia de 10 de marzo de 1949 (Aranzadi, núm. 1.511), en cuyo primer considerando se dice:

«Si bien ha de acudirse a la jurisdicción ordinaria normalmente, y a las jurisdicciones especiales solamente en aquellos supuestos en que el legislador ha creído prudente excluirlos del conocimiento de la misma atribuyéndolos a un conjunto de órganos jurisdiccionales diferenciados de los que integran aquélla, según admite, entre otras, la sentencia de este Alto Tribunal de 27 de junio de 1946, al establecer que la 'fuente y raíz de competencia en materia civil afecta a la jurisdicción ordinaria por atraer al conocimiento de los Jueces y Tribunales de esta clase cuantos negocios civiles se susciten en territorio español y no estén exceptuados por algún precepto especial, y este principio, reiteradamente sancionado por la jurisprudencia y acogido con eficacia preceptiva en los artículos 2 y 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 51 de la de Enjuiciamiento Civil, constituye la base obligada y determina el criterio rector a que han de ajustarse para ser decididas las cuestiones y los recursos que versan respecto de competencia o falta de ella por razón de la materia', lleva consigo que se admita en concretas circunstancias las repetidas jurisdicciones especiales, y dentro de éstas surge con carácter principal y sustantivo la contencioso-administrativa, ante la cual han de deducirse las pretensiones fundadas en normas de Derecho administrativo especificadas en el artículo 1, párrafo primero, de la Ley Jurisdiccional, al disponer: 'Conocimiento de las pretensiones que se deriven en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley', y, por ende, con exclusión de aquellas que, aunque relacionadas con acto de la citada Administración, se atribuyen por una Ley a la jurisdicción social, civil, penal o a otra (artículo 2), siéndole de adecuación todos los preceptos orgánicos y procesales comunes; ahora bien: con las especialidades propias de la materia objeto de examen, a tenor de la disposición adicional sexta: de donde se sigue que de cristalizarse un Derecho administrativo en la presencia de cualquier pretensión, fundada además en normas jurídico-administrativas,

(3) Me remito a mi trabajo *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, págs. 1007-1008.

(4) Me remito a mi trabajo «Régimen administrativo y proceso administrativo», en *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Cedam, Padua, 1957 (separata), págs. 14-21.

y que los actos que se recurran emanen de autoridades administrativas que han actuado ejercitando potestades de Derecho con aquel carácter, su conocimiento entonces corresponde tajantemente a la referida jurisdicción contencioso-administrativa, puesto que la Administración pública interviene en régimen de prerrogativas haciendo uso del poder público de que está investida, y en este caso aleja el problema de Derecho material que se ventila del ámbito que a la jurisdicción común reserva el aludido artículo 51 de la Ley riuaria civil, por encontrarse en él definido como propio de lo contencioso-administrativo del indicado artículo 1 de su Ley reguladora.»

Es cierto que existen supuestos de indemnización en los que se atribuye a la Administración la determinación de la responsabilidad. Así, en los siguientes: artículos 19 y 24 del Reglamento de Policía de Aguas y sus Cauces de 14 de noviembre de 1958; artículo 30 de la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928; artículo 408 del Reglamento de Montes de 22 de febrero de 1962; artículos 2, 3, 4, 6, 16, 18, 19 y 42 del Reglamento de Policía de Carreteras; artículo 33 del Reglamento de Vías Pecuarias de 23 de diciembre de 1944. Pero sólo en estos supuestos especialmente previstos es competencia administrativa la determinación de la responsabilidad extracontractual.

Cuando no existe precepto expreso en tal sentido, el único fundamento legal en que puede apoyarse la pretensión del Ayuntamiento es un precepto del Código civil: el artículo 1.902.

Y siempre que lo que se plantea es una cuestión de responsabilidad patrimonial en aplicación de este precepto, la jurisdicción competente es la de los Tribunales ordinarios. No la jurisdicción contencioso-administrativa. Los Tribunales contencioso-administrativos tendrán jurisdicción en estos casos para anular el acto administrativo en que la Administración se consideró competente para pronunciarse sobre la indemnización de daños y perjuicios. Por ser un acto nulo por incompetencia manifiesta.

Así, una sentencia de 26 de febrero de 1959 (*Aranzadi*, núm. 1.804), al enfrentarse con un acuerdo en que un Ayuntamiento reclamaba cantidad por unos supuestos daños ocasionados en una dehesa boyal, declaró:

«Dicho acuerdo es nulo y no tiene valor ni eficacia alguna al haberse adoptado por dicha Corporación municipal sin tener competencia para ello, ya que, por una parte, no existe precepto legal ni norma jurídica que le atribuya tal facultad y la efectividad de los daños y perjuicios pretendidos requieren previa reclamación y declaración por el órgano jurisdiccional competente, que dada su naturaleza no es otro que la jurisdicción civil.»

Otra, de 25 de octubre de 1963 (*Aranzadi*, núm. 4.214), dice:

«Por los preceptos legales en que se apoya la pretensión, artículos 1.902 y 1.903 del Código civil, no cabe duda que se trata del ejercicio de una acción civil encaminada a defender los derechos de tal carácter afectados con respecto a la propiedad de los actores, acciones cuya existencia expresamente reconoce y atribuye la competencia para su conocimiento a la jurisdicción ordinaria el artículo 407 de la Ley de Régimen Local en relación con el 414, estableciendo el primero de los preceptos citados que cuando se trate de lesiones de derechos administrativos será la jurisdicción contencioso-administrativa la competente, pero cuando afecte a lesiones de derechos civiles es atribuida la competencia a la jurisdicción ordinaria.»

En análogo sentido, entre otras, las sentencias de 27 de junio de 1972 (*Aranzadi*, núm. 3.262), 3 de marzo de 1973 (*Aranzadi*, núm. 898), 4 de julio de 1972 (*Aranzadi*, núm. 3.338), 10 de octubre de 1972 (*Aranzadi*, nú-

mero 2.941), 13 de noviembre de 1972 (*Aranzadi*, núm. 4.328), 7 de febrero de 1973 (*Aranzadi*, núm. 407), 2 y 3 de marzo y 26 de septiembre de 1973.

3. Autotutela demanial

Uno de los supuestos en que se admite la autotutela como fórmula de composición de los litigios en que es parte la Administración pública es en el llamado *interdicto administrativo* (5). Las entidades públicas—y, por supuesto, las entidades locales—podrán recobrar por sí la posesión de los bienes de su pertenencia, tanto de dominio público como de propiedad privada.

Pero lo que en modo alguno resulta admisible es utilizar esta vía administrativa para sustraer a la jurisdicción el conocimiento de una cuestión que a ella corresponde.

La sentencia que comentamos delimita perfectamente el ámbito del interdicto administrativo, las facultades de autotutela administrativa.

Y destaca las diferencias sustanciales que existen entre una recuperación posesoria y una pretensión de resarcimiento como consecuencia de cierta supuesta responsabilidad patrimonial.

En efecto:

a) El artículo 404 faculta a los Ayuntamientos para recobrar por sí mismos «los bienes de su pertenencia que se hallaren en posesión de particulares». Aun cuando se califique esta potestad de *interdicto administrativo*, es obvio que no pueden identificarse las potestades que reconoce el artículo 404 de la Ley de Régimen Local con las que se reconocen al Juez ordinario en un juicio interdictal.

El artículo 404 de la Ley de Régimen Local contempla un solo supuesto, que un bien de una entidad local haya pasado de la posesión de la misma a la de un particular. Presupone, por tanto, una transferencia de posesión, una pérdida de la posesión del ente local, posesión que ha pasado a un particular.

Este es el supuesto de hecho. Y lo que se reconoce en este precepto es la potestad de recuperar la posesión perdida. La Corporación puede por sí, sin acudir al Juez, recobrar la posesión del bien.

b) En el supuesto que contempla la sentencia, el Ayuntamiento de U. no ha perdido en momento alguno la posesión de ningún bien. El Ayuntamiento ha conservado siempre una posesión que nadie le ha discutido.

El cementerio ha seguido siendo municipal, ha estado en posesión del Ayuntamiento. Nadie le ha privado de esa posesión.

Por tanto, si el Ayuntamiento no había perdido la posesión, ¿cómo va a ejercer una potestad, como la del artículo 404 de la Ley de Régimen Local, que no tiene otro alcance que la recuperación de la posesión?

Donde no ha habido pérdida de la posesión, no puede hablarse de recuperación.

c) Lo que se había producido era algo muy distinto. No una usurpación de la posesión del Ayuntamiento, sino algo que nada tiene que ver con la pérdida de la posesión.

El Ayuntamiento, que había seguido poseyendo ininterrumpidamente el cementerio municipal, ha experimentado unos daños como consecuencia de hechos debidos a fuerza mayor.

Por eso, como no ha perdido la posesión, no tiene por qué recuperarla. El Ayuntamiento podía perfectamente por sí hacer en el cementerio cuanto estimase oportuno.

Si se habían producido unos daños como consecuencia de una tormen-

(5) Una referencia general al problema en la 3.ª edición de mi libro *Los recursos administrativos*, de próxima publicación.

ta, él mismo—como propietario poseedor—pudo perfectamente hacer las obras necesarias para reponer las cosas a su estado anterior a la tormenta.

El Ayuntamiento no pretendía recuperar una posesión que no había perdido. Lo único que pretendía es que el coste de la reparación del cementerio, los gastos ocasionados para volver al estado anterior a la tormenta, fuesen pagados por un tercero.

Y esto siempre será un problema de indemnización de daños y perjuicios.

Y esto es una cuestión civil. La Administración pública carece de competencia para pronunciarse sobre ella.

d) Que no se trata de un problema de recuperación de la posesión, sino de algo muy distinto, es que el Ayuntamiento utiliza el procedimiento de la ejecución forzosa, que prevé el artículo 106 de la Ley de Procedimiento Administrativo, esto es, la ejecución subsidiaria. Procedimiento que está previsto para cuando debiendo hacer algo una persona obligada, no lo hace.

Por eso no puede darse el supuesto en la recuperación de la posesión, que es competencia propia de la Corporación local y no subsidiaria. Es algo que puede—y debe—hacer por sí.

4. *Conclusión*

La sentencia que comentamos ofrece singular interés. Cuando se intentan ampliar las facultades autodefensivas de la Administración pública —la confusión doctrinal en la materia es cada día mayor—, invadiendo la esfera propia de los Jueces ordinarios, es necesario recordar claramente los más elementales principios. Como hace esta sentencia de la Sala Cuarta.

J. G. P.

11. 12. 13.

LIBROS

COLÍN SÁNCHEZ, G.: *Procedimiento registral de la propiedad*. Editorial Porrúa, S. A. México, 1972.

Mi corta experiencia de Congresos Internacionales me hace destacar cómo uno de los logros más efectivos—aparte de la convivencia y comunicación humana—el del deseo imperioso de ir conociendo en profundidad los rasgos más salientes de esas normas o legislaciones que han aportado a los mismos sus ponencias y conocimientos. ¿Por qué el representante de tal país opinó en esta forma y no en otra? La razón hay que buscarla en el conocimiento efectivo de una legislación que va a revelarnos la «forma de ser y proceder» de sus representantes.

Precisamente por ser MEXICO la sede del próximo Congreso Internacional de Derecho Registral doy preferencia a la recensión de este libro, genuina muestra del sistema que allí se sigue. Ya en el Primer Congreso se vio claro que con los representantes de esa nación era fácil el diálogo, pronta la amistad y muchos los puntos comunes. Y es que, como le escribí en una dedicatoria de una publicación mía a FORTINO LÓPEZ LEGAZPI, hablamos un lenguaje que sólo se utiliza entre hermanos..

El autor de este trabajo ostentó la representación de su nación creo que en ambos Congresos. En la nota inicial que encabeza la publicación explica al lector su experiencia registral a través del ejercicio de su carrera—Juez Mixto de Primera Instancia, Procurador de Justicia, Magistrado del Tribunal Supremo, Director de Registro Público—y de las visitas hechas a las instituciones registrales de España, Italia y Alemania. Lo dice él con más precisión: «Con esta obra no pretendo descubrir nada nuevo ni sustentar bases presuntuosas encaminadas a establecer un deber ser general en esta materia. Lo que en estas páginas indico tiene como base de sustentación lo prevenido por los Ordenamientos jurídicos correspondientes y por la experiencia acumulada en el desempeño de las funciones que antes y ahora me han sido conferidas.»

Yo discrepo un poco del autor, pues aparte de las experiencias que vuelque en el libro entiendo que en él hay una estructuración lógica de materias, una exposición de conceptos que exigen una base científica para ofrecerlos y, por último, unos conocimientos profundos de la legislación que se maneja. Hay, pues, más que experiencias, y el que ya esté pensando en figurar en las listas de congresistas debe tener muy en cuenta este libro para lograr esa finalidad que el autor persigue con su obra: «Un entendimiento más ágil de los problemas propios y esenciales del Registrador y de otros muchos actos que demanda el servicio.»

Choca abiertamente al lector español la denominación que el autor da a su obra, y la razón de ello la explica éste en sus primeras andaduras. De las tres denominaciones que normalmente se aplican para designar la rama jurídica que trata de los problemas registrales (Derecho hipotecario, Derecho inmobiliario y Derecho registral), el autor no se queda con ninguna. Para él solamente puede y debe hablarse con estricto apego a la realidad de un «procedimiento registral para la propiedad», pero sin pre-

tender jamás instituir una disciplina jurídica con la autonomía y jerarquía de que adolece. La razón de ello está indudablemente en que, como dice el autor, la historia de México y el momento actual dan clara cuenta de la anarquía que en orden a la propiedad ha existido no sólo en cuanto a su tenencia, sino también en lo que respecta a la seguridad jurídica que en general demanda. Igualmente, es un Reglamento el que organiza la institución y señala el procedimiento a seguir. Si bien el Código civil instituye el Registro Público y dicta disposiciones generales, que el Reglamento amplía y explica en detalle, corrobora que se trata del propio Derecho civil en movimiento, ampliando su campo de acción para ciertos fines y efectos.

El libro en su estructura contiene tres grandes partes, que afrontan en forma genérica los temas del Registro Público de la Propiedad en México, los actos registrables en particular y los recursos, adicionándose una especie de apéndice, que aborda lo que el autor llama «lineamientos» sobre el Registro Público de Comercio. Sobre estas estructuras ajustaremos nuestra recensión.

A) *Primera parte.*—Seis temas fundamentales, que constituyen otros tantos capítulos, son estudiados para ir abriendo ante el lector el panorama y contenido del Registro Público de la Propiedad en México. El capítulo primero está destinado fundamentalmente a exponer en forma sintética la evolución histórica experimentada por la legislación en torno a la materia, para luego estudiar con cierto detenimiento la vigente actualmente.

Arranca el autor de la «época de la colonia», donde tuvo raigambre la legislación española, creándose por el Código civil de 1870 el Registro Público de la Propiedad. Durante el Gobierno del Presidente Juárez, el 28 de febrero de 1871 se expide el Reglamento del Registro Público, que en el Código civil del Distrito Federal y Territorios de la Baja California en 1884 se extiende por dichos territorios. El 8 de agosto de 1921 entra en vigor otro Reglamento en el Distrito Federal y, por último, el 29 de diciembre de 1956, durante el Gobierno de Salvador Sánchez Colín, se aprueba el Código civil, y poco después el Reglamento del Registro Público de la Propiedad. Se completa la materia con el examen de los funcionarios a cuyo cargo está la función registral y el personal que integra el Registro Público en el Estado de México. A juicio del autor, aunque el sistema en que se basa es bueno, la situación ofrece una crítica negativa.

En el capítulo segundo se expone el procedimiento registral, que el autor define como el conjunto de actos, formas y formalidades de necesaria observancia para que los actos jurídicos que han adquirido forma notarial alcancen publicidad y se obtenga la seguridad jurídica que el acto mismo demanda. En el estudio del procedimiento se distinguen, de una parte, el objeto; de otra, los fines; por fin, sus caracteres, y por último, los principios que lo gobiernan. El objeto es el acto jurídico que ha adquirido forma notarial y sin la cual no sería posible concebir su existencia para efectos registrables. El fin o fines son: el principal, la publicidad; el mediato, la seguridad jurídica, y el accesorio, servir de medio de prueba singular y privilegiado. Los caracteres son los de ser público, adjetivo y sustantivo y parte integrante del Derecho civil. Se enuncian y estudian los principios de publicidad, inscripción, especialidad, consentimiento, legalidad, inscripción, tracto sucesivo o continuo y prioridad. Para el autor no existe más que un principio fundamental rector del procedimiento: la legalidad.

Seguidamente se destina un capítulo a los actos procedimentales examinando sucesivamente los presupuestos o requisitos para tener acceso registral (existencia del acto, forma notarial y solicitud de Registro), la competencia (o capacidad otorgada por las Leyes al Registrador para que pueda avocarse al conocimiento y despacho de determinados actos jurídi-

cos), la forma y las formalidades (todo acto jurídico tiene una forma y, además, una formalidad o requisitos para que la forma opere en el orden adecuado), lugar y tiempo de celebración de los actos procedimentales, términos registrales (o plazos de quince días para llevar a cabo la inscripción, debiendo ser calificado el documento en el plazo de tres días) y efectos de la inscripción (que el autor divide en declarativos y constitutivos para concluir que son de la primera especie).

Los actos procedimentales desde el punto de vista formal constituyen la materia del cuarto capítulo, y en él se distinguen y agrupan los conceptos de las inscripciones (es el acto procedimental a través del cual el Registrador, observando las formalidades legales, materializa en el libro correspondiente el acto jurídico utilizando la forma escrita; con ello deja constancia fehaciente de la legitimidad del acto de que se trata y facilita la publicidad del mismo; una fórmula jurídica que ampara los derechos reales y el dominio legalmente adquiridos produciendo efectos contra terceros), las anotaciones (que tienen por objeto patentizar dentro de la historia de una finca una situación jurídica inmobiliaria, un litigio, una garantía, una caución o seguridad a un acreedor frente a las facultades de disposición del deudor titular del derecho sobre el cual se ha llevado a cabo la anotación) y la cancelación (forma mediante la cual dejan de tener vigencia y de surtir sus efectos los actos registrados o anotados).

Impresiona la definición rotunda y sustancial que el autor da para concretar la esencia de las certificaciones de los actos inscritos en el Registro Público, materia a la que se destina el capítulo quinto. La certificación—dice el autor—es el acto a través del cual el tenedor del Registro *da fe* de los actos o constancias inscritas en el libro correspondiente o de que no existen, así como también de los documentos que obran en los archivos de la oficina. La certificación supone el cumplimiento de una obligación legal: la publicidad. Es medio de prueba y un documento de carácter público. Pueden ser literales, de gravámenes, de libertad, de inscripción, de falta de inscripción y certificaciones de planos o documentos archivados. Después del examen de cada una se complementa el estudio con algunos modelos para su expedición.

Cierra esta primera parte un examen de las etapas en que se divide el procedimiento registral: presentación del documento (sujetos que pueden solicitar la inscripción), anotación en el libro de entradas y salidas o libro de presentaciones, distribución de los documentos con arreglo a la sección a que pertenecen (haciéndose por riguroso orden de fecha y hora), calificación registral (que comprende la confrontación del documento con sus antecedentes registrales si el acto se ajusta a las disposiciones legales, jerarquización de las normas aplicables a cada caso concreto y determinación por escrito sobre la improcedencia de la inscripción), calificación fiscal (para efectuar esta operación se requiere que el documento haya sido calificado registralmente, para que con base en esa determinación se proceda a la cuotización correspondiente), ejecución del acto solicitado (previo pago de los impuestos) y devolución del documento al interesado.

B) *Segunda parte.*—Expuesta por el autor lo que podría denominarse parte general del procedimiento registral, examina expresamente lo que también él denomina parte especial, constituida por una serie de temas que nos limitamos a enunciar precisando su concepto: *el aviso preventivo* (acto a través del cual el Registrador ordena se proceda a anotar al margen del asiento de la finca a que se refiera el aviso que en fecha precisa se ha firmado una escritura sobre una operación determinada, con el fin de dar publicidad al acto y lograr el efecto jurídico preventivo hasta tanto, y de acuerdo con el término establecido por la Ley, se presente para su Registro la escritura definitiva), *compraventa* (produce el efecto de la oponibilidad del derecho inscrito contra terceros, pero ni da

ni resta validez al contrato, el cual *si* produce todos sus efectos entre los contratantes), *el contrato de mutuo* (o contrato de préstamo, que puede ser simple o con garantía hipotecaria), *hipoteca* (que para que produzca efectos frente a terceros necesita siempre de Registro), *prenda* (que es susceptible de inscripción en el Registro—sección tercera—), *el fideicomiso* (institución por la que el fideicomitente destina determinados bienes a un fin a través de una persona encargada de su realización, siendo inscribible en el Registro Público), *personas morales de carácter civil* (siendo inscribibles su constitución, estatutos, reformas, mandatos, disolución y liquidación) y *actos registrables provenientes de órganos jurisdiccionales y otras autoridades* (la cédula hipotecaria, el embargo, informaciones *ad perpetuam*, prescripción positiva, apeo y deslinde, disolución de sociedad conyugal, adjudicación de bienes por remate y por herencia, suspensión provisional y definitiva de resoluciones en materia de amparo, embargos o secuestros dictados por autoridades del trabajo, mandatos girados por el Ministerio público, etc.).

C) *Tercera parte*.—Está destinada a los recursos o medios establecidos por la Ley, por medio de los cuales el afectado con algún acto o resolución manifiesta su inconformidad para que examinado de nueva cuenta por el tenedor del Registro Público, por una autoridad pública superior o por un órgano jurisdiccional, y de acuerdo con la naturaleza del acto de que se trate, se reconsidere lo resuelto dejándolo sin efecto o bien se lleve a cabo el acto solicitado.

Entre los recursos internos están el de revocación (entiéndase como el de reposición administrativo español) y la queja (entablado ante el Gobernador o Director de Gobernación del Estado). Entre los externos está el judicial, por medio del cual el perjudicado, con la determinación del tenedor del Registro, acude ante el órgano jurisdiccional competente para que determine conforme a Derecho. Al lado de ellos se destaca el procedimiento para la rectificación de errores. Se examina, por último, el problema de la nulidad de los actos del procedimiento registral.

D) *Apéndice*.—Se examina en forma muy genérica—líneas generales o lineamientos—el Registro Público de Comercio o institución que tiene por objeto llevar a cabo la inscripción de los actos referentes al comercio con el fin de proporcionarles la publicidad necesaria y, por otra parte, para que puedan producir efectos frente a terceros. Al igual que el Registro Público de la Propiedad, el de Comercio está regido por el principio de la legalidad.

En su examen se exponen las personas a cuyo cargo está el mismo (Director o tenedor de la cabecera del distrito judicial correspondiente), la forma de llevar el Registro (a través de cinco libros), la distinción entre personas morales y jurídicas a efectos de su inscripción y los elementos a que debe sujetarse el funcionario calificador.

Un último capítulo cierra la obra. Se refiere a los requisitos que los contratos de crédito deben reunir para su registro y que podrán hacerse constar en el Registro de Hipotecas que corresponda o en el Registro de Comercio respectivo. Se parte de una previa distinción entre créditos de habilitación o avío y refaccionarios.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GARCÍA CONI, RAÚL R.: *Derecho registral aplicado*. Ediciones Librería Jurídica. La Plata, 1972.

Con motivo del I Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Buenos Aires, se publica este libro, que traigo ahora a recensión. Su autor, RAÚL R. GARCÍA CONI, es Director del Registro de la Propiedad de la provincia de Buenos Aires, Profesor y Consejero de la Universidad Notarial Argentina, Miembro de la Academia Matritense del Notariado y de la Asociación de Notarios de México. Además de estos títulos es, por lo que a mí se refiere, uno de los más «enfadados» miembros de la delegación argentina que arribaron a la madre patria para celebrar el II Congreso Internacional de Derecho Registral.

Parte de esa delegación—afortunadamente no toda—traía «abierta la cancha» contra un artículo mío, en el que enjuiciaba mi impresión del Registro de la capital de la República Argentina (al hacer la cita de la capital hablé imprecisamente de «capital bonaerense» y eso al autor del libro que recensiono le debió de producir santa indignación, ¡perdón!). La frase que más «enfurecida» traía a esa representación fue la de «show traumático» que apliqué a la exhibición que de los locales y la mecanización registral nos habían ofrecido. El único pecado—y esto lo comprendo—es haber utilizado una palabra de raíz no latina que se escribe de una forma y se pronuncia de otra (muy en la línea de la hipocresía inglesa), pero que al significar espectáculo breve, concentrado y ameno puede perfectamente ser aplicable a la exhibición de que hablo. Al calificarlo de «traumático» no decía más que la verdad, pues aquello a un hombre que se ha pasado media vida—millonario en horas de estudio—aprendiendo Derecho hipotecario le produjo un golpe seco del que tardó en reaccionar, no llegando, sin embargo, a romper sus esquemas mentales. No creo que etimológicamente—pues en esto los argentinos son muy versados—tenga que dar más explicaciones. Pero si la forma jocosa de enfocar el problema pudiera ser la razón de la «santa» indignación debo salir al paso, pues quien me haya leído con cierta asiduidad verá que en toda mi producción existe ese humor que comprendo es difícil de asimilar por quien no sea capaz de sonreír ante el campo del Derecho. Además, creo que «aquello» sólo con sentido del humor puede contemplarse.

Uno de los más violentos atacantes de mi frase me han dicho que fue el autor de este libro, que yo guardaba con especial cuidado, pues en sus primeras páginas—en forma autógrafa—me lo había dedicado él mismo. Ahora, al abrirlo de nuevo para hacer su recensión, me ha venido a la memoria todo lo que he contado, y precisamente por contarle creo que mi legitimación para estas notas está plenamente justificada. Esta es la ocasión que el destino me brinda para seguir siendo «objetivo» en mis apreciaciones.

Yo, que había dicho después de mi visita a Argentina que de los muchos países y capitales que he conocido al único que volvería sería a ése, ahora resulta que si regreso me van a recordar la frase, me van a volver la espalda y me van a señalar con el dedo... No obstante, yo todavía confío en *Martin Fierro*, reflejo del alma argentina, y en su frase consoladora, que nuestro Decano invocó en la despedida: «En la sendad del querer no hay animal que se pierda.»

Y vamos con el libro. Fundamentalmente podríamos decir que tiene dos partes. La primera es doctrinal, y la segunda, legislativa, constituida por un apéndice con las normas nacionales de relevancia registral, normas locales, reuniones nacionales de directores de Registros de la Propiedad Inmueble y unas notas bibliográficas de obras utilizadas o consultadas

para redactar la parte primera. Esta tiene una estructura a la que vamos a ajustarnos y en ella distinguir los seis capítulos o apeaderos de que consta.

I. *Capítulo primero.*—Aparte de unas nociones preliminares, los puntos concretos que el autor estudia son los de la denominación y concepto del Derecho registral, sus relaciones con otras ramas jurídicas, la autonomía del Derecho registral, el Registro y el Catastro, el contenido de la registración y los diferentes tipos de Registro.

Es curioso cómo la monumental obra de ROCA SASTRE ha influido en la mayor parte de los autores para mediatizar exposición de materias y hasta terminología. Me estoy refiriendo al esquema apuntado y a esa «escalofriante» palabra de la «registración». Quede bien claro que yo también la he utilizado.

En la introducción el autor habla de justicia y paz jurídica, atribuyendo el servicio de la primera a los Jueces, Abogados y Procuradores, y la segunda a Notarios y Registradores. Traducido a mi lenguaje jurídico creo que lo que el autor ha querido decir es que dentro del principio de «seguridad» jurídica, la seguridad del Derecho está en manos de la justicia y la «seguridad del tráfico» a cargo de la publicidad registral. También hace alusión a los intereses individuales y plurales, a la necesidad de su equilibrio, a los diferentes sistemas que rompen el mismo inclinándose a un campo o a otro y a la entelequia de la figura del «tercero». Me apresuro a puntualizar que el sistema español es una institución al servicio de la publicidad, cualquiera que sea el tipo político o económico que marquen las directrices de la organización de la propiedad, convirtiéndose en una especie de institución neutra. Para comprender esto debe leerse con cierto detenimiento el sentido individual y social al que se refiere la Exposición de Motivos de la Ley de 1944.

Recoge las diferentes posturas en torno a la denominación de esta rama del Derecho y concluye por denominarla «Derecho registral», estimando que es «la sistematización de principios relacionados con la dinámica de los derechos inscribibles en relación con los terceros». Al apuntar las relaciones que este Derecho ofrece frente a otras ramas jurídicas señala hasta trece (civil, comercial, administrativo, tributario, penal, procesal, laboral, intelectual, agrario, industrial, aeronáutico, navegación y notarial).

El autor mantiene la tesis de la autonomía del Derecho registral, y al afrontar el tema del Registro y del Catastro viene a concluir en la necesidad de un ente intermedio que actúe como banco de datos para el suministro y acopio de información no específica, pero imprescindible para la buena marcha, tanto del Catastro como del Registro, y que también sirva a otros organismos del Estado (recaudación, inmuebles fiscales, etc.).

En lo que el autor perfila como contenido de la «registración» aborda diversos temas, como son la distinción entre muebles e inmuebles, derechos personales y reales, concepto de finca y concepto de tercero. Para llegar a la primera distinción recorre el camino habitual de la doctrina y concluye con la tesis de F. DE CASTRO, que distingue entre bienes «registrables y no registrables», sin recoger la postura de CARNELUTTI sobre la «circulación controlada». En el esbozo de distinción que hace entre derechos personales y reales a los efectos de su inscripción concluye con una frase que me ha producido ciertas dudas interpretativas: «Cuanto antes se produzca el tránsito del derecho personal al derecho real, mayor será la seguridad jurídica obtenida, y por ello propiciamos la inscripción *que declara y no la que constituye* el derecho real, ya que esta última dilata innecesariamente la metamorfosis del primero al segundo de los referidos derechos »

Por lo que se refiere al concepto de finca y al sistema de folio real, que apoya la llevanza del Registro de esa forma abriendo un folio particular a cada finca, sigue el sistema tradicional. Lo que sucede es que en la plasmación del contenido del asiento respectivo, que va formando el historial de la finca, ni los sistemas de «transcripción» ni el actual sistema vigente en Argentina tiene empleados con capacidad de síntesis para hacer una versión esquematizada del documento, y de ahí que deban recurrir a la colaboración del Notario, adecuando sus rogatorias como «minutas» o «projectos» de asiento.

En el concepto del tercero confiesa el autor que es «una entelequia que se conoce no muy bien». Realmente el autor tampoco hace gran cosa para aclarar el concepto, limitándose a decir que se advierte con gran nitidez la diferencia entre el Derecho civil y el Derecho registral, explicándose cómo éste se ha desmembrado de aquél, al que muchas veces contraría. En el tema de la dinámica de los derechos reales y publicidad hace un estudio histórico de la necesidad de la publicidad y de cómo ésta se cristaliza—en su aspecto formal—a través de las certificaciones con su triple valor: publicidad pura, advertencia a los terceros y reserva de prioridad indirecta. Respecto a los tipos de Registros destaca los de hechos, derechos, títulos, contratos, reservados, publicitarios, legitimadores, personales, reales, de transcripción, de incorporación y de inscripción. Clasificación que al mezclar distintos puntos de vista puede provocar serias dificultades de interpretación.

II. *Capítulo segundo.*—Dos puntos concretos se estudian por el autor: la teoría del título y el modo y el problema de la posesión. Respecto a lo primero estima como título tanto la causa genética o negocio jurídico, como el instrumento, cápsula, soporte o embalaje jurídico continente. El modo es un concepto unívoco, que consiste en la entrega o tradición de la cosa en las diversas formas que la legislación argentina reconoce. Aunque al abordar el problema de la posesión en su naturaleza—como hecho o como derecho—parece que el autor va a desarrollar este aspecto, lo único que hace es introducir el concepto en la tradición y afirmar que siguiéndose la teoría del título y el modo, la legislación argentina no lo sustituye nunca por la inscripción.

III. *Capítulo tercero.*—Se destina exclusivamente al estudio esquemático de los principios hipotecarios. El primero de ellos es de publicidad, al que se adscriben una serie de efectos. El segundo es el de inscripción o matriculación, que para el autor consiste en los diferentes asientos que en el Registro se realizan (inscripción, matriculación, anotación, «inscripción provisoria», etc.) y la distinción de si son o no obligatorios. El principio del consentimiento, referido al Derecho alemán, está tan excesivamente extractado, que sólo los que dominan esta materia pueden llegar a su plena comprensión. El principio de autenticidad es el cuarto de los expuestos y demuestra claramente la pobre función encomendada al Registrador: «El principio de autenticidad libera a los Registros de realizar el examen intrínseco del documento, pues éste ya se encuentra legitimado por su autor, como responsable de la licitud del negocio jurídico. De esta manera, el Registrador se limita al análisis de las formas extrínsecas y a la concordancia con sus propios asientos.»

La rogación, tratada como principio, es el requisito que impide que la actuación del Registrador sea espontánea. Es decir, evita la «oficiosidad». Cita algún caso de excepción y aborda el problema del desistimiento y su posibilidad. La prioridad o rango está estudiada con amplitud, distinguiendo aquella que provoca incompatibilidad de derechos, la que permite precisar rangos y la negociabilidad de los mismos. El principio de tracto sucesivo es estudiado con la necesaria precisión para su debida compren-

sión. Igualmente sucede con el de determinación o especialidad, donde el autor aprovecha la materia para incluir los problemas de la determinación de la cosa futura y el de la prehorizontalidad con la legislación que trata de proteger esta situación. Realmente es muy interesante esta parte del estudio.

La legalidad es otro de los principios que estudia el autor y que relacionado con el de la autenticidad no guarda plena identidad, pues aquí se afirma que «si los documentos estuvieren viciados de nulidad absoluta y manifiesta, el Registro procederá a su rechazo liso y llano», lo cual parece dar a entender que la calificación registral llega más a fondo que el simple examen extrínseco de requisitos. Esta posible contradicción la aclara el autor poco después al hablarnos de la función calificadora. Si se parte del documento auténtico y se cuenta con una infraestructura notarial, la función calificadora puede ser compartida, limitándose la del Registrador al examen de las formas extrínsecas, quedando la calificación intrínseca o negocial a cargo de otro funcionario público: el Notario autor del documento. Es decir, que el Notario comparte funciones calificadoras, cosa que en España no sucede. Ahora se explica que en uno de los Congresos del Notariado Latino se acordase reducir la función calificadora «a las formas extrínsecas del documento». De ahí al «apoyo electrónico» no había más que un paso.

Recoge el autor tres últimos problemas: el recurso frente a su decisión, la legitimación y la fe pública registral. De los dos últimos se ocupa el autor afirmando su existencia en el Derecho argentino y estimando que hay fe pública en la inscripción con eficacia ofensiva (presunción *iuris et de iure* o convalidante) y también la hay si la inscripción tiene efectos defensivos (presunción *iuris tantum* o perfeccionante).

IV. *Capítulo cuarto.*—Está destinado a cotejar el paralelismo existente entre los principios registrales y notariales (no en balde el Notario fue el primer Registrador, y donde falta el Notario su función debe ser suplida por el Registrador).

V. *Capítulo quinto.*—Esta zona del libro permite al autor destinarla a la clasificación de los diferentes sistemas registrales, distinguiendo los constitutivos (Registros de derechos), Registros declarativos, Registros no convalidantes (el asiento purga los vicios del derecho registrado). Al lado de todos ellos sitúa el sistema TORRENS.

VI. *Capítulo sexto.*—El autor hace un recorrido esquemático de los Registros visitados entre los años 1969 y 1972: Montevideo, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Atenas, Roma, París, Londres, Madrid (el autor, quizá por su precipitada visita, afirma que el Registro funciona a la manera de una Notaría y que para ciertos asuntos se admite la firma de un Registrador sustituto... La figura del Registrador sustituto no existe, pues el Registrador lo es en propiedad o interino. El sustituto suele ser un oficial, que no es Registrador), Lima, Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Holanda, México, Portugal y Puerto Rico.

Con esto termino, pues la segunda parte ya he dicho que es un apéndice legislativo interesante para su conocimiento, pero no para su comentario. Mi juicio crítico creo que ha quedado expresado a lo largo de estas líneas escritas desde lo alto de *Rocinante* y apretando mucho las bridas para que no galopase.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La justicia administrativa en España*. Cuadernos Civitas. Ediciones Civitas en «Revista de Occidente». Madrid, 1974.

En formato de «libros de bolsillo», más tentadores para el asiduo comprador de libros de Derecho, aparece en la Colección de «Cuadernos Civitas» este trabajo, que ha de ser incluido en la obra *La España de los años 70* (volumen III), que dirige MANUEL FRAGA. Lo firma JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, cuya presentación parece obvia, sobre todo para los posibles lectores de esta *Revista Crítica e Inmobiliaria*, tan vinculada a los temas que el autor nos tiene acostumbrados y en los cuales es figura puntera.

GONZÁLEZ PÉREZ, aparte de la amistad y el compañerismo que con él me une, me produce la sensación de pequeñez al ver su enorme producción jurídica comparándola con la mía. Es admiración, no envidia, pues este último sentimiento Dios me lo negó desde el nacimiento, lo que siento al ver la fecundidad y rapidez con que van sucediéndose los libros, las conferencias, los comentarios a sentencias, los artículos, las colaboraciones, su trabajo profesional. No se lo he preguntado nunca, pero me imagino que si un día me decidiese a hacerlo respondería a mi pregunta de que de dónde saca tiempo para escribir y abarcar tanto, diciéndome que «en los ratos libres». Así de sencillo es el autor, que afronta en esta publicación un tema tan complicado.

El tema va explícitamente adelantado en el título de la obra: justicia administrativa. ¿Pero se puede hablar de justicia administrativa en España? Y el autor contesta para centrar el tema utilizando las palabras del profesor DRAGO al prólogo de la obra de GJIDARA: Es que la justicia administrativa ha sido impotente para lograr la sumisión de la Administración pública al Derecho y, en consecuencia, no puede hablarse de justicia administrativa, no existe justicia en la Administración. La experiencia nos ha demostrado que «justicia» y «administración» son dos palabras que se repelen, no cabe la más leve conexión entre ellas. Existe, sin embargo, un continuado esfuerzo de procesalistas y administrativistas por intentar algo en esta línea, para que los principios vayan siendo cada vez más reales. Las conquistas conseguidas son mínimas.

Lo apasionante del tema obliga ya a valorar la obra positivamente. Pero es que a lo apasionante del mismo se unen dos o tres circunstancias de actualidad. De una parte, como indica el autor, la reforma reciente de la Ley de lo Contencioso-Administrativo; de otra, la revisión en estudio de la del procedimiento administrativo, y, por último, esa ansia, ese anhelo de la «zona verde» del Derecho por lograr un reinado pleno, en el que lo privado esté totalmente sustituido por lo público. De ahí que la obra deba ser leída por los dos bandos en lucha: unos, los que empujan, para darse cuenta de lo que aún les falta para lograr, y otros, los que resisten, para apercibirse de lo poco que les va quedando.

Seis apartados van a servirnos para explicarle comprimidamente al lector el contenido sustancial de los mismos:

A) *Introducción*.—El autor plantea el problema que antes apuntábamos de la existencia o no de una justicia administrativa, y aparte de lo ya dicho, de las citas del principio IX de la Ley de 17 de mayo de 1958 (derecho a una justicia independiente) y del artículo 3 de la Ley Orgánica del Estado, abre al lector la panorámica del sistema español con estas palabras finales: veamos hasta qué punto se ha conseguido algo en el Ordenamiento español, hasta qué punto la justicia administrativa española responde a esas exigencias de justicia que lleva en lo más íntimo de su ser todo hombre.

B) *Dualidad de jurisdicciones*.—Cuando se va a interpretar el principio de división de poderes parcialmente en detrimento del poder judicial, postulando la necesidad de juzgar los litigios administrativos de manera especial, surgiendo todo un sistema de justicia administrativo, no se atribuye, sin embargo, toda la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que aquellos asuntos en los que no aparezca con carácter prevalente el interés general, no hay razón alguna para sustraerlos a la normativa general de los Jueces comunes y de los procesos que ha de seguir otro sujeto de Derecho para dirimir sus controversias. Ello —como dice el autor—ha provocado infinidad de problemas. De ahí que se tienda a una jurisdicción unitaria, pero no común, sino contencioso-administrativa.

C) *Autocontrol por la Administración pública*.—A lo dicho anteriormente hay que añadir ahora la existencia del privilegio de la decisión ejecutiva que tiene la Administración, en cuya virtud puede emitir decisiones ejecutivas que diriman los conflictos con las personas que con ella se relacionan, decisiones unilaterales ejecutivas, y verificar la conformidad del acto con el Ordenamiento jurídico. Y lo hace—como dice el autor—a través de los correspondientes procedimientos de revisión de oficio o a instancia de los afectados al decidir los recursos administrativos.

Dentro de la revisión de oficio estudia las líneas generales de lo que el autor llama revisión administrativa y revisión jurisdiccional, para luego exponer el procedimiento—a instancia de parte—para declarar la nulidad de los actos y el procedimiento de oficio para anulación de los actos que infrinjan manifestamente la Ley. En la materia de recursos, y dentro de las vías de impugnación generales, estudia el régimen general de los recursos administrativos: el de alzada, el de reposición y el de revisión; en las impugnaciones especiales señala el económico-administrativo, los jurados tributarios y ciertas manifestaciones de impugnación (en materia de delitos monetarios) que responden a la idea inicial que el autor expone de la «procesalización» de los medios de impugnación.

D) *El proceso administrativo*.—La parte más amplia y a la que el autor dedica más atención es ésta precisamente, donde se expone con toda precisión el análisis de la nueva reforma acaecida en la legislación básica de lo contencioso-administrativo. No es posible, en los estrechos límites en que debemos movernos, seguir al autor en todos sus apeaderos, pero sí queremos ofrecer una visión de conjunto.

La visión genérica que el autor ofrece del procedimiento contencioso-administrativo es peyorativa, pues en el mismo es, como dice, donde se manifiesta en toda su crudeza la impotencia del Derecho para que las relaciones entre administrador y administrado se acerquen un poco a lo que exigen elementales postulados de justicia. Ante la Administración nada vale cuando el órgano administrativo se obstina en hacer caso omiso de la norma. En la tremenda desigualdad de las partes podemos considerar que radica la razón de ser de la mayor parte de las quiebras que nos ofrece la institución del proceso administrativo, como pondrá de manifiesto el estudio de las mismas en cada uno de los elementos del proceso.

Después de un examen de la legislación de 27 de diciembre de 1956 y de la reforma de 17 de marzo de 1973, alude a la experiencia de la reforma francesa de 1953, que es la que más directamente ha influido en la española, y de ahí que los mismos defectos y alguno más que los que se pusieron de manifiesto en la experiencia francesa están patentes ahora en la española (excesiva duración, deficiencias en la apelación, doble audiencia, etc.). Después de examinar la situación del texto legal y sus normas complementarias, que desvirtúan muchos de los principios, va estudiando los siguientes puntos, que aquí sólo exponemos en apretada síntesis: los

sujetos del proceso (órgano y partes), con sus problemas de legitimación, capacidad, representación, etc.; el objeto del proceso, con sus distinciones entre pretensión procesal y acto administrativo, la problemática que ofrece de lo que yo he llamado varias veces *grosería administrativa* o teoría del silencio, los actos administrativos excluidos del ámbito, la congruencia procesal y la problemática de la acumulación; los presupuestos procesales y el procedimiento (iniciación, alegaciones, prueba, fase de conclusiones y recursos), para terminar con los efectos del proceso en su doble proyección de ejecución de sentencias e imposición y pago de costas.

E) *Procesos no administrativos*.—El autor centra el tema con estas palabras: Cuando la Administración pública actúa como cualquier otro sujeto de Derecho, no goza de las prerrogativas propias del régimen administrativo, pero se resiste a despojarse íntegramente de las prerrogativas que le corresponden y de ahí que aparezcan ciertas especialidades en los procesos en que es parte la Administración.

Señala el autor entre las especialidades la de autodefensa o satisfacción de pretensiones sin necesidad de acudir a la vía procesal (deslinde y recuperación de la posesión), reclamación previa ante la Administración y limitación en materia de ejecución de sentencias contra la misma. Por último, estudia el autor la posición del Juez no administrativo en su carácter de defensor de la legalidad administrativa—materia que él había ya tratado específicamente en un trabajo especial—y que ofrece las tres grandes posibilidades del control de la legalidad de la potestad reglamentaria, la vía de hecho y los actos administrativos constitutivos de delito.

F) *Conclusiones*.—Por supuesto, la postura general del autor frente a los problemas examinados es pesimista. Considera necesario potenciar al máximo la función judicial para poder garantizar la sumisión de la Administración al Derecho, pues dice que lo grave no sería nunca un «Gobierno de los Jueces», sino una «justicia de los políticos». Pues el peligro, el verdadero peligro, está en que bajo la toga de Magistrado se oculte un político que utilice la administración de la justicia para hacer política.

Frente a este peligro—sigue diciendo el autor—todas las garantías son pocas. Evitemos, sí, que los políticos puedan infiltrarse en los sanos cuadros de la justicia. Pero conseguido esto, no tengamos miedo en reconocer al Juez las más amplias potestades en el ejercicio de su función. Pues un Juez, un verdadero Juez, siempre tendrá el sentido exacto de la medida en su delicada misión de hacer que políticos y administrados no se salgan del marco de la Ley al realizar sus fines.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, EDUARDO: *Estudios de Derecho procesal*. Eunsa. Pamplona, 1974, 592 págs.

En este volumen de estudios, que vamos a comentar brevemente, se recoge la producción científica más sobresaliente del Profesor CABIEDES, Catedrático de Derecho procesal, extraída de los más diversos trabajos que han ido apareciendo en distintas revistas jurídicas.

A pesar de la diversidad de los temas tratados por el autor, que se refieren fundamentalmente a la ciencia procesal, aunque también por conexión a otras disciplinas jurídicas—recuérdese que el Derecho procesal es instrumental respecto a las ramas del Derecho sustantivo, lo que no quiere decir que sea un Derecho «adjetivo»—, conviene destacar la notable

homogeneidad interna que se aprecia en este volumen, lograda, sobre todo, por el acertado orden en que los estudios aparecen y también por el índice de materias que al final se recoge, elementos ambos que confieren a la obra una indudable trabazón temática.

En el primer capítulo, dedicado a cuestiones generales, se incluye un trabajo de muy interesante lectura: «La enseñanza práctica del Derecho». Resume el autor las conclusiones obtenidas de una serie de experiencias realizadas en la Universidad de Navarra sobre «prácticas conjuntas» interdisciplinares, que tanto pueden ayudar al alumno a una comprensión del Derecho vivo y que constituyen, a no dudarlo, un complemento ideal de la enseñanza teórico-práctica referida a cada ámbito particular de lo jurídico. La preocupación del profesor CABIEDES por los temas universitarios y académicos aparece aquí muy de manifiesto.

Bajo el epígrafe de «Teoría general del proceso» se inscriben dos estudios. El primero, sobre el concepto de Derecho procesal, viene a ser, como el propio autor indica, «el reflejo de un esfuerzo de síntesis en la tarea de definir el Derecho procesal y, a la vez, la exposición del camino, de los muchos apuntados por la doctrina, que se ofrece, a mi juicio, como más seguro para alcanzar un concepto fundado del proceso» (pág. 37).

El segundo de dichos estudios versa sobre «La función del Derecho procesal en la vida judicial». Se trata de una exposición muy completa acerca de lo característico del quehacer jurisdiccional, en la que se plantean cuestiones tan interesantes como la situación del Juez ante la Ley, las principales respuestas que históricamente fueron dándose a este problema con una acertada crítica de cada una de ellas, la distinta estructura y finalidad de la norma material civil y de la norma penal y la determinación de normas de un tercer género, el problema de los destinatarios de la norma jurídica, etc. Se concluye, de una parte, que la función jurisdiccional es autónoma y creadora del Derecho, aunque tenga como antecedente necesario un juicio abstracto de valor recogido en las fuentes de Derecho objetivo que el Juez no puede desconocer, y, de otra, que la vinculación del Juez ante las Leyes es muy distinta en fuerza y grado según quienes sean los destinatarios directos de la norma. Por último, el autor recalca lo que, a mi juicio, es más importante de todo: «Que lo específico de la aplicación judicial del Derecho es la realización de la justicia en el caso concreto» (pág. 105).

En el tercer capítulo, dedicado a la «Organización judicial», se recogen dos trabajos relativos a problemas de un vivo interés actual y que en cierto modo se relacionan entre sí: «Observaciones al tema del autogobierno de la Magistratura» y «Notas sobre el Proyecto de Bases de Ley Orgánica de Justicia». Respecto al autogobierno de la Magistratura resalta por su importancia la denuncia que el autor formula de la falta de representatividad del Consejo Judicial, a pesar de la destacada función que este Organismo cumple en la designación de Jueces y Magistrados. En cuanto al Proyecto de Bases de Ley Orgánica de Justicia, que, como es sabido, se encuentra actualmente sometido a la aprobación de las Cortes, el Profesor G. DE CABIEDES, siguiendo en esto la línea de otros especialistas en la disciplina y de juristas en general, verifica una exposición crítica de balance claramente negativo, con un examen minucioso y razonado de cada una de las Bases, poniendo de relieve las no escasas contradicciones y defectos de todo tipo que en ellas pueden hallarse.

El capítulo IV, dedicado al Derecho procesal civil, constituye, a mi modo de ver, la parte más importante y sólida de la obra. Para una mejor sistematización se encuentra dividido en tres secciones, cuyos respectivos epígrafes son los siguientes: «Sujetos y objeto del proceso», «Proceso de declaración» y «Proceso de ejecución».

En la primera de dichas secciones se incluyen tres estudios sobre

problemas muy espinosos y al mismo tiempo de enorme interés teórico y práctico. Los tres se refieren a excepciones dilatorias.

El primero, sobre «La incompetencia de jurisdicción», constituye el trabajo más extenso de todo el volumen—108 páginas—, y en él, después de ponerse de manifiesto la impropiedad del término «incompetencia de jurisdicción», se analizan sucesivamente la declinatoria en su vertiente interna e internacional; la incompetencia de jurisdicción propiamente dicha, con una referencia concreta a la falta de jurisdicción por razón de la materia, falta de competencia objetiva también por razón de la materia y falta de competencia funcional, finalizando con el tratamiento en casación de la declinatoria y de la incompetencia de jurisdicción.

Particular mención merece el trabajo relativo a la «falta de carácter», donde por primera vez en la doctrina GUTIÉRREZ DE CABIEDES despeja las no pocas incógnitas planteadas en torno a los artículos 503-2.º y 533-2.º, 3.º y 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dando cumplida explicación de las conexiones y tratamiento de los cinco institutos distintos y de fisonomía propia que nuestro Derecho recoge bajo el amplio concepto de falta de personalidad: capacidad para ser parte, capacidad procesal, representación, sucesión y poder del Procurador.

El tercer trabajo reseñado en esa primera sección versa sobre «la litis pendencia» y constituye un interesante estudio no sólo de la excepción que la Ley de Enjuiciamiento Civil menciona en el artículo 533-5.º, sino también de aspectos más amplios, que hacen relación a la litis pendencia como conjunto de efectos derivados de la interposición válida de la demanda. Entre otros, se abordan en él los temas de las identidades procesales, el *dies a quo* y *ad quem* de comienzo y término de la litis pendencia, etc.

La sección dedicada al proceso de declaración recoge un solo trabajo: «Problemas en torno a la conciliación». Se estudia principalmente la evolución histórica de las disposiciones legislativas reguladoras de las cuantías para la ejecución directa del acuerdo conciliatorio, a que se refiere el artículo 476 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la problemática en torno a si el documento público y solemne mencionado en el párrafo 2.º de dicho artículo es título ejecutivo, y los efectos de la conciliación respecto a la interrupción de la prescripción extintiva de acciones, que el autor hace depender—con razonados argumentos—de haberse celebrado el acto de conciliación sin necesidad de interponer la demanda en los dos meses siguientes, entendiendo referido el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil solamente a la prescripción adquisitiva, según exige la interpretación sistemática más conforme del artículo 1.974 del Código civil.

Finalmente, al proceso de ejecución se dedican otros dos trabajos. El primero, que trata de las medidas cautelares, constituye la ponencia presentada por GUTIÉRREZ DE CABIEDES a la IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas. En él, después de un análisis de los elementos definidores de la materia, se expone con exhaustividad y orden las diversas medidas encaminadas a asegurar el cumplimiento de la futura sentencia de condena; a lo largo de la exposición puede apreciarse un reflejo del pensamiento sobre el tema de quien fue maestro del autor, Profesor CARRERAS LLANSANA.

El segundo trabajo de este apartado lleva por título: «Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España». Como el epígrafe indica, se trata de un estudio histórico-dogmático de ambos procesos, que en opinión del autor se complementan entre sí. Conviene resaltar el análisis que se realiza acerca del discutido problema de la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo, que para el Profesor GUTIÉRREZ DE CABIEDES resulta ser sin lugar a dudas un claro proceso de ejecución. El autor propone, por último, la necesidad de implantar en nuestro país el proceso monitorio junto al juicio ejecutivo, como uno de los modos de

proteger al crédito y de agilizar la administración de justicia: conclusión avalada por la historia, por el Derecho comparado y por las voces más autorizadas en la materia.

Finaliza el volumen con un capítulo—el V—que selecciona los tres principales trabajos del autor en el campo del Derecho procesal penal.

«El principio 'pro reo' en el Derecho y en el proceso penal» destaca por su importancia práctica, sin estar ausente el indudable interés teórico del tema. En resumen, se aborda con profundidad la problemática en torno al principio «pro reo», como informador de la Ley penal y procesal penal y también como principio de distribución de la carga de la prueba.

«La correlación entre acusación y sentencia», segundo de los trabajos incluidos en el Derecho procesal penal, pone de relieve el interés del autor hacia los temas centrales de la disciplina que cultiva, aunque, como ocurre en este caso, sean de los más difíciles y espinosos. Se trata en realidad de una investigación sobre el objeto del proceso penal, que GUTIÉRREZ DE CABIEDES identifica con el hecho punible y no con el título jurídico o pena solicitada. El estudio del problema trae consigo importantes consecuencias en orden a la cosa juzgada, a la conexión y a la congruencia de la sentencia.

El último trabajo está dedicado a los «Principios procesales de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y de su Reglamento». Creo que no es preciso hacer notar la innegable importancia del tema—que el autor aborda en sus aspectos procesales con indiscutible rigor—habida cuenta de que el campo de las medidas de seguridad es cada vez más amplio y se encuentra, por tanto, necesitado de una mayor dedicación investigadora por parte de los especialistas.

En definitiva, la obra que hemos comentado estimamos que debe calificarse como una valiosa aportación a la ciencia del Derecho en general, y al campo del Derecho procesal en particular. EDUARDO GUTIÉRREZ DE CABIEDES se ha mostrado como perfectamente conocedor de la doctrina española y extranjera y, lo que nos parece de mayor interés, sus estudios están contruidos sobre el sólido cimiento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuyas sentencias son pormenorizadamente analizadas en cada cuestión que se suscita.

FERNANDO JIMÉNEZ CONDE

Profesor adjunto interino de Derecho procesal
en la Universidad de Navarra

Libre del II Congrès Juridic Català. Fundación Congreso Jurídico Catalán. Barcelona, 1972.

El libro que comentamos, que es una recopilación del II Congreso Jurídico Catalán, celebrado en Barcelona los días 19 de octubre a 18 de noviembre de 1971, contiene la recopilación de todos los trabajos en el mismo realizados, aparte de los antecedentes formativos del Congreso, personalidades asistentes y participantes del mismo, así como las conclusiones a que en él se llegaron. La publicación está cuidada, sistematizada y alcanza casi las mil páginas.

En los tiempos inmediatamente anteriores a la última guerra de España aún se conservaba la costumbre de tener en los salones, las salas o los cuartos de estar una especie de piano-pianola para que las niñas de la clase media estudiaran música y la familia se solazase oyendo la reproducción que emitían los rollos de la pianola. Recuerdo con cierta nostalgia

una existente en casa de mis padres. Yo, que voy a los conciertos como los bomberos, por si acaso hay fuego, utilizaba el mecanismo del rollo de la pianola conectándolo con las teclas del piano, y éstas al bajar y subir permitían poner mis dedos en ellas haciéndome la ilusión de que estaba tocando el piano. Esto me ha pasado con la publicación que tengo entre manos, que, en materia de conclusiones, me ofrece en lengua vernácula—oriunda, como los jugadores de fútbol—una versión y simultáneamente me brinda otra en castellano. No pasa así con otros artículos y ponencias que recoge el volumen, ya que sin reconocimiento nostálgico al piano-pianola, especie de traductor simultáneo de música, el texto que se ofrece lo es en neto catalán, que leído despacio y con cierta paciencia logra dominarse, pero que pensando en una proyección de tipo nacional pudo pulsarse la tecla del piano para que en forma resumida se nos hubiese ofrecido una versión castellana.

Se me olvidaba añadir que el fin de las pianolas—adquiridas casi todas ellas por comunidades religiosas y colegios de monjas—llegó con el perfeccionamiento de la radio y con el golpe mortal de los primeros pasos de la televisión. Antes, los «rojos» habían intentado acabar con la pianola utilizando los rollos como papel higiénico, aunque por su dureza y perforación les debía de dar mal resultado.

El esquema al que se ajusta la publicación recoge, aparte de lo ya dicho, una primera parte referida a las ponencias y comunicaciones del Congreso dividida en cinco secciones: 1.^a) *Referente al título preliminar de la Compilación del Derecho civil catalán*, en la que intervienen FRANCISCO VILLAVICENCIO Y ARÉVALO, ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA, JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA, ANGEL LATORRE, ORIOL CASANOVAS y LA ROSA, VICENTE SIMÓ SANTONJA y JOSÉ PERÉ RALUY. 2.^a) *Sobre filiación extramatrimonial*, con la aportación de FRANCISCO RIVERO FERNÁNDEZ. 3.^a) *Sobre el estatuto personal y patrimonial de los cónyuges*, con la colaboración de LUIS FIGA FAURA, MIGUEL CASALS COLDE-CARRERA, JOSÉ MARÍA PUIG SALELLES, ANTONIO PARRA MARTÍN, RAMÓN FAUS ESTEVE, WITOLD CRACHORSKI, JULIO LACAMBRA, RAFAEL SENRA BIEDMA y JAIME CULLARE CALVIS. 4.^a) *La libertad de disposición «mortis causa»*, cuya ponencia redactan RAMÓN M. MULLERAT y BALMAÑA, RAMÓN NOGUERA GUZMÁN, XAVIER O'CALLAGHAN y MUÑOZ, JOSÉ ANTONIO PÉREZ y TORRENTE, LUIS PUIG y FERRIOL, M. ENCARNA ROCA y TRÍAS, LUIS ROCA SASTRE y MUNCUNILL, presentando trabajos JUAN VALLET DE GOYTISOLO, LUIS M. VALLET MAS, FEDERICO BOIX y CARRETE, XAVIER ROCHA y ROCHA, JOAQUÍN SEGUÍ y VILAHUR, LUIS M. VALLET MAS. 5.^a) *Interrelación del Derecho civil catalán con otras materias jurídicas y especialmente con el Derecho agrario*, siendo sus comentaristas JOAQUÍN DE CAMPS y ARBOIX, FRANCISCO GINOT y LLOVATERAS EDUARDO POLO y SÁNCHEZ, RAFAEL GÓMEZ DE MEMBRILLERA y JOSÉ D. GUARDIA y CANELA, MANUEL ABOS y JANOT, ENRIQUE MOLINA PASCUAL, LUIS MUÑOZ SABATÉ, JOSÉ GUAL SOLA, FRANCISCO DE VILLAVICENCIO ARÉVALO, FRANCISCO PUJOL y GERMA, JUAN MON Y PASCUAL, LUIS JULIA y DE CARALT.

Esquemáticamente también destacamos las intervenciones de la sesión preliminar, en las que la introducción corre a cargo de JOSÉ M. VILASECA y MARCET, la forma en que se va a desarrollar el Congreso o funcionamiento del mismo la explica LUIS PUIG y FERRIOL y el discurso de apertura fue pronunciado por IGNACIO DE GISPERT y JORDÁ. Igualmente, en la sesión de clausura la introducción a las conclusiones la expone JOSÉ GUARDIA y CANELA; por Aragón, JOSÉ LUIS LACRUZ; por Baleares, FRANCISCO NOGUERA y ROTG; por Vizcaya, ADRIÁN CELAYA, MIGUEL UNZUETA y JOSÉ IGNACIO GONZÁLEZ; por Galicia, MANUEL IGLESIAS CORRAL; por Navarra, JAVIER LÓPEZ JACOISTE, y el discurso de clausura lo pronuncia FRANCISCO CONDOMINES y VALS.

Así llegamos, después de las listas de ponencias, trabajos y autores, al tema de conclusiones, que es el que por venir con la traducción simultá-

nea de la que hablamos permite una mejor exposición. En el primer tema del Congreso, referido al título preliminar del Derecho especial de Cataluña, se sientan como bases, que tienen un amplio desarrollo, la de que el Estado español es plurilegislativo, la existencia de un Derecho catalán, el problema de las fuentes de integración e interpretación, el significado de la Compilación, el problema de la ciudadanía o regionalidad civil catalana y el Derecho interregional y diversas proposiciones sobre creación de una cátedra, de traducciones de autores clásicos catalanes, etc. En la sección segunda se desarrolló el tema de la filiación extramatrimonial, sentándose como conclusiones la necesidad de que el Derecho catalán aborde la regulación de la filiación matrimonial, el principio de libre investigación de la paternidad, el contenido de la relación jurídica de filiación extramatrimonial, la legitimación adoptiva y la patria potestad.

En la sección tercera, sobre el tema del estatuto personal y patrimonial de los cónyuges, se estructuran las conclusiones reflejando el estado actual, destacando cómo el estatuto personal es similar al del Código civil, mientras que en el patrimonial ofrece ciertas diferencias; en una segunda conclusión se hacen sugerencias con vistas a una futura reforma legislativa. Sobre el tema que constituyó la sección cuarta, esto es, la libertad de disposición *mortis causa*, se ofrecen quince conclusiones, en las que destacan el mantenimiento de la libertad de testar, respeto del *quantum legitimario*, derechos de la viuda, diversas sugerencias sobre computación e imputación y ejercicio de acción de inoficiosidad, pago de legítima, legado de cosa específica, garantías del legitimario, etc.

Por último, la sección quinta, sobre la materia de la interrelación del Derecho catalán con otras ramas jurídicas y especialmente con el Derecho agrario, provoca las siguientes conclusiones: a) *Derecho agrario*. Se aconseja dar a cada región un especial Derecho, consolidación de patrimonios rústicos evitando divisiones, reducción del área del arrendamiento, fomento del cultivo directo, regular la aparcería, atender al asociacionismo agrario y formación de un anteproyecto por la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona. b) *Derecho hipotecario*. Los dos grandes temas que han preocupado al Congreso son el problema de la legítima en relación con el Registro, debiendo mejorarse la regulación del artículo 15 de la Ley Hipotecaria y el de los censos, en los que se tocan los problemas de división y prescripción. A estos temas se añade el de la venta de bienes fideicomitidos y la posible enajenación por el fiduciario. c) *Derecho mercantil*. Se tocan los puntos de remisión de este Derecho al común, entendiéndose que lo es al catalán: el de la capacidad de la mujer casada, que debe ser igual a la del hombre, y el problema de la transmisión *mortis causa* de la empresa mercantil. d) *Derecho procesal*. Mantenimiento del Tribunal de censos, testamentos y causas pías; creación de un Tribunal de casación radicado en Cataluña; capacidad procesal de la mujer casada catalana; existencia de regímenes diversos que deben ser tenidos en cuenta al reformar la Ley de Enjuiciamiento Civil; que la protocolización de testamentos y memorias testamentarias sea atribuida a la jurisdicción voluntaria judicial, y otras conclusiones en materia de jurisdicción voluntaria, vecindad civil y reforma del artículo 154 de la Compilación.

Recoge la publicación las dos exposiciones bibliográficas de Barcelona y Tortosa. En la primera, la presentación la realiza JOSÉ M. FONT Y RIUS, confeccionando el catálogo M. ELENA FARAUDO, y en la segunda, JESÚS MASSIP FONOLLOSA y FRANCISCO J. GAS CARPIO. En la exposición bibliográfica de Barcelona pronuncia en el acto de inauguración una conferencia ALVARO D'ORS sobre «La pérdida del concepto de excepción a la Ley», que también reproduce la publicación.

El valor documental y bibliográfico, así como la posibilidad de cons-

tituir una fuente de consulta no sólo del momento presente de la especial legislación catalana, sino de las posibles perspectivas que la misma pretende, avalan la importancia del libro comentado.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

MOZOS, JOSÉ LUIS DE LOS: *El Derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*. Ministerio de la Vivienda. Secretaría General Técnica. Servicio Central de Publicaciones. Madrid, 1974.

Como muy bien dice el autor en el prólogo, si, por un lado, es una Ley urbanística, la Ley del Suelo, la que desarrolla una institución fundamentalmente civil, y, por otro, en esta esfera del Ordenamiento jurídico, nuestro Código no le dedica más que una alusión, fácilmente puede comprenderse que la mayoría de nuestros juristas, formados en los rígidos esquemas de la división del Derecho en público y en privado, consideren el tema del Derecho de superficie como una especialidad urbanística, como un supuesto histórico residual o como una curiosidad de laboratorio jurídico debido a profesionales ingeniosos o aficionados al Derecho comparado.

Por ello bien merece un elogio esta obra que nos presenta DE LOS MOZOS, síntesis de un esfuerzo para sacar del ostracismo la institución referida, fijando un concepto moderno de la misma, determinando las posibilidades que ofrece mediante una interpretación integradora de nuestro Ordenamiento jurídico a la luz del nuevo principio de unidad esencial del Derecho y llevando a cabo un exhaustivo análisis dogmático de la figura, de su estructura y de su función en relación con la planificación urbanística.

El autor, al tratar en el capítulo I del Derecho de superficie en el Derecho romano, afirma que su configuración deriva de la coordinación del régimen del *ius civile*, en el que la concesión superficiaria viene a ser una relación personal basada en la *locatio*, con el régimen establecido por el Derecho pretorio, a través del cual se desarrolla un sistema de protección, primero de acciones útiles, y más tarde de verdaderas acciones reales inherentes a un *ius in re aliena*, respecto al que la venta representa el negocio jurídico idóneo para constituirlo.

En el Derecho intermedio—capítulo II—, la influencia germánica, en la que es inconcebible el principio *superficie solo cedit*, introduce una mayor tolerancia en materia de accesión, a la par que el principio feudal de la división del dominio, desarrollado por los autores del Derecho común, contempla el Derecho de superficie como una modalidad del censo enfiteútico.

Al ocuparse el autor, en el capítulo III, del Derecho de superficie en la Codificación hace notar la ausencia en el *Allgemeine Landrecht* prusiano de 1794, de una formulación del principio *superficie solo cedit*, mientras que en el Código civil austriaco la institución citada se sitúa, de un lado, en conexión con el principio de accesión, derogable por voluntad del dueño, y, de otro, matizada por la idea de división del dominio, que, como dijimos, procede del Derecho intermedio.

Con idéntica flexibilidad se configura en el Código civil francés el principio *superficie solo cedit*, que funciona como una presunción legal que admite prueba en contrario, siendo, por tanto, derogable por los

pactos de los particulares y no teniendo, en consecuencia, el carácter de regla de orden público.

Al pandectismo alemán del siglo XIX se debe el mérito de haber construido una teoría del Derecho de superficie basada en el Derecho romano, pero de acuerdo con el espíritu de la época. Así se concibe el citado derecho como un derecho real sobre cosa ajena, que atribuye al superficiario —amparado por acciones reales— la facultad de disponer de la sustancia de la superficie y que le obliga a soportar las cargas de la cosa, lo que se explica por su analogía con la enfiteusis, y a pagar al propietario la prestación anual establecida.

Por su parte, el Código civil italiano de 1865, lo mismo que el francés, guarda un silencio absoluto sobre el Derecho de superficie, reproduciendo aquél en términos parecidos la disciplina que éste había establecido en materia de accesión.

Es la doctrina italiana, sin embargo, la que muestra un empeño decidido para construir el tema de la naturaleza jurídica, llegando a la hipótesis de una propiedad superficiaria en contraposición a la propiedad del suelo, y ligada jurídicamente a ésta a través de una servidumbre predial, personal u *oneris ferendi* o de un derecho real autónomo.

Es el B.G.B. quien por vez primera afirma que no se puede considerar al superficiario como propietario, esto es, que su derecho a la construcción consista en una propiedad, sino más bien en un *ius iure aliena*, que lleva a la propiedad de la construcción.

Además, destaca su equiparación técnica a la finca registral y, por consiguiente, son aplicables al Derecho de superficie en su constitución las reglas relativas al acuerdo real y a la inscripción en el Registro.

La regulación del Código civil suizo se sitúa en la línea del B.G.B., pero orientada hacia una nueva y fuerte tecnificación del Derecho de superficie, presentando como características fundamentales las siguientes: 1) Limitación del Derecho en cuestión a las construcciones. 2) Equiparación del mismo a la finca registral cuando se constituya como distinto y permanente. 3) Radical separación entre Derecho de superficie y propiedad separada de casas por pisos o apartamentos.

De todos es conocido el laconismo de nuestro Código civil, que dedica a la figura que tratamos una leve alusión, en la que late la idea del dominio dividido.

No obstante, a su construcción dogmática se ha llegado partiendo del principio de accesión, formulado en nuestro texto fundamental con la misma flexibilidad que en el francés, y del régimen de *numerus apertus* para el establecimiento de los derechos reales al socaire de la determinación libre de la autonomía privada.

En los capítulos IV y V, DE LOS MOZOS estudia la problemática del Derecho de superficie a la luz de la normativa moderna: En Alemania, la Bundesbaugesetz de 23 de junio de 1960; la Ley Federal de Ordenación del Territorio de 8 de abril de 1965, que afecta a la anterior, y la Ley Urbanística de 27 de julio de 1971. En Italia, el Código civil de 1942 y la Ley de 17 de agosto del mismo año, aunque la primera vez que aparece el Derecho de superficie como instrumento para engarzar la iniciativa privada a la actuación urbanística es en la Ley de 18 de abril de 1962, seguida de la de 22 de septiembre de 1964 y la última de 22 de octubre de 1971. En Francia surgen como técnicas de actuación urbanística en el ámbito de la ordenación territorial el *bail á construction*, regulado por Ley de 16 de diciembre de 1964, y las *concessions immobilières*, creadas por la Ley de 30 de diciembre de 1967. En Suiza contiene una regulación detallada de la figura la Ley Federal sobre Derecho de superficie de 19 de marzo de 1965. Finalmente, y por lo que a nuestro Derecho se refiere, el autor estima que la regulación introducida por la Ley del Suelo, en sus artículos 157 a 161, tiene, en general, un indudable carácter integrativo del

Derecho aplicable a la superficie común, especialmente como consecuencia de la remisión que a ella hace el artículo 16-1.º del Reglamento Hipotecario con la reforma de 1959, de manera que puede muy bien hablarse de una *continuidad esencial* entre ambas regulaciones.

En los cuatro últimos capítulos de su obra, *De los Mozos perfila*, desde el punto de vista dogmático, el Derecho de superficie como un derecho real dirigido fundamentalmente no a construir, sino a tener y mantener una construcción en suelo ajeno, de manera que la propiedad superficiaria es una *pertenencia* de aquel derecho. Lamenta que hoy todavía no pueda ser considerado éste de modo semejante a un inmueble abriendo folio registral independiente, pero no por semejanza a la propiedad horizontal —analogía buscada por un sector doctrinal en base al contenido del artículo 16-2.º del Reglamento Hipotecario—, sino por razones de oportunidad y de índole práctica.

En relación con los elementos personales, reales y formales se plantean cuestiones tales como la copropiedad, referida tanto a la propiedad del suelo como al superficiario; su constitución sobre un edificio en régimen de propiedad horizontal sobre el suelo y bajo el suelo; su posibilidad respecto al enfiteuta y al usufructuario; la concesión del Derecho de superficie por el superficiario o subsuperficie, para terminar sosteniendo la inscripción con el carácter constitutivo en el folio donde conste inscrita la propiedad del suelo, independientemente de que se haya o no efectuado la construcción.

La última parte de esta monografía constituye un examen pormenorizado de los diversos modos de constitución del Derecho de superficie, de su objeto, de su contenido y de los efectos desde una cuádruple perspectiva: la derivada de su condición de derecho real; la dinámica, que recoge las facultades de disposición del superficiario, y las que sitúan los efectos en relación al título constitutivo y a la relación jurídica superficiaria.

Lástima—dice el autor—que ni la Ley del Suelo ni el Proyecto de Reforma de la misma hayan tratado de sacar partido de todas las posibilidades apuntadas para que la institución sirviera, efectivamente, como instrumento contraespeculativo bien integrado en los sistemas de actuación urbanística.

De este modo, el Derecho de superficie podría servir para facilitar las operaciones de urbanización, como en los Derechos alemán y suizo; utilizarse con finalidades de recomposición fundiaria, como se hace en el Derecho francés; también utilizarle como valor sustitutorio, en relación con las titularidades de derechos de uso, que también dificultan las operaciones de urbanización, como se hace en el Derecho alemán y en el francés, o, en fin, como valor compensatorio, en lugar de la indemnización, en materia de expropiación forzosa, como ocurre en los Ordenamientos citados y podría llevarse a cabo en el nuestro.

JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY
Registrador de la Propiedad

NÚÑEZ RUIZ, MIGUEL ANGEL: *Ejecución de los Planes de Urbanismo*.
Ministerio de la Vivienda, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones. Madrid, 1974.

Con esta obra se inicia el *Tratado de Derecho urbanístico*, patrocinado por el Ministerio de la Vivienda. Su titular, don LUIS RODRÍGUEZ DE MIGUEL, en el prólogo afirma que el *Tratado* se integrará con monografías que

contemplan la legislación urbanística española en bloque partiendo de la propia Ley del Suelo de 1956 y de sus precedentes, de las disposiciones legales posteriores y complementarias, de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y de las soluciones preconizadas en el Proyecto de Ley sobre Reforma de la Ley del Suelo, hoy ante las Cortes Españolas.

El *Tratado*—dice el prologuista—«se encamina a proporcionar un medio que facilite la comprensión y recepción de las medidas e instrumentos ya existentes y de nueva creación en el apasionante y complejo recinto del Derecho urbanístico patrio, llamado cada vez más a configurar una rama jurídica de trascendente significación normativa social».

En este sentido—añade el Ministro de la Vivienda—«pensamos que la obra emprendida puede contribuir a reforzar doctrinalmente la vigente y la nueva legislación urbanística; explicar y desentrañar su sentido, principios y objetivos a funcionarios, autoridades y servicios, y ofrecer un *corpus* interpretativo a cuantos profesionales se ocupan y preocupan por los problemas jurídicos del urbanismo».

Consideramos encomiable esta ambiciosa labor asumida por el Ministerio de la Vivienda. Si se nos permite expondremos un solo reparo: el orden lógico de aparición de las monografías debiera haber sido otro. Iniciar esta magna obra por el estudio de la ejecución de los Planes es dar por supuestas muchas cosas a los que se acerquen a esta parcela jurídica con ilusión discente confiados en la rúbrica de *Tratado de Derecho urbanístico*.

Tal vez esta posibilidad se previó cuando en el prólogo se dice: «...Si el título de la obra puede parecer algo presuntuoso sólo cabrá achacarlo al escaso tiempo con que estos temas llevan siendo estudiados con la necesaria autonomía y especialización», y más adelante añade que «se concibe así el *Tratado* como una sucesión abierta de monografías», ya que no estamos ante «un temario de laboratorio, un muestrario de cuestiones bizantinas y artificiales, sino ante una realidad viva, que palpita y cambia sin cesar».

NÚÑEZ RUÍZ divide su obra en tres partes, cuyo contenido analizaremos sucintamente.

Parte primera.—Después de considerar el proceso de institucionalización del urbanismo contempla la amplia panorámica del planeamiento urbanístico. En realidad es un estudio previo al objeto que implica el contenido de este libro: si se trata de la ejecución de los Planes, como materia previa habrá que reconsiderar el Plan, su naturaleza, contenido y clases. Y ello sobre la base del articulado de la Ley del Suelo y del Proyecto de Reforma, para concluir con la inserción del planeamiento urbanístico en la planificación economicosocial.

Examinada la diferencia entre Plan y programa de actuación, se considera la programación en la legislación vigente y en el urbanismo operacional, distinguiendo la trascendencia de dicha programación tanto en el Plan Nacional como en el Director de Coordinación y en los Planes Generales y Parciales respectivos. Y se concluye este apartado con el estudio del concepto, naturaleza y contenido de los proyectos de urbanización como instrumentos de ejecución de aquella programación.

Bajo la rúbrica de «Los Planes de Urbanismo y la utilización economicosocial del suelo» pormenoriza NÚÑEZ RUÍZ el análisis del planeamiento urbanístico en su aspecto de documento directivo en la utilización del suelo, distinguiendo entre, a su juicio, la concepción idealista del desarrollo del suelo (la de la Ley vigente de 1956) y la realista encarnada en el Proyecto de Reforma.

Parte segunda.—Se inicia con la exposición del giro que el Proyecto supone respecto de la Ley del Suelo en orden al principio de subsidiarie-

dad, a fin de que el mismo no suponga un obstáculo a la ejecución de los Planes.

Esta ejecución requiere un sujeto activo: la Administración, ya sea la estatal, provincial o local, amén de las Entidades urbanísticas especiales y colaboradoras, y la Administración institucional. También intervienen en este punto de forma indirecta los particulares, mediante fórmulas de autorizaciones, concesiones y conciertos.

Los sujetos activos de la ejecución necesitan valerse para ello de medios operacionales; de esta forma entra NÚÑEZ RUIZ en el estudio de los sistemas de actuación de la Ley del Suelo (cooperación, compensación, expropiación y cesión de viales) y las modificaciones del Proyecto de Reforma: compensación, en sus dos vertientes: voluntaria y obligatoria; expropiación total o parcial, y la novedad del sistema de urbanismo concertado.

La ejecución necesitará un objeto sobre el cual se ha de actuar, la unidad urbanística, a través de los diferentes medios operacionales de ordenación del suelo y de los mecanismos para la justa distribución de las cargas.

Sobre este esquema NÚÑEZ RUIZ monta el tratamiento del polígono, su delimitación y régimen jurídico, así como el análisis de las parcelaciones y reparcelaciones.

La *tercera parte* de este interesante trabajo se dedica al estudio analítico de los sistemas de actuación, con una especial preocupación por las modificaciones del Proyecto.

En este primer volumen, que inaugura el ambicioso *Tratado de Derecho urbanístico*, se sigue con fidelidad la pretensión enunciada en su prólogo de mostrar la legalidad vigente y la razón de su reforma.

NÚÑEZ RUIZ muestra una gran simpatía por el Proyecto, considerando que en él todo son ventajas frente a la Ley de 1956, a la que, sin embargo, estimamos aún con vigor capaz de dar gran juego, a condición de que por vía reglamentaria se desarrollen sus dictados en forma armónica y se cumpla toda y por todos. La reforma es, hoy por hoy, sólo un Proyecto, del que ignoramos con qué aspecto nacerá y en qué condiciones de salud. Centrar casi exclusivamente esta primera monografía del *Tratado de Derecho urbanístico* en el estudio de un Proyecto de Reforma de la legalidad vigente, dará lugar a que el precitado *Tratado* quede bastante capitidisminuido para el futuro. Piénsese en el caso de que la tan repetida reforma se plasme, tras la discusión en las Cortes, con un contenido sustancialmente diferente al preconizado por el Proyecto. Dado el abundante número de enmiendas que se han redactado aquella posibilidad entra en el marco de lo previsible.

JOSÉ ANTONIO GONZALO RODRÍGUEZ

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: *Estudios sobre garantías reales*. Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1973.

Recoge VALLET en este libro una serie de estudios que en su día fueron ya objeto de publicación, bien en forma de capítulos de otros libros, bien en forma de aportaciones en revistas especializadas. Todos ellos, completamente independientes en su estructura, tienen por denominador común versar sobre las garantías reales.

El libro, bastante voluminoso—647 páginas—, va precedido de un índice general y seguido de muy completos índices analítico, bibliográfico y ono-

mástico. A su vez, cada trabajo presenta en su comienzo un amplio sumario, constando también por nota a pie de página el lugar de su precedente publicación.

Por todo ello hemos creído conveniente hacer la reseña de cada trabajo por separado y siguiendo el orden de su publicación.

I. *Observaciones sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca.*—Parte VALLET de la base de no considerar teorema jurídico indiscutido el de que la hipoteca tenga naturaleza de derecho real: A) El *ius distrahendi*, considerado como un derecho sobre el valor, no le satisface, y considerado como un derecho a realizar el valor, no difiere, en su opinión, del derecho que tienen las acciones ordinarias cuando instrumentan la ejecución forzosa. B) La preferencia en el cobro del precio de la venta forzosa piensa que es sólo una cualidad del derecho, que puede faltar en los derechos reales, y de la que gozan ciertos créditos. C) La oponibilidad *erga omnes* no cree que se deba a su propia naturaleza, sino a la publicidad que recibe. D) La sujeción o afección de la cosa al pago del crédito garantizado, que no explica ni la tesis que considera la hipoteca un derecho real de garantía en base a una relación de seguridad, ni la tesis procesalista de CARNELUTTI, le sirve para considerar la hipoteca como una modalidad del *haftung*. La hipoteca no pasa de ser parte integrante de la obligación. Es un *haftung* convencional o legalmente concretado preferente o exclusivamente en una cosa determinada.

II. *Hipoteca sobre derecho.*—Clasifica VALLET en este estudio las distintas figuras que pueden ser incluidas como hipotecas sobre derechos, y llega a la conclusión de que no existen en realidad verdaderas hipotecas sobre derecho, ya que, en definitiva, todas tienen como objeto de su interés a la cosa objeto del derecho base. El trabajo trata, sobre todo, del derecho de arrendamientos, ya que forma parte de un libro de ese título.

III. *Dimisión y comiso de finca hipotecada por el enfiteuta.*—Se plantea VALLET el destino de las hipotecas constituidas por el enfiteuta si la enfiteusis cae en comiso o es dimitida. Tras unas consideraciones de índole general y entrando de lleno en el estudio del tema, se ocupa primeramente del comiso, en donde, a mi juicio, son de destacar: 1.º) El examen de las distintas soluciones legislativas (Ley Hipotecaria de 1861, Ley Hipotecaria de 1909 y Código civil) y de la problemática que surgió ante la publicación del vigente Reglamento Hipotecario. 2.º) El rechazo de todo intento de aplicar por analogía dogmática el criterio del número 10 del artículo 07 de la Ley Hipotecaria, ya que, como recuerda VALLET, la enfiteusis ya no es un simple derecho real del enfiteuta en dominio del censuista, sino todo lo contrario, por lo que considera que según el Código civil en el momento del comiso las hipotecas deberán seguir pesando sobre la finca, pero afectándola sólo en la cuantía fijada en aquel instante al plusvalor correspondiente al enfiteuta. 3.º) La crítica del artículo 214 del Reglamento Hipotecario, que según VALLET olvida exigir como requisitos previos para la cancelación de las cargas constituidas por el enfiteuta la previa notificación del comiso a los titulares de aquellos derechos, la acreditación del transcurso de los treinta días previstos en el apartado 2.º del artículo 1.650 del Código civil y la acreditación también de la consignación de las cantidades aseguradas con la hipoteca que se pretenda cancelar en la cuantía que el plusvalor de la finca decomisada que corresponda al enfiteuta lo permita.

Dedica un apartado especial a los comisos de enfiteusis catalanas, donde llega a la conclusión de que por no haberse recogido en la Compilación la doctrina romana sobre los efectos del comiso serán de aplicación los artículos 1.649, 1.650 y 1.652 del Código civil.

Al estudiar la dimisión, y teniendo en cuenta su carácter de forzosa para el censualista, opina VALLET que en el momento de la ejecución del crédito del acreedor hipotecario del dimitente, dicho acreedor percibirá su crédito, dentro del rango que le corresponda, en la parcela ideal de valor correspondiente a las mejoras.

IV. *Hipoteca inmobiliaria del derecho de arrendamiento. Cabe incluir en ella la empresa explotada por el arrendatario.*—El trabajo arranca de la consideración de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de junio de 1929, que declaró aplicable al supuesto de una hipoteca constituida por el arrendatario lo establecido en los artículos 109 y 111 de la Ley Hipotecaria. La cuestión más importante que se plantea VALLET es la de si mediante pacto expreso puede hipotecarse el negocio o la empresa juntamente con el local donde radica, resolviendo que sí mediante una interpretación amplia del número 1 del artículo 111 de la Ley. No se le ocultan las dificultades que ciertas concepciones doctrinales de la empresa podían plantear, pero cree que su admisión podrá resolver plenamente la necesidad de poder sujetar a las empresas a eficaces derechos de garantía. Aceptado esto es imprescindible fijar qué elementos de la empresa se entienden naturalmente comprendidos en la hipoteca y cuáles no y qué otros pueden comprenderse mediante pacto. Al no haber regulación legal, opina VALLET que esto debe especificarse claramente en el momento de la constitución.

Distingue VALLET este caso de aquel del arrendamiento de una empresa que entre sus elementos comprenda el local donde tenga su sede y que también se puede hipotecar, apoyándose en la inscripción de dicho arrendamiento en la finca donde radique la empresa arrendada. Ambas figuras producirán efectos distintos en el momento de su ejecución, en orden a los derechos del arrendador al tanteo y retracto y a la participación en el precio del traspaso del local.

V. *Derechos de garantía sobre el buque y las aeronaves.*—Este trabajo es transcripción de la conferencia pronunciada por VALLET en el Colegio de Registradores, dentro del curso de conferencias sobre el Registro Mercantil. Por su densidad y su gran rigor conceptual y científico es difícil de resumir, pero intentaremos, al menos, destacar los problemas fundamentales que trata el autor.

Se pregunta VALLET si los créditos protegidos por garantías convencionales desbordan las garantías concedidas a los créditos especialmente privilegiados, y al hacerse esta pregunta considera que el buque y la aeronave, como objetos de garantías, ofrecen una perspectiva especial. Partiendo de los dos principios fundamentales del Derecho marítimo (la separación de la fortuna del mar y de la tierra y la consideración de cada expedición marítima con una empresa distinta), estudia la colisión de los créditos marítimos derivados de la empresa del mar y de los créditos hipotecarios (arts. 580 del Código de Comercio, y 31, 32 y 36 de la Ley de Hipoteca Naval) examinando detenidamente los supuestos de venta judicial, de concurso y quiebra del acreedor y de abandono.

Examina a continuación la normativa legal en materia de aeronaves (Ley de Hipoteca Mobiliaria y Ley de Navegación Aérea) criticando la solución legal de prohibir la hipoteca mobiliaria sobre los bienes cuyo precio de adquisición no se halle íntegramente satisfecho, en lugar de haber otorgado preferencia al acreedor sobre el precio aplazado.

Entra después en el estudio del objeto de las garantías navales y aeronáuticas o, lo que es lo mismo, en el estudio del concepto de buque y aeronave. Estudia la preceptiva legal, y con GARRIGUES afirma que, a pesar de su tenor literal, los preceptos del Código de Comercio deben aplicarse a toda clase de tráfico marítimo, sea o no comercial, y en contra de

LEONIS opina que, a pesar del artículo 131 de la Ley de Navegación Aérea, deben hipotecarse las aeronaves en construcción. La consideración de buques y aeronaves como cosas compuestas le lleva al problema de las partes integrantes y las pertenencias, considerando como fundamental cómo y cuándo las partes integrantes que se separen o las pertenencias que dejen de serlo han de ser sustraídas a la hipoteca.

Analiza después el desgaste de buques y aeronaves a la luz de la doctrina, de la legislación y de los convenios internacionales.

También señala VALLET las peculiaridades de estas formas de garantías desde el punto de vista de la persona que hipoteca. Se detiene en las facultades del marido para hipotecar un buque ganancial, y considera que la mujer debe prestar la licencia sólo cuando el buque tenga la condición de establecimiento mercantil ganancial, lo que no ocurre si el buque es explotado por otra persona como armador o no es dedicado a la industria o comercio.

Reseña después VALLET las distintas figuras jurídicas utilizadas para obtener la garantía (transmisión fiduciaria, reserva de dominio, pacto de retro, prenda, hipoteca) estudiando, finalmente, las figuras jurídicas del Derecho comparado que permiten la hipoteca de una flota entera de aeronaves (*floatig charge* inglesa, la *fleet mortgage* estadounidense y la hipoteca de empresa de transporte aéreo mejicana).

VI. *Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento de posesión.*—Debe destacarse, en primer lugar, que la aparición del trabajo presente y de algunos de los posteriores es anterior a la publicación de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento y que serviría, sin duda, para su elaboración, ya que VALLET fue miembro de la comisión redactora del anteproyecto.

Los problemas que plantean la colisión del crédito mobiliario y del comercio jurídico deben estudiarse analizando el objeto de la garantía, su valor en el tráfico, su movilidad o estabilidad y si es susceptible de publicidad adecuada.

La Ley Hipotecaria de 1861 y el Código de Comercio aceptaron la anticuada distinción de bienes muebles e inmuebles para determinar la categoría de la garantía real (prenda o hipoteca), y la Ley de Hipoteca Naval consideró inmuebles a los buques a efectos de la hipoteca. Sin embargo, en la doctrina CASTRO distingue entre bienes registrables o no, y SANZ entre registrados o no, y dentro de éstos, registrables o no. Para VALLET éste es el camino a seguir, debiendo tenerse en cuenta la identificabilidad física y la posición y significado en el comercio jurídico. En los bienes susceptibles de publicidad registral, la hipoteca puede jugar normalmente.

Los otros bienes muebles, de imperfecta identificabilidad registral, no pueden ser objeto de hipoteca y necesitan el desprendimiento de la posesión para constituir la prenda normal, aunque pueden ser objeto de una prenda sin desplazamiento, que para VALLET es una figura que equidista de la prenda—sustituida la posesión del *status loci* o por signos o marcas de publicidad suficiente—, de la hipoteca—por la publicidad imperfecta de su constatación registral y por la ausencia de reipersecutoriedad absoluta—y de los privilegios—por gozar de algo más que una simple razón de prioridad.

Se plantea VALLET el problema de la justificación de un privilegio mobiliario puramente convencional y sus límites respecto de sus efectos y admisión. Examina el Derecho comparado y llega al convencimiento de que no todos los créditos merecen la posibilidad de ser protegidos por esta figura de garantía convencional técnicamente anómala (le parecen merecedores de protección el crédito agrícola, el industrial y los créditos de los vendedores sobre el precio aplazado).

Se refiere a los posibles Registros de Hipoteca Mobiliaria y de Prenda sin Desplazamiento.

En la cesión de los créditos garantizados y de los bienes hipotecados o pignorados opina que todas las hipotecas mobiliarias y prendas sin desplazamiento deben poder garantizar el pago de letras de cambio, constituyéndose a favor del tenedor de la letra en el momento del vencimiento. También opina que, salvo pacto en contrario, debe prohibirse la transmisión de los bienes sujetos a hipoteca mobiliaria o prendas sin desplazamiento sin la autorización del acreedor de tales bienes sujetos, aunque esta prohibición sólo afecte a la licitud sin alcanzar a la validez.

VII. «*Pignus Tabernae*».—Partiendo de la Ley *Cum Tabernan* del *Digesto*, que recoge un texto de SCAEVOLA, va a plantearse VALLET las cuestiones de la *universitas facti*, del juego de la subrogación real, de la prenda e hipoteca de cosas futuras, y de ahí pasa a estudiar la prenda sin desplazamiento de mercaderías y materias primas, la prenda y la hipoteca flotantes y la hipoteca de establecimiento mercantil, en cuanto a la posibilidad o conveniencia de su extensión a las mercancías, llegando a las siguientes conclusiones: 1.ª) La hipoteca sobre las mercancías no es tal hipoteca desde el momento que éstas no quedan sujetas en garantía de la deuda (cualquier solución contraria a su libre enajenación destruiría las bases del comercio jurídico). 2.ª) La extensión a las mercancías de la hipoteca del establecimiento impediría un tratamiento jurídico uniforme e iguales normas de ejecución. 3.ª) La hipoteca de un establecimiento con inclusión de sus mercancías impediría la normal adquisición a crédito de estas mercancías.

VIII. *Esbozo de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento*.—Es éste un trabajo de divulgación (publicado en *Nuestro Tiempo*, abril 1955) de apenas unas hojas, en el que VALLET condensa y expone sencillamente una panorámica general del problema de las garantías mobiliarias.

IX. *La protección del poseedor en garantías mobiliarias convencionales sin desposesión (recensión y notas a un libro de MICHEL CABRILLAC)*.—Se trata de la recensión de la monografía de MICHEL CABRILLAC: *La protection sans dépossession*, muy ceñida al Derecho positivo galo y a la que VALLET disecciona con su acostumbrada maestría. Son muy interesantes las notas a pie de página que hacen referencia y traen citas de la legislación española, pues la aparición de este trabajo es posterior a la Ley española de 16 de diciembre de 1954.

X. *Planteamientos y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento*.—VALLET fue miembro de la comisión redactora del anteproyecto (con SANZ, LA RICA, BÉRGAMO), lo que le presta un interés adicional al trabajo. En él cabe destacar:

A) El estudio de los bienes susceptibles de hipoteca y de prenda, donde piensa VALLET que debería haberse admitido la hipotecabilidad de las cuotas indivisas, al menos, a favor de otros condueños.

B) El análisis de los problemas dogmáticos resueltos por la Ley singularmente: a) La aptitud de la propiedad intelectual e industrial para ser hipotecada por su perfecta adecuación a la vida registral, aunque dice VALLET que deben adoptarse especiales precauciones por su peculiar naturaleza. b) La hipotecabilidad de las cosas futuras (se acepta la extensión de la hipoteca de establecimiento a las mercaderías y materias primas y la prenda de cosechas esperadas dentro del año agrícola), que se consi-

que publicando la inscripción de la cosa madre como objeto de referencia de la pignoración de los frutos. *c)* La extensión de la hipoteca a las mercaderías y materias primas mediante pacto (art. 22); que no es tal extensión, sino meramente un privilegio, una razón de prioridad, ya que no hay persecución en contra de tercero. *d)* La prenda de animales y de sus crías y productos, en donde deberá concretarse si se refiere a animales determinados o genéricamente al rebaño. *e)* La prenda de colecciones, en la que deberá determinarse si se empeñan todos y cada uno de sus elementos o bienes determinados tan sólo en su conjunto, en cuyo caso los elementos incorporados al conjunto posteriormente se entienden pignorados. *f)* La aceptación por parte de la Ley de la ficción del depósito de cosa propia del depositario y del *status loci*, lo que impide que se constituya prenda sobre mercancías no almacenadas.

C) Se plantea VALLET la aptitud de la empresa mercantil como objeto de garantía real, tema intensamente relacionado con la posición que se adopte respecto a su naturaleza jurídica. Examina el Derecho comparado y opina que la Ley española se aproxima a la francesa, aunque tampoco pueda decirse que la hipoteca de establecimiento mercantil tenga por objeto el establecimiento como *universitas*, sino que gira más bien en torno a su base físico-jurídica: el local de negocios con su afección comercial, en el que se integran para constituir una garantía unificada determinados elementos del activo susceptibles de ofrecer garantía real.

Para determinar su contorno estudia la prenda sobre participaciones sociales adoptadas por el artículo 25 de la Ley sobre Régimen Jurídico de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953 y la hipoteca inmobiliaria del arrendamiento, extensiva a determinados elementos de la explotación que se verifique en el bien arrendado, y para determinar su contenido estudia los elementos de la empresa que se entienden hipotecados, bien necesariamente, bien salvo pacto en contrario, bien mediante pacto expreso. En mi opinión, son particularmente importantes los párrafos que dedica al aviamiento y a la clientela, que según VALLET podrán ser conservados mediante la adopción de las oportunas cláusulas convencionales.

D) Estudia luego VALLET la eficacia reipersecutoria de estas garantías destacando lo relativo a la prenda, donde sienta las siguientes afirmaciones: *a)* La prenda sin desplazamiento es oponible a terceros de mala fe. *b)* Es oponible a terceros de buena fe si continúa en el lugar donde se entiende depositada. *c)* Por el principio de la subrogación real debe entenderse que la prelación de la prenda se extiende al precio que el adquirente de buena fe de la cosa pignorada tenga pendiente de pago.

E) Se ocupa de la prelación de los créditos asegurados por hipoteca o prenda recogidos en el artículo 10, con las excepciones del artículo 66 para la prenda, y del artículo 41 para la hipoteca de aeronaves, aunque, como señala VALLET, directamente resultan establecidas otras limitaciones en supuestos en que la hipoteca o la prenda no estén constituidas de modo totalmente regular. Examina VALLET las de más interés.

F) Finalmente, insiste VALLET en la crítica de la posibilidad de extender la hipoteca de establecimientos mercantiles a las mercancías. Critica también la falta de una prohibición a los Bancos no autorizados especialmente para otorgar créditos con garantía hipotecaria mobiliaria. Mucho más severas son las críticas que hace a la prenda, ya que piensa que debió limitarse la posibilidad de garantizar con prendas sin desplazamiento tan sólo a ciertos y determinados créditos y, además, considera que extender la posibilidad de ser objeto de crédito real a muchos bienes supone reducir el crédito personal.

XI. *La Ley de 16 de diciembre de 1954 y su Reglamento de 17 de junio de 1955 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.*— Vuelve VALLET en este trabajo a reincidir en el problema de las garantías reales y después de un estudio histórico hace una reseña, que él mismo califica de sucinta, siguiendo uno a uno los epígrafes de la propia Ley.

En orden a la constitución de la hipoteca o la prenda cabe resaltar las siguientes afirmaciones de VALLET: 1.º) La mera anulabilidad de la hipoteca y la prenda en caso de constituirse en contravención del artículo 2º de la Ley. 2.º) La prioridad del crédito del vendedor por razón del precio aplazado si a pesar de lo dispuesto en la Ley se constituye la hipoteca o la prenda. 3.º) La inoponibilidad de los embargos no inscritos a las hipotecas y prendas regularmente constituidas.

Al tratar de la prelación es interesante la matización que hace VALLET al artículo 10 de la Ley, que piensa debe ser interpretado en armonía con el artículo 59 de la Ley de Contrato de Trabajo.

En la hipoteca de establecimientos mercantiles es interesante el estudio que hace VALLET de la hipoteca constituida por el empresario que sea arrendatario del local, en la que distingue sus efectos según se haya notificado o no al arrendador su constitución y obtenido su conformidad, o aunque se haya notificado, no se hubiera solicitado u obtenido su aprobación.

En la hipoteca de propiedad intelectual critica VALLET a la Ley por no haber visto la doble vertiente de la propiedad intelectual: una, que mira a la propia personalidad, y otra, a la explotación económica de la obra.

Al hablar de la prenda sin desplazamiento insiste en la crítica de la Ley y se detiene en la eficacia de la misma distinguiendo: 1.º) Eficacia respecto a derechos anteriores a su constitución. 2.º) Eficacia respecto a terceros adquirentes posteriores. 3.º) Eficacia respecto a otros acreedores. 4.º) Eficacia *inter partes*.

Finalmente, es destacable la opinión de VALLET (frente a la crítica de quienes no consideran lógico que la hipoteca de propiedad intelectual o propiedad industrial se inscriba en el Registro de la Propiedad y no en los Registros especiales de Propiedad Intelectual o Industrial) favorable a hacer depender del Ministerio de Justicia todos los Registros a los que se dote de trascendencia jurídica, encargándose de los mismos al cuerpo de Registradores.

El presente trabajo del ilustre Notario tiene el interés que es común en sus producciones y su lectura; aunque pueda resultar fatigoso en algún momento por la propia densidad de la obra y por el constante acopio de citas, es sumamente interesante y tremendamente útil. Quizá la segunda parte lo sea menor por la poca importancia que han llegado a tener los Registros Mobiliarios, en parte por la aparición posterior de los Registros de Ventas a Plazos.

SALVADOR MÍNGUEZ SANZ

Seminario de Derecho Hipotecario de Extremadura

VÉLEZ TORRES, JOSÉ RAMÓN: *Derecho de sucesiones*. Madrid, 1974. Ediciones autor, XXIII, 341 págs.

No suelo acometer la recensión de publicaciones, y cuando lo he hecho ha sido de forma excepcional. Los argumentos para ello son muy simples: en primer lugar, creo que recensionar una obra requiere unos conocimientos y una formación con respecto de los cuales me encuentro muy lejos aún del promedio; además, con frecuencia la recensión oscila entre el elogio amistoso (como los que han hecho a algunas de mis obritas un

cúmulo de buenos amigos que tiene uno repartidos por medio mundo) o la crítica feroz, y la finalidad de la recensión no es ésa.

Sin embargo, no es frecuente hallar un libro en que el autor exponga sus pretensiones con enorme modestia y que, naturalmente, los fines alcanzados excedan con mucho los subjetivos del creador, virtud a la cual se añada una perentoria necesidad de obras similares.

Con estos párrafos de introducción, que solamente persiguen justificarme yo, podemos pasar al motivo de estas breves páginas.

El autor.—JOSÉ RAMÓN VÉLEZ TORRES ha sido por muchos años profesor de Derecho civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Recuerdo perfectamente que cuando vine yo al país, la primera lectura que hice fue un artículo suyo (1). VÉLEZ TORRES es, pues, para mí la toma de contacto con un Ordenamiento al cual he dedicado muchos años de esfuerzo, no empece que el fruto sea raquítico. Sin embargo, tardé mucho en conocer a VÉLEZ TORRES. De hecho, nuestro primer contacto fue con motivo de un homenaje muy merecido que le dispensó su Facultad de Derecho por causa de haber sido nombrado Juez Superior de Puerto Rico, explicándose mi presencia allí porque los estudiantes de dicha Facultad, por medio de su *Revista Jurídica*, quisieron «aplaquarme» en retribución a mis esfuerzos. Justificado el primer homenaje, debo reconocer—y no es falsa modestia—que el mío respondía a eso, a cosas de estudiantes, aunque dicha placa la conservo con enorme cariño y profundo agradecimiento. En resumen, conocido intelectualmente desde hace mucho tiempo, es conocido por mí personalmente hace pocos meses. Por ello, el juicio se garantiza como honesto, pues no pueden moverme ni amistades, ni rencores, ni agradecimientos recíprocos, sino meramente la obra.

Por lo dicho, no es fácil hacer un perfil del autor, persona joven (no debe tener más de cincuenta años), con bríos y ganas de trabajar, profundamente enamorado de su Derecho civil propio, sin incidir por ello en nacionalismos de vía estrecha, de mentalidad abierta y despejada. Es, como apuntaba inicialmente, una persona sin pretensiones, pero con muchos logros en su haber.

La obra.—Uno de éstos lo es el libro que voy a comentar. Se presentó como tesis doctoral, que fue defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid (la antes Central y hoy Complutense) en diciembre de 1973, recibiendo la calificación de sobresaliente por cinco pilares del Derecho español: GARCÍA VALDECASAS (ALFONSO), ALBALADEJO, HERNÁNDEZ GIL (ANTONIO), HERNÁNDEZ TEJERO y JORGE Y BONET RAMÓN (FRANCISCO).

Puede pensarse que una tesis consistente en la exposición panorámica de una rama del Derecho civil no es *tesis*. Ello, que resulta una verdad de Perogrullo en muchas partes, deja de serlo cuando nos ubicamos en países cuyo Derecho vive «en la frontera». Entonces la perspectiva general suele esconder una tesis mucho más necesaria, más valiente y más prometedora que cualquier otra que responda al auténtico significado. Y creo que las Universidades españolas deberán acostumbrarse a este fenómeno, pues, por otro lado, no debiera extrañar en nuestro país, que ha sido «frontera» jurídica en múltiples ocasiones, y, desde luego, es imperativa esta forma de escribir cuando de Puerto Rico se trata, país que lleva más de setenta años sirviendo de frontera, amén de los que quedan por transcurrir.

El autor aspira en su prólogo a un fin muy concreto: proporcionar al estudiante unas notas que suplan la ausencia completa de textos sobre la materia. La concreción de VÉLEZ TORRES es importante. En alguna ocasión, cierto autorcillo bastante presuntuoso se permitía juzgar a todos los

(1) J. R. VÉLEZ TORRES: «Las informaciones posesorias y de dominio como medios inmatriculadores», *Rev. Co. Abogados*, XXV, núm. 2, 1965, págs. 327 y ss.

autores que sobre Derecho han escrito en el mundo diciendo que buscaban la justificación del estudiantado como finalidad perseguida con sus publicaciones, como fórmula feliz que autorizaba a escribir mal y salvaba a lo escrito de la crítica profesional. Este pensamiento (?), con relación al cual siempre he creído que fue exteriorizado porque el autor, queriendo escribir para los profesionales del Derecho, tampoco alcanzaba el nivel exigido para el estudiante, no se aplica ni mínimamente en el caso de VÉLEZ TORRES. Y no sólo porque reconoce que escribe para el estudiante, sino porque enfoca la obra con la metodología adecuada al caso, se expresa con sencillez (pero con rigor) y claridad, con todo lo cual ha logrado una obra que excede el fin concreto del estudiante y asciende al plano profesional jurídico, dejando atrás al practicismo de abogadillo.

Lo reciente de la publicación permite al autor seleccionar una bibliografía moderna, que alcanza, entre lo último, a la tesis de PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS acerca del carácter del beneficio de inventario en la problemática de las deudas de la herencia y a la edición recentísima del libro de LACRUZ BERDEJO. Abunda la referencia bibliográfica bien seleccionada, aunque por razones ajenas a la voluntad del autor, y quizá por imperativos de la naturaleza de tesis de la obra y el lugar de defensa de la misma, se descansa demasiado en los autores españoles. Esto debe honrarnos, pero no es menos cierto que algo más se ha escrito en Puerto Rico sobre el tema, algo más de lo que el autor reconoce, aunque quizá la calidad del esfuerzo a que alude no sea del calibre de un MUÑOZ MORALES o un VELÁZQUEZ (2). Y, personalmente, por gustos particulares más que por argumentos objetivos, observo un defecto: la ausencia de bibliografía italiana, que saca actualmente varios cuerpos al resto de la doctrina de donde se quiera. La ausencia de los autores herederos de la *iurisprudencia* se compensa con la recogida de pensadores americanos, cuales los partícipes en la Colección de Autores Cubanos y Extranjeros y en su gemela, de Reus, Biblioteca de Autores Españoles y Extranjeros. Alguna cita precisa de estudiosos norteamericanos, en tema de fideicomiso, completan el panorama de medios empleados por el autor.

El volumen está sistemáticamente dividido en XXIII capítulo: el I dedicado a la sucesión en general por causa de muerte, rompiendo a partir del II con la sucesión testamentaria e intercalando desde el capítulo VII la sucesión legítima, que por ello se simultanea con temas propios de la sucesión por testamento. Personalmente, habría dado un enfoque metodológico al libro; pero no se crea que apunto esto como un defecto de la obra: he prestado atención últimamente al tema y observo que se ha roto la unidad de tratamiento en tema de sucesiones entre los autores. Y esto es bueno: la uniformidad ha desaparecido, lo que alumbró nuevos enfoques, luego nuevos aciertos. Aparte de que—lo ha demostrado PEÑA—vamos a tener que reinterpretar mucho el Código civil de factura española si queremos captar una esencia que siempre tuvo y que quizá, por función de esa ideología que señalaba MARX, dejamos cubierta con pensamientos ajenos al Derecho del pueblo (y no precisamente al Derecho popular, como peyorativo). VÉLEZ TORRES es, pues, libre de dar su propio enfoque, porque—y he aquí la importancia de conocer lo peculiar—en ocasiones tiene profunda explicación una sistemática que bajo la visión tradicional pudiera parecer absurda. Digo esto pensando en un capítulo cuya inclusión en el Derecho de sucesiones parece inconsecuente, pero que no lo es: vale como ejemplo el capítulo XIV, que trata del paren-

(2) Valgan como ejemplo: ELÍ B. ARROYO, «La igualdad de los derechos hereditarios», *Rev. Colegios Abogados*, XXIII, núm. 1, 1961, págs. 41 y ss.; CALDERÓN, en toda su obra, AUGUSTO MALARET, en sus sustanciosos comentarios sobre la jurisprudencia, civil y registral, que, por años, avivó la problemática jurídica en la isla; L. MOJICA SANDOZ, «El derecho hereditario y su concepto», *Rev. Colegios Abogados*, 1972, y L. SÁNCHEZ VILELLA, «El fideicomiso puertorriqueño y su concepto», *Revista Colegios Abogados*, XXV, núm. 2, 1965, págs. 293 y ss. (I), y 313 y ss. (II)

tesco. Tradicionalmente, el parentesco suele estudiarse en la parte general, al analizar la persona como sujeto de la actividad jurídica. Sin embargo, el empirismo insuflado en los planes de enseñanza difundidos en Puerto Rico, al pautarse al modo anglosajón norteamericano, han convertido en inexistente un curso de dicha parte general, que no puede ser sustituido por unas notas breves de un trimestre dedicado a la introducción al Derecho. De donde resulta completamente explicable tratar el parentesco en las sucesiones, so pena de no realizarse la sucesión (obvio: intelectualmente).

Y algo parecido podría afirmarse con relación al capítulo XII, que bajo el título epigráfico del fideicomiso se hace un análisis comparativo del *trust*, dando entrada a los contratos. Tampoco está equivocado aquí VÉLEZ TORRES, sino el Ordenamiento jurídico que está obligado a analizar, pues fue el legislador quien cometió el fiasco de identificar el *trust* con el Derecho de sucesiones, dando a la luz un híbrido que no encuentra encaje entre ninguno de sus progenitores.

El *Derecho de sucesiones* de VÉLEZ TORRES es, como indicaba antes, una *exposición* del Derecho puertorriqueño en punto a esa rama del Derecho civil. Tiene, pues, el mérito que debe reconocerse a un CASTÁN TOBEÑAS en el Derecho español: ofrecer en apretada y difícil síntesis una exposición completa y general de las instituciones correspondientes, los problemas fundamentales que las mismas presentan, la perspectiva histórica de la interpretación resolutoria y las nuevas direcciones teóricas. Y en la obra se ha conseguido esto con gran soltura. Y no se crea que VÉLEZ TORRES «se escurre» en opiniones ajenas; aunque el libro no está pensado para manifestar qué dice VÉLEZ TORRES, sí dice qué piensa VÉLEZ TORRES con una claridad meridiana. Ya esto es suficiente en el marco sociológico que va a consumir la obra.

Este enfoque proporcionado por el autor excusa, pues, un análisis en detalle de los capítulos del libro, los cuales están bien logrados y conservan un adecuado equilibrio (si bien el que más me ha gustado ha sido el XXII, dedicado a la partición).

Tiene, a mi juicio, más importancia un efecto que se pone en marcha ante la lectura de la obra de VÉLEZ TORRES: en un país en que el profesional del Derecho (no todos, pero sí casi todos) estima que lo *práctico* es práctico, VÉLEZ TORRES, Abogado por muchos años, Juez actualmente y docente siempre, viene a demostrarnos que lo más práctico es lo teórico, aunque no las lucubraciones ideológicas «congeladas». Esto me da una tranquilidad enorme, pues en los diez años que llevo viviendo en Puerto Rico casi he adquirido *complejo de importación* pensando que ante la diversa realidad que me rodeaba no sólo era *vox clamans in deserto*, sino que «estaba majareta». Ahora, al menos, hay eco.

La impresión es buena y el texto cómodo de leer, con una encuadernación que permite conservarse el contenido sin deterioro *a pesar de usarse* (fin que suelen olvidar muchas imprentas).

Personalmente espero que el estudiante saque provecho del libro, lo que no dudo sucederá. Y me gustaría muchísimo que los prácticos del Derecho hicieran factible la reedición no por los beneficios económicos que pueda suponer para el autor (para éste no suelen darse dichos beneficios), sino porque significará un hito importante.

Al distinguido compañero VÉLEZ TORRES le deseo que siga por el derrotero elegido; su esfuerzo es útil, necesario y, de insistir, imprescindible.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE
Doctor en Derecho

REVISTAS

II. NOTICIAS DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y DE HACIENDA PUBLICA

Enero-febrero 1975

Hacia una ciencia de la Administración (con especial referencia a la Administración Tributaria), por Narciso Amorós Rica, págs. 9 a 25.

El desarrollo económico y los incentivos tributarios, por Edison Gnazzo Lima, págs. 27 a 94.

Política fiscal antiinflacionista y presión fiscal, por Julio Banacloche Pérez, págs. 95 a 123.

Algunas consideraciones sobre el fraude fiscal en los impuestos generales sobre las sucesiones y transmisiones patrimoniales «inter vivos», por José Enrique Maside Miranda, págs. 125 a 141.

Introducción al estudio de la representación en el Derecho Tributario, por Ernesto Lejeune Valcárcel, págs. 143 a 168.

La interpretación económica de las leyes tributarias y el fraude a la ley fiscal, por José Faña Medin, páginas 169 a 185.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Marzo-abril 1975

Ante una nueva Ley del Suelo, por José Luis González-Berenguer y Urrutia, págs. 13 a 35.

Naturaleza jurídica de la Entidad Metropolitana de Barcelona, por Francisco Lliset Borrell, págs. 37 a 55.

La reacción frente a las licencias ilegales para la construcción en zonas verdes, por Ramón Martín Mateo, págs. 57 a 77.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Marzo 1975

La revisión de las Leyes Fundamentales, por Miguel Herrero R. de Miñón, págs. 249 a 281.

Examen jurídico y civil y penal de la intimidación, por Carlos Onecha Santamaría, págs. 283 a 294.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Abril 1975

Naturaleza jurídica de la propiedad horizontal, por Francisco Soto Nieto, págs. 330 a 336.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

Enero-marzo 1975

Centralización, por Diego Sevilla Andrés, págs. 9 a 58.

Los estándares urbanísticos en cincuenta años de legislación (1924-1974), por Federico Larios Tabuenca, págs. 59 a 80.

Las tarifas de abastecimiento de agua, por Manuel Álvarez Rico, páginas 81 a 93.

REVISTA DE DERECHO
PROCESAL

La Administración de Justicia, por Leonardo Prieto-Castro y Ferrándiz, págs. 779 a 812.

Centenario del nacimiento de Goldschmidt, por Niceto Alcalá-Zamora, págs. 813 a 821.

Examen retrospectivo de las Reuniones de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Espa-

ñolas, por Eduardo Gutiérrez de Cabiedes, págs. 823 a 836.

Sobre el futuro Tribunal Central de lo Penal, por Andrés de la Oliva Santos, págs. 837 a 850.

Ejecución forzosa por obligaciones de hacer, no hacer y dar cosas determinadas, por Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi, págs. 851 a 857.

Rasgos definidores de la casación civil española, por J. L. Vázquez Sotelo, págs. 859 a 926.